

الديمقراطية الشعبية الجزائرية الجمهورية

وزارة البحث العلمي والتعليم العالي

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الحضانة في القانون الدولي الخاص

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص

إشراف:

أ.د. يوسف فتيحة

إعداد الطالبة:

يوي سعاد

أعضاء لجنة المناقشة

جامعة تلمسان رئيسا

أستاذ التعليم العالي

- أ.د. رايس محمد

جامعة تلمسان مشرفا و مقررة

أستاذة التعليم العالي

- أ.د. يوسف فتيحة

جامعة سيدي بلعباس مناقشا

أستاذ التعليم العالي

- أ.د. قاسم العيد عبد القادر

جامعة سيدي بلعباس مناقشة

أستاذة محاضرة "أ"

- د. صاري نوال

السنة الجامعية: 2018/2019-1439/1440

الديمقراطية الشعبية الجزائرية الجمهورية

وزارة البحث العلمي والتعليم العالي

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الحضانة في القانون الدولي الخاص

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص

إشراف:

أ.د. يوسف فتيحة

إعداد الطالبة:

يوي سعاد

أعضاء لجنة المناقشة

جامعة تلمسان رئيسا

أستاذ التعليم العالي

- أ.د. رايس محمد

جامعة تلمسان مشرفا و مقررة

أستاذة التعليم العالي

- أ.د. يوسف فتيحة

جامعة سيدي بلعباس مناقشا

أستاذ التعليم العالي

- أ.د. قاسم العيد عبد القادر

جامعة سيدي بلعباس مناقشة

أستاذة محاضرة "أ"

- د. صاري نوال

السنة الجامعية: 2018/2019-1439/1440

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى أغلى و اعز شخص على قلبي...

إلى من يزداد الحنين إليها يوماً بعد يوم رغم سنين الفراق

إلى روح أمي رحمها الله

إلى أبي أطال الله في عمره

إلى رفيق دربي زوجي العزيز

إلى قرة عيني أبنائي سارة ، محمد، فارس ، أنفال

إلى كل عائتي وعائلة زوجي

إلى كل من أعانني على إتمام هذه الدراسة المتواضعة

إلى كل هؤلاء أقول شكراً وسدد الله خطانا إلى ما يرضاه

شكر و تقدير

الحمد لله الواحد الأحد الذي لا تعد نعمه ، الذي وفقني لإتمام رسالة الدكتوراه والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وسيد الأنبياء محمد صلى الله عليه وسلم على آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة أ.د "يوسف فتيحة "

على قبولها الإشراف على انجاز هذه الرسالة ، وعلى كل ما قدمته لي من إرشاد ونصح طيلة مدة إشرافها ، رغم كل انشغالاتها.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من "أ.د راييس محمد " ، "أ.د قاسم العيد عبد القادر " و "د.صاري نوال " ، أعضاء لجنة المناقشة وأشكرهم على قبول مناقشة رسالتنا ، فجزاهم الله عنا كل خير.

ولا أنسى أن اشكر كل من ساعدني ودعمني لإتمام هذه الرسالة ، وأوجه

شكري الخالص إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، وإلى كل العاملين فيها خاصة أعوان مكتبة الكلية والمكتبة المركزية.

قائمة أهم المختصرات

1 - باللغة العربية

| | |
|--|-------------|
| جريدة رسمية | ج. ر |
| جزء | ج |
| صفحة | ص |
| طبعة | ط |
| بدون طبعة | ب. ط |
| غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا | غ.أ.ش.م.م.ع |
| غرفة شؤون الأسرة والموارث للمحكمة العليا | غ.ش.أ.م.م.ع |
| قانون مدني | ق.م |
| قانون الأسرة الجزائري | ق.أ |
| قانون الإجراءات المدنية والإدارية | ق.ا.م.ا. |
| مدني فرنسي | م.ف |

| | |
|-----------|---|
| Art | Article |
| Cass .Civ | Chambre Civil de La Cour De Cassation Française |
| D.I.P | Internationale Privé Droit |
| E.D | Edition |
| L.G.D.J | Librairie Générale de Droit De Jurisprudence |
| N° | Numéro |
| T | Tome |
| V | Voir |
| VOL | Volume |
| OP. CIT | Ouvrage Précité |
| R.C.D.I.P | Revue Critique de Droit Internationale Privé |

المقدمة

المقدمة

شاءت إرادة الخالق أن خلق الذكر والأنثى ، وجعل كل واحد منهما سكنا للآخر ، وقدر أن يكون الرابط بينهما ميثاقا غليظا له قدسيته لا ينحل إلا بالحق ، كما رتب لهما نسلا يحفظ به بني البشر على مر العصور هم " أطفالنا " زينة الحياة الدنيا ، وجعل كل منهما راع مسؤول عن رعيته ، فالأب راع مسؤول عن أهله وأبناءه والمرأة راعية مسؤولة عن بيتها وأبنائها في ظل رابطة تسمى " الأسرة " .

فالأسرة نواة المجتمع بها يرقى و يسمو فالتعاون والتماسك والمودة بين الزوجين رمز فلاح الأسرة والمجتمع كله ، لكن قد تجري الرياح بما لا تشتهي السفن ويكون التعاون تنافر والمودة بغض ، ويصبح أبغض الحلال عند الله الطلاق الحل الوحيد ، فتتشقت هذه الأسرة ويصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر ورابطتهما الوحيد أطفال ضعاف بحاجة إلى الرعاية والحماية ، ولا وسيلة في ذلك إلا عن طريق " الحضانة " . التي تعد أهم مؤسسة قانونية لحماية الطفل من الضياع ، فهو بحاجة لمن يحميه ويقضي حوائجه ويرفع الغبن عنه ويمسح رأسه ، فكحاجته للمأكل والمشرب حاجته للرعاية والحماية.

غير أن انحلال الرابطة الزوجية تزداد تعقيدا إذا كان أطراف النزاع من دولتين مختلفتين سواء يميلان جنسيتان مختلفتان أو يقيمان في وطنين مختلفين، فالزواج المختلط أصبح ظاهرة عالمية في ظل الانفتاح على العالم ودخول الاستثمار الأجنبي والتطور التكنولوجي والمعلوماتية ، وتنوع العلاقات والروابط مالية كانت أم شخصية بين الأشخاص في مختلف دول العالم ، مما قصر المسافات بينهم .

فالعالم اليوم أصبح قرية واحدة تلاشت معها الحدود واختلاط الأجناس أصبح واقع معاش في جميع دول العالم ، لكن انحلال رابطة الزواج المختلط قد يترتب آثار سلبية على أطراف النزاع ، وقد تتطور لتصبح نزاع بين منظومتين قانونيتين ، أو قد يصل إلى نزاع بين دولتين.

كما يترتب عنه في حالة وجود أطفال بين الطرفين إشكالية مهمة في العلاقات الدولية الخاصة وهي إشكالية الحضانة ، ولهذه المسألة أهمية بالغة فان كان الهدف المتعارف عليه في إسناد الحضانة حماية الطفل والقيام بشؤونه لعجزه وضعفه عن القيام بشؤونه ، فان تربية المحضون وتلقينه القيم والأخلاق والمبادئ التي تسود في المجتمع الذي ينتمي إليه هو أكثر الإشكالات التي تثار في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، فالزواج المختلط قد يعني وجود ثقافتين مختلفتين وعادات متناقضة كما يمكن أن تكون ديانتا الأب والأم مختلفتين ، فقد يكون

الأب مسلم وتكون الأم غير مسلمة¹ ، فأبي دين يلحق للمحضون وأي مبادئ وأخلاق تلقن له فالتربية في الصغر كالنقش على الحجر.

الواقع إن دراسة مسألة إسناد الحضانة في حالة الزواج المختلط ليست بالحديثة العهد، فقد عرفها الفقه الإسلامي تحت مسمى حضانة الأم الأجنبية، وإن كان الاتفاق بين الأئمة الأربعة² على حق الأم في حضانة المحضون، وضبطوا لهذه المسألة أحكام خاصة تتعلق بترتيب أصحاب حق الحضانة، وشروطها وأيضاً الآثار التي قد تترتب عن إسناد حق الحضانة، غير أنهم اختلفوا في مسائل مهمة كشرط ديانة الحاضن بين اعتبار الإسلام شرطاً لممارسة الحضانة إذا كان أب المحضون مسلماً أو خلاف ذلك، أو حتى مكان ممارسة الحضانة على الاعتبار أن الأم أجنبية بعد انحلال الرابطة الزوجية قد تعود الأم إلى بيت أهلها مما يفقد الأب في حقه في الزيارة ورقابة المحضون، ويفقد المحضون في حقه صلة الرحم مع أقاربه وإن كان الاختلاف في هذه المسائل مبني على أساس مصلحة المحضون.

¹ - على اعتبار أن المشرع الجزائري يمنع زواج المسلمة من غير المسلم، نص المادة 30 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984م، ص556.

هذه الأحكام التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية كان لها الأثر البالغ في قانون الأسرة الجزائري؛ باعتباره مستمدا من أحكامها فقد نظم المشرع الجزائري أحكام الحضانة في قانون الأسرة في المواد 62 - 78 ووضع قواعد تنظم الحضانة، غير أنه ترك فراغات تثير صعوبات عملية في إسناد الحضانة، قد دفعت بالقضاء إلى الاجتهاد للوصول إلى مبادئ يسير عليها العمل القضائي منها حق الأم الأجنبية في الحضانة من عدمه وما يترتب عليها من آثار وهذا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية¹.

إن كان من المفيد القول أن النزاعات الحضانة في القانون الدولي الخاص تخضع في البداية لقواعد القانون الدولي الخاص، هذا الأخير المتعدد المواضيع: كالتنازع الدولي للقوانين، الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف الدولي بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وإن كانت هذه القواعد إجرائية لا تفصل في موضوع النزاع الذي يخضع للقواعد الداخلية الموضوعية التي ينظمها التشريع الداخلي.

رغم ذلك فإن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الدولي الخاص لها الأثر البالغ على مسائل الأحوال الشخصية وخصوصا مسألة الحضانة، ذلك أن إسناد

¹ - المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة يتطلب وضع توازن بين إسناد الحضانة وفقا للقواعد العامة والمستمدة بالأساس من أحكام الشريعة الإسلامية ، وتأثير القوانين الأجنبية على هذه العلاقة الدولية الخاصة ، مما يثير صعوبات عملية تطبيقية على مستوى القضاء بالدرجة الأولى.

وتبرز أهمية دراسة الحضانة في القانون الدولي الخاص في الإشكالات العويصة التي تثيرها هذه المسألة على الصعيد الدولي ، ذلك أن حسم النزاعات المتولدة عن العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي يرتبط أولا بالحلول المتعلقة بتنازع القوانين ، التي تتطلب في البداية البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال الملاءمة والموازنة بين قانونين أو أكثر متزاحمة للتطبيق على النزاع يتم اختياره وفقا لقواعد الإسناد¹ في دولة القاضي ، إلا أنه في مجال الحضانة أثارت المسألة جدلا فقهيًا واسعًا كان له أثره على الجانب القضائي ، أين تأرجحت الحضانة بين عدة حلول بين من اعتبرها أثر من آثار الزواج أو آثار النسب أو حتى آثار الطلاق ومن اعتبرها حق خالص للطفل مما يستتبع تطبيقه قانونه الخاص ، أما من جانب القانون المقارن فضلت بعض التشريعات ومنها المشرع الجزائري والمصري

¹ - قواعد الإسناد هي قواعد قانونية وطنية من صنع المشرع الوطني أو من يفوضه في ذلك لا تعطي الحل المباشر للنزاع وإنما ترشده وحسب للقانون الذي يجب تطبيقه في ذلك لا تعطي الحل المباشر للنزاع وإنما ترشد وحسب للقانون الذي يجب تطبيقه باعتباره أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة. راجع في ذلك عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى، 2004، ص 08.

والفرنسي السكوت إزاء قاعدة الإسناد المرتبطة بالحضانة ، بينما تشريعات دول أخرى فصلت في المسألة بوضعها لقاعدة إسناد خاصة .

لكن الوصول إلى قاعدة الإسناد لا يعني الوصول إلى حل النزاع فهناك صعوبات تعترض تطبيق قاعدة الإسناد ترتبط إما بضابط الإسناد الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والذي هو ضابط الجنسية لكون الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية كتعدد أو انعدام الجنسية أو حتى تغيير الجنسية ، أو يمكن أن يرتبط الإشكال بتعيين قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق كالإحالة أو الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

من جهة أخرى فان قاعدة الإسناد سلاح ذو حدين قد تشير إلى القانون الوطني كما قد تشير إلى القانون الأجنبي ففي هذه الحالة أن التعامل مع القانون الأجنبي يختلف من دولة إلى أخرى سواء كواقعة أو كقانون وفي كل حالة تترتب آثار حول إثباته أو تفسيره وفي الأخير خضوعه لرقابة المحكمة العليا من عدمه .

على أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعني توقيع على بياض لمشرعي دول العالم لتطبيق قوانينهم ، إنما هناك صمام أمان في يد القاضي الوطني يدفع به متى رأى أن القانون الواجب التطبيق توصل إليه عن طريق الغش أو التحايل أو حتى

حالة مخالفة هذا القانون للمبادئ الجوهرية والأساسية في دولة القاضي؛ مما يستتبع بالضرورة البحث عن القانون البديل عنه في حالة استبعاد القانون المختص.

ما ننوه إليه أن حل نزاع الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة لا تتوقف عند تحديد القانون الواجب التطبيق والصعوبات المرتبطة به ، بل هناك مسألة سابقة لها يتعرض لها القاضي ، تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي وتحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع وفق قواعد تعرف بقواعد الاختصاص القضائي الدولي ، وان كانت هذه المسألة التي لم تلق اهتمام المشرع الجزائري ولم ينظمها إلا بموجب مادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، مما يؤدي إلى تمديد العمل بقواعد الاختصاص الداخلية في المجال الدولي من اجل تحديد المحكمة المختصة في النزاع، بالمقابل لذلك فان صدور حكم متعلق بالحضانة من محكمة أجنبية قد يتطلب استصدار أمر بالتنفيذ وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا لما تقتضيه قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

كما أن أهمية دراسة إشكالية الحضانة تبرز حتى بعد صدور حكم وطني أو تنفيذ حكم أجنبي اللذان يقضيان بإسناد الحضانة لأحد الأطراف ، فقد يتغير النزاع من إشكال في مجال الأحوال الشخصية إلى إشكال في المجال الجزائي إذا ما تعرض المحضون إلى الاختطاف أو الإبعاد عن حاضنه أو المنع من ممارسة حق الزيارة ، هذه الحالة التي تتحول إلى نزاع بين دولتين ، مما دفعت هذه الإشكالية بالمساعي الدولية للبحث عن الحلول الودية للنزاعات عن طريق إبرام الاتفاقيات الدولية سواء كانت الثنائية أو الدولية سعياً منها للحد من هذه الظاهرة .

من هنا تبرز أهمية الموضوع لتعلقه بالجانب العملي الواقعي التي تثار في كل زمان ومكان ، وما نسعى إليه من خلال هذه الدراسة إبراز معظم الإشكالات التي يمكن أن تثار بمناسبة إسناد حق الحضانة في القانون الدولي الخاص، رغم الصعوبات التي واجهتنا ومنها قلة المراجع المتخصصة في دراسة مسألة الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة، أما المراجع العامة فقلما تشير إلى مشكل الحضانة ، على أن دراستنا مرتبطة بالحالة الناتجة عن الزواج الشرعي مستبعدين بذلك حالة الطفل الغير الشرعي أو المتبني. وهذا من خلال طرح الإشكالية التالية: ما هي الإشكالات التي تثيرها الحضانة في القانون الدولي الخاص؟

ولدراسة هذه الإشكالية انتهجنا المنهج الوصفي التحليلي لإبراز الإشكالية والكشف عن الملبسات التي ترتبط بها من خلال تحليل النصوص ، كما استعنا بالمنهج المقارن من خلال مقارنة موقف بعض القوانين والذي يعد من متطلبات دراسات القانون الدولي الخاص.

من هنا لاستعاب أبعاد الموضوع تطرقنا في هذه الدراسة إلى فكرة الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري كفصل تمهيدي بينا من خلاله تنظيم الحضانة في التشريع الجزائري ؛ وهذا لسببين رئيسيين أولهما :- قد يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق مما يستتبع بالضرورة معرفة موقف المشرع الجزائري من إسناد الحضانة، وثانيا :- لان أحكام الحضانة بصفة خاصة والأحوال الشخصية بصفة عامة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وهي من النظام العام ومخالفتها من طرف القانون الأجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية والقواعد الجوهرية المستمدة من الشريعة الإسلامية في دولة قانون القاضي الوطني ، وفي كلتا الحالتين يحتم علينا التعرف على مجمل الأحكام التي نظمها المشرع الجزائري لفكرة الحضانة في التشريع الداخلي.

أما في صلب موضوع القانون الدولي الخاص تطرقنا إلى دراسة تنازع القوانين في مجال الحضانة بداية تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة من

خلال بحث الاختلافات الفقهية والتشريعية الواقعة على تحديده ، وما تعترض تطبيقه من صعوبات إلى جانب إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني والإشكالات المرتبطة به .

أما من جانب الاختصاص القضائي الدولي تعرضنا إلى المعايير التي تحدد المحكمة المختصة سواء الأصلية أو الجوازية ، إلى جانب الاعتراف بالأحكام الأجنبية من خلال الشروط الإجرائية والموضوعية لامهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية وأخير الصعوبات العملية التي تعترض تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة ، وهذا من خلال الخطة التالية :

فصل تمهيدي : فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري.

الباب الأول : تنازع القوانين في مجال الحضانة

الباب الثاني : الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف الدولي بالأحكام الأجنبية في مجال الحضانة.

فصل تمهيدي

فكرة عن مضمون

الحضانة في التشريع

الداخلي الجزائري

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

من المعلوم أن الحضانة من الوسائل المهمة لحفظ الطفل والقيام بشؤونه ، من طرف الحاضن الذي يكون أهلا لهذه المهمة الشاقة والصعبة ، إلا أن إسناد الحضانة إلى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بالتزاماته تجاه المحضون من أكثر المسائل صعوبة وتزداد تعقيدا في حالة الزواج المختلط حيث تؤثر الاختلافات بين الزوجين على علاقة كل منهما بالمحضون. لذلك من الضروري وقبل دراسة هذه الإشكالية وما تثيرها الحضانة من إشكالات في مجال القانون الدولي الخاص ، يجدر بنا تحديد مضمون فكرة الحضانة في التشريع الجزائري .

لأجل تحديد مضمون فكرة الحضانة لابد من الوقوف على عدة مسائل مهمة هي أساسية لفهم موضوع حق الحضانة ، تتمثل في تحديد بعض المفاهيم الأولية في مجال الحضانة من خلال التطرق إلى تعريفها وتحديد المقصود منها ثم تحديد طبيعتها إلى جانب تبيان المقصود بمصلحة المحضون الذي يعد معيار مهم في إسناد الحضانة، ولما كان حق الحضانة لا يتحقق إلا من خلال إسنادها إلى الشخص الملائم لذلك نتساءل عن أصحاب الحق فيها وفق أحكام قانون الأسرة الجزائري وعن الشروط الواجب توفرها في الحاضن خصوصا في حالة وجود عنصر أجنبي في النزاع هذا من جهة .

كما يمكن أن تثير الحضانة إشكالات أخرى مرتبطة بآثارها تتمثل في الجانب المادي من نفقة المحضون أو استحقاق الحاضن على أجره لما بذله من جهد في تربية المحضون

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

والعناية به ، وأيضا حق الحاضن في السكن بما يكفل للمحضون العيش الكريم ، إلى جانب إشكالية حق الزيارة الممنوحة للطرف الغير الحاضن وتنظيمها خاصة في حالة الزواج المختلط من جهة ثانية .

لذلك يتراءى لنا التساؤل عن إسناد الحضانة في التشريع الجزائري (المبحث الأول) ثم التطرق إلى آثار إسناد الحضانة (المبحث الثاني)

المبحث الأول: إسناد الحضانة في التشريع الجزائري

لقد كانت الحضانة ولا تزال من أهم المسائل التي نالت اهتمام الفقه والتشريع على حد السواء، فقد حرص فقهاء الشريعة الإسلامية على تضمينها بمجمل الأحكام الضرورية لتحقيق أكبر حماية للمحضون، وقد سايروهم في هذا الاتجاه التشريع الجزائري .

على هذا النحو سنحاول دراسة الحضانة وفقا لموقف المشرع الجزائري منها و آخذين في ذلك بأراء الفقهاء الذين كان لهم الفضل الكبير في طرح مجمل الإشكالات المرتبطة بالحضانة، من خلال تحديد مفهوم الحضانة (المطلب الأول) وأصحاب حق الحضانة وشروطها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

تشكل الحضانة إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق المحضون والسهر على مصالحه وتنشائه تنشئة سليمة وفق أسس متينة، فمداها تحقيق المصلحة والنفع للطفل بالدرجة الأولى. لأجل الوقوف على مضمونها سنحاول تعريفها وطبيعتها الشرعية (الفرع الأول) و مصلحة المحضون (فرع ثاني).

الفرع الأول : تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية

تعد الحضانة من الحقوق المهمة التي أولاه الفقه والتشريع أهمية كبيرة ، كما أنها كانت ولا تزال من المسائل المعقدة التي تثار أمام القضاء ، مما يدفع بنا في البداية التطرق إلى تعريفها بحسب ما أورده الفقهاء ، ثم التطرق إلى تحديد طبيعتها وان كانت هذه الأخيرة محل خلاف بين الفقهاء بين من اعتبرها حق و من اعتبرها تكليف .

لذلك سنحاول البحث عن تعريف لها (البند الأول) ثم التطرق إلى

الآراء المختلفة حول طبيعتها (الفرع الثاني).

البند الأول : تعريف الحضانة

يقصد بالحضانة لغة الضم مأخوذة من الحضن وهو الصدر، فالحاضن يضم المحضون

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إلى نفسه فكأنه يضمه إلى صدره ويحميه¹، أما اصطلاحاً الحضانة هي رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايتة ولباسه وتنظيفه وقيمه ونومه².

نظراً لأهمية الحضانة أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة بها، وتباينت تعريفات

الفقهاء نذكر منه على سبيل المثال :

عرفها فقهاء المالكية: فعرض لها العدوي بقوله: " هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع

أمر المحضون و مصالحه ، وهي فرض كفاية لا يجل أن يترك الطفل بغير كفالة "³.

عرف الحنفية الحضانة: " بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن

له الحق في الحضانة."⁴

عرفها الشافعية: " بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر

أو جنون أو عته."⁵

¹ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج13، دار الصادر، بيروت 1990، ص122.

² - بلحاج العربي، قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا ، ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000، ص112.

³ - محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشرع والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ، عمان ، 2010، ص30.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة في زواج الأجنبي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004، ص09.

⁵ - نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة) ، مجلة الرافدين ، المجلد 16 ، العدد 59 ، السنة 18 ، جامعة الموصل ، العراق ، ص63.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

كما عرفها الفقه الحنبلي فقال ابن قدامه: "هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإئناق عليه وانجازه من المهالك."¹

إن الظاهر من هذه التعريفات الفقهية أنها تتفق في مدلولها حول الحضانة وتتماشى مع الحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة وهي حفظ المحضون من الهلاك والضياع، وان اختلفت في العبارات. على أن هذه التعريفات لا تختلف عما ورد في قانون الأسرة الجزائري، فقد نص في المادة 62 من قانون الأسرة جزائري بقولها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

الملاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها و أهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا. ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه استخدم مصطلح الولد من دون أن يشير التعريف لا من بعيد و لا قريب إلى مصلحة الولد المحضون ذكر كان أو أنثى.²

¹ - نشوان زكي، المرجع السابق، ص 63.

² - المرجع نفسه، ص 22.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

أما القانون العراقي نص على أنه: " يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية : تربية الطفل وتدير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا ، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه ، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره".¹

كما عرفه المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بنصه: " حفظ الولد مما يضره والقيام بتربيته ومصالحه".²

كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 27 لسنة 2005 في مادته 143 عرف الحضانة بأنها: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"، إذن الحضانة تعني وجود علاقة شخصين الأول المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة والثاني الحاضن.

في هذا الشأن يرى الأستاذ "عبد العزيز سعد"³ أن التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

¹ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة ، رابعا 2 ، ص17.

² - ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (03فبراير2004) بتنفيذ القانون رقم 03.07 بمثابة مدونة الأسرة.

³ - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص293.

البند الثاني: الطبيعة الشرعية للحضانة.

إذا كانت تعريفات الحضانة تتفق في مدلولها على حفظ المحضون من الهلاك و الضياع ، فهي حق للصغير في أن يكون له من يتولها ويقوم بشؤونه ، وواجب لما في ذلك من أعباء القيام. لذلك تباينت الآراء حول تحديد طبيعة الحضانة من حيث كونه الحق أو الواجب ، وما يترتب على ذلك من مدى إمكانية صاحب الحق في التنازل عنه وبين من اعتبرها واجب وعليه لا يمكن التنازل عنها.

اتجهت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية إلى القول أن الطبيعة الحضانة إما كونها حق للحاضن وأما حق للمحضون ورأي توفيق هي حق مشترك بين الحاضن و المحضون، وكل رأي له حجته الشرعية، هذه الآراء هي على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الحضانة لله تعالى

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق لله تعالى فإذا أسقطتها الحاضنة لا تسقط و لا تجبر عليها ، إلا إذا وجد عذر عن الوفاء بها ، مستدلين في ذلك إلى أن الحضانة شرعت لحفظ النفوس وحفظها فهي حق من حقوق الله تعالى ، وفي هذا قال المالكية في إحدى الروايتين و الاباضية في قول لهم¹.

¹ - نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق ، ص 59.

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحضون

يرى القائلون بهذا الاتجاه أن الحضانة حق للمحضون فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء الطفل الصغير ، وليس للحاضن الامتناع عنها إنما تجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه¹، إي لا يجوز بناء على ذلك الامتناع عن القيام بهذا الواجب، فإذا امتنعت من لها الحق في الحضانة أجبرت عليها، ولا يجوز لها إسقاط حق غيرها ، وهذا القول لبعض الفقهاء في المذهب المالكي والحنفي و الاباضي².

يقول أبو زهرة: " إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن."³ لذلك الحضانة حق للصغير أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطيء و عجزه عن القيام بشؤونه، وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره⁴.

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين."⁵ أمر و الأمر يفيد الوجوب فلا يصح إسقاط الحضانة لأن مدار الحضانة على

¹ - نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص67.

² - مرنان عبد الرحمان ، أحكام الحضانة ومدى تأثيرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، الجزائر، 1978، ص27.

³ - المصري مبروك ، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر ، 2010، ص507

⁴ - أحمد نصر الجندي ، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004، ص12.

⁵ - الآية 233 سورة البقرة

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

النفع ، ونفعه لا يتحقق إلا عند أمه ما كان بحاجة إليها لما لها من كمال الشفقة التي لا تتوفر لدى غيرها.

ويترتب على كون الحضانة حق للمحزون ما يلي :

- أنه لا يجوز لأم المحزون المستحقة لحضانته أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه ، منه لما في ذلك من تفويت لحق المحزون وهي لا تملك إسقاط حقه فان فعلت ذلك لم يصح الصلح ، ولم تستحق البدل الذي تصالحت عليه لان الحاضن يملك حقه ولا يملك إسقاط حق غير¹.

- إذا ما خلعت أم المحزون أباه على أن تترك حقها في حضانته مدة الحضانة، فان الخلع يصح، ولكن البدل يبطل لأنها فوتت حق المحزون وهي لا تملك هذا الحق.

الاتجاه الثالث: الحضانة حق للحاضن

يرى أن الحضانة هي حق للحاضنة (الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت عن حقها، إلا إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها، أو لم يكن للأب أو الصغير مال يكفي لاستئجار الحضانة².

¹ - نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق، ص67.

² - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة ...، المرجع السابق، ص.108.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بناء على ذلك إذا أسقطت الحضانة حقها في الحضانة من غير عذر - فلا تعود الحضانة إن أرادت العودة إليها لأن من أسقط حقه لا يجوز أن يرجع عليه - وبهذا الرأي هو المشهور عند المالكية وقال به أحمد والشافعي والبعض من الحنفية والحنابلة والأمامية¹.

ويترتب على هذا القول أن الحضانة حق للحاضنة عدة نتائج منها أنه

- لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلدة التي تقيم فيها الحضانة ، لأنه إن فعل ذلك ضيع عليها حقها.

- كما لا يجوز للأب أيضا أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هو دونها في الدرجة لأن في ذلك تفويت لحق الحضانة.

- كذلك لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فانه يجب على هذه المرضعة ان تقوم بإرضاعه في منزل الحضانة حتى لا تفوت حقها في حضانته.

إلا أنه انتقد هذا الرأي على انه إجهاد فقهي يمثل خطر على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية التي شرعت لأجلها الحضانة².

¹ - عبد الرحمان مرنان ، المرجع السابق ، ص27.

² - حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2004 - 2005 ، ص453.

الاتجاه الرابع : الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون

يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية أن الحضانة حق للام الحاضنة والمحضون فان وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها وحق المحضون أقوى ، لان مصلحة الصغير مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصل له¹.

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بان الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعتة وأشفق الناس عليه ، أو حضانة النساء عموما في هذه الفترة من حياته إذ النساء اقدر على أمور الحضانة من الرجال ومن ناحية أخرى حق للحاضن لان الشارع جعل لها ذلك وتجمع المصلحة في أن يثبت المحضون على الجادة وأن يتعد عما هو شائن².

وان كان حسب هذا الرأي الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان حقا للمحضون وحق الحاضن ولكن الأول أقوى من الثاني.

الاتجاه الخامس: الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير، حق الحاضنة وحق الأب

هذا الاتجاه الأخير يرى بأن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الحاضنة وحق للأب ، والتوفيق بينهما واجب متى أمكن الوصول إليه و إلا

¹ - نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق ، ص70.

² - خالد عبد العظيم أبو غابة ، حقوق المحضون ، دراسة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2013. ص 123.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

فمصلحة الصغير هي المقدمة ، لان مدار الحضانة على نفع المحضون ، كما أنه لا يضر الأب بولده و الأم بولدها ، وهذا الرأي استقر على القضاء المصري¹.

موقف المشرع الجزائري:

أما عن طبيعة الحضانة في التشريع الجزائري فبحسب نص المادة 66 ق.أ.ج ردت عبارة " يسقط حق الحضنة " من جهة وعبارة " بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " ، هذه العبارات تدل على أنها حق للحاضن كما نص المشرع على ذلك من جهة والسماح للحاضنة بالتنازل من جهة أخرى مع اشتراط عدم الإضرار بالمحضون كما أشار إليه نص المادة 66 ق.أ.ج.

وفي مواد أخرى من ذات القانون يبين أن الحضانة حق للحاضنة كنص المادة 67 فقرة 2 التي نص على عدم سقوط حق الحضنة بسبب عملها وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح مطالبتها في ظرف سنة، ونص

¹ - جاء في القرار الأول: " المنصوص عليه شرعا أن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب ، وان غير الأب من العصابة في حكمه وغير الأم من الحاضنات كالأُم ، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلي التوفيق نظرا لمصلحة الصغير . وان تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لان مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضر المولود له بولده لا تضر الحضانة بهذا الولد أما أو غيرها . " قرار رقم 36/48 ، آجا (32/12/21) ، ت س ، م ش 370/10 ، راجع محمود عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997 ص 85.

وفي قرار آخر: "في الحضانة ثلاثة حقوق بعضها في الوجوب والرعاية أقوى من الآخر . حق الصغير . حق الحضنة . حق الأب ، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها صير إليه ، و إلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقيهما جميعا . " قرار رقم 47/295 العطارين (48/04/20) م ش 240/20 ، راجع ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 87.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

المادة 71 الذي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الشرعي ، كما أن المشرع الجزائري أبرز حق المحضون والدعوة إلى تعالیه على أي حق آخر بحيث أضاف عبارة مصلحة المحضون في المواد 62 ، 67 ، 60 أو ما يماثلها كعبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون ". مما يتقدم يظهر أن المشرع الجزائري يرى بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا ، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى في 25 ديسمبر 1968 على أن¹ "الحضانة حق وواجبات في آن واحد ."

كما قضى في قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 بأن : "من المقرر أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون."²

أيضا تأكد هذا المبدأ كذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 وذلك بقولها : " حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حق للحاضنين فقط وإنما هي حق للمحضون أيضا."³

من خلال ما سبق بيانه من قرارات للمحكمة العليا والمجلس الأعلى الجزائري فان موقفه يتماشى مع الرأي الراجح في الفقه الشرعي ، الذي يرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة

¹ - قرار بتاريخ 1968/12/25، نشرة القضاة، العدد 4. سنة 1969، ص 12. نقلا عن جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، 2013، الجزائر، ص 53.

² - قرار رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، غ.ش.، اجتهاد قضائي.، عدد خاص، 2001، ص 175.

³ - قرار رقم 274207، بتاريخ 2002/07/03، غ.ش.، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 2004، ص 263.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إليه ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصونه بما تقتضي مصلحته في ذلك .

ما دامت مصلحة المحضون هي التي تواجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأجدر والمناسب تحقيقا لهذه المصلحة لذلك إذن فما المقصود بمصلحة المحضون؟ .

الفرع الثاني :. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعايته، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.و إن كانت هذه قاعدة جديدة بالنسبة لمختلف التشريعات فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قديمة وكان قد سار بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة.

فمن الثابت في هذا الشأن لما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم ، فرآه في الطريق فأخذه من جدته أم أمه فذهبت وراءه وتنازعا بين يدي أبي

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاهما إياه وقال لعمر: " ريجها ومسحها وريتها خير له من الشهد عندك."¹

والمشروع الجزائري هو بدوره أخذ بهذه القاعدة من خلال نصوص قانون الأسرة وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة ، فقد خصص لها خمس مواد من إحدى عشرة مادة² ، مما يدفعنا للقول أن الحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون، رغم ذلك فإنه لم يحدد مفهومها أو بمعنى آخر يضع تعريفا لها يحدد معالمها.

يمكن إرجاع ذلك إلى أن مفهوم مصلحة المحضون نسبي ، متطور³ فهي مادة وثيقة الصلة بالحياة ، تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل المميز ، إضافة إلى كونها ذاتية تتعلق بكل حالة على حدا وبالتالي لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا⁴.

إن سكوت المشروع الجزائري وعجز الفقه عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون لم يقف حاجزا أمام اقتراح بعض المعايير التي يستعين بها القاضي في تقديرها وتمثل في معيارية أساسيين:

¹ - ابن القيم الجوزي ، زاد المعاد هدي خير العباد ، دار الفجر للتراث ، القاهرة ، 1999 ، ص134.

² - المواد "64 . 65 . 66 . 67 . 69" من قانون الأسرة الجزائري.

³ - تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون ، المرجع السابق ، ص95.

⁴ - حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص112.

البند الأول : المعيار المعنوي النفسي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر الروحي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة¹، ولاشك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي الروحي بل يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس ، وليس للقضاء في هذا الموضوع إلا أن يصغي إلى علماء النفس لكي يسد ثغرات سكوت القضاء. من المعلوم أن الحنان والعطف اللذان يمنحاهما الوالدان لأبنائهما والأم على وجه الخصوص لا بديل لهما ، وقد أجمع علماء النفس أن أقوى العناصر في توفير أمن الطفل ونموه هو حب وحنان الأم وأن حاجة الطفل لهذا الحب كحاجته للغذاء، لهذا يحرص علماء النفس والأطباء على توفير الاستقرار والأمان النفسي وبالأخص في المرحلة الأولى من حياة الطفل ، فإذا فقد الطفل أمه وهو رضيع ترك هذا الحرمان آثارا سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي².

الجدير بالملاحظة هنا هو كون هذه الحالات التي تكلم عنها علماء النفس تزداد تفاقما كلما كان المحضون في سن صغيرة ، والتي حددت عندهم بسنتين إلى اثني عشرة سنة حتى أنها قد تكون للكثير منهم عقد نفسية يعانون منها في حياتهم المستقبلية، كما أن

¹ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2013-2014 ، ص418.

² - حميدو زكية ، المرجع السابق، ص07.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الحرمان العاطفي يؤثر على سلوك المحضون مما يؤدي به إلى الانحراف والجنوح ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وفي الأخير يجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون وذلك بأن يختار للمحضون الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.

البند الثاني : المعيار المادي

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يرححون المصلحة المعنوية على المادية فان ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية المصلحة المادية ، وذلك لأن العنصر المادي في حضانة الطفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها¹ ، وعليه فإذا ما وفر العنصر المادي للمحضون من مأكّل و ملبس ومسكن ، وغير ذلك مما يحتاجه يجعل المحضون يحس براحة إلى جانب الشعور بالحماية والأمن .

فالمشعر الجزائري أورد مجموعة من الحقوق المالية للمحضون كحقه في النفقة الغذائية المنصوص عليها في نص المادة 78 من ق.أ.ج ، وان كان سكت عن حقوق مالية أخرى أوردّها فقهاء الشريعة الإسلامية وان كانوا اختلفوا بشأنها كأجرة الحضانة وأجرة الرضاعة ، إلى جانب حق السكن والذي يعد ضرورة لممارسة الحضانة.

¹ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص420.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري جعل قاعد مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، فإنه في بعض الحالات يصعب الوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، و على هذا أعطى للسلطة التقديرية للقاضي كل الصلاحيات في تحديد هذه المصلحة من خلال التحري والبحث عن أكثر الأشخاص قرابة وأفضلية للمحضون، فمصلحة المحضون تختلف في نسبة تقديرها من طفل إلى طفل ومن قضية إلى أخرى، وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحته بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يمكنه إصدار الحكم في النزاع ومن هذه الوسائل:

أولاً: التحقيق والمعاينة¹

يجوز للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، ويلاحظ كل ما يلزم لممارسة الحضانة، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينها في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون وللقاضي أيضاً الاعتماد على نص المادة 425 من ق.أ.م.أ.ج التي تنص على ما يلي: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات 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.....".

¹ - صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص159.

ثانيا : الاستماع إلى احد أفراد العائلة.

يجوز أيضا للقاضي وفي إطار بحثه عن مصلحة المحضون أن يطلب حضور الخصوم أو أصهارهم أو إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم وكل هذا من اجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي ستطبع بها ترجيح حكم ما في النزاع ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى انه قد تدلي شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط ، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق .

كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فانه عادة ما يختار الأطفال من يساعدهم على اللعب وعدم الاكتراث ، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/12 ، نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما ، وعلى رغبتهما في البقاء مع جدتهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف للشريعة الإسلامية.¹

المطلب الثاني: أصحاب حق الحضانة وشروط إسنادها

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم فكرة الحضانة وبيننا أنها حق يترتب عليه التزام على عاتق الحاضن بحفظ وتربية المحضون وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون ، نثير مسألة أخرى في غاية

¹ - أنظر ، ملف رقم 32594 ، بتاريخ 1982/10/21، غ.أ.ش.م ، مجلة قضائية سنة 1989، عدد01، ص77.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الأهمية تتمثل في أصحاب حق الحضانة والشروط الواجب توفرها وبما أن الدراسة هي مجال

الزواج الأجنبي سنركز حول الإشكالات التي يثيرها إسناد الحضانة في حالة الزواج المختلط

كل هذه المسائل سنحاول التطرق إليها من خلال أصحاب حق الحضانة (الفرع

الأول)، ثم شروط إسناد الحضانة ومسقطاتها(الفرع الثاني)

الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة .

الأصل في الحضانة أن حق للزوجين مادامت الزوجية قائمة ولم يفترقا¹، أما بعد

الفراق فلا بد أن يدفع بالمحزون إلى من يكون الأكثر قدرة على تربيته بما يكفل له الراحة

النفسية والجسمية وبطبيعة الحال من يستحق أن يكون حاضنا لا بد أن يكون مقربا من

الولد من غيره.

البند الأول: مراتب أصحاب حق الحضانة

لما كانت المرأة أكثر الناس شفقة ورحمة على الصغير وأليق لحضانته وأشد صبيرا

على تلبية حاجاته المتنوعة ، فقد قدمها الشرع على الرجل في استحقاق الحضانة ، من هذا

¹ - تنص المادة 164 من المدونة المغربية على أن: " الحضانة من واجبات الوالدين ما دامت علاقة الزوجية قائمة. " ، وتشير إليه المادة 57 من المجلة التونسية: " الحضانة من حقوق الوالدين ما دامت الزوجية مستمرة " . أما قانون الأسرة الجزائري فلا يوجد في نصوصه ما يفيد ذلك.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

المنظور يشهد البعض أن الحضانة مؤسسة نسوية بالأساس ، فالنساء تحتفظ بالأولوية و تحضى بالأسبقية في موضوع الحضانة إن لم نقل تحتكره¹.

إن كانت للنساء الأولوية في الحضانة قبل الرجال لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وأصبر على القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه ، فكانت الأم في صدر قائمة المستحقين للحضانة فهي أولى من غيرها في حضانة ابنها وذلك استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم حيث جاءته امرأة فقالت : " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وأن أباه طلقني ويريد أن ينتزعه مني" ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق بهم ما لم تنكحي ".²

فيعتبر هذا الحديث دليل ثابت على أن للام الأولوية عن الأب في حضانة طفلها ما لم يحصل مانع في زواجها، و هذا ما استند إليه الشوكاني³.

وفي هذا المجال أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمداد للمحضون بالعطف و الطمأنينة ، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه من تربية منذ ولادته حتى

1-hadjira benchikh hocine denouni , la garde un attribut de la maternité en droit algerien, R.I.D.C ,V38 ,n°3,p897-917.

² - سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، دار الفكر للطباعة ، لبنان ، حديث رقم 2276 ، ص252.

³ - ابن القيم الجوزي ، زاد المعاد في ...، المرجع السابق ، ص134 ..

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره¹.

كما استقر على هذا الرأي اغلب التشريعات فنص عليه المشرع العراقي² واستقر عليه القضاء العراقي³، و المشرع الكويتي⁴، والمشرع المغربي⁵ إلى غير ذلك من التشريعات، كما نص عليه القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وان كان فصل في حق الحضانة بين حالتين، الأولى أثناء قيام الزوجية فالحضانة واجبة على الأبوين سوية أما في حالة الفرقة فان كان الصغير فالأم ملزمة بالحضانة وليس لها تركها⁶.

¹ - خيرة العراقي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002، ص202.

² - نص في المادة 1/57 من القانون العراقي رقم 188 لسنة 1959: "على أن الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون."

³ - استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية، فقد جاء في قرار لها: "الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة." قرار محكمة التمييز المرقم 1126/شخصية/2000، نقلا عن شذى مظفر، حضانة الأم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والمدني الفرنسي (دراسة مقارنة)، مجلة القادسية للعلوم القانونية والعلوم السياسية، جامعة العراق، 2011، ص5، وفي قرار آخر: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك." أنظر قرار محكمة التمييز المرقم 171 في 1995/02/27، مشار إليه في المختار من قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية، إعداد إبراهيم ألمشاهدي، مطبعة الزمان 1999، نقلا عن شذى مظفر، المرجع السابق، ص5.

⁴ - المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 151 لسنة 1984: "أ- حق الحضانة للام، وان علت، ثم الحالة". وفي المذكرة الإيضاحية وبخصوص هذه المادة ص286: "جاء الأم فهي أحق الناس بالحضانة سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو مطلقة ثم تقول، "ولان الأم الأشفق وأقدر على تحمل مشاق الأولاد فكان في تفويض الحضانة إليها مصلحة الصغير، أنضر محمد ناصر عليوي، الحضانة بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص48.

⁵ - المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية: "تحول الحضانة للام....."

⁶ - المادة 139: "إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره، فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك، وإذا كان المحضون رضيعا لتلزم الأم بحضانتهم."

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة وأكد هو بدوره أولوية الأم في حضانة الأطفال كما أشرنا سابقا، ذلك من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة فالأولوية في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يعود للام، وقد كرس القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة قرارات سواء تعلق الأمر بالقرارات السابقة لصدور قانون الأسرة الجزائري أي لسنة 1984 والتي استمد أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية أو اللاحقة لصدور قانون الأسرة على كل سنحاول سرد بعض القرارات المتعلقة بهذه المسألة.

ففي قرار مؤرخ في 12/05/1968 صادر عن المجلس ورد فيه: "وحيث أن الشريعة حرصا منها على مصلحة الطفل تكل حضانته إلى أمه أولا طالما أنه لم يسقط عنها حقها فيها لأحد الأسباب المبنية بوضوح".¹

في قرار آخر مؤرخ في 14/02/2013 نصت المحكمة العليا وفي تعليها لإسناد الحضانة إلى الأم: " لكن حيث انه طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة فان الأم أولى بحضانة بناتها خاصة وأن البنت المذكورة لا تزال طفلة صغيرة في أمس الحاجة إلى خدمة النساء التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها في مثل هذه السن ، ومن ثم فان مصلحتها تقتضي إسنادها إليها".²

¹ - قرار بتاريخ 12/05/1968، نشرة القضاة، العدد الرابع، سنة 1969، ص79، نقلا عن سايس جمال ، المرجع السابق ، ص49.

² - ملف رقم 728882 ، قرار مؤرخ في 14/02/2013 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول 2014، ص307.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إذا كان حق الأم في الحضانة ثابتا ومع الإجماع فإن المختلف فيه بين الفقهاء ونص قانون الأسرة الجزائري هو من يلي الأم في الحضانة هل هو الأب ، كما ذهب المشرع الجزائري في تعديل المادة 64 ، أم قرابة الأم من النساء؟

بالرجوع إلى نص المادة 64 من القانون 84 . 11¹ ، نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة، فأعطى الأولوية للام ثم لامها ثم أختها (الخالة) ثم الأب .

هذا ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات من ذلك القرار الصادر في 1968 /09/25 الذي جاء فيه : " تمنح قواعد الشريعة الإسلامية لجهة الأم الأولوية في حق الحضانة"².

إذا كان النص السالف الذكر أعطى الأولوية في حضانة الصغير بعد الأم للنساء اللواتي يدلن بالقرابة للام ويجعل الأب مرتبة لاحقة لمرتبتهن ، لعل ذلك راجع في كون قرابة الأم في الغالب أكثر شفقة وعطفا على المحضون من قرابة الأب ، ولأن النساء أصبر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لملازمتهم للبيوت أيضا.و لأن الأب رجل مطالب

¹ - تنص على ما يلي : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ، ثم الأب ، ثم الأقربون درجة مراعاة مصلحة في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

² - قرار صادر عن غرفة القانون الخاص في 1968/09/25 ، منشور بالنشرة السنوية لسنة 1969 ، ص 240.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بالإنفاق، و الإنفاق يقضي السعي والخروج، وفي هذا حرج وتعارض إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابله ورعايته

إلا أن المشرع الجزائري خالف في تعديل قانون الأسرة 05 . 02 الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم¹، فقدم الأب عن الجدة لام وعلى الحالة في استحقاق حضانة الصغير، وقد استند المشرع الجزائري فيما يبدو إلى ما ورد في الفقه الشافعي والفقه الحنبلي² حيث جاء في المغني: " ولا يشاركها . أي الأم في حضانة . في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، و أمه أولى به من امرأة أبيه ."³

كما استند إلى ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها المؤرخ في 1997/02/28 أنه: " من المستقر عليه أن الحضانة تمن حسب مصلحة المحضون ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مع مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا لتقرير المرشدة

¹ - عدلت بالأمر رقم 02 . 05 المؤرخ 27 فبراير 2005 (ج . ر . 15 .) ، ص 22. ونصت على ما يلي: " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ثم الجدة لام ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العممة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ."

² - محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، دكتوراه في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، ص 677.

³ - الإمامين موفق الدين ابن قدامة ، و شمس الدين ابن قدامة المقدسي ، المغني و يليه الشرح الكبير ، ج 9 دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص 299

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الاجتماعية التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن¹.

كذلك القرار المؤرخ في 2001/02/12: "إن إسناد الحضانة بعد وفاة

الأم للأب كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون²."

الواقع أن ظاهر النص يوحي بأن المشرع الجزائري جانب الصواب بإسناد حضانة

الصغير إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشؤونه مقدما بذلك على الأم

للأم والخالة وهي بدون أدنى شك أكثر حنانا على الصغير من زوجة أبيه ، غير أن هذه

المخاوف يمكن للقاضي أن يجد منها بل أن يقضي عليها متى رأى مصلحة المحضون لا

تتحقق مع أبيه لان القاضي ملزم بإسناد الحضانة إلى من يراه الأجدد بالقيام بأعبائها حماية

لمصلحة المحضون³.

بخلاف ذلك هناك من يرى أن التعديل في ترتيب مستحقي الحضانة كان أقرب إلى

طبيعة المجتمع الجزائري لأن الكثير من الأزواج يقيمون في الغالب مع أبوي الزوج ،ومن النادر

أن يقيمون مع أبوي الزوجة⁴.

¹ - ملف رقم 135640 بتاريخ 1997/02/28، غ.أ.ش، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص39.

² - ملف رقم 256629 بتاريخ 2001 /02/12، غ.أ.ش، المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد الثاني، 2004، ص420.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص677.

⁴ - منصور مبروك، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة المغاربية، دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد، العدد08، معهد الحقوق، جامعة تمنغراست، الجزائر 2010، ص 110.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بقي لنا أن نتساءل هل القاضي ملزم بالترتيب الذي جاء به القانون ويجب

عليه احترامه أو هو غير ملزم به ؟

إذا كان أساس الحضانة في قانون الأسرة هو حماية مصلحة المحضون فان القاضي غير

ملزم بالترتيب الذي جاء به القانون بل يجوز له أن يخالفه إذا كان في ذلك حماية لمصلحة

الطفل المحضون ، فعلى القاضي عند الحكم بإسناد حق الحضانة أن يراعي أولاً وقبل كل

شيء مصلحة الطفل المحضون ، بحسب نص المادة 64 ق.أ: " يجب مراعاة مصلحة

المحضون في ذلك." ونجد لهذه المسألة تطبيقاً في العديد من القرارات القضائية منها قرار

بتاريخ 2009/05/13: " المبدأ مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس

الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة " ، وعلل قضاة المحكمة العليا قرارهم: " ومتى

أسس قضاة الموضوع قضاءهم على الترتيب الوارد بالمادة 64 من قانون الأسرة دون البحث

في من هو أجدر أين تكمن مصلحة البنين يكونوا قد قصرُوا في قضائهم.¹

وتأكد نفس المبدأ من خلال قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10 والذي أكد

على أن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.²

¹ - ملف رقم 728882 ، قرار مؤرخ في 2013/02/14 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول 2014 ، ص 307.

² - قرار رقم 613469 ، غ.ش.أ. م ، مؤرخ في 2011/03/10 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، سنة 2012 ، ص 285.

البند الثاني: مدة الحضانة وتمديدها.

لا خلاف في أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حيا ، و المحضون ذكرا كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى أن يبلغ حد الاستغناء على خدماته ، ولما كان من المقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال وبالأخص الأم لما في ذلك مصلحة للمحضون ، فان مدة الحضانة كانت محل خلاف بين الفقهاء الشريعة الإسلامية على ثلاث آراء :

الرأي الأول : يرى الحنفية أن حضانة تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين ، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين و به يفتى ، وقيل إحدى عشرة سنة ، وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أن الولد يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال ، والأب على ذلك أقدر و أقوم أما البنت أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن والأم أقدر على ذلك¹.

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه وتنقطع حضانته بالبلوغ ، ولم مريضا أو مجنوناً على المشهور ، وأما حضانة الأنثى قد تستمر إلى زواجها ودخول زوجها بها².

الرأي الثالث : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز وهو سبع أو ثمان سنوات ويستوي في ذلك الذكر والأنثى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير

¹ - محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 668.

² - إمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المجلد الثاني ، الجزء 5 ، في حضانة الأم ، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ ، ص356.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

غلاما بين أمه وأبيه في سن التمييز¹ ، ولأن المميز أعرف بحظه و مصلحته فيرجع إليه ، ولا تجبر الفتاة عند الحنابلة لأن الحظ و الحفظ في كيانها عند الأب ، واشترط الحنابلة للتخيير الغلام شرطين : أن يكون الأبوان وغيرهما أهلا للحضانة ، وألا يكون الغلام معتوها ، فإن كان معتوها كان عند أمه ولم يخير لأن أحق بكفالة ولدها المعتوه² .

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 65 قانون الأسرة جزائري:"

تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون."

ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي مع الملاحظة أن اشترط النص " أما لم تتزوج ثانية "، ويفهم منه أن مجرد زواج الأم ثانية كاف لعدم تمديد حضانتها لولدها إلى السادسة عشرة ، كما أنه راع أيضا في تحديد مدة الحضانة مصلحة المحضون، فانقضاء المدة معناها أن الطفل أصبح قادرا على رعاية نفسه واستقلال بشؤونه وعدم حاجته بالحاضن.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 668

² - مداح عيسى، أحكام الأبوة في الفقه الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر ، 2011-2012، ص 123.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إلا أن انتهاء مدة الحضانة لا تعني الطفل المجنون أو المعتوه ولا المريض المعاق الذي يعجز عن القيام بشؤونه دون مساعدة الغير له وبهذا قضى المجلس بتاريخ 1989/03/03 بقوله: " حيث أن الشهادات الطبية تثبت بأن البنت مريضة مرضا مزمن وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط."¹

الملاحظ في نص المادة السالف الذكر أن المشرع الجزائري رأى إمكانية تمديد الحضانة إلى سن التمييز أي 16 سنة وذلك بطلب من الحاضنة وخص بهذا الحكم الذكر دون الأنثى ، التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى ما بعد 19 سنة (سن الزواج)، وهذا التمديد لا بد أن يراعى فيه وفقا للفقرة الثانية من ذات المادة مصلحة المحضون ، وفي كل الأحوال تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي .

هذا ما نجد له تطبيق في قرارات المحكمة العليا حيث قضت بالنسبة لحضانة الفتاة التي تنقضي ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ 2006/01/04 بقولها: " تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها."²

إلا أنه ما نود التنبيه إليه أن المشرع لم يبين لنا في باب الحضانة مصير المحضون بعد انتهاء حضانتهم، وإن كانت الإجابة توجهنا إلى أحكام الولاية ، وكذلك الحال بالنسبة

¹ - قرار رقم 54353 ، بتاريخ 1989/07/03 ، م.ق ، 1992 ، العدد 1 ، ص 45 .

² - قرار رقم 347914 ، بتاريخ 2004/01/04 ، غ.ش.أ ، م.م.ع ، العدد 1 ، 2006 ، ص 449 .

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

للمادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر في هذه الحالة إما ضم المحضون إلى الرجال ويقدم الأب عليهم و إما يترك له الاختيار في البقاء مع حاضنته أو الالتحاق بأبيه.

الفرع الثاني: شروط إسناد الحضانة

نظرا لأهمية الحضانة وأثرها في تربية الطفل ورعايته فقد قيدها المشرع بشروط وجب مراعاتها في إسناد الحضانة وهذا بحسب ما هو وارد في المادة 62 من قانون الأسرة :

" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا . و يشترط أن يكون أهلا للقيام بذلك."

الملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية ، ولا يقصد بالأهلية هنا بلوغ سن الرشد القانوني ، وإنما المقصود بالأهلية هنا القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

لتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع الجزائري صراحة علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة يجب توافرها في النساء والرجال معا وبعضها يخص النساء فقط والبعض الآخر لا بد من توافره في الرجال.

البند الأول: الشروط العامة للنساء والرجال¹.

تثبت الحضانة للنساء كما قد تثبت أيضا للرجال ، وان كانت الأفضلية للنساء في هذا المجال ، كما سبق تفصيله ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة سواء للنساء أو الرجال ما يلي : - **العقل** : وان كان هذا الشرط يتماشى مع المنطق فلا يعقل أن يتولى الحضانة طفل أو مجنون أو معتوه ، لان هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة إلى من يحضنهم ، فالمجنون يفتقد إلى الإدراك أو التمييز ويشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له وما نشير إليه في هذه الحالة أنه يستوي أن يكون جنونه دائما أو متقطعا ، فكلاهما مانع من موانع الحضانة بصفة عامة الغير عاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى أن لا تثبت له ولاية على غيره. والى جانب العقل اشترط المالكية الرشد فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه ما لا يليق².

- **البلوغ**: لان الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار لذلك يشترط في الحاضن البلوغ ، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني وان كان في هذا المجال تثار إشكالية مهمة ما

¹ - وليد خالد ربيع ، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة فقهية مقارنة- ط 1 ، دار النفائس ، الأردن ، 2007 ، ص290.

² - مدونة الإمام مالك ، المرجع السابق ، ص356.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الموقف بالنسبة للصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص من رئيس المحكمة هل تستحق الحضانة أم لا؟

إن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة ولكن مادامت أن القاصرة أصبحت قادرة على تحمل مسؤولية الزواج والأسرة فالأحرى بها تحمل مسؤولية رعاية وتربية الطفل سواء أثناء قيام الزوجية أو حتى بعد فشل هذا الزواج، وهذا ما نستشفه من الفقرة الأخيرة من المادة 07 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد من حقوق والتزامات."

- الأمانة على الأخلاق: يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توفرها في الحاضن إذ لا يعقل إسناد الحضانة إلى شخص منحل خلقيا أو يقيم بمكان مليء بالمجرمين أو ما شابه ذلك، وكانت آراء الفقهاء متشابهة في حق الفاسقة في الحضانة، فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق والفسق الأقل حدة، فهم يرون أن الفسق المطلق مانع من موانع الحضانة وأن تاركة الصلاة عندهم تدخل في هذا الإطار¹، واتفق المالكية والشافعية و الحنابلة² على أن الفسق مانع من موانع الحضانة والفسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص726.

² - المرجع نفسه، ص726.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الصغير ولا ثقة فيه بل يخشى أن ينشأ فاسقا مثله. لذلك فالمرأة الغير مستأمنة على نفسها كيف يطلب منها أن تكون أمينة على المحضون.

وقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة على الأخلاق شرطا جوهريا في الحضانة وكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته ، إذ يرى أن الحضانة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف لا تكون أهلا للحضانة فاسقط الحضانة على الأم مرتكبة لجرمة الزنا فجاء في قرار للمحكمة العليا : " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للام المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة ."¹

- شرط القدرة: ويقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة فرعاية الولد والاعتناء بشؤونه بشأن فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر سن أو مرض يعوقه عن ذلك أو عاهة أو نحو ذلك. والملاحظ أن المالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز عن ممارسة الحضانة .⁴ كما أنه يشترط أن لا يكون الحاضن مصابا بمرض صار أو معدي كالبرص والجذام والزهري ، فهنا يخشى انتقال العدوى إلى الصغير .

¹ - ملف رقم 171684 ، م.ع ، غ.ذ.أ.ش ، 1997/09/30 ، م.ق، عدد خاص ، 2001، ص169.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

أما عن موقف المشرع الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا ، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط ممارسة الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثمة فان القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها ومن ثمة فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال ، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ، ومتى كان كذلك أستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه لا المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.¹"

أما الشروط الخاصة بالحاضنين الرجال² فهي:

1 - أن يكون محرما للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى ، فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرما ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها. وقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا للخلوة بها وان لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق³

¹ - ملف رقم 3391 ، م.ع ، غ.أ.ش ، 1984/07/09 ، م.ق عدد 04 ، 1989 ، ص76.

² - مداح عيسى ، المرجع السابق ، ص120.

³ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص730.

2 - يشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح

للحضانة كالزوجة أو الأمة أو مستأجرة لذلك أو متبرعة.

3- شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لان حق الرجل في الحضانة مبني

على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم

أما عن الشروط الخاصة بالنساء وهي:

1 - ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن المحضون لأنها تكون مشغولة

بحق الزوج وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق ما لم تنكحي ". أما عن

موقف المشرع الجزائري من ورد في نص المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " يسقط

حق الحضنة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. " وما يلاحظ

عن موقف المشرع الجزائري انه أخذ بموقف الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحضنة

لزوجها بغير ذي رحم للمحضون وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة

المحضون وعليه فان سقوط الحضانة بزواج الحضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض

الاستثناءات أهمها¹:

¹ - لمزيد من التفاصيل حول هذه الشروط وما تعلق بها من اتفاق أو اختلاف بين الفقهاء ، أنظر ، الإمامين موفق الدين ابن قدامه ، و شمس الدين ابن قدامه المقدسي ، المغني و يليه الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ص 99 ، الإمام مالك بن انس ، المدونة برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي ، عن الإمام عبد الرحمان بن القائم العتقي ، المرجع السابق ، ص 365.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم ، فبدلا من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة تكون أمه أولى به رغم زواجها وكذلك ان كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو كان عاجزا على حضانته .

- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب مدة الحضانة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة الكاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة جزائري.

- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي .

2- أن تكون الحاضنة ذات رحم من المحضون كأخته و كأمه، فلا حضانة لبنات العم أو العمة والخال والخالة ، وهذا عند الحنفية والمالكية وليس هذا شرط عند الشافعية والحنابلة.و هناك شروط أخرى انفرد بها بعض المذاهب الفقهية لم تذكر هنا لعدم الحاجة لذلك¹.

البند الثاني :الشروط إسناد الحضانة في الزواج المختلط

إن كان الأولوية في الحضانة للنساء وحق الأم في الحضانة مكرس فقها وتشريعا وفي المجال القضائي فالسؤال الذي يطرح نفسه مادام أن الدراسة تنصب حول الحضانة في مجال

¹ - وليد خالد ربيع ، المرجع السابق ،ص 290.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

العلاقات الدولية الخاصة ماذا لو كانت الأم أجنبية (غير جزائرية) فهل لها الحق في حضانة أبنائها الجزائريين ؟ بمعنى آخر ماذا عن اختلاف دين الحاضن عن المحضون ؟ أو في حالة تغيير الحاضن لديانته.

في الواقع للإجابة عن هذا السؤال لم نجد نص قانوني في التشريع الجزائري نسترشد به، مما يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 قانون الأسرة جزائري.

إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين وكان بينهما أطفال أول ما يثار بالنسبة للأطفال إلى من تسند حضانتهم ، أو من الأحق بالحضانة ، لكن الإجابة ليست بهذه السهولة خاصة إذا كان الحضانة مرتبطة بالتحلل زواج مختلط ، مما يطرح مسألة اختلاف العادات والتقاليد وسلوكيات الأفراد الاجتماعية والأكثر من كل ذلك تثار إشكالية اختلاف الدين مما يطرح التساؤل ما مدى أحقية الأم الأجنبية في الحضانة؟

أولا: اثر اختلاف الدين في إسناد الحضانة

من المعلوم أن الزواج المختلط يكون بين شخصين مختلفين في الجنسية وحتى من الممكن أن يكون هناك اختلاف في الدين أيضا لذلك لزاما علينا البحث عن أثر اختلاف الدين في إسناد الحضانة. في الواقع للإجابة عن هذا السؤال لم نجد نص قانوني في التشريع

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الجزائري نسترشد به، مما يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 قانون الأسرة جزائري.

إن كان فقهاء الشريعة الإسلامية انقسم في مسألة إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية (غير مسلمة) ، إلى رأيين مختلفين الأول بالنسبة للشافعية والحنابلة إذ اشترطوا إسلام الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى ، بينما ذهب الأحناف والمالكية خلاف ذلك ، يجوز إسناد الحضانة إلى الأم الغير المسلمة و علّلو ذلك بكون شفقة المرأة على المحضون لا تختلف باختلاف الدين.

الرأي الأول : اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها ، فإذا كانت الحاضنة غير المسلمة والولد مسلم فيجوز حضانتها له سواء كانت أما أولا ، وسواء كان رباط الزوجية قائما بين الزوجين أو انفصمت عرى الزوجية.

تفصيل ذلك حسب ما يرى الحنفية أنه إذا كانت الحضانة للمرأة فإنه لا يشترط اتحاد الدين لان الحضانة مبنية على الشفقة والرفق وهذا أمر تستوي فيه غير المسلمة مع المسلمة، إلا في حالة واحدة وهي كون المرأة مرتدة¹ ، أما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال فيشترط لصحة الحضانة أن يكون الحاضن متحدا دينه مع دين الصغير².

¹ - بدر الدين العيني الحنفي ، البناية شرح الهداية ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1420هـ ، 2000م ، ص 466
² - علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص 157.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لكن هناك شرطان لا بد من توافرها بحيث إذا تخلف احدهما تسقط حضانة غير

المسلمة للولد المسلم وهما:

1- أن يكون الصغير غير عاقل للأديان، فان عقل الأديان سقطت حضانة الكافرة له.

2- الأمن عليه من التأثير بعقيدة الكفار، أما إذا خيف عليه أن يعتاد الكفر أو يألفه،

كان تأخذه معه إلى الكنيسة أو تسقيه خمرًا أو تطعمه الخنزير، فعندئذ يسقط حقها في

الحضانة¹.

أما المالكية أن الحضانة تثبت للكافرة على المحضون وقد جاء في هذا السياق في

مدونة الإمام مالك: "قلت رأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية ،

ومعها ولد صغار من أحق بولدها ؟ قال هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها ... قلت

فإن كانت مجوسية ؟ ... قال أحق بالولد واليهودية والمجوسية في هذا سواء بمنزلة المسلمة ."²

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

- " أن رافعا بن سنان اسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه

وسلم وهي فطيم³ أو شبهه، وقال رافع ابنتي ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم

¹ - الإمام مالك بن انس ، المدونة ، المرجع السابق، ص356.

² - الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المرجع السابق ، ص356.

³ - الفطيم : المفطوم ذكرا كان أم أنثى والجمع فطم ، والفطام انتقال أولاد الحيوان من الرضاع إلى أكل العلف ، أنضر ابن منظور ، لسان العرب ، 219/2، (وفطم الصبي فصله عن الرضاع ، أو شبهه أي شبه الفطيم) أنضر ، آبادي ، عون المعبود ، 238/6.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية، وأقعد الصبية بينهما ، ثم قال أدعوها فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهديها ، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها.¹ وجه الدلالة: تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للطفلة فيه دلالة على أحقية الأم الكافرة في حضانة ولدها المسلم مما انه يدل على انه لا اثر لاختلاف الدين في الحضانة.²

- أن الحضانة إنما شرعت لخدمت الرضيع والقيام على شؤونه، والأم أكثر الناس شفقة على ولدها و أكثرهم قدرة على رعايته وفي هذا تستوي المسلمة والكافرة.³

الرأي الثاني : لا يجوز ثبوت الحضانة لغير المسلم على المسلم ، فلا بد من اتحاد الدين بين الحضانة والمحضون وهو رأي الشافعية و الحنابلة وبن القيم والظاهرية.⁴

واستدلوا أصحاب هذا الرأي على ما يلي:

- أن الحضانة نوع من أنواع الولاية والله سبحانه وتعالى قطع الموالاتة بين الكافرين والمؤمنين سبحانه وتعالى ،¹ حيث قال عز وجل: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا."²

¹ - أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب إذا اسلم أحد الأبوين برقم 2244،ص2/273.

² - الصنعاني محمد بن إسماعيل ، سبل الإسلام ، دار إحياء التراث العربي،بيرون ، ط 1379،4هـ ، (2/156).

³ - السرخسي محمد ابي سهل ،المبسوط ،دار المعارف ،بيروت ، 1406هـ ، ص210..

⁴ - النووي يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، دار المعارف ، بيروت ، 98/9.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

- إن الحاضن حريص على تربية المحضون على دينه وفي حضانة الكافر للمسلم تنشئة للمسلم على عقيدة الكفار ولنا في ذلك حديث للرسول الله صلى الله عليه وسلم: " فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه " فالطفل عندما يكون سليم الفطرة لا يعقل الأديان تنتقش في ذاكرته كل عقيدة يتلقاها وفي ذلك خوف عليه وإلحاق الضرر به.

بعد ما رأينا موقف الفقه من إشكالية إسناد الحضانة للام غير المسلمة بقي لنا أن نتساءل عن موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة باستعراض بعضا من أحكامه ، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05أفريل 1982 بصريح العبارة: "إن العمل بالمجلس فيما يخص الحضانة لا يتحيز بين الأم المسلمة وغير المسلمة ، فكليهما الأولوية فيها طالما كانتا تعيشان بالجزائر"³

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 1982/03/08 قضى المجلس أن المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر...الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة ، فالمسيحية لهاالأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها،وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة

¹ - ابن القيم زاد المعاد ، المرجع السابق ، (409/5)

² - سورة النساء آية 141.

³ - المجلس الأعلى ، غ.أ.ش، 1982/04/05، ملف رقم 23063 غير منشور ، منقول عن تشوار زكية ، حماية المحضون عبر ممارسة الحضانة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01سنة 2000،ص56.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الحضانة للام وتعطي لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها.¹ وفي قرار آخر: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه."²

وما يمكن استخلاصه من القرارات السالفة الذكر وسكوت المشرع الجزائري عن المسألة ، أن موقف القضاء الجزائري يتماشى مع ما ذهب إليه المالكية والحنفية في أن إسلام الحاضنة الأم ليس بشرط لممارسة الحضانة أو كونها غير مسلمة لا يعتبر انتقاد أو انتقاص لها و إنما المشرع الجزائري وضع شروط عامة تحدد صلاحية ممارسة الحضانة وكلاهما (المسلمة وغير المسلمة) تخضعان لنفس الشروط.

لكن هناك إشكالية غاية في الأهمية ففي الحالة السابقة الأم غير مسلمة منذ البداية ، غير أن ماذا لو أن هذه الأم كانت في الأصل مسلمة ولكن غيرت دينها فهل تسند لها الحضانة؟

ثانيا: تغيير الدين وأثره في إسناد الحضانة

قرر الإسلام الحرية الدينية للإنسان في معتقده، وعباداته وطقوسه وأماكن عبادته ، وحمائته وطبق الإسلام ذلك عمليا ، والتزم به المسلمون نظريا وعمليا مع أهل الذمة والشعوب التي حكمها الإسلام¹.

¹ - المجلس الأعلى ، غ.أ.ش، 1982/03/08، ملف رقم 29293، غير منشور ، مقتبس عن تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون ، المرجع السابق، ص350.

² - قرار المحكمة العليا رقم 52221 ، بتاريخ 1989/03/13، م.ق عدد01، سنة 1993، ص48.

لكن هذه الحرية الدينية ليست مطلقة فان كان أصحاب الديانات الأخرى غير الإسلام لهم الحق في تغيير ديانتهم ، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للأسمى الأديان " الإسلام " وهذا الطرح يثير مسألة الردة ، وحكم الارتداد عن الإسلام هو ما يثيره كثير من الأعداء والمشككين ، وضعاف الإيمان ، أمام هذا الطرح نتساءل عن المقصود بالردة وأثرها في إسناد الحضانة؟

1- تعريف الردة.

يقصد بالردة لغة : الرجوع والإعادة ، أي رجوع الشيء إلى غيره ، أو إعادته إلى حاله² .

أما في الاصطلاح الشرعي : هي الخروج عن الإسلام باعتقاد أو قول أو عمل ، فهي رجوع عن دين الإسلام إلى الكفر، كمن ينكر وجود الله ، أو نفي الرسل ، أو تكذيب رسول ، أو أنكر حكما شرعيا معلوما من الدين بالضرورة ، أو حلل حراما أو مجمعا عليه ، أو ثابتا بدليل قطعي ، أو أتى فعلا من أفعال الكفار في العقيدة والعبادة.³

2- حكم الردة والارتداد .

¹ - محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية ، المجلد 27 ، العدد الأول ، سنة 2001،، ص308.

² - المعجم الوسيط ، معجم اللغة العربية ، مطبعة مصر ، 1381هـ - 1961م ، 337/1.

³ - محمد الزحيلي ، المرجع السابق ، 403.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

أجمع العلماء على تحريم الردة ، وأنها جريمة كبرى ، وهي من أكبر الكبائر ، وتستوجب العقاب الشديد في الدنيا ، والعقاب الويل والخلود في نار الآخرة إذا مات عليها لقوله تعالى : " ومن يرتدد منكم عن دينه ، فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة ، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ."¹

وما تجدر الإشارة إليه انه يشترط في الحكم بالردة أن يكون الشخص مسلماً أولاً ، ثم يترك الإسلام إلى غيره من الأديان ، فإن ترك الدين كله كان مرتداً أو ملحداً أو زنديقاً ، كما يشترط أن يكون المرتد عاقلاً ، فلا يحكم بردة المجنون والنائم والسكران ، وان يكون بالغاً ، فلا يحكم بردة الصغير لأنه لم يكتمل عقله ، وان تكون الردة عن قصد واختيار ، فان أكره المسلم على النطق بالكفر فانه لا يكفر². لقوله تعالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه ، إلا من أكره وقلبه مطمئن ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهِ غضب من الله ، ولهم عذاب عظيم ."³

1 - سورة البقرة ، الآية 217.

2 - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص556.

3 - سورة النحل ، الآية 106.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

كما يشترط في الردة صدور الحكم من العلماء الثقات العارفين بالأحكام وغير المتسرعين في تكفير المسلمين ، أو من القاضي الشرعي ، ولا يقبل التكفير والحكم بالردة من الجهال وأنصاف العلماء¹.

أما في ما يخص تأثير مسألة الردة على الحضانة ، فيشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى ألا يكون مرتدا عن دين الإسلام ، حيث أن رده قد تدفعه إلى أن يغير دين الصغير فلا يؤمن عليه فلا يكون بناء على ذلك الحق في الحضانة.

ويرى جانب من الفقه الإسلامي أن سبب عدم ثبوت حق الحضانة للمرتدة إلى حبسها لتموت أو لتتوب ، إذ وهي في هذه الحالة لا تتمكن من القيام بتربية أولادها والعناية بأمرهم².

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لم نجد ما يشير صراحة إلى هذا الشرط، وان كان المشرع الجزائري قد اعتبر صراحة الردة مانعا للميراث في نص المادة 138 من قانون الأسرة، لذلك سنحاول بحث موقف القضاء الجزائري من مسألة الردة ففي قرار مؤرخ

¹ - محمد الزجيلي ، المرجع السابق ، 403.

² - حميدو زكية ، مصلحة المحضون...، المرجع السابق ، ص356.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

1989/03/13 : " لا تسقط اكتساب الحضانة جنسية أجنبية حقها في الحضانة ، طالما

لا تثبت ردتها عن الدين الإسلامي ".¹ .

ثالثا: شرط تربية المحضون على دين أبيه .

إذا كان الأصل في الحضانة حفظ المحضون ورعايته في حاله ومعيشتته ، فإن الجانب الروحي والوجداني لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار في تربية المحضون هذا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " كل مولود يولد على فطرة فأبواه يهودانه أو يمجسانه أو يمجسانه .. " ، فالدين² عنصر مهم في تربية الطفل بصفة عامة والمحضون بصفة خاصة ، وقد أشرنا سابقا أنه رغم سكوت المشرع الجزائري سكت عن مسألة إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية (غير المسلمة) ، ألا أن القضاء أعطاهم الأولوية متى توفرت فيها الشروط القانونية اللازمة للحضانة ومن بين هذه الشروط تربية المحضون على دين أبيه.

تشير مسألة إسناد الحضانة في الزواج المختلط العديد من المشاكل فيما يخص الدين الذي يتبعه الطفل بعد افتراق الزوجين ، لحل هذه الإشكالية تباينت مواقف التشريعات المقارنة منها تشريعات منحت لأحد الوالدين الحق في الاعتراض على التعليم الديني

¹ - المحكمة العليا ، ملف رقم 457038 ، بتاريخ 2008/09/12 ، م.ق العدد الثاني ، سنة 2008 ، ص313.

² - يعرف الدين في اللغة أنه الطاعة والقهر والخضوع والذل والتعبد والمجازاة والملك والافتراض ، أما لغة يقصد به علاقة بين طرفين ، الطرف الأول يتمتع بالسلطان والقدرة والملك والجبروت والحكم وحق القهر والمحاسبة والمجازاة والطرف الثاني يقف في الجانب الآخر بالخضوع والطاعة والذل والاستكانة والعبادة والورع والعلاقة بين الطرفين الدين أو المنهج أو الطريقة التي تحدد علاقة الأول بالثاني وبالعكس ، والدين في الاصطلاح له تعريفات كثيرة ومتباينة وأشهر تعاريف لعلماء الإسلام : " وضع الهي يرشد إلى الحق في الاعتقاد والى الخير في السلوك والمعاملات . " أو أنه " وضع الهي سائق لدى العقول السليمة باختيارهم الصلاح في الحال و الفرح في المال. " أنضر ، محمد الزحيلي ، المرجع السابق ، ص374.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لأبنائهم كالقانون الانجليزي والبلجيكي والنمساوي¹. في حين تشريعات أخرى وحلا لإشكالية التوجيه الديني للقاصر وضعت في تشريعاتها ما يسمى " بسن الرشد الديني " ، الذي حدده القانون الألماني 14 سنة في القانون المدني سنة 1921. والقانون السويسري الذي حدده ب16 سنة في المادة 303 من القانون المدني².

كما يرى الفقه أن الدين الذي يرى عليه الطفل قبل الطلاق هو الذي يجب أن يتبعه بعده ، لكن رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مخالف تماما لذلك إذ ترى يجوز لأحد الوالدين أن يغير من ديانة ابنه بإرادة المنفردة، وهو ما جاءت به هذه الأخيرة في قرار "Hoffman" الحق في تربية أبنائها على دينها الجديد (Les Temoins De Jehoval) ، وتمثلت دفع هذه الأخيرة في أن قرار محكمة النقض النمساوية الذي أسند الحضانة لوالد الطفلة يمس بحريتها الدينية وحقها في تربية أولادها وحقها في عدم التدخل في حياتها الشخصية بالإضافة إلى حقها في عدم التمييز³.

على هذا فان طرح الإشكالية في المجال الجزائري والدول الإسلامية يأخذ بعدا آخر ، بمعنى آخر بالنسبة للمجتمعات ذات المرجعية الدينية الإسلامية الذي يعتبر الإسلام أسمى

1- P. Courbe, Droit De La Famille, , Dalloz/Armand Colin , Coll , U , 3^{ème}, Ed, Paris, 2003, P383.

2 - مالطي نهار فائزة ، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2005-2006، ص43.

3- C.E.D , Arret Hoffman C .Autriche, Serie A N°255- C,23 Juin 1993 ; <http://www.Echr.Coe.Int>.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الأديان والخروج عنه بمعنى الردة والخروج عن الجماعة ، ومسألة مسألة حرية المحضون في اختيار ديانته أو تغيير الحاضن لديانة المحضون من المسائل الحساسة.

وبهذا الخصوص نشير إلى أن اتفاقية حقوق الطفل الصادرة بتاريخ 1989¹ نصت في مادتها 14 على أن: "1 - تحرم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

2 - تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعاً للحالة ، الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة

3- لا يجوز أن يضع الاجهـار بالدين ، أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون والالزمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين."

أثارت الفقرة الأولى من هذه المادة حساسية الدول الأطراف في الاتفاقية² حيث تحفظت 16 دولة بشأنها وأصدرت 5 دول تحفظات عامة مفادها عدم تطبيق أحكام

¹ - اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 25/44 ليوم 21 نوفمبر 1989 ، والتي دخلت حيز التنفيذ 02 سبتمبر 1990.

² - مالطي فائزة نهار ، المرجع السابق ، ص43.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

المعاهدة المتعارضة مع الشريعة الإسلامية. كما أصدرت دول من بينها الجزائر إعلانات تفسيرية¹ بخصوصها.

إذن أرفقت الجزائر وثيقة موافقتها على اتفاقية حقوق الطفل بإعلان تفسيري متعلق بالمادة 14 من الاتفاقية (déclaration interprétative) وليس تحفظا (réserve)²، تؤكد فيه على احترام حق الطفل في حرية التعبير والدين ليس مطلق و إنما مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري بالإضافة إلى أن حرية الرأي والضمير لا يمكن المساس بها ، إذ أن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية و إنما يؤكد ها ويوضح معالمها أكثر ، نفس الملاحظة يمكن أن نبديها بالنسبة للجزء الأخير من هذا الإعلان والمتمثل في واجب الدولة على احترام حق الوالدين أو الممثل الشرعي لتوجيهه لممارسة حقه في الدين فحسب الإعلان الجزائري الذي ينص على أن الطفل يربي وفقا لدين أبيه حسب أحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة تعد من مقومات الدولة الجزائرية فالإعلان الأول إذا يؤكد بأن أحكام الاتفاقية تتماشى وتشريعاتها السابقة على الصدور.

¹ - Messaoud Mentré , La Convention Relative Aux Droits De L'enfant Et Son Application Par Le Juge De Statut Personnel, Revue ; N°3 ; 2005.

² - سهيلة قمودي شيعاوي ، وفاء شيعلاوي ، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ، المجلة العلوم القانونية والإدارية العدد 3 ، سنة 2000 ، ص 200.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

بعد أن بينا الإشكالية التي تثيرها الدين المتبنى للمحضون ، نذهب إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة وإلى شرط تربية المحضون على دين أبيه ، إذن فزواج المسلمة بالمسلم لا إشكال يثار فوحدة الدين كقيلة بتوجيه الطفل إلى الدين الموحد لأبويه سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد الانفصال أما بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم فالمسألة كفلها الشرع والقانون بمنع هذا النوع من الزيجات إلا إذا أثبت الزوج دخوله في الإسلام (شهادة اعتناق الإسلام خاصة بالزواج مسلمة من وزارة الشؤون الدينية) ، ولكن قد تثار الإشكالية في حالة تغيير الزوج لديانته ما بعد الزواج فهل تربي الحضانة ابنها على الدين الجديد لأبيه؟

وفي فرض زواج المسلم بغير المسلمة هنا أيضا تكمن الإشكالية سواء تعلق الأمر أثناء قيام الزوجية فقط تطفوا الأنانية على الزوجين ويحاول كل منهما طمس ديانة الآخر وتلقين ديانته إلى الأطفال ، أو بعد انحلال الرابطة الزوجية فقد يحاول الحاضن استغلال وجود المحضون معه وتلقينه ديانته وفي نفس الوقت تشويه ديانة الآخر. وهذه الأخيرة هي بيت القصيد وما سنحاول دراسته مع تبيان موقف المشرع الجزائري من المسألة.

في الواقع من المسائل الجوهرية التي اعتنى بها فقهاء الشريعة الإسلامية التربية الدينية وقد تمت دراساتها في جميع الفرضيات الممكنة رغم اختلاف وجهات النظر فيما بينهم، كما أود أن أشير في البداية أن تبعية الولد عند اختلاف الأبوين في الدين تختص بالولد الصغير الذي لم يبلغ ولم يميز ، أو الولد البالغ المجنون (غير العاقل) الذي لا يميز. أما الولد البالغ

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

العاقل فلا يتبع أحد أبويه في الدين عند اختلافهما في الملة ، والبالغ لا يحتاج إلى التبعية لأنه بالغ راشد عاقل مسؤول عن تصرفاته ومعتقداته فلا يجبر على تبعية الوالدين في الدين ، وإنما يخير العاقل البالغ بين دين أبيه ودين أمه ، والدليل على ذلك قوله تعالى : " لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي ."¹ و حديث الغلام (أبو سلامة الأنصاري) الذي أسلم أبوه وأبت أمه أن تسلم فخيره النبي بين أمه وأبيه.²

كما سبق الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا بشأن مسألة اتحاد ديانة الحاضن والمحضون إلى فرقين الأول رأى بعدم جواز إسناد الحضانة إلى الكافر وهذا يترتب عليه بشكل قطعي إسناد الحضانة إلى المسلم ، فلا ولاية لكافر على مسلم ، أما الفريق الثاني الحنفية والمالكية رأى بجواز حضانة الغير مسلم للمسلم ولكن بشروط .

يرى الحنفية³ بوجوب توفر شرطان لا بد من توافرها بحيث إذا سقط أحدهما تسقط حضانة غير المسلمة للولد المسلم: . أن يكون الصغير غير عاقل الأديان فإذا عقل الأديان تسقط حضانة الكافرة .

- الأمن عليه من التأثير بعقيدة الكفار، أما إذا خيف عليه أن يعتاد الكفر ويألفه كأن تأخذه معها إلى الكنيسة أو تسقيه خمرا أو تطعمه الخنزير فعندئذ يسقط حقها في الحضانة.

¹ - سورة البقرة آية 256.

² - عبد الودود مصطفى مرسي السعودي ، تبعية الولد لأبويه في الدين ، " دراسة فقهية مقارنة بالقانون " حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، السنة الخامسة ، العدد 09 ، ص 233.

³ - الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاسني الحنفي ، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الرابع ، ص 41-42.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

أما المالكية أن الحضانة تثبت للكافة على المحضون ما دام لا خوف على الطفل من الاعتياد على عادات الكفار ومعتقداتهم ، ويبقى في حضانتها حتى البلوغ ، أما إذا خيف عليه من حاضنته تنتقل إلى أناس مسلمين¹.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نص على تربية الولد على دين أبيه ، في حين سكت عن مسألة الأم الغير مسلمة وإسناد الحضانة إليها كما فصلنا سابقا ، أو حتى متى تسقط عنها ، بخلاف ما نجد في بعض التشريعات العربية التي تفرق في مسألة مدة الحضانة بين الأم المسلمة وغير المسلمة ومنها نص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984². فبقاء المحضون عند الحاضنة مرهون بالمساس الديني للمحضون ، فلو علم أن مستحق الحضانة يمهّد للولد ليألف غير الإسلام فلا حضانة له ، كما انه حدد موعد انتهاء حضانة غير المسلم على الطفل المسلم ببلوغ المحضون السنة السابعة من عمره وعندها فلا حضانة له.

أما تطبيق المسألة في القضاء الجزائري ففي قرار للمحكمة العليا " من المقرر شرعا أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"³.

¹ - مالك ابن أنس ، المدونة ، ج5، المرجع السابق ، ص359.

² - تنص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على ما يلي : " الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وان لم يعقل الأديان وفي جميع الأحوال يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره ."

³ - ملف رقم 19287 بتاريخ 16/04/1976 ، نشرة القضاة 1981 ، العدد ، ص108.

رابعا: شرط الإقامة بالمحضون داخل التراب الوطني .

من الشروط المهمة في إسناد الحضانة هذا الشرط الذي نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري فأنحلال الرابطة الزوجية يستتبعه بالضرورة مغادرة المطلقة لمسكن الزوجية ، وان كانت أجنبية يعني العودة إلى بلدها مما يثير إشكالية الرقابة على المحضون من جهة ومن جهة أخرى حدوث انقطاع في الروابط الأسرية بين المحضون وباقي عائلته .

الواقع أن شرط الإقامة بالمحضون داخل التراب الوطني يجد مصدره لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن الانتقال بالمحضون من مكان إلى آخر يكون سببا لإسقاط الحضانة ، إذا أراد أحدهما السفر إلى بلد آخر فمن يكون أحق بالولد للفقهاء رأيان :

الرأي الأول: للشافعية والحنابلة والمالكية¹

اتفق الشافعية والحنابلة والمالكية على أن الأمور الآتية في حالة سفر احد الأبوين أو كلاهما سواء كان الولد مميزا أو غيره :

- إذا أراد أحد الأبوين السفر غير نقلة ، كالسفر لحاجة من تجارة أو حج أو نحو ذلك ويريد أن يرجع ولا يريد الاستيطان والإقامة في بلد آخر ففي هذه الحالة المقيم أحق بالولد سواء كان المقيم أما أو أبا وليس للمسافر نزع من الحاضن لما في سفره من متاعب

¹ - الشافعي، الأم 93/5، ابن قدامه ، المعنى 218/7، ابن عبد البر ، كتابي الكافي 625/2، الرملي ، نهاية المختار ، 234/7..

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

وإضرار ، مما لاحظ للمحضون في ذلك ولا نظر فبقاؤه مع المقيم أصلح وأولى لراحته سواء كان السفر طويلا أو قصيرا.

- إذا أراد احدهما سفرا للاستيطان والإقامة في بلد وكان البلد مخوفا ، أو الطريق مخوفا فالمقيم أولى به لما في السفر به من خطر عليه وإضرار به ولو اختار الولد السفر لم يجب ، لان في ذلك تغرير به وجعل البعض شدة الحر أو شدة البرد مثل خوف الطريق بحيث يتضرر الولد.

- إذا أراد احدهما سفر قصد الانتقال والإقامة في البلد ، وكان البلد والطريق آمين فالأب أولى به من الأم سواء كان المتنقل أبا أو أما لان الأب هو الذي يحفظ نسب ولده ويقوم بتأديبه وتعليمه والإشراف عليه ، وفي بقائه معه يسهل عليه القيام بحاجاته.

- إذا أراد الأبوان السفر جميعا إلى بلدة واحدة فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك أن أحده الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها لعدم وجود ما يسقط حقها من الحضانة لاجتماعهما في بلد واحد.

- لو كان السفر قريبا بحيث يراهم الأب ويرونه كل يوم فتكون الأم على حضانتها لان ذلك في حكم الإقامة ، وحدد بعضهم أن يكون اقل من مسافة القصر.

الرأي الثاني : للحنفية¹.

قالوا : مكان الحضانة مكان الزوجية إذا كانت الزوجية قائمة بينهما فالأم هي الأحق بولدها حتى ولو أراد الزوج الخروج من البلد ، أو أراد أن ينتزع منها ليس له ذلك حتى يستغنى عنها وإذا أرادت الزوجة الخروج من البلد فللزواج أن يمنحها بحق الزوجية.

أما إذا افترقا وقد انقضت عدتها ثم أرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى البلد آخر فهذا أقسام:

- إذا أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك لان المانع من النقل هو ضرر بالتفريق بين الأب والابن ، وقد رضي به الزوج لوجود دليل الرضا إذا تزوج بها في هذا البلد فكان رضي بهذا المكان له ولأولاده.

- إذا أرادت السفر ونقل أولادها إلى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه ، ليس لها ذلك لان هذا البلد ليس البلد ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو رأي غربة لها فلا يكون النكاح دليل الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضيا بحضانة ولده فيه.

وبالتالي لم يرض بضرر التفريق وروي عن أبي يوسف ومحمد أنه يجوز لها إلى البلد

الذي وقعت فيه عقدت النكاح²

1 - حافظ محمد أنور ، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ، دار بلنسية للنشر والتوزيع ، الرياض ، 4330هـ ، ص 627.

2 - حافظ محمد أنور ، المرجع السابق ، ص 627.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

- هذا كله إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة بحيث لا يقدر الأب أن يزور ابنه فيعود إلى منزله قبل الليل ، أما إذا كانت المسافة قريبة بحيث يزور الولد ثم يرجع إلى منزله قبل الليل فلها نقل ولدها لعدم لحوق الضرر الكبير بالأب.

أمام مواقف المختلفة حول السفر بالمحزون يتبادر الى الذهن التساؤل عن موقف المشرع الجزائري من السفر والتنقل بالمحزون، الذي أورده نص المادة 69 من ق. أ بقولها :
" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحزون."

مما لاشك فيه أن نص المادة 69 تتعلق بالانتقال بنية الاستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة وليس فقط من أجل قضاء عطلة أو فترة علاج.

المبحث الثاني : آثار الحضانة.

إذا ما ثبت للقاضي إسناد حضانة الأولاد لأحد الأطراف المتنازعة سواء كان الزوجين أو غيرهما لما ثبت له من توفر الشروط الخاصة بالحضانة وتأكدت مصلحة المحزون عنده نتج عن ذلك آثار تتطلبها مصلحة المحزون ، وتتجلى هذه الآثار فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحزون ، بالإضافة ذلك إن الحضانة تبذل بمجهودات مادية ومعنوية مضمينة في سبيل تربية المحزون والسهر على مصالحه فهل تستحق أجرا على ذلك؟ كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف ينمو في دفعته المحزون كما أن تولي الحاضن

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لشؤون المحضون لا يعني انقطاع هذا الأخير عن بقية أهله، بل لابد على القاضي أن يحكم إلى جانب إسناد حق الحضانة، بحق الزيارة

هذه مجمل الآثار التي تترتب عن الحضانة سنتناولها فيما يلي

المطلب الأول: الحقوق المادية للمحضون

من المعلوم أن الحضانة تتطلب أعباء مالية تتجلى في كل ما تتطلبه احتياجاته المعيشية، وتنشأه التنشئة القويمية لذلك وجبت النفقة على المحضون، وأيضاً الحضانة هي بذل مجهود من طرف الحاضن فهل تستحق الحاضنة على ذلك أجراً.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة.

لما كانت الحضانة تقوم على أساس حماية المحضون وحفظه والقيام بشؤون المحضون، فإن هذه المسألة تتطلب من الحاضن تحمل أعباء مالية حتى يستطيع القيام بمسؤوليته كاملة تجاه المحضون، لذلك أوجب الشرع والقانون " نفقة المحضون " و " أجرة الحضانة".

البند الأول : نفقة المحضون

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

تعرف النفقة بأنها¹: "القيام بحاجة المنفق عليه التي لا غنى عنها ، فيدخل في ذلك الطعام والشراب والكسوة و السكن ونحوها من الحاجات الضرورية " ، فمعروف أن حاجات الإنسان لا تنتهي ، كما أنها تتطور زيادة ونقصان بتطور المراحل السنية للإنسان وفي كل حال فان الحاجة إلى المطعم والكساء والمسكن يتأتى على قمة الحاجات الإنسانية مهما تطورت المراحل العمرية.

أورد المشرع الجزائري النفقة في نص المادة 78 من ق.أ.ج كما يلي : " تشمل النفقة الغذاء والكسوة و العلاج و السكن وأجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة . "

يتضح من نص هذه المادة أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان في معيشتة من طعام وكسوة وعلاج ومسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة ، لأنه قد يضم يتسع مجال النفقة إلى أمور أخرى تتطلبها العادة والعرف ، والمشرع الجزائري عندما أضاف عبارة " وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

¹ - عبد الله بن محمد بن ناصر الغطيميل ، نفقة الأولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية) ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، رابطة العالم الإسلامي ، المجمع الفقهي الإسلامي، ص 07.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

وتجب النفقة للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما: الزواج ودرجة القرابة في الإرث كما أوردته المادة 77 ق.أ.ج.

أما بخصوص نفقة المحضون فإن المشرع الجزائري استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال ، وهو ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب¹، حيث تنص المادة 75 من ق.أ.ج على: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور حتى سن الرشد ، والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عن الكسب ."

ويعد العسر من مسقطات النفقة ، فلكي تكون النفقة واجبة على الأب لا بد أن يكون قادرا على الكسب ، وأن يكون الابن محتاجا لها على اعتبار لا مال له أو لصغر سنه أو ذا عاهة تمنعه من الكسب أو مزاولا للدراسة وتستمر النفقة إلى غاية الاستغناء عنها كما ورد في المادة 75 السالفة الذكر.

بينما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج، هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 506369 بتاريخ

¹ -وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص431.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

2009/07/08 بقولها: " حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون ، و أساء تطبيقه ذلك لان المطعون ضدهما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد وليس لهما دخل ويواصلان دراستهما."¹

كما ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب معسرا وعاجزا عن النفقة و هذا ما نصت عليه المادة 76 ق.أ.ج: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك . "ففي هذه الحالة يشترط على الأم أن تكون قادرة على الإنفاق أي لديها مال.

ويلاحظ بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاستزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو لتقاعس²، وإلا لتقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضون لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، فلا بد أن يقوم الدليل على العجز وقدرة الأم على الإنفاق.

- تقدير قيمة النفقة:

¹ - ملف رقم 506369 ، غ .ش.أ ، بتاريخ 2009/07/08 ، م.م.ع ، العدد الثاني ، 2009 ، ص 308.

² - بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012، ص 387.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لما كانت النفقة من الضروريات لمعيشة المحضون فلا يمكن للحاضنة ممارسة الحضانة وتحمل أعبائها دون الدفع المادي الواجب على والد المحضون ، إلا أن هذا الأخير قد يمتنع عن الإنفاق مما يضطر الحاضنة للمطالبة قضائيا بالنفقة، هذا ما يجعل للقاضي دورا حاسما في تقدير النفقة .

أورد المشرع الجزائري مسألة تقدير النفقة في نص المادة 79 ق.أ.ج التي نصت كما يلي : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم . " الملاحظ في نص هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين وركن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون¹ ، في إطار احتياجات هذا الأخير من اجل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وتحقيق الحماية الصحية والخلقية له ، من خلال تلبية حاجاته المعيشية من مأكّل وملبس وكسوة وعلاج ومسكن ودراسة ، كما أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة النفقة إلا بعد مرور سنة من الحكم بها ، ويجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي كل المعايير السابقة.

والواقع إن مشكل نفقة المحضون من المشكلات العويصة التي تعاني منها المطلقات ، فان كان تقدير النفقة على النحو السالف الذكر ، فانه لا يتماشى مع معطيات العصر الجديدة فتقدير النفقة على مستوى المحاكم ضئيل جدا بالنسبة لما تتكبده الحاضنة من

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج..، المرجع السابق ، ص387.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

نفقات ، إضافة إلى إشكالات التماطل في دفع مستحقات النفقة والتي تعد من الضروريات.

لذلك ومسايرة للتطور العالمي انشأ المشرع الجزائري ما يسمى بصندوق النفقة¹ الذي جاء من اجل التخفيف من معاناة المطلقات فهذا الصندوق الذي تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة و رفع الاحتياج عن المحضونين، مع العلم أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على هذه الوسيلة لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا ، على أن يحلّ الصندوق محل الدائن بالنفقة و تحوّل له جميع الطرق و الوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة .

البند الثاني:أجرة الحضانة.

أجرة الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابلة حضانتها للصغير وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجر، فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال الصغير إن كان له مال ، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال ، وله شبه بالأجر لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته² .

¹ - قانون رقم 15- 01 المؤرخ في 4 يناير 2015 ، ج .ر عدد01، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة.
² - عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2005، ص 194.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

لم يعالج المشرع الجزائري مسألة أجرة الحضانة بخلاف المشرعين التونسي و المغربي¹، أمام سكوت المشرع الجزائري سنحاول دراسة المسألة من خلال تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي الذي يعد العلاج لسد هذا الفراغ القانوني.

لقد عرف الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحضانة وفرق بين ما إذا كانت الدائن بها هي الأم أو غير الأم على النحو التالي:

يرى المالكية بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أم غير ذلك ، وبغض النظر عن حالتها المادية موسرة أو معسرة ، فان كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس الحضانة ، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد².

بينما يرى الحنفية والحنابلة والشافعية أن الأم لها طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق وبعد انتهاء العدة ، معنى ذلك مادامت النفقة ثابتة لها بنسبة الزوجية أو لوجودها في حالة العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وان تعدد السبب وماعدا هؤلاء فان باقي الحاضنات يأخذن أجرة. فان الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أم أو هي غير

¹ -المادة 2/167 من مدونة الأسرة: "لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي".

² - مدونة الإمام مالك، المرجع السابق ، ص546.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الأم، و هي غير أجرة الرضاعة ، فان كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاعة أجيبت ، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته وبقدر لها كفايتها بحسب الحال.

وبالتالي للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً¹.

عليه كان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة وخاصة وان أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون ، ذلك أن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه ، فان عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل ، وهذا يسبب ضررا للمحضون .

في هذا المجال نجد موقف رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ أنه : " لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء . " ² علما أن الحكم أجنبي ويراد مهره بالصيغة التنفيذية .

الفرع الثاني : سكن المحضون.

¹ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 767 .768.

² - قرار رقم 355718 بتاريخ 2006/04/12 ، غ . أ . ش . م ، المحكمة العليا ، منشور على موقع منظمة المحاماة سيدي بلعباس ، <http://avocats-sba.dz>

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

من المسائل التي تتطلبها ممارسة الحضانة السقف الذي يؤوي المحضون ويحميه ، إلا أنه بعد افتراق الزوجين قد تغادر الحضانة مسكن الزوجية وقد لا تجد مكانا تمارس فيه حقها في الحضانة ومنا تثار مشكل السكن من أجل ممارسة الحضانة و موقف المشرع الجزائري منه؟

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي : " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما ، وان تعذر عليه دفع بدل الإيجار ، وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن."

بينما نصت المادة 78 من قانون الأسرة جزائري على ما يلي : " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ."

من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة السكن واعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة ومن بينها نفقة الأب على أبنائه المحضونين ، وان كان لم يتطرق إلى مواصفات محددة يجب توفرها في المسكن المخصص للحضانة ، إنما أشار فقط أن يكون المسكن ملائما للحضانة وهذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي الناظر في النزاع ، غير أنه إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن وهو دفع إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

كما يظهر من نص المادة 72 ق.أ.ج أن هناك شروط لا بد من توفرها لحصول

الحضنة على سكن وتمثل فيما يلي :

(1) أن يصدر حكم قضائي نهائي يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن

كون المحضون واحد أو أكثر .

(2) أن تكون الحضنة هي المطلقة و هي أم المحضون .

(3) أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو

أولاده وإذا لم يكن له مسكن يوفره للحضنة فيجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما

يساوي قيمة إيجار السكن لمثل حالة زوجها ومثلها¹.

غير أن المادة 72 ق.أ.ج المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية

التي تنص : " ... وتبقى الحضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي

المتعلق بالسكن."

فالمشعر الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء

الحضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك

لعدة اعتبارات أهمها²:

¹ - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص145 .146.

² - المرجع نفسه ، ص146.

1. أن المشرع حصر الحضانة في الأم المطلقة ، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون

الحضانة أما أو حالة أو أي حاضن آخر حسب الترتيب السابق الذكر

2 . نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن ، أي أن المطلقة تصبح أجنبية

عن مطلقها ، فكيف يمكنها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها.

لذلك فإن المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة لم يكن موفقا لأنها تحمل

الكثير من الغموض وعدم الدقة.

المطلب الثاني: حق الزيارة.

إن انتهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين لا يعني انقطاع العلاقة بين الأولاد والوالدين ،

بل تبقى قائمة معززة بقواعد شرعية لتقوية صلة الرحم بين أطراف الأسرة المشتت فإذا ما

أسندت الحضانة إلى الأم على النحو السالف الذكر سابقا ؛ فالقوانين تكفل للأب وغيره

من الأقارب من زيارة المحضون والاطلاع على أحواله وشؤونه، ولا يجوز للام الحضانة أن تمنع

الأب من زيارة ولده أو تقوم بما يجعل زيارته غير ممكنة وصعبة.

غير إن إثارة مشكل زيارة ورؤية¹ المحضون في حالة الزواج المختلط يثير عدة

صعوبات في المجال العملي ، ذلك أن انحلال الرابطة الزوجية يعني رجوع أحد أطراف العلاقة

¹ - استعمل المشرع الجزائري مصطلح الزيارة ، إلا انه بالرجوع إلى الفقه وجدنا مسميات أخرى كالمشاهدة والرؤيا والتي في مجملها تفيد ربط صلة الرحم بين المحضون وصاحب حق الزيارة ، فالزيارة يقصد بها لغة : قصد المزور إكراما له واستثناسا به ، أما الرؤيا لغة تعني النظر

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

إلى بلده الأصلي والغالب تكون الأم الحاضنة ، مما يجعل من العسير ممارسة حق زيارة المحضون ومراقبته في مابين دولتين متباعدتين إقليميا من جهة ، ومن جهة أخرى خضوع ممارسة حق الزيارة لقوانين دول مختلفة ، هذه المشاكل التي تواجه طرفي النزاع في مجال ممارسة حق الزيارة قد دفعت ببعض الدول إلى إبرام اتفاقيات دولية أو ثنائية للحد من النزاعات، من هذه الاتفاقيات الاتفاقية الجزائرية الفرنسية .

لذلك ارتأينا لدراسة هذه الإشكالات بحث مسالة تنظيم حق الزيارة في المجال الوطني (الفرع الأول) ، ثم حق الزيارة في الاتفاقيات الدولية(الفرع الثاني)

الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة في المجال الوطني

إن حق الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره ، إذ لا بد من توطيد علاقة المحضون بوالديه وأقاربه وتمتينها فالزيارة ليست قائمة على هوى الحاضنة و الزائر وإنما هي أمر منظم يضبطها القاضي عند إسناد الحضانة للطرف الآخر مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

قد ورد حق الزيارة في نص المادة 64 من قانون الأسرة جزائري من خلال هذا النص ألزم المشرع القاضي بالحكم بما في حالة إسناد الحضانة ، كما جعلها من التدابير المؤقتة التي

بالعين وبالقلب ورأيته ورأيا وراءة وراية ورثانا ،وارتأيته واسترأيته ،أما المشاهدة تعني لغة هي الإدراك بإحدى الحواس ، والمشاهدات المدركات بالحواس ، انظر ، نواف حازم خالد ، نشوان زكي سليمان ، مشاهدة المحضون (دراسة مقارنة) ،مجلة كلية القانون سياسية ، جامعة كركوك ، المجلد 4، العدد15 ، الجزء الأول ، العراق 2017،ص373-420.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

يفصل فيها القاضي على وجه الاستعجال وذلك بموجب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة¹ ، إلا أنه رغم أهمية حق الزيارة في توطيد العلاقة بين المحضون وأقاربه إلا أن هذا الحق لم يلق اهتماما من طرف المشرع الجزائري فأورده في عبارة واجدة في نص المادة 64 فقرة 2 من قانون الأسرة بقوله " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "، بهذا يكون قد اعرض عن مجمل الإشكالات التي من الممكن إثارتها في هذا المجال ، كأصحاب حق الزيارة ، مدة الزيارة ، مكان الزيارة ، أيضا أن حق الزيارة يختلف من محضون إلى آخر فالرضيع الذي في الأشهر الأولى ليس كالطفل ، إلى غير ذلك من الإشكالات المهمة التي تثار يوميا في هذا المجال ، تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي لتقديرها وفقا ما تقتضيه مصلحة المحضون مع مراعاة دائما مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية .

البند الأول: أصحاب حق الزيارة

إن أهمية حق الزيارة في حياة المحضون لا تقل عن أهمية إسناد الحضانة، فإذا كان المحاضن منوط به القيام بشؤون المحضون، فصاحب حق الزيارة دوره مراقبة ومتابعة شؤون المحضون من خلال ممارسة حقه في الزيارة، أمام هذا الدور المهم جدير بنا التساؤل عن أصحاب حق الزيارة .

¹ - نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما يتعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة".

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

قد سبق الإشارة في إسناد الحضانة أن الأولوية هي للام في جميع الحالات إذا توفرت فيها الشروط القانونية اللازمة لذلك ، مما يجعل في غالب الأحيان الأب هو صاحب حق الزيارة ألا أن الواقع الاجتماعي قد يفرض مطالبة أطراف أخرى كالأقارب لحق الزيارة .

ما يجب إن ننوه إليه أن المشرع الجزائري لم ينص على أصحاب حق الزيارة إلا أنه أشار إلى هذا الحق ضمن المادة المرتبة لأصحاب حق الحضانة بقوله : " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" ما يفهم من نص المادة أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فلا بد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن ، وهذا دليل على أن أصحاب حق الحضانة هم أنفسهم لهم حق الزيارة بحسب الترتيب الوارد في نص المادة 64 ق.أ.ج .

لما كانت الحكمة من منح حق الزيارة تقوية صلة الرحم بين المحضون وأقاربه وسعيًا من المشرع لمنع أية محاولة لقطعها وخصوصًا بعد افتراق الزوجين أين يصبح الأطفال وسيلة ابتزاز وضغط بين الطليقين فمن حق الأب رؤية أبنائه ولا يمكن للام أن تمنعه من ذلك وليس لها الاحتجاج بأي سبب كان .

إلا أن زيارة ورؤية المحضون لا تتوقف على الأب أو الأم بحسب حالة إسناد الحضانة فمن حق أقارب المحضون زيارته والتقرب منه ، في هذا الاتجاه ذهب القضاء الجزائري إلى جعل الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في احد قراراتها: " من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن ، يكون له حق الزيارة أيضا ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى ، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق.أ. ج فان القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن " ¹

إلى جانب ذلك أعطت المحكمة العليا للجددة للأب حق زيارة أحفادها ما دامت تعد من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة والنفقة على الفروع في حالة القدرة ².

أيضا منح القضاء الخالة حق الزيارة حيث جاء في حيثيات قرارها المؤرخ في 2001/01/23 للخالة حق الزيارة لان القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن

¹ - قرار رقم 189181 غ.أ.ش ، 1998/04/21، م.ق. ع، 2001 ، عدد خاص ، ص192.

² - وقد جاء في قرار المحكمة العليا: " حيث أن الطاعنة تعيب على قضاة المجلس قضاءهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزامها بتمكين المطعون ضدها من حق زيارة أحفادها استنادا إلى أحكام المادة 64 من ق.أ. بالرغم من عدم وجود نص قانوني يخولها ذلك الحق وبالرغم من أن النزاع لا يتعلق لا بالطلاق ولا بالحضانة ، لكن حيث انه فضلا على أن المطعون ضدها تعد من الأشخاص الذين لهم حق الحضانة طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة ومن الأصول الذين تجب عليهم نفقة الفروع في حالة القدرة والاحتياج طبقا لأحكام المادة 72 من نفس القانون وبالتالي فإنها تستفيد بصفة آلية من حق الزيارة ، فهي تعتبر كذلك جدة لأولئك الأطفال وبالتالي بمنزلة والدهم المتوفى وانه حرصا على توطيد وتقوية صلة الرحم التي تجمعها بهم وسعيا لمنع أية محاولة لقطعها يتعين إفادتها من ذلك الحق ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعنة بتمكينها بحق زيارة أحفادها على هذا الأساس يكونوا طبقوا القانون تطبيقا سليما وسببوا قرارهم بما فيه كفاية . " أنظر قرار رقم 699801. المؤرخ في 2012/10/11 م.ع ، غ.ش.أ ، (غير منشور) منقول عن لعناني أميرة ، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014-2015 ، ص 235.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

يستحقون حقوق الحضانة، ومتى كان كذلك فإن لها حق الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه وفق فيما قضى.¹

ما يمكن ملاحظته من خلال القرارات السابقة أن المحكمة أعطت حق الزيارة لأقارب المحضون سواء كان جد أو جدة أو خالة، والتي تعد كأمثلة تدل على توسيع القضاء لدائرة المتمتعين بحق الزيارة وعدم حصرها في الأبوين تجسيدا لمبدأ مصلحة المحضون، وان كان تحديد أصحاب حق الحضانة ليس بالعائق الوحيد أمام القضاء فالمشعر الجزائري سكت أيضا عن تحديد مدة الحضانة أو حتى مكان الحضانة.

البند الثاني : مدة ومكان ممارسة حق الزيارة

إن مسألة مدة ومكان ممارسة حق الزيارة من المسائل التي لم يفصل فيها المشعر الجزائري - كما ذكرنا ذلك سابق - فاسحا بذلك المجال للسلطة التقديرية للقاضي بالنظر للمعطيات الموجودة في الحالة المعروضة عليه وما تقتضيه مصلحة المحضون أيضا بالنظر لان المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

المقصود بمدة الزيارة هي المدة الفاصلة بين كل زيارة وأخرى، ومدة ودوام هذه الزيارة وان كانت هذه المسألة تحديد المدة التي يجوز فيها للأب زيارة ولده ورؤيته محل خلاف بين الفقهاء، ذلك لعدم ثبوت نص صريح يعتمد عليه فكان لكل مذهب رأيه الخاص حسب

¹ - قرار رقم 258479، م.ع، غ.ش.أ صادر بتاريخ 2001/01/23، عدد 02، 2001، ص 300.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

ما يراه من المصلحة ، فقال الحنفية¹ تكون مرة واحدة كل أسبوع وقال المالكية² تكون الزيارة مرة واحدة كل أسبوع ، وقال الشافعية³ تكون الزيارة مرة خلال يومين أو أكثر والحنابلة⁴ تكون الجارية عند أمها ليلا ونهارا ولا يمنع الأبوين من زيارتها ، والغلام في الليل عند أمه وفي النهار عند أبيه.

إن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أمره ، إذ لا بد من تمتين صلة الرحم بين صاحب حق الزيارة والمحضون خصوصا إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها ، بناء على ما سبق ذكره يترتب على القاضي الحكم للوالد غير الحاضن بحق الزيارة في أوقات وأماكن معينة ، حكمة ما في الأمر رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية ، التربوية ، الصحية ، الخلقية والقيام بدور المراقب لما يتماشى مع مصلحة المحضون.

غير أن الملاحظ في النص الوارد في المادة 2/64 ق.أ. جزائري لم يعطي للقاضي ولا توجيه في مسألة حق الزيارة وكيفية ممارستها، بل أنه لم يشير إطلاقا إلى مصلحة المحضون عند منح هذا الحق لصاحبه، فالقاضي الجزائري عليه أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون.

¹ - حاشية ابن العابدين ، رد المختار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، 1992 ، 571/3.

² - محمد بن أحمد بن محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر الخليل ، دار الفكر ، بدون طبعة ، بيروت ، 514/4.

³ - محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، المغني المحتاج إلى معرفة معاني الألفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 3، 599/2000.

⁴ - بن منصور يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 501/5، 2000.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

يرى الأستاذ بن شويخ رشيد أنه: " بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد إلا أنه كان على المشرع أن يوسع مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية ، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما".¹

أما عن القضاء الجزائري فقد تصدى لحق زيارة المحضون من خلال المبادئ المهمة التي استقرت عليها المحكمة العليا في تحديد مدة الزيارة على الأقل مرة في الأسبوع² ، كما أنه ذهب ابعده من ذلك وفق ما تحدده مصلحة المحضون وإبقائه مرتبطا بوالديه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها باعتباره أن حق الزيارة الموكول للأب لا يقتصر على مجرد الرؤيا بل يخوله أيضا حق المبيت مع أولاده وتربيتهم³ .

¹ - بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008، ص259.
² - حيث ورد في نص القرار أنه: " متى أوجبت أحكام المادة 64 على أن القاضي حينما يقض بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم . ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." أنظر قرار رقم 59784 ، غ.أ.ش.م. ، المحكمة العليا ، 1990/04/16 ، م.ق العدد 04 ، سنة 1991 ، ص126.

³ - جاء في قرارها: " حيث أن الطاعة تعيب على قضاة المجلس بالسماح للمطعون ضده بأخذ ابنته المحضونة للمبيت عنده بالرغم من أن حقه يقتصر على مجرد الزيارة فقط الأمر الذي يجعلهم قد مكثوا من مشاركتها هي في حق الحضانة متجاوزين سلطتهم ومجردين قرارهم من الأساس القانوني..... لكن حيث أن حق الزيارة المقرر لوالد المحضونة لا يقتصر على مجرد الرؤية مثلما يوحي إليه المعنى الحرفي لتلك الكلمة ، وإنما يخول له من حين لآخر الحق في أخذها للمبيت معه من أجل تلقينها فنون التربية والتأديب التي يقتضيها ذلك الحق خاصة وأن ذلك لا يقلل من شان وقيمة الحضانة أو يغير معنى حق الزيارة ، ومن ثم فإن القضاء من قضاة المجلس بذلك لا يعد تجاوزا لسلطتهم وتجريدا للقرار المطعون فيه بالنقض من الأساس القانوني مثلما تعتقد الطاعنة خطأ الأمر الذي يجعل هذا الوجه الآخر غير

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

كما أن حق الأب في زيارة ولده المحضون وأخذه لا يقتصر إلا في يوم أو يومين من الأسبوع، بل يمتد هذا الحق حتى العطل المدرسية والأعياد الدينية والوطنية وهذا ما أورده المحكمة العليا في قرار لها أن زيارة المحضون من قبل والده الحاضن خارج العطل المدرسية تراعى فيه مصلحة المحضون المتمدرس ، إلا أنه من حق الطاعن أخذ ابنه من قبل المطعون ضدها أثناء العطل المدرسية سواء باتفاق مع هذه الأخيرة من حيث المدة أو تحديدها قضاء ما لم تكن هناك أسباب جدية تحول دون ذلك ويعينها القانون¹.

أيضا رأت المحكمة العليا أن يمارس الزائر حقه على النحو الذي يراه دون تقييد ؛ ذلك أن التقييد مساس بحرية الأشخاص وأن الحقوق لا يقيدتها إلا القانون ، بل اعتبرت أن ممارسة الأم للزيارة بيت طليقتها إقامة محروسة².

ما يمكن قوله إن تحديد مدة الزيارة أو حتى مكان الزيارة يكون حسب الظروف والأحوال لكل من الأب والأم من قرب المسكن أبعده مسن الطفل وغير ذلك ، وان كان الوضع في العلاقات الدولية الخاصة أو انحلال رابطة الزواج المختلط تختلف تماما ، فرؤية

مؤسس كسابقه ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن". قرار رقم 717951 المؤرخ في 2013/01/10، م.ع ، غ.ش.أ.م، (غير منشور)، منقول عن لعناني أميرة ، المرجع السابق ، ص240.

¹ - قرار رقم 652044، المؤرخ في 2011/11/10، م.ع ، غ.ش.أ.م، (غير منشور) ، نقلا عن عناني أميرة، المرجع السابق ، ص241.

² - بقولها: "... فالزيارة في قضية الحال حكم بما للطاعنة ، وقيدت بان تكون ببيت مطلقها ولا تخرج بالبنات من مدينة تازمالت وفي هذا تضييق و تقييد لحق ، وفي هذا تضييق لهذا الحق وهذا يخرج الزيارة من معناها الشرعي اما فرض الإقامة المحروسة عليها ببلدية تازمالت وبيت الأب فهذا يخالف الشرع وفيه خرق للقانون وحد من حرية الأشخاص . " المحكمة العليا ، قرار رقم 79891 ، بتاريخ 1990/04/30 ، م.ق، 1992 ، عدد1 ، ص55.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

المحضون تنتقل من نزاع بين أفراد إلى نزاع بين دولتين لكل واحدة منها قوانين تنظم المسألة حسب منظورها الخاص تضييع من خلالها حقوق المحضون في الاحتفاظ بعلاقة هادئة ومنتظمة مع والديه وأقاربه لذلك كان لزاما تنظيم مسألة الحضانة وما يترتب عليها من حقوق ضمن اتفاقيات دولية سواء جماعية أو ثنائية تكفل ولو جزء من حقوق المحضون.

الفرع الثاني : حق الزيارة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988¹.

أن الوضع في العلاقات الدولية الخاصة أو انحلال رابطة الزواج المختلط تختلف تماما ، فرؤية المحضون تنتقل من نزاع بين أفراد إلى نزاع بين دولتين لكل واحدة منها قوانين تنظم المسألة حسب منظورها الخاص تضييع من خلالها حقوق المحضون في الاحتفاظ بعلاقة هادئة ومنتظمة مع والديه وأقاربه لذلك كان لزاما تنظيم مسألة الحضانة وما يترتب عليها من حقوق ضمن اتفاقيات دولية سواء جماعية أو ثنائية تكفل ولو جزء من حقوق المحضون.

إن حق الزيارة ليس مكرس على مستوى التشريعات الداخلية بل حتى في الاتفاقيات

الدولية ، ومنها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 10

1. - المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية ، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال ، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

من هذه الاتفاقية على أن: "للطفل الذي يقيم والده في دولتين مختلفتين الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلي والديه إلا في ظروف استثنائية".

الواقع إن السبب الرئيسي في إبرام الاتفاقية الفرنسية الجزائرية الإشكالات العويصة التي تثار بسبب الزواج المختلط عقب انفصال الزوجين التابعين للبلدين وضياع مصلحة المحضون أثناء نزاعهما، فالسلطات القضائية الفرنسية غالباً ما تمنح حق الحضانة للام الفرنسية، ولا يمنح حق الزيارة للأب خارج الإقليم الفرنسي على اعتبار أن ضمانات إرجاع المحضون من الخارج غير كافية سواء من طرف احد الوالدين أو من طرف البلد الأجنبي الذي يذهب إليه.

كما أن الإجراءات التعسفية التي كانت تعتمدها السلطات من تشدد في منح حق الزيارة للأب الجزائري وتقييده بضرورة الإقامة في حدود التراب الفرنسي، وإخبار السلطات الفرنسية بتواجده بفرنسا، وإيداع جواز سفره.¹

كرد فعل لهذا الاتجاه القضائي² لم يجد الآباء الجزائريون إلا وسيلة الاختطاف والإبقاء على الأطفال في الجزائر، مما يدفع بالأمهات الفرنسيات إلى اللجوء إلى القضاء الجزائري لاستظهار الأحكام القضائية الأجنبية التي منحهم حق الحضانة والمطالبة بتنفيذها، إلا أن

1 - مصطفى معوان، الحضانة والحماية القانونية للطفل في ظل الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41 رقم 01-2000، ص133.

2 - محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1982/02/03 المنشور في RCDIP لسنة 1982 ص558.

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

القضاء الجزائري يمنح حق الحضانة بشروط وتنفيذ هذه الأحكام الأجنبية¹ غالبا ما يصطدم بالنظام العام². هذا الوضع الذي سبب في توتر في العلاقة بين البلدين وصل حتى المستوى السياسي ، تمخض عنه اتفاق الدولتين على إبرام هذه الاتفاقية

في هذا المجال نشير إلى أن فلسفة واضعي الاتفاقية إلى حماية مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة، وحق زيارة المحضون، وحرية تنقله بين البلدين ، كل هذا دون الاهتمام بشروط الحاضن خلافا للقانون الداخلي ، بل ما ينبغي التأكيد عليه أن منطق حماية مصلحة المحضون لا يتحقق إلا مع ضمان علاقة مستمرة وهادئة ومنتظمة للمحضون مع كلا والديه حيثما وجدا، وان كل إخلال بذلك يعرض صاحبه للمتابعات الجزائرية المقررة في تشريعات كلا البلدين ، واللذان يتعهدان على اتخاذ جميع الإجراءات والتدابير الملائمة لتحقيق هذا الغرض ، بما فيها تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن ذلك وفقا للمادتين 01 و02 من الاتفاقية³ ، والأكثر من ذلك تتعهد كلا

1 - يتم امهار الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية وفقا لأحكام اتفاقية 1964.

2 - راجع الدفع بالنظام العام في الفصل الموالي ص 249.

3 - المادة 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية: " يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

(و) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوحة لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه."

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الدولتان بضمان عودة المحضون الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما حسب المادة 08 من الاتفاقية¹.

كما ألزمت الاتفاقية قضاة البلدين عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة ، أن يمنح في نفس الحكم للطرف الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين المادة 06 الفقرة 02²، على أنه إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية والمعنوية للخطر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة المحضون طبقا لنص المادة 06 فقرة 03³.

إلا أن الاتفاقية لم تحدد مكان ممارسة الزيارة ، فهل يكون ذلك في مكان ممارسة الحضانة أو في مكان آخر كما كان إقامة الأب في الدولة الثانية ؟ لذلك كان من الأجدر تعميم حق الأب في استضافة المحضون عندما يمارس الأخير حقه في الزيارة فيما بين حدود البلدين بعيدا عن الحاضن ، طالما أن هناك ضمانات قانونية منحتها الاتفاقية للحاضن في حماية حقه في الحضانة وعودة الطفل إليه بعد انتهاء الزيارة ، وتسهيل ممارسة حق الزيارة الممنوحة لأحد رعايا الدول الأخرى في ترابها انطلاقا من مضمون الاتفاقية.

1 - المادة 08 من ذات الاتفاقية على ما يلي: " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما ."

2 - تنص المادة 06/02 من الاتفاقية على أن: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة الطفل ، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين."

3- تنص المادة 03/06: "و إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية و المعنوية للخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل".

فصل تمهيدي: فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري

الباب الأول : تنازع

القوانين في مجال

الحضانة

تعد مسائل الأحوال الشخصية مجالاً خصباً لتنازع القوانين ، وكانت الحضانة من أكثر المسائل المثيرة للجدل ، وحل النزاع في هذا المجال يتطلب المرور بعدة مسائل مهمة بداية بالبحث عن القانون الواجب التطبيق والذي يعتبر مسألة أولية إجرائية ؛ يفترض فيه وجود تنازع بين قانونين أو عدة قوانين لحكم العلاقة محل النزاع ، كل قانون منهما يرجح أن يكون الأنسب لحكم العلاقة من خلال قواعد الإسناد .

الجدير بالذكر إن تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع الحضانة من المواضيع التي وقع بشأنها اختلاف كبيراً ، فغياب قاعدة إسناد في معظم التشريعات، أدى إلى اجتهاد الفقه والقضاء في البحث عن القانون الأنسب لحكم النزاع مما أدى إلى تضارب المواقف حوله وأثارت عدة إشكالات سنحاول بحثها.

لكن رغم الاختلاف في تعيين قاعدة الإسناد فمن المفترض أن يكون القانون الواجب التطبيق إما قانون القاضي وبالتالي سوف يرجع القاضي قواعده الموضوعية الداخلية لإسناد الحضانة ، وإما أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي ومنه سيكون على القاضي البحث عن هذا القانون والتصدي للإشكالات التي يمكن إثيرها هذا القانون ؛ هذا يستدعي بنا أمام نزاع في مجال الحضانة البحث أولاً عن إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

(الفصل الأول)، ثم طرح فرضية أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق مما يدعونا للتساؤل عن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني(الفصل الثاني).

الفصل الأول: إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لما كان القانون الواجب التطبيق على الحضانة يتحدد من خلال قاعدة الإسناد المختصة؛ فان عدم الاتفاق على إدراج قاعدة إسناد متعلقة بالحضانة من عدمه كان له الأثر البالغ على القانون الواجب التطبيق على الحضانة عند أغلب التشريعات ، مما دفع بالفقه والقضاء للاجتهاد في البحث عن القانون الواجب التطبيق ، أين تأرجحت الحلول بين عدة قوانين مختلفة ، تارة القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج أو القانون الذي يحكم آثار النسب وتارة القانون الذي يحكم آثار الطلاق ، وفي أحيان أخرى قانون جنسية أو موطن الطفل وهذا بحسب التكييف المعتمد لتحديد طبيعة حضانة .

لكن هذا لم يمنع دول أخرى من ضبط المسألة بقاعدة إسناد خاصة وأبعد من ذلك هناك من الدول من حاولت التصدي للمسألة من خلال إبرام اتفاقيات دولية تشير إلى القانون الواجب التطبيق ، وتلتزم الدول المتعاقدة بتنفيذه . أمام هذه الاتجاهات قد يترأى لنا البحث عن موقف المشرع الجزائري والإشكالات التي من الممكن أن تعترضه .

لتبيان هذه الإشكالات المرتبطة بتعيين قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة والموقف المشرع الجزائري منها سنحاول دراستها على النحو التالي الاختلافات الفقهية والتشريعية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة (المبحث الأول)، ثم سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريع الجزائري وإشكالات تطبيقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الاختلافات الفقهية و التشريعية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع ، يقتضي من القاضي أن يقوم بإجراء عملية أولية يتوقف عليها اختيار قاعدة إسناد دون غيرها وهذا ما يطلق عليه "بالتكييف"¹، إذ هو أول ما يتعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي². وهذا ما يطلق عليه "بالتكييف"³، إذ هو أول ما يتعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي¹.

¹ - يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص هو : "تحديد لطبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي من اجل إدراجها في الفكرة المسندة من اجل إعمال القانون المختص الذي يشير إليه ضابط الإسناد في القاعدة التي تم إدخال المسألة القانونية تحت إطار فكرتها" انظر حفيظة السيد حداد، الموجز القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات حلي الحقوقية ، لبنان ، سنة 2007، ص 57 .

² - محمد مبروك اللافي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1994، ص94.

³ - يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص هو : "تحديد لطبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي من اجل إدراجها في الفكرة المسندة من اجل إعمال القانون المختص الذي يشير إليه ضابط الإسناد في القاعدة التي تم إدخال المسألة القانونية تحت إطار

الواقع إن غياب قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة كان له الأثر في تباين واختلاف التكييف الخاص بها، والذي نتج عنه اختلافات ما بين الفقه وحتى القوانين المقارنة في تحديد حول القانون الواجب التطبيق عليها. هذا ما يجعل للتكييف أهمية بالغة في هذه الدراسة. وفي هذا الشأن يرى الأستاذ عز الدين عبد الله: "إن الصعوبة التي واجهها القضاء في تعيين قاعدة الإسناد بالنسبة للحضانة مرجعها أن القضاء لم يبسط البحث كافيًا في تكييف الحضانة، وهو البحث الذي تحل على أساسه مشكلة القانون الواجب التطبيق."²

على هذا النحو سنحاول التطرق إلى الاختلافات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة (المطلب الأول)، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون المقارن والاتفاقيات الدولية (المطلب الثاني).

فكرتها" انظر حفيظة السيد حداد، الموجز القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007، ص 57.

كما أنه يقصد به هو: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه، بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثًا عن القانون الواجب التطبيق." أنظر محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 75.

¹ - محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 94.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، مصر 1986، ص 331.

المطلب الأول : الاختلافات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة

يلعب التكييف دورا مهما في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، وقد اختلف الفقه في تكييف الحضانة ، وانتهج اتجاهين رئيسيين الجانب الأول من الفقه بحث عن طبيعة الحضانة من خلال مصدر الالتزام بها . وقد تأرجح هذا الاتجاه بين اعتبارها أثر من آثار النسب أو آثار عقد الزواج وفي حالات أخرى أثر من آثار الطلاق ، وهناك من أخذ بمنحى آخر على أساس مصلحة المحضون ، فان كانت الحضانة حق للحاضن والمحضون وبتركيز الثقل على حق المحضون يستوجب منه الأخذ بقانون الطفل ، مما يدفعنا للتساؤل عن مصدر الالتزام بالحضانة وأثره في القانون الواجب التطبيق عليها (الفرع الأول) ، ثم مصلحة الطفل وأثرها في القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مصدر الالتزام بالحضانة وأثره في القانون الواجب التطبيق.

لم يتم الاتفاق على مصدر واحد للالتزام بالحضانة فتأرجحت الآراء بين اعتبار الحضانة من آثار النسب وخضوعها للقانون الذي يحكم آثار النسب ، أو كونها من آثار عقد الزواج وخضوعها للقانون الخاص بآثار الزواج وكذلك الحال بالنسبة للآثار الطلاق وان كانت تخضع في كل الحالات لقانون جنسية الأب مما يدعونا لدراسة هذه الآراء الفقهية .

الاتجاه الأول: الحضانة أثر من آثار عقد الزواج

يرى معظم الفقهاء الفرنسية¹ وأيدهم جانب من الفقه المصري والقضاء المصري² إلى أن الحضانة من آثار عقد الزواج ، فالحضانة مما يتعلق بالبنوة ، والبنوة في حقيقتها ما هي إلا اثر من آثار الزواج ، ومن ثم فمصدر الالتزام بها هو عقد الزواج، كما أن الولد ناتج عن العلاقة الزوجية ، ولذلك أثره المباشر في إدراج المسالة تحت طائفة الآثار الزوجية³.

ذهب هذا الرأي الفقهي⁴ إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الذي يحكم آثار الزواج مما يترتب عليه خضوعها لقانون جنسية الزوج ،

¹ - Henri Batiffolle , Traité Elémentaire De Droit Internationale Privé ,Paris 3^{ém} Edition,1959,P 520 ;
J.P Niboyet , Cour De Droit Internationale Privé Français ,Paris 2^{ém} Edition, 1949,
الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2004 ،
ص192.

² - راجع موقف القضاء المصري من القانون الواجب التطبيق على الحضانة في هذه الدراسة ص 119 وما يليها.

³ - صلاح الدين جمال الدين، " مشكلات حضانة الأطفال "، المرجع السابق، ص30.

⁴ - يرجع أصل هذا الاتجاه إلى ما إثارته قضية *Harr Et Maire Des Saint – Anges* التي عرض على القضاء الايطالي سنة 1890 من تساؤلات بشأن القانون الذي كان على القاضي الايطالي تطبيقه لإلزام الصغيرة بطاعة ولديها ، فقد أرسلت الصغيرة *Emma-Harr* الإنجليزية الجنسية من قبل والديها الإنجليزيان الجنسية والموطن لدراسة اللغة الايطالية لمدة عام ونصف العام بدير *La Mere De Saint Anges* الكائن بروما إلا أنها وبعد انقضاء الدراسة وتحت تأثير الراهبات بالدير رفضت الصغيرة الرجوع إلى والديها ، مما دعي الوالدان لعرض الأمر على رئيس المحكمة المدنية بروما ، وعلى الرغم من أن الخلاف لم يصل إلى حد التقاضي حيث تراجع الصغيرة وأعلنت طاعتها وإذعانها لرغبة والديها والعودة إلى حضانتهم ، لكن السؤال الذي طرح نفسه ما هو القانون الواجب التطبيق في حالت استمرار النزاع إلى حد التقاضي ترى أي القوانين كان القاضي الايطالي سيطبق ؟ توصل الاجتهاد الفقهي في ايطاليا إلى اعتبارها من آثار الزواج وبالتالي تخضع للقانون الإنجليزي لحكم مسالة حق الوالدين في إلزام ابنتهما بالرجوع إلى موطن الأسرة ، أنظر صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب ، المرجع السابق ، ص 95 وما بعدها، وهو يشير إلى *Pierre Antonie . Affaire Harr Et Marie De Saint Anges Clunet ;1890 ;P460.*

الأب، رب الأسرة وقت إبرام عقد الزواج¹، خصوصاً إذا كنا بصدد الحضانة أثناء قيام العلاقة الأسرية بين والدي الطفل²، ومن ثم فليس هناك ما يدعو إلى عدم التسليم باختصاص القانون الشخص الذي يحكم من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية³.

أيد هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء فسلم به القضاء الفرنسي في حكمين قضائين شهيرين الأول أصدرته المحكمة المدنية في مدينة "Lavale" بتاريخ 1906/04/12 بصدد نزاع بشأن الحضانة عرض على المحكمة أثناء نظرها في مسألة إثبات بنوة شرعية، حيث أخضعت النزاع بشأن حضانة الابن الشرعي في هذا الحكم للقانون الإنجليزي باعتباره القانون الوطني المشترك للطرفين، وهو يخول للقاضي حتى أثناء استمرار علاقة الزواج أن يتعهد بالحفاظ على الأطفال إلى الأم، مع حفظ حق الأب في زيارة ورؤية أطفاله إذا اقتضت مصالح الأطفال القصر اتخاذ مثل هذا الإجراء⁴، أما عن الحكم الثاني صدر عن محكمة الاستئناف باريس في 1953/04/16 تعرضت للحضانة أثناء نظرها في

1- V, Henri Batiffolle, o.p, cit, p520. 225. المرجع السابق، ص 225. 2 - عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد 25 لسنة 2007، ص 462.

3- Pierre Mayer, Vincent Heuze, Droit Internationale Prive, 8 Edition, Lgdj, Paris, 2005, P413.

4 - صلاح الدين جمال الدين، "مشكلات حضانة....."، المرجع السابق، ص 92، وهو يشير في الهامش إلى Trib. Cvi. Laval, 12 Avril, Clunet, 1902.1044

إثبات أبوة طبيعية (لطفل غير شرعي)، طبقت في ذلك القانون الوطني الفرنسي المتعلق بالولاية وهو قانون الجنسية المشتركة للأطراف أي القانون الذي يحكم الزواج¹.

بإمعان النظر في مسألة آثار الزواج نجد أنها تشمل ما يترتب على الزواج من آثار تتعلق بالأشخاص أو الأموال ومنها التزامات الزوج كحسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي للزوجين ، والتزامات الزوجة من طاعة زوجها والإقامة معه في سكنه ورعاية وتسيير شؤون منزل الزوجية، على هذا لا يسعنا التسليم بهذا الرأي والذي يركز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية، لذلك انتقد هذا الرأي فلا يمكننا أن نتكلم عن آثار عقد الزواج بعد انتهاء هذا العقد بالطلاق أو التطلق ، ثم إن مشكلة الحضانة لا تثار غالباً إلا بعد انتهاء الرابطة الزوجية أو حتى بين طرفين لا تربطهم علاقة زوجية²

الاتجاه الثاني: الحضانة أثر من آثار النسب

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الحضانة أثر من آثار النسب فهي التزام يقع على عاتق من يثبت نسب المحضون إليه وبشروط حق المحضون بالنسب، يكون

¹ - المرجع نفسه ، وهو يشير في الهامش الى Note ,1956 ,Rev. Crit. Dr.Inter.Pr, 16 avril 1953, Paris

Loussouran ,Clunnet,1955,128, Note Ponsard.

1- صلاح الدين جمال الدين ، "مشكلات الحضانة في زواج الأجنبي" ، المرجع السابق ،ص93.

له حقا ولاية التربية الأولى في الحضانة والنفقة وولاية الحفظ التي تبدأ بانتهاء ولاية الحضانة ، فالحضانة إذن ليست أثر من آثار الزواج أو الطلاق ، بل هي أحد آثار النسب ، وهي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس¹.

أخذ الفقه المصري الغالب² بهذا الرأي ورتبوا عليه إخضاع الحضانة إلى القانون الذي يحكم النسب لأنها احد آثار النسب ، أي يطبق قانون دولة الأب وقت الميلاد لأن الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس³، على اعتبار أيضا أن آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب و الابن ، أيضا إن الأب هو الذي اوجد الابن والى أن إثبات البنوة يهيم الأب الأكثر من الابن⁴ ، سواء كان هذا القانون هو قانون الموطن على النحو المعروف لدى الدول الانجلوأمريكية ، أم هو قانون الجنسية على النحو المعروف في مصر والبلاد الأوروبية.

1 - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، 331.

2 - نذكر من هؤلاء الفقهاء عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص331 . أيضا محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، الجنسية ، الموطن ، مادة التنازع ، د. ط ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 556. كذلك هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، ط03، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974، ص556.

3 - احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، القاهرة ، 2008 ، ص872.

4 - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب، ص..100

وكان هذا الاتجاه هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله الذي قال به: "...ولذلك فإننا نفضل إخضاع الحضانة لقانون بلد الأب إذ أن هذا القانون هو الذي فضلناه ليحكم البنوة الشرعية والولاية على النفس...." ¹

كما استدل على هذا الاتجاه على أساس أن فكرة الحضانة في ظل الإسلامية تعتبر أثراً من آثار النسب، والحق في حضانة الطفل يثبت لفريق من الأقارب بترتيب معين بصرف النظر عن قيام الزوجية بين والدي الطفل أو انقضائها ².

أما فيما يتعلق بالوقت الذي يعتد فيه بجنسية الأب فهو وقت ميلاد الابن، لأنه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب. ³

انتقد هذا الرأي لان النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ومدى ثبوت انتمائهم لآباءهم و لا علاقة له بحضانتهم أو رعايتهم، فقد يعهد بالحضانة لغير من يثبت الانتساب إليه لنقص الأهلية أو عدم الأمانة على المحضون.

كما أن خضوع الحضانة لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الحضانة لتعدد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غير الأب جنسيته ¹.

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص333.

² - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص556

³ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين، المرجع السابق ، ص355.

لذلك يرى البعض أنه من الأفضل الاعتماد بجنسية الأب وقت انعقاد الزواج ، لأنه الوقت الذي أصبح فيه الأب ربا للأسرة حتى قبل وجود الأبناء² ، إلا أن الاعتماد بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج باعتبار النسب أثر من آثار الزواج يجعل الحضانة أثر من آثار انعقاد الزواج ، وهذا كان محل نقد كما ذكرنا سابقا.

كما يمكن أن تثار المشكلة حتى لو أخذنا بوقت رفع الدعوى كأساس لتحديد جنسية الأب، فمن الممكن أن يغير هذا الأخير جنسيته في الفترة السابقة لرفع الدعوى للاستفادة من قانون آخر غريب عن العلاقة. لذلك هناك من يرى أنه من المستحسن الأخذ بقانون جنسية الأب دون تحديد وقت معين ، معتمدين في ذلك على السلطة التقديرية للقاضي بتقدير كل حالة على حدة.³

الاتجاه الثالث: الحضانة اثر من آثار انحلال الزواج

اتجه جانب من الفقه والقضاء إلى أن التنازع حول الحضانة لا يثور غالبا إلا بمناسبة انحلال الزوجية بالطلاق أو التطليق، أو بالانفصال الجسماني بل حتى أن

¹ - فراس كريم شيعان ، نعمة نغميش، تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة تشريعية ، فقهية ، قضائية مقارنة ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 05 ، جامعة بابل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 01 ، لسنة 2013 ، العراق ، ص 164.

² - عزت محمد علي البحيري ، المرجع السابق ، ص 471.

³ - فراس كريم شيعان و نعمة نغميش ، المرجع السابق ، ص 165.

الحكم الذي يفصل في مسألة الطلاق هو الذي يفصل نفسه في مسألة إسناد الحضانة ، لهذا رأى هذا الاتجاه أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار انحلال الزواج ، على أساس الربط بين الحضانة وآثار الطلاق أو التطلق والانفصال على النحو الذي يبرر إخضاعها لقانون واحد أي القانون الشخصي للزوج - الأب - أي قانون جنسيته وقت رفع الدعوى¹.

ويدعم هذا الاتجاه ما يحققه هذا الربط من فائدة عملية إذ يسمح بإخضاع مجموع النتائج الناشئة عن الطلاق لتشريع واحد.

وقد ذهب في هذا الاتجاه القضاء المصري في الحكم الصادر في 19 لسنة 1951 في القضية رقم 117 لسنة 1950، وجاء بهذا الحكم: "ومن المقرر فقها وقضاء أن القانون الذي يطبق على آثار الزواج وأسباب التطلق يتعين تطبيقه على آثار التطلق سواء فيما بين الزوجين أو في العلاقة التي بينها وبين الأولاد."².

إلا أن من الفقه نقد هذا الرأي اعتباراً أن آثار انقضاء عقد الزواج لا تشمل إلا آثار الانقضاء فيما يتعلق بعلاقات الزوجين كأسباب الطلاق أو الانفصال وآثار ذلك بالنسبة للأشخاص فيما يتعلق بعلاقات المطلق والمطلقة

¹ - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجنبي...، المرجع السابق ، ص330.

² - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ،.مشار إليه في الهامش، ص333.

كالنفقة بعد انحلال الزوجية ، وكذلك القيود التي ترد على حقوق الطرفين في انقضاء الزواج وغير ذلك ، والتي تتركز حول أثر الانقضاء أو الانحلال على العلاقة بين الزوجين¹ .

أيدت هذا النقد محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بقولها: "..... وكانت الحضانة من صميم الأحوال الشخصية ويتضح من قواعد الشريعة الإسلامية أن للصغار حقوقا وعلاقات بالوالدين لها كيانها وأحكامها مما يستقل به أصلا عن علاقات الوالدين فيما بينهما سواء كان زوجين أو انفصمت عرى الزوجية بينهما لسبب أو لآخر ، فانه يكون من المستساغ اعتبار الحضانة التي تتصل اتصالا وثيقا بحقوق الصغار ورابطتهم بوالديهم من آثار الزواج أو الطلاق وعلى ذلك فلا تخضع لقاعدتي الإسناد الخاصة بهما"².

أيضا من النقد الموجه إلى هذا الرأي أن الحضانة ولاية شرعية مستقلة عن الزواج والطلاق تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية³ ، كما أنه يمكن رفع دعوى الحضانة بمعزل عن دعوى الطلاق كما هو شأن في حالة الوفاة.

¹ - عزت محمد علي البحيري ، المرجع السابق ، ص464.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997 ، ص274، أنظر الهامش.

³ - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق، ص556.

رغم أن الاتجاهات السابقة أخذت بقانون جنسية الأب (الزوج) كقاعدة عامة لان مسألة الحضانة مرتبطة بالبنوة الشرعة الناتجة عن الزواج الصحيح، غير أن الاختلاف يبقى قائم فيما يخص الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الأب (الزوج)، وقد أخذ الفقه برأي آخر يرى في الالتزام بالحضانة هو القانون الشرع في حد ذاته.

الاتجاه الرابع: مصدر الالتزام بالحضانة الشرع والقانون

كما ذهب رأي فقهي¹ أخير إلى اعتبار مصدر الالتزام بالحضانة هو الشرع والقانون ذاته، فالمشرع هو المصدر المباشر للالتزام بالحضانة فينشئه بنص خاص يحدد نطاقه، ويرسم مداه ويترتب عليه حكمه. وحثهم في ذلك: "انه حيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة فلا مبرر لوجوده سوى القانون".² فالالتزام بالحضانة من ضمن الالتزامات التي يرسم المشرع حدودها في نطاق الأسرة وأفرادها.

بعد أن تطرقنا إلى القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال مصدر الالتزام بها، نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال مصلحة الفضلى للطفل.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، "مشكلات الحضانة في زواج الأجانب..."، المرجع السابق، ص36 وما بعدها.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، 1981، ص1774.

الفرع الثاني : المصلحة الفضلى للطفل والقانون الواجب التطبيق على الحضانة

يشكل حق المحضون في الحضانة مركز ثقل في علاقته مع الحاضن لذلك ذهبت اتجاهات فقهية وتشريعية وقضائية إلى الاعتماد على قانون الطفل كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بقانون جنسية الطفل أو موطنه كما سنرى على النحو التالي :

الاتجاه الأول: الحضانة من الولاية على المال .

اتجه رأي ضعيف في الفقه تسانده بعض أحكام القضاء إلى أن الحضانة من أقسام الولاية على المال وبالتالي تأخذ حكمها¹ ، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الشخص المراد حمايته ، أي قانون جنسية الطفل² أخذ به جانب من الفقه الفرنسي³ واعتبر الحضانة نوع من الولاية على المال وتخضع بالتالي يكون قانون الوطني للقاصر هو الواجب التطبيق على الحضانة.

¹ - نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق ، 71 وما بعده .

² - عزت محمد علي البحيري ، المرجع السابق ، ص465 ، صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص356-376 ، خوادجية سميحة حنان ، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية، 2014، ص222.

3- V. Yves Lequette, Mineur, Rép, Internat, Dalloz, 1998, P92-1202

أيضا ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية على المال ، حيث جاء حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم 89 والصادر في 1954/2/2 مايلي : " حيث أن واقع الأمر وانه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فان المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جوزا تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياسا في ذلك على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من انه : " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة. بالوصاية والولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته. " وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الانجليزي هي الواجبة التطبيق في شان طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهم إلى المدعية هما انجليزيان متبعا لوالدهما المدعي انجليزي الجنسية."¹

هذا الرأي انتقد بدوره ، لأن الولاية على المال يراد بها حفظ مال الصغير ، وإنماؤه وهو ما يرجى من الوالي ، أما الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية من النظام العام فهي ضم المحضون إلى من له حق الولاية على نفسه لإتمام تربيته وحفظه مما يضره ولا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال ، إذ أن

¹ - فراس كريم شيعان ، المرجع السابق، ص123.

أحكام كل منهما تبني على اعتبارات غير الاعتبار التي تبني عليها أحكام الأخرى¹.

الرأي الثاني : قانون الموطن هو الواجب التطبيق على الحضانة²

رأى اتجاه في الفقه إلى أن القانون الأنسب لحكم هذه المسألة هو قانون الموطن المؤلف لإقامة الطفل المحضون ، أي قانون المكان الذي تتركز فيه حياة الفرد وتتركز فيه علاقته ، وهو ما يمكن الاستدلال عليه من خلال الظروف المحيطة بالطفل وعائلته والمجتمع الذي يعيش فيه ، فالحضانة تؤثر على الحالة الشخصية للمحضون والمعتاد أن تخضع هذه الحالة لقانون موطن الشخص .

كما نجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل³ على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل و علاقته بالغير ، لأن اتفاقية لاهاي جاءت تعني بشخص الطفل أكثر من شخص الحاضن ، ونجد

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص333.

² - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة، المرجع السابق ، ص89

1- art. 01 de convention concernant la compétence des autorité et la loi applicable en matière de protection des mineur qui dispose : « les autorité tant judiciaire qu'administrative de l'état de la résidence habituelle d' un mineur sont sous reserve des disposition des article 3 ,4 et 5 alinéa 3 de la présence convention compétences pour prendre des mesure tendant a la protection de sa personne ou ses bien.

القانون أيضا تأثر بنفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.

أيضا اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر 1996 الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف والتعاون فيما يخص المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية القاصر في المادة 16 أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتادة¹.

أما من ناحية القضاء، فقد طبقت محكمة شرق برلين الابتدائية في قضية "Jundef Josef" بولندي الجنسية ضد مطلقة Sarah إسرائيلية الجنسية، وأيدته محكمة الاستئناف في ديسمبر 1973 بشأن إلزام مطلقة المدعي برد الطفلين إلى ألمانيا بعد أن هربت بهما إلى إسرائيل، حفاظا على مصلحة الأولاد في أن يكونوا في رعاية أبيهم وحقه في رؤيتهم وهذا تطبيقا للقانون الألماني الشرقي باعتباره قانون الموطن المألوف والعادي الذي ولد وعاش فيه².

الاتجاه الثالث: القانون الأصلح للطفل

¹ - انظر الملحق رقم 2

² - صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 98.

يذهب اتجاه قوي في الفقه و القضاء إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الأصلح للطفل¹ ، ويعد هذا الاتجاه مؤكداً في قضاء محاكم الدول التابعة للنظام الأنجلوأمريكي ، وهو ما أكدته السوابق القضائية على أنه من خصائص (Law Common)².

لقد اتجهت تطبيقات القضاء الأمريكي³ في أحكامه الخاصة بنزاعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي ، ففي قضية تتلخص وقائعها أن مواطناً فلسطينياً تزوج بمواطنة أمريكية ، وكان ذلك بغزة عام 1973 واستمر بالإقامة بها حتى عام 1991 ، وفي تلك الفترة أنجب طفلاً ثم انتقلت الأسرة إلى الإقامة بالولايات المتحدة الأمريكية ، ولكن حدث بين الزوجين الانفصال الأمر الذي دعا الزوج الفلسطيني للعودة إلى غزة ورفع دعوى أمام المحكمة الشرعية بغزة وحصل على حكم منحها بحقه في حضانة الطفل ، وفي نفس الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيويورك بالولايات المتحدة مطالبة بحقها في الحضانة ، حيث لا يقوم اختصاصها على أساس موطن الولدين وإنما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل ، وان ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي دار Common Law ، وأكدته

1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ص 560.

2 - غزة محمد علي البحيري ، المرجع السابق ، ص 428.

3 - غزة محمد علي البحيري ، المرجع السابق ، أنظر الهامش ، ص 428.

السوابق القضائية ، ولكن الزوج استند إلى الحكم الصادر لصالحه من المحكمة الشرعية بغزة 1993 ، ولكن المحكمة رفضت تنفيذ هذا الحكم الصادر بحضانة الزوج للطفل واستندت إلى عدة أسباب منها ما هو إجرائي ، أما ما يتعلق بالناحية الموضوعية فقد وجدت المحكمة الأمريكية أن القانون الذي طبقته المحكمة الشرعية بغزة ، والذي يؤسس الحق في الحضانة على أساس السن الذي اعتبرته أساس تحكيميا أو أساس تلقائي ، وأنه يخلف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على أفضل مصلحة للطفل ، وأن هذا الأساس هو الذي يحقق للطفل الأمن والسعادة والعيش الطيب والتقارب النفسي ، وانتهت المحكمة إلى أن القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية.

وقد حكم القضاء المصري أن الاتفاق الذي يعقده الزوجان المتنازعان على إسناد حضانة الأطفال إلى احدهما، لا يقيد المحكمة بقبوله إذ أن واجبها هو البحث عن صالح الأولاد وتعيين أي الوالدين الأكثر لياقة لحمايتهم ورعايتهم¹.

بعد أن تطرقنا إلى أهم الاتجاهات في تكييف وتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة والتي رأت أن قانون الأب هو المهيمن على أساس أنه رب الأسرة وهو من أوجد المحضون ، ذهبت اتجاهات أخرى إلى اعتماد قوانين أخرى

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، "مشكلات الحضانة"، المرجع السابق ، ص 109.

بالنظر لتحقيق مصلحة المحضون كقانون الإقامة الاعتيادية أو القانون الأصلح للطفل، سنتطرق فيما يلي إلى موقف بعض القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق عليها.

المطلب الثاني: القانون الواجب على الحضانة في التشريعات المقارنة والاتفاقيات

الدولية.

كما سبق ذكره إن خصوصية مسألة الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط ، نظرا لتعلقها بمصلحة المحضون التي تختلف باختلاف الدول والأنظمة السائدة فيها (علمانية أو دينية) ، فضلت اغلب الدول السكوت تجاه قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة ، وان كانت هناك من فضلت وضع قاعدة الإسناد قاطعة بذلك الشك باليقين ، على أن إشكالية الحضانة عويصة مما دفع بعض الدول إلى اللجوء إلى إبرام الاتفاقيات الدولية للحد من المشاكل التي تثيرها.

لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق على الحضانة (الفرع الأول) ثم موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الحضانة (فرع الثاني).

الفرع الأول : موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق على الحضانة¹

اختلفت المواقف التشريعية العربية فهناك من فضل السكوت (التشريع المصري ، التشريع الجزائري) ومنها من أوقف الجدل القائم حولها وخصها بقاعدة إسناد صريحة (التشريع الكويتي ، التشريع العراقي والتشريع التونسي).على هذا سنحاول دراسة موقف الدول التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد (البند الأول) ثم موقف بعض الدول التي لم تنص على قاعدة إسناد. (البند الثاني).

البند الأول : القاعدة الإسناد المنصوص عليها في بعض القوانين.

من التشريعات التي حسمت موقفها وحددت القانون الواجب التطبيق على الحضانة التشريع الكويتي ، العراقي والتشريع التونسي كما سنرى فيما يلي :

- التشريع الكويتي

نص على ذلك صراحة في المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: " يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة."

1 - سنحاول التطرق إلى بعض التشريعات العربية على سبيل المثال فقط لتبيان المواقف المختلفة من القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأسباب التي دعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها فنصت على انه: " ولما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة ، فان القانون الذي يسري في شأنها هو قانون جنسية الأب ، فيحدد هذا القانون ولاية الأب على ابنه الصغير ، وما يملك عليه من حق التأديب ، وما يقع على عاتقه من واجب التربية ، وغير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس ، ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية الأب ، فيتوحد بذلك القانون الذي يسري على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة وهي ثلاث مسائل يتصل بعضها ببعض اتصال وثيقا." ¹

ما يلاحظ في هذه المادة أنها أشارت إلى قانون جنسية الأب ، ولكن لم تحدد الوقت الذي يقدر بشأنه القانون الواجب التطبيق مما يدفع للتساؤل هل هو وقت ميلاد الطفل آخذين مما يتماشى مع قاعدة الإسناد المتعلقة بالنسب أو ربما وقت رفع دعوى الطلاق إذا ما طرح النزاع على الحضانة إلى جانب دعوى الطلاق ، وان كان تبقى المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي للحكم بما يراه مناسبا.

¹ - اشوي عماد ، تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة مقارنة ، مداخل ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، بجامعة بجاية ، كلية الحقوق العلوم السياسية ، 2014.

بينما رأى جانب من الفقه إن إعمال قانون جنسية الأب دون تحديد المقت معتمدين في ذلك على السلطة التقديرية للقاضي أفضل من إعمال وقت معين وذلك بتقدير كل حالة على حده¹.

- التشريع العراقي

اخضع التشريع العراقي جميع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة وهي قانون جنسية الأب وهذا بموجب المادة 4/19 من القانون المدني²، وبذلك تلافي الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ونجد لهذه المادة تطبيقاً في القضاء العراقي ففي قضية تتعلق بزواجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية بالموصل دعوى التفريق ضد زوجها، وأثناء نظر القاضي الدعوى أشهت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصدرت باسمها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 572 بتاريخ 1978/10/28. أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون

¹ - فراس كريم شيعان ، المرجع السابق ، ص 165.

² - تنص المادة 4/19 من القانون المدني العراقي على ما يلي: " المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب."

المصري ، وعرضت الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال، ميز الزوج الحكم أمام محكمة التمييز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل وقضت بأن: "الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية يتبعون من أسلم من الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم صحيح وموافقا للشرع والقانون."

وعليه طبقت المحكمة الشرعية في الموصل و أيدها في ذلك محكمة التمييز قانون جنسية الأب أي القانون المصري بموجب المادة 14/19¹.

- التشريع التونسي

أما عن التشريع التونسي فقد حدد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في نص المادة 50 من مجلة التونسية للقانون الدولي الخاص بقولها: " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل."، من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع التونسي اخذ بعين الاعتبار أفضل الحلول في مواجهة حماية مصلحة المحضون فعلى القاضي أن يختار بين القانون الذي يحكم انحلال الرابطة

1 - القرار رقم 20/هيئة عامة /1979 بتاريخ 1979/04/07 مجلة القضاء عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان الثالث والرابع السنة الرابعة والثلاثون 1976، ص207، نقلا عن فراس كريم شيعان ، المرجع السابق، ص165.

الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو مقره ، فمن خلال المفاضلة بين هذه القوانين يختار القاضي الأفضل والأكثر ملائمة للمحضون.

إلا أن جانب من الفقه يرى أن في الأمر صعوبة على القاضي إذا كان أمام أطراف متنازعة مختلفة الجنسيات ، فهو مطالب بالبحث والدراسة والتحليل في عدة تشريعات في مرحلة أولى وتحديد القانون الأفضل للطفل في مرحلة ثانية وهذا يتطلب منه أن يكون على علم ودراية بكافة هذه القوانين المقارنة ، وهنا نعترضه صعوبة عملية تتمثل في الإلمام بكافة هذه القوانين المقارنة.¹

البند الثاني : القوانين التي لم تنص على قاعدة الإسناد

فضلت بعض القوانين السكوت عن وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة تاركة بذلك فراغ قانوني في هذا المجال ، وعلى سبيل المثال نتطرق للقانون المصري والقانون الفرنسي.

- التشريع المصري

المشرع المصري من التشريعات التي لم تنظم مسألة الحضانة بل أكثر من ذلك حتى بالنسبة للقضاء المصري لم يستقر طيلة فترة من الزمن على قانون واحد

¹ -ridha boukhari , la protection de l'enfant en droit internationale privé tunisien (l'exemple de la garde ou hadhana) ,revue québécoise de droit international, volume 23, numéro 1,page96.

تخضع له الحضانة، وقد تردد بين عدة مواقف متأثرا في ذلك بالآراء الفقهية، فأخضعتها أحيانا لقانون جنسية الأب على اعتبار أنها أثر من آثار الزواج أو النسب أو حتى الطلاق ، وطبقت أحيانا قانون جنسية الطفل على أساس أنها تأخذ حكم الولاية على المال، وان كان المستقر عليه حاليا في اعتبار الحضانة أثر من آثار الزواج ومنه تخضع لقانون جنسية الزوج.

في هذا المجال يرى المستشار حسن حمادة رئيس محكمة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية في تحقيق مع يومية الأهرام حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة أنه : " بما يتعلق بالقانون الذي يتم تطبيقه عند زواج مصري من فتاة أجنبية فان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري أي قانون البلد الذي ينتمي إليه الزوج ويحمل جنسيته ، ذلك أن قانون دولة الزوج هو الذي يسري على آثار عقد الزواج من نفقة وحضانة ورؤية وغيرها.... وبناء على ذلك فالحضانة باعتبارها أثر من آثار الزواج تخضع أيضا لقانون دولة الزوج وقت انعقاد الزواج."¹

1- فطيمة الدسوقي ، في زواج المصري من أجنبية أحكام القضاء المصري حبر على ورق ، تحقيق ، 2001/03/24، الأهرام اليومي ، العدد 41746 ، السنة 125. الموقع الالكتروني www.ahram.org.egp

ونجد ذلك في ما استقر العمل به في القضاء المصري¹ في أن: "ومن المقرر في قضاء النقض أن نص المادة 13 من القانون المدني المصري على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج وعلى الآثار التي يرتبها عقد الزواج"، إلا أنه استثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الزوجين مصرياً في هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج، مما مفاده أن الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة عن الزواج يسري عليها القانون المصري وحده إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده.

- التشريع الفرنسي

أما عن المشرع الفرنسي هو أيضاً سكت عن قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة، مما يدفع بالفقه للبحث عن الحلول الواجبة التطبيق فرأى جانب منهم وعلى رأسهم "Bartin" و "Niboyet" أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو المتعلق بالولاية على المال².

بينما القضاء الفرنسي فضل الحل القائل بان الحضانة أثر من آثار الطلاق وفي هذا الصدد نجد ذلك من خلال قرار مجلس قضاء باريس صادر بتاريخ

¹ - طعن رقم 75 سنة قضائية 53، مكتب في 36، تاريخ الجلسة 19/03/1985، ص422، نقلا عن عمرو سعيد السيد أبو الخير، محاضرات في الأحوال الشخصية، مركز الدراسات القضائية، يوم 25/02/2013، الموقع الإلكتروني www.ladsegypt.org

² - الاختلافات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة، من نفس المذكرة، ص 97..

1954/11/23 التي ترى بأن: "القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قاعدة الإسناد المتعلقة بالطلاق".¹

كما تؤكد هذا الحكم في قرار آخر مؤرخ في 1958/02/04 رأت أيضا أن القانون النمساوي أي الموطن المشترك للزوجين هو الواجب التطبيق على الطلاق وأثاره بما فيه العلاقة بين الأبوين والأولاد وبالخصوص مسألة الحضانة.²

والملاحظ في هذا الصدد انه قبل 1975 ومنذ 1955 الطلاق والسلطة الأبوية على الطفل الشرعي كانتا خاضعتان لقاعدة الإسناد المتعلقة بآثار الزواج، وطيلة هذه الفترة رأى القضاء أن الحضانة أثار من آثار وتخضع لنفس القاعدة التي يخضع لها الطلاق.³

ففي 1975/07/11 تم إدخال قاعدة إسناد جديدة متعلقة بالطلاق وهي المادة 310 من القانون المدني الفرنسي⁴ التي تنص على أن: "الطلاق أو الانفصال الجسماني يحكم بالقانون الفرنسي :

- إذا كان الزوجان يحملان الجنسية الفرنسية .

¹ - v.paris,23/11/1954 ,rev.crit, 1956 note .estel gallant , responsabilite parentale et protection des enfant en droit internationale prive,2010. p188.

² - v.rev.crit,1958.386 ,v.estel gallant, op ,cit,p188.

³ - v.estel gallant, op,cit ,p191.

⁴ -loi75-617 du 11/07/1975

- إذا كان موطن الزوجية بفرنسا.

- إذا لم يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه في حين تكون المحاكم الفرنسية مختصة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسماني.

هذه المادة التي غير المشروع الفرنسي ترقيمها ب309 في

سنة 2005¹ يشير إلى ثلاث ضوابط إسناد مختلفة إلا انه حجزت أحقية القانون

الفرنسي للتطبيق على النزاع بمجرد الإقامة فوق التراب الفرنسي؛ وهذا من نرصده

من خلال القضاء الفرنسي بعد 1975 إذ رأى مجلس قضاء باريس في قرار صادر

بتاريخ 1986/06/25 أن : " القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو نفسه

المتعلق بالطلاق وطبقت المادة 2/310 ومنه القانون الفرنسي . " ²

على ما سبق ذكره فان الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي هو اعتبار

الحضانة أثر من آثار الطلاق وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد السالفة الذكر، ولما

كانت الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط تثير العديد من الإشكالات حاول

النظام الفرنسي ضبط المسألة من خلال إبرام عدة اتفاقيات مع عدة دول ومنها

الجزائر للتخفيف من الإشكالات المثارة في هذا المجال ³ .

¹-transférer par l' ordonnance n° 2005- 759 du 04/07/2005

² - V.Estel Gallant , Op,Cit,P194

³ - الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ، الاتفاقية المغربي ، التونسية ، المصرية

الفرع الثاني :القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدولية.

تصدىا للإشكالات التي تثيرها الحضانة في المجال الدولي كان لزاما على الدول أن تعقد اتفاقيات دولية تحمي حقوق الطفل ؛ وتسعى لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في حال وجود أي نزاع بين الدول المتعاقدة ويمكن تصور هذه الاتفاقيات في دولية (البند الأول)والاتفاقية الجزائرية الفرنسية (البند الثاني).

البند الأول : الاتفاقيات الدولية

لا مجال للشك في مدى أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، لذلك سعت معظم دول العالم للبحث عن إبرام اتفاقيات دولية للحد من النزاعات الناتجة عن إشكالات الحضانة في الزواج المختلط ، من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي في 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر والتي تمت مراجعة أحكامها بموجب اتفاقية لاهاي لسنة 1996 .

لذلك سنحاول دراسة القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال هاتين

الاتفاقيتين اتفاقية لاهاي لسنة 1961 (أولا) ، ثم اتفاقية لاهاي لسنة 1996 (ثانيا)

أولاً: اتفاقية لاهاي لسنة 1961¹.

يرجع الفضل في تجسيد هذه الاتفاقية إلى قضية "Boll"² في 11/28 1958/ التي أثارَت جملة من الإشكالات تتعلق بالقانون الواجب التطبيق³، مما ألزمت عدد من الدول في الجلسة التاسعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص للتطرق إلى جميع المسائل المتعلقة بحماية القصر وليس فقط مراجعة لما جاء في اتفاقية 1902 المتعلقة بالوصايا .

تتجلى أهداف هذه الاتفاقية إلى اتخاذ تدابير حمائية للقاصر في ماله وشخصه من جميع الأخطار التي تعترضه في الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية والتي يقيم فوق إقليمها هذا القاصر⁴ . ويقصد بالقاصر بمفهوم هذه الاتفاقية كل طفل يعتبر قاصراً هذا حسب القانون الشخصي للطفل وقانون موطنه الاعتيادي⁵ ، وبالتالي فإن الاتفاقية لم تعطي مفهوم موحد

¹ - المؤرخة في 05 أكتوبر 1961 والتي دخلت حيز التنفيذ في 24 جانفي 1965 ، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين وتحتوي هذه الاتفاقية على 25 مادة.

² - وهي قضية تتعلق بقاصرة من جنسية هولندية ومقيمة بالسويد ، فطبق عليها القانون السويدي باعتباره مكان الإقامة فقررت بهذا الشأن محكمة العدل الدولية بان السويد لم تخل بالتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهاي المبرمة في 1902 والمتعلقة بالوصايا على القصر ، وذلك عند تطبيقها على القاصر الهولندية المتوطنة على الإقليم السويدي القوانين السويدية المتعلقة بحماية القصر وذلك على الرغم من أن المعاهدة كانت تقضي بتطبيق القانون الشخصي (أي القانون الهولندي) على مسائل الوصايا ، وقد لجأت المحكمة إلى تبرير حكمها - من الحجج- إلى فكرة قواعد القانون العام وركزت على الطابع الإداري للهيئات القائمة بتنفيذ القانون السويدي ، لتفاصيل أكثر أنظر marie riendeau , la protection de l'enfance en droit internationale privé comparé : droit québécois et droit français , institut de droit comparé, université McGill Montréal, septembre 1987, p106.

3- Daniel Gutmann, Droit International Privé , Dalloz, 5^{ém} Edition, Paris, 2007, P136.

⁴ - المادة 13 من الاتفاقية

⁵ - المادة 12 من نفس الاتفاقية.

الباب الأول :تنازع القوانين في مجال الحضانة

للقاصر أو تحدد سن محدد ، لكن أعطت للدولة التي يعتبر الطفل من مواطنيها أو له إقامة اعتيادية بها لتحديد السن القانوني لاعتباره قاصر وهذا وفق تشريعاتها الداخلية ، مما قد يؤدي لا محال إلى اختلاف الدول حول سن القصر ، أيضا فان الاتفاقية عممت مصطلح القصر على كل طفل دون أي استثناء وبالتالي يمكن اعتماد هذا المفهوم على الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين وحتى المتبنين .

وما يهمنا في هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على الحضانة في ظل هذه الاتفاقية ، فالمبدأ العام الذي جاءت به الاتفاقية ، وارد في المادة الأولى من الاتفاقية على أن سلطات دولة الإقامة الاعتيادية للقصر تختص باتخاذ كافة التدابير اللازمة لحماية القاصر .من جهة أخرى تحدد المادة 2 من الاتفاقية الاختصاص التشريعي لدولة الإقامة الاعتيادية في اتخاذ كافة التدابير اللازمة وفق القانون الداخلي لهذه الدولة . واعتماد هذه الاتفاقية على ضابط الإقامة الاعتيادية تحقيقا لمصلحة الطفل .

أما الاستثناء : حددته المواد 3 و 4 من الاتفاقية بالنص على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية القاصر إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك. وان كان تطبيق سلطات الدولة التي يحمل الطفل جنسيتها مرهون بإخطار دولة الإقامة الاعتيادية للطفل.

الواقع انه هذا الإحطار له أهداف عملية من شأنها الحد من تنازع القوانين بين القانون الشخصي للطفل وقانون الموطن الاعتيادي له وبالتالي تجنب صدور أحكام قضائية متعارضة بشأن حضانة الطفل، ومن جهة أخرى فان تطبيق القانون الشخصي للطفل مرهون بمصلحة الطفل وهذه الأخيرة ليس لها مدلول موحد بين الدول وقد يتخذ كذريعة لتطبيق القانون الشخصي للطفل كلما أتاحت الفرصة لذلك.

غير أن البحث عن توفير حماية أكبر للطفل دفع بالدول المنظمة إلى هذه الاتفاقية إلى بذل جهد في مراجعة الاتفاقية ؛ مما تمخض عنه تبلور اتفاقية أخرى في سنة 1996 فما هو القانون الواجب التطبيق على الحضانة في ظل اتفاقية لاهاي لسنة 1996؟

ثانيا : اتفاقية لاهاي لسنة 1996¹.

تهدف هذه الاتفاقية إلى إيجاد آلية للتعاون الدولي الفعال في قضايا حماية الطفل ، وتوفر فرصة فريدة لمد جسور التفاهم بين مختلف النظم القانونية ذات الخلفيات الثقافية والدينية المتنوعة.

¹ - المؤرخة في 19 نوفمبر 1996 و المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال.

وتختص اتفاقية لاهاي لسنة 1996 بنطاق واسع في قضايا الحماية الدولية للطفل ، بدأ من النزاعات الأبوية حول الحضانة أو الاتصال به ، إلى حماية المراهقين الهاربين ، ومن السلطة القضائية فيما يتعلق باللاجئين أو الأطفال الذين تم نقلهم إلى دولة أخرى ، إلى إسكان الأطفال في الخارج بدور الرعاية الاجتماعية أو مؤسساتها ، ومن اختيار القانون الملائم لتحديد من يتعين عليه تحمل المسؤولية الأبوية تجاه الطفل ، إلى الاعتراف بسلطات معينة في التمثيل.

وقد سبق وان ذكرنا أن هذه الاتفاقية جاءت بغرض مراجعة اتفاقية لاهاي لسنة 1961¹ ، وأخذة بعين الاعتبار أحكام اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989. مؤكدة هي أيضا بدورها على مصلحة الطفل في النزاعات الخاصة به.

وقد عقدت هذه الاتفاقية الاختصاص باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل في شخصه إلى وماله السلطات القضائية والإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل بموجب المادة الخامسة فقره أولى منها²، أما في حالة تغيير محل الإقامة تكون سلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة

¹ - أكدت ذلك دياحة الاتفاقية ، كما أن المادة 51 من الاتفاقية نصت على أن اتفاقية لاهاي لسنة 1996 جاءت لتحل محل اتفاقية لاهاي لسنة 1961.

² - تنص المادة الخامسة فقرة الأولى: " تختص كل من السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل بالاتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله.

مختصة¹. إضافة إلى أن هذه الاتفاقية حددت السن القانوني للقاصر بموجب نص المادة الثانية ، فيعتبر قاصر وفق مفهومها كل طفل من ولادته حتى بلوغ سن 18 سنة.

أما في ما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة فقد منحت هذه الاتفاقية كقاعدة عامة الاختصاص التشريعي للدولة التي يوجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل بحسب نص المادة 15 من الاتفاقية إلا أن هذه الاتفاقية أوردت استثناء على القاعدة العامة ، والمتمثل في إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى لها صلة وثيقة بالمسألة المعروضة إذا اقتضت حماية الطفل ذلك ، قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بجنسيتها أو قانون جنسية الأب أو جنسية الأم... الخ.

غير أنه في حالة تغيير الإقامة الاعتيادية للطفل في الدولة المتعاقدة الأخرى فان قانون هذه الدولة هو الذي ينظم شروط تنفيذ الإجراءات المتخذة في دولة الإقامة الاعتيادية السابقة وذلك ابتداء من وقت التغيير².

البند الثاني : الاتفاقيات الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988¹.

¹ - تنص المادة الخامسة فقرة 2 : " تكون سلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة للطفل مختصة بصرف النظر عن مقتضيات المادة 07 بعده ، في الحالة التي تغير فيها الإقامة الاعتيادية للطفل الدولة أخرى متعاقدة ".
² - المدة 15 فقرة 3 من الاتفاقية .

إن رغبت كل من حكومتا الدولتين الجزائرية والفرنسية في تكريس مبدأ حماية مصلحة المحضون ، ووعيا منهم أن مصلحته تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هم في حالة انفصال حيث ما يوجد مقر إقامتهم ، وضمانا لحرية تنقل الأطراف المتنازعة بين البلدين ، اتجهت إرادة البلدين إلى إبرام اتفاقية ثنائية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، وان كان دافعنا لدراسة هذه الاتفاقية التساؤل عن الحلول التي جاءت بها هذه الاتفاقية في مجال الحضانة من خلال القانون الواجب التطبيق على الحضانة

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقية

قبل أن نخوض في إشكالية القانون الواجب التطبيق على الحضانة من منظور هذه الاتفاقية لابد أن ننوه أن الاتفاقية جاءت أحكامها خاصة بالأطفال الشرعيين مستبعدة بذلك الأطفال الطبيعيين والأطفال المتبنين ، فقانون الأسرة الجزائري يلحق النسب في حالات محددة كالزواج الشرعي وقد نظمها ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري²، ولا يعترف بما وراء ذلك من علاقات غير شرعية

¹ - مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين.

² - أنظر المواد : 40،41،42،43،44،45 من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان النسب.

بين طرفين ، على الرغم من أن المعاشرة الغير شرعية (concupinage) معترف به في فرنسا.

أما بالنسبة للتبني فهو محرم شرعا وفقا لإحكام الشريعة الإسلامية ، وممنوعة قانونا وفقا لأحكام نص المادة 46 من قانون الأسرة جزائري، رغم أنه معترف به هو الآخر بفرنسا ، من جهة أخرى هناك في النظام القانوني الجزائري " الكفالة " التي تعني التزام على بوجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بانه متمم بعقد شرعي، ولا يلحق نسب المكفول بالكافل طبقا لأحكام المادة 120 ق.أ.ج .

لذلك هناك من رأى أن استبعاد الأطفال الطبيعيين والمتبنين يعد تنازلا من الطرف الفرنسي للطرف الجزائري¹.

الجدير بالذكر في هذا المجال أنه بالاطلاع لأول وهلة على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لا نجد في نصوصها ما ينص على القانون الواجب التطبيق على الحضانة في حالة التنازع بين القانون الجزائري والفرنسي بشأنها ، لكن بالجوع إلى نص المادة 05 من ذات الاتفاقية وهي تشير إلى الاختصاص القضائي وهو

¹ - بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2008-2009، ص67.

مكان مسكن الزوجين ، نجد إشارة ضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن أغلب الزيجات الجزائرية الفرنسية مقر إقامتها هو بفرنسا¹.

بالتالي إذا كان الاختصاص القضائي هو مقر مكان الزوجية أي فرنسا منه القاضي الفرنسي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق ، وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية والتي تشير إلى القانون الفرنسي الذي هو موطن الزوجين ، على هذا يمكن من هذا المنطلق يمكن القول أن الاتفاقية الثنائية الفرنسية أعطت الأفضلية للقانون الفرنسي على حساب القانون الجزائري.

على العموم فإن الاتفاقية على الرغم من أنها جاءت بأحكام لم تكن موجودة سابقا وتنظيمها لإجراءات ممارسة حق الحضانة وحق الزيارة ، إلا أنها تضمنت أحكام تمييزية لصالح الطرف الفرنسي على حساب الجزائري فالاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي ومنه استبعاد أحكام القانون الجزائري على النزاع ، كما أن الاتفاقية لم تتطرق لإشكالات تعدد الجنسيات سواء بالنسبة للمحضون أو والديه .

1- يرى في هذا المجال الفقيه بيار ماير ان القانون الواجب التطبيق على الحضانة في حالة الزواج المختلط هو قانون موطن

الزوجين أنظر. Pierre Mayer , Vincent Heuze, op,cit ; p340.

كما إنها حصرت النزاع فيما يخص زوجين يفترض فيهما أن يكون احدهما جزائري والآخر فرنسي واستبعدت بذلك حالة أن يكونا جزائريان يقيمان بفرنسا ، أو فرنسيين يقيمان بالجزائر.

من هذا المنظور يخشى أن تكون الاتفاقية مجرد نص أملته ظروف عابرة و مؤقتة وعابرة ما دامت لا تخدم سوى مصلحة الأم الفرنسية التي غالبا ما تمنحها المحاكم الفرنسية حق الحضانة استنادا إلى قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بتنازع القوانين¹.

المبحث الثاني : قاعدة التنازع في التشريع الجزائري وإشكالات تطبيقها.

نظم المشرع الجزائري قواعد التنازع ضمن المواد 09-24 من القانون المدني² ، والحضانة من المسائل المهمة التي تثار غالبا في حالة انفصال الزوجين ، وقد سبق وأشرنا أنها لم تكن محل اتفاق لا بين الفقه ولا بين القوانين المقارنة ، مما يدفعنا للتساؤل عن القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريع الجزائري والإشكالات التي يمكن أن تعترضه ؟

1- mabroukine ali ,la convention du 21/06/1988, rcdip ,1991,p3.

² - الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، ج.ر عدد78 ، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد44 مؤرخة في 26 يونيو 2005 ، والقانون المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في التشريع الجزائري

لما كان حل نزاع الحضانة في مجال التنازع الدولي للقوانين يقتضي تحديد قاعدة التنازع ، فان هذه الأخيرة لم تكن محل اهتمام المشرع الجزائري ، حيث سكت عن إدراج قاعدة تنازع خاصة بها لذلك ولأجل تحديد القانون الواجب التطبيق المسألة سوف نتطرق إلى تكييف الحضانة في التشريع الجزائري (الفرع الأول) ثم الاستثناء على القاعدة العامة (الفرع الثاني)

الفرع الأول : تكييف الحضانة في التشريع الجزائري

إذا كان التكييف عملية لازمة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلا أن ما يجعله عسيراً في التنازع الدولي للقوانين هو كون دول العالم تختلف فيما بينها في وصف طبيعة العلاقات القانونية، إذ ليس هناك أساس موحد حتى الآن في وصف طبيعة هذه العلاقات القانونية في تشريعات الدول المختلفة¹، الذي يؤدي حتماً إلى الاختلاف في التكييف مما يستوجب تباين في القانون المطبق ومنه إلى الاختلاف في الحكم الصادر في المنازعة. لذلك فكلما يثير النزاع ذي الطابع الدولي تنازع بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع ، يثير أيضاً تنازع بين هذه القوانين حول

¹ - بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الطبعة العاشرة ، الجزائر ، 2008، ص100.

تحديد طبيعة هذه العلاقة¹، ولما كان الأمر كذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا

الصدد تدور حول القانون الذي تتم وفقا له عملية التكييف؟

ذهب الرأي الراجح والفقهاء الغالب إلى إخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون القاضي

إي وفقا لقانون دولة قاضي النزاع، وقد كرست معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه منها

التشريع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون المدني بنصها: " يكون القانون الجزائري هو

المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين الواجبة التطبيق"².

إذا كان قانون القاضي هو المرجع في تكييف العلاقات ذات العنصر الأجنبي بإجماع

من الفقهاء و جل التشريعات، فإن تكييف الحضانة في مجال العلاقات الدولية الخاصة كان

محل خلاف بين الفقهاء وحتى التشريع وهذا أدى بدوره إلى التأثير على أحكام القضاء.

عالج المشرع الجزائري مشكلة التكييف من خلال نص المادة 09 من القانون المدني

بنصها: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند

تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، التركي للكمبيوتر والطباعة الأوفست، ط1، مصر، 2006، ص99.

² - يوافق هذا النص المادة 11 من القانون المدني الأردني والمادة 10 من القانون المدني المصري، والمادة 11 من القانون المدني السوري، والمادة 10 من القانون المدني الليبي، والمادة 1/17 من القانون المدني العراقي، المادة 31 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الصادر في 14 فبراير سنة 1961.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي ، فيكون بذلك قد تبني رأي " بارتن " في التكييف ، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اخذ بالتمييز الذي قال به بارتن بين التكييف الأولي الذي يراد به الاختصاص التشريعي ، والتكييف اللاحق الذي هو من اختصاص القانون المختص ، أي أخذ بالتكييف الذي يراد منه معرفة القانون الواجب التطبيق.

إلا انه بالرجوع إلى قواعد الإسناد التي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني، لم نجد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وهذا ما يجعل لعملية تكييف الحضانة أهمية كبيرة لأجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة ما على القاضي وتطبيقاً لأحكام المادة 9 من القانون المدني السالفة الذكر سوى الرجوع لأحكام القانون الوطني لأجل تكييف الحضانة وإدخالها ضمن الفئة التي تندرج ضمنها ومنه الوصول إلى القانون المختص.

لاشك لدينا في انتظام الحضانة ضمن مسائل الأحوال الشخصية ، فقد نظم المشرع أحكام الحضانة ضمن المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري ، إذن فهي من المسائل الأسرية والتي ترتبط بعلاقات الوالدين بالأبناء.

من المعلوم أن المشرع الجزائري خص مسائل الأحوال الشخصية بضابطات الجنسية لعدة اعتبارات أهمها ارتباط هذه المسائل بحالة الأشخاص ، فمسائل

الأحوال الشخصية مرتبطة بالمرجعية الدينية والمشرع الجزائري سعيا منه لتتبع هذه القواعد للمواطنين الجزائريين أين ما كانوا وأين ما حلوا وحتى لا تختلف القواعد المطبق عليهم باختلاف الدول .

كما ذكرنا سابقا إن الفقه المقارن وحتى القضاء في عدة دول واجه صعوبة في تكييف الحضانة و بالتالي القانون الواجب التطبيق عليها ، إذ لا يكفي القول بان الحضانة تندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية لحل إشكالية التكييف ومنه القانون الواجب التطبيق عليها ، بل لابد من قاعدة إسناد معينة تحدد القانون الواجب التطبيق عليها.

أمام عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في التشريع الجزائري يتبادر إلى الذهن موقف الفقه الجزائري في المجال القانون الدولي الخاص ومن ثم موقف القضاء الجزائري من تكييف الحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها.

بالنسبة للفقه الجزائري يرى الفقيه " طيب زروقي " أنه أمام عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة ضمن قواعد التنازع الجزائرية فان تحديد القانون المختص بحكمها متوقف على تكييفها القانوني بوصفها داخلية في الولاية الشرعية على الأولاد ، ولكنها لا تعد أثرا للزواج ولا تعد أثرا لانحلاله ، لان هناك حقوقا وعلاقات بين الآباء والأبناء بغض النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما سواء

بوصفهما متزوجين أو مطلقين ، ومن أهم هذه الحقوق الحضانة ومراعاة لمصلحة

المحزون فانه يقضي إخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل.¹

غير أن هناك من يرى أن في ظل غياب قاعدة التنازع الخاصة بالحضانة في

التشريع الجزائري على القاضي أن يلجأ إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

تطبيقا لنص المادة 23 مكرر² التي تقضي بأنه : " تطبق المبادئ العامة للقانون

الدولي الخاص فيها لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين ."²

إلا أنه يرى الفقه الراجح³ على أن الحضانة اثر من آثار الطلاق ، إذ أنه

أمام عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة يتعين اللجوء إلى التكييف ، والذي

مرجعه قانون القاضي وفقا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري وبالتالي فان

الحضانة هي من مسائل قانون الأسرة ، فالمشعر الجزائري نظم أحكام الحضانة في

الفصل الثالث تحت عنوان آثار الطلاق.

¹ - طيب زوتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، مطبعة الفسيلة ، ط1 ، الجزائر ، 2010 ، ص53.

² - بوحية وسيلة ، القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للطلاق في قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص الجزائري ، مداخلة لمقابلة في إطار المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات ، جامعة خميس مليانة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014 ، ص51.

³ - بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 100 ، عليوش قريوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2006 ، ص 62 ، فتيحة يوسف ، قواعد التنازع في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، عدد2 لسنة 1999 ، ص 97-124.

إن تكييف الحضانة في القانون الدولي الخاص الجزائري ضمن آثار الطلاق له

عدة اعتبارات نذكر أهمها:

- من ناحية التشريع: إن المشرع الجزائري ووفقا لتنظيمه لقانون الأسرة أدرج

الحضانة ضمن الفصل الثالث من ذات القانون تحت عنوان آثار الطلاق ولو أن

المشرع الجزائري رأى أن للحضانة أحكام خاصة تفصل عن الطلاق لأدراجها في

باب منفصل تحت عنوان الحضانة، إلا أنه وللصلة الوثيقة بين الطلاق والحضانة

اعتبرها من آثاره.

- من ناحية القضاء: إن الفصل في مسائل الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال

الرابطة الزوجية، وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في القرار رقم 337176 بتاريخ

2005 /11/16 حيث ينص أن المبدأ: "إذ كان من المقرر قانونا أن الحضانة لا

تستحق إلا بانحلال الزوجية بالطلاق أو الوفاة." ويوضح هذا القرار أنه طبقا لنص

المادة 47 من قانون الأسرة التي تنص بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة

وان الحضانة لا تستحق إلا بعد وقوع إحدى الحالتين للأشخاص الواردة بالمادة

64 من قانون الأسرة¹.

1 - القرار رقم 337176 بتاريخ 2005 /11/16 نشرة القضاة، عدد 65، سنة 2010، ص 319.

وفي قرار آخر رقم 613481 بتاريخ 2011/03/10 المبدأ: " لا تسري على آثار الطلاق من حضانة ونفقة على المكفول." في هذا القرار يشير القضاء مباشرة على أن الحضانة هي من آثار الطلاق¹، من هنا وان كان تكييف الحضانة وفقا للقانون والقضاء الجزائري إنها من آثار الطلاق فما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟

تنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."²

بما أن الحضانة هي من آثار الطلاق بالتالي فهي تخضع لقاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بمفهوم نص المادة 12 من القانون المدني أي قانون جنسية الزوج.

في الواقع المادة لا تشير أي إشكالية إذا كان الزوج جزائري والزوجة أجنبية، فسيطبق القانون الجزائري في هذه الحالة ومنه تخضع الحضانة لأحكام القانون الجزائري التي سنتطرق إليها لاحقا في هذه الدراسة.

1 - قرار رقم 613481 بتاريخ 2011/03/10 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، سنة 2012 ، ص 290.

2- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 10 يونيو 2005 (ج . ر 44- ص 19).

لكن المشكل يثار في حالة ما إذا كانت الزوجة جزائرية والزوج أجنبي¹ فهنا لا مجال سيطبق القاضي القانون الأجنبي في مسألة إسناد الحضانة ، كذلك يثار الإشكال في حالة تغيير الشخص جنسيته من تاريخ زواجه إلى تاريخ افتراقه مع زوجته لتجد نفسها أمام قانون أجنبي يحكم النزاع بينها وبين زوجها.

الفرع الثاني : الاستثناء على القاعدة العامة.

ضمانا لعلاج الإشكالات السالف الذكر التي يمكن أن تثار في النزاع نص المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج."

بهذا تكون المادة 13 من القانون المدني استثناء على المادة 12 من القانون المدني بانفراد القانون الجزائري بحكمها إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

1- أنظر ، وزارة الشؤون الدينية تحذر من الزواج المختلط ، سجلت الوزارة في هذا الشأن ما معدله 1200 شهادة إثبات إسلام خاصة بالزواج سنويا والرقم في تزايد مستمر ، فبعد ما كان معدل معتنقي الإسلام 60 حالة سنويا قفزة الرقم بنسبة 50 بالمائة وهي نسبة قابلة للزيادة ، حيث يقول مستشار الشؤون الدينية بأن الوزارة أحصت منذ بداية سنة 2006 إلى غاية 31 أكتوبر من نفس السنة 92 حال اعتناق للإسلام.

ومعنى ذلك أن آثار الطلاق ومنها الحضانة تخضع حتما لقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج إذا لم تكن الأم جزائرية و الأب أجنبي وقت رفع دعوى الطلاق فإننا نلجأ حينها لتطبيق القانون الجزائري وحده بشأن هذه الآثار بكاملها.

وهذا ما نجد له تطبيقا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17 في قضية طلاق بين زوج ايطالي وزوجة جزائرية ، حيث قضت المحكمة بان تطبيق القانون الايطالي على النزاع بدلا من القانون الجزائري مخالف للقانون ، لكون الزوجة جزائرية الأصل ولم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد الحصول على الجنسية الايطالية¹ .

وعليه فان قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة ، فهو الذي يحدد لمن تثبت وكذا مدتها وانقضاؤها أو حتى سقوطها و كل المسائل المرتبطة بها ، رغم ذلك تبقى الحضانة من المسائل المعقدة في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، فرغم تحديد القانون المختص إلا أن هناك إشكالات غالبا ما تشور تتعلق بالأساس بقاعدة الإسناد فما هي هذه الإشكالات؟

¹ - قرار رقم 170082 بتاريخ 1998/02/17 ، المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 2000، ص170.

المطلب الثاني : إشكالات تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالحضارة

قد تعترض القاضي أثناء بحثه عن القانون الواجب التطبيق عقبات يتعين عليه تخطيها ، ترتبط بتطبيق قاعدة الإسناد منها إشكالات تتعلق بقانون الجنسية يتعين على القاضي حينها على القاضي البحث عن القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتاحة.

كما يمكن أن ترتبط الإشكالات بتطبيق قاعدة الإسناد فالنظم القانونية تختلف من دولة لأخرى وهذا له أثره على القانون المختص ، على هذا سنحاول دراسة في هذا المطلب الإشكالات المرتبطة بتعيين إشكالات أعمال قانون الجنسية (الفرع الأول) إشكالات تطبيق قاعدة الإسناد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالات أعمال قانون الجنسية.

تكرس كل دولة في مادة الجنسية مبدأ حريتها الكاملة واستقلاليتها بوضع قواعدها الخاصة في هذه المادة، فتجعل وظيفتها قاصرة على تحديد من هم رعاياها مستندة في ذلك إلى معايير تتماشى مع مصالحها الأساسية دون النظر إلى مصالح الدول الأخرى.

حيث أنه من المتصور أن يتمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في الوقت عينه ، كما انه من المتصور كذلك أن يحرم من التمتع بأي جنسية أخرى كما يمكن

أن يغير جنسيته ، بالنظر أن المشرع الجزائري أخضع الحضانة إلى ضابط الجنسية فانه وما يبنى على هذه الحالات أن تشكل صعوبات قانونية تواجه القاضي عندما يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق فما هي الحلول التشريعية والفقهيّة في مثل هذه الظروف ؟

البند الأول: تعدد الجنسيات¹

إن مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية ، مبدأ مسلم به فقد تأخذ دولة بحق الدم وأخرى بحق الإقليم وثالثة بهما معا فمن هنا تنشأ ظاهرة تراكم الجنسيات على شخص واحد².

وتعدد الجنسية واقعة في المجتمع الدولي على الرغم من أن مبادئ القانون الدولي تحاول التخلص منها ففي ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في

1- يقصد بتعدد الجنسية أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة ، وقد يكون لديه اثنتان أو ثلاثة أو أكثر تثبت له في وقت واحد ، بحيث يعتبر هذا الشخص قانونا متمتعاً بجنسية هذه الدول ، بغض النظر عن إرادة الفرد في أن كان له دور في كسب هذه الجنسية أو تلك.

وهناك عدة تعريفات للفقهاء لمشكلة تعدد الجنسية نذكر منها: - " أن يكون للشخص متعدد الجنسية إذا ثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، وذلك وفقاً لقانون كل دولة من الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها " انظر ، حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجناب، منشورات الحريري الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص20 .

ويعرفها جانب آخر من الفقهاء: " حصول الفرد على أكثر من جنسية." أو " الوضع القانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر، بحيث يعتبر قانون من رعايا كل دولة ويتمتع بجنسيتها." أنضر ، محمد طيبة ، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسية ، دار هومة ، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2006، ص97.

2 - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص238 .

12 ابريل 1930 تنص على أن: " من مصلحة الجماعة الدولية أن يسلم كافة أعضائها بان يجب أن يكون لكل فرد جنسية كما يجب أن يكون له جنسية واحدة." ¹

يتضح من خلال تعريفها أن تعدد الجنسيات هو تراكم أكثر من جنسية على الشخص الواحد والشرط اللازم توفره هنا حتى نقول أننا أمام ازدواج أو تعدد أن يكون اكتساب هذه الجنسيات جميعاً قد تم بطريقة قانونية وسليمة.

على أن لظهور هذه المشكلة عدة أسباب منها تباين قواعد الجنسية بين الدول واختلاف الأسس التي تتبناها كل دولة لإضفاء جنسياتها على الأفراد²، كما للمشكلة أن تظهر حتى لو توحدت الأسس الفنية لاكتساب الجنسية مثل ذلك ميلاد طفل في حالة الزواج المختلط ، وكان قانون كل من والدي الطفل يأخذ بحق الدم فيكون للولد جنسية دولة الأب و جنسية دولة الأم عملاً بحق النسب إليهما، وإذا حصل ميلاد الطفل في إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم ثبت له جنسية دولة ثالثة.

1 - أحمد ضامن سمدان ، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي ، مجلة الحقوق العدد الأول ، 2007، ص13
2 - صادق علي هشام، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، الإسكندرية، ب. طبعة، 2003، ص386.

ومهما كانت أسباب نشأة ظاهرة تعدد الجنسيات فالأمر لا يخلو من طرح صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقاضي ملزم بتطبيق جنسية واحدة من الجنسيات، فما هو المعيار المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق؟

تجري غالبية التشريعات وما استقر عليه الفقه على ضرورة التفرقة في هذه الحالة بين فرضين أولهما عندما تثور المسألة المتعلقة بازواج الجنسية أو تعددها أمام قضاء دولة من الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها ، وثانيهما خاص بالوضع الذي يثور بين جنسيات أجنبية أي ليست جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة عليه سنعالج هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي الخاص أن الجنسية الوطنية في هذا الفرض تفضل على غيرها¹، فيعتد بجنسية دولة القاضي ويعتبر الفرد وطنياً ويطبق بالتالي قانون القاضي على المسألة المتنازع فيها ، بغض النظر عن قوانين الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جانب جنسية دولة القاضي.

¹ - عبد العال محمد عكاشة ، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، 2012 ، ص 130.

كما يتم ذلك دون الالتفات إذا كان هذا الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، وما إذا كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح أو يعيش هذه الجنسية فعلاً وواقعاً أم كان بينه وبينها هجر مديد¹.

إن كان من دواعي تفضيل جنسية القاضي من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص هو اعتبار الجنسية من المسائل المتعلقة بالسيادة وداخلة في الاختصاص القاصر لكل دولة، لذلك فلا يعقل أن يترك أمر تحديدها لدولة أخرى.

هذا الاتجاه أخذت به اتفاقية لاهاي المبرمة في 1930/04/12 بنصها :
" الشخص المتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة يحمل جنسيتها من رعاياها ". وهو الحل السائد في القانون المقارن².

على الرغم من التأييد الكبير الذي لقاه هذا الرأي إلا أنه لم يسلم من النقد إذ أن جنسية الدولة المطروحة أمام سلطاتها مسألة التنازع قد لا تكون

¹ - عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية اللبنانية و مركز الأجانب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص117.
² - من التشريعات العربية التي أخذت به القانون المدني المصري (المادة 2/25)، القانون العراقي (المادة 2/32)، القانون المدني السوري (المادة 27)، والقانون الأردني (المادة 26 من القانون المدني لسنة 1976)، القانون المدني اليمني (المادة 34 لسنة 1976) أنظر الطيب زروقي ، الوسيط في الجنسية الجزائرية ، المرجع السابق ، ص193.

كما تبنته كثير من التشريعات الغربية كالقانون المدني الاسباني (المادة 2/29)، القانون المدني البولوني (المادة 1/10)، القانون المدني البرتغالي ، قانون الجنسية المكسيكي (المادة 52) ، القانون الدولي الخاص الكوري (المادة 1/2) والمادة 1/23 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1987/12/18، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص102

واقعية ، ولذا وجب تغليب جنسية هذه الدولة والنظر إلى الأمور نظرة واقعية ، بتغليب الجنسية الواقعية على الجنسيات الأخرى التي يحملها متعدد الجنسية بما فيها جنسية الدولة.

أيضا من النقد الموجه إليه انه في حالة ما إذا كانت الجنسية ضابط الإسناد فيؤدي هذا إلى اختلاف الحلول بحسب محكمة الدولة المعروض عليها النزاع ، إذ أن كل دولة يحمل الشخص جنسيتها تطبق على النزاع قانونها ، ذلك أنها لا تعتد إلا بجنسية دولتها دون الجنسيات الأخرى التي يحملها الشخص.

بعد الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي كان لابد من البحث عن قانون آخر ، إذ ذهب جانب من الفقه إلى انه يجب تحديد الجنسية التي يجب تطبيق قانونها من خلال منظور واقعي ، وعلى أساس معيار منضبط يكفل وحده الحل والجنسية الفعلية¹ أو الواقعية تكفل هذا الحل المنطقي.

لعل أهم ما يميز هذه النظرية هو استجابتها للأساس الاجتماعي للجنسية والذي ينطوي على شعور الفرد بالولاء نحو الدولة التي يرتبط بها فعليا، إلا انه هذه الفكرة أيضا لم تسلم من النقد فالجنسية الفعلية يكتنفها الكثير من الغموض

¹ - يمكن تعريف الجنسية الفعلية بأنها: " هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في مجتمعتها ، وعاش في كنفها واستعمل فيها الحقوق التابعة لها وتحمل التزاماته ، يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة عن الأخرى." أنظر ، بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص ، ج2، المرجع السابق ، ص130.

والاختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها ، فقد تكون مبعث لعدم الأمان القانوني¹.

أيضا إن إعمال معيار الجنسية الفعلية يصطدم بحقيقة وضعية، كون العديد من التشريعات - كما رأينا- تفضل الحل القائل بترجيح جنسية دولة القاضي المثارة أمامه مسألة تنازع الجنسيات متى كانت من بينها .

إلا أن هناك جانب من الفقه² رأى انه يمكن الخروج من المبدأ العام (تطبيق جنسية القاضي) وذلك بتطبيق قانون الجنسية الأجنبية وذلك من خلال إعمال ما يسمى بفكرة الحل الوظيفي ، وتقتضي هذه الأخيرة النظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أساس أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية وليس باعتبارها مسألة مستقلة بذاتها ، ولها حل ثابت في جميع الحالات وهذا يقتضي حتما حل التنازع على ضوء النظر إلى كل مسألة في حد ذاتها ، من حيث طبيعتها والغاية منها³.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد تبني الرأي الراجح وهو تطبيق جنسية دولة القاضي فإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة ، أي من

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص250.

² - عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة في الجنسية ، المرجع السابق ، ص126

³ - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص123 .

بين الجنسيات التي يحملها هذا الشخص ، فهنا يعتد القاضي الجزائري بالجنسية الجزائرية وحدها عملا بنص المادة 2/22 من القانون المدني ويخضع من ثم حالة هذا الشخص للقانون الجزائري وحده¹.

الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها.

في هذه الحالة إن النزاع المتعلق بتعدد الجنسيات يثور أمام القاضي الوطني في وضع لا تكون فيه الجنسية الوطنية للقاضي من بين الجنسيات التي يحملها الشخص ، فالقاضي أمام اختيار صعب حيث يجب عليه أن يختار قانونا واحدا وكأن الشخص لا يملك إلا جنسية واحدة ، منه سيكون العبء ثقيل على القاضي الناضر في النزاع وبخاصة في الحالة التي يثبت فيها قانون إحدى الجنسيات حق للفرد بينما ينفيه عنه قانون الجنسية الآخر.

تم اقتراح عدة معايير لحل هذا التنازع بين الجنسيات في هذه الحالة منها المعيار القائم على تكافؤ السيادة² معيار تفضيل الجنسية الأقرب إلى جنسية دولة

¹ - المادة 2/22 من القانون المدني : " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية والنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة. "

² - تنطلق فكرة هذا المعيار في أن الدولة المطروح أمامها النزاع تنظر إلى الجنسيات التي يحملها الشخص أنها متساوية ، وتعترف بما جميعا دون تفضيل واحدة عن الأخرى ، وفي هذه الحالة يكون للشخص وحده التمسك بأي من الجنسيات التي يحملها ويعامل على أساس هذا الاختيار. أنضر ، عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 698.

القاضي¹، معيار الاعتداد بالجنسية التي حصل عليها الشخص أولاً²، معيار الاعتداد بالجنسية الأحداث اكتساباً ، ثم معيار الموطن³، إلا أنه يتجه الغالب إلى حسم التنازع بين الجنسيات باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة⁴.

فالجنسية الفعلية هي الجنسية التي يكون الشخص أكثر ارتباطاً بها من غيرها ، ويستعين القاضي في سبيل الكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته ، كما له الاستعانة بغير ذلك من المؤشرات المتعلقة بالشخص ذاته، كاللغة ، الرابط العائلي ، محل مزاولته حقوقه السياسية والعامة ، تأدية خدمته العسكرية الخ.

وقد تبنته اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في 12/ابريل 1930 في مادتها الخامسة حيث جاء نص المادة : " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أن تعامله بأنه متمتع بجنسية واحدة ويجوز لها في هذا الصدد

1- يذهب أصحاب هذا المعيار إلى ضرورة ترجيح الجنسية التي تتفق في أحكامها مع أحكام جنسية دولة القاضي المعروض أمامه المنازعة.
2 - إن المعيار المعتمد عليه بالنسبة لأصحاب هذا الرأي هو بالنظر إلى الوقت الذي تم فيه اكتساب الجنسيات المتنازعة ، فيكون من الإلزام ترجيح الجنسية الأولى التي اكتسبها الشخص بوصفها حق مكتسب له . أنظر ، عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص703
3- رأى البعض أنه يجب معاملة مزدوج الجنسية أو متعددها على أساس الجنسية الأحداث فهي الأصدق في التعبير عن رفاقته ، و الأقرب في تجسيد أرائته . أنظر ، عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص703
4 _ أمام صعوبة تطبيق المعايير السابقة ذهب هذا الرأي إلى استبعاد تطبيق قانون الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية وإحلال ضابط الموطن بدلا منه أو ضابط المحل.

أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابس تعلق الشخص بها فعليا .¹

وهو الحل الذي اعتمده أيضا المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه : " تخضع الأحوال الشخصية للمعني لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية."

كما اعتمد المشرع الجزائري نفس الحل من خلال نص المادة 22 فقرة 1 بنصها على ما يلي : " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية." وان كان بعض الفقه الجزائري انتقد صياغة المادة ، لما كان من المفروض قول الجنسية الفعلية وليس الحقيقية ، كما عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 1/22 القانون من القانون المدني على اعتبار أن كل الجنسيات التي يحملها الشخص تعتبر حقيقية بالنسبة إليه و إلا لما كان حدث تنازع بينها.²

1 - عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة ... ، المرجع السابق ، 130.

2 - حبار محمد ، القانون الدولي الخاص ، الرؤى للنشر والتوزيع ، الدار البيضاء ، الجزائر ، ب.ط، 2013، ص81.

في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى¹ إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في تعدد الجنسيات الأجنبي ، وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة إلا انه يجب على القاضي دائما عند تعيينه للقانون المختص أن يعتد بالجنسية الفعلية التي يعيش المعني في كنفها ويفضلها على غيرها².

البند الثاني: انعدام الجنسية³

انعدام الجنسية هو مصطلح يعبر عن الحالة التي تتخلى فيها قوانين الجنسية في جميع الدول عن الشخص ، فلا يصدق عليه وصف وطني في أي منها ، فهو شخص لا تعتبره أية دولة مواطنا بحكم قانونها فيكون من بين قاطني الإقليم أشخاص عديمو الجنسية ، إما لأنهم لم يحصلوا أبدا على جنسية ما و إما لأنهم فقدوا جنسيتهم دون أن يحق لهم المطالبة

¹ - من هذه التشريعات المصيري حيث نص في المادة 1/25 من القانون المدني : " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في الأشخاص أو الذين ثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد . " ، وتقابل هذه المادة المادة 1/25 مدني لبي ، المادة 1/27 قانون مدني سوري ، المادة 70 قانون مدني كويتي ، المادة 26 قانون مدني أردني ، أنضر ، ممدوح عبد الكريم عمروش ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ، ج1 ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998 ، ص73 .

² - اللائي مبروك ، المرجع السابق ، ص 108 .

³ - وقد وردت عدة تعاريف لعدم الجنسية يمكن ذكر منها : " عدم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة . " أنضر ، غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر ، الطبعة الرابعة ، 2005 ، ص123 . وعرف أيضا : " عدم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في وقت لاحق على ميلاده مجرد من حمل جنسية أي دولة من الدول . " أنضر ، حفيظة السيد حداد ، الموجز في الجنسية ومركز ، المرجع السابق ، ص73 .

بجنسية دولة أخرى ، وبهذه المثابة فإنه يتسع مفهوم عديمو الجنسية ليشمل المولودين على إقليم الدولة التي يقيمون فيها عادة ولم يتمكنوا من الحصول على جنسيتها ولم يكن لديهم جنسية أساسا¹، كمن يولد على إقليم دولة لا تعترف سوى بحق الدم للحصول على الجنسية.

ويطلق الكثير من الفقهاء على هذه الظاهرة تسمية التنازع السلبي وهي تسمية غير دقيقة فنيا لان انعدام الجنسية لا يثير تنازع الجنسيات أصلا ، لأن الفرض أن الشخص لا يتمتع بأية جنسية أي أن قوانين الدول جميعا تخلت عنه.²

في الواقع أن حالة عديم الجنسية من الحالات المؤلمة، لان الشخص عديم الجنسية يرى نفسه تائه في الأرض مقطوع الصلة بموطن ما ،وقد شبه بعض الفقهاء مثل هذا الشخص بسفينة تسير في البحر بدون علم لا تدري إلى أي ميناء تذهب ،ولا على أي ميناء ترسو³، ومثل هذا الشخص يفقد حقوقه الوطنية و السياسية ، وقد يتطلب الأمر تطبيق قانون جنسية ما على الأحوال الشخصية فما يكون الحل ؟

¹ - محمد رسمي العمري ، تنازع القوانين في مسائل حماية غير كاملية الأهلية،الرواق للنشر والتوزيع ، عمان ، 2014،ص148

² - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص 110

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003، الجزائر،ص98.

نادى جانب من الفقه بتطبيق قانون جنسية آخر دولة كان ينتمي إليها الفرد قبل أن يصبح عديم الجنسية، إلا أن هذا الاتجاه تلقى انتقادات عنيفة لاسيما وأنه لا محالة سيصطدم بالحالة التي رافق فيها انعدام الجنسية ميلاد الفرد كما انه يسعى لإبقاء صلة لم تعد موجودة أصلا كما أنه لم يعد هناك مبرر لوجودها .

ومن ثم ولتلافي الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار السابق قال جانب من الفقه بالاعتداد بقانون دولة ميلاد الشخص ، إلا انه لم يفلح هذا المعيار كسابقه لاسيما انه يقف عاجزا أمام الحالة التي تكون فيها الدولة التي ولد فيها الشخص لا تمت له بأي رابط ، أو أن ولادته لا تخرج عن وصفها واقعة عرضية ، كما فقدتها لاحقا حيث يصطدم هذا المعيار بما سبق بخصوص سابقه. أنه قد تكون الدولة التي ولد فيها هي ذات الدولة التي كان يحمل جنسيتها.

ويمكن لنا القول أن الرأي الراجح لدى فقه القانون الدولي الخاص وتقول به الاتفاقيات الدولية¹، انه يطبق على حالة انعدام الجنسية فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على انه ينتمي إلى التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها فيخضع تبعا لذلك لقانون الدولة التي تتوافر

1- الفقرة (1) من المادة (5) من اتفاقية لاهاي لعام 1966، الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف والنفذ والتعاون فيما يتعلق بالمسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال بتاريخ 19 تشرين الأول 19.

بالنسبة لها هذه الصلة ، وهي تتمثل بالنسبة لعدم الجنسية عاد في وجود موطنه أو محل إقامته بإقليم الدولة .

ذلك على اعتبار أن ضابط الموطن وضابط محل الإقامة هما ضابطان مقترحان يجب الاستعانة بهما في كل حالة يتعذر فيها أعمال ضابط الجنسية ، أي بتطبيق قانون الدولة التي يقيم فيها لعدم الجنسية عادة فإذا ما تعذر الاستعانة بمعيار الموطن فالعبرة عندئذ بتطبيق القاضي لقانون محل الإقامة ثم لقانونه الوطني¹. وان كان تطبيق قانون الموطن لعدم الجنسية، قد يثير هو الآخر عدة إشكالات في حالة ما إذا لم يكن لعدم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعدم الجنسية أكثر من موطن لحل الإشكالية الأولى اقترح البعض² تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين³ ، أما بالنسبة للإشكالية الثانية فيرى البعض⁴ مواجهتها من خلال ترجيح الموطن الأكثر فاعلية ، وهو الموطن

1 - محمد رسمي العمري ، المرجع السابق ، ص151.

2 - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 183 .

3 - وقد تبني هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 من خلال مادته الأولى الفقرة الثالثة ، أنضر ، احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص133.

4 - عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق ، ص202

الذي يحوي بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشده لحكم العلاقة محل النزاع.

عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية¹ بموجب نص المادة 3/22: "إذا تعلق الأمر بعدم الجنسية، فإن القاضي (الجزائري) يخضعه لقانون محل الإقامة". و بذلك يكون المشرع الجزائري قد قام بالتنسيق بين هذا الحكم القانوني والحكم بالمادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28/06/1964 وكذا مع الحكم القانوني لنص المادة 221 من قانون الأسرة².

إلى جانب الإشكالات الناجمة عن حالي تعدد وانعدام الجنسية فان قابلية هذا الضابط للتغيير يطرح إشكالية التنازع المتحرك أو المتغير.

البند الثالث: التنازع المتحرك³.

1- كان المشرع الجزائري حين إصداره للقانون المدني الجزائري لعام 1975 ينص على إعطاء القاضي المعروض أمامه النزاع سلطة تحديد القانون الذي يحكم حالة عدم الجنسية، وقد انتقد الفقه الجزائري هذا الموقف وحجتهم في ذلك أن هذا الحكم القانوني يتعارض بدون جدال مع نص المادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28/09/1954 التي انضمت إليها الجزائر بمرسوم 08 جوان 1964 التي تنص بصريح العبارة على إخضاع عدم الجنسية فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانون موطنهم او لقانون محل إقامتهم ، وهو نفس الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 221 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق قانون الأسرة على الجزائريين وكذا المقيمين فوق التراب الوطني ، أمام هذا النقد الجوهرى الذي سبق للفقهاء توجيهه للمشرع الجزائري فانه قام لاحقا بتعديله عام 2005 بموجب الأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المتضمن تعديل القانون المدني الوارد

² - المادة 221 من قانون الأسرة التي تنص على : " تطبيق قانون الأسرة على الجزائريين وكذا على المقيمين فوق التراب الوطني."

³ - ويمكن تعريفه على النحو التالي: " التنازع المتغير هو التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقوانين متتابعة بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان . " سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 288

يعتبر ضابط الجنسية من الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك ، كونه من الضوابط القابلة للتغيير فيستطيع الشخص في العلاقة ذات العنصر الأجنبي أن يغير هذا الضابط ما بين إنشاء الواقعة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء، الأمر الذي يثير صعوبة عملية عندما يراد تطبيق قانون الجنسية كونه القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي في مسائل الأحوال الشخصية وعلى الحضانة باعتبارها من آثار الطلاق.

يكتسي موضوع التنازع المتحرك أهمية بالغة ويثير إشكالات عديدة، وهو حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه،¹

فبالرجوع إلى التعريفات السابقة يتضح انه لقيام التنازع المتحرك لابد من توفر شرطين هما : وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا والمنازعة فيها أمام القاضي من جهة² ، ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على

كما يعرفها جانب آخر من الفقه: " التنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد ، ولكن من ناحية ينشأ بين قانونين

صادرين عن مشرعين مختلفين ". V. Nouhad Rizkallah , Droit International Privé, M.A.J.D .
Entreprise Universitaire, Beyrouth, 1^{er} , Edition, 1985, P75.

ونقول أن هناك تنازع متغير : "لما تكون الواقعة القانونية محكومة بقانونين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد." v, lousarn

Yvon et Bourel pierre , droit international privé , Dalloz , 6^{ème} édition, 1999, p 262.

1 - الطيب زوتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء قانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة فسيلة ، الدويرة ، ط2 ، 2008 ، ص116.

2 - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 639-641.

تغيير ضابط الإسناد تغييراً طبيعياً أي ألا يكون عنصر الإسناد اصطناعياً (أي وقع تحايل على القانون)، يسمح بتعاقب القوانين ، قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ، مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرسة في قانوني كلا الدولتين¹ .

من خلال ما تقدم فإن تغيير ظرف الإسناد يثير مشكلة الآثار القانونية لهذا التغيير من حيث القانون الواجب التطبيق ، ومعرفة ما إذا كانت العلاقة القانونية تخضع وبشكل كامل إلى القانون السابق الواجب التطبيق قبل حالة التنازع المتغير أم يترتب على هذا التنازع توزيع الاختصاص القانوني فيما بين القانونين السابق للتغيير واللاحق له؟

حل مشكلة التنازع هنا اقترح الفقه اتجاهان أحدهما يقول بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد استناداً على فكرة الحقوق المكتسبة² ، واتجاه آخر يقول

1 - cité par dominique holleaux, jaque foyer , géraud de geoffre de la pradelle, droit international prive.masson, paris, 1987, p228

2 - اعتمد كل من الفقيه "PILLET" و" BARTIN " نظرية احترام الحق الدولي المكتسب ولكن لكل واحد منهما وجهة نظره الخاصة ، فصور الفقيه "PILLET" هذا التنازع في شكل مشكلة قائمة بذاتها غير مشكلة تنازع القوانين هي " مشكلة الحقوق المكتسبة " وصاغ حلها مبدأ سماه "الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة" ، ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه تبقى كل علاقة قانونية نشأة تحت سلطان قانون ما خاضعة له في كل ما يتعلق بشروطها الشكلية والموضوعية وآثارها الماضية والمستقبلية ، ولا يعترف للقانون الجديد بأي اختصاص ، أنضج حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، عمان ، 2001 ، ص 227.

بإعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد¹، رغم انه قد يتأتى حل مشكل التنازع المتحرك عن طريق المشرع مباشرة حيث يحدد سريان ضابط الإسناد زمانيا أي عن طريق ضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق، فقيده مسالة الحضانة التي تعتبر أثر من آثار الطلاق بوقت رفع الدعوى وهنا يكون كقاعدة عامة حسم إشكالية المفاضلة بين قانونين متعاقبين، طبقا لنص المادة 12/22 من القانون المدني الجزائري، إلا انه إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري كاستثناء وارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري².

إلا انه يبقى الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري منتقدا سواء بالنسبة للقاعدة العامة أو الاستثناء فهو يؤدي في حالة القاعدة العامة إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه عند انعقاد الزواج نتيجة لتغيير زوجها لجنسيتها ما بين مرحلة نشوء الحق ومرحلة رفع دعوى الطلاق، كما يؤدي في مرحلة

أما بالنسبة للفقهاء "BARTIN" فقرر استبعاد تطبيق القانون الجديد استنادا إلى ما تتطلبه المراكز القانونية من استقرار في العلاقات الدولية، وعليه فان كان الحق نشأ وفقا لقانون معين فانه يحفظا على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ينبغي أن يبقى خاضعا لنفس القانون فيما يتعلق بآثاره، أنضر، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، ج1، المرجع السابق، ص133

1 - ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بضرورة التطبيق الفوري للقانون الجديد متأثرين في ذلك بالحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان لتشابههما باعتبار أن في كليهما قانونان متعاقبان لحكم حق معين يتعين تحديد نطاق تطبيقهما، وان كان يعاب على هذا الاتجاه هذا التشبيه ذلك أن تنازع القوانين من حيث الزمان يكون في حالة قانونان متعاقبان صادرا عن نفس المشرع، حيث يلغي القانون الثاني القانون الأول، أما بالنسبة للتنازع المتحرك فان مصدره قانونان متعاقبان ليس من نفس المشرع وكلاهما ساري المفعول في إقليم الدولة التي صدر فيها. أنضر، نسرين شريقي، سعيد بوعلوي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص102.

2 - طيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص134.

الاستثناء إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلى تطبيق القانون الوطني رغم أن الزوجين أجنبيين ، واستبعاد تطبيقه رغم أن الزوجة الأجنبية اكتسبت الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى.

الفرع الثاني: إشكالات تفسير قاعدة الإسناد

بعد ما فرغنا من بحث الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق والمرتبطة بضابط الجنسية سواء من خلال تعدد الجنسية أو انعدامها أو حتى تغييرها، والحلول اللازمة لكل حالة نتعرض بعد ذلك لإشكالات أخرى تتعلق بتفسير القاعدة الإسناد تتعلق بالإحالة (البند الأول) والإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع (البند الثاني) .

البند الأول: الإحالة.

من المعلوم أن قانون أي دولة يشمل نوعين من القواعد، قواعد الإسناد وهي لا تحسم النزاع مباشرة و إنما ترشد فقط للقانون الواجب التطبيق، أما النوع الآخر من القواعد وهي القواعد المادية الموضوعية التي تحسم النزاع، فإذا كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق ما من مشكلة تطرح .

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي، فإن الحل النهائي للنزاع لا يتم إلا إذا حددنا المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون وهذا ما يثير إشكالية مهمة وهي ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد والذي يتعين على القاضي الوطني أن يرجع إليه أولاً؟ بمعنى آخر هل يخاطب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي لم يجب أن يبدأ بمخاطبة قواعد الإسناد في هذا القانون؟

فإذا قيل أن المقصود بالقانون الأجنبي المختص هو القواعد المادية الموضوعية فلا يبقى أمام القاضي المطروح أمامه النزاع إلا أن يفصل في النزاع بتطبيق تلك القواعد وينتهي الأمر عند هذا الحد.

وإذا قيل يقصد بالقانون الأجنبي المختص كافة قواعده بما فيها قواعد التنازع، هنا تبرز إشكالية غاية في الأهمية يترتب عليها تغيير الحل النهائي للنزاع، فقد يحدث أحيانا أن تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون غير قانونها، كأن تقضي بتطبيق القانون الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية.

هذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تسمى بمشكلة "الإحالة" فمن يقول بارجوع

القاضي إلى القواعد الموضوعية يرفض الأخذ بالإحالة ، ومن يقول برجوعه أولاً إلى قواعد الإسناد يكون على النقيض من الآخذين بها¹.

إن الإحالة في الواقع ما هي إلا نتيجة لعدم انسجام أنظمة تنازع القوانين في مختلف الدول² ، من التعريفات الفقهية التي تناولت الإحالة تعريف الدكتور محمد زوكاغي الذي قال بأنها : " الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي ، متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً." ³

كما تعرف الإحالة بأنها : " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً." ⁴

لم تظهر مشكلة الإحالة بشكل واضح إلا على اثر صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/06/24، في قضية شهيرة¹ في فقه القانون الدولي الخاص تعرف بقضية " فورجو " ².

¹ - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 171.

² - موحد إسماعيل ، ترجمة فايز أنجق ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ، ص 194.

³ - بلمامي عمر ، ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر (نظرية التكييف) دراسة تحليلية ونقدية ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ب.ط ، 2010 ، ص 126.

⁴ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 181.

و الإحالة تأخذ الصور التالية :

1 - الإحالة من الدرجة الأولى : نكون في هذه الحالة عندما تحيل قواعد الإسناد

في القانون الأجنبي المختص إلى قانون القاضي الذي ينظر في النزاع من اجل تطبيقه ، أي أن قواعد إسناد القاضي تحيل الاختصاص للفصل في النزاع إلى قانون أجنبي ، في حين أن قواعد إسناد القانون الأجنبي ترجع الاختصاص للفصل في النزاع إلى قانون القاضي.³

2 - الإحالة من الدرجة الثانية: في هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد

الأجنبية أيضا عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية تماما كما هو في الصورة الأولى وكل ما هناك - وهذا هو وجه الخلاف بين الحالتين - أن

1 -cass .1878 ,cit par henri batiffolle , paule lagarde , traité de droit internationale privé ; 8^{ém} édition ; tome 1 l.g.d.j, 1993, p, 491, yvon loussouran , pierre bourel , op, cit ,p291

2- وتتلخص وقائع هذه القضية في أن ولدا طبيعيا يدعى " فورجو " من أصل بافاري انتقل إلى فرنسا وعمره 5 سنوات واستقر بها دون أن يكسب موطنا قانونا وفقا لأحكام القانون الفرنسي وظل موطنه القانوني في بلده الأصلي بافريا ، وموطنه الفعلي في فرنسا ثم توفي عن عمر يناهز 86 تاركا وراءه ثروة منقولة في فرنسا دون أن تكون له زوجة ولا أولاد ، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على ثروة فورجو باعتبارها تركة بلا وارث وبعدها طالب الحواشي من عائلة " DITCHEL " أقارب أم فورجو بحقهم في الميراث مستندين إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الطبيعي ، فرفضت محكمة متوطنا في فرنسا وبالتالي يخضع ميراث ثروته المنقولة للقانون الفرنسي الذي لا يعطي حق ميراث الولد الطبيعي إلا للأبوين أو إخوته، فطعن ورثة فورجو في الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذا الحكم في 15/05/1875 على أساس أن فورجو لم يكن مستوطنا في فرنسا وموطنه فيها لم يكن إلا موطنا فعليا ، وموطنه القانوني هو بافاريا وبالتالي لا مبرر لاختصاص القانون الفرنسي ، فأحالت محكمة النقض القضية أمام محكمة استئناف BORDEAUX فحكمت في 24/05/1886 لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تعترف بحق ميراث الحواشي ، بعد ذلك طعن مصلحة الأملاك الفرنسية في هذا القرار أمام محكمة النقض ، فقضت هذه الأخيرة الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 24/06/1878 على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي أي القانون الفرنسي ، وأحيلت القضية إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض في 22/05/1880 وبذلك تكون قد طبقت قاعدة التنازع البافارية التي أحالت الاختصاص للقانون الفرنسي الداخلي الذي يقضي بأبلولة التركة للدولة الفرنسية نتيجة لعدم استحقاق الحواشي للميراث ، أنظر ، أعراب بلقاسم ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 99-100

3- أعراب بلقاسم ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 99-100 .

قاعدة الإسناد الأجنبية في هذه المرة قد ردت الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية وليس إلى قانون القاضي.

3 - الإحالة المزدوجة : ابتدع القضاء الانجليزي الحديث نظرية الإحالة

المزدوجة ، أو ما يصطلح على تسميتها نظرية المحكمة الأجنبية ، وطبقا لهذه النظرية يتعين على القاضي الانجليزي أن يفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي¹ طبقا للحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الأجنبية².

انقسم الفقه التقليدي فيما يتعلق بمشكلة تحديد القواعد الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي إلى فريقين رئيسيين ، الفريق الأول ويؤيده القضاء في بعض الدول كفرنسا يرى انه يتعين على القاضي دائما إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين أن ينصاع إلى ما تقضي به قواعد الإسناد في هذا القانون ، أما الفريق الثاني وتؤيده بعض

1 - براسي محمد ، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، سيدي بلعباس ، العدد التاسع 2012، ص13.

2 - موحد اسعاد ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، ص 198.

التشريعات كالتشريع الايطالي والتشريع المصري فيرى أن القاضي الوطني يلتزم فقط بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون تلك المتعلقة بالإسناد¹.

الاتجاه الأول: أنصار الإحالة.

يذهب أنصار الإحالة انه يجب أن ينظر إلى القانون المختص بوصفه كالا لا يتجزأ، ذلك أن قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في أي قانون بعضها يكمل البعض الآخر ، فالقانون الوطني عندما يشير إلى تطبيق قانون أجنبي فانه يقصد ذلك القانون بكل قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد دون الاقتصار على القواعد الموضوعية فقط².

كما أن الأخذ بالإحالة يعني تطبيق القانون الأجنبي رغم عدم قبول هذا الأخير بتطبيقه أما قبول الإحالة فانه يحقق إيجابيات لا يمكن إنكارها خاصة بالنسبة للإحالة من الدرجة الأولى بحيث أنها تسمح للقاضي المعروض عليه النزاع بان يطبق قانونه لحل النزاع وهذا القانون هو نفسه الذي كان سوف يطبق لو أن النزاع كان معروضا أمام القاضي الأجنبي الذي أحال قانونه على القاضي الوطني³.

1- محمد خيرى كصير ، حالات تطبيق القانون القاضي في نطاق تنازع القوامين (دراسة مقارنة)الأجنبي ، منشورات حلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان، 2011، ص181.

2 - سامية رشاد ، فؤاد عبد المنعم ، الوسيط في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري ، دار النهضة العربية، مصر ، 1979، ص161

3 - براسي محمد ، المرجع السابق ، ص15.

الاتجاه الثاني: المعارض الإحالة

اعتمد هذا الاتجاه بدوره على حجج نذكر على سبيل المثال ، إن الإحالة قد تؤدي بنا إلى حلقة مفرغة أو لما يسميه البعض بالإحالة اللامتناهية أو بلعبة التنس الدولية على حد قول الفقهاء الايطاليين¹ ، ويتحقق ذلك في الحالة التي ترفض فيها كل قاعدة إسناد حكم العلاقة المعروضة وإحالتها لقانون آخر غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

إن الإحالة قد تؤدي للمساس بسيادة دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، وكمثال على ذلك نشير إلى أن المشرع البرازيلي أورد قواعد الإسناد في الدستور البرازيلي ، وان الأخذ بنظرية الإحالة هنا سيؤدي بنا في نهاية المطاف إلى تطبيق قاعدة دستورية أجنبية وهو أمر من شأنه أن يؤدي بنا لتغليب السيادة البرازيلية على سيادة دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، وتلك مسألة تبقى غير مقبولة².

ثانيا : موقف القانون المقارن من الإحالة³.

لقد ألقى الجدل الفقهي صاحب بشأن الإحالة، بضلاله على موقف القانون المقارن من الإحالة، حيث تباينت التشريعات حول هذا الموضوع ، فهماك تشريعات تبنت

1 - بلقاسم إعراب ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 96

2- حبار محمد ، المرجع السابق، ص 81.

3- بوسهوه نور الدين ، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ،دراسة تحليلية على ضوء التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري لسنة 2005، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، رقم 12 ، سنة 2011، ص 37.

الإحالة على إطلاقها بنصوص صريحة مثل القانون البولوني في المادة 40 من قانون 1950، والقانون المكسيكي في المادة 24 من قانون 1987، والقانون التركي في المادة 02 من قانون 1982، والقانون البيروفي لسنة 1948.

هناك تشريعات رفضت الأخذ بالإحالة كالقانون الايطالي في المادة 30 من قانون 1942، والقانون البولوني في المادة 32 من قانون 1940، والقانون المدني لمقاطعة الكيبك لسنة 1991، كذلك قوانين كل من هولندا والبرتغال والنرويج والبرازيل.

إلى جانب تشريعات أخذت بالإحالة في حدود معينة كالقانون المجري في المادة 04 لسنة 1976، وكذلك القانون الاسباني لسنة 1974، كما أخذ بها القانون السويسري في المادة 14 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987، والقانون الياباني في المادة 32 من قانون 1989.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد رفضت في عمومها الأخذ بالإحالة بنصوص صريحة كالقانون المدني المصري في المادة 27 منه¹، والقانون المدني السوري في المادة 29 من القانون المدني العراقي في المادة 32 والقانون الكويتي في المادة 72 لسنة 1961، وقانون المعاملات السوداني لسنة 1984.

1 - تنص المادة 27 من القانون المدني المصري: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص."

في حين أن قوانين اليمن والمغرب ولبنان لم تتناول الإحالة قبولاً ورفضاً.

وهناك بعض التشريعات العربية أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى فقط أين يعود الاختصاص للقانون الوطني، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإماراتي من خلال المادة 26 من قانون رقم 05 لسنة 1986¹، وفي نفس الاتجاه تقريباً القانون التونسي من خلال المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998، حيث أن الأصل هو رفض الإحالة مهما كانت، إلا إذا تقرر خلاف ذلك في قانون خاص.²

ثالثاً : موقف المشرع الجزائري من الإحالة

ظل موقف المشرع الجزائري من الإحالة غامضاً إلى سن القانون رقم : 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم : 58/75 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، فقد جاء في نص المادة 32 مكرر 1 من هذا القانون: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه

1 - تنص المادة 26 من القانون المدني الإماراتي على ما يلي: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق."

2 - تنص المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على ما يلي: "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله."

الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من حيث المكان".

استحدثت المشرع الجزائري هذه المادة لملاءم فراغ قانوني كان من قبل يتعلق بموقفه من الإحالة ، و معلوم أن المشرع لم يبين موقفه من الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول قبل التعديل السالف الذكر وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني المذكورة أعلاه ، يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ سواء مواد الأحوال الشخصية أو في المعاملات المالية ، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون المرور إلى قواعد الإسناد في هذا القانون¹.

إلا أن المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة يضع استثناء على القاعدة العامة ويؤكد أنه من أنصار الإحالة على أساس انه يجب على القاضي عندما يطبق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لقواعد إسناده إن ينظر أولا إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي قبل اللجوء إلى القواعد الموضوعية ، فإذا أحالت قواعد إسناد القانون الأجنبي على القانون الجزائري فانه يقبل هذه الإحالة ويطبق القانون الجزائري على النزاع المعروض عليه ، أما إذا تبين له أن قواعد إسناد القانون الأجنبي تحيل إلى قانون آخر غير القانون الجزائري

1 - بلمامي عمر ، "دراسات في القانون الدولي الخاص" ، المرجع السابق ، ص127.

فانه يرجع إلى القاعدة العامة دون الالتفات إلى قواعد إسناد القانون الأجنبي ويطبق القواعد الموضوعية لهذا الأخير.¹

البند الثاني: الإحالة الدولة تتعدد فيها الشرائع.

من المعلوم أن الدول تختلف من حيث شكلها أو تركيبها القانوني فقد يحدث أن تكون الدولة التي عين قانونها للتطبيق من الدول التي يتكون قانونها من شريعة واحدة تسري في نطاق الإقليم بأسره على جميع المخاطبين بأحكامها دون النظر إلى الأصل أو العقيدة - هنا لا توجد مشكلة - ولكن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا كانت الدولة الواجب تطبيق قانونها تتعدد فيها الشرائع ، وهذا التعدد إما يكون إقليميا إذ هذه الدولة المختص قانونها لحكم النزاع مقسمة إلى عدة أقاليم مثل ما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وإما أن يكون التعدد شخصيا إذ يكون سكان هذه الدولة منقسمين إلى طوائف حسب الديانة أو الأصل ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة مثل ما هو الحال في مصر ولبنان.

وهذه الحالة تثير مشكلة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق على النزاع فهل لما يواجه القاضي هذه المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة أم يسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟

2- براسي محمد ، المرجع السابق.ص 22.

لقد جاء موقف المشرع من خلال نص المادة 23 من القانون المدني التي تنص :
" متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي نظام تشريعي الذي يجب تطبيقه ."

ما يتبين من نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري، أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الغالب في القانون المقارن¹، والذي يناهز بتطبيق القواعد الداخلية في قانون الدولة ذات النظام المتعدد الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة ، وما يؤخذ على هذا النص الأصح أن يقال فيه "تعدد فيها الشرائع" لان النظام التشريعي في الدولة هو نظام واحد ، أيضا الأصح " تعيين الشريعة الواجبة التطبيق"².

كما تبني القضاء هذا الحل في بعض الدول التي لم تعالج تشريعا هذه المسألة كما هو الحال في لبنان حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية إلى أنه : " من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى

¹ - يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالحل السائد في العديد من الأنظمة القانونية من بينها القانون المصري (المادة 26) والسوري المادة (المادة 28 مدني)، والعراقي (المادة 2/31 مدني) ، والليبي (المادة 26 مدني) والإماراتي (المادة 25 مدني) ، كما أخذ به القانون الاسباني لسنة 1974 (المادة 5/12) والنمساوي لسنة 1979 (المادة 3/5)، والبولوني لسنة 1926 (المادة 37) ومن بعده قانون 1965 (المادة 5) ، وكذا القانون التشيكوسلوفاكي (المادة 3/33) والبرتغالي لسنة 1966 (المادة 120)، أنظر عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص271.

2- طيب زروقي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق، ص123.

تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية¹.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم المسألة عن طريق تفويض القانون المختص في أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق ، أي أن تحديد هذا التشريع متروك لقواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات ، وهذا هو المقصود عند الفقه بقاعدة التفويض².

إلا أنه إعمال قاعدة التفويض طبقا للفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني الجزائري ، يفترض بدهاءة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة لفض التنازع الداخلي لكن ما هو الحل فيما لو لم يتضمن القانون الداخلي للدولة

1- محكمة التمييز اللبناني، الغرفة المدنية الأولى، 1968/07/03، مقتبس عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 218.

2 - عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات ، ملتقى تنظيم العلاقات الدولية في الجزائر واقع وأفاق 21 و22 افريل 2010 ، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ، ص 75.

الأجنبية أي قواعد من هذا النوع أو عجزت قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها حسن النزاع ؟

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية فمنها من نادى بوجوب الأخذ بالشرعية الرئيسية وهي شرعية العاصمة ، ومنها من رجحت تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة الإقليمية وبعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي في حين فضل الأغلبية الرجوع إلى قانون الموطن باعتبارها أكثر القوانين تماشياً مع الواقع و أكثرها بعدا عن الشك والغموض¹.

إلا أن المشرع الجزائري حسم أمره بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تم المادة بالفقرة الثانية نص فيها : " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حلة التعدد الإقليمي .

1 - محمد مبروك اللاني ، المرجع السابق ، ص110.

الفصل الثاني : القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني .

من المعلوم أن قاعدة الإسناد أنها قواعد مزدوجة الجانب مما يترتب على هذه الصفة الازدواجية لهذه القواعد ، أنها قد تشير بالاختصاص لأحد القوانين المتنازعة لحل النزاع سواء كان هذا القانون وطنيا أو قانونا أجنبيا ، فان أشارت باختصاص القانون الوطني للقاضي فانه يتعين في هذه الحالة تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع ، ولا يجد القاضي أية مشكلة في ذلك.

أما إذا عقدت الاختصاص للقانون الأجنبي فان القاضي يجد أمامه عدة مشاكل للتوصل للحل النهائي.فهذا القانون الأجنبي هو غير معروف بالنسبة للقاضي الوطني وصادر عن دولة أجنبية بالنسبة للقاضي الوطني مما يتعين يتطلب البحث عن طبيعته القانونية التي يتوقف عليها مسألة التعامل معه،هذه المسألة تعتبر من الإشكالات التي لم يستقر فيها القانون الدولي الخاص على رأي والتي لا تزال إلى حد الآن محل للجدل، ويتفرع عن هذا التساؤل أسئلة أخرى عما إذا كان القاضي ملزم بتطبيقه والبحث عم مضمونه من تلقاء نفسه أم انه يجب على الأطراف التمسك بتطبيقه وإثبات حكمه ، كما تثير المسألة إشكالية مهمة أيضا تكمن في مدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا .

كما أن هناك مسألة مهمة مرتبطة بتطبيق القانون الأجنبي تتمثل في مدى ملائمة وتطابق هذا الأخير مع المبادئ الأساسية- والجوهرية في دولة القاضي ، التي يترتب عليه

استبعاد تطبيق هذا الأخير في حالة التعارض بين أحكامه وأحكام قانون دولة القاضي ، وفي حالة آخر قد يثبت الاختصاص للقاضي الأجنبي بناء على التغيير الإرادي الاحتياطي لضابط الإسناد للهروب من أحكام قانون معين هو المختص أصلاً بحكم النزاع وهنا يمكن للقاضي الامتناع عن تطبيقه بسبب هذا التحايل

لذلك كل هذه المسائل تثير الإشكاليات التالية عن كيفية معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي؟ وكيفية أثباته؟ ، وهل يخضع لرقابة المحكمة العليا؟ وأخيراً ما هي حالات استبعاده؟ على هذا سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي (المبحث الأول)، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الثاني)

المبحث الأول: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

لقد عني فقهاء القانون الدولي الخاص منذ أمد بعيد بدراسة هذه المشكلة بوصفها إحدى المشاكل الشائكة التي يتعين مواجهتها عند إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، إذ يقول الفقيه "lousouarn" في تقريره الذي ألقاه في 07 ماي 1963 باللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ما يلي: " أن هناك في مختلف النظم القانونية بعض المشاكل التي

يشعر الباحث عند تعرضه لها بأنه يتجه إلى طريق مسدود يفقد معه الأمل في العثور على

حل مرضي من جميع الوجوه ومن بين هذه لاشك مشكلة تطبيق القانون الأجنبي.¹

لاشك في إن الفقيه "lousouarn" من خلال رأيه يعتبر مشكلة تطبيق القانون

الأجنبي من المشاكل الشائكة في القانون الدولي الخاص إذا أشارت قواعد الإسناد بتطبيق

القانون الأجنبي ، وهنا تكمن الصعوبة فعلى القاضي أن يجيب على عدة تساؤلات منها

كيف يتعامل مع هذا القانون هل كقانون له الصفة القانونية أم مجرد واقعة لا تحمل أي

إلزامية ؟ هذه الوضعية للقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني تقودنا إلى إشكالية أخرى وهي

هل القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بنفسه أم يقع هذا البحث على

عاتق الخصوم وما هي الوسائل المتاحة للقاضي في هذا البحث؟ وهل يخضع القاضي الوطني

وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون لرقابة المحكمة العليا ؟ هذه الإشكالات سنحاول

الإجابة عليها من خلال أساس تطبيق القانون الأجنبي (المطلب الأول) و إثبات ورقابة

المحكمة العليا للقانون الأجنبي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

1 - هشام علي صادق ، الوكيل شمس الدين ، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1968، ص01.

إذا كان القانون يطبق داخل الحدود الإقليمية للدولة التي سنته كأصل عام، إلا أن هذا القانون قد يمتد تطبيقه إلى خارج هذه الحدود خصوصاً إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبياً، فهل تحتفظ هذه القواعد المطبقة بأوصاف القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع ليطبقها القاضي الوطني.

إن مسألة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني أثارت جدلاً فقهيًا في القانون المقارن فاتجه البعض إلى اعتبار القانون الأجنبي من عناصر الواقع بينما آمن البعض الآخر باحتفاظه بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني، وكان لكل جهة أدلتهم التي يستندوا إليها كما سنرى في ما يلي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.

يرى الاتجاه الغالب إن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية حتى خارج حدود الدولة الصادرة عنها أي عند تطبيقه أمام دولة أخرى ألا أن مؤيدي هذا الاتجاه قد اختلفوا حول أساس تطبيق القانون الأجنبي وانفرد كل منهم بنظرية مستقلة.

وان اعتبار القانون الأجنبي قانوناً يقوم على أسس (أولاً) وينتج عنه آثار

(ثانياً)

أولاً : أساس اعتبار القانون الأجنبي قانوناً

إن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي.

1- تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية.

إن الرأي الراجح في الفقه الهولندي¹ يرى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مبدأ المجاملة الدولية حتى أن المدرسة الهولندية عرفت بمدرسة المجاملة ، وهو كما يبدو أساس يقترب إلى الأخلاق منه إلى القانون الملزم مادام لا يوجد إلزام في القانون الدولي يملي على الدولة أن تسمح للقانون الأجنبي بالامتداد داخل إقليمها، ومع ذلك فإن المجاملة المقصودة هي مجاملة المشرع عند وضع قواعد الإسناد واختيار الضوابط المناسبة لكل طائفة من النظم وليس مجاملة القاضي للقانون الأجنبي.

وقد اكتنف فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير فقد رأى بعض الشراح أن الفكرة تعني أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة ، وقد ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها الفقهاء المدرسة الهولندية إلى هجرانها من طرف الفقه.²

2 - نظرية التفويض.

1 - طيب زروقي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 253 وما بعدها.

2 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع... ، المرجع السابق ، ص 145.

رأى أغلبية الفقهاء الفرنسيين و الألمانين ، أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الأجنبي أملتة قاعدة الإسناد في قانون القاضي¹ ، ووفقا لهذه النظرية يحافظ القانون الأجنبي على صفته الأجنبية ويسري بقوته الإلزامية بوصفه أمرا صادرا من مشرع أجنبي بناء على تفويض أو إنابة صادرة من المشرع الوطني² .

من النقد الموجه إلى هذه النظرية أنه من غير المعقول أن يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي غير معرف مقدما أو أن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد، بأعمال النيابة دون أن يرتضى ذلك³ .

3 - نظرية إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني.

تبتت المدرسة الايطالية الحديثة ما توصل إليه الفقيه " Anzilloti " في بداية القرن العشرين والمتمثلة في الازدواجية الكاملة للنظام الداخلي والنظام الدولي، فاعتبر القانون

1 - محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص426.

2 - نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 ، ص25.

3 - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص427.

الأجنبي قانونا لا واقعة، وحاول تفسير ذلك باستناده إلى نظرية الاستقبال والاستيعاب " La Réception Et L'incorporation"¹.

إن هذه القاعدة تستوجب تطبيق القانون الأجنبي، فدمج فيها وكأن القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي إنما يطبق قاعدة التنازع في قانونه. واستقبال القانون الأجنبي بحسب هذه النظرية يكون إما: - استقبال مادي: وفيه تفقد قاعدة الإسناد صفتها الأجنبية²، ويندمج محتواها في قانون القاضي اندماجا ماديا³.

- استقبال شكلي: وبمقتضاها يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني، ولكنه يبقى محتفظ بمقوماته التي يمنحها إياه القانون الأجنبي⁴.

تعرضت النظرية لانتقاد أساسي بسبب استنادها على الخيال لتبرير تطبيق القانون الأجنبي⁵، كذلك لأنها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة في شأن إثباته وتفسيره⁶. لأنه من الصعب التسليم بافتراض القاضي بالقانون الأجنبي أسوة بالقانون الوطني، ومن جهة أخرى

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 135.

2- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 95.

3 - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 231.

4 - عبد العال عكاشة، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 362، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 231.

5 - بهذا الخصوص يقول الأستاذ فؤاد عبد المنعم رياض أنه: "من غير المتصور... احتواء قانون القاضي لقوانين كل دول العالم، هذا فضلا عن أنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون الخاص، أي مع فكرة النظام العام في دولة القاضي". نقلا عن محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 232.

6- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 150، الافي محمد مبروك، المرجع السابق، ص 95.

التسليم بهذا الرأي يعطي للقاضي الحق في تفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني، وفي ذلك تجاهل لظروف البيئة التي نشأ فيها هذا القانون، والتي تقضي بأن يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسره القضاء الأجنبي.¹

4- تطبيق القانون الأجنبي احتراماً للحق المكتسب

اعتمد فقهاء المدرسة الانجلوسكسونية وعلى رأسهم الفقيه الانجليزي دايسي "Dicey" والفقيه الأمريكي "Beal" لتبرير الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي على أساس الحقوق المكتسبة "Vested-Rights"² التي يتعين بمقتضاها على القاضي الوطني عند نظره في الحق المكتسب في ظل سلطان دولة ما الرجوع لهذا القانون باعتباره مجرد عنصر في واقعة تستمد قوتها القانونية من المبدأ المستقر عليه في قانونه وهو ضرورة احترام الحق المكتسب في الخارج.³

من ثم يتعين على كل من يدعي حقاً مكتسباً بموجب قانون أجنبي أن يثبت وجود هذا الحق من خلال إثبات القانون الأجنبي الذي قرره.⁴

1 - اللابني محمد مبروك ، المرجع السابق ، ص95.

2 - V, Henri batiffol, PAULE LAGARDE ,Traité..... ,OP .CIT,P528.

3 - V.Nouhad Rizkallah,Op,Cit,P547

4 - وليد محمد المصري ، المرجع السابق ، ص230.

غير إن هذه النظرية انتقدت من حيث عدم الشمول لان تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على الحقوق المكتسبة بل يتعين تطبيقه أيضا في حالة إنشاء حقوق ومراكز لم تكن موجودة من قبل كإبرام عقد الزواج.

كما عيب على هذه النظرية أنه لمعرفة ما إذا صار الحق مكتسب أم لا يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة ويبحث القاضي في وجوده، وهو بالتالي يقترب من معاملته كقانون وليس واقعة.¹

ثانيا : الآثار المترتبة على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.

يترتب على إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي النتائج الآتية.

- يطبق القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويلتزم البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

- أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

- يحق للمحكمة العليا أن تمد رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.

- أن العذر بالجهل بالقانون غير مقبول.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي على أساس واقعة.

¹ - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص474.

أنكر بعض الفقهاء الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي واعتبروه مجرد عنصر

من عناصر الواقع على النحو التالي:

1 - المدرسة الفرنسية:

أنكرت المدرسة الفرنسية وعلى رأسها الأستاذ "Batiffol" على القانون الأجنبي

صفته القانونية واعتبرته مجرد عنصر من عناصر الواقع بحجة أن القاضي لا يطبق القانون

الأجنبي بوصفه قانونا ، بناء على أمر من المشرع الأجنبي ذلك أن القاضي لا يخضع إلا

لأوامر مشرعه ، فإذا كان القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي فبصفته واقعة فقط لعدم

قدرته على الاحتفاظ بإلزاميته خارج حدود ، فحسب هذا الاتجاه تتكون كل قاعدة

عنصرين : - **عنصر مادي** : يتمثل في مضمون القاعدة القانونية في كونها عامة أو مجردة.

- **عنصر معنوي** : يتمثل في الأمر بالتنفيذ و الإلزام ، وهو الذي تستمد

منه القاعدة القانونية قوتها الإلزامية.

فإذا كانت القاعدة القانونية تتمتع بهذين العنصرين في حدود الدولة التي

أصدرتها فإنه تفقد عنصر الإلزام بمجرد خروجها من هذه الدولة وتصبح واقعة

كبقية الوقائع لان عنصر الإلزام يتحدد بداهة بالإقليم الذي يتمتع فيه المشرع

بسيادته ، أما خارجه فلا يبقى للقاعدة القانونية سوى مضمونها وبذلك تفقد صفتها كقاعدة قانونية.¹

وقد انتقدت هذه النظرية بسبب مغالاتها إذ لو كان انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود مجردها من عنصر الأمر فان دور قاعدة الإسناد هو إيجاد العنصر المفقود ومن ثم التمسك بالصفة الواقعية يتنافى مع الهيكل المنطقي لفكرة القانون.²

ومن بين النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي كواقعة ما يلي :

- أن القاضي لا يطبقه من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم التمسك به وإثارته.

- كما يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات القانون الأجنبي³ ويتعين عليهم في هذه الحالة أن يتمسكوا به أما محاكم الموضوع سواء في الدرجة الأولى أو الثانية في شكل دفع إذ لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا.

- تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في تفسير القانون الأجنبي دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا في هذا الشأن.¹

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 474.

2 - أنصر ، عبد العال عكاشة ، المرجع السابق ، ص 361، هشام علي صادف ، حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص 147، محمد وليد المصري ، المرجع السابق ، ص 232، اللاني محمد مبروك ، المرجع السابق ، ص 94-95.

3 - هشام علي صادف ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، المرجع السابق ، ص 104.

1 - إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الوطني، وإلا اعتبر منكرًا للعدالة.²

فرع الثالث: موقف بعض التشريعات من طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

ذهب القضاء الفرنسي في مرحلة أولى إلى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة، لا يلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه³ لكن تراجع بعد ذلك عن موقفه التقليدي⁴، وأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، ثم قضى في مرحلة أخرى بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم معتبراً إياه قانوناً وليس واقعة، وبعد ذلك

¹ - وقد جسدت هذا الموقف محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 1955/06/07 بحيث ذهبت إلى أن: "التمسك بتشريع أجنبي أساساً لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها." أنظر، محكمة النقض المصرية 1955/06/07، مقتبس عن عبد العال محمد عكاشة، المرجع السابق، ص 370. وجاء بنفس الحكم القرار الصادر بتاريخ 1970/04/14، بحيث قضت: "بأن التمسك أمامها لأول مرة بقاعدة قانونية أجنبية يشكل دفاعاً يخالطه واقع يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع"، أنظر، محكمة النقض المصرية، 1970/04/14، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 370.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

³ - وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1956/05/12، في قضية زوجين إسبانيين "BISBAL" بحيث قضت: "أن قواعد التنازع في القانون الفرنسي حين تقضي بتطبيق القانون الأجنبي لا تعتبره من النظام العام، بمعنى أن على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه ولا ضمير على القاضي إذا لم يطبقه من تلقاء نفسه."

La Cour De Cassation Avait Juge : « Que Les Règle Françaises De Conflits De Lois Autant De Moins Qu'elles Prescrivent L' Application D'une Loi Etrangère , N' Ont Pas Un Caractère D' Ordre Public , En Ce Sens Qu'il Appartient Aux Parties De Réclamer L'application, Et Qu'on Ne Peut Reprocher Aux Juges De Fond De Ne Pas Appliquer D'office A La Loi Etrangère » ,Cass ,Civ,12mai 1959 Arrêt Bisbal ,Cité Par Henri Batiffol , Paule La Garde, Op Cit, P531.

⁴ - وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1960/03/02 في قضية " بنك الجزائر "، أنظر محكمة النقض الفرنسية، 1960/03/02، مقتبس عن درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والخلاله، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 66.

تراجع القضاء الفرنسي وقرر أن قاعدة الإسناد لا تكون ملزمة للقاضي إذا تعلق الأمر بالحقوق التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها¹.

أما القضاء المصري فتعرض بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي ، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 07 نوفمبر 1960 إذ اعتبرت المادة 14 من القانون المدني المصري²، من النظام العام لان نص المادة يقضي بتطبيق القانون الوطني في الأحوال الشخصية التي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي ، والمحكمة هنا لم توضح فيما إذا كان الوصف مرجعه جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أن الوصف يرجع على اعتبارات تتعلق بنص المادة 14 من القانون المدني المصري فقط³.

أما عن المشرع التونسي⁴ فقد سار على وتيرة القضاء الفرنسي إذ نص في المادة 28 من المجلة التونسية لسنة 1998 ، على أن قاعدة التنازع من النظام العام

1 - وهذا ما جسده أيضا محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارين : الأول المتعلق بقضية " ريوخ " الصادر في 11/10/1988، أنظر محكمة النقض الفرنسية ، 11/10/1988، أنظر، عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق ، ص137، والثاني يتعلق بقضية " SHELE " الصادر 18/10/1988، أنظر محكمة النقض المصرية ، نقلا عن عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق ، ص137.

2- و تقابلها المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

3 - فؤاد عبد المنعم ، سامية رشاد ، المرجع السابق ، ص53-54.

4- Art.28du Loi N° 98-97 Tunisienne, Op, Cit, Qui Dispose : « La Règle De Conflit Est D'ordre Public Lorsqu' Elle A Pour Objet Une Catégorie De Droit Dont Les Partie N' Pas La Libre Disposition, Dans Des Cas, La Règle Est Obligatoire Pour Le Juge A Moins Que Les Partie N'aient

إذا إشارة إلى تطبيق القانون الأجنبي ، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرف فيها ، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها يمكن للأطراف التصرف فيها ، ومنه فان المشرع التونسي يعامل القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج وآثاره معاملة القانون.

أما المشرع الجزائري فقرر من خلال المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة¹ ، التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة وغيره من القوانين الأجنبية ، أما الأول فجعل مخالفتها وجها من أوجه الطعن بالنقض ، أسوة بالقانون الوطني ولذلك اعترف له بصفته القانونية المحضة وعليه يجب أن يعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة.

أما بقية القوانين الأخرى ومادام المشرع الجزائري لم يوكل إلى المحكمة العليا مهمة الرقابة علي مخالفتها ، فمن الواضح أنه قرر التسوية بينها وبين أي واقعة مادية ، فتعامل أمام المحاكم الجزائرية على أنها واقعة مع كل ما يترتب على ذلك من آثار.

Explicitelement Manifesté Leur Volonté De Décliner Son Application ».

¹ - نصت المادة 6/356 من قانون الإجراءات المدنية على انه : " لا يبنني الطعن إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية - مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة . "

لما كان تحديد طبيعة الحكم الأجنبي وتقرير ما إذا كان يتعلق بقانون الأسرة من عدمه منوط بسبب التكييف الذي يفصل فيه القاضي وفقا لقانونه القاضي إعمالا للقاعدة العامة في التكييف ، وبما أن المشرع الجزائري اعتبر الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية ، و أدرج أحكامها ضمن قانون الأسرة فهذا يعني انه كلما تعلق الأمر بتطبيق أحكام قانونية أجنبية متعلق بالحضانة أمام القضاء الوطني اعتبره القاضي الوطني من القوانين المتعلقة بالأسرة ، وسيعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة ، وبناء عليه فان القاضي الوطني يكون ملزما بإثارته من تلقاء نفسه كما يقع عليه عبء إثبات أحكامه.

المطلب الثاني : إثبات وتفسير القانون الأجنبي

ليس كافيا القول أن طبيعة القانون الأجنبي يعتبر قانونا أو واقعة ، بل المسألة أكثر تعقيدا يتباين معها البحث عن مضمونه وإثباته ، كما يتقرر معه مدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا لذلك يتعين علينا البحث عن إثبات مضمون القانون الأجنبي (فرع أول) ثم تفسير ورقابة المحكمة العليا عل القانون الأجنبي (فرع الثاني) .

الفرع الأول : إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

إن تحديد القانون الأجنبي المختص بالتنازع لا يفصل في المنازعة نهائياً بل يقتضي تطبيق القانون من طرف القاضي والتطبيق هذا يفترض في القاضي الوطني علمه الكافي بالقانون الأجنبي، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن كيفية تكوين هذه المعرفة بالقانون الأجنبي لذلك سنتعرض أولاً إلى عبء إثبات القانون الأجنبي ، وثانياً إلى طرق الإثبات.

البند الأول: عبء إثبات القانون المختص .

تنحصر الاتجاهات الفقهية حول دور القاضي في الكشف عم مضمون القانون الأجنبي في مواقف ثلاث¹:

الاتجاه الأول²: برر موقفه باستعمال حيلة قانونية على أساس افتراض تطابق أحكام القانون الأجنبي مع القانون الوطني ، ففي النظام الانجليزي نجد انه في حالة تمسك احد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي ، وجب عليه إثباته وتقديم الأدلة للقاضي ، وبرر ذلك بصعوبة أيضاً أن يكون هذا الأخير ملماً بجميع القوانين ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم في النزاع بمعرفته الشخصية لمضمون القانون الأجنبي.

1 - فؤاد عبد المنعم ، سامية رشاد ، المرجع السابق ، ص 87 - 88.

2 - إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 55.

الاتجاه الثاني¹: أخذ بمبدأ أن القاضي هو ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، فيقوم بذلك تلقائياً وبكل الوسائل ، وبالتالي لا يستطيع أن يتصل من هذا الالتزام إلا إذ ثبت أنه سعى جاهداً إلى تبيان مضمون القانون الأجنبي ، ومع ذلك استحال عليه عملياً التوصل إلى النتيجة ، فيثبت في حكمه استحالة التوصل إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي ويوضحه بتسبيب كافي و إلا تعرض حكمه للنقض.²

كما أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي لا يقتصر على حالة ما إذا تمسك الخصوم بتطبيقه، إنما يكون ملزماً حتى ولو لم يتمسك الخصوم بذلك ، بل حتى ولو اتفقوا على إخضاع النزاع إلى قانون القاضي³.

ويمثل الرأي القائل بتحميل القاضي عبء مضمون القانون الأجنبي الاتجاه الراجح الذي يميل إلى الأخذ به الفقه الغالب وتبناه القضاء والتشريعات في العديد من الدول.

ومن أهم التشريعات التي نصت على إلزام القاضي بالبحث على مضمون القانون الأجنبي تلقائياً نجد القانون الألماني الذي يعامل القانون الأجنبي معاملة العرف⁴، فالقانون الأجنبي يماثل العرف في إثباته.

1 - عبد العال عكاشة ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 677.

2 - أحمد عبد الكريم سلامه ، المرجع السابق ، ص 516.

3 - شمس الدين وكيل ، المرجع السابق ، ص 95.

وقد نصت المادة 293 من قانون المرافعات الألماني على أن القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون في دولة أخرى ليست بحاجة إلى إثبات ، إلا في حدود علم المحكمة بها ، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم بإثباته ، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وان تأمر بما تراه ضروري الإدراك هذه الغاية¹.

ونجد كذلك القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1988 قد وضع على عاتق القاضي عبء البحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، على انه يجوز له الاستعانة بالخصوم في ذلك ، وكذلك أوجب القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979 في مادته 04 على القاضي أن يبحث عن القانون الأجنبي تلقائيا وكذلك الشأن في القانون الايطالي في المادة 14 من القانون الدولي الخاص الصادر 1955/05/31 التي تلزم المحكمة بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها².

كما انه تواتر العمل في القضاء الايطالي على أن القاضي يطبق القانون الأجنبي تلقائيا ، وعليه البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه دون أن يلزم الخصوم بذلك وقد يعتمد عليهم في الوصول إلى إثبات مضمونه ، استجابة للصعوبات

1 - سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات) ، منشورات حلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009 ، ص 204.

2 - احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 513.

العملية التي قد تعوقه في ذلك، وهو ما انتهت إليه في حكمها الصادر بدوائرها
الملتزمة في 16/02/1966¹.

أما الاتجاه الثالث الذي نجد له صورة عملية في القضاء الفرنسي ، أين
أجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي في حالة عدم تمسك الأطراف
بتطبيقه دون إلزامه بذلك ، ولقاضي الموضوع أن يتحقق من معنى القانون الواجب
التطبيق وأكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ
1960/03/02 في قضية البنك الجزائري بحيث أقرت انه يجوز لقضاة الموضوع
الفرنسيين تطبيق الأجنبي متى كانوا عاملين بأحكامه وأضفت على هذه الحالة
طابعا جوازيا².

لكن تغير موقف محكمة النقض الفرنسية³، إلى أبعد من ذلك وأصبحت
تقبل بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بصفة عامة ، وذلك حسب ما جاء في

1- Cass , 16/02/1966, Journal, Droit International Privé, 1968,P396,V .Batiffol Henri , Paul Lagrde,
Op-Cit , P552.

² - عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق ، ص121.

1- Cass.Civ,11/10/1988(Rebouh Contre Bonnour),Cass, Civ,18/10/1988(Shulle
.Contre Philippe), V. Gutmann Daniel Op, Cit, P 86

القرار (ربوح) الصادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 1988/10/11
والقرار (SHULLE) الصادر بتاريخ 1988/10/18.

أما القضاء المصري¹، فكان يتجه في السابق إلى أن إثبات القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق السابق بسبب انتقادات الفقه له، والتطورات التي شهدتها القضاء الفرنسي مما يجعله يستجيب للاعتبارات العملية بحيث أصبح القاضي يطبق القانون الأجنبي بصفة اختيارية، ولا يمنع من أن يستهدي بالخصوم من أجل مساعدته وذلك الحكم الصادر لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1984/02/06¹، وعليه فالقاضي المصري يتبنى الرأي القائل بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي التزم على القاضي بمساعدة الخصوم، ويكون ملزماً بتطبيقه إذا علم مضمونه.

البند الثاني: الوسائل القانونية لإثبات القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

الأصل في هذا المجال هو حرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، فيكون له الالتجاء إلى كافة وسائل العلم به التي تمكنه من الوقوف على

¹ - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1955/06/01، جاء في حيثياته: "من تمسك بتشريع أجنبي، فيكون أمامه إلا واقعة إقامة الدليل عليه". نقلاً عن حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 210.

مضمونه¹. ويبنى على ذلك أنه يمكن للقاضي استخدام طرق إثبات الوقائع التي تمكنه من تحقيق الغرض بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي، كما يمكن له أن يستبعد بعضها مما يتنافى مع العلم الموضوعي بالقانون الأجنبي. واستقر العمل في القانون المقارن على أن هناك أصل وهو الإثبات بكافة الطرق التي تمكن من تحقيق الغرض²، إلا أنه ومراعاة لطبيعة إثبات القانون الأجنبي، فقد استبعد الفقه والقضاء في فرنسا الإقرار واليمين كوسائل إثبات القانون الأجنبي، رغم أنها من أكثر الطرق استخداماً لإثبات الوقائع، واعتمد بقية الوسائل الأخرى³. وبناءً على ذلك يمكن للقاضي أن يلجأ للوسائل القانونية للوقوف على مضمون القانون الأجنبي.

لكن عملياً يمكن إثبات القانون الأجنبي إما عن طريق شهادات تصدرها الجهات الدبلوماسية والقنصلية للدولة الأجنبية، أو عن طريق شهادات من

1 - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص160.

2 - إذ قد يتواطأ الخصوم على تصوير مضمون معين لأحكام القانون الأجنبي يستجيب لمصالحهم، لان من واجب القاضي تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلاً في الخارج وليس قانوناً وهمياً فرضته عليه إرادة الخصوم أو مصالحهم في الدعوى، أنظر، هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص164، أنظر موحد اسعد، المرجع السابق، ص228.

3 - هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص269.

مختصين أو خبراء أو أساتذة جامعيين أو عن طريق ترجمة مصادق عليها للقانون الواجب التطبيق¹.

واستقر القضاء ، على انه يمكن إثبات القانون الأجنبي بالخبرات²، والاستشارات القانونية³ ، غير أنه لا يمكن أيضا إثبات القانون الأجنبي بشهادة الشهود ، ولكن القضاء الانجليزي لجأ بصفة خاصة لإثبات مضمون بشهادة الخبراء في إطار ما يسمى " بالشهادة الشفوية " ، لان القاضي الانجليزي دوره في الدعوى حيادي وسلي ، لا يتدخل في النزاع ولا يحكم باستبعاد سماع شاهد من تلقاء نفسه ما دام الخصوم لم يقوموا بالاعتراض على شهادات بعضهم البعض⁴.

وقد أجاز الفقه الفرنسي ، للقضاء اللجوء إلى الخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة من وسائل الإثبات والكشف عن مضمون القانون الأجنبي⁵. أما المشرع المصري فنص على هذا الفرض في المادة 245 من قانون المرافعات المصري ، التي أجازت أن تكون الخبرة

1 - سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص 681.

2 - ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2005، ص 236.

3-V.Batiffol Henri , Paule Lagarde , Op.Cit ,P 541.

4 - نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، المرجع السابق ، ص 65.

5 - هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 165.

شفوية ومفادها : " للمحكمة أن تعين خبيرا لإبداء رأيه شفاهة بالجلسة وبدون تقديم تقرير و يثبت رأيه في محضر.¹"

أما المشرع التونسي فقد اعتمد على الكتابة والشهادات العرفية كوسيلتي إثبات للقانون الأجنبي وهو ما نص عليه صراحة في الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في فقرتها الثالثة : " ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية . "

أما الإثبات في التشريع الجزائري فيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا الإقرار و اليمين ، والسبب في ابتعادهما ينطلق من انه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم، واتفقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي ، فواجبه يتمثل في تطبيق القانون الأجنبي ، لا تطبيق قانون وهمي فرضته إرادة الخصوم.²

لكن قد يحدث وأن يستحيل على القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فكيف يمكن له حل التنازع التشريعي في هذه الحالة ؟ و أي قانون سيطبق على النزاع ؟ أورد المشرع الجزائري حلا لهذه الإشكالية في المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها : " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق . "

1 - يعتبر رأي الخبير غير ملزم للقاضي الجزائري ، بل هو رأي استشاري ، وذلك ما قضت به المادة 2/54 من ق.ا.ا.م.ج.
2 - عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، الطبعة الأولى ، لبنان، 2008، ص

إن كان هذا الحل يتفق مع الرأي الراجح في القانون المقارن¹، إلا أنه يتعين التذكير أن هذا الحل استثنائي و لا يلجأ إليه كحل سهل، ذلك أن عبارة " إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي التطبيق "، تفيد ضرورة استنفاد الوسائل المتاحة في البحث عن مضمونه، وبذل جهد معتبر لإثبات القانون الأجنبي والتعرف على مضمونه من القاضي . طبقا لما تقدم كلما استحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط وبالخصوص الحضانة، يرجع إلى القانون الأسرة الجزائري ويطبق على هذه الحالة.

بالإضافة إلى تطبيق القانون الأجنبي في مجال الحضانة تثار أيضا مسألة تفسير والرقابة على القانون الأجنبي كما أخذ به أيضا القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 32 منه حيث جاء فيه : " وان تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فانه يقع العمل بالقانون التونسي".

المطلب الثاني : تفسير و رقابة القانون الأجنبي المختص

عندما يتوصل قاضي الموضوع إلى معرفة مضمون القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص، ينتقل إلى مرحلة تطبيقها على النزاع المطروح، غير انه عند

1 - اخذ بهذا الحل أيضا القانون اللبناني في المادة 02/142 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على انه : " إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقا للقانون اللبناني ". أنضر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 240-341.

تطبيقها قد يجد غموضاً أو التباساً في معناها ، فيلجأ إلى التفسير لإعطائها المعنى الصحيح ، وهنا تكمن إشكالية أخرى مهمة في التنازع الدولي للقوانين تتمثل في ما إذا كان القاضي الوطني يستخدم في تفسيره لهذه القوانين طرق التفسير المتبعة في دولته أم أنه يجب عليه القيام بالتفسير وفقاً لما هو سائد في نظام دولة القانون الأجنبي؟ ، وإذا حدث أن تجاوز القاضي التفسير السليم للقانون الأجنبي فهل يجوز لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على تفسير هذا القانون توحيداً للحلول القانونية كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوطني أم أن مثل هذه الرقابة تخرج عن مهمتها؟ هذا ما سنحاول دراسته في هذا المطلب من خلال تفسير القانون الأجنبي (الفرع الأول) ، الرقابة على القانون الأجنبي (الفرع الثاني)

الفرع الأول : تفسير القانون الأجنبي

اختلف الفقهاء في الإجابة عن إشكالية التي يتم بها تفسير القانون الأجنبي إن كانت بنفس تفسير القانون الوطني، أم طبقاً لما هو سائد في النظام القانوني الأجنبي، إذ تباينت الآراء بشأن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي .

فذهب الاتجاه الأول إلى أن القاضي يفسر القانون الأجنبي وفقاً لنفس الأسلوب المتبع في دولة القاضي، بحجة أنه ملزم في كلتي الحالتين بالبحث عن نية

المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه¹ ، متحريرا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي ، فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي ، إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها ، لأنه يحكم بالعدل وإنما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها.

أما الاتجاه الثاني فعلى العكس من الاتجاه السابق ذهب هذا الرأي، إلى أنه يجب أن يفسر القانون الأجنبي على النحو المفسر به في الخارج، بمعنى أنه يتعين على القاضي دائما أن يأخذ بالحلول القضائية السائدة في الدولة التي يطبق قانونها.

عليه فإن القاضي الوطني لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القوانين الأجنبية فهو مقيد دائما بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية لمضمون قانونها.

رأى البعض إن مثل هذا الاتجاه قد يكون نظريا فقد لأنه من الاستحالة بمكان للمحكمة الوطنية أن تكون لها الوسائل للوصول إلى هذه النتيجة ، لاسيما هذا يتطلب الإلمام بالنظام القانوني الأجنبي ككل ، بالإضافة إلى اللغة الأجنبية أو التراجم المتلاحقة والاستعانة بالخبراء المختصين ، لذلك فإن التمسك الشديد

1 - زروبي الطيب ، القانون الدولي، المرجع السابق ، ص264 ، أنضر ، هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص100 ، أنضر أيضا فؤاد عبد المنعم ، سامية رشاد ، المرجع السابق ، ص152 .

بالأساليب الأجنبية ليس من الممكن تحقيقه إلا نظرياً لهذا يجب التأكيد من الجانب العملي لان القانون يتعامل مع الواقع.¹

رغم ذلك يعد هذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح الذي أخذت به معظم التشريعات المقارنة ، ونخص بالذكر مجلة القانون الدولي الخاص التونسي حيث نص الفصل 34 منها صراحة على أنه : " يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه .. " ، وأيضا بعض القوانين في أمريكا اللاتينية، كالقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984 في المادة 2055 التي تلزم القاضي بان يفسر القانون الأجنبي طبقا للنظام الذي ينتمي إليه ، وقد كان القانون الدولي الخاص لما كان يعرف بيوغوسلافيا سابقا في المادة 09 منه يأخذ بهذا الرأي ، فالقانون الأجنبي تبعا لهذه المادة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار معناه وأفكاره أثناء تطبيقه ، والقانون البرتغالي في المادة 1/23 منه أن يتم تفسير القانون الأجنبي في إطار النظام الذي ينتمي إليه ووفقا لقواعد التفسير التي يحددها هذا النظام ، وفي ذات الاتجاه كانت تنص المادة 182 من القانون الألماني 1975/17/19 المعدل لقانون المرافعات المدنية قبل الوحدة.

1 - ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 226.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلا يوجد نص قانوني يلزم القاضي بأن يفسر القانون الأجنبي بالكيفية التي يفسر بها في دولته ، أما عند الرجوع إلى الفقه نجد أن المستقر عليه عندنا هو وجوب تفسير القانون الأجنبي حسب المبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني ، وكما استقر عليه الاجتهاد القضائي هناك لان القول بخلاف ذلك يترتب عليه تشويه ذلك القانون والبعد عن الروح التي استهدفها المشرع الأجنبي ، كما أن هذا الرأي ينسجم مع احتفاظ القانون الأجنبي واستقلاله عن القاضي ولو أن تطبيقه حصل في غير بلده.¹

وعليه يتعين على القاضي أن يعطي للقانون الأجنبي التفسير المعتمد في الدولة التي ينتمي إليها ، كل ما تمكن من معرفة ذلك أما إذا لم يتمكن من التعرف على التفسير المعطى له في دولته ، أو لم يكن له أي تفسير في بلده في هذه الحالة يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي كما يتصدى له القاضي الأجنبي ، فيتقيد بما يتقيد به هذا الأخير من مبادئ وأصول التفسير السائدة في تلك الدولة.²

الفرع الثاني: الرقابة على القانون الأجنبي المختص.

1 - طيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري... " ، المرجع السابق، ص 265 ، موحد اسعد ، المرجع السابق ، ص 229، عليوش كربول كمال ، المرجع السابق ، ص 128.

2 - بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 155.

في مجال تطبيق القوانين الوطنية ، أغلب أحكام قضاة الموضوع تخضع لرقابة المحكمة العليا وتكون عرضة للنقض متى تبين أنها بينت على مخالفة للقانون أو أخطأت في تطبيقها أو تفسيرها له لكن هل هذا المبدأ يبقى قائما إذا تعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي بمعنى آخر هل يخضع تطبيق القوانين الأجنبية لرقابة المحكمة العليا في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ؟

لم تتفق الأنظمة القانونية والتطبيقات القضائية على موقف موحد فبينما يذهب بعضها إلى رفض الرقابة كمبدأ عام يذهب البعض الآخر إلى إخضاع تطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها لرقابة المحكمة العليا ، لدراسة هذه المسألة فإننا سنتعرض لمختلف هذه الاتجاهات ثم نتطرق بعد ذلك إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها.

الاتجاه الأول: الرفض لمبدأ الرقابة على تفسير القانون الأجنبي . .

هناك دول ترفض مد رقابة محاكمها العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع ، مثل بلجيكا وهولندا وسويسرا وجرى على هذا النهج أيضا جانب من

الفقه ومعظم قضاء الدول الأوروبية السالفة الذكر، على اعتبار القانون مجرد واقعة ويخرج بالتالي عن رقابة المحكمة العليا¹.

أيضا إن أهمية رقابة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي ويصعب عليها عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية. يضاف إلى ذلك أن قيام المحكمة العليا بإخضاع تفسير القوانين الأجنبية لرقابتها من شأنه المساس بهيئة هذه الأخيرة وسمعتها ، إذ قد يحدث أن تعطي تفسيراً للقانون الأجنبي يتعارض تماما مع التفسير الذي يعتمده القضاء في دولة ذلك القانون فيقال أن هذه المحكمة تطبق القانون الأجنبي بشكل مختلف عما هو عليه في دولته .

إذن في كل الأحوال ستكون المحكمة العليا في وضع حرج : فإما أن تتبع مسلك القضاء الأجنبي فيكون دورها منحصر في مجرد التقليد ، وإما تتولى بنفسها تفسير هذا القانون وهنا قد تخاطر بإعطاء تفسير مختلف عن التفسير المستقر عليه في دولته فينال ذلك من هيبة هذه المحكمة وسمعتها².

على أن أبرز مثال على مبدأ عدم الرقابة (القضاء الفرنسي)³ ، فقد جرى العمل على التفرقة بين الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد الرقابة على تفسير

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 594.

² - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، بند 75 ، ص 140.

³ - Cass .Civ ,07mars1938 ,Cass.Civ27 Juin 1950 , V .Batiffol Henri , Lagarde Paule ? Op , Cit , P 551.

القانون الأجنبي التي تشير باختصاصه ، فبينما استقر قضاء المحكمة على نقض أحكام الموضوع التي تطبق القانون المختص بموجب قواعد التنازع الوطنية - على الأقل طالما - سبق للخصوم التمسك بهذه القواعد أمام محكمة الموضوع فهي لم تتردد من جهة أخرى في استبعاد رقابتها إذا ما تبين لها أن المحك وقد أيد الفقه الفرنسي في مجموعته موقف المحكمة العليا بالنسبة لرقابتها على أعمال قواعد التنازع ، على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه.

قد أيد الفقه الفرنسي في مجموعته موقف المحكمة العليا بالنسبة لرقابتها على أعمال قواعد التنازع على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه، أما بالنسبة لموقف المحكمة الراض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي ، اختلف الفقه الفرنسي في شأنه، لذلك استقر الاتجاه الغالب في الفقه القديم في الفقه الفرنسي القديم على معارضة وانتقاد مسالك المحكمة العليا الفرنسية في رفض رقابة تفسير القانون الأجنبي ، وإلى خطأ التفرقة التي أقامتها بين أعمال قاعد الإسناد من ناحية وإساءة تفسير القوانين الأجنبية التي تشير باختصاصها من ناحية أخرى¹ ، فان كانت المحكمة قد حولت

¹ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص720.

لنفسها حق الرقابة على أعمال قواعد الإسناد ، فكان يجب عليها بالمثل أن تتدخل بالرقابة على تفسير القوانين الأجنبية التي أشارت هذه القواعد باختصاصها ، ذلك أنه فرق بين تطبيق القانون الأجنبي والإساءة في تفسيره.

الاتجاه الثاني : قبول الرقابة على القانون الأجنبي.

تتلخص حجج أنصار مبدأ الرقابة في كون محكمة النقض تأسست لضمان وحدة القانون الداخلي عن طريق وحدة القضاء ، ولكن هذه الوحدة يجب أن تتحقق أيضا بالنسبة للقانون الأجنبي كما هو الحال بالنسبة للقانون الوطني ، فالقانون الأجنبي إنما يطبق في بعض القضايا التي تعرض أمام القضاء الوطني لان القانون الوطني هو الذي أشار بهذا التطبيق في قواعده الخاصة بالإسناد ، فإذا لم تراقب محكمة النقض تفسيره فقد تنقسم المحاكم العليا على نفسها في هذا التفسير أو قد تخل به إخلالا يخرجها عن معناه الحقيقي¹ .

كما ذهب الفقه المصري إلى القول بان : " القاضي يعتبر أحكام القانون الأجنبي وتطبيقه وذلك استنادا إلى أن هذه الأحكام جزءا من قانونه الوطني ويكون في تطبيقه له كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته في تطبيقه هذه الأحكام خاضعة

¹ - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 498.

لرقابة المحكمة العليا وتفسر هذه المحكمة هذا القانون لا طبقا رأيها الشخصي ، بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها.¹

كما أرجع بعض الفقه أن ضرورة الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية مرده إلى أن وظيفة المحكمة العليا هي توحيد الحلول القضائية في الدولة ، وهو ما يقتضي فرض رقابتها على تفسير القوانين وطنية أم أجنبية.²

هذا عن الآراء الفقهية أما القوانين الوضعية فقد اعتمدت هذا الرأي عدة تشريعات ، كما هو الحال في ايطاليا وتركيا ، واليونان في المادة 559 من قانون المرافعات الصادر في 01/11/1971 والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، ومن قوانين الدول العربية مثل مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 34³ .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

نستخلص موقفه من خلال نص المادتين 358 و 360 من ق.ا.م.ا.ج ، حيث نصت الأولى على انه : " لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية :- مخالفة القانون الأجنبي المتعلقة بالأسرة".

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص592.

² - صادق علي هاشم ، وكيل شمس الدين ، المرجع السابق ، 498.

³ - نص الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي : " يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه ، ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة".

ونصت الثانية على انه: " يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن تنقض

الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 358."

الواضح من نص المادة 358 السالفة الذكر أن المشرع الجزائري يعامل

القانون المتعلق بالأسرة كقانون ، لأنه يعتبره وجها من أوجه النقض ، وبالتالي إذا

ارتكب القاضي خطأ أو مخالفة في تطبيقه فيمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض

على هذا الوجه.

إن النهج الذي تبناه المشرع الجزائري ، والمتمثل في التفريق بين القانون

الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والقانون الأجنبي المتعلق بمجالات أخرى،

يجعل القاضي يقوم بدور البهلواني ، إذ يطبق القانون الأجنبي كقانون ويخضعه

لرقابة المحكمة العليا كلما تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية ، غير أنه لا يخضع

لرقابة المحكمة العليا خارج مسائل الأحوال الشخصية¹.

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الواجب التطبيق ، يتعين

عندئذ العمل بمقتضى هذا القانون الذي قالت به قواعد الإسناد لتطبيق قواعده الموضوعية ،

1 - موحد اسعد ، المرجع السابق ، ص 238 ، زروقي الطيب ، المرجع السابق ، ص 266.

لكن تطبيق القانون الأجنبي ليس معناه توقيع على بياض ، إنما تطبيقه يتم وفق ضوابط مهمة .

لذلك أتاح المشرع للقاضي الوطني السلطة التقديرية للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد، إذا كان تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون الأجنبي قد يصطدم واقعا بمانع يحول دون تحقيق المراد من قاعدة الإسناد، إذا ثبت للقاضي أن الاختصاص التشريعي كان ناتج عن تحايل الأطراف على قاعدة الإسناد ، كما لو أنه قاموا بتغيير ضابط الإسناد للإفلات من أحكام القانون المختص أصلا ، مما يستوجب معه الامتناع عن تطبيقه إعمالا للدفع بالغش نحو القانون. كما يمكن لأن يتضح للقاضي الوطني تعارض أحكامه مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي. مما يستدعي استبعاده على أساس الدفع بالنظام العام.

بما أن هذه الأحكام تنطبق على مسألة الحضانة يستدعي بنا التساؤل عن مضمون الدفع بالغش نحو القانون وأثره على النزاع في مجال الحضانة (المطلب الأول) ، ثم الدفع بالنظام العام في مسائل الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الدفع بالغش نحو القانون وأثره على النزاع في مجال الحضانة.

أن من الضوابط التي تعتمد عليها قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ضوابط يستطيع الأفراد تغييرها ، وإخضاع الحضانة لضابط الجنسية له آثاره السلبية ، فقد يقوم احد أطراف النزاع إلى تغيير هذا الضابط بنية التهرب من القانون المختص أصلا في النزاع وتغييره بقانون آخر يخدم مصالحه الخاصة ، هنا يتدخل القانون ليحرم الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش ، إعمالا لنظرية تسمى الغش نحو القانون¹ ، وعليه سنتناول مضمون الدفع بالغش نحو القانون (الفرع الأول) ، وتطبيقات الغش نحو القانون في مجال الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الغش نحو القانون.

يعد القانون الدولي الخاص ، المجال الخصب للغش نحو القانون ، بسبب تنوع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنزاعات ، لذلك يستخدم الأفراد هذا التنوع للتهرب من القانون المختص لحكم العلاقة ، بحيث يضعوا أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر لا يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل².

ولتوضيح ذلك ، سنتطرق إلى تحديد مفهوم الدفع بالغش القانون نحو القانون (البند الأول) ، وبيان شروطه البند (الثاني) ، وآثاره (البند الثالث).

1- وهي نظرية لها كيان مستقل فهي تستند لمبدأ عام هو أن الغش يفسد كل أمر ، راجع في الاختلاف الفقهي حول أساس هذه النظرية ، حفيظة السيد حداد ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 318.

2 - الوليد المصري ، المرجع السابق ، ص 274.

البند الأول : مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.

يتحقق الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين ، من خلال التغيير العمدي الإرادي لضابط الإسناد من ذوي المصلحة بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المركز القانوني¹ . وقد عرفه بأنه: " التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين ، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي . " ²

عرف أيضا بأنه : "استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من انجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بانجازها القانون المختص فمن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو الموطن من أجل غرض معين." ³

وقد عرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة⁴ ، كما تبناها فقه القانون الدولي الخاص و المؤتمرات الدولية العديدة، وأصبحت واحدة من مبادئ القانون الدولي الخاص⁵ . وكما استقر عليها القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض

1- زروقي الطيب ، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق ، ص281.

2 - احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ..، المرجع السابق ،ص754.

3- موسى عبود ،الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط1، المركز الثقافي العربي ،1994، ص216.

4- حيث نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 في المادة 15 منه ، والقانون المدني المكسيكي المعدل في 1987 في المادة 01/15 منه ، والقانون المدني الاسباني المعدل في 1974 في المادة 04/12 منه ، أنضر ،طيب زروقي ، القانون الدولي،المرجع السابق ، ص289-290.

5 - غالب علي الداوودي ، المرجع السابق ، ص252.

الفرنسية الصادر بتاريخ 18/03/1878 في قضية الأميرة دي بوفرمون "Debauffremont"¹.

البند الثاني : شروط الدفع بالغش نحو القانون.

للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون في مجال الحضانة وانحلال الرابطة الزوجية بصفة عامة ، كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق يجب توفر شروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه .

أولا : الشروط المتفق عليها.

انعقد إجماع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسيين للتمسك بالغش نحو القانون ، وهما أن يقوم ذو المصلحة بمناورات مادية تتوقف على إرادتهم ، وتؤدي إلى عدم تطبيق القانون المختص أصلا ، وهذا هو الركن المادي للغش ، وان يكون القصد من ذلك مقرونا بسوء النية ، وصولا إلى نتائج غير مشروعة هي تجنب

¹ - وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بأمر فرنسي واستقرت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية ، وعلى اثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق ، فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق ، وتمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول ، وتزوجت بأمر روماني يدعى " Bbesco " واستقرت معه في فرنسا ، وحصل بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطالان الزواج الثاني لكون الطلاق يعتبر غير صحيح ، لأنه تم بعد تغيير الجنسية وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18/03/1978 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة جنسيتها وهو ما يشكل غشا نحو القانون...V.LOUSOUARN (Y) , et Bourel P , OP .CIT.P286.

الأحكام الآمرة في القانون المختص ، وهذا هو الركن المعنوي المتمثل في كون الباعث الدافع أصبح هدفا في حد ذاته لتغيير ظروف الإسناد.

الركن المادي : التغيير المادي للغش (التغيير في الاختصاص التشريعي)

يتوقف هذا الأمر على إرادة الأطراف، بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص أصلا بحكم النزاع¹. إذ يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضوابط الإسناد التي يتحدد بها القانون المراد تطبيقه ، ويمكن تحقق إلا في الحالات سهلة التغيير التي يستطيع الأطراف تغييرها مثل تغيير الجنسية أو تغيير الموطن² ، ولتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير إراديا وفعليا و مشروعاً، إراديا كما سبق ذكره بفعل إرادة الأطراف ، كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه وفعليا ، بمعنى ليس سوريا وسليما من الناحية القانونية ، فإذا كان تغيير الموطن سوريا فالعبرة في هذه الحالة بالموطن الفعلي³ ، وان يكون مشروعاً ، معنى أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعاً ، فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طريق التزوير، ففي هذه الحالة لا حاجة

¹ - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص524.

² - نادبة فضيل ، تطبيق القانون، المرجع السابق، ص129.

³ - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق، ص187.

لاستعمال الدفع بالغش ، على أساس أن الوسيلة غير مشروعة وتكون العبرة بالجنسية الأولى.

الركن المعنوي: نية الغش.

تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون ، فلقيام هذا الأخير يجب بالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد ، أن يهدف الشخص من وراءه إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا ، ويتعين على القاضي التقصي على هذه النية و إثارتها، وهي ليست سهلة دائما ، لكن يمكن استخلاصها من ظروف الدعوى وملابساتها ، كالتلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد ، وكان يكون القانون الذي سعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد لا تتحقق مع القانون المختص أصلا في النزاع¹.

ثانيا : الشروط المختلف فيها.

يضيف الفقه شرطين مختلف فيهما وهما:

الشرط الأول: "أن يكون الغش ضد القواعد الآمرة".

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص395.

يرى الفقيه " جوزيف فيدال " على أن يكون الغش نحو القانون إلا في القواعد الآمرة، التي لا يجوز مخالفتها باعتبارها من النظام العام بحيث لا ينصب الغش نحو القانون على أحكام القواعد المكملة، لان المشرع حول للأفراد الخروج عليها، واستبعاد تطبيقها، على خلاف ذلك تتجه غالبية الفقه إلى معاملة القواعد المكملة والآمرة على حد السواء، إذ أن القواعد المكملة في حالة عدم الاتفاق على مخالفتها تتسم بطابع الإلزام¹.

الشرط الثاني: " أن يحصل الغش نحو قانون القاضي."

اتجهت الغالبية الفقهية في البداية إلى قصر مجال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التحايل على القانون الوطني دون الأجنبي لاسيما وأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني ومنع الأفراد من مخالفته². وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية " فيراري " إذ أكدت صحت طلاق السيدة " فيراري " طبقا للقانون الفرنسي رغم ما يتضمنه ذلك من تحايل على القانون الايطالي³.

¹ - غالب علي الداودي ، المرجع السابق ، ص257. ، بلقاسم إعراب ، المرجع السابق ، ص194، نادية فضيل ، الغش نحو القانون ،...، المرجع السابق، ص54.

² - بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ج1، ص192

³ - طيب زروقي ، المرجع السابق ، ص296.

لكن تغيير موقف القضاء الفرنسي ، وتخلي عن أعمال هذا الشرط لقصوره وعدم
شموليته خصوصا أن التحايل على القانون الأجنبي يعد تحايلا على قاعدة الإسناد الوطنية ، و
ذلك ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية " FIORE " ¹ ، وقضية "
MASSIMO ADAMS " ² ، وأكثر من ذلك فقد حدد من ضمن شروط منح الأمر بالتنفيذ
عدم توافر الغش نحو القانون في قرار " Munzer " الصادر في 1964/01/07 ³ .
واستخلص الفقه بان عبارة « الغش نحو القانون » رغم أنها جاءت واسعة ، لكن توحى بان

1 - تتلخص وقائع قضية " FIORE " في أن زوجان ايطاليان " فيور " عقدا قرانهما 1904 ، وفي سنة 1912 تجنس الزوج بالجنسية الفرنسية ، ورفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الفرنسية ، فدفعت الزوجة بأنها كانت تجهل تجنس زوجها وبأنه تحايل على القانون الايطالي الذي يبيح الطلاق ، وفعلا أدركت محكمة " SOUX " في 1915/12/02 النتيجة التي كان يريد الحصول عليها في حالة الطلاق وهي التزوج مرة ثانية ، في حين تبقى زوجته مرتبطة به ويستحيل عليها الزواج مرة أخرى ، فرفضت المحكمة الفرنسية الحكم بالطلاق على أساس أن المحاكم ليس لها أن تنتقد فكرة التجنس باعتباره عمل إرادي ، وذلك ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في 1929/02/05 ، أنظر ، نادية فضيل ، الغش نحو القانون ، المرجع السابق ، ص 100 .

2 - تتلخص وقائع قضية " MASSIO ADAMS " في أن السيدة " DAUN ADAMS " هي من جنسية بريطانية تزوجت من السيد " VITTRO EMMANUELLE MASSIMO " وهو من جنسية ايطالية ، وفي 11/ 21 1953/ دعيا إلى محكمة روما لمحاولة الصلح بينهما اثر طلب التفريق الجسماني من طرف الزوجة ، وبعدما أن سمحت لهما المحكمة بالعيش مفترقين انتقلت الزوجة إلى فرنسا وحصلت على تأشيرة سفر مؤقتة في 1959/04/22 إلى ابريل 1960 ، في حين بقي زوجها في روما ن وفي 21 ديسمبر 1959 رفعت الزوجة دعوى الطلاق أمام محكمة السين ضد زوجها على أساس أنه يجوز للأجنبي المقيم بفرنسا رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي ولو كان المدعى عليه مقيم بالخارج ، لكن محكمة السين رأت أن الزوج من أصل بريطاني واكتسبت جنسية زوجها الايطالية بالزواج ، ومن ثم فهي لا تخضع للقانون الفرنسي من جهة ، ومن جهة أخرى اغتنمت فرص الإقامة المفردة التي قضت بها محكمة روما ، واتخذت لنفسها موطن بفرنسا حتى تتمكن من التهرب من أحكام القانون الايطالي ، ومن ثم قضت محكمة السين بان محكمة روما وحدها يؤول إليها الاختصاص للنظر في هذه القضية باعتبارها محكمة موطن الزوجة ، أنظر ، المرجع نفسه ، ص 105 ،

3 - شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في الباب الثاني من نفس المذكورة ، ص

فكرة الغش تنصرف سواء حصل هذا الغش نحو القانون الوطني أو في مواجهة القانون الأجنبي¹.

أما الرأي الراجح فقها²، يعتبر بان تحايل الأفراد على القانون الأجنبي يعتبر غشا ضد قواعد التنازع التي أشارت إلى تطبيقه، وبناء على هذا يدعو الفقه الحديث إلى محاربة التحايل بكل أشكاله، سواء حصل اتجاه القوانين الوطنية أو في مواجهة القوانين الأجنبية.

بعد أن خلصنا من بيان الشروط التي تسمح بإعمال الدفع بالغش نحو القانون، سواء كانت شروط متفق عليها، أو مختلف فيها وجب الانتقال لتحديد آثار الدفع بالغش نحو القانون.

البند الثالث : آثار الدفع بالغش نحو القانون.

لما كان الغرض من الغش الوصول إلى نتيجة مخالفة لما هو متوقع من القانون الواجب التطبيق، يترتب على الدفع به آثار مهمة، إلا انه اختلف الفقه حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة التي سعى الشخص إلى تحقيقها، أم انه يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا.

1-V.Loussouarn Yvon,Bourel Pierre, Op .Cit ,P329

2 - إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ،ص193.

الاتجاه الأول : عدم النفاذ يشمل النتيجة والوسيلة .

يرى جانب من الفقه¹ ، أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا ، أي يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش عن طريق تغيير الجنسية مثلا ، ويطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص. ذلك انه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد، من حيث الاعتراف ببعض الآثار، وهي غير مهمة في نظر الغاش، ولا يعترف ببعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته،لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش².

إلا أن هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا وإثباته لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة ، وأن هذا الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه. والمعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتداد بالتجنس في القضية التي طرح فيه النزاع فقط³.

الاتجاه الثاني :عدم النفاذ يشمل النتيجة فقط

¹ - ممن يأخذ بهذا الرأي د/ طيب زروقي ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق،ص301، أنضر أيضا نادية فضيل ، الغش

نحو القانون ، المرجع السابق ، ص136..136.P CIT .BATIFFOL HENRI ET PAULE LAGARDE, OP.

² - طيب زروقي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص301.

³ - موحد اسعاد ، المرجع السابق ، ص314.

يذهب جانب آخر من الفقه¹، وهو الراجح إلى إن جزء الغش يقتصر على الجزء الذي وقع فيه، أي على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة، أي بمعنى يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصدها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد لكونها تمت بطريقة غير مشروعة.

على ذلك يكفي أن يراد الغاش قصده أما الوسيلة المشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، والدليل على ذلك اكتفاء محكمة النقض الفرنسية في قضية "دي بوفرمون" السالفة الذكر بعدم الاعتداد بتطبيقها تجاه القانون الفرنسي دون أن تقضي ببطالان تجنسها بالجنسية الألمانية².

كما أنه مادام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد

¹ - المرجع نفسه، ص314، أيضا عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص449، هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص222، عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين، المرجع السابق، ص512، أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص564. P503, Op, Cit, V. P. Mayer, Heuze .V

² - طيب زويتي، المرجع السابق، ص301.

الاعتبار للقانون الذي تم التحايل عليه ، والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذن لتتبع بقية آثار بإبطالها¹.

وبناء على ما تقدم ، يرى الرأي الراجح بمبدأ الحلول وهي إعادة الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا ، واستبعاد الغش المفتعل من طرف الأفراد ضد ضوابط التنازع².

الفرع الثاني : الدفع بالغش نحو القانون في مجال الحضانة.

لما كان الغش نحو القانون من قبيل التحايل على القانون من أجل تحقيق مآربه جديدة ، ذلك من خلال تغيير ضابط الإسناد سواء تعلق الأمر بضابط الجنسية أو ضابط الموطن بحسب نوع النزاع ، إلا انه هناك نوع آخر من الغش وله أثره الجسيم حول القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق .

ذلك إن الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها الشريعة الإسلامية في الدول الإسلامية والجزائر واحدة منها مما يشير إشكالية تغيير الدين بغرض الاستفادة من أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، و إما تهربا من أحكامها ، وان كانت المشكلة تثار بحدة لدى الدول الطائفية (مصر ولبنان و

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة ، أصول في التنازع الدولي للقوانين ، ص 564.

² - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، 190-191.

سوريا). على هذا مسألة مهمة حول أثر تغيير الدين على القانون الواجب التطبيق (البند الأول) ثم موقف المشرع الجزائري من الدفع بالغش نحو القانون (البند الثاني)

البند الأول: أثر تغيير الدين على الغش نحو القانون.

الحرية الدينية من الحريات المعترف بها على الساحة الوطنية والدولية كفلته جل التشريعات ونصت عليه اتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، فلكل شخص الحق في اختيار الدين الذي يتماشى مع معتقداته إلا أن تغيير الدين قد يؤثر في القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وهذه المسألة تثار في مجال الأحوال الشخصية في الدول ذات الطبيعة الدينية ، مما يؤدي بأحد أطراف النزاع التهرب من القانون الواجب التطبيق من خلال تغيير دينه والاستفادة من أحكام قانون آخر.

والحضانة من الإشكالات المهمة في مجال التنازع الدولي للقوانين، تخضع بموجب القانون الداخلي لأحكام قانون الأسرة الجزائري، هذا الأخير الذي يستمد أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية أي أن أحكامه بصفة عامة ذات طبيعة دينية مما يدفعنا للتساؤل هل تغيير الدين يعد غشا نحو القانون وبالتالي تطبق عليه أحكامه ؟

لذلك ثار جدل فقهي بين من اعتبر تغيير الدين نوع من أنواع الغش نحو القانون ومن رأى خلاف ذلك على اعتبار أن الدين تدخل ضمن إطار الحقوق الخاصة بالأفراد وهذا على النحو التالي :

الاتجاه الأول : يرى هذا الجانب من الفقه الدين ضابط روحي يمكن أن يؤثر في

تحديد القانون المطبق في العلاقات الخاصة الدولية وفي هذا الشأن يشير الفقيه عكاشة عبد العال إلى الدور الكبير الذي يلعبه الدين في تحديد الشريعة الطائفية الواجبة التطبيق في مسائل الزواج وانحلاله بالقول إن الدين أو الطائفة: "... يلعب الدور ذاته الذي تلعبه الجنسية في نطاق التنازع الدولي بين القوانين¹ .

وقد سائر هذا الرأي القضاء السوري في قضية نفقة سنة 1925 قضت فيها بأنه: " لا يحق للشخص المسيحي رفض دفع النفقة لمطلقته المسيحية بعد أن اسلم " واعتبرت أن اعتناقه الإسلام إنما هو تحايل على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقته ، على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلقة ، وسار القضاء العراقي على نفس النهج عندما قررت محكمة التمييز العراقية في قرار لها رقم 1951/7 هيئة عامة 1951/12/31 رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم للميز بطلب إبطال نفقة مطلقته

¹ - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ...، المرجع السابق ، ص 503-505.

المسيحية بعد اعتناق الدين الإسلامي، على أساس أن اعتناقه للإسلام لا يخلوا من احتمال
قصده التهرب من النفقة¹

الاتجاه الثاني: رفض هذا التوجه الرأي السابق بحجة عدم إشارة قواعد

التنازع إلى الدين كضابط إسناد في العديد من القوانين المقارنة²

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري

لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل 20 جوان 2005 ينص على فكرة

الغش نحو القانون إذ اكتفى بتطبيق المبدأ العام السائد في مجال تنازع القوانين "

الغش يفسد كل شيء " ، لكن مع التعديل تدارك النقص ونص في المادة 24 من

القانون المدني الجزائري المعدلة بقولها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب

النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت

الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون . "

الواضح من هذه المادة انه في حالة ما تبين للقاضي أن تم التحايل على

القانون الواجب التطبيق من خلال التحايل عليه يتعين عليه استبعاده، ولكن لم

يحدد القانون الذي يحل محله من جهة أخرى قد يتبادر إلى الذهن هل أعمال

¹ - غالب علي الداودي ، حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص 256.

² - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ،.....، المرجع السابق ، ص 220.

هذه النظرية يقتصر فقط على الحالة التي نكون فيها بصدد غش نحو القانون الجزائري ، أم أنه علينا الأخذ بها في جميع الحالات أي سواء أكان هذا الغش حصل في مواجهة القانون الجزائري أو أنه حتى لو تم في مواجهة قانون أجنبي؟

سبق عرض هذا الإشكال على القضاء الفرنسي ، فكان يتجه قضاءه السابق لتطبيق هذه النظرية فقط في الحالة التي يتحقق فيها نحو القانون الفرنسي وحده وتماشيا منه مع قضاؤه المتبع حينها بشأن معاملته للقانون الأجنبي واعتباره له مجرد واقعة في كل الحالات.

غير أن القضاء الفرنسي عدل عن موقفه بهذا الخصوص ابتداء من سنة 1964 حينما تعرضت محكمة النقض الفرنسية لتحديد شروط تنفيذ الحكم الأجنبي بفرنسا بالحكم الشهير الصادر عنها تحت اسم حكم " Munzer " بتأكيدا ضمنه على أن أي حكم قضائي أجنبي لا ينفذ بفرنسا إلا إذا استوفى الشروط المتطلبية لتنفيذه ومن بينها إلا يكون هذا الحكم القضائي الأجنبي تم الحصول عليه نتيجة غش نحو القانون .

المطلب الثاني : الدفع بالنظام العام.

إذا ما فرغ القاضي من عملية إسناد العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، وتعيينه للقانون الواجب التطبيق ، ثم تبين له إسناد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي باعتباره الأكثر

ملائمة وتحقيقا للعدالة بقي أمامه الوقوف على مضمون هذا القانون الأجنبي وتفحصه حتى يتسنى له تطبيقه .

إلا أنه يتضح له أثناء فحصه للقانون الواجب التطبيق أنه يتعارض مفهومه مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، فانه في هذه الحالة يصبح بمثابة خطر يهدد استقرار السياسة التشريعية للدولة ويعرض مبادئها وأفكارها الأساسية للتصدع ، لذلك ومن أجل تفادي هذه النتائج الوخيمة يحتاج القاضي لوسيلة قانونية فعالة يمنع بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية المتعارضة مع الأسس الجوهرية لدولته ، ولاشك أن " النظام العام " هو السلاح الذي يوفي بهذا الغرض¹.

لأجل ذلك سنحاول تبيان مفهوم الدفع بالنظام العام (الفرع الأول) ثم تطبيق الدفع بالنظام العام في مجال الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم النظام العام والدفع به في العلاقات الدولية الخاصة .

إن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية لا يعني توقيع على بياض لمشرعي مختلف الدول² ، وإنما الأمر مرهون بعدم تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي الذي يعد بمثابة

¹ - عبد العال عكاشة ، تنازع القوانين المرجع السابق ، ص 522-525 ، حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص 180-181 ، أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 775-776.

2- C .F , PAULE LAGRDE, ORDRE PUBLIC, REP , INTERNATIONALE, J.C.P , TOME 3, DALLOZ , 1964,P2,N 6.

صمام الأمان الذي يقف حاجزا أمام تطبيق القانون الأجنبي¹ الذي يتعارض مع المفاهيم والمبادئ الأساسية لدولة القاضي.

على هذا من أجل تبيان فكرة الدفع بالنظام العام سنحاول إعطاء تعريف للنظام العام (البند الأول)، ثم الشروط المتعلقة به (البند الثاني) وأخيرا آثار الدفع بالنظام العام (البند الثالث).

البند الأول: تعريف النظام العام .

نظرا لأهمية فكرة النظام العام بذلت عدة محاولات فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام ، إلا أن هذه الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها فقد جاءت غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام² ، رغم ذلك سنحاول رصد بعض التعريفات على النحو التالي :

عرفه الدكتور أحمد مسلم : " النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام أفكار دينية

¹ -اللافي محمد مبروك ، تنازع القوانين ، ص77.

² - حسن الهدوي ، المرجع السابق ، ص184.

أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرابية أو الرأسمالية أو نحو ذلك من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك.¹

ويمكن تعريفه: " بأنه مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام العام القانوني النافذ في الدولة التي يقوم عليها النظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وأخلاقيا ويكون للدستور دور حاسم في تكوين النظام العام."²

وقد عرفه القضاء اللبناني: " هو مجموع القوانين التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خلافا في هذه الركائز."³

كما يمكن تعريف النظام العام من خلال الوظيفة التي يؤديها في مجال العلاقات الدولية الخاصة ويقصد به: " ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال قانون وطني محله نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافا جوهريا أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعات في هذا الشأن."⁴

¹ - حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص184.

² - ممدوح عيد الكريم ، المرجع السابق ، ص196.

³ - تمييز لبناني ، الغرفة الأولى ، 3 تموز 1968 ، النشرة القضائية ، 1996 ، ص 413 ، مقتبس عن عبده جميل غصوب ، دروس ، المرجع السابق ، ص202.

⁴ - مهني أحمد الصانوري ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، دار وائل للطباعة والنشر، 2011، ص113.

كما عرفه البعض الآخر بأنه: " وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي ، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي " ¹.

كما قضت محكمة النقض المصرية في قرارها في 1967/04/05 بأنه: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر بان تمس كيان الدولة وتتعلق بمصلحة عامة. " ²

على ذلك استقر الفقه اليوم على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة يطورها طبقا لتطور المبادئ والأخلاق والتقاليد في بلده وفي عصره ، ويستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا في قانون دولته سواء في مفهومها ، أو في أهدافها الخلقية والاجتماعية أو الاقتصادية في قيام القضاء بهذه الوظيفة يعتبر كهيئة رقابة تمنح القانون الأجنبي أو لا تمنحه تأشيرة الدخول إلى إقليم دولته. ³

¹ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 537.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص 114.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 149.

إذن يظهر جلياً مما تقدم إن الدفع بالنظام العام يعد وسيلة القانونية التي يستبعد بها الاختصاص المعقود للقانون الأجنبي عند تعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمع في بلد القاضي ومن ثم فإن قواعد النظام العام تعد بلا شك أقوى من قواعد الإسناد فعند التنازع أو التعارض تغلب الأولى على الثانية¹.

كما تتسم فكرة النظام العام بجملة من الخصائص يمكن حصرها في ما يلي :

1. فكرة النظام العام هي فكرة وطنية² تتعلق أساساً بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع من الأسس الاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي، وتهدف أساساً لحماية هذه الأسس الجوهرية لغرض حماية السياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.³
2. فكرة النظام العام فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطور ، فقد تختلف من دولة إلى أخرى ، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام⁴ ، وهذه الخاصية

1 - مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص114.

2 - يوسف فتيحة ، النظام العام في العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص ، دراسات قانونية ، 2008، العدد05، تلمسان ، ص216.

3 - درية أمين، المرجع السابق، ص93.

4- سينيوات عبد الله ، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وأخلاقها في القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير ، تلمسان ، 2008-2009، ص82.

الأخيرة هي التي توجب مراعاة مفهوم النظام العام وقت رفع الدعوى أو تنفيذ الحكم¹.

3. فكرة النظام العام ذات طابع قضائي لان القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، ولو كانت هذه السلطة مقيدة غير مطلقة².

4. النظام العام هو نظام عام وقائي كونه يقوم على مجموعة من الركائز الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية³.

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.

يتطلب الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق توافر شرطان و هما : اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع (أولاً) ، و مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني (ثانياً). آنية الدفع بالنظام العام (ثالثاً).

أولاً: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع .

¹ - فتيحة يوسف ، النظام العام ، المرجع السابق ، ص216.

² - سنيان عبد الله ، المرجع السابق ، ص34.

³ - عبده جميل غصوب ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الثانية ، لبنان ، 2009 ، ص135.

يتوقف إعمال الدفع بالنظام العام على تطبيق قاعدة الإسناد ، أن تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي ، وهذا يوجب أسبقية تطبيق قاعدة الإسناد على إعمال الدفع بالنظام العام مما يعني استقلالهما عن بعضهما البعض.

كما أنه لا يمكن تصور إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام في حالة تعيين قانون القاضي مختص في النزاع، في هذا السياق يرى البعض أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية ، فان لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى استعمال الدفع بالنظام العام .

بخلاف حالة الدولة الفيدرالية، حيث يكون لكل ولاية وحدة تشريعية مستقلة في هذه الحالة يمكن تصور اختلاف الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني لكل ولاية عم الولايات الأخرى وبالتالي إمكان الدفع بالنظام العام¹.

ثانيا : تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام.

إن المشرع الوطني عند وضعه لقاعدة التي قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي ، لم يقصد تطبيق هذا القانون مهما كانت النتيجة المترتبة و إنما قصد تطبيقه متى لم يكن مخالفا

¹ - أمين رشيد رحا الدواس ، تنازع القوانين في فلسطين ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، نابلس ، ط1، 2001، 131.

للنظام العام في دولة القاضي ، على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا¹.

كما قضت محكمة النقض المصرية²، في هذا الشأن بأن : " مؤدى نص المادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية في دولة القاضي ، مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع."

ثالثا : آنية الدفع بالنظام العام .

أن العبرة في تقدير النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني³، ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على اثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون⁴، في هذا نجد القضاء الفرنسي منذ سنة 1975 لم يعد يرفض تطبيق القانون الذي يسمح بالطلاق بالتراضي لعدم تعارضه مع النظام العام الفرنسي.

¹ - يوسف فتيحة ، " النظام العام في العلاقات الأسرية في مجال الدولي الخاص " ، المرجع السابق ، ص214.

² - حكم محكمة النقض المصرية في 20 جوان 1976 في الطعن رقم 10 لسنة 48 قانون أحوال شخصية أجنبي ، أشار إليه صلاح الدين جمال ، " تنازع القوانين " ، المرجع السابق ، ص 103.

³ - محمد الوليد المصري ، المرجع السابق ، ص152، يوسف فتيحة ، " النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة " ، المرجع السابق ، ص215.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004، ص30.

هذا بالنسبة للشروط الواجب توفرها لكن مدى الآثار المترتبة عن إعمال الدفع

بالنظام العام.

البند الثالث : آثار الدفع بالنظام العام.

يرى غالبية الفقه أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام

القاضي الوطني هو دفع موضوعي وليس إجرائي¹، ذلك أن هذا الدفع يوجه إلى مضمون

القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة أسس القانون الوطني والذي يترتب عليه

الإخلال بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

ويجربى العمل في بعض الدول كفرنسا على التمييز في هذا الشأن الآثار التي تترتب

على إعمال النظام العام بين وضعين ، فإذا كان مطروح أمام القاضي هو إنشاء حق

مخالف للنظام العام لبلد القاضي ، فان تدخل النظام العام في هذه الحالة يكون بشدة

لحماية النظام العام القانوني للدولة ، أما إذا كان المطلوب من القضاء هو الاحتجاج بحقوق

اكتسبت في الخارج فانه ليس من الضروري أن يحول النظام العام دون نفاذ هذه الحقوق في

بلد القاضي وفي هذه الحال يكون أثر النظام العام ملطفا².

1 - يعد الدفع بالنظام العام مسألة موضوعية على خلاف ما ينظر إليه في البلاد الانجلوسكسونية على أنه مسألة إجراءات ، حيث تكتفي المحكمة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتحيل الأطراف إلى محكمة أخرى، أنظر ، صادق على هشام ، المرجع السابق ، ص328.

2 - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 596.

بناء على ما سبق ذكره سنحاول التطرق إلى آثار الدفع بالنظام العام من خلال أثر الدفع بالنظام العام أثناء إنشاء الحقوق (أولا) ، ثم أثر الدفع بالنظام العام عند الاحتجاج بالحقوق المكتسبة (ثانيا)، وأخيرا نتكلم عن الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام(ثالثا).

أولا: اثر الدفع بالنظام العام أثناء إنشاء الحقوق.

إذا كان دور القاضي أثناء إنشاء حق أو مركز قانوني في دولته يتمثل في البحث عما إذا كان هذا الحق يتعارض أو لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته¹ ، فإذا تبين للقاضي أن تكوين هذا الحق يصطدم مع المبادئ الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمعه فيتعين عليه منع قيامه وإبطال مفعوله²، مما يستدعي البحث عن قانون محله.

ويفرق بعض الفقه³ بالنسبة للأثر المترتب عن الدفع بالنظام العام بين الأثر السلبي و الأثر الايجابي للنظام العام ، فالأول تتمثل في استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا (أولا) والأثر الايجابي هو ثبوت الاختصاص للقانون الوطني (ثانيا)

1) الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص551.

² - بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص198.

3- C.F.J.P.Niboyret , Manuele De Droit International Privé,2^{ème} édition,1928,P565.

مقتبس عن عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص547.

إذا كان القانون الأجنبي يجيز أمرا لا يقره النظام العام في بلد القاضي فان اثر الدفع بالنظام العام يكون سلبيا لأنه يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي دون إحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة¹، بمعنى فانه يترتب على اصطدام تطبيق القانون الأجنبي بالنظام العام أثرا سلبيا هو وجوب استبعاد أحكام هذا القانون لكن هل يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي في هذا الفرض استبعادا كليا ؟

الجدير بالذكر أن الفقه الغالب² في كل من فرنسا ومصر أن الأثر السلي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق كلية ، وإنما ينحصر هذا الأثر في الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي، فإذا تعلق النزاع المطروح أمام القضاء الجزائري مثلا بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب ، وكان القانون الذي يحكم العقد يجيز هذا الشرط ، فانه يتعين استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام ، وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي مادامت لا تتعارض مع النظام العام في الجزائر.

والواقع أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي يتفق مع "غاية" و "طبيعة" الدفع بالنظام العام وهو درء الخطر الذي يتهدد الأسس والقيم العليا للمجتمع الوطني ، بوسيلة

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص547.

² - هشام صادق علي صادق ، حفيظة السيد الحداد ، دروس، المرجع السابق، ص210.

استثنائية ، ليست في ذاتها معادية للقانون الأجنبي ، فان تحققت تلك الغاية عن طريق تلك الوسيلة بمجرد استبعاد القاعدة فقط اكتفى بذلك ، فالدفع بالنظام العام دواء لداء ، ويجب أن يستعمل الدواء بقدر الداء.

ونشير بان محكمة النقض الفرنسية أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل ، واستبعدت الجزء المخالف للنظام العام وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له ومن هذه الأحكام حكمها في قضية "Fayeulle" في نوفمبر 1943 ، فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص ، ولكن لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي.¹

يتفق هذا النظر مع الأعمال الطبيعي لفكرة النظام العام ، فليس مضمون القانون الأجنبي في ذاته هو الذي يصطدم عادة بفكرة النظام العام ، و إنما قد يتعارض تطبيقه في حالات معينة مع هذه الفكرة ؛ وقد اعترض البعض² واتجه هذا الفريق إلى أن الأثر السليبي يجب أن يكون كاملا ومطلقا ، بمعنى أن الاستبعاد الذي يعنيه هو استبعاد كلي لمجموع

¹ - بلمامي عمر ، النظام العام، المرجع السابق ، ص173.

² - أحمد عبد الكرم سلامة ، القانون.... المرجع السابق ، ص748.

القانون الأجنبي ، حتى ولو كان ما يتعارض مع مقتضيات النظام العام هو فقط بعض قواعده .

مستند هذا الرأي هو فكرة الإسناد الإجمالي¹ ، فطالما أن الاختصاص قد انعقد للقانون الأجنبي ، فهو كل لا يتجزأ ، والأمر يتعلق بالنسبة له بأنه يطبق أو لا يطبق ، ولا يصح استبعاد بعض قواعده المتعارضة مع النظام العام واستبقاء البعض الآخر لما يتضمنه ذلك من تفتيت لوحدة ذلك القانون ، وما يستتبعه ذلك تطبيقه على غير الحالات التي يجب أن يطبق فيها أصلاً.

(2) الأثر الايجابي للنظام العام.

إذا ما تم للقاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد فان هذه الحالة ستؤدي إلى خلق فراغ قانوني مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية أخرى لحكم العلاقة مما يثير إشكالية من أين يستمد تلك القاعدة؟

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، القانون... ، المرجع السابق ، ص 784.

يرى فقه القانون الدولي الخاص الغالب "أن الحل المسلم به في العالم والذي لا يقبل الجدل هو أن يطبق القاضي قانونه الوطني على النزاع" ¹ ، غير أن هذا لا يمنع من وجود اتجاهات أخرى في الإجابة عن الإشكال. تتمثل هذه الاتجاهات في ما يلي :

الاتجاه الأول : يذهب إلى البحث عن البديل في ظل القانون الأجنبي و يدعو إلى إيجاد البديل على ضوء القانون الواجب التطبيق بمعنى أن المسألة تقتضي تطبيق نص من نصوص القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي ² ، ويبرر الفقه الألماني هذا الاتجاه بالرجوع إلى المبدأ القائل بان أثر فكرة النظام العام يجب أن ينحصر في استبعاد النص الأجنبي المخالف لهذه الفكرة ، ولا يصح أن يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي في مجموعه. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا الألمانية ، بخصوص تقادم دين خاضع للقانون السويسري ، باستبعاد القاعدة المنصوص عليها في قانون الالتزامات السويسري (م 5/146) المقررة لعدم تقادم الدين ، لتنافي ذلك مع النظام العام الألماني ، ولكنها لم تطبق بدلا منها القاعدة المقابلة في القانون الألماني ، بل طبقت قاعدة أخرى من قواعد القانون السويسري والمتعلقة بأطول تقادم يعرفه ذلك القانون ³.

¹ - إبراهيم احمد إبراهيم ، المرجع السابق ، 286.

² - صادق علي هشام.، دروس في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص214.

³ - بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام، المرجع السابق ، 174.

بينما اتجه جانب آخر إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي دون تعويضه وان كانت هذه الفكرة بلا مغزى إذ أن استبعاد القانون الأجنبي دون أن يحل محله قانون آخر يؤدي إلى فراغ قانون لا بد من سده¹.

في حين ذهب اتجاه آخر انه ينجر عن أعمال أثار الدفع بالنظام العام تطبيق مبادئ قانونية محل تطبيق القانون الأجنبي وصور ذلك أن يكون قانون القاضي غير ملائم للتطبيق فتطبق مثلا مبادئ القانون الطبيعي أو الأعراف².

وتبنى هذا الموقف القضاء المغربي بقوله: " في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص مع الشعور العام يتعين على القاضي في هذه الحالة استبعاد هذا الأخير واللجوء إلى المبادئ العامة وحلول العدالة والقانون الطبيعي محله³."

لكن كما سبق الإشارة إليه الأكثر ترجيحاً في التشريع المقارن⁴، هو إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد وقد تبني المشرع الجزائري هذا الاتجاه في نص المادة 24 فقرة 2 من ق.م بقولها: "... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة "، إذن تطبيق القانون الجزائري الذي يترتب على استبعاد القانون الأجنبي

¹ - محمد اللاتي مبروك ، المرجع السابق ، ص 84.

² - الطيب زروقي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 284.

³ - Mouhand Issad, Droit Internationale Privé, Tome 1, Les Règles De Conflits, O.P.U, Alger, P201.

⁴ - كالتعاون الدولي الخاص الكويتي في المادة 73 من القانون رقم 05 لسنة 1971 ، والمادة 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

باسم النظام العام ، يعتبر أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات عملية فهو بالدرجة الأولى قانون معلوم لدى القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه¹ ، فضلاً على ذلك فهو يتلاءم مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية² .

ثانياً : أثر الدفع بالنظام العام عند الاحتجاج بالحقوق المكتسبة.

في هذه الحالة فان النظام العام يتدخل بشأن حق نشأ في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به وتسمى هذه الحالة بالأثر المخفف للنظام العام ، بحيث أن النظام العام يعمل به بقوة أشد في مرحلة إنشاء الحقوق أكثر منه في مرحلة التسليم بآثار قانونية مترتبة على حقوق وعلاقات قائمة سلفاً ، أي تتراجع فكرة النظام العام تدريجياً أمام الحق المكتسب³ .

للتعرف على فكرة الأثر المخفف للنظام العام نفرق بين فرضين الأول : - يراد به إنشاء مركز قانوني جديد أمام قانون القاضي المعروض أمامه النزاع ، فلا يمكن للقاضي أن يسمح بإنشاء هذا المركز القانوني وقانونه لا يبيح ذلك ، أما الفرض الثاني : - هو الوضع الذي يتم فيه نشوء الحق المخالف للنظام العام في الخارج نشوء صحيحاً وفقاً لقانون أجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام ولكن يراد التمسك أو الاحتجاج به في دولة القاضي ، علماً

¹ - عبد العال عكاشة ، تنازع ،...، المرجع السابق ، ص 620.

² - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 239.

³ - بلمامي عمر ، المرجع السابق ، 195.

بأنه ما كان لتلك الحقوق أو المراكز أن تنشأ أصلا في هذه الأخيرة ، مثلا في قضاء الدول التي تحظر تعدد الزوجات عندما يتم الزواج الثاني في الخارج وفقا لقوانين أجنبية تبيحه ، وهنا يصاب النظام العام بشلل جزئي ولا ينتج كامل آثاره بحيث لا يستطيع القاضي الحكم ببطلان الزواج الثاني بل يعترف ببعض آثاره وهذا هو " الأثر المخفف للنظام العام".¹

إذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي وبالإقرار للحقوق المكتسبة في ظلّه آخذا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية ، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجددا في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج خصوصا وأنه لا يوجد معيار دقيق ثابت للتمييز بين حالات الأثر المخفف ، وما عداها من الأحوال الأخرى مما يمنح القضاء سلطة واسعة في تقدير مقتضيات النظام العام على هدى مقتضيات المصلحة العامة العليا للمجتمع في كل زمان ومكان.²

وقد سايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص فكرة الأثر المخفف للنظام العام ونصت في الفصل 38 على ما يلي : " يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، قانون الدولي، المرجع السابق ، ص788.

² - طيب زوتي ، القانون الدولي، المرجع السابق ، ص285.

بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام التونسي ."

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فمن خلال استقراء نص المادة 24ق.م.ج.فقرة 2 نستنتج أنها جاءت بعبارة النظام العام مطلقة ، دون أن تلحقها بأي وصف مطلق أو مخفف ، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الأخذ بالآثر المخفف للنظام العام احتراماً للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج، حتى ولو نشأ هذا الحق مخالف للنظام العام¹. فالآثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بدهاءة إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازمة لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع².

ثالثاً : الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام

قد ينشأ الحق في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون الأجنبي المختص ، كأن يتزوج بولونيان في بلجيكا ووفقاً للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفته النظام العام ، لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة فهل يجوز الاحتجاج والتمسك بهذا الزواج في فرنسا ؟

¹ - عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق ، ص184.

² - حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص279.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية ، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالاً لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليهما غير مختلف ، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقاً لنظامه العام ، وخلافاً لما يقضي به القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد في بلد القاضي وفي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولنديين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا.

غير أن هذه النتيجة تبدو مجافية لمنطق الأشياء ، ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية سيترتب عليه وصول قاضي الدولة لنفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه¹

يذهب الفقه الحديث² إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقاً معه ، ففي الحالة الأولى يصح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية ووفقاً لمقتضيات نظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون المختص ، أما الحالة الثانية فإنه

¹ - فؤاد عبد المنعم ، سامية رشاد ، المرجع السابق ، ص 207.

² - بلقاسم أعراب ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 184.

لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي وهذا الحل الأخير وان كان يتعارض في ظاهره مع مبدأ وطنية النظام العام إلا أنه لا يخل بجوهر المبدأ ذاته ، والقول بغير ذلك من شأنه الإضرار بالمعاملات الدولية دون مبرر إذ سيترتب على الأخذ به إبطال العلاقات ذات الطابع الدولي التي نشأت في الخارج بالرغم من أن نشوءها جاء متفقا مع الأفكار القانونية في دولة القاضي ذاتها¹.

الفرع الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال الحضانة

رغم شيوع فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة لدى معظم قوانين الدول إلا أنه لم يتم الاتفاق على قائمة مضبوطة ومعينة للحالات التي يطبق فيها النظام العام ، لاسيما وأن هذه الفكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف الزمان والمكان ، بخلاف كونها فكرة مطلقة و منضبطة في الشريعة الإسلامية ، بمعنى آخر أن معايير تقدير فكرة النظام العام في الأنظمة القانونية ذات الأصول الدينية تختلف عنها في الأنظمة القانونية الأخرى¹.

في هذا المجال تعد العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي ، المنطقة الخصبة لإعمال الدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق ، ويرجع

¹ - عبد المنعم رياض ، سامية رشاد ، المرجع السابق ، ص152.

ذلك إلى أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية ، أي بمعنى تقدير فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة الأسرية مبني على أساس ديني فالحقوق المقررة في الإسلام هي مكفولة لكل مسلم ، وكذلك لان هذه العلاقات تنظم غالبا بقواعد أمرة ، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري¹.

فالبارز من جملة خصائص النظام العام الإسلامي مثلا أن الأساس الذي يبنى عليه الحكم في هذا النظام هو الدليل الذي دل عليه الحكم فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة هو من النظام العام"².

كما يتصف هذا النظام بكونه أقل غموضا من النظام العام العلماني بسبب قيامه على قواعد دينية ثابتة وواضحة ، هذا الأساس يسمح بتحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام الديني بما لها من ثبات وديمومة بطريقة مسبقة بعكس النظام العام العلماني (أو الوضعي) الذي لا يمكن تحديده مسبقا وإنما يكشف عنه القاضي حالة بحالة وفي لحظة معينة عند فصله في النزاع وهذا ما يظهر بوضوح في مسائل الأحوال الشخصية وبصورة أقل في مسائل أخرى.

1 - بليعتوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية ، مجلة دراسات قانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية العلوم القانونية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، العدد 05 لسنة 2008، ص 205

2 - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق، ص 747.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن المشرع الجزائري أسس لفكرة الدفع بالنظام العام لأول مرة بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني في المادة 24 منه ، ثم عدلت المادة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/07/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني وأصبحت صياغتها على النحو التالي : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة . "

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ألزم القاضي استبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائري، وترك مهمة تحديد مفهومه إلى القاضي المطروح أمامه النزاع، على هذا النحو فالنزاع المشوب بعنصر أجنبي يتطلب من القاضي البحث والتمحيص في مدى تلاءم هذا القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام القانوني الداخلي لقاضي الموضوع والحضانة من الإشكالات العويصة التي تطرح على القاضي وذلك لارتباطها المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة ، مما يتعين معه على القاضي أن يكون حريصا على الحكم طبقا لمقتضيات مصلحة المحضون.

لما كانت مصلحة المحضون معيار أساسي في إسناد الحضانة في التشريع الداخلي فالمسألة أكثر تعقيدا في النزاع الدولي ، فالمتفق عليه في تشريعات الدول المختلفة وحتى الاتفاقيات الدولية أن مصلحة المحضون هي الهدف الأول في إسنادها إلا أنها لم تتفق على معيار محدد وموحد لهذه المصلحة ، لذلك غالبا ما يثور الدفع بالنظام العام ويستبعد القانون الأجنبي ويطبق القانون الوطني.

الواقع أن الحضانة في النظام القانوني الجزائري من مسائل الأحوال الشخصية المضبوطة بقواعد قانونية تستند في أحكامها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فالأصل في إسنادها حق للام وهذا بالاتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية¹ ، وأخذت به اغلب التشريعات² ، فمصلحة المحضون تقتضي أن يكون عند أمه إلا أن هذا الحق قد يستبعد مما ينتج عنه حرمان الأم سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة بعد الطلاق في كثير من الأحيان من حضانة أبنائها لمبررين اثنين تم النص عليهما في قانون الأسرة الجزائري ، وفي قوانين داخلية لدول أخرى وبالخصوص ذات الطابع الإسلامي.

1 - في هذا الصدد راجع الفصل التمهيدي من هذه الدراسة .

2 - تتفق اغلب قوانين العالم على أحقية الحضانة للام أنظر الفصل التمهيدي من هذه الدراسة ، ص31.

ويتجلى هذين المبررين في منع الأم الأجنبية الغير مسلمة من الحضانة إذا خيف على أن تربي المحضون على دين غير دين الأب بحسب ما ورد في نص المادة 62 من قانون الأسرة ، ومن جهة أخرى إمكانية إسقاط الحضانة عن الأم سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة إذا استوطنت في مكان يصعب أو يعسر فيه على الأب مراقبة أحوال المحضون وهذا ما ورد في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

اعتمادا على هذا النصين كان للنظام العام دور مهم في استبعاد العديد من الأحكام القضائية الأجنبية المتعلقة بالحضانة نذكر منها :

القرار الصادر بتاريخ 1979/04/16 أقر المجلس الأعلى أن شرط استحقاق الأم الحضانة هو إبقاء الأولاد على دين أبيهم ، ولما كان ثابت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد ، كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسح من لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للام مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك ، لهذا يستوجب النقض¹.

¹ -قرار رقم 19287 المؤرخ في 1979/04/16 ، المجلس الأعلى ، غ.أ.ش، نشرة القضاء ، العدد 1981، 2، ص108.

وفي قرار آخر مؤرخ في 13/03/1989 أكدت المجلس الأعلى المبدأ المقرر

شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه¹.

وتأكد مرة أخرى في القرار المؤرخ في 12/10/2005 حيث قررت

المحكمة العليا انه من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة

المحضون لوحده وان إسنادها لام ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي

له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 ق.أ

والاجتهاد القضائي².

ما نلاحظه على نص هذه المادة 96 من ق.أ. ج أن المشرع لم يحدد المقصود بعبارة "

بلد أجنبي " هل المقصود بها كل بلد غير الجزائر سواء أكان مسلم أو غير مسلم ؟ لان البلد

المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي.

وقد قدم القضاء تفسيرا لهذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة ، وذلك في قرار عن

المحكمة العليا جاء فيه أنه : " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه من يوجد بالجزائر يكون

1 - قرار رقم 5221 المؤرخ في 13/03/1989، المجلس الأعلى. غ.ش.أ. ، المجلة القضائية ، 1993 العدد1، ص48.

2 -قرار رقم 334543 بتاريخ 12/10/2005 ، المحكمة العليا ، غ.ش.أ.م ، نشرة القضاة ، العدد52 ، 2008 ، ص381.

الباب الأول: تنازع القوانين في مجال الحضانة

أحق بها ولو كانت الأم غير مسلمة ."¹ و بالتالي فان الاستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقط للحضانة.

وان كانت عبارة " أن يستوطن في بلد أجنبي " التي جاءت في المادة 96 من قانون الأسرة في بداية الأمر أساء المجلس الأعلى فهمها ، فقد اعتقد أن المشرع قد قصد من ورائها وبمفهوم المخالفة اشتراط ضرورة استيطان الحاضن في الجزائر حتى يتمتع بأولوية الحق في الحضانة مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي . وقد تأكد هذا المفهوم في عدة قرارات .

ففي القرار المؤرخ في 1988/04/05² نص : " وعليه فما دامت أم البنين مقيمة بهما بالجزائر فلا حق للطاعن فيما يقول ، فإذا همت بالخروج بهما فالعدالة بجانبه والطرق القانونية كفيلة بحمايته ."

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1989/12/25 قررت للمحكمة العليا بأن : " من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا ."³ مع ذلك فان هذا التفسير الغير الصائب لتلك المادة لم يعمر طويلا فقد جدت ظروف دفعت القضاء إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف آخر من

1 - ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02 ، م.ق العدد 1990/4، ص74.

2 - المجلس الأعلى ، غ.أ.ش، 1982/04/05، ملف رقم 23063 غير منشور ، منقول عن تشوار زكية ، حماية المخبون ...، المرجع السابق، ص56.

3 - قرار رقم 56797 المؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1991، ص51.

مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون بطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة بالمحضون لا يقرره القاضي تلقائياً ، مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر في إسناد الحضانة ليست قاعدة آمرة يلزم القاضي تطبيقها تلقائياً بالمحضون تلقائياً ، وأن الحاضن إذا أراد الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي عليه طلب الإذن من المراقب هذا الأخير يتمثل في القاضي¹

من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 23 جوان 1993 الذي جاء فيه :
".... غير أنه فيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضى به الحكم المستأنف وأيده القرار المطعون فيه ، لم يراع فيه قضاة الموضوع أحكام المادة 69 من قانون الأسرة أيضاً أن شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائياً بل بناء على طلب ممن له مصلحة في ذلك ، كما أن إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكول به إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعي طالب ذلك من الحاضن مراعاة مصلحة المحضون ذاته."²

كما تؤكد هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/11/14 حيث أكدت أن : " تبين من قضية الحال أن القضاة الموضوع

1- تشوار حميدو زكية ، حماية مكان .. المرجع السابق، ص56.

2 - المحكمة العليا ، غ.أ.ش 1993/06/23 ، ملف رقم 91671 ، مجلة قضائية لسنة 1994 ، العدد 1 ، ص77-78.

قضوا بمنع البنين المحضون من مغادرة التراب الوطني ، دون الاستناد إلى نص فضلا على انه لم يكن محل طلب أي طرف من أطراف الخصومة وبقضائهم كما فصلوا يكونون فعلا قد اخطئوا في تطبيق القانون.¹

وتأكد هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/03/12 في قولها " يمكن إسناد حضانة الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم " حيث منحت حق الحضانة لام مقيمة خارج التراب الوطني بأبنائها مستندة في ذلك على معيار مصلحة المحضون التي تقتضي بقاءهم مع أمهم بفرنسا التي يزاولون تدرّسهم ، ومستخلصة إرادة الأب في قبوله الضمني لإقامة أبنائه في الخارج من وقائع القضية².

ما يمكن قوله الاجتهاد القضائي الجزائري نادر فيما يخص استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الحضانة ، ولكن الاجتهادات التي توصلنا إليها تتعلق بمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية ، حيث يتبين مما قلناه أن القضاء الجزائري مستقر على استبعاد إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية أو حتى الجزائرية والتي تكون مقيمة خارج التراب الوطني على اعتبار مصلحة المحضون التي تقتضي موافقة

1- ملف رقم 408248 ، غ.ش.أ ، بتاريخ 2007/11/14 ، م.م. ع ، العدد الأول ، 2011 ، ص 244.

2 - قرار رقم 426431 ، غ.ش.أ.م ، بتاريخ 2008/03/12 ، مجلة المحكمة العليا. العدد الأول ، 2008 ، ص 271.

صاحب حق الرقابة على المحضون ، ومتابعة شؤونه وبالأخص تربية المحضون على دين أبيه .

وهذا لا يختلف عما استقر عليه القضاء المصري في دعوى رفعها نمساوية تطالب بحضانة ابنتها مع إمكانية نقلها إلى النمسا وذلك بعد أن طلقها زوجها المصري بمصر : " أن الأم لا تقيم في مصر بل تقيم بالنمسا وهي بعيدة عن موطن الأب ومن تم توفت عليه حقه في رؤية الصغير و الإشراف على تربيتها وهو أمر ليس في صالح الطفلة ويقتضي الأمر أن تكون في حضانة جدتها لأبيها حتى يتم تربيتها في وطن الأب وعلى ديانتته ."¹

أما فيما يخص القضاء الفرنسي الذي جعل هو بدوره مصلحة المحضون معيار أساسي في إسناد الحضانة ، فيستبعد على أساسها كل قانون أجنبي يسند الحضانة لأحد الوالدين دون مراعاة لهذه المصلحة ، ومن بين الحالات التي نظر فيها القضاء الفرنسي واستبعد بموجبها القانون المختص بحجة منحه الحضانة لأحد الوالدين بشكل تلقائي دون الأخذ بعين الاعتبار بمصلحة المحضون نذكر القرار

1 - محكمة استئناف القاهرة ، حكم صادر سنة 1982 ، مقتبس عن صلاح جمال الدين ، مشكلات الحضانة ... ، المرجع السابق ، ص61.

الباب الأول: تنازع القوانين في مجال الحضانة

الصادر بتاريخ 11 جويلية 1974 والذي تم بموجبه استبعاد القانون الأجنبي بحجة إسناد حضانة الأطفال لأحد الوالدين أساس اعتبارات السن أو الجنس¹.

كما امتنع القضاء الفرنسي عن الاعتراف بحكم الطلاق الصادر عن القضاء التونسي على أساس منحه حضانة الأطفال للزوج دون مراعاة المصلحة الفعلية الأطفال²، فالأحكام الأجنبية التي لا تراعي مصلحة المحضون لا ترتب أي أثر في فرنسي.

ما يمكن أن ننوه إليه في دراسة إشكالية الحضانة في القانون الدولي الخاص لا يقتصر على تحديد الاختصاص التشريعي والإشكالات المرتبطة بشأنه، بل يستلزم أيضا بحث مسألة مهمة وجوهريّة في القانون الدولي الخاص تتعلق بتحديد المحكمة المختصة دوليا بهذه المنازعات وإشكالية الاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة كما سنرى في الباب الموالي

1- C.A.Paris, 1juillet 1974, Cite Par Patrik Courbre , Op.Cit., P13 N°144.

2 - Cass.1^{er} Civ , 30 Janvier1979 , Cité Par Paul Lagarde ,O.P, Cit,P7,N°44.

الباب الثاني

الاختصاص القضائي والاعتراف

بالأحكام الأجنبية في مجال الحضارة

إن وقوع أي نزاع في مجال العلاقات الدولية الخاص يتطلب من القاضي المعروض أمامه النزاع ذو طابع دولي في مجال الحضانة أن ييث في مسألة أولية هامة تتعلق بمدى اختصاصه بحكم النزاع أي بمعنى إمكانية اختصاصه بالفصل في النزاع من ناحية الاختصاص القضائي الدولي.

الواقع إن مسألة تحديد مدى اختصاص القاضي الوطني بالفصل في النزاع في مجال الحضانة تتولها لقواعد يطلق عليها " بقواعد الاختصاص القضائي الدولي " ، التي تقوم مشكلة التزاحم عبر تحديدها للحالات التي ينعقد فيها اختصاص قضاء دولة القاضي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا¹.

وتعتبر هذه القواعد من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص على الإطلاق ذلك أن تحديد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ما يكشف غالبا ومنذ البداية عن الحل النهائي للنزاع. ولما كانت الحضانة من الإشكالات المهمة التي تثار في مجال القانون الدولي الخاص ، وتحديد الاختصاص القضائي الدولي له أثره الكبير على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق ، فالقاضي المختص وفق لقواعد الاختصاص الدولي سوف يحدد القانون الواجب التطبيق

¹ - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص33.

الذي تعينه قواعد الإسناد لدولته ، وبالتالي سوف يؤثر بالضرورة على إسناد حضانة المحضون وفقا لما تقرره هذه قواعد الإجرائية، على هذا فمن الضروري التطرق إلى تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة من خلال طرح التساؤل عن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة؟

من ناحية أخرى إن صدور حكم قضائي من دولة القاضي أو دولة أجنبية أخرى لكن تنفيذه يتم في دولة أخرى ، يثير مسألة غاية في الأهمية فالغالب في العلاقات الداخلية إن صدور أي حكم قضائي في دولة ما تقوم السلطات الداخلية لنفس الدولة بتنفيذه، بينما في العلاقات الدولية الخاصة

تختلف المسألة والمشكلة هنا الاعتراف بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن دولة غير الدولة المراد التنفيذ بها وهنا تثار إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية ؟

غير انه وبعد استنفاد كل الإجراءات القانونية التي تتيح للحاضن ممارسة الحضانة بطريقة قانونية وسليمة فانه هناك من المشاكل العملية التي قد تؤدي إلى تعقيد مسألة ممارسة الحضانة ، والتي تأخذ منحى آخر في الشق الجزائي وهي مسألة تستدعي منا الوقوف على الإشكالات العملية التي تثيرها الحضانة في المجال الدولي .

للإجابة عن هذه الإشكالات سوف نتطرق في هذا الباب إلى الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة (الفصل الأول) ثم بعد ذلك إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة والإشكالات العملية المرتبطة بها (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة.

إن اللجوء إلى القضاء الجزائري حق مكفول للناس كافة ولا فرق في ذلك بين الجزائري والأجنبي ، و بين المقيم في الجزائر وخارجها ، فليس من العدل حرمان أي شخص من الحماية القضائية بدعوى أنه ذو جنسية أجنبية أو مقيم خارج حدود الدولة الجزائرية¹.

والجدير بالذكر أن بالاختصاص القضائي الدولي يقصد به : " بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطتها القضائية بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى سلطتها القضائية ، ولما كانت الدول تباشر سلطتها القضائية بواسطة محاكمها كان معنى الاختصاص القضائي الدولي هو بيان الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأجنبية هذه الوظيفة."²

¹ - بوبشير موحد أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2003 ، ص 24.

² - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 605.

كما يقصد باصطلاح قواعد الاختصاص القضائي الدولي بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى¹، وذلك بالمقابلة مع قواعد الاختصاص الداخلي والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة².

وتعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية أي تنتمي إلى تشريع دولة القاضي نفسه، فكل دولة تحدد مدى اختصاص محاكمها بنظر المنازعات بصدد العلاقات الخاصة الدولية، ولا يحق لها أن تقوم بتحديد هذا الاختصاص لمحاكم دول أخرى³.

أمام الطبيعة الوطنية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي اختلفت الدول بشأن تنظيم القواعد المنظمة، فهناك من التشريعات المقارنة من حددت القواعد المتعلقة به كالمشرع المصري والمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، وهناك من تشريعات من لم تحدد هذه القواعد كالمشرع الفرنسي الذي نص في ق.م.ف على مادتين فقد وهما المادة 14 و15 مما أتاح المجال لتوسيع العمل بالقواعد الداخلية للاختصاص القضائي.

1- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص402.
2- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص05.
3- عبد الرسول كريم أبو صبيح، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الثاني، سنة 2009، العراق، ص 163.

أما عن المشرع الجزائري فقد اتبع نفس ما جاء به المشرع الفرنسي من حيث عدم تنظيم الاختصاص القضائي الدولي إلا من خلال مادتين فقط ، هذا وقد دأب القضاء الفرنسي إلى استخراج مبدأ تمديد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي على المجال الدولي ، بصفة تدريجية من خلال عدة قرارات والذي تم الإعلان عنه لأول مرة في قرار PELASSA الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض 19 أكتوبر 1959¹ ليصبح لكل قاعدة اختصاص قضائي إقليمي داخلي قاعدة اختصاص قضائي دولي تناسبها² ، وكل قاعدة اختصاص قضائي إقليمي قابلة لتصبح قاعدة اختصاص قضائي دولي أو قابلة للتعديل لتكيف بالضرورة مع الدور الذي ستلعبه في المجال الدولي.³

فبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 1966 الملغى يستخلص أن المشرع الجزائري سكت كلية عن بيان القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية واكتفى بوضع أحكاما محدودة باراد المادتين 10 و 11 من ق.ا.م.ا ، وهو للأسف نفس ما اتبعه في القانون الجديد 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 عند تكرار المادتين السابقتين في

¹- P. Mayer . V. Heuze . Op.Cit.N°286-1.P206.

²- P.Mayer ,V. Heuze , Op. Cit, P204.

³-Daniel Gutmann, O.P., CIT, P286.

المادتين 41 و42 ، وهذا المسلك حسب بعض الفقهاء¹ منتقد ، لأنه إذا كان القانون السابق قد وضع في ظروف انتقالية اقتضت إصداره ، فإنه كان على المشرع أن يتولى تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي خاصة في زمن العولمة ، وأن الجزائر ترتبط بغيرها من الدول بعلاقات اقتصادية كثيرة ومتعددة في مجال الاستثمار وبالتالي ، وأمام خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام قانونية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي بشأن منازعات بين الأجانب تدخل القضاء الجزائري من جهته ليسد النقص التشريعي في قرارات قضائيين .الأول حكم محكمة استئناف (مجلس قضاء الجزائر العاصمة) بتاريخ 19 جانفي 1966² ، والثاني حكم محكمة قسنطينة الصادر بتاريخ 20 أبريل 1972³ ، والذي يبين صراحة تمديد العمل بالقواعد الداخلية للاختصاص القضائي في المجال الدولي.

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول إن تحديد الاختصاص القضائي في المجال الدولي للحضانة يقتضي من الرجوع إلى الأحكام الداخلية للاختصاص

1 - حبار محمد ، المرجع السابق، ص 187.

2 - الذي قرر ما يلي : " أن إمكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري تعتبر مسألة لصيقة بقانون الشعوب (القانون الدولي العام) و أنها لا تعتبر حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم ، ولا يوجد في قانون الجزائري ما يمنع الأجانب من عرض دعواهم أمام القضاء الجزائري إما بوصفهم كمدعين أو مدعى عليهم ، وكون طرفي الدعوى من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم اختصاص المحاكم الجزائرية . " رجع حبار محمد، المرجع السابق ، ص192.

3- الذي أكد بدوره : " أن جهات القضاء الجزائري مختصة بالفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه (الأجنبي) موطن أو محل إقامة في الجزائر ، فمادام من الثابت أن للمدعى عليه موطن بالجزائر باعتباره يمارس فيها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات سابقة عن تاريخ قيد الدعوى ضده فإنه يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي " . راجع ، حبار محمد ، المرجع السابق ، ص193.

القضائي من أجل تحديد المعايير المحددة له ، والتي تتحدد إما بمعايير تتعلق بمدى ارتباط الأطراف بالدولة المثار أمامها النزاع (المبحث الأول) ومعايير تقوم على أساس إرادة المتخاصمين وحسن سير الدعوى للاختصاص القضائي الدولي (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الاختصاص القائم على ارتباط الأطراف بالدولة

يتم تقرير الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنظر إلى ارتباط الأطراف بالدولة خلال حالتين تتعلق الأولى بارتباط إقليمي بين أطراف المنازعة ودولة القاضي وهذا إما بالتوطن أو الإقامة فيها ، أما الارتباط الثاني هو سياسي بواسطة الجنسية ، وفي كلا الحالتين يعد هذا الارتباط عامل مهم في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية في مجال الحضانة وسوف نتولى شرح كل من هاتين الحالتين من خلال الاختصاص القضائي الدولي القائم على امتياز الجنسية (المطلب الأول) ثم الاختصاص القضائي الدولي المبني على امتياز الجنسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الاختصاص القائم على امتياز الجنسية.

يعد معيار الجنسية في مجال الاختصاص القضائي الدولي من الامتيازات المهمة التي تمنح المتقاضى الجزائري سواء كان مدعى أو مدعى عليه حق اللجوء إلى القضاء الجزائري في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي ، وذلك مهما كان الربط

الذي يمكن أن يؤدي إلى تطبيق القواعد العادية¹. وقد أوردتها المشرع الجزائري في نص المادتين 41 و42 من ق.ا.م.ا.ج² واللذان تعدان النصين الوحيدين للاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري، وان كان تطبيق هذا المعيار في مجال دعوى الحضانة يثير إشكالية ما مدى التمسك به في مواجهة الخصوم؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نتطرق إلى مضمون الاختصاص القضائي المبني على معيار الجنسية (الفرع الأول) ثم بعد ذلك تقدير الاختصاص القضائي القائم على معيار الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:مضمون الاختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية.

تعد الجنسية من الروابط المهمة بين الأفراد والدولة باعتبارها رابطة سياسية وقانونية ، ووفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي القائم على ضابط الجنسية ، يتم تقرير الاختصاص للمحاكم بالنظر إلى المركز القانوني لأحد أطراف الدعوى ، وتبعاً لذلك يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان احد الأطراف متمتعاً بالجنسية الوطنية وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن نطاق هذا الضابط وطبيعته؟

¹ - موحد اسعد ،القانون الدولي الخاص ، ج2 ،المرجع السابق ، ص 31.

² - نصت المادة 41 على ما يلي : " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي ، حتى ولم يكن مقيماً في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي ، حتى ولو كان مع أجنبي." أما في ما يخص نص المادة 42 فهو على النحو التالي : " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي ، حتى ولو كان مع أجنبي."

البند الأول : نطاق وطبيعة ضابط الجنسية

نظم المشرع الجزائري استثناء من الأصل العام اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في النزاع بناء على ضابط الجنسية وذلك بمقتضى المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ تقضي المادة 41: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي ، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر ، أمام الجهات القضائية الجزائرية ، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائرين."

خلافًا لذلك تقضي المادة 42: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي ، حتى ولو كان مع أجنبي ."

يعد هذان النصان نقلا حرفيا لنص المادتين 14 و15 من القانون الفرنسي ، وهما تمنحان امتيازًا لرفع القضايا أمام القضاء الجزائري ، لكن منهم الأطراف المعنية بهذا الامتياز ؟ وما هي الدعاوى المعنية؟

أولا :الأطراف المعنية بامتياز الجنسية.

لم تتفق التشريعات على تطبيق موحد لضابط الجنسية باعتباره معياراً عاماً للاختصاص القضائي الدولي، فمن التشريعات اعتمدت ضابط الجنسية سواء تعلق الأمر بالمدعى أو المدعى عليه ومنها التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري، أما تشريعات أخرى قصرت تقرير الاختصاص لمحاكمها الوطنية متى كان المدعى عليه من وطنيها، وبذلك لم تجعل من جنسية المدعي كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمها وهو موقف التشريع المصري وغالبية الدول العربية¹.

كما سبق الإشارة إليه انتهج المشرع الجزائري مسار المشرع الفرنسي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وجعل كلاهما من جنسية المدعي أو المدعى عليه على حد سواء كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية، ولأعمال أحكام هاتين المادتين يكفي توافر الجنسية الفرنسية لدى أحد المتقاضين سواء كان مدعياً (المادة 14 ق.ا.ف) أو مدعياً عليه (المادة 15 ق.ا.ف)² بغض النظر عن موطن الفرنسي أو محل إقامته سواء كان داخل الإقليم الفرنسي أم خارجه³. وتكون العبرة

1 - احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي، المرجع السابق ، ص1041 ، حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003. ص32 وما بعدها.

2- Pierre Mayer , Vincent Heuze, Op.Cit, P 207 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel , Op.Cit ,P573.

3 - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص617-618.

بجنسية المتقاضى الفرنسية وقت رفع الدعوى¹، فينعتد الاختصاص للمحاكم الفرنسية حتى ولو كانت هذه الجنسية غير متوفرة عند نشوء العلاقة محل النزاع، كما لا يؤثر على اختصاص المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية الذي يكون لاحقا على رفع الدعوى².

من المفيد العلم أن تطابق نص المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي مع نص المادتين 41 و42 من ق.ا.م.ا.ج، يوحي بنفس المعنى وبالتالي يكفي لانعتاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أن يكون أحد الخصوم جزائريا مدعيا كان أو مدعى عليه، وبذلك لا يشترط أي شرط آخر إلى جانب الصفة الجزائرية كان يشترط أن يكون للجزائري موطن بالجزائر أو له أموال بها³. ويكفي توافر الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى حتى تختص المحاكم الجزائرية، حتى ولو كان الخصم أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع فيه، كما لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري تغيير الجنسية اللاحق على رفع الدعوى⁴.

1- Henri Batifole , Paule Lagarde, Droit, Op.Cit,P480.

2- بيار ميار ، فانسان هوزيه ، ترجمة علي مقلد ، القانون الدولي الخاص ، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2008 ، ص272.

3 - بلقاسم اعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ج2 ، دار هومة ، بدون طبعة ، 2003، ص20-39.

4- Mouhand Issad, Droit Internationale Prive, Tome2 ,Les Regles Materialles, Office Des Publication Unniversitaire,alger, 1980. P 33.

وفي المقابل يجب استبعاد الامتياز في حالة الوكالة أو ممارسة الدعوى غير المباشرة لان المتقاضى لا يمارس في هذه الحالة دعوى خاصة به وإنما يتصرف لحساب الغير .

كما يرى الأستاذ موحند اسعد : " أن ثمة قضية أخرى يمكن أن تثار فيما يتعلق باللاجئين وعديمي الانتماء حيث يبدو من الصعب ، نظرا لارتكاز الامتياز على الجنسية ، أن نعممه على أشخاص غير جزائريين ، غير انه يبدو على العكس من باب التناقض أن نستقبل اللاجئين وعديمي الانتماء ضمن التراب الوطني من جهة وان نحرمهم بذات الوقت من التمتع بقسط من الحقوق المعترف بها للمواطنين. لذلك يحق لهم التمتع بحق اللجوء إلى المحاكم بشكل خاص بذات المعاملة المطبقة على الرعايا الجزائريين ، فيبدو إذن من المرغوب فيه تعميم المادتين عليهم."¹

ثانيا : الدعاوى المعنية بالنزاع

أما الملاحظ بنسبة لنص المادتين 41 و 42 المقابلتين لنص المادتين 14 و 15 ق.م.ف أن تفسيرهما الحرفي يحصر تطبيقهما على الالتزامات التعاقدية ولكن هذا التفسير يعد تفسيراً ضيقاً ، إلا أن القضاء الفرنسي لم يلتزم بهذا التفسير

1 - موحند اسعد ، ج 2 ، الرجوع السابق ، ص 33

الضيق وإنما عمم تطبيقهما على جميع الالتزامات سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ، كما طبقهما حتى على الدعاوى غير المالية¹ ، ولم يستثنى سوى الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع بالخارج والدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات وأيضا الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري خارج فرنسا².

ويرجع سبب الاستثناء في هذه الدعاوى يرجع أساسا إلى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية ، مما يجعل كل قرار صادر بشأنها من قضاء أجنبي غير قابلة لتطبيقه فيها ، فيبقى هذا الأخير بدون حجة أو فاعلية تذكر³ ، وهذا الموقف تبنته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1970/05/27 حيث قضت بموجبه أن " للمادة 14 من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعاوى العينية العقارية ، وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا⁴.

الفرع الثاني : تقدير معيار الجنسية.

1-Pierre Mayer , Vincent Heuze,Op. Cit, P208.

2- Pirre Mayer ,Vincent Heuze, Op.Cit,P 208.Yvon Lousouarn, Pierre Bourrel, Op.cit., P 575.Jean Dérrupé , droit internationale privé , Dalloz, 14^{ém} édition, paris,2001, P112.

3 - بلقاسم أعراب ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 41.

4- Cass .27/05/1970, Cité Par Pierre Mayer ,Vincent Heuze,Op.Cité ,P208.

إن اعتماد الامتياز المقرر في المادتين السالفتي الذكر لصالح الجزائريين بعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية يكون فقط لما لا تسعفنا القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي في عقد الاختصاص لها، وهذا يعني أن اللجوء إلى المادتين يكون فقط لما لا يوجد في إقليم الجزائر أي ضابط للاختصاص المحلي ، هذا ما يجعل الكثير من الشراح الفرنسيين يسمي القواعد التي تحملها هاتين المادتين بالقواعد غير المألوفة¹

على أن طبيعة الامتياز الممنوح من طرف المادتين 41 و42 ق.ا.م.ا.أ هما غير متعلقتين بالنظام العام² ذلك إن المادتين وردتا باستعمال المشرع فيهما لعبارة " يجوز " وليس بعبارة " يجب " ،ومادام الأمر يتعلق هنا باختصاص جوازي اختياري ، فليس للقاضي أن يتمسك بتطبيق المواد المقررة للامتياز من تلقاء نفسه³ ، كما عليه أن يلتزم بتطبيقها في حالة ما إذا تمسك بها أحد الخصوم⁴ وبما أن الاختصاص المقرر في هذه المواد امتياز وطني يجعل بإمكان الطرف الجزائري الذي تقرر بمقتضاهما الامتياز لصالحه التنازل عنه. كان لا يرغب صاحب العلاقة

1 - بن عصمان جمال ، مسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان ،2008-2009، ص 346.

2 - بلقاسم اعراب ،الاختصاص ...، ج2، ص 37.

2- Mohand Issad ,O.P , Cit, Tome 02, P36.

1- Yvon Loussarn, Pirre Bourrel ,O.P, Cit , P 576 ; Pirre Mayer, Vincent Heuze , O.P , Cit ,P 211.

² - موحد اسعد ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص38.

بممارسته ، وقد يكون التنازل عن الامتياز صريحا ، كأن يلاحظ مثلا في اتفاق يتضمن استبعاد تطبيق المادتين 41 و42 ق.ا.م.ا.ج، كما يمكن أن يكون التنازل ضمنيا وان يتخذ في هذه الحالة شكلين ، فهو قد ينجم عن شرط يتضمن منح الاختصاص إلى محكمة أجنبية ، كما يمكن أن ينجم ضمنيا عن إقامة دعوى أمام محكمة أجنبية في حالة ما إذا كان مدعي ، إما في حالة ما إذا كان مدعى عليه فمن المتفق عليه¹ عموما إن امتناع هذا الأخير عن إثارة موضوع عدم اختصاص المحكمة الأجنبية ومرافعته في الأساس يؤديان إلى اعتباره متنازلا عن امتيازها.

على هذا يمكن القول أن التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا ، فالتنازل الصريح يتقرر بموجب اتفاق صريح بين الطرفين الذي تقرر الامتياز لصالحه والطرف الأجنبي على عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية² ، أما التنازع الضمني فنستخلصه إذا اختار أحد الأطراف رفع دعواه أمام محكمة أجنبية رغم أنه بإمكانه المثول أمام المحاكم الوطنية بناء على الامتياز المقرر لصالحه في المواد السالفة الذكر³ ، كما يمكن أن نستنتج الطرف الوطني عن الامتياز المقرر لصالحه إذا كانت الدعوى

¹ - بلقاسم اعراب ، الاختصاص القضائي ... ، ج 2 ، ص 37.

2- jean derrupe , op , cit , p 113.

3- عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 43. محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 638.

المرفوعة ضده أمام محكمة أجنبية ولم يدفع بعدم اختصاصها استنادا إلى الامتياز المقرر لصالحه في قانونه .

وبخلاف المشرع الفرنسي والجزائري اعتمد المشرع المصري بجنسية المدعى عليه المصرية فقط وجعل منها معيارا يبني على أساسه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وفقا لنص المادة 28 من قانون المرافعات المصري التي تنص على أن: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له محل إقامة في الجمهورية وذلك في ما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج. " .والمبين من هذا النص يكفي أن يكون المدعى عليه مصري ولا يعتد بجنسية المدعى المصرية فهي لا تنهض بذاتها مبررا لاختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية محدودة¹ والاختصاص المبني على جنسية المدعي ليس مجردا بل مقيد بنوع الدعوى وكونها متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية².

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي المبني على امتياز الموطن

إن ارتباط أي شخص بإقليم أي دولة شيء منطقي يرتب عليه واجبات تجاه هذه الدولة وحقوق يكتسبها منها ، في المقابل إن لكل دولة نظام قضائي

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 1041.

² - عبد العال عكاشة ، القانون...، المرجع السابق، ص43

معمول به يحدد مجال اختصاص محاكمها الوطنية ويعد الاختصاص الإقليمي احد أهم المسائل التي تحددها الدولة ، ويقصد به نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة .

وقواعد الاختصاص الإقليمي أو المحلي هي قواعد تهتم بتوزيع القضايا على أساس جغرافي أو إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع¹ ، ولعل توزيع الاختصاص بين إقليم الوطن الهدف منه هو: "تقريب العدالة من المتقاضين من أجل سرعة الفصل في القضايا " ، وتحقيقا لهذا فقد وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة تحدد المحكمة المختصة إقليميا بنظر النزاع التي تقرر إن المدعي يسعى وراء المدعى عليه ، وبذلك أعطى المشرع الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، إلا أنه استثناء على القاعدة العامة المرتبطة بموطن المدعى عليه ، فقد أجاز المشرع الجزائري للمدعي رفع الدعوى أمام المحكمة التي يحددها القانون والمتمثلة في مجال دعوى الحضانة بمكان ممارسة الحضانة.

لكن أمام غياب قواعد تشريعية تنظم الاختصاص القضائي الدولي الجزائري يقتضي الأمر الرجوع إلى المبادئ والأحكام العامة الداخلية التي تحدد مجال الاختصاص المحلي. وتطبيقها على المستوى الدولي بعد تكييفها بما يتلاءم مع

¹ - فريجة حسين ،المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية ،ديوان المطبوعات الجامعية ، ب.ط، الجزائر 2010،ص38..

تمديدها¹، على هذا يحق لكل فرد رفع دعوى الحضانة أمام القضاء الجزائري على أجنبي المتوطن في الجزائر تطبيقا للقاعدة العامة، ولذلك سنحاول التطرق إلى الضابط العام الذي يؤول الاختصاص للمحاكم الجزائرية وهو القاعدة العامة في تحديد الاختصاص القضائي (الفرع الأول)، ثم نعرض على الاستثناء عن القاعدة العامة؛ والذي فرضته طبيعة النزاع المتعلق بدعوى الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : القاعدة العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

الأصل أن تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بجميع الدعوى التي لم يرد بشأنها نص قانوني خاص يحدد هذا الاختصاص، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها المواطن المختار بحسب ما ورد في نص المادة 37 ق.ا.م.ا.ج.

من خلال ما سبق ذكره فإنه إذا كانت القاعدة العامة أنه يمكن رفع الدعوى القضائية في ظل التشريع الجزائري استنادا إلى قاعدة دائرة موطن المدعى عليه لكن هذا يدفعنا للتساؤل عن المقصود بالمواطن؟

1 - موحد اسعد ، القانون الدولي الخاص ، ج2، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب.ط، الجزائر ، 1998، ص31-39.

البند الأول : مفهوم الموطن.

يعرف الموطن بأنه المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة لعلاقات الشخص ونشاطه القانوني؛ أي المكان الذي يعتبر الشخص موجود من الناحية القانونية، كما يعتبر ارتباط الشخص بمكان معين لممارسة حقوقه المدنية ولعدم التهرب من التزاماته¹.

لكن ما تجدر الإشارة إليه إنه إذا كان الموطن من الضوابط المهمة التي ينعقد بموجبها الاختصاص إلى محكمة ما ، إلا أن مفهوم الموطن في القانون الداخلي يختلف عنه في المجال الدولي فالأول يعبر عن الارتباط بين شخص معين ومكان معين في إقليم دولته ويرتب آثار قانونية في حياة الأفراد ؛ أما الموطن الدولي فهو المكان التابع لإقليم دولة معينة يقيم فيه الشخص بنية البقاء سواء أكانت هذه الدولة هي التي يحمل جنسيتها أم لا².

وقد نصت المادة 36 من القانون المدني على ما يلي : " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكني يحل محله مكان الإقامة العادي ومعنى ذلك إن الإقامة الحقيقية والاستقرار هما الأساس الذي تنبني عليه فكرة الموطن ، فمجرد التواجد في مكان ما أو السكني فيه مؤقتا

¹ - زاوي فريدة ، مدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ن 2000، ص19.

² - عبد الرحمان جابر ، القانون الدولي الخاص

لا تجعل منه موطناً¹ ، ويشترط الفقه ضرورة أن يتوفر في الموطن عنصران : مادي ومعنوي² فالمادي يتجسد في الإقامة الفعلية في إقليم معين ؛ أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية البقاء والقرار في ذلك الإقليم أو المكان أي الاستقرار على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللته فترات غياب متقاربة أو متباعدة بحيث إذا غادر الشخص موطنه كانت لديه نية الرجوع إليه كان يقيم الشخص في مكان بعيد عن موطنه لقضاء فترة العلاج أو العطل .

من خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالتصور الواقعي ، والذي يحدد الموطن إما وفق للمعيار العام والمتمثل " في محل وجود السكنى الرئيسي " ، وان تعذر تطبيق هذا المعيار يطبق المعيار الثاني وهو " مكان الإقامة العادي " ³ ، وان كان نص المادة 37 من ق.ا.م.ا.ج تؤكد عدم تبني المشرع الجزائري لحل الإقامة كضابط ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية ، للنظر في النزاعات بصفة عامة والأحوال الشخصية بصفة خاصة ، إلا أن النظرة التكميلية لنصي المادتين 36 من القانون المدني والمادة 37 من

¹ - اسحاق ابراهيم منصور ، نظرية القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزائر ، 2005، ص232.

² - صادق علي هشام ، عبد العال عكاشة ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص52.

³ - فريدة زاوي ، المرجع السابق ، ص23.

ق.ا.م.ا. ج تؤكد إمكانية النظر في النزاع إذا كان للمدعي عليه محل إقامة في الجزائر¹.

ما نود الإشارة إليه في هذه الحالة أن هناك فرق بين الموطن ومحل الإقامة فالأول هو المحل الذي يحتمل فيه إقامة الشخص قانونا (الموطن الحكمي) ، أما الثاني فهو محل إقامته الفعلية ، ونظرا لاحتمال أن يكون الموطن مختلفا وبعيدا عن محل الإقامة فمصلحة المدعى عليه تتطلب رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته².

على النحو السابق الذكر فإن قد ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية على أساس محل الإقامة ، في حالة غياب الموطن الرئيسي ، لكن هذا لا يعني منح الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء على مجرد الوجود العارض ، أو العابر للمدعى عليه بإقليم الدولة ، ذلك أن وجود العارض لا يكفي لربط النزاع بالإقليم ، كما يتعارض مع قوة النفاذ الذي يعد الأساس الجوهرى لقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في المجال الدولي³ ، وذلك خلافا لبعض التشريعات كالقانون الانجليزي الذي يعقد الاختصاص بمجرد الإقامة العارضة للمدعى عليه ، فتواجد

¹ - جندولي فاطمة الزهراء ، التحلل الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2010-2011، ص 119.

² - بوبشير محمد أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة، 2003، ص 287.

³ - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص، المرجع السابق، ص 102.

المدعى عليه في إقليم الدولة لغرض السياحة أو الزيارة يعد كافيا لعقد الاختصاص للقضاء الإنجليزي ، طالما أن الإعلان بالدعوى تم أثناء تواجده بإقليمها¹ .

وينقسم الموطن عام وموطن خاص ، فالموطن العام هو الذي يعتد به القانون بالنسبة لنشاط الشخص وأعماله ، وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فهو يتعلق بنشاط معين أو علاقة معينة للشخص وفي ما يلي نتعرض إلى الموطن العام ثم الموطن الخاص.

أولاً: الموطن العام :

وهو المكان الذي فيه تدور اتصالات الشخص في كافة أموره ومعاملاته القانونية ، والموطن العام بدوره قد يكون موطناً عادياً أو موطناً قانونياً.

1 - الموطن العادي :

وهو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه ويتحدد على أساس الإقامة الفعلية وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي على النحو السالف الذكر.

2- الموطن القانوني :

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص1049..

في بعض الأحيان حدد المشرع موطن الشخص بنص في القانون حتى ولو لم يكن الشخص مقيماً في ذلك المكان فعل ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 38 ق.م.ج بقولها موطن القاصر والمهجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً.

ثانياً: الموطن الخاص:

قد يوجد للشخص إلى جانب الموطن العام موطن خاص ببعض أعماله أو حتى علاقاته القانونية، وتنقسم بدورها إلى ما يلي :

1 - الموطن الأعمال :

يقصد به المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة ، وهو لا يعتبر موطناً إلا بالنسبة لإدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة¹.

يرى الفقه المصري أن الموطن الخاص على عكس الموطن العام يتعلق مباشرة تصرفات قانونية معينة أو محددة وبالتالي يتحدد نطاق المحاكم المصرية في مجال الموطن الخاص بالتصرفات التي ترتبط بهذا الموطن الخاص وحدها ولا يمتد إلى ما يخرج عن هذا المجال من الدعاوى².

¹ - ونصت عليه المادة 37 مدني جزائري ، وتقابلها المادة 41 قانون مدني مصري.

² - اشرف عبد العليم الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ، دار الكتب القانونية ، بدون طبعة ، مصر ، 2002 ، ص 267.

2- الموطن المختار.

أحيانا يختار الشخص مكانا أو محلا معيناً كموطن له وهو بصدد القيام بإجراءات قضائية أو تنفيذ عمل قانوني معين ، و يقصد باختيار موطن بحسب نص المادة 1/39 ق.م.ج¹ اتخاذ موطن طيلة المدة التي يستغرقها تنفيذ العمل دون أن يتأثر بتغيير محل الإقامة ومثال ذلك أن يختار الشخص مكتب محاميه كموطن مختار في دعوى ما.

هذا مع العلم بان جانب من الفقه المصري يرى أن ثبوت الاختصاص في حالة وجود الموطن المختار يرجع إلى فكرة الخضوع الاختياري قائلين : " أن اتخاذ المدعى عليه الأجنبي موطناً مختاراً في مصر بالنسبة لعمل قانوني معين إنما يفيد قبوله الخضوع لاختصاص المحاكم المصرية فيما يتعلق بسائر المنازعات التي ترتبط بهذا العمل القانوني²

البند الثاني: ضابط الموطن المدعى عليه.

إن القاعدة الأساسية في الاختصاص القضائي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه ، هذه القاعدة التي تعود أصولها إلى

¹ - بقولها : " يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين. "

² - هشام صادق علي صادق ، حفيظة السيد حداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000، ص32.

العهد اللاتيني طبقا للمقولة الشهيرة " Actor Sequitur Forum Rei " ¹،
وتبنتها مختلف التشريعات المقارنة² القاعدة التي تبناه المشرع الجزائري، نصت على
هذا الضابط المادة 37 ق. 1. م. 1. كما يلي: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة
القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وان لم يكن له موطن
معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي
حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها
الموطن المختار ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. " الواضح من هذا أن
المشرع الجزائري أخذ بالاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرتها
موطن المدعي عليه.

كما سبق الإشارة إليه إن القاعدة المنصوص عليها في المادة 37 ق. 1. م. 1.
تستخدم لتنظيم الاختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية و تحديد الاختصاص
الجزائري بوجه عام، وهذا مسلك غير غريب على أساس أنه يجوز مخاصمة الأجنبي

1- أحمد المليجي ، اختصاص المحاكم الدولي و الولائي وفقا لنصوص المرافعات معلق عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1991، ص55.

2 - فهو المبدأ المعمول به في معظم التشريعات العربية من ذلك القانون المصري في المادة 29 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968: " تختص محاكم الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية ، المتعلقة بعقار واقع في الخارج " ، وتقابلها المادة 14 من قانون المرافعات البحريني ، والمادة 28 من القانون الأردني رقم 24 لسنة 1988 ، المادة 3 من قانون المرافعات السوري، المادة 3 من القانون الليبي التي تكتفي بمجرد الإقامة. انظر عبد العال محمد عكاشة ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار الفتح ، الإسكندرية ، 2010، ص46.

أمام المحاكم الجزائرية ، إذا كان له موطن في الجزائر، وإن كان المفيد القول أنه في مجال الاختصاص القضائي الدولي أن لهذه القاعدة اعتبارات مهمة نظرية وعملية في آن واحد ، فهي نظرية لان أساسها " أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة " ، وأن من يدعي بحق ما في مواجهة آخر أن يسعى هو إلى موطن المدعى عليه ، كذلك يجب افتراض أن الوضع الظاهر مطابق للحقيقة حتى يثبت العكس¹.

إلى جانب ذلك هناك اعتبارات عملية هامة تستوجب الأخذ بالقاعدة السابقة ، إذ أن تجاهلها يجعل المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيء النية الذي يمكن أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه و يكبده بذلك مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير عملا لاسترداد نفقاته من المدعي المفلس². كما انه من غير العدل أن يتحمل المدعى عليه صعوبات المرافعات والدفاع في دولة أجنبية³ ، وعدم معرفة اللغة والقواعد المحلية في دولة المدعي برفع دعواه⁴.

¹ - صادق علي هشام ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 2002، ص88

2- Cuhe Et Vincent, Procédure Civile , Dalloz ;1963,N°233.

3-Daniel Gutman, Op, Cit, P286.

4- حفيظة السيد حداد ، الكتب الثاني ، الاختصاص... ، المرجع السابق ، ص125

أمام هذه الاعتبارات النظرية والعملية للأخذ بقاعدة موطن المدعى عليه ، هناك اعتبار أقوى يؤكد ضرورة المبدأ السابق في المجال الدولي بصفة خاصة ، فهو يتفق مع مبدأ هام من المبادئ المقررة في الاختصاص القضائي الدولي وهو " ضمان الفعالية الدولية للأحكام " ، فمحكمة موطن المدعى عليه هي القادرة بلا شك على إلزامه بالحكم الصادر ضده لما لها من سلطة فعلية عليه¹ .

ويعد موطن المدعى عليه ضابطا للاختصاص في الاتفاقيات الدولية والتي صادقت عليها أو أبرمتها الجزائر منها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقع في الرياض بتاريخ 06 أبريل 1983² في المادة 28/أ منها ، ففي غير مسائل الأهلية والأحوال الشخصية والحقوق العينية المتعلقة بالعقار تعتبر محاكم الطرف المتعاقدة مختصة إذا كان موطن المدعى عليه ، كما جاء في اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقع بمدينة رأس لانوف بليبيا في 9 و 10 مارس 1991³ في المادة 34 /أ انه : " تعتبر محاكم الطرف المتعاقدة

¹ - صادق علي الهشام ، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق ، ص125.

² - مرسوم رئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001 المتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقع في الرياض وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دورة انعقاده العادية الثالثة عشر ، منشور في يوسف دلاندة : اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ، ص169 وما يليها.

³ - مرسوم رئاسي رقم 94-181 المؤرخ في 27 يونيو 1994 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقع براس لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس 1991 ، انظر يوسف دلاندة المرجع السابق ، ص87 وما يليها.

مختصة إذا كان موطن أو محل إقامة المدعي عليه أو احدهم إن تعددوا وقت افتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله . " وكذلك الاتفاقية الثنائية المبرمة مع عدة دول في مجال التعاون القضائي منها الاتفاقية الجزائرية الاسبانية¹ في المادة 17 ، والاتفاقية الجزائرية الايطالية² في المادة 16 ، والجدير بالذكر ان موضوع الاختصاص لم يلق اهتماما في الاتفاقيات الثنائية على كثرة مقارنتها بمواضيع أخرى مثل تنفيذ الأحكام والإنابة القضائية وتسلم المجرمين³ ، وهنا يتعين الرجوع للقانون الداخلي من أجل تحديد الاختصاص القضائي في المنازعات الدولية الخاصة.

لكن رغم وجاهة هذا المبدأ لكن قد تعترضه صعوبات عملية كحالة تعدد المدعى عليهم أو انعدام موطن المدعى عليه، فما هو الحل إذا كان المدعى عليهم متعددين ، ولا يتحقق شرط الموطن في الجزائر إلا بالنسبة لأحدهم فقط؟

أولا : تعدد المدعى عليهم

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-64 المؤرخ في 11 فبراير 2011 يتضمن التصديق على اتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين الجمهورية الجزائرية ومملكة اسبانيا موقعة بمدريد في 24 فبراير 2005 ، ج.ر عدد08 ، ص04 وما يليها.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-72 المؤرخ في 13 فبراير 2005 يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الايطالية ، الموقعة في الجزائر في 22 يونيو 2003 ، ج.ر عدد13، ص3 وما يليها.

³ - أحمد الميليجي ، المرجع السابق ، ص98.

لقد دعت اعتبارات وحدة الخصومة وحسن إدارة العدالة، وتلافي تضارب الأحكام إلى تقرير الاختصاص القضائي لمحكمة موطن أو إقامة أحد المدعى عليهم وهي القاعدة التقليدية المنصوص وقد وردت هذه القاعدة في اغلب التشريعات¹. عليها في نص المادة 38 ق.ا.م.ا. ج أين يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم. والحكمة من هذه القاعدة الخاصة هي تشجيع المدعي على جمع طلباته ضد المدعى عليهم المتعددين في خصومة واحدة وعدم تقطيع أوصالها حتى لا تصدر في المنازعة الواحدة أحكام متضاربة ومتعارضة² ولنفس الاعتبارات يفرض الأخذ بنفس الحل في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، ويشترط الفقه لإعمال هذا الحكم عدة شروط :-
يجب أن يكون المدعى عليهم الذين يجوز رفع الدعوى عليهم مختصمين في الدعوى بصفة أصلية .

- يجب أن يكون بين الطلبات الموجهة إلى كافة المدعى عليهم ، ارتباط جدي يقرر يرر جمعها في دعوى واحدة ترفع أمام محكمة الموطن .

- يشترط أن يكون أيضا التعدد حقيقيا وليس سوريا

1 - في المادة 42 فقرة ثانية ق.ا.م.ف والمادة 8/49 مدني مصري ،

2 - هشام صادق علي هشام ، حفيظة السيد الحداد،دروس.....، المرجع السابق،ص34.

- كما يشترط أن تكون المحكمة إلى ترفع إليها الدعوى في حالة التعدد هي محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم فإذا عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة لهذا الأخير بتناء على ضابط آخر للاختصاص فلا يجوز رفع الدعوى على جميع المدعى عليهم أمامها ، لأنها تعتبر محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم وإذا رفعت الدعوى على خلاف ذلك كان لهم الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية ويرى الأستاذ احمد سلامة في هذا الشأن: " أن العمل جرى على خلاف ذلك نظرا لان الاختصاص يشكل أحد مظاهر السيادة في الدولة فلا يكون مقبولا الانتقاص من سلطان هذا القضاء لصالح قضاء دولة أجنبية فلو أن محكمة أجنبية اختصت بدعوى تعدد فيها المدعى عليهم بناء على موطن أو محل إقامة لأحدهم في إقليم دولة أجنبية فانه لا يترتب على ذلك سلب المحاكم المصرية اختصاصها في حالة يتحقق فيها أي سبب من أسباب الاختصاص¹ .

ثانيا : انعدام الموطن

من الفرضيات الممكنة في مجال انعقاد الاختصاص القضائي الدولي انعدام الموطن بالنسبة للمدعى عليه وهنا يمكن اللجوء إلى الضابط الاحتياطي والمتمثل في محل الإقامة غير انه إذا كان كلاهما مجهول أو غير معروف ، فلا مجال للأخذ

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص1024.

بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه ، ويمكن للمدعي أن يرفع الخصومة أمام محكمة غيرها تكون مختصة وفقا لأحدى القواعد الأخرى للاختصاص القضائي الدولي.، فان لم يتيسر ذلك للمدعى ولم يجد محكمة مختصة دوليا كنا أمام حالة من الحالات التي يجب فيها مراعاة وتجنب إنكار العدالة ، فيعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى أو جنسيته¹.

من خلال ما سبق ذكره إن المشرع الجزائري قد قرر عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية في حالة توطن المدعى عليه في الجزائر وكان مبنى الاختصاص هنا هو مراعاة مصلحة المدعى عليه باعتباره الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية فإلى جانب هذه القاعدة العامة هناك استثناء فرضته طبيعة النزاع وقرر قواعد اختصاص خاصة بدعوى معينة ومنها دعوى الحضانة.

الفرع الثاني: الاختصاص القائم على نوع الدعوى والقانون الواجب التطبيق .

لقد سبق وأن أشرنا أن الاختصاص الإقليمي هو نصيب كل محكمة من إقليم الدولة وهذا له علاقة وطيدة بنوع الدعوى ، فقد يتحدد اختصاص محكمة ما على أساس نوع الدعوى ويكون على أطراف النزاع لزاما احترام هذا الاختصاص ، كما أنه يمكن للقانون الواجب التطبيق على النزاع أن يلعب دورا

¹ - أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 279

مهما في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية لذلك ولأجل توضيح المسألة سنتطرق إلى الاختصاص القائم على أساس الدعوى الحضانة (البند الأول) ثم الاختصاص القائم على القانون الواجب التطبيق (البند الثاني)

البند الأول : الاختصاص القائم على أساس الدعوى الحضانة

من المعايير المهمة في تحديد الاختصاص القضائي سواء الداخلي أو الدولي تعلقه بنوع بدعوى، فان كانت القاعدة العامة - كما سنرى لاحقا - الاختصاص المبني على موطن المدعى عليه، إلا انه واستثناء في حالات معينة حددها المشرع الجزائري في نص المادة 426 المعدلة بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 التي تحدد الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالحضانة في نص الفقرة الرابعة منها بقولها : " انه في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة."

بموجب هذا النص يستقر الاختصاص فيما يتعلق بدعوى الحضانة أو المطالبة بها أو ممارسة حق الزيارة أو الرخص المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة ، فلو وقع نزاع خاص بممارسة حق الحضانة في حالة انحلال زواج مختلط فالقاضي الوطني مطالب بالفصل في مسألة الاختصاص القضائي وفق لقواعد الاختصاص المحلي وهي مكان ممارسة الحضانة .

أما بالنسبة للمجال الاتفاقي فقد قررت المادة الخمسة¹ من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية أن الاختصاص يؤول للمحكمة التي لا يقع في دائرتها مسكن الزوجية باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة؛ ومنه تم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعوى الطلاق والحضانة لارتباطهما وتجنباً لتنازع الاختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين .

البند الثاني : الاختصاص القائم على القانون الواجب التطبيق .

يقوم هذا الاختصاص في حالة ما إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق في الدعوى، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للمدعى عليه موطن معروف في الخارج من عدمه² ، ويقوم هذا الحل في رأي الفقه المصري على أساس أن محاكم الدولة هي الأقدر على كفاءة تطبيق قانونها وهو وان كان أساساً منكور في مسائل الأحوال العينية إلا أنه له وجاهته في مسائل الأحوال الشخصية³.

وتجدر الإشارة أن الأصل هو أن الاختصاص التشريعي لا يجلب الاختصاص القضائي ، فمشكلة الاختصاص القضائي هي مشكلة أولية يتعين

¹ - المادة الخامسة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية: "يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة."

² - هشام على صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 131.

³ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 536.

الفصل فيها قبل البت في مسألة القانون الواجب التطبيق وإذا كان من المتصور أن يتلزم كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في بعض الفروض الاستثنائية، أين يكون الاختصاص التشريعي للقانون الوطني مجلبا للاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بصفة مباشرة ، وهو ما يقتضي أن يتحرى القاضي عن القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى قبل أن يفضل في مسألة اختصاصه بنظرها خلافا للمبادئ العامة.

وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه ، وتؤكد اختصاصه بالمنازعات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية للفرنسيين (ولو كانوا غير متوطنين في فرنسا) ولعل من الاعتبارات التي دفعت القضاء الفرنسي إلى الأخذ بهذا الحل أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال الأحوال الشخصية وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية، ومع ذلك يرى جانب من الفقه أن اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعوى قائم على التفسير الموسع للمادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي¹.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أخذ به وفقا للفقرة السابعة من المادة 30 ق.م. مصري ، ويعتبر الفقه في تعليقه على نص المادة أن المشرع المصري قد

1 - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، المرجع السابق ، ص 132

قرر حكما استثنائيا بمقتضاه يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي على اعتبار أن المحاكم المصرية هي الأقدر على كفاءة تطبيق قانونها في مسائل الأحوال الشخصية وخصوصا انه وفقا لأحكام المادة 14 مديني مصري تعقد الاختصاص للقانون المصري في مسائل الزواج والطلاق والتطليق والانفصال إذا كان احد الزوجين مصرية وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري سبق القول أنه انتهج مسار المشرع الفرنسي ولم يحدد قواعد وأحكام خاص بالاختصاص القضائي الدولي، مما يدفعنا للتساؤل هل القضاء الجزائري أخذ بنفس التفسير الموسع لنص المادتين 14 و15 م. ف ؟

في الواقع إنه بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أن المحكمة العليا قد اعتمدت هذا الرأي على اعتبار أن المسألة متعلقة بالسيادة الوطنية، وطالما أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني فالدفع بعدم الاختصاص المحلي في غير محله وقد قضت على النحو التالي²: " من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى .

1 - عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية، المرجع السابق ،ص 80.

2 - قرار رقم 86305 ، غ.أ.ش، المحكمة العليا ،بتاريخ 1992/10/27 ، م.ق، عدد01، سنة 1995 ، ص123-127.

وان موطن كل جزائري، هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محل الإقامة العادي .

ولما ثبت من قضية الحال المتخاصمين جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي وطلبا التقاضي إمام محكمة جزائرية فان قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين إلى التقاضي أمام القضاء الأجنبي وان المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه . " ويظهر جليا من هذا القرار أنه لا يمكن وبأي الحال التنازل عن الاختصاص القضائي لصالح دولة أجنبية على اعتبار أن المسألة تتعلق بالسيادة ، وان القضاء الجزائري قد اعتمد نفس الحل الذي اعتمده القضاء الفرنسي .

المبحث الثاني: الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري. وحسن سير الدعوى.

الاختصاص الذي يطرأ على المحكمة لظرف طارئ رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي في مسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاص محكمة الموضوع المقامة لديها الدعوى الأصلية ، وحالات هذا الاختصاص تتمثل في الخضوع الإرادي أي قبول الخصوم بالخضوع لولاية القضاء ، إلى جانب ذلك قد يمكن حدوث حالات تستدعي الحل العجل للنزاع وما يعرف بالتدابير الوقائية ، كما يمكن أن يسند لها الاختصاص حالة الارتباط بالدعوى كان تثار أثناء

نظر المحكمة المختصة في النزاع المطروح أمامها مسائل أولية أو طلبات عارضة لا تختص المحكمة بالفصل فيها .

للتصدي لكل هذه الحالات سنتطرق في هذا المبحث إلى الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري (المطلب الأول)، والاختصاص القائم على حسن سير العدالة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الاختصاص القائم الخضوع الاختياري

يقصد بالاختصاص القائم على الخضوع الاختياري فسح المجال لإرادة الخصوم في اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بين الطرفين ، فقد يكون القضاء الجزائي مختصا بالنظر في النزاع غير أن الخصوم يتفقون على عرضه على قضاء دولة أجنبية أخرى ، وقد يكون العكس القضاء الجزائي غير مختص ولكن الخصوم يتفقون على عرض نزاعهم عليه .

إن مسألة الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري لإرادة الأطراف لم تكن محل اتفاق بين الفقه حول الآخذ بها ، إذ رفض جانب من الفقه وبعض التشريعات مثل التشريع الاسباني والأرجنتيني والهولندي¹ ، التسليم بإرادة الأطراف في تعيين المحكمة المختصة على سند أن ترك الإرادة طليقة في تحديد المحكمة

¹ - صادق علي هشام ، تنازع الاختصاص .. ن المرجع السابق ، ص96.

المختارة سيستتبع المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصلة الأجنبية مع أن هذا الاستقرار احد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص.

كما يرى هذا الاتجاه أن القضاء يعد احد المظاهر الهامة لسيادة الدولة ومن غير المقبول السماح لإرادة أطراف النزاع بالتغيير في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة وبالتالي التأثير على سيادتها الوطنية لان هذه القواعد إنما تهدف إلى تنظيم وإدارة خدمة ومصصلحة عامة¹.

وذهب اتجاه آخر إلى عدم الأخذ بقاعدة الخضوع الاختياري كقاعدة عامة للاختصاص الدولي إلا إذا وجدت اتفاقية دولية تنص على جوازه².

غير أن الرأي الراجح يعترف بتحويل الإرادة دورا في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي بحيث يكون للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن مختصة أصلا بالنزاع وفقا لأي ضابط من ضوابط الاختصاص التي يحددها الشرع³.

¹ - عبد النور أحمد ، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015-2016، ص 44 وما بعدها.

² - أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 300.

³ - أحمد عبد النور ، المرجع السابق ، ص 44 وما بعدها.

وقد قننت قاعدة الخضوع الاختياري باتفاقية دولية اقراها مؤتمر لاهاي العاشر للقانون الدولي الخاص عام 1924 تحت عنوان " اتفاقية بشأن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة".¹

إلا أن الاعتراف لإرادة الأفراد في اختيار المحكمة المختصة في النزاع إي جلب الاختصاص القضائي الدولي لدولة غير مختصة أصلا ، يفسح المجال نحو إثارة مشاكل متعددة في المجال الدولي ، لارتباطه بالسيادة من جهة وبقوة نفاذ الأحكام الصادرة عن القضاء الذي حددته إرادة الأطراف ، إلى جانب اعتبار قواعد الاختصاص الدولي امتداد لقواعد الاختصاص الداخلية يثير التساؤل حول طبيعة هذه القواعد ومدى إمكانية الاتفاق على خلاف ما تضمنته؟ للإجابة عن هذه الأسئلة سنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري (الفرع الأول) ، ثم الشروط الواجب توفرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:موقف المشرع الجزائري

يرتبط معيار اختيار الاختصاص القضائي الدولي بطبيعة الاختصاص الإقليمي التي أوردها المشرع الجزائري في القسم الثالث الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأدرجه بعنوان " في طبيعة الاختصاص الإقليمي " ،

¹ - صادق علي هشام ، تنازع الاختصاص .. ، المرجع السابق ، ص235.

وينطوي تحت هذا العنوان ثلاث مواد تحمل في طياتها موقف المشرع الجزائري المتناقض من طبيعة الاختصاص القضائي المحلي ومن ثم الدولي.

فالمادة 45 من ق.ا.م.ا نصت على انه : " يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة ، إلا إذا تم بين التجار". أن نص هذه المادة يشير صراحة إلى إلغاء و إبطال كل اتفاق يهدف إلى تغيير أحكام الاختصاص القضائي ويمنح الاختصاص لجهة قضائية أخرى غير المختصة ، وذلك باستثناء الاتفاق الذي يتم بين التجار. بالتالي ما يستنتج من نص المادة أن طبيعة قواعد الاختصاص أنها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وفي اتجاه آخر نجد نص المادة 46 ق.ا.م.ا يقول : " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا". يبدو جليا من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجاز صراحة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى ، وهذا ما يستنتج منه أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام ما دام الاتفاق على مخالفتها جائز ، وهو الأمر الذي أكدته أيضا المادة 47 من ذات القانون التي

أوجبت إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول¹.

إن تحليلنا لنص هذه المواد قد يوحي لأول وهلة بوجود تناقض في موقف المشرع الجزائري فان كان نص المادة 54 ق.ا.م.ا يميز للأطراف اختيار محكمة غير المفترضة في النزاع على شرط أن تكون لهم صفة التجار ، في حين المادة 46 تميز اختيار محكمة غير مختصة على أن 47 من ذات القانون منحت المدعى عليه حق أثارت الدفع بعدم الاختصاص وهذا قبل أي دفع في الموضوع، هذا التناقض في موقف المشرع الجزائري اتجاه مبدأ الخضوع الاختياري يمكن أن يفسر لعدة تفسيرات.

فالتصور الحاصل أن المادة 45 السالفة الذكر تؤكد مبدأ الخضوع الاختياري الصريح² ، بينما المادة 46 تتعلق بالخضوع الاختياري الضمني³ ، أي نستطيع القول أن المشرع الجزائري يقبل اتفاقات الخضوع الاختياري الصريحة فقط بين من لهم صفة التجار ، بينما الخضوع الاختياري الضمني هو لأطراف مهما كانت صفتهم مع اشتراط عدم وجود أي دفع بعدم الاختصاص. أو يمكن القول

1 - تنص المادة 47 ق.ا.م.ا على ما يلي: " يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول."

2 - أحمد عبد النور ، المرجع السابق ، ص 225 .

3 - أحمد النور ، المرجع السابق ، 225.

انه كان من المفروض أن المشرع الجزائري عند إصداره قانون الإجراءات المدنية كان من المفروض أن يلغي المادة 45 ولكنه أغفل ذلك تماما¹.

لكن ما يجب ذكر أن نقل هذه المواد في المجال الدولي يثير إشكالات مهمة وخصوصا مع تزايد الانفتاح على الاستثمار الأجنبي وازدياد العلاقات مع الأجانب ، فلو جزمنا بنص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر التي هي امتداد لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي ، هذه الأخيرة التي ليست من النظام العام² وبالتالي يمكن الاتفاق على مخالفتها ، فيصح الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه ، أو على جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه.

أما بالنسبة لنص المادة 45 ق.ا.م.ا. ج فهو مطابق لنص المادة 48 ق.ا.م.ف التي تبطل كل اتفاق على تعديل أحكام الاختصاص المحلي الداخلي باستثناء إذا كان مبرما بين التجار أي أن الاتفاق في غير المجال التجاري على تعديل أحكام الاختصاص القضائي الدولي يعتبر باطلا ، غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا استنتاج واستمرت على تأييد الطبيعة الغير إلزامية

¹ - عبد الرزاق دربال ، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة ، ملنقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر ، 21-22 أبريل 2010.

² - بلقاسم اعراب ، ج 2 ، المرجع السابق، ص 27.

لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وحكمت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي لما يكون النزاع دولياً¹، ونستطيع القول بما أن المشرع الجزائري قد انتهج نفس مسلك المشرع الفرنسي في مجال الاختصاص القضائي الدولي لذلك من الأحسن التوصل إلى نفس النتائج التي توصل إليها القضاء الفرنسي.

وقد اخذ المشرع المصري على الخضوع الاختياري بوصفه من الضوابط التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم المصرية في نص المادة 32 من قانون المرافعات المصري بقولها: " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً."

بجمل القول أن الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري قد يؤثر إما سلباً وإما إيجابياً على اختصاص المحاكم الوطنية أي إما أن يكون جالباً للاختصاص وإما يكون سالباً للاختصاص مفضلاً محكمة أجنبية ، لذلك دأب الفقه على وضع شروط تحدد مجال هذا الاختصاص كما سنرى في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : الشروط الاختصاص القضائي القائم على الخضوع الاختياري

¹ - Yvon Loussouarn, Pirre Bourel ,O.P Cit, P 564- 566.

كما سبق الإشارة إليه أن كل من التشريع لا الجزائري أو الفرنسي أو حتى المصري لم يضعوا شروط تحدد مجال أعمال الاختصاص القائم على الخضوع الاختيار إلا أن الفقه والاجتهاد المقارن حدد مجموعة من الشروط.

أثار موضوع الشروط الواجب توفرها سلب الاختصاص من المحاكم المختصة أصلا بالمنازعة وتحويله الاختصاص إلى محكمة أخرى بناء على إرادة الأطراف التي منحتها هذا الاختصاص جدلا فقهيها صاحبها في الفقه المقارن.¹ وهذه الشروط هي على النحو التالي :

الشرط الأول: ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص بالصفة الدولية.

إن هذا الشرط من أكثر الشروط التي أثارت الجدل بين فقه القانون الدولي الخاص ، ويذهب غالبية الفقه إلى ضرورة أن يكون الاتفاق المانع للاختصاص وارد بصدد نزاع متضمنا عنصرا أجنبيا ، أو بمعنى آخر متصلا بمنازعة تتصف بالصفة الدولية، أما إذا كان الاتفاق المانع للاختصاص متعلقا بنزاع وطني بحث فان الاتفاق الذي يمنح الاختصاص لمحاكم دولة أخرى غير تلك التي يرتبط بها النزاع ذو الصفة الوطنية البحتة ارتباطا كليا لا يكون منتجا لأي اثر قانوني² .

¹ - حفيظة السيد حداد ، الاختصاص القضائي ..، المرجع السابق ، ص 92.

² - حفيظة السيد حداد ، الاختصاص القضائي ..، المرجع السابق ، ص 93.

لكن رغم وجهة هذا الرأي واتصافه بالمنطقية نظرا لأنه من الأمور ظاهرة التناقض لن يسمح لإرادة الأطراف أن تعطي الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية بصدد العلاقات الوطنية البحتة فان جانب من الفقه قد ذهب إلى التشكيك في ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص بالصفة الدولية¹.

الشرط الثاني : أن تكون هناك رابطة جدية

معنى ذلك هو ضرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة والمعهود إليها بالاختصاص والنزاع المطروح أمامها ، وهذه العلاقة الجدية قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم ، كأن ينتمي أحد الأطراف بجنسيته إلى المحكمة المختارة للفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي ، كما يمكن أن تتبلور فكرة الرابطة الجدية أيضا في عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة القانونية محل النزاع كان يتصل أحد عناصر تلك العلاقة (محل تنفيذ العقد مثلا) بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة².

إلا أن الفقه انقسم بشأن هذا الشرط إلى جانبين ، ذهب أحدهما إلى ضرورة اشتراط توافر الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح ، أما

¹ - لأكثر تفاصيل في هذا الشرط راجع حفيظة السيد حداد ، الاختصاص القضائي الدولي ،...، المرجع السابق ، ص 94.

² - هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثالث ، المرجع السابق ، ص 102.

الجانب الآخر اقترح اللجوء إلى فكرة المصلحة المشروعة بدلا من الرابطة الجديدة، واستند الجانب الأول إلى أن المشرع عندما جعل من إرادة الخصوم ضابطا للاختصاص القضائي الدولي للقضاء الوطني ، فإنه يتعين أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابتة ، حتى لا ينتهي الأمر بانصياع القاضي إلى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على إقليمها¹ ، كما أن ضمان فعالية الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية يستوجب أن يكون للنزاع صلة بهذه المحاكم ، إذ لن يعترف بتلك الأحكام خارج الإقليم الوطني عند غياب تلك الصلة² .

أما الجانب الآخر من الفقه³ فقد أدرك خطورة الانصياع وراء أهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة فيما لو أطلقنا حريتهم في الخضوع الاختياري لقضاء محايد لا تربطه أي رابطة جديدة ، ولهذا اقترح هذا الفقه اللجوء إلى قيد آخر على حرية الخصوم في الخضوع الاختياري لولاية قضاء معين هو "فكرة المصلحة المشروعة" التي يمكن أن تحل محل فكرة الرابطة الجديدة .

¹ - حفيظة السيد حداد ، صادق علي هشام ، القانون الدولي ..، المرجع نفسه ، ص 102.

² - محمد وليد المصري ، المرجع السابق ، ص 314.

³ - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ..، المرجع السابق ، ص 170.

ومؤدى فكرة المصلحة المشروعة انه يجوز للخصوم الاتفاق على الخضوع الاختياري لولاية قضاء دولة معينة ولو لم يكن بينها وبين النزاع رابطة جدية ، بشرط أن تكون للخصوم مصلحة مشروعة في ذلك وبهذه المثابة يعد الاتفاق المانع للاختصاص باطلا إذا كان الهدف من وراء جلب الاختصاص لمحاكم دولة بعينها هو الغش نحو الاختصاص لأنه في هذا الفرض تنتفي مشروعية المصلحة¹ .

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي القائم على حسن سير العدالة.

تختص المحاكم الوطنية بنظر العديد من الدعاوى في أحوال معينة دون أن يستحقق ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة قانونا ، ذلك إما لاتصال الدعوى بدعوى تدخل ضمن اختصاصها تحققا و ضمانا لوحدة الخصومة أو ما يسمى بتنظيم سير الخصومة (الفرع الأول) و إما لأن الأمر يتطلب سرعة تدخل القضاء من أجل اتخاذ إجراءات معينة لحماية المحضون أثناء سير الدعوى الأصلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الاختصاص القضائي القائم على تنظيم سير الخصومة

¹ - لأكثر تفاصيل، هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ...، المرجع السابق ، ص 171. عبد المجيد العال عكاشة ، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق ، 69.

قد تتطلب بعض النزاعات القضائية بث القاضي في النزاع رغم عدم اختصاصه ، وهذا تفاديا لضياع حقوق الأطراف المتنازعة من جهة وحسن سير العدالة من جهة أخرى ، وتتمثل هذه الحالات في الدعاوى المرتبطة (البند الأول)، وحسن سير العدالة (البند الثاني).

البند الأول: الدعاوى المرتبطة

استقر الفقه و القضاء في مختلف الدول على التسليم باختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة بالدعاوى القضائية الدولي المقررة في قانونها، و يتحقق لها هذا الاختصاص حتى و لو لم يكن ليتقرر اختصاصها بالدعاوى المرتبطة فيما لو رفعت إليها في صورة دعوة ابتدائية، وهذا تطبيقا للقاعدة القائلة بأن قاضي الأصل هو قاض الفرع أو قاضي الموضوع هو قاضي الدفع¹.

هذا الاختصاص الثابت المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة تمليه الاعتبارات العملية و يستجيب لحسن أداء العدالة، كما من شأنه الحفاظ على وحدة الخصومة و الإجراءات و يحول دون صدور أحكام متضاربة في ذات المنازعة² و اختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى

¹ - محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، 228، محمد وليد المصري، مرجع ص316.

² - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ج2، ص31، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص1095.

المرتبطة بالدعاوي الأصلية التي تدخل ضمن اختصاصها هو اختصاص ذو طابع عام ينصرف حكمه إلى المنازعات في مواد الأحوال العينية و في مواد الأحوال الشخصية¹.

و توجد ثلاث حالت للدعاوي المرتبطة و هي:

أ)-المسائل الأولية:

تعتبر مسألة أولية كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها²، و معنى آخر هي المسألة التي يتوجب على المحكمة البث فيها أولا حتى يتسنى لها الفصل في موضوع النزاع الأصلي³.

فإذا كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية فتختص أيضا بالنظر في كل مسألة أولية يقتضيها الفصل النهائي في الدعوى، و حتى لو لم تكن هذه المسائل مما يدخل في ولايتها أصلا⁴، و ذلك بشرط أن تكون المحكمة الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية وفقا لقواعد الاختصاص في قانونها و حتى و لم تكن مختصة بنظر المسألة الأولية إذا ما رفعت إليها في صورة دعوى أصلية كما يجب أن يكون الفص في المسألة الأولية لازما للحكم في

¹-أشرف عبد الحليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 369

²-أحمد عبد الكريم سلامة، ق، د، ج، المرجع السابق، ص 1091

³-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 316

⁴-هشام علي صادق، تنازع الاختصاص، المرجع السابق، ص 187

الدعوى الأصلية¹ فمثلا تحديد جنسية الخصوم فيها أولا لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى متى تكلف الأمر بتطبيق قاعدة الاختصاص المبني على جنسية الخصوم أو موطنهم².

فمحكمة موضوع الدعوى الأصلية هي التي تنظر في المسائل الفرعية و تفصل فيها تبعاً للدعوى الأصلية (مثال)

ب)-الطلبات العارضة:

الطلبات العارضة هي التي تبنى أثناء سير الخصومة من قبل أحد أطراف الخصومة سواء كان المدعى أو المدعى عليه، و يكون من شأنها تغيير نطاق الخصومة زيادة أو نقصانا من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها³ و هذا ما يميزها عن المسائل العارضة الأخرى التي تنعقد بما إجراءات الدعوى أو تحقيقها أو الحكم فيها، فهذه الأخيرة ليس لها تأثير مباشر على موضوع الدعوى أو سببه أو موضوعه⁴.

1- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص113-114

2- حفيظة السيد الحداد، الاختصاص..، المرجع السابق، ص154.

3- اشرف عل العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص374، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1093.

4- عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق علي، المرجع السابق، ص105

كطلب سقوط الخصومة أو تركها مثلا، فالمسائل العارضة تلازم الطلب الأصلي وجودا أو عدما بطلاق الطلبات العارضة كالطلب الذي يتضمن تفسير أو إضافة لسبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي¹.

فتختص المحاكم الوطنية بالفصل في الطلبات العارضة المتصلة بدعوى تدخل أصلا في اختصاصها حتى ولو لم تكن هذه الطلبات مما يدخل في ولايتها أصلا، فيما لو أثبت أمامها في صورة خصومة مستقلة²، وذلك بشرط أن تكون المحاكم الوطنية مختصة ابتداء بالدعوى الأصلية و أن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالطلب الأصلي الذي تختص به أصلا المحاكم الوطنية³.

ج-الطلبات المرتبطة:

الطلبات المرتبطة هي تلك الطلبات التي تكون على رباط وثيق بالدعوى الأصلية بحيث يكون من حسن سير العدالة أن تجمع معا أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافيا لتضارب الأحكام القضائية⁴، و يتحقق الارتباط عادة متى كانت

1- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص316

2- جمال محمود الكردي، ج2، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997، ص383-384، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص643، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحل من خلال المادة 33 من قانون المرافعات التي تنص على أنه: " إذا رفعت لمحاكم لجمهورية دعوى زائلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفعل في المسائل الأولية و الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية " ، عبد العال عكاشة، الإجراءات، المرجع السابق، ص104.

3- محكمة كمال فهمي، المرجع السابق، ص644

4 - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص644.

هناك وحدة في الموضوع، السبب أو الأطراف بين الدعويين هذا و قد يقوم الارتباط في غير هذه الأحوال كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معا.

تختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها و لو لم تكن مختصة بنظر تلك الطلبات إذا رفعت أمامها في شكل دعوى مستقلة¹ ، و هذا الحل أخذ به المشرع الجزائري في المجال الداخلي حيث نصت المادة 207 ق.إ.م على أنه : " إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر معروضة أمام نفس القاضي جاز له و لحسن سير العدالة ضمها من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم و الفصل فيهما بحكم واحد"².

و بما أن قواعد الاختصاص الداخلي تمد إلى المجال الدولي و إنه و طبقا للنص المذكور أعلاه تختص المحاكم الجزائرية بالقضايا المرتبطة دعوى أصلية تدخل ضمن

¹ - جمال محمود الكردي ، ج2 ، المرجع السابق ، ، ص383-384، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص643، و قد أخذ المشرع المصري بهذا الحل من خلال المادة 33 من قانون المرافعات التي تنص على أنه: إذا رفعت المحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية و الطلبات الصارمة على الدعوى في الأصلية عبد العال عكاشة ، الإجراءات...، المرجع السابق، ص105.

² - و جاء أيضا في المادة 56 من نفس القانون: "التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا" و نصت أيضا المادة 58 من ذات القانون على أنه: "تقضي جهة الإحالة بضم تلقائي في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة الداخلي".

اختصاصها حتى لو لم تكن مختصة بهذه الطلبات إذا ما عرضت عليها في صورة دعوى مستقلة¹.

وأخذت بعض التشريعات العربية بهذا الاختصاص صراحة في المجال الدولي كمصر²، الأردن³، سوريا⁴.

و يشترط لاختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة أن تختص هذه الأخيرة بالدعوى الأصلية وفقا للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي بها، وأن يكون هناك ارتباط و اتصال بين الدعوى الأصلية و الطلب اللاحق⁵.

و قد اختلف الفقه حول مدى أعمال قاعدة الاختصاص المبني على أساس الارتباط فرأي جانب منه⁶ أن هذه القاعدة تطبق فقط إذا كان من شأنها جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بدعاوي لم تكن تدخل في ولايتها، أما إذا كان من شأنها سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية الثابت لها بموجب إحدى قواعد الاختصاص القضائي

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص30، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص30..

² - حيث نصت المادة 33 من قانون المرافعات على أنه: "كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها" ، احمد الميليجي ، المرجع السابق ، ص176.

³ - المادة 3/2772 من قانون المحاكمات الأردني، ممدوح عبد الكريم عمروش، المرجع السابق، ص268

⁴ - حيث نص المادة من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: " إذا رفعت المحاكم السورية دعوى من دعاوي الأحوال الشخصية الداخلة في اختصاصاتها فإنها تكون مختصة بالفصل،... و في كل طلب مرتبط في هذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيه"، أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق ، ص277

⁵ - صادق علي هاشم ، تنازع الاختصاص ... ، المرجع السابق ، ص178.

⁶ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص731.

الدولي لصالح قضاء أجنبي فلا مجال لإعمالها في هذه الحالة¹ و بذلك لا يجوز الدفع أمام المحاكم الوطنية بطلب إحالة الدعوى المرفوعة أمامها إلى محكمة أجنبية على أساس ارتباطها بنزاع أصلي قائم أمام هذه الأخيرة إلا أن هناك جانب آخر من الفقه² لم ير أن هناك ما يحول دون قبول المحاكم الوطنية لمبدأ الدفع بالإحالة للارتباط متى تبين للقاضي أن المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعاوي المرتبطة و أقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنها³.

هذا عن الدفع بالإحالة للارتباط فماذا عن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فهل يمكن للقاضي الوطني قبول الدفع بالإحالة في حالة ما إذا كان نفس النزاع معروض على محكمة أجنبية؟

لقد عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية على المستوى المحلي و ذلك من خلال المادة 54 من ق.إ.م.إ. التي نصت صراحة على أنه في حالة ما إذا رفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصين، يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى

¹ - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص382.

² - هشام علي صادق ، تنازع ، المرجع السابق، ص178.

³ - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص503

عن اختصاصها لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب الخصوم ذلك، بل و يجوز للقاضي أن يتخلل عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع¹.

لكن يجوز مد العمل بهذه المادة إلى المستوى الدولي و القول بجواز الدفع بالإحالة أمام المحاكم الوطنية في حالة قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟

بما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر ما هي إلا امتداد لقواعد الاختصاص المحلي فيمكن القول بأنه يجوز الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع في المجال الدولي، لكن القضاء الجزائري قد سار في الاتجاه المعاكس حيث لم يسلم بالدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي²، متأثرا في ذلك بالقضاء الفرنسي الذي رفض بداية الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي.

و هو حل كان مستقر عليه القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1809/09/17³ إلا أن القضاء الفرنسي بدأ تدريجيا يتراجع عن رفضه المطلق للدفع بالإحالة حيث صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارين الأول بتاريخ

¹ - و هذا الحل الأخير جسده القضاء الإنجليزي صراحة في المجال الدولي بحيث ذهب إلى حد إفراز التخلي من اختصاصه لصالح محكمة أجنبية متى تبين له أنها أقدر على الفصل في النزاع حتى و لو لم تكن الدعوى قد رفعت أمامها تأسيسا على نظرية "المحكمة غير الملائمة" التي ابتدعها القضاء و إلى كون التحاء المدعي إلى المحكمة الإنجليزية في هذا الفرض و تضمن كسفا في استعمال حقه في رفع الدعوى، هذا الاجتهاد مقتبس عن هشام علي صادق و تنازع الاختصاص، مرجع سابق، ص57-62.

² --Mohamed Issad, op.cit,tome 2, p 28.

³ -محكمة النقض الفرنسية 1809/09/17 مقتبس عن هشام علي الصادق ن تنازع الاختصاص....، المرجع السابق، ص65.

1962 /05/05¹ و الثاني بتاريخ 1964/12/09² نفس هذين القرارين على أنهما يعكسان قبولها الضمني للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية باليقين ، حيث نصت صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1974³/06/25 بجواز مبدأ الدفع بالإحالة ، بذلك استقر القضاء الفرنسي نهائيا على مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية متى توافرت شروط التمسك بهذا الدفع⁴.

و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في 1980/06/17⁵ و يكون بذلك القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، التي تؤكد على وجوب تحويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضاء الدولي، نزولا على اعتبارات الملاءمة و التعاون القضائي الدولي⁶ و تجسيد المبدأ قوة و فعالية الأحكام الدولية.

و لنفس الاعتبارات يجب على القضاء الجزائري أن يغير موقفه الراض للإحالة لأن موقفه هذا لا يخدم المستوى العملي و أغراض التعاون القضائي كما أن رفضه للإحالة من

¹ محكمة النقض الفرنسية 1962/05/05 مقتبس عن عبد العال عكاشة، الإجراءات ...، المرجع السابق، ص141.

² - محكمة النقض الفرنسية 1964/12/09 مقتبس عن.وليد المصري ، المرجع السابق ، ص124.

³ - محكمة النقض الفرنسية 1974/11/26 مقتبس عن عبد العال عكاشة ، الإجراءات ...، المرجع السابق، ص 141

⁴ - و يشترط لقبول الدفع بالإحالة تحقق الشروط التالية: أن يكون هناك دعوتان فرعيتين إحداها أمام المحاكم الأجنبية و الأخرى أمام المحاكم الوطنية، وحدة الأطراف و السبب و المحل في الدعويين أن تكون كل من المحكمتين الوطنية و الأجنبية مختصة بنظر الدعوي، أبو العلا علي أبو العلا النهر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانون، مصر 2003، ص100.

⁵ - محكمة النقض الفرنسية 1980/06/17، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص....، مرجع سابق، ص66-65، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص138-139

⁶ - صادق علي هشام ، تنازع الاختصاص....، المرجع السابق، ص66-65.

شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة بين القضاء الأجنبي و القضاء الوطني، هذا الأخير الذي سيصدر في النهاية أحكاما عديمة القيمة غير مكفولة النفاذ فلا شك أن الدولة الأجنبية المرفوع أمامها نفس النزاع ستفرض الاعتراف و تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الوطني ما دام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع.

البند الثاني: الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة

تعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد منفردة أو أحادية الجانب، أي أنها تبين نقط ما إذا كان القضاء الوطني مختص أم غير مختص و دون أن تتعرض لبيان حالات اختصاص القضاء الأجنبي¹ ، فإذا لم تختص المحاكم الوطنية بالدعوى لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها هناك احتمال أن تبقى الدعوى من دون قضاء يفصل فيها لعدم اعتراف أي قضاء باختصاصه لنظر الدعوى، و هذا ما ينجم عنه إنكار العدالة.

تفاديا لهذا الوضع قررت بعض الدول و في مقدمتها فرنسا أن تجعل من تلافي إنكار العدالة سببا من أسباب عقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية، بحيث استقر القضاء الفرنسي على تقرير اختصاصه متى تعلق الأمر بخصومه لم يعقد الاختصاص للنظر فيها

1 - بلقاسم أعراب، ج2 ، المرجع السابق، ص10

لأي محكمة بشرط أن يكون لهذه الخصومة صلة بالإقليم الفرنسي¹ كأن يكون المدعي متوطن في فرنسا في حالة لم يكن المدعي عليه متوطن أو له محل إقامة في فرنسا أو الخارج².
و على نهج القضاء الفرنسي سارت بعض التشريعات العربية³ التي اعتمدت هي الأخرى على مبدأ تلاقي إنكار لمحاكمتها إلا أنها لم تجعل منه سببا عاما لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية و إنما قصرت الأمر على الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية⁴ متى كان ثمة رابطة بين النزاع و الإقليم.

و من ثم يتعين لانعقاد الاختصاص بناء على فكرة تفادي إنكار العدالة في حالة

توافر الشروط التالية:

- أن يكون المدعي في الدعوى وطنيا أو أجنبيا متوطنا في الدولة المعينة

- أن لا يكون للأجنبي المدعي عليه موطن أو محل إقامة في الدولة المعينة و لا

موطن معروف في الخارج

¹ - CIU, 1^{er}, 0701/1982, 16/04/1985, cité par pierre mayer vincent Henze, op ,cit, p206

2- صادق علي هشام، المرجع السابق، ص128.

3- و في مقدمتها التشريع المصري حيث نصت المادة 7/30 من قانون المرافعات على أنه: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك في الأحوال الآتية....."

4 - إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية و كان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية و ذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج راجع مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص168، و تقابلها المادة 7 من أصول المحكمات المدنية السوري والمادة 10/د/10 خلاف قانون الإجراءات المدني السوداني، راجع هشام خالد، ص160-165، كذلك المادة 6/21 من قانون الإجراءات الإماراتي، أنظر، عبد العال عكاشة، الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص74.

- أن تتعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة¹.

الفرع الثاني : الاختصاص القائم على التدابير الوقائية

من المعلوم أن حق ممارسة الحضانة يختص به مبدئياً قاض الموضوع ، ولكن قبل النطق بالطلاق أو توابعه أو حتى بعد الطلاق فقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل القاضي لحمايتهم ، فقد تقع مثلاً حالة حجز طفل رضيع من طرف أبيه ورفض هذا الأخير تسليمه لأمه أثناء دعوى الحضانة أو بالعكس فقد يتعرض الأطفال الموجودين تحت حضانة أمهم للإهمال أو الجوع أو سوء المعاملة في هذه الحالات فان ضرورة اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضونين من الأذى يجعل من الضروري اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة.

وقد جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد حمايته والذي يلزم درؤه بسرعة لا توفرها إجراءات التقاضي العادية ، فالمطلوب المحافظة على الحق الذي يخشى عليه أمر لا يتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع².

¹ - شرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق، ص292-293

² - فريجة حسين ، المرجع السابق ، ص92.

والقواعد المستقر عليها في غالبية التشريعات¹ أن محاكم الدولة تختص باتخاذ الإجراءات الوقتية والضرورية للمحافظة على الحقوق حتى يتم الفصل في النزاع الأصلي المطروح أمام القضاء الأجنبي، فقد تكون المحاكم الجزائرية غير مختصة بنظر الدعوى الأصلية نظرا لاختصاص المحكمة الأجنبية بها ، ومع ذلك قد يكون من الحكمة تامين الخصوم وحماية حقوقهم بإفساح المجال لهم برفع دعوى مستعجلة تتضمن طلب اتخاذ إجراء وقتي معين لتلافي خطر التأخير في الفصل في الدعوى الأصلية.

فبالرجوع إلى نص المادة 299 ق.ا.م.ا على أن : " في جميع أحوال الاستعجال ، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة ، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة ، يجب الفصل في الدعوى الاستعجالين في أقرب الآجال." الملاحظ في نص المادة أنها تشير إلى "جميع أحوال الاستعجال" ، ولا يوجد في التشريع ما يمنع تمديد العمل بها في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، فالنصوص القانونية المتعلقة بحالات الاستعجال لم يأخذ بعين الاعتبار أطراف

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 1007.

النزاع بل ركز على طبيعته وعلى توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وسرعة البث في النزاع .

ويقوم اختصاص القضاء الوطني بالإجراءات الوقتية على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها وهو الأمر الذي تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة في الدولة ، كما تتطلبه أيضا مقتضيات التعايش المشترك في الجماعة الدولية ، ويمكن تصور حالة الضرورة من اجل حماية المحضون فالفصل في الدعوى الأصلية قد يتطلب وقتا وجهدا ، لا تتماشى مع حماية مصلحة المحضون .

وهذا الحق كرسه القضاء الجزائري حتى في فترة غياب نص صريح يبيح ذلك هناك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/04/30 اقرت المحكمة : " أولوية الأم لولدها أو ابنتها من أولويات الاستعجال وإذا نشأ نزاع بين الحاضن وبين من أخذت منه الحضانة خاصة إذا كان أما وطرح الأمر على العدالة في شكل طلب مستعجل فرفضه بعللة أنه

غير مستعجل هو خطأ في تصنيف الأمور المستعجلة"¹

وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 05 فبراير 2005 نص المشرع الجزائري في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة على أنه يجوز

¹ - قرار رقم 79891 ، غ.أ.ش ، المؤرخ في 1990/04/30 ، م.ق ، 1992 ، ع.1.

للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها الحضانة والزيارة والمسكن.¹

كما انه يجوز للقاضي وفقا 2/460 ق.ا.م. ا أن يسند مؤقتا حضانة القاصر إلى احد الأبوين أو احد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة ويقصد بهم أصحاب الحق بالحضانة وفقا لنص المادة 64 من ق.أ.ج .

وبعد إتباع الإجراءات القانونية في رفع دعوى الاستعجال يصدر قاضي قسم شؤون الأسرة أمرا استعجالي حائزا لحجية الشيء المقضي فيه طبقا لنص المادة 300 ق.ا.م.ا.ج² ، وغير قابل للطعن والمعارضة على النفاذ المعجل طبقا لنص المادة 303 ق.ا.م.ا.ج³ .

الفصل الثاني : تنفيذ الأحكام الأجنبية و الصعوبات التي تعترضه في مجال الحضانة

بعد أن تطرقنا في المبحث السابق عن الاختصاص القضائي الدولي والمحكمة المختصة بشأن حل النزاع المتعلق بالحضانة في العلاقات الدولية الخاصة،

¹ - نصت المادة 57 مكرر على ما يلي : "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن."

² نصت المادة 300 ق.ا.م.ا.ج على ما يلي : "يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل يجوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه."

³ - نصت المادة 303 ق.ا.م.ا.ج على ما يلي : " لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن ، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل."

والذي ينتهي بصدور حكم قضائي منتج لآثاره خارج الدولة التي أصدرته أي على خلاف الأحكام الوطنية القابل للتنفيذ على مستوى الدولة التي أصدرتها، و سيتم تنفيذها من طرف أعوان التنفيذ بصورة آلية طالما أن الهيئة التي أصدرت الحكم وأعوان التنفيذ يخضعون لسيادة دولة واحدة .

لكن إذا كانت الهيئة المصدرة للحكم في إقليم دولة غير الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فوق إقليمها، مثال ذلك صدور حكم عن هيئة قضائية جزائرية ويراد تنفيذه فوق إقليم دولة أجنبية، أو العكس أن الهيئة القضائية المصدرة للحكم أجنبية ويراد تنفيذه على مستوى المجال الإقليمي الجزائري، خصوصاً مع تطور وازدياد العلاقات بين أفراد الدول المختلفة مما يحتم على النظام القضائي الفصل في مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية .

غير أن نزاعات الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة لا يتوقف عند تنفيذ الأحكام الأجنبية، بل المسألة قد تزداد تعقيداً إذا ما وقع عدم احترام الأحكام الواردة في شأن الحضانة، فقد يحدث أن يمتنع احد المتنازعين من تمكين الطرف الآخر ربط صلة القرابة بالمحضون، أو أن يقوم الشخص المحروم من حق الحضانة في الغالب إلى استغلال حق الزيارة من اجل ترحيل الطفل عبر الحدود الدولية.

ويعرف هذا الفعل المجرم دوليا بالاختطاف الدولي للمحضون، ورغم تجريم هذا الفعل في القوانين المقارنة لتنافيه مع حقوق الطفل في ارتباطه بعلاقات هادئة ودائمة مع أقاربه، إلا أن الحلول الدولية تبقى أكثر الحلول تصديا لمثل هذه المشاكل.

وفي هذه الحالة نطرح الإشكالية التالية ما هي إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة؟ (المبحث الأول) وما هي الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة؟ (المبحث الثاني)

المبحث الأول : إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة

من المواضيع المهمة في القانون الدولي الخاص " تنفيذ الأحكام الأجنبية " خاصة أن الحياة الاجتماعية والاقتصادية للدولة لم تعد محدودة بحدودها السياسية ، بل أصبحت تتعدى هذه الحدود لتتصل بحياة الجماعات الأخرى ، لذلك يمكن القول بأن السماح للحكم الأجنبي بإنتاج آثاره داخل حدود الدولة يعتبر أمرا حيويا ، فالحكم القضائي بمثابة الحجر الأساسي في صرح القانون ، فالمشرع يضع قواعد تبين حقوق الأفراد والتزاماتهم كما يضع قواعد لتنظيم الحالات العائلية للأفراد، و الحكم القضائي هو الذي يكفل إخراج كافة هذه

القواعد إلى حيز الوجود، فإن كان هذا الحكم غير قابل لإنتاج أي أثر فإن هذه القواعد تصبح بدورها عديمة الجدوى .

الواقع إن سلطة القضاء في كل دولة يشكل أحد مظاهر السيادة فيها ، لذلك فإن السماح دون قيد أو شرط بامتداد آثار الأحكام الأجنبية على إقليمها يمثل في الحقيقة مداً للسلطة القضائية الأجنبية على الإقليم الوطني للدولة بما يحل بسيادتها واستقلالها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا يصح لها أن تنكر واقع وجودها في الجماعة الدولية بان تضرب عرض الحائط بكل حكم أجنبي يأتيها من الخارج فلا تعتد بآثاره لديها ولا تقبل تنفيذه على أراضيها.

لذلك إن معظم التشريعات قد عمدت عند تنظيمها لمسائل آثار الأحكام الأجنبية في الدولة إلى التوفيق بين اعتبارين هامين¹ : الأول يتمثل في حاجة المعاملات الدولية والمحافظة على مصالح الأفراد الخاصة الدولية عبر الحدود من ناحية ، وسيادة الدولة على إقليمها من ناحية أخرى وتوفيقاً بين هذين الاعتبارين لا يتم الاعتراف بالحكم الأجنبي بصفة مطلقة ، ولم ينزل الحكم الأجنبي منزلة الحكم الوطني وفي نفس الوقت لم ينكر عليه أي قيمة ، ولذلك فإنه في أغلب التشريعات يسمح بتنفيذه مع إخضاعه لرقابة حادة ومجموعة من الشروط الخارجية

¹ - عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات....، المرجع السابق ، ص

الهدف منها في نهاية الأمر التحقق من أن المحاكم التي أصدرته أحسنت القضاء مع عدم المساس بالنظام العام الوطني واحترمت ما هو مضمون في التشريعات من حقوق .

الحكم الأجنبي هو ذلك الحكم القضائي الصادر من سلطة قضائية أجنبية ، فلا يقال بوجود حكم أجنبي إلا إذا كان صادرا من سلطة قضائية أجنبية متخصصة بالفصل في نزاع من منازعات القانون الخاص¹.

ولاشك أن السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية يتناقض مع سلطات الدولة وسيادتها ، إذ أن الفصل في الخصومات من اختصاص لا المحاكم الوطنية دون غيرها ، فكيف يسمح بتنفيذ حكم أجنبي بأن تقرر له قوة خارج حدود البلد الذي صدر فيها هذا ، هو المبدأ من الوجهة النظرية البحثية².

وتختلف الدول في تحديد النظام الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فهناك دول تأخذ بنظام الدعوى الجديدة بحيث يتعين على من صدر الحكم لصالحه في الخارج أن يقوم برفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها ، ويكون موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بالحق موضوع النزاع وينتشر هذا النظام في الدول الانجلو أمريكية .

¹ - عبد الفتاح بيومي الحجازي ، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ، دراسة معمقة في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية، مصر ، دون ط ، 2008 ، ص 2.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 3.

وهناك دول تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ الذي يوجب على الشخص الراغب في تنفيذ الحكم الأجنبي أن يستصدر من قضاء التي يريد تنفيذ الحكم فيها الأمر بتنفيذ هذا الحكم ويسود هذا النظام في فرنسا .

كما انه اختلفت التشريعات التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في تحديد النظام القانوني الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية بين مؤيد لنظام المراجعة ومؤيد لنظام الرقابة ، ويقوم نظام المراجعة على فحص موضوع الحكم الأجنبي والتأكد من صحة تطبيق القانون وتقدير الوقائع ، وفي حالة ثبوت العكس يمتنع القاضي عن إصدار الأمر بالتنفيذ وقد انتقد هذا النظام بسبب عدم مراعاته مصالح الأفراد ، كما أنه يؤدي إلى إهدار المال والوقت ، وبمس بالحقوق المكتسبة للأفراد ويضاف إلى ذلك الصعوبات التي قد تواجه قاضي التنفيذ بسبب جهله للوقائع المتعلقة بالدعوى ، والتي حصلت خارج إقليمه الوطني .

إلى جانب هذا النظام يوجد آخر يعرف باسم نظام المراقبة ، وفي هذا النظام لا يتولى القاضي الوطني فحص موضوع الحكم الأجنبي من جديد ، وذلك احتراماً لسيادة الدولة الأجنبية إذ يقتصر دور القاضي فقط على القيام بمراقبة شروط معينة وتمثل هذه الشرط حسب الحكم القضائي الفرنسي الصادر في قضية "Munzer" فيما يلي :

1. مراقبة الاختصاص القضائي .

2. مراقبة الاختصاص التشريعي .

3. احترام النظام العام الدولي.

4. تجنب وجود غش نحو القانون

5. احترام الإجراءات.

لذلك سنحاول التطرق إلى إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة من بحث

مسألة شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الأول) و إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية (

المطلب الثاني)

المطلب الأول : شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة

تنحصر الشروط التي وضعها المشرع الجزائري بشأن تنفيذ الأوامر والأحكام

والقرارات القضائية الأجنبية في أربعة شروط ، نص عليها في المواد 605 من

ق.ا.م.ا.ج التي جاء فيها : " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة

من جهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية : - ألا تتضمن ما

يخالف قواعد الاختصاص ، حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد

الذي صدر فيه ، ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات

قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه ، ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب

العام في الجزائر. "

الفرع الأول : ألا يخالف قواعد الاختصاص

يعتبر صدور الحكم من محكمة مختصة بالفصل في النزاع من الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم تنفيذًا جبريًا¹ ، ذلك أن الاختصاص القضائي للمحكمة بنظر الدعوى هو من المسائل المتصلة بتنظيم مرفق عام ، ولم يخرج المشرع عن هذا الحل بصدد تنفيذ الأحكام الأجنبية فيلزم لذلك أن تكون الحكم أو الأمر المراد تنفيذه صادرا عن محكمة مختصة بالفصل في موضوع النزاع

هذا الشرط يعرف بالرقابة القضائية والذي عبرت عنه الفقرة 1 من المادة 605 ق.ا.م.ا.ج بنصها "ألا يتضمن (الحكم الأجنبي) ما يخالف قواعد الاختصاص " ، ويترتب على ذلك أن قاضي التنفيذ ملزم بالتأكد من أن بالتأكد من أن الحكم الأجنبي صدر من محاكم مختصة، على أن الملاحظ هنا هو إن هذه المادة لم تحدد القانون الذي يتوجب الرجوع إليه من أجل التأكد من ذلك ، هل هو القانون الجزائري بوصفه قانون بلد التنفيذ أم قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم؟

و قد أثارت مشكلة القانون الذي يتم بمقتضاه تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد الأمر بتنفيذه ، جدلا في فقه المرافعات المدنية الدولية ، والبحث في تلك المشكلة لم يكن موضعًا لخلاف لو أن الأمر كان يتعلق

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة ، تنازع ... المرجع السابق ، ص374.

فقط بحماية المصالح الخاصة للأفراد ،أي أطراف الدعوى التي فصل فيها الحكم الأجنبي ؛ لكن الأمر بالتنفيذ يمس أمرا حيويا بالنسبة للقاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ وهو توزيع ولاية القضاء بين الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه وبين دولة القاضي لأمر في أن هذا يتعلق بالدرجة الأولى بحماية النظام القانوني والقضائي لهذه الأخيرة .

يتجه جانب من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية إلى أن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي يتم وفقا لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ¹ ، ويبرر هذا الاتجاه موقفه على أن المجتمع الدولي يعاني من غياب السلطة العليا التي توزع الاختصاصات بين محاكم الدول المختلفة ومن هنا الطابع الانفرادي لصياغة قواعد الاختصاص القضائي ، فإذا ترك القاضي الوطني تقدير اختصاص القاضي الذي صدر الحكم للقانون الأجنبي الذي يعمل في ظله ، فقد يتوسع في حالات اختصاص محاكمه وبالتالي يكون القاضي الوطني قد ساهم في خرق قوانينه الوطنية التي يسهر على كفالة احترامها وتطبيقها . كما إن إعطاء سلطة تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه تحول دونه صعاب عملية فتكليف القاضي الوطني بالإلمام

¹ - ومن هذه التشريعات نذكر القانون الدولي الخاص السويسري 1987 في المادة 62 ، والقانون الدولي الخاص الايطالي لعام 1995 في المادة 64فقرة (1-أ) ، والسائد في الفقه والقضاء الفرنسي وقررته اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983 (المادة 25/ب)

بكافة القوانين المنظمة للاختصاص القضائي الدولي في البلاد المختلفة هو ضرب من المستحيل¹.

تذهب بعض الدول كسوريا في المادة 308 من قانون أصول المرافعات ، وليبيا في المادة 407 من قانون المرافعات المدنية إلى أن الاختصاص الدولي للمحكمة يتحدد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه ، وقد أخذت أيضا بهذا الحل محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 01 فبراير 1964²، وقيل في تبرير هذا الحل بان من غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي المقررة في قانون غير قانونه ، فقاضي كل دولة يطبق قواعد الاختصاص في قانونه وكل ما يطلب منه هو أن يكون قد طبق هذه القواعد تطبيقا صحيحا.

غير أن تطبيق الشرط في القضاء الجزائري يؤدي بنا في البداية إلى التنبؤ بان المحاكم الوطنية في بعض النزاعان يكون اختصاصها وحيويا ، وفي بعضها الآخر يكون جوازيا و يرى الفقيه بلقاسم إعراب بأنه : "في النزاعات التي يكون اختصاصها وجوبيا نعتبر الحكم الأجنبي فيها بأنه حكم صادر من محكمة غير مختصة دوليا ، وبالتالي نرفض منحه الأمر بالتنفيذ وفي النزاعات التي يكون فيها

¹ - احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص1112.

² - بلقاسم اعراب ، ج2 ، المرجع السابق ، ص 59.

اختصاصها جوازيا نرجع إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون البلد الذي اصدر قضاؤه الحكم فان قضت هذه القواعد باختصاصه يمنح للحكم الذي أصدره الأمر بالتنفيذ ، و إذا تبين أن اختيار المحكمة الأجنبية من طرف احد الخصوم للفصل في النزاع منطوي على غش فان المحاكم الجزائرية بوسعها أن ترفض منحه الأمر بالتنفيذ رغم أن المحكمة التي أصدرته مختصة دوليا وفقا لقانونها ، ذلك أن الغش يفسد كل شيء.¹

الواقع في مجال هذه الدراسة نتطرق إلى النزاع حول حضانة الأطفال في حالة العنصر الأجنبي ، فكما سبق أن أشرنا سابقا فان الاختصاص القضائي وفقا لهذه الاتفاقية هو مقر مسكن الزوجية وبالتالي تضمنت قاعدة اختصاص موحدة حماية للأطفال ، والحكم الأجنبي الذي لا يراعي قواعد الاختصاص المحلي حسب نص الاتفاقية فانه لا يجوز تنفيذه ، وقد قضت المحكمة العليا بهذا المعنى في قرارها المؤرخ في 2 جانفي 1992² ، حيث نقضت قرارا صادر عن مجلس قضاء عنابة في 18 سبتمبر 1989 برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي قضت فيه : " من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة

¹ - بلقاسم اعراب ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 62-63.

² - قرار رقم 84513 ، 1992/01/02 ، غ.ش ، 1 ، محكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، ص 91.

وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ، ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج.

ومن المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بمخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني غير وجيه ويستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقر للزوجية ، فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا عطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون.

الفرع الثاني : حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

مفاد هذا الشرط هو استلزام أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، وهو ما يعني وجوب أن يكون الحكم قابلاً للتنفيذ، ويستنتج هذا من عبارة "الشيء المقضي فيه" المستعملة في الفقرة 2 من المادة 605 قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية التي تقتضي إصدار أمر إلى عمال السلطة العامة بتنفيذ الحكم جبراً عند الاقتضاء، و ترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه إلى الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار، إذ لو تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون اشتراط أن يكون نهائياً فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها، و بخلاف الشرط الأول الخاص برقابة الاختصاص القضائي نجد أن المشرع الجزائري قد حدد هذه المرة القانون الذي يرجع إليه من أجل الوقوف على مدى توفر الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 605 قانون إجراءات مدنية و إدارية صراحة على الرجوع إلى قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم.

الفرع الثالث: ألا يتعارض مع حكم أو قرار سبق صدوره عن جهات قضائية جزائرية.

هذا الشرط من الشروط المسلم بها دولياً سواء تم النص عليها في القوانين الداخلية أو لم يرد لها ذكر فيه ، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها : "...ألا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه..". وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأنه : " لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم أجنبي متعارض مع حكم جزائري."¹

1 - ملف رقم 509000 صادر بتاريخ 2009/09/16، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2010 ، ص223.

ومعنى هذا الشرط وجود استحالة قانونية وقضائية لتنفيذ حكم أجنبي وترك الحكم الوطني ، إذ مادام الحكم الوطني صدر بين نفس الأطراف وحول نفس الموضوع وللسبب نفسه واكتسب قوة الشيء المقضي فيه فهو يصبح أولى بالتنفيذ عن نظيره الأجنبي وهذا لعدة اعتبارات نذكرها على النحو التالي:

- ما دام قضاة دولة التنفيذ فصلوا في النزاع نفسه بين نفس الخصوم وللأسباب نفسها وصيروا الحكم الوطني أصبح صالحا للتنفيذ ، لا داعي لطرح النزاع المتعلق بالأمر بالتنفيذ من جديد وفتح باب المناقشات حول استجماع الحكم الأجنبي منح الأمر بالتنفيذ إذ يكفي مناقشة هذا الشرط فقط لرفض منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ المطلوب طبعاً شريطة تقديم الدفع من الطرف الذي يهمله الأمر ، أي الذي صدر الحكم الوطني لصالحه وهذا ما أشارت إليه المادة 605 من ق.ا.م.ا.ج بإضافة عبارة " وأثير من المدعى عليه " لان من المستحيل إلمام القاضي الوطني بجميع الأحكام الصادرة بين الطرفين ، مع التوضيح أن المشرع الجزائري لم ينص على حيازة الحكم الوطني لقوة الشيء المقضي فيه.

- أن الحكم الوطني أصبح صالحا للتنفيذ لا يحتاج لأي إجراء آخر عكس الحكم الأجنبي الذي لم يجتاز بعد مرحلة التقاضي المتعلقة بالحصول على الأمر بالتنفيذ.

- سهولة التنفيذ لحكم صدر وفق نظم قانونية معروفة عند القائم بالتنفيذ على عكس الحكم الأجنبي ، إذ حتى بعد منحه الأمر بالتنفيذ سيتعلق بالتنفيذ بمنطوق حكم أجنبي صدر وفق نظم قانونية وقضائية بعيدة عن القائم بالتنفيذ.

- وجود حكمين فصلا في نفس الموضوع وبين نفس الأطراف صادران من سياديتين مختلفتين من الطبيعي جدا أن الحكم التابع للسيادة الوطنية هو الذي ينفذ لأنه لا يخلق أي خلل ولا يزعزع انسجام النظام القضائي الوطني¹.

- تطبيقا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة يعلو الحكم الوطني عن نظيره الأجنبي².

الفرع الرابع : عدم التعارض مع النظام العام وعدم التحايل على القانون.

كما سبق وأن أشرنا في مجال التنازع الدولي للقوانين أن النظام العام يعد صمام الأمان يستبعد بموجبه تطبيق القوانين المخالفة للمبادئ الأساسية والجمهورية في دولة القاضي ، ونفس الدور يقوم به في حالة تنفيذ الأحكام الأجنبية المخالفة للنظام العام السائد في الجولة ، وكذلك الحال بالنسبة للغش نحو القانون في حالة تبين للقاضي القائم بالتنفيذ أن الحكم الصادر من الدولة الأجنبية كان ناتج عن غش أو تحايل كما سنرى فيما يلي :

¹ - ولد الشيخ الشريفة ، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2015. ، ص220.

² - ولد الشيخ ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، المرجع السابق ، ص220.

البند الأول : عدم التعارض مع النظام العام.

والنظام العام المقصود هنا هو ذلك الذي تمت دراسته بصدد تنازع القوانين ، غير انه يتدخل في مجال الصيغة التنفيذية بأثر مخفف ؛ لان الأمر لا يتعلق بنشوء حق في الجزائر وإنما إعطاء أثر فحسب لحق نشأ في الخارج تحت ولاية القانون المختص ، وهذا ما يجعل تطبيقه أقل صرامة في هذا المجال¹.

وبما أن إحدى خصائص النظام العام تتمثل في قابليته للتحويل ، فان تقييمه يتوقف إذن على العادات والاتجاهات السياسية والاجتماعية السائدة في لحظة طرح القضية . وهذا يعني أن قاضي الصيغة التنفيذية سيلجأ إلى تقييم النظام العام في يوم فصله للدعوى وليس في يوم صدور الحكم الأجنبي ، لان تنفيذ الحكم الأجنبي ضمن التراب الجزائري هو الذي ينطوي على إمكانية إثارة المشاكل عن طريق تعارضه مع النظام العام الجزائري وليس مجرد صدور حكم في الخارج .

وبالطبع فان أعمال مفهوم النظام العام يؤدي عادة إلى رفض الصيغة التنفيذية ، غير إن هذا الرفض قد يكون كاملا ويؤدي إلى استبعاد تنفيذ الحكم الأجنبي بكامله ، أو جزئيا بحيث يقتصر الرفض على عنصر أو عدة عناصر من القرار الأجنبي، بينما يتم منح الصيغة التنفيذية للعناصر الأخرى وهذا يعني أن منح

¹ - موحد اسعد. ج2 ، المرجع السابق ، ص 147.

الصيغة التنفيذية جزئيا جائز ومقبول ، شريطة أن تكون مختلف عناصر الحكم قابلة للجزئية وعلى هذا الأساس يبدو من الممكن منح الصيغة التنفيذية فيما يتعلق بالطلاق ورفضها بالنسبة لحضانة الأولاد ، ويمكن القول بصفة عام انه إذا أدت الصيغة التنفيذية الجزئية إلى تعديل أو تشويه الحكم فانه يتعين رفضها بالنسبة لمحمل عناصره¹.

البند الثاني : عدم التحايل والغش نحو القانون

هذا الشرط لا نجده في التشريع الجزائري هو عدم ارتكاب غش ، والحقيقة أن مثل هذا الشرط وان كان القضاء الفرنسي اشترطه صراحة ، فانه يبقى عبارة عن شرط يدخل ضمن مفهوم أعم و أشمل وهو عدم التعارض مع النظام العام وعليه فليس هناك ما يمنع من الأخذ به في الجزائر.

الغش الذي يمكن أن يشكل سببا للرفض قد يكون نحو القانون وهو ما يتم عن طريق قيام الخصوم بالتحايل على ضوابط الإسناد من أجل التهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص بتغيير ضابط الجنسية مثلا.

¹ - موحد اسعد ، ج2 - المرجع السابق ، ص

كما يمكن أن يتم الغش عن طريق التحايل على قواعد الاختصاص الدولي ، ويضرب البعض¹ مثالا لذلك حالة الخضوع الاختياري وانعقاد الاختصاص للمحكمة التي أصدرت الحكم بناء على اتفاق الأطراف رغم انعدام أي صلة بين النزاع والدولة التي أصدرت الحكم ، وهذا موقف نرى عدم الآخذ به على إطلاقه في ضوء نصوص القانون الجزائري ، فقانون الإجراءات المدنية الجزائري سواء القديم أو الجديد ، يعطي الحق للخصوم في الاتفاق على عرض نزاعهم أمام محكمة غير مختصة إقليميا دون اشتراط أن يكون لديه علاقة بالنزاع ، وما دام الأمر كذلك فيبدو من التناقض أن نسمح للخصوم اللجوء إلى محكمة معينة دون شرط أو قيد ثم نقضي بعد ذلك برفض تنفيذ حكم صادر عن هذه المحكمة بحجة أن اللجوء إليها يشكل غشا نحو القانون.

في الحقيقة ما يهم في رأينا من أجل القول بوجود القول بوجود غش ليس الاتفاق على عرض النزاع أمام جهة قضائية لا صلة لها بالنزاع ، فذلك شيء تسمح به نصوص القانون الجزائري ، وإنما العبرة تكون بالنتيجة المبتغاة من هذا الاتفاق فقد يكون الغرض هو فقط تسهيل الأمور من حيث الإجراءات والتكاليف ، فيصعب القول هنا غش أو تحايل بينما يختلف الأمر لو وجدت هناك

¹ - عكاشة عبد العال ، الإجراءات، المرجع السابق ، ص211.

سوء نية ، كما لو ثبت أن الاتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية معينة لم يكن الهدف منه سوى التهرب من أحكام القانون الجزائري مثلا، هذا القانون الذي استبعده الأطراف حين الفصل في نزاعهم ثم يتم بعد ذلك المطالبة بتنفيذ الحكم في الجزائر وفقا ما هو مقرر في القوانين الجزائرية ، لاشك أن هذه النتيجة لن يقبلها أي قاضي يقدم إليه طلب التنفيذ.

ويعتبر غشا أيضا في رأينا ويكون سببا للرفض تحايل احد الخصوم على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم من أجل إلحاق ضرر بالطرف الآخر والمساس بحقوق الدفاع ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في دعوى طلب تنفيذ حكم صدر لصالح زوجة رفعت دعوى الطلاق أمام محكمة كندية حيث أعلنت كذبا أن زوجها ليس له محل إقامة معروف مما جعلها تستفيد من الحكم المقرر في القانون الكندي في هذه الحالة وهو إعلام الزوج بالحضور عن طريق الإعلان في الجريدة ، إعلان لم يكن لهذا الأخير أي فرصة في الاطلاع عليه ما أدى إلى صدور حكم اعتبر حضوريا دون أن يتاح للزوج الدفاع عن نفسه ، وهو حكم قررت محكمة النقض الفرنسية وجوب رفض تنفيذه لوجود غش على أساس أن " الاستدعاء لم يكن مطابقا للقانون الإجرائي

إلا من الظاهر كون هذا الاستدعاء كان معييا بشكل أساسي لوجود غش نحو حقوق الدفاع.¹

المطلب الثاني : إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالحضانة في الجزائر.

دعوى الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي كما يدل عليها اسمها هي عبارة عن دعوى قضائية مثلها مثل أي دعوى عادية تخضع لنفس الإجراءات المتبعة وفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية² ، والخصوم في هذه الدعوى هم أنفسهم الخصوم في الدعوى الأصلية التي صدر الحكم الأجنبي بمناسبةها ، والهدف من هذه الدعوى هو الحصول على أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، ولا يتحقق ذلك إلا بتوفير مجموعة من الشروط لا تختلف في مجملها عن تلك اللازمة لرفع دعاوى المختلفة من وجوب رفعها أمام الجهة القضائية المختصة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إضافة إلى وجوب توافر شروط قبول الدعوى تحت طائلة عدم القبول وهو ما يعبر عنها بالشروط الشكلية (الفرع الأول).

¹ - « La Citation N'avait Été Conforme A La Loi Procédurale Puisqu'elle Avait Été Fondamentalement Viciée Par La Fraude Au Droits De Défense » . Cass.1^{er} Civ ., 30/09/2003, Gaz. Pal , 2004,N°284,P 32.Note M.L.Niboyet.

² - هشام صادق علي ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، المرجع السابق ، ص295.

كما تتخذ الدولة في مجال تنفيذها للأحكام القضائية الأجنبية قدرا من الاحتياط بهدف حماية النظام العام لهذه الدولة من جهة ، واحترام سيادة الدولة واختصاصها القضائي من جهة أخرى ، وهو ما يعبر عنها بالشروط الموضوعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : رفع دعوى الأمر بالتنفيذ والحكم الصادر فيها.

يتوجب على طالب التنفيذ رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة وفق الإجراءات المنصوص عليها قانونا والتي تعتبر شروط شكلية أو إجرائية في تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة لذلك سنتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها لرفع هذه الدعوى والجهة المختصة بالنظر وأخيرا شروط قبول هذه الدعوى أمام القضاء .

البند الأول : إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ

لم يحدد القانون إجراءات خاصة بالأمر بالتنفيذ مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة للتنفيذ وهي على النحو التالي:

تحرير عريضة افتتاحية مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة منه وفقا للمادة 13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية تتضمن ملخص الوقائع ثم

مضمون الطلب وهو انهار الحكم بالصيغة التنفيذية ، مع الإشارة أن الخصوم في هذه الدعوى هم نفس الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي ، ويجب أن تكون هذه العريضة مستوفية للشروط الشكلية تحت طائلة البطلان سيما هوية الأطراف.

إن إجراءات التنفيذ لا يمكن أن تتم إلا إذا تم تكوين ملف يحتوي على السندات والوثائق اللازمة الخاصة بطلب الأمر بالتنفيذ¹ ، يتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة ، ولم يحدد القانون الجزائري ما هي الوثائق المكونة للملف الخاص بطلب منح الصيغة التنفيذية ، غير أنه وبالرجوع إلى الاتفاقية الثنائية والإقليمية التي عقدها الجزائر مع دول أخرى² ، وكذلك بالنظر إلى الشروط الواجب توفرها في الحكم الأجنبي يمكن إجمال هذه الوثائق فيما يلي:

1. صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
2. صورة رسمية عن محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه .
3. شهادة بان الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوص عليه في الحكم ذاته.

¹ - حيث نصت المادة 21 من ق.ا.م.ا.ج على انه : " يجب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم ، دعما لادعاءاتهم ، بأمانة ضبط الجهة القضائية ، بأصول أو النسخ الرسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل ، وتبليغ للخصم . غير انه يجوز للقاضي قبول نسخ عادية منها ، عند الاقتضاء . يمكن تبليغ الأوراق أو السندات أو الوثائق لباقي الخصوم في شكل نسخ ."
² - المادة 43 من اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول اتحاد المغرب العربي ، المادة 34 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي ، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المصرية ، المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية ، المادة 06 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية .

4. نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة الى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة.

5. يجب أن تكون الوثائق المذكورة مصحوبة بترجمة رسمية إلى اللغة العربية¹.

إن دعوى الصيغة التنفيذية تتمتع بالصفة التنازعية²، حيث يجب أن ترفع إلى المحكمة بموجب ادعاء و لابد بعد رفع الدعوى من المدعى عليه أن يبلغ هذا الأخير بهذه الدعوى وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد 406، 16، 19، 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا كان المطلوب تبليغه يقيم في الخارج فترسل النيابة نسخة من التكليف بالحضور إلى وزارة الشؤون الخارجية أو أية سلطة أخرى مختصة بذلك طبقاً للاتفاقيات الدبلوماسية وذلك حسب المادة 414، 415 من نفس القانون، ويراعى في ذلك الآجال القانونية التي تحترم من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى اليوم المعين للحضور وفقاً للمادة 18 ق.ا.م.ا.ج، ويحدد في التكليف بالحضور يوم وساعة المثول أمام المحكمة، فإن لم يقيم المدعي بتبليغ المدعى عليه بالخصومة تعتبر غير منعقدة ويتم عدم قبولها من حيث الشكل وهذا احتراماً لمبدأ الوجاهية.

البند الثاني : المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ.

¹ - نصت المادة 08 من ق.ا.م.ا.ج على انه: " يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات اللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول، يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى اللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول".

² - موحد اسعد، ج2، المرجع السابق، ص 152.

كما سبق الإشارة إليه أن الجزائر انتهج نظام الأمر بالتنفيذ حتى يكون الحكم الأجنبي قابلاً للتطبيق ولا يتحقق ذلك إلا بعد صدور الأمر من المحكمة المختصة إقليمياً ، وهي المحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرتها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقاً لنص المادة 607 من ق.ا.م.ا: " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية ، أمام المحكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ. "

وما يترتب على ذلك انه إذا رفعت دعوى الأمر بالتنفيذ أمام جهة قضائية غير المبينة في المادة 607 ق.ا.م.ا ج فإنها تكون غير مختصة بنظر الدعوى ، ولذلك عليها أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، ذلك أن الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو لم يتمسك به الأطراف ، وذلك حسب ما ورد في نص المادة 36 من ق.ا.م.ا. ج : " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. "

أما عن القانون المقارن فنجد المشرع المصري نص على اختصاص المحكمة الابتدائية بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في المادة 297 مرافعات

مصري ويكون رفع الدعوى بالأوضاع المعتادة لرفعها ، فالمشروع المصري بمسلكه هذا اتفق مع المشروع الايطالي وكذلك ما هو متبع فقها وقضاء في فرنسا ، ويختص بنظر هذه الدعوى رئيس محكمة الدعاوى الكبرى بتشكيلة فردية بموجب أمر على ذيل عريضة غير وجاهي في حالة الطعن في هذا الحكم ، وأما عن دولة الكويت فوفقا للمادة 199 من قانون رقم فانه : " يطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الكلية بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى . "

البند الثالث : شروط قبول دعوى الأمر بالتنفيذ.

إذا كان تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر يتطلب امهاره بالصيغة التنفيذية ، وذلك عن طريق دعوى يباشرها المعني بالأمر طالب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة المختصة ، هذه الدعوى تثير تساؤلات كثيرة تتعلق بإجراءاتها أو الشروط الواجب توفرها فيها ، أي هل تخضع لنفس شروط الدعوى العادية أم تختلف عنها ؟

الواقع أن المشروع الجزائري لم يتناول كيفية مباشرة هذه الدعوى حيث لم يخصها بإجراءات معينة مثل ما فعلت معظم التشريعات العربية ، حيث تنص المادة 297 من قانون المرافعات المصري على أن : " يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع

الدعوى " ، والمادة 24 من القانون الدولي الخاص الكويتي : " الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت ، وفقا للشروط وطبقا للإجراءات المقررة في المادة 276 من قانون المرافعات المدنية والتجارية . " والمادة 252 من قانون البحرين التي تنص على أنه : " يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الكبرى وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى بعد أداء الرسوم المقررة."¹

غير أن المعمول به في المجال القضائي أن على طالب تنفيذ الحكم الأجنبي رفع الدعوى وفقا للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أي حسب القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا يتماشى مع ما قضت به المادة 21 مكرر من ق.م.ج ، بان الإجراءات تخضع لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى ، وبما أن دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي تقام أمام المحاكم الجزائرية فإنها تخضع للقواعد السارية في الجزائر.

على هذا فإنه يجب أن تتوفر في هذه الدعوى الشروط المتطلبية في الدعوى العادية² ، الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في المصلحة ، حيث تتمثل مصلحة رافع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي في تمكينه من تنفيذ هذا

¹ - خالد هشام ، الاختصاص ، المرجع السابق ، ص 495-496.

² - تنص الناده 13 من قانون الإجراءات المدنية : " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة ، وله مصلحة قائمة ، أو محتمة يقرها القانون "

الحكم في الإقليم الوطني ، والصفة والتي تثبت لمن صدر الحكم الأجنبي في مواجهتهما أو خلفهما كذلك يجب أن تتوفر في الدعوى أهلية ، حتى تكون قابلة للنظر فيها ، وفي حالة تخلف احد هذه الشروط فانه يترتب عليه عدم قبول الدعوى.

الفرع الثاني:مضمون الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ.

أن مضمون الحكم الصادر في الدعوى لا يمكن أن تأخذ إلا إحدى صورتين : الصورة الأولى تتمثل في منح الأمر بالتنفيذ للحكم القضائي الأجنبي وفي هذه الحالة تترتب مجموعة من الآثار تتمثل في قوة التنفيذ ، حجية الأمر المقضي فيه ، وضمانات التنفيذ ، والصورة الثانية تتمثل في رفض منح الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وهذا ما سيتم معالجته في هذا الفرع.

البند الأول :منح الأمر بالتنفيذ

بعدما يتحقق القاضي الجزائري من توافر كل الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي حسب ما ورد ذكره مع مراعاة للاتفاقيات الثنائية أو الدولية المتعلقة بمجال النزاع ، فانه يقضي بشمول هذا الحكم بأمر التنفيذ فحكم الأمر بالتنفيذ لا يحل محل الحكم القضائي الأجنبي ، وإنما يأمر بتنفيذه باكتسابه القوة التنفيذية وحجية الشئ المقضي فيه.

أولا : القوة التنفيذية

من الآثار التي يمكن أن يربتها الأمر الصادر بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ، فمن خلال نص المادة 605 ق.ا.م.ا.ج يتضح انه من آثار الأحكام القضائية في الجزائر اكتسابها للقوة التنفيذية ، والمقصود بقوة التنفيذ ذلك الأثر الذي يسمح بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة المنوط بها مهمة التنفيذ ، وبمعاونة سلطات المختصة ولو باستعمال القوة عند اللزوم¹ .

متى أصبح هذا الأخير نهائيا كانت له القوة التنفيذية وهي الغاية من شموله بأمر التنفيذ ، وهذه القوة لا تحقق إلا إذا تم امهاره بالصيغة التنفيذية ، فيصبح الحكم صالحا للتنفيذ في كل أنحاء الأراضي الجزائرية وفقا للمادة 601 من ق.ا.م.ا.ج ، ولا يحق للقاضي أن يعدل في الحكم القضائي الأجنبي بالتخفيض أو التقليل.²

وشأن هذه القوة التنفيذية هي ذات القوة التي يتمتع بها أي حكم وطني ، وتخضع طرق التنفيذ وإجراءاته إلى القانون الوطني ، ويتحدد ما يجب تنفيذه وفقا لمنطوق الحكم

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص835-836.

² - عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات ..، المرجع السابق ، ص214.

القضائي الأجنبي ، وتوجب محكمة النقض الفرنسية أن يبين الطالب الأمر بالتنفيذ في طلباته الختامية محتويات هذا المنطوق¹.

ثانيا : حجية الشيء المقضي فيه

تتباين القوانين في شأن الاعتراف بالحجية للحكم القضائي الأجنبي ، فمنها كالقانون الفرنسي من يرفض هذا الاعتراف ما لم يكن الحكم القضائي الأجنبي قد شمل الأمر بالتنفيذ في فرنسا ، وسند هذا الرفض أن قوة التنفيذ وحجية الأمر المقضي فيه هما وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم ، فقوة التنفيذ حين تستعمل يصل بها صاحب الحق إلى حقه جبرا ، والحجية حين يتمسك بها تؤدي إلى إقرار الحق² ، هذا هو المعمول به في الجزائر حيث يترتب على منح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي أجنبي ثبوت حجية المقضي فيه لهذا الحكم وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في 28/03/2001³.

البند الثاني : رفض منح الأمر بالتنفيذ

قد تستدعي حالة عدم توفر الشروط التي تم ذكرها أنفا إلى رفض القاضي الوطني إصدار أمر بالتنفيذ ، وان كان يمكن للقاضي منح الصيغة التنفيذية لجزء من

¹ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 933.

² - جارو نعيمة ، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سطيف ، 2013-2014 ، ص 139.

³ - ملف رقم 254909 ، قرار قضائي صادر بتاريخ 28/03/2001 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2002 ، ص 312.

منطوق الحكم الأجنبي ورفض الجزء الآخر اذا كان يتعارض مع النظام العام وقابلا للانفصال، ويكون للمتضرر من الحكم الصادر في دعوى التنفيذ حق الطعن فيه بالطرق المقررة في القانون الجزائري بالنسبة الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، بحيث يجوز للطرف الذي تقرر هذا الحكم ضد مصلحته أن يطعن في هذا الحكم وفقا للقواعد العادية المقررة في قانون الإجراءات المدنية للطعن في الأحكام الوطنية ذلك أن دعوى طلب الصيغة التنفيذية أصلية ومستقلة¹ .

وقد حدد القانون مواعيد للطعن وهي الآجال التي يسقط بانقضائها حق الطعن في الحكم وتعد هذه المواعيد من النظام العام.

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض تنفيذ الحضانة في العلاقات الدولية.

لقد بينا فيما سبق كل الإشكالات التي من الممكن أن تعترض المتقاضين في مجال القانون الدولي الخاص المتعلق بمسألة إسناد الحضانة ، غير أن استصدار أي حكم وإصباغه بالصيغة التنفيذية يبقى مجرد حبر على ورق ما لم ينفذ في أرض الواقع ، و الحقيقة في هذا المجال قد تطورت النزاعات ووصلت إلى حد اختطاف القاصر من الحاضن ، أو منعه من ربط علاقاته العائلية وغيرها من الممارسات التي أصبحت

¹ - الطيب زروقي ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، مطبعة فسيلا ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2010 ، ص 255.

تشكل هاجسا وطنيا ودوليا على حد السواء وهذا ما يعرف في المجال الدولي بمسمى "الاختطاف الدولي للمحضون"

فقد أصبحت مشكلة الاختطاف الدولي للأطفال من أكثر المشاكل التي تثير اهتمام المختصين في القانون الدولي الخاص في الآونة الأخيرة وذلك لما تثيره من جوانب إنسانية مؤسوية.

في هذا الفرض المطروح هناك صعوبة عملية حقيقية تواجه الزوج المضروب في استعادة الطفل لاسيما في حالة انعدام أية اتفاقيات دولية ، بين دولة الإقامة المعتادة للطفل مع الذي تقررت الحضانة لمصلحته و الدولة التي اختطف الطفل إليها.

في الواقع فان مواجهة هذا العجز القانوني في إطار العلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا لا يتحقق إلا بإبرام المعاهدات الجماعية والشائبة المنظمة لها. لذلك سنحاول التطرق إلى هذه المسألة من خلال طرح الإشكالية في التشريع الداخلي (المطلب الأول) ثم طرح الإشكالية في مجال الاتفاقيات الدولية (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الصعوبات العملية للحضانة في التشريع الداخلي

إذا ما قرر القاضي إسناد الحضانة إلى أي شخص من الأشخاص الوارد ذكرهم في نص المادة 64 من ق.أ. س يعني أنه كان على يقين من إسنادها إلى

الشخص المؤهل بذلك بتوفر شروط الحضانة فيه ورعاية لمصلحة المحضون ، بالتالي يجب الامتثال لقراره وهذا حماية لحقوق الطفل المحضون وتنفيذا للأحكام القضائية.

أمام أهمية الحضانة أقر المشرع حماية قانونية خاصة للطفل المحضون حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته ، قد يترتب عليها عقوبات جزائية وفقا لأحكام المادة 328 من ق.ع.ج ولتوضح هذه المسألة نتطرق أولا للشروط التي أوردتها هذه المادة 328 ق.ع.ج (فرع أول) ، وأشكال الجرائم التي حددتها نفس المادة (فرع الثاني)

الفرع الأول : شروط قيام الجرائم الماسة بأحكام الحضانة

يشكل الفعل المنصوص عليه في المادة 328 ق.ع.ج من الجرائم الواقعة في حق الحاضن والمحضون ، ومن خلال استقراءنا لنص المادة فإنه لا تقوم إلا بتوفر شروط تتعلق بالقاصر المعني بحكم الحضانة ، توفر حكم قضائي يشترط فيه أن يكون متعلق بالحضانة .

البند أولا: المحضون قاصر

ورد في نص المادة 328 ق.ع.ج عبارة " قاصر الذي قضي في شأن حضانته " بمعنى أن هذا الطفل يجب أن يشتمل صفة قاصر وصفة الحضانة معا حتى تكتمل أركان الجريمة في مواجهة المتهم وهنا يثار التساؤل حول معنى القاصر؟

لم يحدد المشرع الجزائري سن القاصر المحضون الذي يريد حمايته وفقا لنص المادة 328 من ق.ع.ج ، إضافة إلى ذلك إن المشرع الجزائري لم يعتمد سن رشد موحد في التشريع الجزائري ، فالشريعة العامة تحدد سن الرشد 19 سنة وفقا لنص المادة 02/40 من القانون المدني ، إلا أن الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع في ذلك إلى قانون الأسرة أم إلى قانون العقوبات باعتبار أن المسألة كذلك يتضمنها هذا الأخير؟

برجعنا إلى الفقه الجزائري ما دام يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون قانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء مدة الحضانة¹، فقد نصت المادة 65 ق.أ على انقضاء مدة الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى وبلوغ الأنثى سن الزواج أي سن 19 سنة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، إن كانت هذه المادة القانونية تثير بعض الجوانب القانونية بداية هو اشتراط المشرع أن يكون المحضون قاصرا بمعنى يجب أن تثبت أن المحضون لم يبلغ سن الرشد من جهة ومن جهة أخرى حضائته مسندة لأحد الوالدين أو الأقربين بموجب حكم .

وهذا لا يتحقق في كل الحالات كأن يكون بلغ الولد 16 سنة فهو قاصر بالنسبة للشريعة العامة أي أقل من 19 سنة ، وفي نفس الوقت لا يعد محضونا بحكم المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري هذا من ناحية ، من ناحية أخرى إن الإقرار بهذا الرأي يضعنا أمام

¹ - انظر الفصل التمهيدي من هذه الدراسة.

إشكالية الإخلال بمبدأ المساواة ، إذ لا يعقل أن نص المادة 328 يحمي الذكر في حدود 16 سنة أما الأنثى فيحميها إلى 19 سنة.

البند الثاني : حكم قضائي

كما نصت المادة 328 ق.ع على حكم قضائي سابق ويتضمن إسناد الحضانة إلى من يطالب بتسليمها إليه وان يكون هذا الحكم حائز على قوة الشيء المقضي فيه أي فصل فيه نهائيا ،وكما يمكن ان يكون حكما مؤقتا ، و لكن يجب أن يكون نافذ "exécutoire" كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاد المعجل¹ وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاد المعجل و غير نهائي كونه محل استئناف².

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر بإبطال القرار المطعون فيه و القاضي بعدم ثبوت جريمة عدم تسليم القاصر إلى من له الحق بالمطالبة به . نظرا لحصول أب القاصر و بطلب منه على أمر من رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه

¹ - نصت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة على أنه : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن .

² - المحكمة العليا ،غرفة الجرح 1996/6/16 ملف رقم 132607 قرار مشار إليه أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 174.

أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوما ، ومنه فان قضاة الاستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة 328 ق.ع لم يكونوا على صواب¹ .

كما يجب أن يكون صادرا عن القضاء الوطني أما اذا كان صادرا عن جهة من جهات القضاء الأجنبي لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مشمولا بالصيغة التنفيذية من القضاء الجزائري وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 605 من ق.ا.م.ا أو وفقا للاتفاقات الثنائية أو الجماعية في هذا المجال².

البند الثالث: شرط الحضانة.

إن الشرط الأساسي الوارد في نص المادة 328 ق.ع .ج هو تعلقها بمسألة " حق الحضانة " فالانتهاك هنا يطال حق الحاضن في الاحتفاظ بالمحضون وحق المحضون في إبعاده عن الحاضن ، غير أن الفقه يرى أن عبارة الحضانة تأخذ مدلولاً واسعاً يشمل حق الزيارة ، فلا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة ، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاينة كل من يخل بها أو يعتدي عليها ، كما أن الامتناع في الحالتين يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي الذي هو منوط بحماية قانونية ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا فساوت

¹ - المحكمة العليا ، غرفة الجناح والمخالفات ، ملف رقم 31720 ، قرار بتاريخ 1984/06/26 ، مجلة المحكمة العليا العدد الأول ، سنة 1990 ، ص 287.

² - عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 525.

بين الحقين حيث قضت بأن : " عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية ."¹

في الحقيقة أن جعل حق الزيارة في مرتبة واحد مع الحضانة اتجاه منطقي و مبرر ؛ ذلك أن عدم التمكين من حق الزيارة فيه انتهاك لنفس الحكم الذي قرر الحضانة ، فالحكم الذي يقضي بالحضانة يشتمل وجوبا على الحق الزيارة ، إضافة إلى انتهاك الحكم ، فهناك انتهاك على مصلحة الطفل المحضون الذي يحرم من والديه ، فليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بحضن ابنه طيلة أيام السنة فيما يحرم الآخر من ابنه حتى في الأيام القليلة² ، ورغم المبررات المقنعة على تساوي حقي الحضانة والزيارة فان التحريم يحتاج دائما إلى وضوح وتفصيل يزيل كل الغموض ، فعلى المشرع الجزائري أن يضيف إلى نص المادة 328 ق.ع.ج حق الزيارة بصفة صريحة لكي يرفع كل التباس.³

الفرع الثاني : أشكال الجرائم المرتبطة بالحضانة

¹ - ملف رقم 54930 بتاريخ 1989/02/14 ، المجلة القضائية العدد 02 ، سنة 1995 ، ص 181.

² - عبد العزيز ، الجرائم...، المرجع السابق ، ص 26.

³ - حماس هدايات ، الحماية الجنائية للطفل الضحية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014-2015 ، ص 214.

إن تحليل أحكام نص المادة 328 من ق.ع.ج يتضح لنا مدى ما تضمنته من حماية لحقوق الأولاد وأمنهم واستقرارهم ، ومدى ما اشتملت عليه من مؤيدات فعالة لضمان احترام الأحكام القضائية وتدعيم أركان العدل في كل ما يتعلق بنظام الأسرة وتثبيت روابطها ولفهم هذه الأحكام سنتطرق إلى جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه (البند الأول) ، جريمة الامتناع عم تنفيذ حكم الزيارة (البند الثاني) وأخيرا جريمة اختطاف المحضون من حاضنه (البند الثالث)

البند الأول : عدم تسليم المحضون إلى حاضنه.

إن هذه الجريمة تكون واحدة من تلك الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، وان المعاقبة عليها تعتبر أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاة وعلى تنفيذها وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، وعندما نص قانون العقوبات في الفقرة الأولى من المادة 328 على معاقبة الأم أو الأب أو أي شخص آخر غيره إنما يكون قد وضع مبدأ قويا لضمان احترام القانون واحترام الأحكام الصادرة عن القضاء في وقت واحد¹.

¹ - عبد العزيز سعد ، الجرائم ... ، المرجع السابق ، ص 174.

و أكدت هذه المادة على أن : " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ..."

هذا عن الشروط المحددة في نص المادة لكن لكي يترتب هذا الفعل الجزاء المنصوص عليه قانونا لابد من توفر أركان الفعل المعاقب عليه المادي والمعنوي.

أولاً: الركن المادي

يتمثل في السلوك السليبي أي الامتناع عن تسليم الصغير وهو عنصر جوهري لهذه الجريمة فلولاها لما أمكن قيامها ، فيجب أن يمتنع المتهم عن تسليم الطفل لمن له الحق في المطالبة به فتعتبر هذه الجريمة من الجرائم السلبية الشكلية ، أي أن ركنها المادي يتحقق بمجرد امتناع لا تعقبه نتيجة إجرامية¹.

وما يجب التذكير به أن هذه الجريمة هي من الجرائم المستمرة وليست من الجرائم الوقتية ، وذلك لكونها قابلة للامتداد فترة من الزمن كلما أراد فاعلها ذلك

¹ - عبد العزيز سعد ، الجرائم، المرجع السابق ، ص 175.

وباعتبار أن الالتزام بالتسليم لا ينقضي في لحظة محددة و إنما يظل قائما طيلة الوقت الذي يبقى فيه المحضون محبوسا عن صاحب الحق في تسليمه¹ .

بوجه عام تنطبق هذه الجريمة على كل من كان القاصر موضوعا تحت رعاية الأب أو إلا أو غيرهما ويمتنع عن تسليمهما إلى من وكل القضاء إليه حضانته ويقرر له عقوبة إلا أن المسألة تثير إشكالا مهما ماذا لو صدر الامتناع من الطفل ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يحيلنا إلى تأكيد مسألة مهمة أن لتحقق هذا الفعل ينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد واضح ومقصود ، وبعد أن يكون الممتنع المتهم على علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون ، وبعد الاستظهار بمحضر الامتناع أو بشهادة شهود تقبل شهادتهم ، و إلا فلا يمكن اعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه ، أو صاحب الحق في حضانته ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه² .

وهناك قرار للمحكمة العليا بهذا الشأن صدر بتاريخ 1996/07/19 جاء فيه انه :
"متى تبين أن المتهم لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها ، ولم يتم بأية مناورة لمنع الوالدة من حق الزيارة وان البنت هي التي رفضت الذهاب إلى والدتها ، كما يشهد على ذلك

¹ - تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق ،ص 204.

² - عبد العزيز سعد ، الجرائم المرجع السابق ، ص 175.

تصريح المحضر القضائي فان إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنت يعد خرقا للقانون ويستوجب النقض.¹

ثالثا : الركن المعنوي

يتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني (الأب أو الأم أو أي شخص يتواجد معه الطفل) بصدور حكم قضائي يسند الحضانة لصاحبه وكذا انصراف إرادته إلى التعمد في عدم تسليم الطفل² .

فينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد ، واضح ومقصود ، كما يجب أن يكون المتهم على علم بصدور حكم قضائي يمنح الحضانة لصاحبه³ .

ومنه فإن هذه الجريمة تقتضي توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم.

وأخيرا الجزاء المترتب على هذه الجريمة لقد أقر المشرع الجزائري عقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج، وهي عقوبة مخففة بالمقارنة مع العقوبة المقررة في المادة 327 ق.ع.ج ، ويرجع التخفيف هذا إلى صفة الجاني الذي قد

¹ - قرار بتاريخ 19/07/1996 ، غ.ج.م ق ، سنة 2001، عدد 02 ، ص 377.

² - عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة... ، المرجع السابق ، ص 142.

³ - حماس هدايات ، المرجع السابق ، ص 209.

يكون (الأب أو الأم) فرابطة الأبوة هنا مجرد ظرف مخفف للعقاب وليس عنصرا تكوينيا في الجريمة¹.

كما اقر المشرع الجزائري برفع عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني².

البند ثاني: جريمة منع حق الزيارة

سبق وأن ذكرنا آنفا أن من حق المحضون أن يحافظ على علاقاته مع باقي أهله وأقاربه الغير حاضنين ، فمن حق الأب تولى حق الزيارة ليكون مشرفا ورقيبا على أحوال المحضون ، فحق الحضانة يقابله حق الزيارة لذلك كان لزاما على القاضي أن يضبط حق الزيارة في مواعيد محددة.

لكن قد يحرم صاحب حق الزيارة من ممارسة حقه بتعسف من الحاضن لذلك ولحماية هذا الحق أوجب المشرع الجزائري عقوبات على مخالفة هذا الأمر القضائي حفاظا على مصلحة المحضون من جهة وضمانا لمصادقية الأحكام القضائية من جهة أخرى ، بحسب ما هو وارد في نص المادة من 328 من قانون العقوبات السالفة الذكر ، وتقوم هذه الجريمة على العناصر التالية:

1 - حماس هدايات ، المرجع السابق ، ص 209.

2 - المادة 328 / 2 ق.ع.ج.

1. لابد من صدور حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل يقض بإسناد الحضانة

إلى أحد الزوجين ويمنح حق الزيارة للطرف الآخر ، ويحدد مكان ، وزمان ، وكيفية ممارسة حق الزيارة.¹

2. أن يكون الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب

محضر يجره القائم بالتنفيذ أو ثابت بواسطة شهادة الشهود ، أو باعتراف الممتنع .

ويمكن القول أن جريمة تقوم على نفس الأركان السابقة الذكر في جريمة عدم تسليم

القاصر إلى الحاضن ، فعنصر الامتناع يشكل السلوك السلبي في هذه الجريمة والركن المادي لها ،

أما نية إبعاد الحاضن عن صاحب حق الزيارة يشكل الركن المعنوي لها ، وهذه الجريمة هي الأكثر

شيوعا في المجال الدولي وستتطرق إلى أكثر تفاصيلها في المطلب الثاني.

البند الثالث : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه .

لا تختلف هذه الجريمة عن سابقتها من حيث الهدف ، وهو إبعاد

المحضون عن أهلهم وقطع صلة رحمهم به لذلك خصص المشرع الجزائي نفس

العقوبة لكلا الجريمتين ، فقد نصت المادة 328 ق.ع.ج على ما يلي : " يعاقب

بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأب أو الأم

أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر وكذلك كل من خطفه ممن وكلت

¹ - راجع الفصل التمهيدي من هذه الدراسة ، ص

إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو إبعاده عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.... " إلا أنهما تختلفان في أركان الجريمة .

أولاً : الركن المادي¹ .

إن كان الركن المادي في الجريمة السابقة يتمثل السلوك السليبي فان في هذه الجريمة يأخذ شكل السلوك الايجابي وهو "الاختطاف"، وان كان العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي فانه يتمثل في عدة صور ، أو عدة حالات وكل حالة منها كافية وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة التي نحن بصدددها ، وهذه الصور أو الحالات هي كما يلي :

1. صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.

2. صورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة أو دار

الحضانة وما شابههما .

3. صورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب

من الأسباب.

¹ - عبد العزيز سعد ، جرائم، المرجع السابق ، ص178.

و لا يتم توفر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير ، و إذا كان وقع الاختطاف بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الجدة أو الخالة فان الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي ، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الأبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة بسبب أنه قد جعل من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر¹.

أيضا تتطلب هذه الجريمة وجود حكم قضائي حائز للقوة التنفيذية ، أو مشمول بالنفاذ المعجل حتى يتمكن الحاضن من المطالبة بحقه في الحضانة.

ثانيا : الركن المعنوي

يتمثل هذا الركن في اتجاه إرادة الجاني إلى اختطاف وإبعاد المحضون عن حاضنه ، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له ، ولكي يفلت من المتابعة والعقاب أن يثبت حسن نيته وعدم توفر القصد السيئ ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد.

المطلب الثاني : حماية المحضون في المجال الاتفاقي.

¹ - عبد سعد ، الجرائم، المرجع السابق ، ص 179.

إن النزاعات المتعلقة بالحضانة في مجال العلاقات الدولية الخاصة من الإشكالات العويصة التي قد يتحول بموجبها الصراع الأسري إلى صراع بين نظامين قانونين لدولتين مختلفتين الشيء الذي سيكون له لا محالة تأثير على وضعية الطفل وحقه في الإبقاء على روابطه واتصالاته المباشرة مع أبيه.

ووعيا بهذه الأضرار تم بذل جملة من الجهود على المستوى الدولي والتي انتهت إلى وضع الإطار القانوني لمعالجة والحد من ظاهرة الاختطاف الدولي للمحضون ، ويظهر ذلك أساسا في مجموعة من الاتفاقيات الدولية (المتعددة والثنائية) التي أبرمت منذ الثمانينات من القرن الماضي ، والتي كرسّت بشكل واضح إجراءات من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الاحتفاظ بهم بطريقة غير مشروعة إلى إحدى الدول المتعاقدة.

لدراسة هذا المطلب سنتطرق إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف (الفرع الأول) ، الاتفاقيات الثنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الاتفاقيات المتعددة الأطراف في مجال الاختطاف الدولي للمحضون.

إن التعاون الدولي في مجال رعاية الأطفال وحمايتهم افرز مجموعة من الاتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة تلك التي تهتم بمعالجة قضايا الاختطاف الدولي ، فتعتبر اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 السبابة إلى إقرار جملة من

الحقوق تتعلق بحماية مصلحة الطفل المحضون ؛غير أن اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 تعد أهم اتفاقية اهتمت بالاختطاف الدولي للمحضون .

لذلك سنتطرق إليها من خلال تبيان أهداف الاتفاقية (البند الأول)
وشروط تحقق الاختطاف الدولي للأطفال وفقا للاتفاقية.

البند الأول : أهداف اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980.

تعد هذه الاتفاقية من أهم الركائز الدولية التي أبرمت في المجال الدولي للتقليل والتخفيف من ظاهرة الاختطاف الدولي للمحضون ، فهذه الاتفاقية تضمنت العديد من الإجراءات التي من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الاحتفاظ بهم بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة¹ ، مع ضمان الرجوع الفوري للأطفال الذين تم تغيير محل إقامتهم واحتجازهم بطريقة غير مشروعة في إقليم أية دولة متعاقدة كما أنها تسعى إلى تحقيق الاحترام الفعلي في كافة الدول المتعاقدة الأخرى ، لحقوق الحضانة وزيارة الأطفال المقررة في أية دولة متعاقدة².

¹ - إذ جاء في ديباجة هذه الاتفاقية ما يلي : " أن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية ، إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية قصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم ، ورغبة منها في حماية الأطفال دوليا من التأثيرات الضارة لنقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة ، واتخاذ الإجراءات التي تضمن عودتهم الفورية إلى الدولة مقر إقامتهم الاعتيادية بالإضافة إلى ضمان حماية حقوق الزيارة والاتصال"
² - المادة الأولى من الاتفاقية.

ولقد حثت هذه المعاهدة الدول المتعاقدة على ضرورة اتخاذ الإجراءات المناسبة داخل إقليمها ، من أجل تحقيق أهداف المعاهدة ، ويجب على كل دولة متعاقدة من أجل تحقيق الغرض أن تلجأ إلى اتخاذ الإجراءات الضرورية والفعالة على وجه السرعة¹.

لقد حددت المعاهدة في المادة الرابعة بأنها تطبق على كل طفل له محل إقامة معتادة على إقليم أية دولة متعاقدة طالما تحققت هذه الإقامة قبل حصول الاعتداء على حق الحراسة والزيارة مباشرة ويوقف العمل بالاتفاقية عند بلوغ الطفل سن السادسة عشر.

ولكي تحقق المعاهدة أهدافها في استعادة الأطفال الذين يتم تغيير محل إقامتهم بطريقة غير مشروعة فإنها نصت في المادتين السادسة والسابعة منها على ضرورة خلق سلطات مركزية في كل دولة متعاقدة تتبادل المعلومات فيما بينها مباشرة وتهدف إلى تحديد المكان الذي يوجد فيه الطفل المختطف كما أن هذه الهيئات تسعى إلى استعادة الطفل إما طواعية من جانب الزوج المختطف أو عن طريق اللجوء إلى الطرق الودية والالتجاء إلى القضاء من أجل تحقيق عودة الطفل.

¹ - المادة الثانية.

وفي حالة رفض إعادة الطفل فان المعاهدة نظمت إجراءات تتخذ على وجه السرعة من اجل استعادته ، وذلك إذا مضت مدة عام كامل على الأقل من وقت تغيير محل إقامة الطفل أو عودته ، وإذا لم تقم المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى في خلال ستة أسابيع من تلقي الطلب بالفصل فيه ، فانه يجب عليها أن تحدد الأسباب التي دفعتها إلى التأخير في الفصل .

ولا يمكن للسلطة القضائية للدولة التي يوجد ملجأ الطفل فيها أن ترفض عودة الطفل إلا لأسباب محددة على سبيل الحصر عددتها المادة الثالثة عشرة على النحو التالي :

1. إن الشخص أو الهيئة المقررة لها حراسة الطفل لم تكن تمارس هذه الحراسة على نحو فعلي في الوقت الذي تم فيه تغيير محل إقامة الطفل ا وان هذا الشخص او الهيئة قد وافقت في وقت لاحق على هذا التغيير في محل الإقامة أو عدم عودة الطفل.
2. أن يوجد خطر جسيم يتعرض له الطفل في حالة عودته يجعل الطفل في ظروف غير محتملة.

ولقد إضافة المادة عشرين من الاتفاقية التحفظ التالي وهو رفض طلب عودة الطفل إذا كان هذا الأمر لا تسمح به المبادئ الأساسية الخاصة بالمحافظة

على حقوق الإنسان والحريات الأساسية في الدولة الملتزم من سلطتها
إعادة الطفل.

على كل إذا كانت هذه الأهداف الرامية التي جاءت بها هذه الاتفاقية، إلا
أن تفعيلها على أرض الواقع يستلزم شروط واجب توفرها حتى تتحقق لنا ظاهرة
الاختطاف الدولي للمحزون من منظوره وهذا ما سنتطرق إليه في البند الموالي.

البند الثاني : شروط الواجب توفرها لتحقيق الاختطاف الدولي للمحزون.

بالرجوع إلى بنود اتفاقية لاهاي ل25 أكتوبر 1980 باعتبارها المؤطر
الأساس لهذه الظاهرة على المستوى الدولي ، يستشف إن النقل غير المشروع
للأطفال لا يمكن أن يتحقق إلا إذا تم حرق حق الحضانة الممنوح لأحد الأبوين
بمقتضى سند صحيح طبقاً لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل (أولاً) ،
هذا بالإضافة إلى أن يمارس هذا الحق بصفة فعلية قبل حصول الخطف.

أولاً : شرط السند القانوني وفقاً لقانون دولة الإقامة الاعتيادية

أن هذا الشرط لا يختلف عن شرط الحكم القضائي الذي تطرقنا إليه في
تحليلنا لنص المادة 328 ق.ع.ج ، إذ لا يمكن اعتبار النقل غير مشروع
للمحزون ما لم يكن هناك سند قضائي يمنح حق الحضانة بصفة قانونية طبقاً

لمقتضيات قانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل ، أي حسب قانون الدولة التي كانت تمارس فيها هذه الرابطة قبل نقل الطفل أو حجزه.، وهذا حسب ما أكدته المادة الثالثة من الاتفاقية (أ) بأن النقل غير المشروع يتحقق: " عندما يكون في ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو هيئة بصورة مشتركة أو فردية ، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو حجزه ."

ثانيا : الممارسة الفعلية للحضانة.

لأجل تحقق الاختطاف الدولي للمحضون وفقا لمنظور الاتفاقية لا بد من ممارسة فعلية تعتبر أساسا واقعا لوضعية قانونية أجدر بالحماية¹ ، فتوافر عنصر الممارسة الفعلية من عدمه راجع إلى ما أكداه مقتضيات المادة 13 من هذه الاتفاقية حيث يعتبر هذا الشرط أحد الأسباب التي يمكن الاستناد عليها من قبل السلطات القضائية للدولة المطلوبة لأجل رفض الأمر بإرجاع الطفل ، إذ جاء في المادة ما يلي : " على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة ، إلا أنه لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية في الدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر

¹ - جلييلة دريسي ، إشكالية الحضانة في الزواج المختلطة ، دار القلم ، ب.ط، المغرب ، 2010، ص 80.

إعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو هيئة أخرى التي تعارض إعادته في إثبات أن:

أ- الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي تراعي شخص الطفل لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة في وقت النقل أو الحجز.

إلا أن تحديد مضمون هذا الشرط هو ما دفع القضاء إلى تفسيره ، ففي قرار صادر عن محكمة "اكس أون بروفانس"¹ تم التأكيد على أنه مادام أن للام سلطة القرار وحق الاعتراض على نقل الطفلين من إنجلترا مكان إقامتهما الاعتيادية إلى فرنسا فان ذلك نابع من ممارستها الفعلية لحق الحضانة.

يبدو من خلال هذا القرار أعلاه أن المحكمة استندت على حق الاعتراض عن نقل الطفلين واعتبرت ذلك الحق بمثابة وسيلة إثبات وسيلة إثبات فعل الممارسة الفعلية للحضانة.

هكذا يتضح جليا أن الرابطة الفعلية بين الحاضن والمحضون ذات أهمية لإقرار عدم مشروعية فعل النقل وعليها يتوقف الأمر بالإرجاع الفوري للأطفال وبالتالي فعبء إثبات ممارستها من عدمها يقع على عاتق الحاضن والخاطف معا ،

¹ - Arrêt De La Cour D'appel D'aix-En-Provence, Sixieme Chambre Date En 23 Mars 1989, R.C.D.I.P ,N°3, Juillet-Septembre 1990, P529 Et Suivant.

فالأول عليه إثبات الممارسة الفعلية لحق الحضانة حتى يتأتى للسلطات القضائية الأمر بالإرجاع الفوري للطفل ، والثاني يقع على عاتقه إثبات انتفاء هذه الممارسة في حالة تمسكه أمام السلطات القضائية بمقتضى البند (أ) من المادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وخلاصة هذه الاتفاقية انه الرغم من المقتضيات المهمة التي أقرتها هذه الاتفاقية ، إلا أن بعض العوائق تقف حائلا دون تطبيقها ، من بينها ما يرجع للإطار الجغرافي لهذه الاتفاقية ، فدائرة تطبيقها تبقى نسبية بالنظر إلى قلة الدول الموقعة عليها ، وخاصة الدول العربية و الإسلامية التي لا ترى أية مصلحة فيها لكونها تحتوي على مقتضيات مخالفة لمفهوم الإسلام لحقوق الإنسان والطفل.

والجزائر بدورها لم تصادق على هذه الاتفاقية ، وهذا راجع إلى إن الاتفاقية تحضر إبداء أي تحفظ على بنودها¹ ، وقد عممت النقل غير المشروع على جميع الأطفال حتى المتبنين ، وان مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية يعني موافقتها على هذا التبنى وهذا يتنافى مع نصوص قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني : الاختطاف الدولي للمحضون في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

¹ - نص المادة 16 من ذات الاتفاقية.

في إطار دعم التعاون المشترك بين الدولتين في مجال حماية حق الحضانة للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط بن الجزائريين والفرنسيين، والتي مرت بظروف صعبة في فترة ثمانينات القرن الماضي مما أدى إلى إشكالات سياسية بين الدولتين ، أبرمت سلطتي البلدين اتفاقية ثنائية بينهما لتسهيل وتنظيم الإجراءات الخاصة بالحضانة¹ .

فقد جاءت هذه الاتفاقية ببعض مقتضيات التي تترجم عامة الآليات المتضمنة في اتفاقية لاهاي لسنة 25 أكتوبر 1980، إذ ترمي بالأساس إلى تأسيس تعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية وذلك من اجل الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق الحضانة.

احتوت هذه الاتفاقية 14 مادة تهدف من خلالها إلى التعاون فيما بين الدوائين لضمان حماية أفضل للطفل وتعتمد في ذلك على تدخل السلطات المركزية لكلا الدولتين ، والتي من واجبها ضمان التعاون الإداري المباشر لحماية الطفل وذلك حرصا منهما على مواجهة المشاكل والصعاب المتعلقة باختطاف الأطفال في الزواج المختلط وضمان حماية حق الأطفال في الزيارة والاتصال بين الوالدين عبر الحدود الدولتين ، كما أنها تهدف إلى التعاون القضائي لضمان حق الزيارة .

¹ - راجع في هذا الصدد الفصل التمهيدي من هذه الدراسة.

أولاً: السلطة المركزية في حماية حق الزيارة وحق الاتصال.

أنشأت هذه الاتفاقية بموجب المادة الأولى منها سلطتين مركزيتين تتبع وزارة العدل في كلتا الدولتين، وهذا بغرض تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها الدولتان بمقتضى هذه الاتفاقية من جهة ، ومن جهة أخرى التعهد بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر ، فيتعين على السلطتين المركزيتين أن تتعاون فيما بينها مباشرة وعليها أن تتخذ كافة الترتيبات المناسبة من أجل تنفيذ الإجراءات الحمائية المتخذة تطبيقاً لهذه الاتفاقية خاصة في مجال ضمان اجتناب فقدان الطفل صلته بأبويه وتهيئة الظروف المناسبة لإحاطته بجو من الاستقرار والأمان وتكون تدخلاتهما مجانية لتحقيق ما يلي:

1. البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
2. تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه .
3. اطلاع الأبوين عن الإجراءات القضائية المتعلقة بالموضوع لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع .
4. تسهيل وتسيير وتنظيم حق الزيارة وممارسة فعلا من أحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها.

5. ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
6. التعهد بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة.
7. اطلاع السلطة المركزية المتخصصة على التدابير والنتائج المخصصة لها.
8. تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوحة لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاق منه.

على أن تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاص بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة. وعلى هذه الأخيرة أن تعلم بإجراءات القضائية والإدارية الخاصة بشخص القاصر المولود من احد رعايا الدولتين فقط بمجرد اتخاذه¹.

ثانيا : المتابعات الجزائرية

إن المراد من هذه الاتفاقية هو الحد من ظاهرة الاختطاف التي كان يتعرض إليها الأطفال الناجمين عن هذا الزواج المختلط فقد أكدت المادة السابعة من هذه الاتفاقية إن الوالد الحاضر عند رفضه تسليم الابن للوالد الذي يملك حق الزيارة قد يتعرض للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتين ، ويباشر وكيل الجمهورية

¹ - المادة الرابعة من الاتفاقية

المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة¹.

وجاءت المادة الثامنة من الاتفاقية² هي الأخرى تنص على ضرورة إعادة الطفل إلى الوالد الحاضن بعد انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين ، ويقوم وكيل الجمهورية المختص طبقا للمادة 11 من الاتفاقية³ وبدون تأخير باتخاذ الإجراءات اللازمة وهذا بتسخير القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل إلى التراب الذي غادره بعد عرض الوالد الحاضن المسألة عليه أو على السلطة المركزية.

ويمكن القول بعد تفحصنا للبنود الواردة في هذه الاتفاقية يتضح لنا أنها تبنت حولا قضائية وإدارية فعالة لمواجهة المشاكل العملية المرتبطة بالحضانة الناتجة عن الزواج المختلط والمتعلقة أساسا بالاختطاف الدولي للمحضون ، وذلك من خلال إزالة جميع العقبات القضائية والإدارية التي كانت تقف في وجه ممارسة حق

¹ - المادة السابعة من الاتفاقية.

² - تنص المادة الثامنة: " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما: - إذا لم يرد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5 ، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري ، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل .

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

³ - تنص هذه المادة على ما يلي: " يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المدان الذي تمارس فيه الحضانة عادة من أجل تطبيق المادة 8.

- يلتزم وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

الباب الثاني : الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بالأحكام الأجنبية في مجال الحضارة

الزيارة ، وبكثيف الجهود الإدارية والقضائية بين البلدين للوصول إلى الحلول الفعالة للمحافظة على مصلحة المحضون.

الختامة

في نهاية هذا البحث المتواضع ومن خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة عن موضوع الحضانة في القانون الدولي الخاص لأهم الإشكالات التي تثيرها الحضانة والحلول الواجبة لها اتضح لنا أن لهذه المسألة أهمية كبرى في المجالين الداخلي والدولي ، فهي ترتبط بالأساس بأحد الحقوق الثابتة للطفل في القوانين الداخلية والدولية وما ينتج عنه من رعاية وحماية للطفل الضعيف البنية والفكر ، فهو بحاجة لمن يرعاه ويصرف عنه الأذى بقدر حاجته للغذاء واللباس .

فان كان إسناد الحضانة في القانون الداخلي معيارها مصلحة المحضون والتي تختلف من طفل إلى طفل ومن حالة إلى حالة ، مما أخضعها المشرع الجزائري للسلطة التقديرية للقاضي من أجل البحث عن الحاضن الأكثر كفاءة وقدرة على تربية المحضون ، فان المسألة في مجال الزواج المختلط تزداد تعقيدا خصوصا أن المشرع الجزائري لم يضبط المسألة بنصوص صريحة بل ترك المجال للقضاء في الفصل في مدى أحقية الأم الأجنبية في الحضانة من عدمه ، سواء تعلق الأمر بأم أجنبية مسلمة أو غير ذلك ، ونفس الشيء بالنسبة لحالة تغيير ديانة الحاضنة المسلمة.

أما عن طرح إشكالية الحضانة في المجال القانون الدولي الخاص يثير عدة تساؤلات مهمة من خلال المواضيع التي يحتويها كإشكالية تنازع القوانين في مجال الحضانة وإشكالية الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة .

فمن خلال دراستنا للحضانة في مجال تنازع القوانين تبين أن الإشكالية تشير
عنصرين مهمين القانون الواجب التطبيق وتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ففي
الحالة الأولى : - عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة أثارت جدلا فقهيًا وقضائيا
حول القانون الواجب التطبيق تتأرجح بين قانونيين مهمين " قانون جنسية الأب " من
خلال اعتبارها أثر من آثار الزواج أو آثار النسب أو آثار الطلاق و"قانون الطفل " سواء
كان قانون الجنسية أو الموطن وهذا كان له أثره على تشريعات الدول المختلفة بين من
فضلت السكوت وبين من ضبطت المسألة بقاعدة إسناد صريحة. وأمام كل هذه الاتجاهات
فضل المشرع الجزائري الصمت فاسحا المجال للقضاء الذي استقر على اعتماد قاعدة
الإسناد المتعلقة بالحلل الرابطة الزوجية أي جنسية الأب وقت رفع الدعوى .

وحتى بالنسبة للاتفاقية الفرنسية الجزائرية لم ينص المشرع على القانون الواجب التطبيق
غير أنه ضبط قاعدة الاختصاص القضائي بمقر مسكن الزوجية ، هذا الأخير الذي سوف
يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق ، والذي يكون في أغلب الأحوال القانون
الفرنسي طالما أن أغلب الزيجات المختلطة جزائرية فرنسية تقيم في فرنسا.

وان كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية فهذا الأخير بدوره لا يخلوا من
الصعوبات سواء ما يتعلق منها بتعدد أو انعدام الجنسية أو حتى تغييرها، ومن ناحية أخرى

قد تثير تطبيق قاعدة الإسناد إشكالات تتعلق " الإحالة " أو " الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع " والتي فصل فيها المشرع بنصوص صريحة.

أما في مجال تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني كانت مسألة استبعاد القانون الأجنبي أكثر المسائل إشكالا ، فكما اشرنا في الفصل التمهيدي عن حق الأم الأجنبية في حضانة ابنها ثابت باتفاق الأئمة الأربعة متى توفرت فيها الشروط القانونية والمتمثلة في تربية الطفل على دين أبيه كما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق.أ ، ومكان ممارسة الحضانة ما يتوافق على نص المادة 69 ق.أ.ج وهاتان المسألتان كانتا سببا في استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية المخالفة للنظام العام الجزائري. فالترية الدينية للمحزون كانت ولا تزال سببا في إسقاط الحضانة عن الأم ، فالإقامة بالحاضن خارج التراب الوطني وبعبدا عن رقابة صاحب حق الزيارة مرهون بموافقة هذا الأخير ومصصلحة المحزون .

أما في الباب الثاني من هذه الدراسة بينا مجمل الإشكالات التي يثيرها الاختصاص القضائي الدولي خاصة وان المشرع الجزائري لم ينص على قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي إلا من خلال المادتين 41 و42 من ق.أ.م.أ ، واستقر العمل القضائي في هذا المجال بتمديد العمل بقواعد الاختصاص الداخلية لسد هذا النقص التشريعي كما هو الشأن بنص المادة 426 ق.أ.م.أ المتعلقة بمكان ممارسة الحضانة.

أما في ما يخص تنفيذ الأحكام الأجنبية فالمشعر الجزائري نص على معظم الشروط الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي سار العمل بها في القضاء الفرنسي والمستوحاة من قرار "Munzer". رغم أنه لم يذكر مسألة الغش نحو القانون والمعاملة بالمثل المعروفتين في المجال الدولي

فبعد ما تطرقنا إلى مجمل الإشكالات التي من الممكن أن تثيرها الحضانة في القانون الدولي الخاص نخرج بالتوصيات التالية:

- من المعلوم أن العلاقات بين الدول تلاشت فيها الحدود وأصبح من السهل التواصل بين المواطنين والأجانب قلا بد على المشعر الجزائري إعادة النظر في أحكام قانون الأسرة وبالأخص فيما يتعلق بحضانة الأم الأجنبية وضبط نصوص صريحة تحدد موقفه من حالة الأم الأجنبية، وموقفه من مسألة تغيير الديانة وتأثيرها على إسناد الحضانة.

- من جهة أخرى ما لاحظناه أن حق الزيارة لم يلق اهتمام المشعر الجزائري لم يحدد لا كيف أو متى يمارس حق الزيارة وبالأخص في حالة الزواج المختلط مما يستلزم عليه النص على كيفية ممارسة هذا الحق.

- وفي ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الحضانة لابد من تحديد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة تجعل من مصلحة المحضون الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق.

- إبرام اتفاقيات بين الجزائر و دول غربية حول الحضانة تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة والاختصاص القضائي الدولي وتضع حلول لمشكلة الاختطاف الدولي للمحضون.

- وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي تسهل العمل على المتقاضين دون اللجوء إلى تمديد العمل بالقواعد الداخلية

قائمة الملاحق

ملحق رقم 1

المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26
يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية
الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية ، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين
والفرنسيين في حالة الانفصال ، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

الملحق رقم 2

اتفاقية لاهاي لسنة 1996 المؤرخة في 19 نوفمبر
1996 و المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب
التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة
الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال.

قائمة المراجع

المراجع الفقهية باللغة العربية

الكتب العامة.

1. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج13، دار الصادر، بيروت 1990.
2. ابن القيم الجوزي ، زاد المعاد هدي خير العباد ، دار الفجر للتراث ، القاهرة ، 1999.
3. إمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المجلد الثاني ، الجزء 5 ، في حضنة الأم ، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ.
4. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ،دار النهضة العربية الطبعة الأولى،القاهرة ، 2008.
5. أبو العلا علي أبو العلا النهر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانون، مصر 2003.
6. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997.
7. اشرف عبد العليم الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ،دار الكتب القانونية ، بدون طبعة ، مصر ، 2002 .
8. أحمد الميليجي ، اختصاص المحاكم الدولي و الولائي وفقا لنصوص المرافعات معلق عليه بأراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991.
9. إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.
10. بقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة ، الجزائر ، 2008.
11. بلقاسم اعراب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ج 2 ، دار هومة ، بدون طبعة ، 2003.
12. بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008.
13. بوبشير موحد أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2003.
14. بلحاج العربي ،قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2000.

15. بيار ميار ، فانسان هوزيه ، ترجمة علي مقلد ، القانون الدولي الخاص ، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2008.
16. حبار محمد ، القانون الدولي الخاص ، الرؤى للنشر والتوزيع ، الدار البيضاء ، الجزائر ، ب.ط ، 2013.
17. حفيظة السيد حداد ، الموجز القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات حلي الحقوقية ، لبنان ، سنة 2007.
18. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.
19. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004.
20. جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، 2013 ، الجزائر.
21. جمال محمود الكردي ، ج2 ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1997 ،
22. زواوي فريدة ، مدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2000.
23. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات) ، منشورات حلي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009.
24. سنن أبي داوود ، كتاب الطلاق ، دار الفكر للطباعة ، لبنان ، حديث رقم 2276.
25. فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب.ط ، الجزائر 2010.
26. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة ، مصر 1986.
27. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2002،
28. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، منشورات حلي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2004،
29. عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1996.
30. عبد العال محمد عكاشة ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار الفتح ، الإسكندرية ، 2010.
31. علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2003.

32. عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2005.
33. عبد الفتاح بيومي الحجازي ، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ، دراسة معمقة في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية ، مصر ، دون ط ، 2008 .
34. عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2006.
35. صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ، التركيبي للكمبيوتر والطباعة الاوفست ، ط 1 ، مصر ، 2006.
36. صادق علي هشام ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ب. الطبعة ، 2003.
37. صادق علي هشام ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، ط 03 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974.
38. صادق علي هاشم ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002.
39. صادق علي هشام ، الوكيل ثمس الدين ، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1968.
40. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء قانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة فسييلة ، الدويرة ، ط 2 ، 2008.
41. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، مطبعة فسييلة ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2010 .
42. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009.
43. ممدوح عبد الكريم عمروش ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ، ج 1 ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
44. محمد مبروك السلافي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1994.
45. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، الجنسية ، الموطن ، مادة التنازع ، د. ط ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1997.
46. موحد اسعد ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب. ط ، الجزائر ، 1998.
47. نسرين شريقي ، سعيد بوعلي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار بلقيس للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2013.
48. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، الأحوال الشخصية ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، دمشق ، 1984م.
49. يوسف دلاندة : اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني ، دار هومة ، الجزائر ، 2005.

الكتب المتخصصة

1. أحمد نصر الجندي ، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004.
2. المصري مبروك ، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، 2010.
3. بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر (نظرية التكييف) دراسة تحليلية ونقدية ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ب.ط ، 2010.
4. بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012
5. حافظ محمد أنور ، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ، دار بلنسية للنشر والتوزيع ، الرياض، 4330هـ.
6. حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجنبي، منشورات الحريري الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
7. خالد عبد العظيم أبو غابة ، حقوق المحضون ، دراسة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2013.
8. جلييلة دريسي ، إشكالية الحضانة في الزواج المختلطة ، دار القلم ، ب.ط، المغرب ، 2010.
9. صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013.
10. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة في زواج الأجنبي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2004،.
11. عبد العال محمد عكاشة ، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات ، دار الجامعة ، الإسكندرية 2010،.
12. عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية اللبنانية و مركز الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1999،.
13. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، دار البحث ، قسنطينة. بدون سنة الطبع.
14. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
15. عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2013.
16. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشرع والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ، عمان ، 2010.
17. محمود عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997.
18. نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ، الجزائر ، 2002.
19. وليد خالد ربيع ، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية – دراسة فقهية مقارنة- ط 1 ، دار النفائس ، الأردن، 2007.

المذكرات والأطروحات

1. بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008-2009.
2. بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2008-2009.
3. درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والخلاله، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.
4. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005.
5. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
6. حماس هدايات، الحماية الجنائية للطفل الضحية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
7. جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.
8. خيرة العراي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002.
9. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.
10. ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
11. مداح عيسى، أحكام الأبوة في الفقهاء الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2011-2012.
12. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقهاء الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

13. مرنان عبد الرحمان ، أحكام الحضانة ومدى تأثيرها بالعنصر الأجنبي ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، الجزائر ، 1978.
14. مالطي نهار فائزة ، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2005-2006
15. عبد النور أحمد ، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015-2016.
16. لعناني أميرة ، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014-2015.

المقالات والمداخلات

1. اشوي عماد ، تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة مقارنة ، مداخل ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، بجامعة بجاية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014.
2. أحمد ضاعن سمدان ، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي ، مجلة الحقوق العدد الأول ، 2007.
3. براسي محمد ، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، سيدي بلعباس ، العدد التاسع 2012.
4. بوسهوه نور الدين ، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ، دراسة تحليلية على ضوء التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري لسنة 2005 ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، رقم 12 ، سنة 2011.
5. بوحية وسيلة ، القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للطلاق في قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص الجزائري ، مداخل ملقاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات ، جامعة خميس مليانة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014.
6. تشوار زكية ، حماية المحضون عبر ممارسة الحضانة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 41 ، رقم 01 سنة 2000.
7. سهيلة قمودي شيعاوي ، وفاء شيعلاوي ، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ، المجلة العلوم القانونية والإدارية العدد 3 ، سنة 2000.

8. عبد الرزاق دربال ، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة ، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر ، 21-22 أبريل 2010.
9. عبد الرسول كريم أبو صبيح ، اثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الكوفة ، . العدد الثاني ، سنة 2009 ، العراق.
10. عزت محمد علي البحيري ، القانون الواجب التطبيق على الحضانة،(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)،مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،جامعة قطر ،العدد 25 لسنة 2007.
11. عماد الدين عياض ،هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات ، ملتقى تنظيم العلاقات الدولية في الجزائر و اقع وأفاق 21 و22 افريل 2010 ، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح.
12. فراس كريم شيعان ، نعمة نعيمش، تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة تشريعية ، فقهية ، قضائية مقارنة ،مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 05، جامعة بابل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 01، لسنة 2013.
13. فتيحة يوسف ، قواعد التنازع في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،عدد 2 لسنة 1999.
14. منصور مبروك ، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة المغاربية ،دراسة مقارنة ، مجلة الاجتهاد ، العدد 08، معهد الحقوق ، جامعة تمنغراست ، الجزائر 2010.
15. محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية ، المجلد 27 ، العدد الأول ، سنة 2001 .
16. مصطفى معوان، الحضانة والحماية القانونية للطفل في ظل الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000 .
17. عبد الودود مصطفى مرسي السعودي ، تبعية الولد لأبويه في الدين ، " دراسة فقهية مقارنة بالقانون " حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، السنة الخامسة ، العدد 09.
18. نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة) ، مجلة الرافدين ، المجلد 16 ، العدد 59 ، السنة 18 ، جامعة الموصل ، العراق.

النصوص التشريعية

القوانين

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984 ، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر عدد 15 مؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر عدد 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008.
3. قانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير 2015 ، ج.ر عدد 01 ، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة.
4. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، ج.ر عدد 78 ، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005 ، والقانون المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد 31 ، المؤرخة في 13 ماي 2007.

الاتفاقيات

1. اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 25/44 ليوم 21 نوفمبر 1989 ، والتي دخلت حيز التنفيذ 02 سبتمبر 1990.
2. اتفاقية لاهاي لسنة 1961 المؤرخة في 05 أكتوبر 1961 والتي دخلت حيز التنفيذ في 24 جانفي 1965 ، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين.
3. اتفاقية لاهاي لسنة 1996 المؤرخة في 19 نوفمبر 1996 و المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال.
4. المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية ، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال ، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.
5. اتفاقية لاهاي المؤرخة 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل.

المراجع بالفرنسية

Les Ouvrages

1. Daniel Gutmann, Droit International Privé , Dalloz, 5^{ém} Edition, Paris, 2007.
2. Dominique Holleaux, Jaque Foyer , Géraud De Geoffre De La Pradelle, Droit International Prive.Masson, Paris, 1987.
3. Estel Gallant , Responsabilite Parentale Et Protection Des Enfant En Droit Internationale Prive,2010.
4. Henri Batiffolle , Paule Lagarde , Traité De Droit Internationale Privé ; 8^{ém}édition ; Tome1 L.G.D.J,1993.
5. Mouhand Issad, Droit Internationale Privé, Tome2 ,Les Règles Materialles, Office Des Publication Unniversitaire, Alger,1980.
6. Nouhad Rizkallah , Droit International Privé, M.A.J.D Entreprise Universitaire, Beyrout, 1^{er} , Edition, 1985.
7. Jean Dérrupé , Droit Internationale Privé , Dalloz, 14^{ém} Edition, Paris,2001
8. Loussarn Yvon Et Bourel Pierre , Droit International Privé , Dalloz , 6^{ém}eédition,1999.
9. P. Courbe, Droit De La Famille, , Dalloz/Armand Colin , Coll , U ,3^{ém}e, Ed, Paris, 2003
- 10.Pierre Mayer , Vincent Heuze, Droit Internationale Prive, 8 Edition , Lgdj, Paris , 2005..

Les Articles

1. Hadjira Benchikh Hocine Denouni , La Garde Un Attribut De La Maternité En Droit Algerien, R.I.D.C ,V38 ,N°3.
2. Messaoud Menti , La Convention Relative Aux Droit S De L'enfant Et Son Application Par Le Juge De Statut Personnl, Revue ; N°3 ; 2005.
3. Mabroukine Ali ,La Convention Du 21/06/1988, Rcdip ,1991.
4. Ridha Boukhari , La Protection De L'enfant En Droit Internationale Privé Tunisien (L'exemple De La Garde Ou Hadhana) ,Revue Québécoise De Droit International, Volume 23, Numéro 1.
5. Paule Lagrde, Ordre Public, Rep , Internationale, J.C.P , Tome 3, Dalloz , 1964.
6. Yves Lequtte,Mineur,Rép,Internat,Dalloz,1998.

Les Thèse

- Marie Riendeau , La Protection De L'enfance En Droit Internationale Privé Comparé : Droit Québécois Et Droit Français , Institut De Droit Comparé, Université Mcgill Montréal, Septembre1987

مواقع الانترنت

[.Www.Echr.Coe.Int](http://www.echr.coe.int)

[Www.Ahram.Org.Egp](http://www.Ahram.Org.Egp)

[Www.Ladsegypt.Org](http://www.Ladsegypt.Org)

[Http://Avocats-Sba.Dz](http://Avocats-Sba.Dz)

الفهرس

الإهداء

شكر وعرفان

قائمة أهم المختصرات

| | |
|----------|---|
| 01..... | المقدمة |
| 12..... | الفصل التمهيدي |
| 13..... | المبحث الأول: إسناد الحضانة في التشريع الجزائري |
| 13 | المطلب الأول: مفهوم الحضانة |
| 14..... | الفرع الأول : تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية |
| 14..... | البند الأول : تعريف الحضانة |
| 18..... | البند الثاني: الطبيعة الشرعية للحضانة |
| 25..... | الفرع الثاني : . قاعدة مراعاة مصلحة المحضون |
| 27..... | البند الأول : المعيار المعنوي النفسي |
| 28..... | البند الثاني : المعيار المادي |
| 30..... | المطلب الثاني: أصحاب حق الحضانة وشروط إسنادها |
| 31 | الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة |
| 31..... | البند الأول: مراتب أصحاب حق الحضانة |
| 38..... | البند الثاني: مدة الحضانة وتمديدتها |
| 42..... | الفرع الثاني: شروط إسناد الحضانة |
| 43..... | البند الأول: الشروط العامة للنساء والرجال |

| | |
|----------|--|
| 48..... | البند الثاني : الشروط إسناد الحضانة في الزواج المختلط |
| 68..... | المبحث الثاني : آثار الحضانة..... |
| 69..... | المطلب الأول: الحقوق المادية للمحضون..... |
| 69..... | الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة..... |
| 69..... | البند الأول : نفقة المحضون..... |
| 74..... | البند الثاني:أجرة الحضانة..... |
| 76..... | الفرع الثاني : سكن المحضون..... |
| 79..... | المطلب الثاني: حق الزيارة..... |
| 80..... | الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة في المجال الوطني..... |
| 81..... | البند الأول: أصحاب حق الزيارة..... |
| 84..... | البند الثاني : مدة ومكان ممارسة حق الزيارة..... |
| 88..... | الفرع الثاني : حق الزيارة في الاتفاقيات الجزائرية الفرنسية 1988..... |
| 89..... | البند الأول :أسباب و أهداف الاتفاقية..... |
| 94..... | الباب الأول : تنازع القوانين في مجال الحضانة..... |
| 95..... | الفصل الأول:إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... |
| 96..... | المبحث الأول : الاختلافات الفقهية والتشريعية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... |
| 97..... | المطلب الأول : الاختلافات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... |
| 98..... | الفرع الأول: مصدر الالتزام بالحضانة وأثره في القانون الواجب التطبيق..... |
| 108..... | الفرع الثاني : المصلحة الفضلى للطفل والقانون الواجب التطبيق على الحضانة..... |
| 114..... | المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية..... |

| | |
|----------|---|
| 114..... | الفرع الأول : موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق على الحضانة. |
| 114..... | البند الأول : القاعدة الإسناد المنصوص عليها في بعض القوانين. |
| 119..... | البند الثاني : القوانين التي لم تنص على قاعدة الإسناد. |
| 124..... | الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدولية. |
| 124..... | البند الأول : الاتفاقيات الدولية. |
| 130..... | البند الثاني : الاتفاقيات الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988. |
| 134..... | المبحث الثاني : قاعدة التنازع في التشريع الجزائري وإشكالات تطبيقها. |
| 134..... | المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في التشريع الجزائري. |
| 135..... | الفرع الأول : تكييف الحضانة في التشريع الجزائري. |
| 142..... | الفرع الثاني : الاستثناء على القاعدة العامة. |
| 143..... | المطلب الثاني : إشكالات تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة. |
| 144..... | الفرع الأول: إشكالات إعمال قانون الجنسية. |
| 145..... | البند الأول: تعدد الجنسيات. |
| 154..... | البند الثاني: انعدام الجنسية. |
| 158..... | البند الثالث: التنازع المتحرك. |
| 161..... | الفرع الثاني: إشكالات تفسير قاعدة الإسناد. |
| 162..... | البند الأول: الإحالة. |
| 172..... | البند الثاني: الإحالة الدولة تتعدد فيها الشرائع. |
| 175..... | الفصل الثاني : القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني. |
| 177..... | المبحث الأول: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني. |

| | |
|----------|--|
| 178..... | المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي..... |
| 179..... | الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي..... |
| 184..... | الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي على أساس واقعة..... |
| 187..... | فرع الثالث: موقف بعض التشريعات من طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطن..... |
| 190..... | المطلب الثاني : إثبات وتفسير القانون الأجنبي..... |
| 190..... | الفرع الأول : إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق..... |
| 191..... | البند الأول:عبء إثبات القانون المختص..... |
| 195..... | البند الثاني :الوسائل القانونية لإثبات القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع..... |
| 199..... | المطلب الثاني : تفسير و رقابة القانون الأجنبي المختص..... |
| 200..... | الفرع الأول : تفسير القانون الأجنبي..... |
| 203..... | الفرع الثاني: الرقابة على القانون الأجنبي المختص..... |
| 208..... | الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري..... |
| 209..... | المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي..... |
| 210..... | المطلب الأول : الدفع بالغش نحو القانون وأثره على النزاع في مجال الحضان..... |
| 210..... | الفرع الأول: مضمون الغش نحو القانون..... |
| 211..... | البند الأول : مفهوم الدفع بالغش نحو القانون..... |
| 212..... | البند الثاني : شروط الدفع بالغش نحو القانون..... |
| 217..... | البند الثالث : آثار الدفع بالغش نحو القانون..... |
| 220..... | الفرع الثاني : الدفع بالغش نحو القانون في مجال الحضانة..... |
| 221..... | البند الأول: أثر تغيير الدين على الغش نحو القانون..... |

- 223.....البند الثاني: موقف المشرع الجزائري.....
- 225.....المطلب الثاني : الدفع بالنظام العام.....
- 226.....الفرع الأول : مفهوم النظام العام والدفع به في العلاقات الدولية الخاصة
- 226.....البند الأول: تعريف النظام العام
- 231.....البند الثاني :شروط الدفع بالنظام العام.....
- 233.....البند الثالث : آثار الدفع بالنظام العام.....
- 245.....الفرع الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال الحصانة.....
- 256.....الباب الثاني : الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بالأحكام الأجنبية في مجال الحصانة.....
- 259.....الفصل الأول : الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحصانة.....
- 263.....المبحث الأول: الاختصاص القائم على ارتباط الأطراف بالدولة
- 263.....المطلب الأول : الاختصاص القائم على امتياز الجنسية.....
- 264.....الفرع الأول:مضمون الاختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية.....
- 265.....البند الأول : نطاق وطبيعة ضابط الجنسية.....
- 265.....أولا :الأطراف المعنية بامتياز الجنسية.....
- 268.....ثانيا : الدعاوى المعنية بالنزاع.....
- 269.....الفرع الثاني : تقدير معيار الجنسية.....
- 272.....المطلب الثاني: الاختصاص القضائي المبني على امتياز الموطن.....
- 274.....الفرع الأول : القاعدة العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....
- 275.....البند الأول : مفهوم الموطن.....
- 280.....البند الثاني: ضابط الموطن المدعى عليه.....

- 287..... الفرع الثاني: الاختصاص القائم على نوع الدعوى والقانون الواجب التطبيق
- 288..... البند الأول : الاختصاص القائم على أساس الدعوى الحضانة
- 288..... البند الثاني : الاختصاص القائم على القانون الواجب التطبيق
- 293..... المبحث الثاني: الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري. وحسن سير الدعوى
- 293..... المطلب الأول : الاختصاص القائم الخضوع الاختياري
- 295..... الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
- 299..... الفرع الثاني : الشروط الاختصاص القضائي القائم على الخضوع الاختياري
- 303..... المطلب الثاني:الاختصاص القضائي القائم على حسن سير العدالة
- 303..... الفرع الأول : الاختصاص القضائي القائم على تنظيم سير الخصومة
- 304..... البند الأول: الدعاوي المرتبطة
- 313..... البند الثاني: الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة
- 315..... الفرع الثاني : الاختصاص القائم على التدابير الوقائية
- 318..... الفصل الثاني : تنفيذ الأحكام الأجنبية و الصعوبات التي تعترضه في مجال الحضانة
- 320..... المبحث الأول : إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة
- 324..... المطلب الأول : شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة
- 324..... الفرع الأول : ألا يخالف قواعد الاختصاص
- 329..... الفرع الثاني : حائز لقوة الشيء المقضي فيه
- 330..... الفرع الثالث: ألا يتعارض مع حكم أو قرار سبق صدوره عن جهات قضائية جزائرية
- 343..... الفرع الرابع : عدم التعارض مع النظام العام وعدم التحايل على القانون
- 333..... البند الأول : عدم التعارض مع النظام العام

- 334.....البند الثاني : عدم التحايل والغش نحو القانون
- 337.....المطلب الثاني : إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالحضانة في الجزائر
- 338.....الفرع الأول : رفع دعوى الأمر بالتنفيذ والحكم الصادر فيها
- 338.....البند الأول : إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ
- 340.....البند الثاني : المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ
- 342.....البند الثالث : شروط قبول دعوى الأمر بالتنفيذ
- 344.....الفرع الثاني:مضمون الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ
- 344.....البند الأول :منح الأمر بالتنفيذ
- 345.....أولا : القوة التنفيذية
- 346.....ثانيا : حجية الشيء المقضي فيه
- 346.....البند الثاني : رفض منح الأمر بالتنفيذ
- 347.....المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض تنفيذ الحضانة في العلاقات الدولية
- 348.....المطلب الأول : الصعوبات العملية للحضانة في التشريع الداخلي
- 349.....الفرع الأول : شروط قيام الجرائم الماسة بأحكام الحضانة
- 349.....البند أولا: المحضون قاصر
- 351.....البند الثاني : حكم قضائي
- 352.....البند الثالث: شرط الحضانة
- 353.....الفرع الثاني : أشكال الجرائم المرتبطة بالحضانة
- 354.....البند الأول : عدم تسليم المحضون إلى حاضنه
- 358.....البند الثاني: جريمة منع حق الزيارة

| | |
|----------|---|
| 359..... | البند الثالث : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه |
| 361..... | المطلب الثاني : حماية المحضون في المجال الاتفاقي |
| 362..... | الفرع الأول : الاتفاقيات المتعددة الأطراف في مجال الاختطاف الدولي للمحضون |
| 363..... | البند الأول : أهداف اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 |
| 366..... | البند الثاني : شروط الواجب توفرها لتحقيق الاختطاف الدولي للمحضون |
| 369..... | الفرع الثاني : الاختطاف الدولي للمحضون في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية |
| 376..... | الخاتمة |
| 381..... | الملاحق |
| 383..... | قائمة المراجع |
| 394..... | الفهرس |

تعد الحضانة من الوسائل المهمة في رعاية الطفل والحفاظ عليه من المخاطر ، وتثير هذه المسألة إشكالات عويصة في القانون الدولي الخاص ففي مجال تنازع القوانين أثار القانون الواجب التطبيق جدلا فقهيًا وقضائيا واسعًا في ظل غياب قاعدة الإسناد عند معظم الدول ، كما أن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني كان مجالًا خصبا لاستبعاد القوانين الأجنبية المخالفة لأحكام قانون دولة القاضي.

من جانب آخر يعد الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية من الإشكالات المهمة في مجال الحضانة من خلال البحث عن المحكمة المختصة والاعتراف بالأحكام الأجنبية ، وإن كان النزاع في الحضانة لا ينتهي بتنفيذ الأحكام سواء الوطنية أو الأجنبية ، بل قد تطفو مسألة أخرى ترتبط بالشق الجزائي تتعلق بالاختطاف الدولي للمحضون مما تؤثر على العلاقات بين الدول.

الكلمات المفتاحية: حضانة الطفل ، تنازع القوانين ، الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بالأحكام الأجنبية.

resumé

La garde est considérée comme moyenne importante à garder et protéger l'enfant contre tous les danger, cette question suscite des graves problématiques en droit international privé. Dans le domaine des conflits des lois, le droit applicable a suscité une controverse doctrinale et juridique en l'absence de la règle de rattachement par la plupart des pays. De même, l'application de la loi étrangère par devant le juge national était un domaine riche pour exclure les lois étrangères non conformes aux règles de la loi du pays du magistrat.

D'autre par, la compétence judiciaire internationale et l'exécution des règles étrangères sont des graves problématiques dans le domaine de la garde d'enfant. Lors de la recherche d'un tribunal compétente et pour reconnaître les jugements délivrés par les tribunaux étrangers. Même si le conflit dans la garde d'enfant n'est pas achevé par une solution à l'exécution des jugements soient nationaux ou internationaux, mais cela peut entraîner à d'autre question reliée à la disposition pénale relative à l'enlèvement international de l'enfant, ceci reflète sur les relations entre les pays.

Les mots clés : la garde d'enfant, le conflit des lois, le conflit juridique.

Summary :

Children custody is considered as important means for a childcare and to protect him against all anger . This issue arouses a serious problematic in the private law. In the field of the conflicts of laws, the applicable law aroused a wide doctrinal and juridical controversy in the absence of the attachment for the most countries. Moreover, the application of the foreign law in front of a national magistrate was a rich field to exclude the foreign laws which did not conform with the rules law of the magistrate's country.

On the other hand, the international juridical competent and the execution of the foreign judgment are one of the most difficult problematic In the children custody through the research about a competent court and recognize the judgment issued by foreign courts, even , if the conflict in custody is not completed by solution to execution of the judgment whether national or international but it may lead to another issue related to the penal provision concerning the international kidnap of children which affect the relationship between countries.

The key words: the custody, childcare, the conflicts of the law, the juridical conflict.