

امتياز الديانة كمعيار لتطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضانة في الزواج المختلط

The privilege of religion as a criterion for the application of the national law of Islamic countries to the custody in mixed marriages



عفرة حياة، طالبة دكتوراه*

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر

تاريخ الاستلام: 2018/11/17 تاريخ القبول للنشر: 2020/11/29 تاريخ النشر: 2020/12/30



ملخص:

تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الزواج المختلط، لما تشهده من إشكالات حادة ومعقدة، نتيجة اختلاف ديانة وثقافة الزوجين المنفصلين، ويزداد الإشكال حدة عند تنازع قانونين مختلفين، أحدهما مستمد من الفقه الإسلامي والآخر له مرجعية علمانية .

ورغم الدور الذي تلعبه قواعد التحليل التنازعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة إلا أنه في كثير من الحالات ما يتم استبعادها ويطبق القانون الوطني للدول الإسلامية مباشرة، باعتماد امتياز الديانة، لأن إسناد الحضانة مبني على اعتبار تربية الطفل على الدين الإسلامي، بخلاف ما هو عليه في الدول الغربية.

الكلمات المفتاحية: امتياز الديانة، الحضانة، الزواج المختلط، القانون الوطني، الدول الإسلامية

Abstract:

Child custody is one of the most important effects of the dissolution of mixed marriages, which causes acute and complicated problems, due to the religious and cultural differences of the separated spouses.

The problem becomes more acute when the conflict is between two different laws, one derives from Islamic doctrine and the other has a laic reference.

Despite the role of the rules of conflict analysis rules in determining the applied law on child custody, in some cases they are excluded and the national law is applied directly in Islamic states by adoption the privilege of the religion, because the attributing custody is based on educating the kept child on the precepts of the Islamic religion basis, unlike occidental states.

Keywords: The privilege of religion, the custody, mixed marriages, the national law, Islamic countries.

مقدمة

يحتل امتياز الديانة مكانة هامة في مادة الحضانة المنصوص عليها في قوانين الأحوال الشخصية ذات المرجعة الدينية للدول الإسلامية، بخلاف التشريعات الغربية ذات المرجعية العلمانية¹، وتبرز هذه الأهمية بصفة جلية عند حصول نزاع بشأن الحضانة في الزواج المختلط² الذي تختلف فيه ديانة الزوجين المنفصلين.

سعت الدول الإسلامية إلى تطبيق هذا الامتياز لحماية الطفل الذي يشكل المحور الرئيسي في علاقة الزواج المختلط باعتبارها المجال الخصب لتصادم ثقافة وديانة الزوجين المختلطين، إذ رأت أن مصلحة المحضون تكمن أساسا في تربيته الدينية التي تقتضي المحافظة على هويته الإسلامية.

وباعتبار أن الحضانة في العلاقة الزوجية ذات الطابع الدولي من أكثر المواضيع إثارة لمشكل تتنازع القوانين، فقد كان لقواعد التحليل التنازعي دور في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، إلا أنه في معظم الأحيان ما يتم ترجيح تطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضانة باعتماد امتياز الديانة، دون أدنى احترام لقواعد التحليل التنازعي السليم، التي تقتضي إعطاء القانونين المتنافسين نفس فرص التطبيق، وإعطاء اختصاص أحدهما في آخر المطاف بناء على إسناد موضوعي محايد³.

من هذا المنطلق يتضح جليا أن إشكالية البحث تتمحور حول دور امتياز الديانة في تطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على حضانة الطفل الناجم عن الزواج المختلط؟.

وهو ما سنعرض له ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول

تعريف امتياز الديانة وتطبيقه بشأن الحضانة في التشريعات الإسلامية

حرصت الدول الإسلامية على تطبيق امتياز الديانة في مادة الحضانة المنظمة أحكامها في قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الفقه الإسلامي.

¹ - يقوم نظام العلمانية السائد في الدول الغربية على مبدأ الفصل بين الدين والحياة أو الفصل بين الدين والدولة، لذلك فإن اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون لا يرتب أي أثر في إسناد الحضانة، بخلاف ما هو عليه في الفقه الإسلامي والتشريعات الإسلامية.

² - الزواج المختلط: هو الزواج الذي يعقد بين رجل وامرأة مختلفين في الجنسية أو الديانة أو في كليهما.

³ - جلييلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2010، ص 40.

إذ تعد التربية الدينية للطفل أحد أهم قواعد الفقه الإسلامي، لأنها تندرج في إطار مصلحة الطفل الواجب أخذها بعين الاعتبار، لاسيما في الزواج المختلط ذو البعد الدولي.

قبل عرض موقف التشريعات الإسلامية من هذا الامتياز فإنه من الضروري التطرق إلى تعريفه. على هذا الأساس سنتناول في (المطلب الأول) تعريف امتياز الديانة ثم نتطرق إلى تطبيقه على الحضانة في التشريعات الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف امتياز الديانة

اختلف الفقه في تعريف امتياز الديانة، فمنهم من يقيم هذا الامتياز على أساس النظام القانوني الإسلامي (الفرع الأول) ومنهم من يقيمه على أساس ديانة الطرف المسلم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف القائم على النظام القانوني الإسلامي

يعرف امتياز الديانة بأنه ذلك الامتياز الذي يتم بمقتضاه ترجيح تطبيق قواعد نظام قانوني مستمد من الفقه الإسلامي على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي أثناء تنافسهما على حكم رابطة دولية خاصة في مادة الأحوال الشخصية¹ منها حضانة الطفل في الزواج المختلط.

يرى الدكتور خالد برجوي² أن هذا التعريف عام وشامل، لأنه لم يمنح الامتياز الديني للطرف المسلم في الرابطة المختلطة، كما أنه لم يكن على حساب طرف غير مسلم، بل على حساب قانون غير إسلامي، لأنه قد يكون القانون المنافس للقانون المستمد من قواعد الفقه الإسلامي قانونا غير إسلامي المصدر بينما يكون الطرف الآخر الذي ينتمي إليه بجنسيته مسلما، ومثال ذلك أن يثور النزاع حول الحضانة بين زوج جزائري وزوجة فرنسية مسلمة.

إذا كانت أحكام الحضانة في أغلب الدول الإسلامية مستمدة من الفقه الإسلامي، فإن ذلك يقلل من فرص التنازع بين قوانين هذه الدول بالنسبة للحلول الموضوعية أو يجعلها منعقدة أصلا³.

¹ - جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 40 .

² - د. خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغربية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2001، ص 217.

³ - د. زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1993، ص 947.

وعليه تطبيقا للتعريف المذكور أعلاه يأخذ هذا الامتياز بعين الاعتبار بشأن الحضانة عندما نكون بصدد التنازع بين قانونين أحدهما مستمد من الفقه الإسلامي والآخر غير إسلامي.

الفرع الثاني: التعريف القائم على ديانة الطرف المسلم

إذا كانت الجنسية هي ضابط الإسناد المعتمد عليه في غالبية أنظمة القانون الدولي الخاص، فقد ضلت الديانة هي الأساس للتمييز بين بني البشر ومن ثم إخضاع المسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

إن التعريف المألوف عند الفقهاء يتمثل في أنّ امتياز الديانة: هو الامتياز الممنوح للطرف المسلم على حساب الطرف غير المسلم في الروابط المختلطة، لكنّه تعريف قاصر وغير شامل حسب رأي الدكتور خالد برجوي² لأنه كما سبق ذكره قد يكون الطرف الآخر في الزواج المختلط مسلما رغم أن قانون أحواله الشخصية غير إسلامي.

المطلب الثاني: تطبيق امتياز الديانة على الحضانة في التشريعات الإسلامية

إذا كان امتياز الديانة يهدف إلى تطبيق قانون إسلامي على حساب قانون غير إسلامي، فقد سعى المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الإسلامية إلى تطبيق هذا الامتياز على الحضانة المنظمة أحكامها في قوانين الأحوال الشخصية، وعليه سنتناول تطبيق امتياز الديانة على الحضانة في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، ثم في بعض التشريعات الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق امتياز الديانة على الحضانة في التشريع الجزائري

يعتبر الإسلام من أغنى مصادر التربية الدينية للطفل³ الواجب إتباعها من طرف الحاضن لتكوين الشخصية الإسلامية المتميزة للمحزون وتنشئته على المكارم الخلقية والفضائل النفسية.... الخ⁴.

¹ - جليلة دريسي، مرجع سابق، ص 42.

² - د. خالد برجوي، مرجع سابق، ص 58.

³ - د. هيثم مناع، حقوق الطفل، المؤسسة العربية الأوروبية للنشر، باريس، 2005، ص 11.

⁴ - صدق من قال: " أعلم أنّ الطريق في رياضة الصبيان من أهمّ الأمور وأكدها، والصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش وصورة وهو قابل لكل نقش ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عوده الخير وعلمه نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة، وإن عوده الشر وأهمله إهمال البهائم شقي وهلك ".

- انظر: عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، دون بلد النشر، 1976، ص 162.

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ".

- رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه.

لذا حرص المشرع الجزائري على النص في المادة 62 من قانون الأسرة بأنّ "الحضانة هي رعاية الولد... والقيام بتربيته على دين أبيه"، وتضيف المادة 67: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، منها شرط تربية الابن على دين أبيه.

باستقراء هاتين المادتين يطبق القاضي امتياز الديانة إذا خيف على تربية المحضون على غير دين أبيه المسلم في الزواج المختلط، مما يستوجب إسقاط الحضانة عن الأم غير المسلمة، لأن حق الحضانة في هذه الحالة أصبح متعارضا مع حق الصغير، وهذا الحق الأخير مقدّم على حق والديه¹.

فإذا كان المبدأ القانوني الذي تركز عليه الأسرة الجزائرية أن الطفل ينشأ على دين أبيه وليس على دين والديه فإن هذا الحكم يعد من النظام العام، أي من القواعد الآمرة التي تجعل من الاتفاق المخالف لهذا اتفاقا باطلا، بمعنى كل اتفاق بين زوجين مختلفي الديانة يمس بديانة أطفالهما يعد لاغيا، وكذا الشأن بالنسبة للاتفاق الذي يحرم الأب من ممارسة حقه في تربية طفله على دينه².

ونظرا لأهمية امتياز الديانة قامت الدولة الجزائرية بالتحفظ على تفسير المادة 14 الفقرة الأولى والثانية³ من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989⁴ حسب المبادئ الدستورية الجزائرية المقررة في الشريعة الإسلامية⁵.

رغم الأهمية التي يكتسيها امتياز الديانة في التشريع الجزائري إلا أن هذا لا يقلل من شأن امتياز الجنسية، إذ تعتبر الجنسية من الضوابط التي يأخذ بها المشرع الجزائري في مجال الأحوال الشخصية منها الحضانة، وفي ظل غياب قاعدة اسناد خاصة بالحضانة فإنّه ينطبق عليها قاعدة الإسناد التي تحكم الطلاق⁶، لأنّ المشرع الجزائري تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان آثار الطلاق⁷، وباعتبار

¹ - جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 44.

² - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، 2004 - 2005، ص 294.

³ - تنص المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه « 1- تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر... والدين. 2- تحترم الدول الأطراف حقوق و واجبات الوالدين، وكذلك تبعا للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتسجم مع قدرات الطفل المتطورة ».

⁴ - صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم: 92- 06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، ج. ر، عدد 83، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1992، ص ص 1742 - 1743.

⁵ - د. زروتي الطيب، حماية الطفل في منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 41، العدد 1، 2000، ص 147.

⁶ - Mohand Issad, Droit international privé, les règles de conflits, 2ème édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1983, p 248.

⁷ - انظر المواد من 62 إلى 72 من الفصل الثالث من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان آثار الطلاق.

الحضانة من آثار الطلاق فانه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، كما يطبق نفس الاستثناء المقرر بشأن الطلاق على الحضانة، أي أنّ القانون الجزائري وحده هو الذي يطبق في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري .

يتضح جليا من هذه المواد القانونية أن الجنسية ضابط قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة في التشريع الجزائري، وعليه إذا تبين أن قانون جنسية الزوج هو قانون أجنبي علماني وكان هذا الأخير مخالفا للنظام العام في القانون الجزائري كونه مثلا يمنح الحضانة للأب دون الأم، فإن القاضي الجزائري سيستبعد القانون الأجنبي العلماني ويحل محله القانون الجزائري المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: تطبيق امتياز الديانة على الحضانة في بعض التشريعات الإسلامية

تكتسي التربية الدينية الإسلامية للمحضون أهمية كبيرة في التشريعات التي تستمد أحكام الأحوال الشخصية بصفة عامة والحضانة بصفة خاصة من الفقه الإسلامي، لذلك كانت حريصة على حماية مصلحة المحضون باعتماد امتياز الديانة.

وقد حاول مشرعي الدول الإسلامية من خلال تطبيق امتياز الديانة تحاشي الانزلاق إلى المخاطر التي يؤدي إليها مبدأ حرية اختيار دين المحضون في صورها المتشعبة، والحكمة المبتغاة من جعل المحضون على دين أبيه هي تقدير الأسس التي تقوم عليها الأسرة المسلمة، فلهذا الامتياز ما يبرره من نواحي شتى أهمها: أن الابن لا يمكن له وفي صغر سنه اختيار الدين الذي يعتنقه، بل أن قصر سنه يفرض عليه طاعة والديه، كما أن التربية الدينية هي خاصية من خصائص السلطة الأبوية التي يتمتع بها الأب¹.

فالتنشئة الإسلامية اعتبرت أساسا من مسؤولية الآباء نحو الأبناء في جل المجتمعات الإسلامية²، بالإضافة إلى مراعاة المبدأ الذي يقضي بعدم زواج المسلمة بغير المسلم³، حيث يترتب عليه أن الأبناء الناجمين

¹ - بخلاف القانون الفرنسي الذي جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الوالدين، وبالتالي فإنهما اللذان يختاران دين الابن، غير أنه منح للقاضي سلطة تقديرية في إسناد هذه السلطة الأبوية لأحدهما إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب السلطة الأبوية أن يعلم الطرف الآخر بجميع الخيارات المهمة في حياة الطفل، منها الخيار الديني. - انظر: المواد 372، 373 و 373-2 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1984 المعدل والمتمم. منشور على الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr

² - جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 45.

³ - طبق المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الإسلامية امتياز الديانة في علاقة الزواج المختلط المبرم بين مختلفي الديانة.

عن هذا الزواج المختلط مسلمين بصفة تلقائية¹.

من بين التشريعات التي طبقت امتياز الديانة على الحضانة نذكر ما جاء في نص المادة 192 من القانون الكويتي لسنة 1984² التي تقضي بأن " الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم، حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ سن السابعة من عمره "

يتضح من نص المادة القانونية أن المشرع الكويتي كان حريصا على تطبيق امتياز الديانة بدليل أنه قيد حضانة الكافرة لابنها المسلم بشرطين هما: عدم عقله للأديان والخوف عليه من أن يألف دين حاضنته وهو دين الكفر³ وفي حالة تخلف أحد الشرطين تحرم الأم غير المسلمة من الحضانة .

وهو ما سار عليه المشرع التونسي في الفصل 59⁴ من مجلة الأحوال الشخصية⁵ إذ أجاز للكافرة التي لم تكن أما للمحضون إسناد الحضانة لها، ولكن لا بد من توفر شرطين أولهما: ألا يكون الطفل بالغاً خمس سنوات، أي أنه مازال بعد لم يتوفر لديه الفهم والمعرفة لما يراه ويسمعه يشاهده، ثانيهما: ألا تستغل الحاضنة حضانتها للولد لإبعاده عن دين أبيه بتربيته على دين الكفر وتغذيته من المحرمات... الخ .

- انظر المادة 30 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم : 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.
- اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم سواء كان مشركاً أو كتابياً، والتحريم ثابت بالقرآن والسنة، كما قرر الفقهاء انه إذا أسلمت الزوجة وبقي زوجها على دينه وامتنع عن السلام يفرق بينهما.
- انظر: الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص ص 101 - 102.
- ¹- حميدو زكية، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2007، ص 200.
- ²- قانون رقم 51 لسنة 1984 بشأن الأحوال الشخصية الكويتي، نشر بالجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد 1570 بتاريخ 23 جويلية 1984 السنة الثلاثون، المعدل بالقوانين أرقام : 61 لسنة 1996، 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007.
- ³- أخذ المشرع الكويتي بالمذهب الحنفي الذي يجيز حضانة الأم غير المسلمة لابنها على أن يبقى المحضون عند الأم الحاضنة غير المسلمة إلى أن يعقل الأديان، و ينزع منها إذا عقل الأديان، بالإضافة إلى حالة ثبوت أن بقاءه معها خطر على دينه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها أو تعود على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير. - أنظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر، ص 210.
- ⁴- ينص الفصل 59 من قانون الأحوال الشخصية التونسية على أنه " إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة " .
- ⁵- أمر علي المؤرخ في 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

ورد امتياز الديانة كذلك في نصوص المواد 3/173 و 6/54 و 145 من مدونة الأسرة المغربية¹، إذ نصت المادة 3/73 على أن " شروط الحاضن: القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينا " وتضيف المادة 6/54 " للأطفال على أبويهم الحق في التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم..."، كما أكدت المادة 145 بصريح العبارة على أن الولد يتبع دين أبيه، إذ جاء فيها " متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيا يتبع أباه في نسبه ودينه "، وما يؤكد ذلك تحفظ المغرب على المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل، وبالنتيجة تسقط الحضانة عن الأم غير المسلمة إذا ثبت أنها تربي ابنها على دين الكفر وتؤكد عدم احترامها للشروط الأخرى لممارسة الحضانة، وفي مقدمتها الأمانة والاستقامة².

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 124 من القانون المصري لسنة 2000³، أن " الأولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكورا كانوا أو إناثا يتبعون دينه".

يفهم من ذلك أن الولد الناجم عن الزواج المختلط الذي يعقد بين مسلم وكتابية يجب أن تكون تربيته على الدين الإسلامي وإذا حاولت تربيته على دين الكفر تحرم من الحضانة.

المبحث الثاني

دور القضاء في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة وتقديره

سعى قضاء الدول الإسلامية بما فيه القضاء الجزائري إلى تطبيق امتياز الديانة في جميع القرارات القضائية الخاصة بحضانة الطفل الناجم عن الزواج المختلط لكفالة حماية مصلحة المحضون التي تقوم على أساس تربيته على الدين الإسلامي.

ومما لاشك فيه أن هذا الموقف الذي تبناه القضاء من شأنه أن يؤدي في جميع الأحوال إلى تطبيق القانون الوطني ذي المصدر الإسلامي على حساب القانون العلماني وبالتالي استبعاد قواعد التحليل التنازعي المعروفة في القانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وجهت لهذا النهج الذي اتبعته التشريعات الإسلامية وقضائها انتقادات لتعارضه مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص وخرقه للاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان.

¹ - قانون رقم 03 - 70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج. ر، عدد 5184، صادر بتاريخ 5 فبراير 2004.

² - علي بن قادة، مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، الاتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائرية، منظمة المحاماة لسيد بلعباس، مكتبة الرّشاد للطباعة والنشر، العدد 2، 2004، ص 43.

³ - قانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بالأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم من مختلفي الملة والطائفة، ج. ر، صادرة بتاريخ 2000/03/06.

من هذا المنطلق سنبين في (المطلب الأول) دور القضاء في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة ثم نتطرق في (المطلب الثاني) إلى تقدير هذا الامتياز.

المطلب الأول: دور القضاء في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة

لعب القضاء الجزائري دورا هاما في استبعاد قواعد التحليل التنازعي في الحضانة وتطبيق قانونه الوطني باعتماد امتياز الديانة في جميع قراراته القضائية (الفرع الأول) وهو نفس النهج الذي سار عليه قضاء بعض الدول الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القضاء الجزائري في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة

يسعى القضاء الجزائري في جميع قراراته إلى تطبيق قانونه الوطني المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية على الحضانة، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على الحضانة المحدد على أساس ضابط الجنسية هو قانون أجنبي علماني، فسيعمل القاضي الجزائري على استبعاده وتطبيق قانونه الوطني باسم النظام العام، ومن بين الحالات المخالفة للنظام العام الجزائري إسناد الحضانة للأب دون الأم أو إسنادها للأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي... الخ.

مما لا شك فيه أن الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية الناتجة عن تطبيق قضاء الدول الغربية للقوانين المخالفة للنظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها في الجزائر، وهو ما يستشف من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 02 جانفي 1989 الذي رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي فرنسي قضى بإسناد الحضانة للأم الفرنسية المقيمة في فرنسا، لأن بقاء البنين في فرنسا يبعدهما عن دينهما¹.

حرص الاجتهاد القضائي الجزائري على اعتماد امتياز الديانة وتطبيق قانونه الوطني المستمد أحكامه من الفقه الاسلامي في جميع قراراته القضائية، حيث جاء في إحدى قراراته أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"².

وأسند في قرار آخر الحضانة للأب وأسقطها عن أم أجنبية مسيحية، ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التمسح أنها عمدت إلى تمسح الأبناء، حيث جاء فيه " من المقرر... أن الأم تستحق

¹ - ملف رقم 52207، قرار المجلس الأعلى الصادر في 02 / 01 / 1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 4، الجزائر، 1990، ص ص 74 - 76.

² - ملف رقم 52221، قرار مؤرخ في 13/03/1989، غ أ ش، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر 1993، ص 48.

حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم¹. وتطبيقا لامتياز الديانة استقرّ الاجتهاد القضائي الجزائري في قراراته على إسقاط حق الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة ولو كانت أولى بها عملا بنص المادة 64² من قانون الأسرة الجزائري إذا لم تكن مقيمة في الجزائر³، لأنّ ذلك يحول دون ممارسة حق الأب في رقابة تربية ابنه على دينه وممارسة حقه في الزيارة⁴.

ففي قرار قضى مجلس قضاء الجزائر بإسناد حضانة طفلين جزائريين لأمّهما الفرنسية، شريطة أن تمارس الحضانة في الجزائر، وبعد طعن الزوج بالتّقص في هذا القرار أمام المحكمة العليا، نقضت هذه الأخيرة قرار المجلس على أساس أنّ قضاة الموضوع لم يتأكّدوا من أنّ المعنية بالحضانة لها إقامة فعلية بالجزائر، في حين أنّ ملف القضية يثبت أنّ الأمّ تقيم بفرنسا، ممّا قد يحرم الأب من ممارسة سلطته الأبوية و مراقبة تربية ابنه⁵.

إنّ مسألة تربية الأبناء خارج وطنهم في بيئة غريبة عن وطنهم ومن طرف أمّ أجنبية غير مسلمة يؤدّي حتما إلى انسلاخهم عن بيئتهم واندماجهم في البيئة التي يعيشون فيها، الأمر الذي يشكّل خطرا على المحضون ومجتمعنا ككل، إذ أنّ التقاليد والدين تختلف اختلافا بيّنا⁶.

في نفس السياق وحرصا على تربية الابن على دين أبيه، قضى المجلس الأعلى في قراره أنّه " حيث أنّ السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإنّ الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أنّ حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة⁷.

¹ - ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 / 4 / 1979، غ أ ش، المجلس الأعلى، نشرة القضاة، العدد 2، الجزائر، 1981، ص 108 - 110.

² - تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ « الأم أولى بحضانة ولدها ... » .

³ - د. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 240 ؛ حميدو زكية، مصلحة الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000، ص 52؛ انظر أيضا:

- Nadia Ait Zai , Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, faculté de droit ,n° 4 ,1991,pp. 856 - 857.

⁴ - François -Paul blan, Le droit musulman , éd Dalloz , 1995 , p 96.

⁵ - Abderrahmane Hernane, La hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien , O. P . U , Alger,1996 ,pp. 177 – 178 .

⁶ - عبد الرّحمان هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، 1978، ص 55.

⁷ - ملف رقم 45186، قرار مؤرخ في 09 / 03 / 1987، غير منشور، مقتبس عن د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص ص 131 - 132.

الفرع الثاني: دور قضاء بعض الدول الإسلامية في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة

تبنى القضاء التونسي نفس المبدأ الذي سار عليه القضاء الجزائري، إذ كان حريصا على تطبيق قانونه الوطني وذلك بتكريس امتياز الديانة وإسقاط الحضانة عن الأم غير المسلمة المقيمة في بلد غير إسلامي وإسنادها لصالح الطرف المسلم لضمان تربية الابن على دين أبيه في بيئته الإسلامية، إذ جاء في قراره الصادر في 1982/11/09 أن " الزوجة التونسية المفارقة وهي تعيش بالخارج وامتنعت من الرجوع إلى تونس أين يقيم مفارقها التونسي تفقد حقها في حضانة الأولاد ويحكم بها لوالدهم دون حرمانها هي من حق زيارتهم وبذلك فإن الحكم الذي قضى بذلك لا مطعن فيه " ¹.

يرى الأستاذ القاضي أحمد الورفلي أن القضاء التونسي في المرحلة الأخيرة برهن تشبعه بمبادئ القانون الدولي الخاص وتقديم مصلحة القاصر على كل مصلحة وعدم تمسكه بامتياز الديانة أو الجنسية²، مقابل تأكيده على أن القانون الدولي الخاص لا يتنافى مع وجوب غرس الروح الوطنية لدى النشء الذي تكون له الجنسية التونسية ويتضح هذا من خلال القرارين الآتيين الصادرين عن محكمة التعقيب التونسية:

جاء في القرار الأول³ أنه "لاشك أن المشرع التونسي راع في إسناد الحضانة مصلحة المحضون، واعتبر أن الحق في الحضانة مرتبط أشد الارتباط بمصلحة المحضون، إن إسناد حضانة الصغير لوالدته ليس فيه ما يتأذى به النظام العام أو يخالف السياسة التشريعية للبلاد التونسية، لاسيما وأن الأمر من مشمولات علاقة قانونية ذات طابع دولي يتعلق بحضانة طفل قاصر مصالحته تكون في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى.

أما القرار الثاني⁴ فجاء فيه "لئن لا يشترط لصحة حضانة الأم اتحادها في الدين مع أب المحضون باعتبار الأم أحق بالحضانة ولو كانت كتابية يكون مخالفا للنظام العام الحكم الأجنبي الذي أسند الحضانة

¹ - قرارات عقبي مدني رقم 6791، مؤرخ في 09 نوفمبر 1982، نشره محكمة التعقيب، 1982، ج 4، ص 211، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية.....، مرجع سابق، ص 310.

² - امتياز الجنسية هو الامتياز الممنوح للوطني، والذي بمقتضاه يتم تطبيق قانون أحواله الشخصية على رابطته الدولية الخاصة، ومصدر هذا الامتياز لدى الأنظمة القانونية الإسلامية عامة والمغاربية خاصة هو الامتياز الديني نفسه، وهدفه الأصلي تقادي تطبيق قانون علماني على طرف وطني في الروابط الدولية الخاصة.

- للتفصيل أكثر في امتياز الجنسية - انظر: د. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص ص 324 - 330.

³ - قرار تعقيبي مدني، رقم 7286، المؤرخ في 2 مارس 2000، غير منشور، أورده أحمد الورفلي، الزواج المختلط ومصلحة المحضون، لمحة عامة، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي 2001، ص 104.

⁴ - قرار تعقيبي مدني، رقم 69523، المؤرخ في 12 جوان 2000، غير منشور، أورده أحمد الورفلي، نفس المرجع، ص 104.

للأم الأجنبية في حين أن المحضون التونسي الجنسية ويدين بالديانة الإسلامية، بحكم انحداره من أب تونسي يدين بالإسلام وكانت الفترة التي عاشها مع والده بتونس هي الفترة التي تفتّح فيها على خصائص بيئته العائلية والقومية وألفها تفكيراً وسلوكاً وديانة وتعلقاً بالوطن إلى غير ذلك من المقومات الروحية والوطنية والثقافية والاجتماعية التي من شأنها أن تجعل انقطاعه عن بيئته هذه تغريباً له عن بيئته الطبيعية...".

إذاً كان القرار الثاني قد تبنى ضمناً التوجه القديم القائم على تكريس امتياز الجنسية والديانة إلا أنّ الحيثية الثانية من نفس القرار تؤكد عكس ذلك، حيث المبرر الأساسي لإسناد الحضانة إلى الوالد التونسي ليس متعلقاً بجنسية الطفل وإنما الحرص على تغادي تغريبه عن بيئته الطبيعية وقطعه عن محيطه الأصلي الذي ألفه، بحيث لو تعلق الأمر بطفل عاش في بيئة أخرى غير تونسية وثبت أنه ألفها واعتاد على مناخها الطبيعي والحضاري لكانت محكمة التعقيب قد قضت بإسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية، وبالتالي فإن هذا القرار جاء تدعيماً للتوجه الجديد للقضاء التونسي¹.

لا يختلف موقف القضاء المصري عن القضاء الجزائري والتونسي حيث قرّر في دعوى رفعتها نمساوية تطالب بحضانة ابنتها، وذلك بعد أن طلقها زوجها المصري بمصر: "أن الأم لا تقيم في مصر بل تقيم بالنمسا وهي بعيدة عن موطن الأب، ومن ثم تقوّت عليه حقه في رؤية الصغيرة والإشراف على تربيتها، وهو أمر ليس في صالح الطفلة، ويقتضي الأمر أن تكون في حضانة جدّتها لأبيها حتّى يتمّ تربيتها في وطن الأب وعلى ديانتها"².

المطلب الثاني: تقدير امتياز الديانة في الحضانة

إن تطبيق التشريعات العربية الإسلامية لامتياز الديانة في الحضانة لاسيما في الروابط الدولية الخاصة وسعي قضائها إلى تطبيق قوانينها ذات المرجعية الإسلامية لحكم الحضانة مباشرة لضمان تربية الطفل على الدين الإسلامي واستبعاد تطبيق القانون العلماني ولو كان مختصاً بحكم الحضانة كحل لتنازع القوانين بشأنها يشكل خرقاً لمبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص وللاتفاقيات الهادفة إلى حماية حقوق الإنسان.

وعليه سنتناول في (الفرع الأول) تعارض امتياز الديانة في الحضانة مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص ثم تعارضه مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان (الفرع الثاني).

¹ - أحمد الورفلي، نفس المرجع، ص ص 104 - 105.

² - د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 321.

الفرع الأول: تعارض امتياز الديانة في الحضانة مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص

جرى العمل في القانون الدولي الخاص على وضع القوانين المتزاحمة أو المتنازعة بخصوص حلول الروابط الدولية في نفس المرتبة وإعطائها فرص متساوية للتطبيق، وبالتالي ترجيح أحدهما على الآخر بناءً على معايير منطقية وموضوعية ووفقاً لتحليل تنازعي منصف لهذه القوانين بعيداً عن أي نزعة وطنية أو دينية متحيزة¹، وذلك عن طريق وضع قاعدة إسناد² خاصة بالحضانة في القوانين الداخلية للدول لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

هذا ويهدف القانون الدولي الخاص إلى خلق نوع من التنسيق والتوافق بين الأنظمة القانونية المتنازعة، وتحقيق الاستقرار في الروابط الدولية الخاصة والتوفيق ما بين مصالح الأطراف المتضاربة، وتحقيق التوازن فيما بينهم، بإعطاء قوانينهم نفس فرص التطبيق³.

إن الأخذ بامتياز الديانة في حضانة الطفل الناجم عن الزواج المختلط يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، لما فيه من إلغاء صريح لقواعد التحليل التنازعي السليم التي تقتضي إعطاء القوانين المتنافسين نفس فرص التطبيق وإعطاء اختصاص أحدهما في آخر المطاف بناءً على إسناد موضوعي محايد، إذ يعمل القاضي بمقتضى هذا الامتياز إلى تطبيق قانون الأحوال الشخصية ذو المصدر الإسلامي ولو كان القانون الذي يزاحمه هو المختص أصلاً بحكم الحضانة⁴. وبهذا يصبح امتياز الديانة كضابط إسناد للطرف المسلم رغم أن ضوابط الإسناد المتصلة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص هي الموطن والجنسية⁵.

¹- جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 54.

²- قاعدة الإسناد: هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتعلة على عنصر أجنبي، وتتركب قاعدة الإسناد من عنصرين: الفئة المسندة وضابط الإسناد وتسبق عملية تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة أولية مهمة في القانون الدولي الخاص تعرف بالتكييف الذي يقصد به تحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع لوضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية (الفكرة المسندة) تمهيداً لإسنادها إلى القانون المختص بحكمها.

- انظر: د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة، الجزائر، دون سنة النشر، ص ص 67-68.

³- خالد برجاي، مرجع سابق، ص ص 74-75.

⁴- جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 55.

⁵- خالد برجاي، مرجع سابق، ص 73.

غير أن القاضي التونسي احمد ورفلي يرى أن امتياز الجنسية ينطوي على امتياز الديانة، إذ تسند الحضانة بشكل ألي وحتمي إلى الأب مفترضا أن مصلحة المحضون تكمن في أن يعيش في بيئة إسلامية¹.

الفرع الثاني: تعارض امتياز الديانة في الحضانة مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان

يعتبر مبدأ المساواة² وعدم التمييز بن الرجل والمرأة من المبادئ الأساسية للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وقد أصدرت الأمم المتحدة العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية لحماية حقوق الإنسان، وقد أخذت المرأة حيزا هاما فيها بدءا بميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948³ والعهد الدولي لحقوق الإنسان لسنة 1966 وصولا إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁴.

إذ تمثل المساواة بين الرجل والمرأة أحد ركائز عمل الأمم المتحدة، فقد ورد في ديباجة ميثاقها بأن الشعوب تؤكد إيمانها بالحقوق المتساوية للرجال والنساء، ونص الميثاق على التساوي بين الرجل والمرأة في الحقوق وأنه هدف أساسي⁵، ذلك أن وضع المرأة في أي مجتمع هو انعكاس لمستوى العدالة الاجتماعية فيه، حيث يضم عدة عوامل مترابطة تتعلق بمستوى تعليمها وصحتها ودورها في الأسرة والمجتمع، مما يتعين معه منحها نفس المعاملة ونفس الحقوق مثل الرجل، لتتال الحقوق التي كلفها الدستور والقانون دون قيد أو تفضيل والمرأة تتمتع كالرجل بالحقوق لان المبدأ الأساسي الذي يحكم الانتفاع من القانون الدولي لحقوق الإنسان هو المساواة⁶.

وقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الثانية⁷ أن كل فرد يتمتع بالحقوق والحريات دون أي تمييز كالتمييز بسبب الدين، وهو ما سار عليه الميثاق العربي لحقوق الإنسان¹ في مادته الثالثة في فقرتها

¹ - أحمد الورفلي، مرجع سابق، ص 85.

² - أقره الدستور الجزائري في المادة 29 منه.

³ - اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) في 10 ديسمبر 1948.

⁴ - انضمت الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، ج.ر عدد 6 لسنة 1996.

⁵ - انظر المواد 02، 55، 56 من ميثاق الأمم المتحدة الصادر بتاريخ 26 يونيو 1945 بمدينة سان فرانسيسكو الأمريكية.

⁶ - كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، العدد 3، 2005، ص ص 116-117.

⁷ - تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 المعتمد والمنشور بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د.3) المؤرخ في 1948/12/10 على أنه " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق و الحريات المذكورة في الإعلان دون أي تمييز

الأولى التي نصت على أنه " تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضعا لولايتها حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه دون أي تمييز بسبب ... الدين ... " وهو نفس المعنى الذي جاء في المادة الثانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان².

لكن وحسب رأينا ينبغي أن يكون تطبيق هذه المبادئ الوضعية في حدود عدم معارضتها لقيمنا وهويتنا الإسلامية، كما أن تطبيق هذه المبادئ بمفهومها المطلق من شأنه أن يجعل محيطنا شبيها بمحيط الدول العلمانية وقيمنا شبيهة بقيمهم وهكذا.

وبالنتيجة فإن تطبيق امتياز الديانة بشأن الحضانة في معظم التشريعات الإسلامية وحرمان الزوجة الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بيئة غير إسلامية من الحضانة يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة كمبادئ عالمية مكرسة بمفهومها المطلق في اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان السالف ذكرها، باعتبارها المنبع الرئيسي الذي تنتشع منه قوانين الدول العلمانية.

ولما كانت حرية عقيدة الطفل لها مكانة خاصة في الدول العلمانية فمن المؤكد أنها لا تعترف بامتياز الديانة في مسألة الحضانة، ونستشف في ذلك بقرار قضائي فرنسي صادر عن مجلس قضاء باريس بتاريخ 15 ماي 1984 حيث رفض فيه طلب أب مغربي والمتمثل في إلغاء تغيير ديانة ابنته بعد أن قامت الأم بتغيير ديانتها من الدين الإسلامي إلى الدين الكاثوليكي، وقد استند الأب في طلبه إلى شرط تربية الابن على دين الأب، غير أن القضاء الفرنسي رفض طلبه وأعطى للأم الحرية الكاملة في تربية ابنتها على أساس أن الأب لم يثبت أن الأم قد تعسفت في استعمال حقها أو أنها انتهكت مصلحة البنت³.

الخاتمة:

استطاعت الدول الإسلامية أن تجعل من امتياز الديانة معيارا تقفز به على مختلف الاعتبارات القانونية الأخرى، إذ حل محل ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص، لتطبيق قانونها الوطني على الحضانة ولو كان القانون العلماني مختصا بحكم الحضانة، وذلك في سبيل توفير الحماية الدينية الإسلامية للمحضون عند قيام النزاع بشأن حضانته في الزواج المختلط.

كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الاجتماعي أو الوطني أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أي تفرقة بين الرجال والنساء .

¹ - اعتمدته القمة العربية السادسة عشر بقرار رقم 270 المؤرخ في 2004/05/23 .

² - أجازته مجلس رؤساء الأفارقة في دورته العادية رقم 18 المؤرخ في 18 يونيو 1981.

³ - Françoise Monéger, Les musulmans devant le juge français, journal du droit international, n°2, 1994, p 355.

فإذا كان امتياز الديانة هو السبيل لحماية المحضون فإن السؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو ما مصير الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن قضاء الدول الإسلامية المبنية على هذا الامتياز في الدول العلمانية إذا كان الأمر يقتضي تنفيذها في هذه الدول.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً: الكتب:

أ- الكتب العامة:

- 1- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة، الجزائر، دون سنة النشر.
- 2- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر.
- 3- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 4- د. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011.
- 5- عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، دون بلد النشر، 1976.
- 6- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر.
- 7- د. هيثم مناع، حقوق الطفل، المؤسسة العربية الأوروبية للنشر، باريس، 2005.

ب- الكتب المتخصصة:

- 1- جلييلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2010.
- 2- د. خالد براجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2001.
- 3- د. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 4- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2004 - 2005.

ب-المذكرات الجامعية:

- عبد الرّحمان هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 1978.

ثالثا: المقالات:

1- أحمد الورفلي، الزواج المختلط ومصلحة المحضون، لمحة عامة، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1 جانفي، 2001.

2- حميدو زكية، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2007.

3- حميدو زكية مصلحة الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000.

4- علي بن قادة، مكانة الطّفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، الإتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائرية، منظمة المحاماة لسيدى بلعبّاس، مكتبة الرّشاد للطباعة والنشر، العدد 2، 2004.

5- د. زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1993.

6- د. زروتي الطيب، حماية الطفل في منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 41، العدد 1، 2000 .

7- كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، العدد 3، 2005.

رابعا: النصوص القانونية:**أ : الدستور:**

- الدستور الجزائري، الصادر في 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 76، صادر بتاريخ 28 نوفمبر 1996.

ب: الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة بقرارها 25/44/ المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92- 06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، ج. ر، عدد 83، صادر بتاريخ في 18 نوفمبر 1992.

2- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، ج. ر، عدد 6 لسنة 1996.

ج-الأوامر:

- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

خامسا: النصوص القانونية الأجنبية:

أ- القوانين :

- 1- قانون رقم 51 لسنة 1984 بشأن الأحوال الشخصية الكويتي، نشر بالجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد 1570 بتاريخ 23 جويلية 1984 السنة الثلاثون، المعدل بالقوانين أرقام : 61 لسنة 1996، 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007.
- 2- قانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بالأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم من مختلفي الملة والطائفة، ج. ر، صادر بتاريخ 2000/03/06.
- 3- قانون رقم 07/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر عدد 5184، الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004.
- 4- القانون المدني الفرنسي لسنة 1984 المعدل والمتمم. منشور على الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr.

ب- الأوامر:

- أمر علي المؤرخ في 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

سادسا: الاجتهاد القضائي:

- 1- ملف رقم 52207، قرار المجلس الأعلى الصادر في 02/01/1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 4، الجزائر، 1990، ص ص 74 - 76.
- 2- ملف رقم 52221، قرار مؤرخ في 13/03/1989، غ أ ش، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1993.
- 3- ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 / 4 / 1979، غ أ ش، المجلس الأعلى، نشرة القضاة، العدد 2، الجزائر، 1981.

باللغة الفرنسية:

A- Les ouvrages :

- 01 – Abderrahmane Hernan, La hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O. P . U., Alger,1996 .
- 02 –François –Paul blan, Le droit musulman, éd Dalloz, 1995.
- 03– Mohand Issad, Droit international privé, les règles de conflits, 2éme édition,Office des Publications Universitaires, Alger, 1983.

B- Les articles :

- 01– Françoise Monéger, Les musulmans devant le juge français, journal du droit international ,n°2, 1994.
- 02– Nadia Ait Zai , Territorialité ou Religion dans l’attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d’Alger, Faculté de droit, n° 4,1991.