

إشكالات تنازع الاختصاص التشريعي في منازعات الحضانة في القانون الجزائري

Issues of conflict of legislative jurisdiction in custody disputes in Algerian law

كحلولة يمينية*

جامعة محمد بن احمد وهران 2- الجزائر

kahloulayamina1979@gmail.com

تاريخ النشر: 2025/06/04

تاريخ القبول: 2025 /05/31

تاريخ الارسال: 2025/03/24

ملخص:

ينظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة لجهة تحديد مستحقيها وشروطها وأسباب سقوطها، غير أن هذه الأحكام لا يتم اللجوء إليها سوى في حالات معينة، تتمثل إجمالاً في الحالة التي تكون فيها العلاقة القانونية داخلية محضة، والحالة التي تكون فيها العلاقة القانونية دولية خاصة، وتؤدي فيها قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الجزائري، أو إلى قانون أجنبي يعيد حكم العلاقة للقانون الجزائري، إضافة للحالات التي تعترض تطبيق القانون المختص موانع محددة قانوناً. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي لا يعترض تطبيقه أي مانع، كما أنه يقبل حكم العلاقة أو يحيل حكمها لقانون آخر، فإنه لا مجال لإعمال قانون الأسرة الجزائري بشأن المنازعات المرتبطة بالمواضيع التي يحكمها بما في ذلك تلك المتعلقة بالحضانة.

نقترح من خلال هذه الورقة البحثية التطرق للإشكالات المتعلقة بتنازع الاختصاص التشريعي لمنازعات الحضانة، لاسيما وأن المشرع الجزائري قد سكت عن إيراد قاعدة إسناد متعلقة بهذا الموضوع، ومن جهة أخرى نقترح إثارة إشكالات، وحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة، في محاولة منا لسد النقص التشريعي الكائن.

كلمات مفتاحية: الحضانة. التكليف. قاعدة الإسناد. الولاية. القانون الأجنبي.

Abstract:

The Algerian Family Law regulates custody provisions concerning the determination of eligible parties, conditions, and reasons for revocation. However, these provisions are only invoked in specific cases. These primarily include situations where the legal relationship is purely domestic, or where the legal relationship involves international private law and the conflict of laws rule leads to the application of Algerian law or a foreign law that defers back to Algerian law. Additionally, they apply when there are legally recognized obstacles to applying the competent law. If the national conflict of laws rule refers to applying a foreign law that faces no obstacles and either governs the relationship directly or refers it to another law, there is no basis for applying Algerian Family Law to disputes related to matters governed by that foreign law, including custody issues.

This research paper addresses the challenges of conflicting legislative jurisdictions in custody disputes, particularly since Algerian legislators have not established a conflict of laws rule for this matter. Furthermore, the paper explores scenarios where the application of a foreign law governing custody disputes is excluded, aiming to address existing legislative gaps.

Keywords: Custody. Characterization. Conflict of Laws Rule. Best Interest of the Child. Foreign Law Guardianship. Mixed Marriage.

*المؤلف المرسل

مقدمة

تعد الحضانة من أبرز القضايا التي تثور بعد انحلال الرابطة الزوجية لما لها من أثر مباشر على مصلحة الطفل، انطلاقا من ارتباطها بحقه في الرعاية والتنشئة السليمة في بيئة توفر له الأمان والاستقرار، وتضمن نموه السليم.

وبناء على ذلك فإن التطرق لهذا الموضوع يستمد أهميته من كونه يمس بحقوق الطفل باعتباره من الفئات الهشة التي تحتاج إلى الحماية، مما يتطلب تحقيق التوازن بين حق الحاضن في ممارسة الحضانة من جهة، وحق المحضون في التمتع بحياة مستقرة من جهة أخرى.

ذلك ما سعى المشرع الجزائري إلى تحقيقه من خلال نصوص قانون الأسرة حين نص على أحكام الحضانة لجهة تحديد مستحقيها وشروطها وأسباب سقوطها، غير أن هذه الأحكام لا يتم اللجوء إليها سوى في حالات معينة، تتمثل إجمالا في الحالة التي تكون فيها العلاقة القانونية داخلية محضة، والحالة التي تكون فيها العلاقة القانونية دولية خاصة، وتؤدي فيها قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الجزائري، أو إلى قانون أجنبي يعيد حكم العلاقة للقانون الجزائري، إضافة للحالات التي تعترض تطبيق القانون المختص موانع محددة قانونا.

أما إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي لا يعترض تطبيقه أي مانع، كما أنه يقبل حكم العلاقة أو يحيل حكمها لقانون آخر، فإنه لا مجال لإعمال قانون الأسرة الجزائري بشأن المنازعات المرتبطة بالمواضيع التي يحكمها بما في ذلك تلك المتعلقة بالحضانة.

ويستوي في ذلك أن تكون العلاقة القانونية دولية خاصة بالنظر إلى المعيار الموضوعي متى نشأت متضمنة لعنصر أجنبي، أو بالنظر إلى المعيار الشخصي بأن نشأت داخلية وتحولت إلى دولية خاصة بالنظر إلى الشخص الذي يعالجها من الخارج

فما هو القانون الذي يسعف القاضي الجزائري المطالب بالفصل في نزاع مرتبط بحضانة الأولاد الناتجين عن الزواج المختلط، وما هي حدود تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة؟

ذلك ما نتعرض له في هذه الورقة البحثية التي يتبين من خلال عنوانها أننا سنتناول بالدراسة الحالة التي لا يكون فيها القاضي مقيدا بمعاهدة دولية تسمو على القانون الوطني تطبيقا للمادة 21 من القانون المدني الجزائري¹، مما يحول دون إعمال أحكام القانون الوطني الذي سيكون وحده محلا للدراسة، في محاولة لسد الفراغ التشريعي الذي يعتريه، والذي يجد القاضي نفسه مضطرا لمواجهة بالضرورة، خاصة في مجال مرتبط بالأحوال الشخصية التي يعامل فيها القانون الأجنبي كقانون.

وفي سبيل التوصل إلى الهدف المنشود من خلال هذه الورقة البحثية ممثلا في التعرض لمواطن النقص في القانون الجزائري، اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وعرض مختلف الآراء الفقهية المرتبطة به.

أولا: تحديد القانون الذي يحكم الحضانة في القانون الجزائري

يواجه القاضي الجزائري إشكالا في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرده سكوت المشرع الجزائري عن وضع قاعدة إسناد خاصة بمنازعات الحضانة، وانطلاقا من ذلك نخوض في البحث عن التكييف القانوني للحضانة، في محاولة منا لإدراجها ضمن أحد الأفكار المسندة الواردة في القانون المدني، أو خلق قاعدة إسناد خاصة.

1. سكوت المشرع الجزائري عن سن قاعدة إسناد خاصة بالحضانة

تضمن القانون المدني الجزائري قواعد تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة سواء تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، ويتعلق الأمر بمجموع المواد التي أدرجها ضمن الفصل الثاني الذي أسماه تنازع القوانين من حيث المكان.

هذه المواد كانت محل تعديل سنة 2005² غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بمادة قانونية صريحة من شأنها أن تسعف القاضي لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تطرح أمامه بهذا الخصوص، لا سيما وأن الأمر يتعلق بموضوع من مواضيع الأحوال الشخصية التي يلتزم فيها القاضي الجزائري بمعاملة القانون الأجنبي معاملة القانون، مما يترتب عليه وجوب البحث في قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق حتى ولو سكت الأطراف عن إثارة هذه الإشكالية³.

ومعنى ذلك عمليا أنه إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بالحضانة وجب عليه أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، وأمام سكوت المشرع الجزائري عن تخصيص قاعدة قانونية تتعلق بالحضانة لا يبقى أمام القاضي الجزائري سوى أن يجتهد في البحث عن أقرب فكرة مسندة يمكن إدراج الحضانة ضمنها من بين الأفكار المسندة الواردة في قانونه الوطني، أو ابتكار قاعدة إسناد خاصة في الحالة التي لا يجد فيها الفكرة المسندة الملائمة.

يكون ذلك كله طبقا للمفاهيم السائدة في القانون الجزائري لتعلق الأمر بتفسير قاعدة الإسناد في شقها الأول المصطلح على تسميته بالفكرة المسندة، وهو ما ارتأى المشرع الجزائري إخضاعه للقانون الجزائري تطبيقا للمادة 9 من القانون المدني التي تنص على "أن القانون الجزائري يكون هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

يتعلق الأمر هنا إذن بتكييف العلاقة القانونية وعلى القاضي العمل على فهم مكونات هذه العلاقة أولاً، فإن تبين له أنها تتعلق بالحضانة وفق المفاهيم السائدة في قانون الأسرة الجزائري⁴، وجب عليه البحث عن أقرب الأفكار المسندة الواردة في القانون المدني لأجل تحديد ضابط الإسناد ومن تم القانون الواجب التطبيق. ولكن ما هي الفئة المسندة التي يمكن للقاضي الجزائري أن يلجأ إلى اعتمادها في البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالحضانة أمام امتناع المشرع الجزائري عن إيراد نص خاص بهذا الخصوص؟

ذلك ما نحاول الوصول له فيما يلي بالبحث في موقف الفقه الجزائري والمقارن من التكييف القانوني للحضانة في العلاقات الدولية الخاصة، والمفاضلة بين هذه الآراء الفقهية.

2. محاولة إدراج الحضانة ضمن إحدى الفئات المسندة الواردة في القانون المدني الجزائري

يجب أن نشير في البداية إلى مسألتين هما:

- أن قاضي الموضوع يمكنه أن يختار التكييف الذي يراه مناسباً وفق المفاهيم السائدة في القانون الجزائري.

- إذا أخطأ القاضي في تكييف العلاقة القانونية، فإنه يكون بذلك قد أخطأ في تطبيق قانونه الوطني، ويعد ذلك سبباً من أسباب الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وهو سبب يختلف عن الحالة التي يكيف فيها تكييفاً صحيحاً، ولكنه يخطئ في تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المحددة.

وبناء على ذلك فإنه ليس هناك ما يقيد القاضي الجزائري في اختيار قاعدة الإسناد الواجب اعتمادها في منازعات الحضانة سوى أن يكون اختياره متفقاً مع ما هو سائد في قانونه الوطني، ويبقى أنه يكون معرضاً في جميع الأحوال لإمكانية نقض الحكم.

نقترح قبل محاولة إدراج الحضانة ضمن أحد الأفكار المسندة الواردة في القانون الجزائري إلقاء نظرة عما قيل بهذا الشأن فقهاً، غير أن تناول هذه الآراء يجب أن يكون على سبيل الاستهداء فقط لأن القاضي الجزائري سيلتزم باعتماد أحد الحلول المتمشية مع المفاهيم السائدة في قانونه الوطني وجوباً، لتعلق الأمر بتكييف أولي يهدف لإعطاء وصف للعلاقة القانونية بغية إدراجها ضمن فكرة مسندة وإخضاعها لضابط إسناد.

وبالإطلاع على مختلف الآراء الفقهية التي قيلت بشأن التكييف القانوني للحضانة يلاحظ في البداية أنها متعددة ومتأرجحة بين البحث عن الطبيعة القانونية للحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون، وبين البحث عن طبيعتها القانونية بالنظر لمصدر الالتزام بها.

وعلى هذا الأساس هناك من يرى إخضاع الحضانة للقانون المختص بحكم الولاية على المال أو النفس، وهناك من يتجه إلى أن الحضانة أثر من آثار الزواج، بينما هناك من يتمسك بكونها أثر من آثار الطلاق، في حين أن هناك من يربطها بالنسب ويرى أنها من آثاره⁵.

وأما عن موقف الفقه الجزائري من هذه الإشكالية فيلاحظ توجه جانب منه في البداية إلى أنه أمام عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة ضمن قواعد التنازع، فإن تحديد القانون المختص بحكمها متوقف على تكييفها القانوني بوصفها داخلة في الولاية الشرعية على الأولاد، ولكنها لا تعد أثرا للزواج، ولا تعد أثرا لانحلاله، لأن هناك حقوق وعلاقات تربط بين الآباء والأبناء بغض النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما، سواء بوصفهما متزوجين أو مطلّقين، ومن أهم هذه الحقوق الحضانة⁶.

لقد ورد رأي هذا الجانب الفقهي على هذا النحو رغم أن المشرع الجزائري كان قد أدرج الحضانة ضمن الفصل الثالث من قانون الأسرة المتعلق بآثار الطلاق رفقة كل من العدة والنزاع في متاع البيت، مما يعني أن هذا القانون يعتبر الحضانة بمثابة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وهو ما يرتب إخضاعه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا للمادة 2/12 من القانون المدني، إلا إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حيث يتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الجزائري وحده إعمالا لقاعدة إسناد أحادية هي المادة 13 من القانون المدني.

غير أنه يلاحظ أنه تم العدول لاحقا عن هذا الموقف الفقهي القاضي باعتبار الحضانة بمثابة ولاية عن النفس حيث تمت الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وبالتالي فإن قاعدة الإسناد المناسبة هي القانون المطبق على انحلال الزواج باعتبار الحضانة من آثار الطلاق، استنادا إلى أن هذا الرأي هو الراجح في القانون المقارن، واستشهادا في ذلك ببعض من الفقه المصري والفرنسي، دون إشارة تذكر لقانون الأسرة الجزائري الذي جاءت فيه الحضانة تحت عنوان آثار الطلاق⁷.

وفي هذا الصدد يجدر التساؤل عما إذا كان إدراج الحضانة ضمن آثار الطلاق يعد تكييفًا، وعما إذا كان هذا التكييف ملزما بالنسبة للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة باعتباره التكييف المعتمد في قانون الأسرة؟

لا شك في أن تكييف العلاقات القانونية ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها وأن الاختلاف في التكييف من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف الحكم الصادر عن القاضي، والواقع أن التكييف يخضع للقانون الجزائري بموجب نص صريح هو نص المادة 9 من القانون المدني السالفة الذكر.

غير أن الأمور ليست بهذه البساطة بدليل تغير الوصف الفقهي للحضانة، والذي انتقل من اعتبارها ولاية على النفس إلى كونها من آثار الطلاق، وسبب هذا التباين لا يرجع في تقديرنا إلى مسابقة قانون الأسرة الذي

جاءت فيه الحضانة ضمن آثار الطلاق، وإنما مرده إلى رغبة هذا الاتجاه الفقهي في مسايرة من قاموا بإدراج الحضانة ضمن آثار الطلاق لاقتناعه بهذا الموقف لاحقاً، بدليل عدم قيامه بتبرير موقفه الجديد بالتقسيم الوارد في قانون الأسرة الذي أدرج الحضانة ضمن آثار الطلاق رفقة كل من العدة والنزاع في متاع البيت، وذلك رغم اتفاقه بداية مع النتيجة التي توصل إليها بعض الفقه الذي يعتبر أن علاقة الأبناء بالوالدين لها كيان مستقل عن علاقة الوالدين فيما بينهما، لا فرق في ذلك بين ما إذا كانا متزوجين أو منفصلين، وبالتالي فإنه لا يمكن اعتبار الحضانة أثر من آثار الطلاق، وإنما هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس⁸.

والجدير بالذكر أن النتائج تتباين تبعا للتكييف المعتمد على النحو الآتي:

- إذا وصفت الحضانة باعتبارها ولاية على النفس فإن ذلك يعني إخضاعها للقانون الذي يحكم الولاية على النفس وهو ما ذهب جانب من الفقه في البداية متجاهلاً إدراج قانون الأسرة الجزائري للحضانة ضمن آثار الطلاق، غير أنه إذا اعتبرنا أن الحضانة تدخل في إطار الولاية على النفس على النحو الذي سبق بيانه، يجب أن نتساءل أيضاً عن القانون الذي سيحكمها حينئذ علماً أن المادة 15 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 16 من القانون المدني المصري تتعلق بالولاية على المال التي تخضع شأنها في ذلك شأن الوصاية والقوامة لقانون الشخص الذي تجب حمايته⁹، مما يعني أن القانون الجزائري لا يتضمن في طياته قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم الولاية على النفس¹⁰.

وبالتالي فإنه يتعين بعد الانتهاء من منح وصف قانوني للحضانة باعتبارها ولاية على النفس أن يتم البحث عن ضابط الإسناد باعتباره المؤشر المحدد للقانون الواجب التطبيق على النزاع، وفي هذا الإطار يمكن الاختيار بين ضابطين، أولهما قانون جنسية الطفل وفق ما ذهب إليه بعض الفقه في الفترة التي كان يعتبر فيها الحضانة بمثابة ولاية على النفس مبرراً ذلك بتحقيق مصلحة الطفل¹¹، وثانيهما قانون جنسية الأب وفق ما ذهب إليه عز الدين عبد الله مبرراً اختياره بوجود علاقة وطيدة بين كل من النسب والحضانة والولاية على النفس وضرورة تحقيق وحدة القانون الواجب عليها جميعها¹².

- أما إذا اعتبرنا الحضانة من آثار الطلاق، فمعناه إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أو للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج تطبيقاً لنصوص المواد 2/12 و 13 من القانون المدني على أساس أن الفكرة المسندة لهذه المواد يمكن أن تتسع لتشمل كل ما يتعلق بدعوى الطلاق بما فيها آثاره .

هذا ومن أهم ما يتجه بنا إلى الاقتناع بأن التكييف القاضي باعتبار الحضانة من آثار الطلاق تكييف منقذ يتمثل في عدم ارتباط الحضانة بالطلاق في المطلق، بدليل أن المحكمة العليا تقر تمنح الحضانة في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أيضاً¹³، وإذ نميل إلى اعتبار الحضانة من الولاية على النفس انطلاقاً من أنها

علاقة تربط بين الآباء والأبناء بغض النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما، فإن ما يمنعنا من تبني هذا التكييف هو أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر الحضانة بمثابة أثر من آثار الطلاق، ويبقى أن تفصل المحكمة العليا في التكييف القانوني للحضانة بقرار مبدئي في انتظار تدخل المشرع لسد هذا الفراغ.

ثانيا: حدود تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة

تحكم الحضانة في القانون الجزائري قاعدة إسناد مزدوجة قد يترتب على إعمالها تطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن أن يعترض تطبيق القانون الأجنبي بعض الإشكالات التي نقتصر التطرق لها فيما يلي، قبل تحديد الحالات التي يتعين فيها استبعاد تطبيق هذا القانون والمد من مجال تطبيق القانون الجزائري.

1. إشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة

ترتبط الحضانة باعتبارها موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية بضابط الجنسية الذي يعترض إعماله جملة من الإشكالات نتطرق لها قبل أن نتناول البحث فيما إذا كان القاضي الجزائري يلتزم بإعمال القانون الأجنبي المختص بحكم منازعة الحضانة في جميع الحالات.

1.1. تعدد الجنسية وانعدامها

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتمد ضابط الجنسية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، غير أن إعمال هذا الضابط قد تعترضه صعوبات عملية، كما لو تعلق الأمر بشخص متعدد الجنسيات أو عديم الجنسية.

1.1.1. القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات

يجب التفرقة فيما يتعلق بالشخص متعدد الجنسيات بين ما إذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة وبين ما إذا غابت الجنسية الجزائرية عن الجنسيات التي يحملها المعني بالأمر¹⁴، حيث يتعين إخضاع متعدد الجنسيات في الحالة الأولى للقانون الجزائري، بينما يخضع في الحالة الثانية لقانون جنسيته الفعلية وهي الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها من الجنسيات التي يحملها¹⁵.

وتطبيق ذلك عمليا بالنسبة لمنازعات الحضانة يكون كالآتي:

أ- إذا كان الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى أو أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإنه يتعين على القاضي الجزائري إخضاع الحضانة للقانون الجزائري دون النظر لما إذا كان المعني بالأمر حاملا لجنسيات أخرى.

ذلك هو ما يتناسب في تقديرنا مع مقتضيات القانون الجزائري وفق ما تم الوصول إليه من أن قانون الأسرة يعتبر الحضانة من آثار الطلاق، أما إذا سايرنا الرأي الفقهي القاضي باعتبار الحضانة بمثابة ولاية على النفس، وكان الأب أو الابن يحملان الجنسية الجزائرية - تبعا لما إذا أخضعنا الولاية على النفس لقانون جنسية الأب أو لقانون جنسية الابن-، فإنه يتعين على القاضي الجزائري إخضاع الحضانة للقانون الجزائري دون النظر لما إذا كان المعني بالأمر حاملا لجنسيات أخرى.

ب- على القاضي الجزائري البحث عن الجنسية الفعلية للزوج وقت رفع الدعوى انطلاقا من موقفنا القاضي بوجوب الخضوع لإرادة المشرع الجزائري باعتبار الحضانة أثر من آثار الطلاق.

أما التطبيق العملي للموقف القاضي باعتبار الحضانة بمثابة ولاية على النفس فمعناه البحث عن الجنسية الفعلية للأب أو الابن تبعا لضابط الإسناد الذي يرى إخضاع الحضانة له على النحو الذي سبق بيانه، بمناسبة التعرض للاختلاف الفقهي المتعلق بضابط الإسناد الواجب إعماله فيما يتعلق بالحضانة باعتبارها ولاية على نفس المحضون.

2.1.1. القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية

قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون جنسية شخص عديم الجنسية، وفي هذه الحالة كان المشرع الجزائري يمنح القاضي الوطني صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الشخص¹⁶، مخالفا بذلك لما اتجهت إليه اتفاقية نيويورك من وجوب إخضاع عديمي الجنسية لقانون الموطن أو محل الإقامة¹⁷.

غير أنه وبمناسبة تعديل القانون المدني سنة 2005، نصت المادة 3/22 المعدلة على إخضاع عديم الجنسية لقانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وتبعا لذلك فإنه إذا كان الزوج عديم الجنسية وجب إخضاع الحضانة لقانون موطنه أو محل إقامته باعتبار الحضانة أثر من آثار الطلاق وفق تكييف قانون الأسرة على النحو السابق بيانه.

أما التطبيق العملي لا اعتبار الحضانة بمثابة ولاية على النفس في حالة الاصطدام بانعدام الجنسية فيتربط عنه أنه إذا كان الأب أو الابن عديم الجنسية وجب إخضاع الحضانة لقانون موطن أو محل إقامة الأب أو الابن، وفق ما يراه القاضي الجزائري الذي يجد نفسه مضطرا لخلق قاعدة إسناد بالاختيار بين النظر لقانون جنسية الأب أو الابن على النحو الذي سبق بيانه بمناسبة دراسة حالة تعدد الجنسية.

2.1. كيفية معاملة القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة

يتبين من استقراء المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا محددة على سبيل الحصر، ومنها الخطأ في تطبيق القانون الوطني، والخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلق بقانون الأحوال الشخصية.

وترجمة ذلك عمليا أن القانون الجزائري يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون متى كان متعلقا بالأحوال الشخصية، كما هو شأن الحضانة المدرجة بين طيات قانون الأسرة، بينما يعامله معاملة الواقعة متى كان متعلقا بغير الأحوال الشخصية¹⁸.

وبالتالي فإن الأمر إذا كان متعلقا بنزاع يرتبط بالحضانة، فإن القاضي الجزائري يلزم في الحالة التي تشير فيه قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي بالبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه، كما يلزم بإثباته وتفسيره أيضا، وإذا أخطأ في تطبيقه كان ذلك سببا من أسباب الطعن بالنقض.

2. حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الحضانة

يستبعد القاضي الجزائري تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية في حالة وجود مانع من موانع التطبيق ممثلة في مخالفة القانون والغش نحو القانون، كما أنه يستبعده أيضا لمصلحة القانون الوطني في حالة استحالة إثباته، و في حالة رفضه حكم العلاقة ضمن ما يسمى بحالة الرجوع.

1.2. وجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص

قد يحدث عمليا أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تصطدم بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي مما يؤدي به إلى استبعاد هذا القانون على أساس أنه يخالف النظام العام.

ومن جهة أخرى قد يتبين للقاضي الوطني من ظروف وملابسات القضية المعروضة أمامه أن الخصوم قد قاموا بتغيير عمدي لضابط الإسناد للتوصل إلى تطبيق قانون دولة معينة، فيقوم القاضي هنا بالامتناع عن تطبيق هذا القانون لارتكاب صاحب المصلحة غشا، أدى إلى التحايل للتوصل إلى تطبيق قانون غير ذلك الذي كان يجب أن تخضع له العلاقة القانونية.

1.1.2. مخالفة النظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي

يترتب على الحالة التي يخالف فيها القانون الأجنبي النظام العام الجزائري وجوب قيام القاضي باستبعاده لمصلحة القانون الوطني تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني، ومعنى ذلك أنه يتعين على القاضي الجزائري تطبيق القانون الجزائري في منازعات الحضانة في الحالة التي يكون فيها القانون المختص مخالفا للنظام العام الجزائري، لا سيما وأن الأمر يتعلق بنزاع من منازعات الأحوال الشخصية المرتبطة بالشريعة الإسلامية التي يتدخل فيه النظام العام بقوة.

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن الحضانة تثير مشاكل قانونية في الزواج المختلط تتعلق بمن يستحقها من الأبوين إذا كان غير مسلم أو مقيم في الخارج، حيث أن المحكمة العليا أيدت قرار قضاة الموضوع الراض لمنح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي أسند الحضانة للأم المقيمة في الخارج على أساس أنه في حالة وجود أحد

الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الحضانة في الجزائر؛ فإن من كان موجودا منهما بها هو الأحق بالأولاد، ولو كانت الأم غير مسلمة، على أساس أن وجود المحضون في الخارج يغير من اعتقاده ويبعده عن دينه وعادات قومه، ويحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة ورقابة ابنه، وقد اعتبرت المحكمة العليا هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي¹⁹.

ولطالما أكدت المحكمة العليا على أن تربية الابن على دين أبيه من مصلحته²⁰ معتبرة أن سكن الأم في بلد أجنبي يحرم الأب من حقه في الزيارة، غير أنها وافقت على منح الحضانة في أحد قراراتها للأم رغم أنها اكتسبت جنسية أجنبية وأنها تقيم في بلد غير مسلم، ما دام أنها مسلمة²¹، وبالتالي لم يعد مهما بعد المسافة بين مقر إقامة الأب في الجزائر ومقر ممارسة الحضانة في الخارج، وكأن الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الأب في الزيارة²².

2.1.2. الغش نحو القانون

ضابط الإسناد هو المؤشر المحدد للقانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة، غير أن هناك قواعد إسناد تتضمن أكثر من ضابط، كما أن هناك ضوابط إسناد لا يمكن تغييرها بأي حال من الأحوال، وهناك ضوابط إسناد قابلة للتغيير²³، وعلى هذا الأساس فقد يحدث عمليا أن يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضابط الإسناد بغية التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا في اتجاه قانون مفتعل تحقيقا لمصلحة الغاش²⁴.

ومن بين ضوابط الإسناد القابلة للتغيير ضابط الجنسية الذي يحكم منازعات الحضانة، فإذا ارتأى القاضي الجزائري إخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى مثلا، وقام الزوج بتغيير جنسيته قصد التهرب من تطبيق قانونه الوطني الذي لا يتيح له أحكامه الموضوعية التمتع بحضانة ولده، يكون قد ارتكب غشا نحو القانون.

وبهذا الخصوص يلاحظ أن القانون الجزائري لم يكن ينص على الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي إلى سنة 2005 تاريخ صدور القانون رقم 10-05 المؤرخ في 2005 الذي نص في المادة 24 منه على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصاص التشريعي بواسطة الغش نحو القانون.

وتطبيق ذلك عمليا أن أثر الغش نحو القانون يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي سعى مرتكب الغش إلى الخضوع له وإخضاع العلاقة القانونية للقانون الذي كان مختصا أصلا.

2.2. استحالة إثبات القانون الأجنبي المختص

ونحن بصدد التطرق لمنازعات الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة، وبعد أن توصلنا إلى أن القاضي الجزائري ملزم بمعاملة القانون الأجنبي الذي يحكمها معاملة القانون، يجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري مد من مجال أعمال القانون الجزائري على حساب القانون الأجنبي في جميع الحالات التي يستحيل فيها على القاضي إثبات القانون الأجنبي المختص²⁵.

ومعنى ذلك أنه إذا كان الزوج أجنبيا وقت رفع الدعوى وارتأى القاضي إخضاع الحضانة لقانون جنسيته باعتبارها من آثار الطلاق، كان له أن يسبب حكمه بإخضاع النزاع للقانون الجزائري باستحالة إثبات القانون الأجنبي المختص.

3.2. إعادة حكم العلاقة القانونية للقانون الجزائري

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع فيقوم بالفصل فيه وفق الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في هذا القانون، غير أنه قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أخرى، وهو قانون يتضمن أيضا قواعد موضوعية وقواعد تنازع، فهل يلجأ القاضي الجزائري إلى تطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي مباشرة فتكون النتيجة أن يجد حلا للنزاع، أم أنه يلزم بمراعاة قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون الأجنبي بداءة؟

لم يكن القانون الجزائري متضمنا للإجابة عن هذا التساؤل إلى غاية سنة 2005 تاريخ تعديل القانون المدني حيث يتبين ما استقرء المادة 23 مكرر 1 منه²⁶ أنه يتعين على القاضي الجزائري مراعاة قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية عندما تعيد هذه القاعدة حكم العلاقة القانونية للقانون الجزائري فقط، وتطبيق ذلك عمليا بالنسبة لمنازعات الحضانة، أنه إذا ترتب على أعمال ضابط الإسناد الإشارة إلى تطبيق قانون أجنبي، وجب على القاضي الجزائري مراعاة قاعدة الإسناد الواردة في هذا القانون في الحالة التي تعيد فيها حكم العلاقة للقانون الجزائري فقط، دون تلك التي تحيل فيها إلى تطبيق قانون ثالث، مما يمد من مجال تطبيق القانون الجزائري و يسهل من مهمة القاضي الجزائري، خاصة في الحالات التي يلتزم فيها بمعاملة القانون الأجنبي معاملة القانون كما هو الشأن بالنسبة لمنازعات الحضانة باعتبارها من مواضيع الأحوال الشخصية.

الخاتمة

تبين لنا من خلال هذه الورقة البحثية أن المشرع الجزائري قد سكت عن إيراد قاعدة إسناد تتعلق بتحديد القانون الواجب على الحضانة، مما يجعل القاضي الجزائري مضطرا لإدراج العلاقة القانونية ضمن أقرب فكرة من الأفكار المسندة الواردة في القانون المدني، أو خلق قاعدة إسناد خاصة.

وفي محاولتنا لمعالجة هذه الإشكالية توصلنا إلى أن الآراء الفقهية تتأرجح بين البحث عن الطبيعة القانونية للحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون، وبين البحث عن طبيعتها القانونية بالنظر لمصدر الالتزام بها، حيث أن هناك من يرى إخضاع الحضانة للقانون المختص بحكم الولاية على المال أو النفس، وهناك من يتجه إلى أن الحضانة أثر من آثار الزواج، بينما هناك من يتمسك بكونها أثر من آثار الطلاق، في حين أن هناك من يربطها بالنسب ويرى أنها من آثاره.

غير أن الاختلاف في التكيف يؤدي إلى اختلاف الفكرة المسندة، وبالتالي ضابط الإِسناد مما قد يترتب عليه اختلاف في القانون الواجب التطبيق، وعلى هذا الأساس نتمنى أن يتدخل المشرع الجزائري للنص على القانون الواجب التطبيق على الحضانة ضمن قاعدة إسناد خاصة منعا للخلاف، لا سيما وأن الأمر متعلق بمسألة من مسائل النظام العام لتعلقها بالشريعة الإسلامية.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن القانون الجزائري يخضع الحضانة في جميع الأحوال لضابط الجنسية الذي تعثر به صعوبات عملية تتعلق بحالة تعدد الجنسية وانعدامها، وقد أحسن المشرع الجزائري بوضع حلول لذلك، كما أنه أحسن أيضا حين مد من مجال إعمال القانون الجزائري على حساب القانون الأجنبي في أكثر من مناسبة، إما في حالة مخالفة النظام العام أو الغش نحو القانون وفي حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي وحالة إعادة القانون الأجنبي حكم العلاقة للقانون الجزائري.

الهوامش

¹ تنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة نافذة في الجزائر".

² القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 44، الصادرة في 3 جويلية 2005

³ حبار محمد، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 93. وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 13

⁴ الحضانة في مفهوم قانون الأسرة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا: تراجع المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، الأمر 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 لسنة 2005.

⁵ أيوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، 2018، جامعة تلمسان، ص 98.

⁶ الطيب زروتي، القانون الدولي الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010، ص 53.

- ⁷الطبيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 366.
- ⁸ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 331.
- ⁹ تنص المادة 15 المعدلة من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".
- ¹⁰ أعراب بلقاسم، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 225.
- ¹¹ الطبيب زروتي، القانون الدولي الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 53.
- ¹² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 332.
- ¹³يراجع على سبيل المثال وليس الحصر القرار رقم 337176 بتاريخ 16-11-2005، نشرة القضاء، عدد 65، 2010، ص 319. والقرار رقم 1248029 المؤرخ في 7-11-2018، تم الاطلاع عليه في 5 أفريل 2025 على الساعة الثالثة على الرابط التالي: coursupreme.dz
- ¹⁴تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية. غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة..."
- ¹⁵ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 112.
- ¹⁶تنص المادة 4/22 من القانون المدني الجزائري القديم على ما يلي: "وفي حالة انعدام الجنسية يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه"
- ¹⁷الاتفاقية المؤرخة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بوضع عديمي الجنسية التي صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 8 جوان 1964.
- ¹⁸حبار محمد، المرجع السابق، ص93. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص 133
- ¹⁹القرار رقم 52207، المجلة القضائية 1990، عدد 4، ص 74.
- ²⁰عفوة حياة، دور القاضي الجزائري في تطبيق امتياز الديانة على الحضانة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 15، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2020، ص 250.
- ²¹القرار رقم 57038 المؤرخ في 10 سبتمبر 2008، مجلة المحكمة العليا 2008، عدد 2، ص313.
- ²²الطبيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 367.
- ²³ فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع السابق، ص 216. وعز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 557.
- ²⁴هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 211.
- ²⁵تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري المضافة بموجب الأمر 05-10 على ما يلي: يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه."

²⁶تنص هذه المادة على ما يلي: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص."