

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

The law applicable to custody (Hadana) in mixed marriages

موكه عبد الكريم، جامعة جيجل، (الجزائر)

مخبر القانون البنكي والمالي moukaabdelkrim@univ-jijel.dz

تاريخ قبول المقال: 08-09-2021

تاريخ إرسال المقال: 09-08-2021

الملخص:

يشكل موضوع الحماية المقررة للطفل في آثار انحلال الزواج المختلط من حيث إسناد الحضانة أو إسقاطها إحدى المواضيع الشائكة في مجال القانون الدولي الخاص، نظرا لاختلاف التشريعات المقارنة في تحديد المختص ونظام الحماية المقررة للطفل، لذلك نجد أن التشريعات المقارنة تسعى إلى تسهيل مهمة القاضي في هذه المسألة من خلال إقرار نص خاص يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة لمواجهة هكذا وضعيات قانونية، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة أو إسقاطها من إيجاد القانون الأنسب لحماية مصالح الطفل المحضون ووفقا لما تقتضيه روح قواعد تنازع القوانين في موضوع الحضانة، هذا الأمر كان غائبا في قواعد التنازع الجزائري مما يثير إشكالات في تحديد القانون المختص.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، القانون المختص، الحماية، الزواج المختلط، تنازع القوانين.

Abstract:

The subject of the protection of the child in matters of attribution or abandonment of custody in the effects of the dissolution of a mixed marriage is one of the thorny subjects in the field of private international law, given the difference of comparative legislation in the definition of the applicable law and of the protection system set up for the child, for this purpose we therefore note that the compared laws seek to facilitate the task of the judge in the matter by fixing by the legislator a text special law that defines the law applicable to custody to deal with such legal situations, whether related to the award or abandonment of custody to find the most appropriate law to protect the interests of the child and in accordance with the spirit of the conflict of law rules on custody, this question was absent from the Algerian conflict rules, which poses problems in determining the competent law in the matter.

Key words: custody (Hadana) , competent law, protection, mixed marriage, conflict of laws.

مقدمة:

نظرا للمشاكل التي تعترى العلاقة الزوجية والتي يؤدي انحلالها إلى آثار سلبية خاصة على الأولاد، استوجب على النظم القانونية المقارنة الاهتمام بالموضوع حماية الأطفال حتى لا يكونوا عرضة للإهمال، وهو الأمر الذي اهتمت به سلفا آيات القرآن الكريم وسنة النبي المصطفى، إذ تم إقرار العديد من الأحكام الشرعية التي تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، كما أن غالبية التشريعات المقارنة خاصة العربية منها اتخذتها أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا سن الرشد.

في هذا الصدد سارعت التشريعات المقارنة من وراء هذه الأحكام إلى حماية الأطفال من الضياع بعد انحلال الرابطة الزوجية، وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، وغالبية التشريعات المقارنة تدرك تمام الإدراك أن الحضانة هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها بصرامة¹، وفي هذا الصدد سارعت الجزائر إلى مواكبة العالم من خلال مصادقتها على العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، إضافة إلى سن تشريعات تسعى من خلالها إلى إقرار حماية صريحة للطفل².

يتعاضم إشكال الحماية المقررة للطفل في مجال ممارسة حق الحضانة لأحد أبويه خاصة في العلاقات الزوجية المختلطة (الزواج بالأجانب أو الأجانب)، مما يثير صعوبة إخضاع نظام الحماية لقانون دون آخر، لذلك نجد أن التشريعات المقارنة تسعى إلى تسهيل مهمة القاضي في هذه المسألة من خلال وضع المشرع نص خاص يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة لمواجهة هكذا وضعيات قانونية، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة أو إسقاطها بذلك إيجاد القانون الأنسب لحماية مصالح الطفل المحضون ووفقا لما تقتضيه روح قواعد تنازع القوانين في موضوع الحضانة، لذلك فإن هذه الورقة البحثية تنطلق من إشكالية أساسية تتعلق مدى كفاية قواعد الإسناد الجزائرية المقررة لموضوع الحضانة في تحديد القانون الأنسب لحماية مصالح الطفل المحضون ووفقا لما تقتضيه روح قواعد تنازع القوانين؟

لذلك سيتم الإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه من خلال الوقوف على مضمون النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وتحليلها مع التركيز خاصة على موقف التشريع الجزائري معتمدين خاصة على المنهج التحليلي بالإضافة المنهج المقارن في بعض المواضع التي تستوجب ذلك، وهذا بالتطرق أولا إلى الإشكالات القانونية التي يطرحها مضمون الحضانة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، ثم البحث

عن الحلول الوضعية لتحديد القانون المختص في موضوع الحضانة التي أقرتها التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري.

المحور الأول: مضمون الحضانة في علاقات الزواج المختلط

إن الزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب، عادة هو الذي يؤدي عند انحلال الرابطة الزوجية إلى طرح الإشكال القانوني المتعلق بالحضانة، ومعالجة مثل هكذا مشاكل قانونية تكون بإعمال قواعد التنازع التي اقراها المشرع في القانوني المدني الجزائري³ خاصة تلك الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية، ونظرا لأهميتها من حيث أنها توفر التكفل والعناية والتربية للطفل، الذي هو في حاجة لازمة لها، مادام أنه لا يقدر على إدارة أموره بنفسه، فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات الوضعية، التي أسهبت بها بالكثير من المواد القانونية، لتنظيمها في إطار العلاقات الداخلية. أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظرا لأنها علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، الطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسياتهم جميعا، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.

أولاً: مفهوم الحضانة في علاقات الزواج المختلط

أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق مشكل الحضانة، إذ تمثل الحضانة مرحلة من مراحل الولاية على النفس، مما يستوجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه ، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية الشريعة الإسلامية وللتشريع الجزائري على حد سواء بالطفولة، وأكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري⁴، بأن الحضانة هي أولاً رعاية الولد ثم تعليمه ثم القيام بتربيته على دين أبيه ، ثم السهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا فإذا اختل شرط من هذه الشروط سقطت الحضانة.

1- التعريف القانوني: نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الحضانة هي

رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا .ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

*عرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصلحه.

* كما عرفت المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

* إن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري 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 عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية⁵.

2- التعريف الفقهي: قدم الفقه العديد من المقاربات الخاصة بموضوع الحضانة إلا أنها كلها تصب في قالب الحماية التي يجب أن يحظى بها الطفل في كل جوانبها، نلخصها فيما يلي:

- الحضانة هي حفظ من لا يستقل ولا يميز بأموره ككبير ومجنون وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يضره⁶.

- هي الوالية على الطفل الصغير أي تربية الطفل ورعايته حتى يفطم ويبلغ السن الذي يتولى فيه رعاية شؤونه⁷.

- المقصود بالحضانة في الاصطلاح الفقهي هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه من طعام وشراب ولباس وتنظيف جسمه والاعتناء به أثناء المرض⁸.

نظرا لتعدد المقاربات الفقهية الخاصة بموضوع الحضانة، فهي تدور حول معاني متقاربة من حيث أنها كلها تدل على حفظ المولود ورعايته إلى أن يصل السن يستطيع أن يدير أموره بنفسه. بالتالي وفقا لذلك فهي كلها تهدف إلى تفعيل حماية الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية⁹.

3- أهداف الحضانة: يمكن استنباطها من خلال تحليل أحكام المادة 62 من قانون الأسرة، والتي تتمثل أساسا في ما يلي:

أ/ تعليم الولد: يقصد به التعليم الرسمي من خلال تسجيله لدى مؤسسة رسمية لمزاولة الدراسة، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا وفقا لما تقرره أحكام المادة 65 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020¹⁰، فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداداته الفطرية والنفسية¹¹.

ب/ تربية الولد على دين أبيه: ما دام الأمر يتعلق بالمجتمع الجزائري المسلم الذي يقوم على مبادئ وقيم منبثقة من الشريعة الإسلامية، استوجب تربية الطفل على قيم الدين الإسلامي وتعاليمه، إذ يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي¹²، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل¹³.

ج/ السهر على حماية المحضون: فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تشمل هذه الحماية على أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي

د/ حماية الطفل من الناحية الخلقية والصحية: تتم حماية الطفل من الناحية الخلقية خاصة بتثنيته على الأخلاق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا وسويا¹⁴، أما من الناحية الصحية يجب أن يلقي الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل حاضنه خاصة في السنوات الأولى من حياته. و ذلك بأن يتلقى كل التلقينات اللازمة والدورية، و أن يُعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة حفاظا على صحته ولياقته البدنية¹⁵.

لذلك في المجال العملي لتفعيل شروط ممارسة الحضانة يقع على عاتق القاضي الفاصل في موضوع الطلاق وأثاره تقدير مدى توافر شروط الحضانة، ومدى تحقق الأهداف المرجوة منها، مما يجعل الأمر محلا للطعن من أجل إسقاط الحضانة متى تأكد الخروج عن أهدافها كمحاولة الأم مثلا في عدم تربية الابن على دين أبيه بتأثرها بثقافة المجتمع الغربي الذي تعيش فيه أو ثبت أنها أم فاسدة¹⁶.

ثانيا: التكيف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط

هناك اختلاف في قوانين دول العالم حول الطبيعة القانونية للحضانة، فهناك من يَكيفها على أنها من قبيل الآثار القانونية للزواج وهناك من يعدها من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

1- الحضانة أثر من آثار عقد الزواج: يرى بعض الفقه وخاصة الفقه الفرنسي أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك حسب القانون الفرنسي¹⁷. كما اتبع هذا الاتجاه القضاء المصري في أحد أحكامه القضائية الصادرة في 26 فيفري 1952 عن محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية¹⁸، على أساس أن الحضانة مسألة تتعلق بالبنوة.

غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق¹⁹. بالتالي تم التراجع عن هذا التوجه خاصة بعد التعديلات التي مست القانون الفرنسي والقانون المصري فيما يتعلق بالقانون المدني وقواعد التنازع الخاصة بالأحوال الشخصية بصفة خاصة.

2- الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية: يتجه جل آراء الفقهاء إلى تكيف

الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، فأثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين أما بعد انفصالهما يطرح الإشكال إلى من تسند إليه حضانة الأولاد؟. إذ اعتبر القضاء

الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج²⁰. وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية. وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكيف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقاً لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق.

بالتالي باستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري خاصة المواد 62 وما بعدها، نجد أن المشرع أخذ بالاتجاه الذي يعتبر أن الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، لذلك استوجب على المشرع تحديد مضمونها والشروط الواجب توافرها لممارستها، لكن دائماً بالعودة إلى أحكام قانون الأسرة المشرع لم يحدد ولم يعدد صراحة شروط ممارسة الحضانة من طرف الأم المطلقة، هذا ما يجعل للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى توافر شروط ممارسة الحضانة من عدمها حماية للطفل المحضون مع احترام ما يمليه عليه القانون الواجب التطبيق، بناءً على الأهداف المرجوة من الحضانة، إلا أن المشرع أكد على وجوب أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك²¹، ومعنى ذلك أن يكون الشخص أهلاً ومتمتعاً بكامل قواه العقلية وقادراً من حيث استطاعته ممارسة الحضانة وأميناً في الأخلاق²²، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلاً رجلاً كان أو امرأة، حتى وإن كان حق الحضانة للام أو ذات أولوية في ذلك لكن الأمر يسقط بفساد أخلاقها²³.

المحور الثاني: الحلول الوضعية للقانون الواجب التطبيق على الحضانة.

نظراً للإشكالات القانونية التي يثيرها موضوع الحضانة خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها، لجأت العديد من الدول في سبيل حل إشكالية تنازع القوانين في موضوع الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة، أما على مستوى التشريعات الداخلية للدول وفي سبيل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع الحضانة، فمنها من خصها بقاعدة إسناد محددة ودقيقة ومنها من لم يفعل ذلك أين ترك المجال واسعاً من خلال إسنادها إلى قاعدة التنازع الخاصة بآثار انحلال الرابطة الزوجية وهو الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري، مما يثير صعوبة في تطبيق أحكامها.

أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الحضانة

يمكن حل إشكالات تنازع القوانين في موضوع الحضانة عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية التي تبرمها الدول فيما بينها، تتفق من خلالها على مجموعة من الأحكام القانونية الواجب العمل بها عند تنازع

القوانين حول الحضانة في أحد هاتين الدولتين ، أو عن طريق الاتفاقيات الدولية المبرمة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

1- موقف الاتفاقيات الدولية الشارعة: حفاظا على مصلحة المحضون، أبرمت الدول

اتفاقيات متعددة أهمها، اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، والتي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد²⁴ لاعتباره المكان الذي تركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره، والاتفاقية المتعلقة بالإعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980 ، وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 50 دولة²⁵.

كما تضمنت اتفاقية حقوق الطفل عدد من المواد تخص المحضون وأهمها المواد من 9 إلى 12 فقد حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل للذان يؤهلانه لتكوين آرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخذ من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما وأن المادة 11 في فقرتها الأخيرة، سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة، في حين أن المادة 9 قضت بعدم الترخيص للطفل المنفصل عن والديه بالاتصال بهما إذ اقتضت مصلحته ذلك²⁶.

2- موقف الاتفاقيات الدولية الثنائية: سيتم التطرق من خلال هذه النقطة إلى نموذجين

الأول يخص الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول الحضانة، والنموذج الآخر أو الاتفاقيات الثنائية الأخرى سنخصص بالذكر منها على سبيل المثال فقط لا الحصر الاتفاقية الفرنسية المغربية.

أ/ الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول الحضانة: النسبة الغالبة من المهاجرين الجزائريين يتوجهون إلى فرنسا، وهذا يرجع إلى أسباب تاريخية، وما نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، إلا أن هذه الأنواع من الزواج المختلط لم تثمر كلها، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط، أبرمت الجزائر معاهدة ثنائية مع فرنسا بشأن المنازعات التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبية، والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين²⁷، وهذا ما جاء في الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال²⁸.

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

حيث نصت المادة 02 الثانية من الاتفاقية على ما يلي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي: - البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر، - تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه. - تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة. - تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا. - ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم....".

ونصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه: "يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما".

وأكدت المادة 08 من الاتفاقية المذكورة أعلاه على أنه: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما". وأوضحت أيضا المادة 09 من الاتفاقية المذكورة أعلاه بأنه: "تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني".

ب/ الاتفاقية الفرنسية المغربية حول موضوع الحضانة: من الاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بموضوع الحضانة في الزواج المختلط نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي²⁹. من بين الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة³⁰، نجد الفصل التاسع عشر من الاتفاقية المغربية الفرنسية الذي نص على أنه: "تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد فقط بمصلحة دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة. وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان".

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة من القانون الواجب التطبيق على الحضانة

تنوعت الأحكام القانونية للحضانة في مختلف الدول العربية والأوروبية، فمنها من وضع لها قاعدة إسناد خاصة، ومنها من لم يفعل، تاركا ذلك للقضاء يكيفها على أساس أنها أثر من الآثار القانونية لإنهاء الرابطة الزوجية، وبذلك تخضع لنفس القانون الذي يخضع له آثار انحلال الزواج.

1- القانون المختص في التشريعات المقارنة: من التشريعات التي خست الحضانة بقاعدة

إسناد التشريع الكويتي والقطري والتونسي

أ/ القانون الكويتي: فالقانون الكويتي نص على ذلك صراحة في المادة 43 من القانون رقم 05-61 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"³¹. وهو نفس نص المادة 20 من القانون المدني القطري³².

ب/ القانون التونسي: ونص الفصل 50 من القانون 97-1998 المتضمن المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"³³. يفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، على أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي. وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه. مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل.

ج/ القانون المصري: أما بالنسبة للقانون المصري فيكيف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، وهو قانون جنسية الزوج وفقا لنص المادة 2/13 من القانون المدني المصري التي تنصت على ما يلي: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطلاق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"³⁴.

د/ القانون الفرنسي: أما القانون الفرنسي فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، وكيف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج. ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي، يناهز بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون³⁵، بالإضافة كذلك إلى تطبيق قانون محل إقامة الطفل³⁶، وهو الأمر الذي تضمنته المادة 17 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق على الاعتراف وتنفيذ والتعاون فيما يتعلق بالمسؤولية الأبوية وتدابير حماية الأطفال لعام 1996³⁷.

2- القانون المختص في القانون الجزائري: إن الحديث عن موقف المشرع الجزائري في

نقطة القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، يستوجب علينا تفصيله في

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

نقطتين، في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات دعوى الحضانة ثم القانون الواجب التطبيق على موضوع الحضانة باعتباره أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

أ- القانون واجب التطبيق على دعوى الحضانة: بالعودة إلى أحكام قواعد التنازع لاسيما المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تعتبر قاعدة إسناد فيما يتعلق الجانب الإجرائي لمختلف دعاوى التي يكون فيها طرفاً أجنبياً، لذلك في موضوع الحضانة الناتجة عن انحلال رابطة زوجية بأجنبي يستوجب تفعيل مضمون نص المادة 21 مكرر التي تنص على ما يلي:

"يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". بالتالي إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري من الناحية الإجرائية سيتم إخضاع ذلك وفقاً لما تقرره أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خاصة فيما يتعلق بالاختصاص المحلي والنوعي³⁸، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة وجود معاهدة نافذة أو نص خاص يقضي غير ذلك وفقاً لما تقرره أحكام المادة 154 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 .

ب- القانون واجب التطبيق على الموضوع: بالنسبة للقانون الجزائري، فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر جارٍ على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. على هذا الأساس يطبق القانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقاً لنص المادة 2/12 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج استناداً للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.

* الأصل: تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى: باعتبار الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية وفقاً لنص المادة 12/ف2 من القانون المدني الجزائري، المشرع عقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على الإشكالات التي تثيرها انحلال الرابطة الزوجية . غير أن الاعتماد على هذا التوجه حتى وإن كان يؤكد دائماً المركز الذي يحوزه الزوج في الأسرة إلا أنه قد يثير صعوبات عملية وإشكالات قانونية في حالة تغيير الزوج لجنسية لقانون يمنح له حق الحضانة بناء على قانون جنسيته.

على هذا الأساس كان الأجدر النص على القانون المشترك وفي حالة عدم اتحاد الجنسية بين الطرفين يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو موطن الزوجية، أو حتى إعطاء القاضي سلطة تقديرية من أجل البحث عن القانون الأنسب وفي هذه الحالة قانون جنسية المحضون لأنه هو الأولى بالحماية.

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

ان التوجه في مجال إخضاع آثار انحلال الزواج (الحضانة اثر لذلك) لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من خلال العديد من النقاط، ولعل أهمها تلك المرتبطة بمصلحة الزوجة ومصلحة الأطفال خاصة عندما يتعلق الأمر بالحضانة والنفقة الخاصة بالأطفال التي تثير العديد من الإشكالات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية.

* **الاستثناء: تطبيق القانون الجزائري متى كان احد الزوجين جزائري وقت إبرام عقد الزواج :** إذا كان المشرع اخضع آثار انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا لنص المادة 12/ف2، فانه حماية للطرف الجزائري (خاصة الزوجة الجزائرية) أتى بالاستثناء الوارد في المادة 13 التي أقرت باختصاص القانون الجزائري إذا كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، بالتالي هذه المادة يتم إعمالها على أساس المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوج أو الزوجة إذا كانت من بينها الجنسية الجزائرية.

أن الاعتماد على تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود احد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، يعد حلا غير منطقي في حالة تغيير الزوج أو الزوجة للجنسية أو التنازل عليها بعد إبرام عقد الزواج، لأنه لا صلة له بالجزائر إلا برابطة الجنسية دون العنصر الأساسي الخاص بالانتماء وفقا لمبادئ وتعاليم الدين الإسلامي والتمسك بالنظام العام الجزائري، وهذا ما يؤثر سلبا على حضانة الطفل الذي سيخضع إلى قانون ليس القانون الجزائري.

لقد كرس القضاء الجزائري هذا التوجه في العديد من القضايا التي فصل فيها، لاسيما تلك التي اجتهدت في المحكمة العليا من خلال تفعيل مضمون نص المادة 12/ف2 والمادة 13 من التقنين المدني، الا انه في بعض الحالات القضاء يخرج عن الوضع العام المقرر في قواعد التنازع من خلال إقرار القانون الجزائري خاصة عندما يتعلق الأمر بحماية مصلحة المحضون خاصة، وهو ما تم إقراره في قضية الحال من طرف المحكمة العليا في الملف رقم 457038³⁹، إلا أن ما يعاب في موقف المحكمة العليا في هذا القرار أنها لم تتطرق إلى بعد المسافة بين مكان إقامة المحضون ومكان إقامة الأب وكأن الصفة الدينية للأم الحاضنة تغني عن حق الأب في الرقابة وحقه في زيارة أبنائه بصفة دورية، إنما ركزت فقط على نقطة اختلاف جنسية الحاضن والمحضون والذي اعتبرته ليس سببا لإسقاط الحضانة من الأم⁴⁰.

الخاتمة:

لقد اعتمد المشرع الجزائري عند تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية بصفة عامة وانحلال الرابطة الزوجية وآثارها بصفة خاصة على ضابط الجنسية بشكل كلي وأصلي، حيث فضل ضابط الجنسية على مختلف الضوابط المعتمدة في القوانين المقارنة على غرار ضابط الموطن أو جنسية الطفل محل الحماية في موضوع الحضانة، فمثلا لم يعتمد على ضابط الموطن عند انحلال الرابطة الزوجية كحل آخر ملائم لحل النزاع مثلما فعل المشرع الفرنسي، أو كحل احتياطي مثلما فعل المشرع التونسي⁴¹.

فمن خلال الدراسة التحليلية لموضوع القانون واجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط والقراءة في مضمون قواعد التنازع الجزائرية والمقارنة نصل إلى مجموعة من النتائج التي يمكن تقديرها فيما يلي:

* إن عدم وجود نص صريح في قواعد التنازع خاص بموضوع الحضانة يعتبر فراغا قانونيا، كما أن اعتبار خضوع الحضانة لقاعدة آثار انحلال الرابطة الزوجية المتمثلة في نص المادة 12/ف2 والاستثناء الوارد في نص المادة 13 لا يتناسب والخصوصية التي يجب أن يحض بها الطفل المحضون من حيث الحماية.

* يعتبر موضوع الحضانة في علاقات الزواج المختلط من الإشكالات القانونية التي تستوجب إيجاد حلول عملية بما يتوافق مع المصلحة الفضلى للطفل باعتباره محل الحماية لذلك نوصي فيما يلي المشرع الجزائري خاصة إلى تعديل بعضحكام الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الحضانة كآتي:

* يجب على المشرع الجزائري استحداث نص خاص مستقل عن آثار انحلال الرابطة الزوجية ينظم مسألة الحضانة مسايرة لما وصل إليه الفقه والقانون المقارن من تطور ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، خصوصا وأن الحضانة تعد من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب.

* نوصي المشرع الجزائري الأخذ بمبدأ الأولى بالحماية عند إقراره لقاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة من خلال نصه على تطبيق قانون الجنسية (الأب أو الأم) وفي حالة تعذر ذلك يمكن احتياطيا أن يخضع الحضانة إلى القانون الأنسب الذي يضيف أكثر حماية بالنسبة للطفل، وفي هذا الصدد الاستئناس بالموقف الحسن الذي أكدته المشرع التونسي في المادة 50 من مجلة القانون الدولي الخاص

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

التونسي عندما اخضع الحضانة إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره (موطنه)، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

الهوامش:

¹ - تنص المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق الطفل لعام 1989 على ما يلي: "المادة 3: في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.

تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ، تحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولاسيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف." صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1413، الموافق 17 نوفمبر 1992، ج ر عدد 83 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1992 .

² - في هذا الصدد نذكر على سبيل المثال لا الحصر مصادقة الجزائر وانضمامها إلى العديد من الاتفاقيات الدولية، وسنها لتشريعات خاصة بحماية حقوق الطفل، ومنها ما يلي:

- صادقت الجزائر على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لسنة 1990 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 8 جويلية سنة 2003، جريدة رسمية عدد 41 سنة 2003.

- صادقت الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 2 سبتمبر سنة 2006 (ج ر عدد 55) على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية، المعتمد بنيويورك في 25 ماي سنة 2000.

- أصدرت الجزائر القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جوان 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر عدد 39 لسنة 2015، ويهدف هذا القانون حسب مادته الأولى إلى تحديد قواعد وآليات حماية الطفل في الجزائر.

³ - الأمر 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 46 لسنة 2005، يعدل ويتمم الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 17 لسنة 1975.

⁴ - الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 15 لسنة 2005، يعدل ويتم القانون 11/84، المؤرخ في 08 يونيو، 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 139.

⁶ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، المكتب الاسلامي، دمشق، 1988، ص 98 .

⁷ - نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها-دراسة مقارنة- مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، اعدد 59، ص 65.

⁸ - طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد الثاني، جامعة الجزائر 1، 2020، ص 142.

⁹ - "La garde est une tutelle sur la personne de l'enfant. Elle vise à protéger l'enfant dès sa naissance en répondant à ses besoins matériels et moraux". Si « les soins et l'éducation de l'enfant constituent une unité indivisible », voir: Dennouni Hadjira Bencheikh Hocine. La Garde : un attribut de la maternité en droit algérien. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°3, Juillet-septembre 1986. p 902.

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

- ¹⁰ - تنص المادة 65 من التعديل الدستوري لسنة 2020، "الحق في التربية والتعليم مضمونان، وتسهر الدولة باستمرار على تحسين جودتهما - التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون، التعليم الابتدائي والأساسي إجباري....."، التعديل الدستوري لعام 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي، 20-251، المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، ج ر عدد 54 لسنة 2020.
- ¹¹ - سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، 1989، ص 293.
- ¹² - جعل الرسول صلى الله عليه وسلم مسؤولية رعاية الأولاد على الوالدين وطالهم بذلك: عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته الإمام راع ومسئول عن رعيته والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيته والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته قال وحسبت أن قد قال والرجل راع في مال أبيه ومسئول عن رعيته وكلكم راع ومسئول عن رعيته » رواه البخاري (853) ومسلم (1829)، الحديث رقم 300، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين، من كلام سيد المرسلين، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010، ص 79.
- ¹³ - نص المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في الفقرة الأخيرة وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الأسرة.
- ¹⁴ - والأخلاق لم تقتصر فقط على المسلمين بل شملت جميع الناس من مختلف الديانات ، حيث أن حسن الخلق يعني النهوض بالمجتمع والرفي به ، فعندما يراعي الإنسان حرمة أخيه الإنسان ، أو عندما يتلفظ ألفاظاً حسنة أثناء الحديث معه ستبقى الألفة قائمة بين الناس على مر العصور . كما أن حسن الخلق من أكثر الأعمال التي يتقرب بها الإنسان إلى الله ، وهي كفيلة بأن تزيد حسنات الإنسان في ميزانه، وإن صاحب الخلق الحسن يكون من خير ما على الأرض ، حيث أن الرسول كان دوماً يشدد في التحذير من إيذاء الآخرين سواء باللسان أو باليد ، أو حتى من خلال النظرات . فلو تخيلنا مجتمع لا يحترم فيه أحد الآخر ، كما ترك الكل أخلاقه ، سنجد أن هذا ينتهك حرمة بيت هذا ويهتك عرضه ، كما أن سوف يقوم بالتعدي على حقوق هذا دون أن يشعر بأدنى ذنب ، الأمر الذي يعني فساد المجتمع وتهتك العلاقات لأبعد حد.
- ¹⁵ - حسيني عزيزة، الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 29.
- ¹⁶ - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53578، قرار بتاريخ 1989/05/22. المجلة القضائية، عدد 04 لسنة 1991، ص ص 99-100.
- ¹⁷ - زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 118.
- ¹⁸ - انظر: المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن ، السنة 1952، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، ص 165.
- ¹⁹ - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 33.
- ²⁰ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ص 60.
- ²¹ - انظر الفقرة الثانية من نص المادة 62 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر. المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة في الفقرة الثانية على أنه " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

بذلك"، إذ المقصود بأن الأهلية هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

²² - الأمانة في الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأُم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من قانون الأسرة. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 15/07/2010، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2010، ص ص 262-263.

²³ - Dennouni Hadjira Bencheikh Hocine, op cit, p 911-912.

²⁴ - Art. 01 de la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la **résidence habituelle d'un mineur** sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. »

²⁵ - جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 41.

²⁶ - انظر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 02 سبتمبر 1990، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06 بتاريخ 17/11/1992 المتضمن المصادقة مع تصريحات تفسيرية، الجريدة الرسمية رقم 83 الصادرة بتاريخ 18/11/1992.

²⁷ - أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد (02 عدد خاص)، 2020، ص 580.

²⁸ - الاتفاقية الثنائية بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر في 21/06/1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26/06/1988 منشورة في الجريدة الرسمية العدد رقم 30 بتاريخ 27/07/1988.

²⁹ - ظهير شريف، القانون رقم 1.83.197 صادر في 11 ربيع الأول 1407 الموافق ل 14/11/1986 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10/08/1981، الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 الموافق ل 07/10/1987، ص 931.

³⁰ - أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، 582.

³¹ - الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 33.

³² - أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، 592.

³³ - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 34.

³⁴ - القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (أ) صدر في 29/07/1948،

متاح على الموقع الآتي: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>

³⁵ - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 34.

³⁶ - CA Paris, 17 nov. 2016, n° 14/18286. <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/5BFC8B86EBC4190681C9>

³⁷ - Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants 1996, ARTICLE 17 : "L'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il est régi par la loi de

l'Etat de la nouvelle résidence habituelle". in <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-1-page-21.ht>

³⁸ - الأمر قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، لسنة 2008.

³⁹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، قرار بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2008، ص ص 313-314.

⁴⁰ - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 148.

⁴¹ - آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2010، ص 146.

قائمة المصادر والمراجع

* باللغة العربية

أولاً: النصوص القانونية

1/ الدستور

* التعديل الدستوري لعام 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي، 20-251، المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، ج ر عدد 54 لسنة 2020، الصادرة في 16 سبتمبر 2020.

2/ الاتفاقيات الدولية

* الاتفاقية الثنائية بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر في 21/06/1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26/06/1988، ج ر عدد 30 لسنة 1988، الصادرة 27 جوان 1988.

* اتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق الطفل لعام 1989، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1413، الموافق 17 نوفمبر 1992، ج ر عدد 83 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1992.

* الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورعايته لسنة 1990، صادقت الجزائر على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورعايته لسنة 1990 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 8 جويلية سنة 2003، جريدة رسمية عدد 41 سنة 2003، الصادرة في 09 جويلية 2003.

• البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية، المعتمد بنيويورك في 25 ماي سنة 2000. صادقت الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 2 سبتمبر سنة 2006، ج ر عدد 55، 2006. الصادرة في 6 سبتمبر 2006.

3/ النصوص التشريعية

* القانون 84-11، المؤرخ في 08 يونيو، 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 24، لسنة 1984، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 لسنة 2005، الصادرة في 27 فبراير 2005.

القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط

* الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 17 لسنة 1975، الصادرة في 28 فبراير 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44 لسنة 2005، الصادرة في 26 يونيو 2005.

* الأمر قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، لسنة 2008، الصادرة في 23 أبريل 2008.

* القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جوان 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر عدد 39 لسنة 2015، الصادرة في 19 يوليو 2015.

ثانيا: الكتب

* أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، دمشق، 1988.

* أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين، من كلام سيد المرسلين، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010.

* صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004

* الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014

* عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

* جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011.

* حسيني عزيزة، الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001،

* درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، دون سنة نشر.

* زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011

رابعا: المقالات

* أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020، ص ص 175-198.

* آيت منصور كمال، اشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2010، ص ص 144-158.

* طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد الثاني، جامعة الجزائر 02، 2020. ص ص 137-164.

* نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها-دراسة مقارنة- مجلة الراصد للحقوق، المجلد 16، اعدد 59، 2013، ص ص 59-99.

خامسا: الاجتهاد القضائي

* مجلة المجلس الأعلى، المجلة القضائية، عدد 04، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53578، قرار بتاريخ 1989/05/22، الجزائر، سنة 1991، ص ص 99-100.

* مجلة المحكمة العليا، العدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، قرار بتاريخ 2008/09/10، الجزائر، سنة 2008، ص ص 313-314.

* مجلة المحكمة العليا، العدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 2010/07/15، الجزائر، سنة 2010، ص ص 262-263.

* باللغة الأجنبية

1/ testes juridiques

Conventions:

* Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants 1996.

2/ Articles:

* Dennouni Hadjira Bencheikh Hocine. La Garde : un attribut de la maternité en droit algérien. Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°3, Juillet-septembre 1986. pp. 897-917.