

تنازع القوانين في الحضانة *Conflict of laws in custody*

Tahri Asia

طاهري آسية

جامعة الجزائر 1- الجزائر –

Université d'Alger 1

hibatnouri230@gmail.com

hibatnouri230@gmail.com

Tahri Asia

المؤلف المرسل: طاهري آسية

تاريخ القبول: 22/10/2019

تاريخ الاستلام: 16/07/2019

ملخص البحث:

لقد أوضحت ظاهرة خطف الأطفال التاجمين عن زواج مختلط من الظواهر المتفشية في واقعنا اليوم، وعرفت هذه الظاهرة انتشارا كبيرا خاصة بين مواطني دول المغرب العربي وأوروبا، ونظرا لاختلاف مضمون القواعد القانونية التي تحكم المسائل الموضوعية للحضانة بين هذه البلدان، الأمر الذي يطرح بحدة إشكالية تنازع القوانين في الحضانة. فالمشرع لم يهتم عند وضعه لقواعد تنازع القوانين بوضع قاعدة إسناد خاصة بمنازعات الحضانة، مما فتح الباب لاختلاف الفقه، وأحكام القضاء، في تحديد الطبيعة القانونية للحضانة والقانون واجب التطبيق للفصل في أهلية الحاضن والمحضون، وبيان المسائل الموضوعية للحضانة وما يرتبط بها، ولعل ذلك ما يعطي هذا البحث مبرره القانوني، والعملية لتحديد التكيف القانوني للحضانة والقانون واجب التطبيق عليها

وذلك لارتباطهما المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، ولهذا فإن حسم هذه المشاكل التي يمكن أن تثيرها المسائل المتعلقة بالحضانة يكون بوضع قاعدة إسناد خاصة يدرج فيها القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائريا بحكم المادة (17) من قانون الجنسية الجزائري، على أن تتحدد جنسيته بوقت رفع دعوى الحضانة بالنظر إلى أن المركز القانوني للأطراف يتحدد في هذه اللحظة. وفي حال كان أحد الطرفين جزائريا يطبق القانون الجزائري ولا يستبعد هذا القانون إلا إذا كان يتعارض مع مصالحه. والعمل على توحيد القانون واجب التطبيق على الحضانة عن طريق إبرام اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية أو الجماعية من أجل التقليل من صعوبات تطبيق قاعدة الإسناد في مادة الحضانة.

الكلمات الدالة: منازعات الحضانة، القانون واجب التطبيق على الحضانة، الحضانة، تنازع القوانين، القانون الذي يحكم الحضانة.

Résumé:

De nos jours ,le phénomène de l'enlèvement des enfants issus d'un mariage mixte est devenu un vécu quotidien surtout dans les pays du Maghreb et de l'Europe .Ce problème dû à la différence des lois objectives de la garde appliquées à chaque juridiction de chaque pays qui suscité un grand conflit des lois de la garde sur les lois et la capacité de garde ,l'enfant est le centre de ce débat car il est la première victime du divorce, de ce fait nous pouvons définir le conflit des lois de la garde comme :c'est la contradiction entre deux lois ou plus de deux Etats ou plus à propos de la garde qui inclue un élément étranger nous sommes arrivés à l'idée que la capacité de la garde est celle liée à la capacité du mariage.

La garde doit être confié à une personne qui soumise à plusieurs conditions comme la durée et la continuité de la garde mais le facteur de la religion est inévitable dans ce sujet car le changement de religion ou abandonner entièrement les principes de la religion de pays et de l'enfant peut toucher à l'ordre public comme le cas du code de famille en Algérie.

La séparation des parents provoque souvent des vrais problèmes en matière de la nature des lois, en raison de différence de nationalité des membres de la famille : le père, la mère et l'enfant c'est pourquoi le choix de la loi est difficile dans une telle situation.

Dans le cas où les éléments sont tous des étrangers, il serait préférable de mettre une règle référentielle sous l'égide de la loi liée à l'enfant qui lui contribue automatiquement

la nationalité algérienne et sera considéré algérien selon l'article 17 de la loi de la nationalité algérienne.

Mots Clé: *les conflits de la garde. le conflit des lois. la loi applicable sur la garde. la garde. la loi qui s'applique sur la garde*

1. مقدمة:

لقد أضحت ظاهرة خطف الأطفال الناجمين عن زواج مختلط من الظواهر المتفشية في واقعنا اليوم، وساهم في ذلك تزايد عدد حالات الزواج المختلط المبرم بين أجناب ووطنيين، وقد عرفت هذه الظاهرة انتشارا كبيرا خاصة بين مواطني دول المغرب العربي وأوربا، ونظرا لاختلاف مضمون القواعد القانونية التي تحكم المسائل الموضوعية للحضانة بين هذه البلدان، الأمر الذي يطرح بحدة إشكالية تنازع القوانين في مسألة الحضانة. وعلى هذا كان موضوع الدراسة تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة-.

أهمية الدراسة:

أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تتعلق بمسائل الحضانة وتنفيذ الأحكام فيها، وقد تجلّى هذا الاهتمام بإبرام اتفاقيات ثنائية، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر تلك المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، أما فيما يتعلق بتنازع الاختصاص التشريعي، فلم يهتم المشرع عند وضعه لقواعد تنازع القوانين بوضع قاعدة إسناد في هذا الشأن، إذ صدر القانون المدني حاليا من أيّ قاعدة للإسناد في منازعات الحضانة مما فتح الباب لاختلاف الفقه، وأحكام القضاء، في تحديد الطبيعة القانونية للحضانة والقانون واجب التطبيق للفصل في أهلية الحاضن والمحضون، وفي المسائل الموضوعية للحضانة وما يرتبط بها، ولعلّ ذلك ما يعطي هذا البحث مبرره القانوني، والعمل على تحديد التكييف القانوني للحضانة والقانون واجب التطبيق عليها.

أهداف الدراسة: معرفة التباين حول تحديد الطبيعة القانونية للحضانة، والقانون واجب التطبيق للفصل في أهلية الحاضن والمحضون، وفي المسائل الموضوعية للحضانة وما يرتبط بها.

إشكالية الدراسة: 1/ تحديد الطبيعة القانونية للحضانة والقانون واجب التطبيق للفصل في أهلية الحاضن والمخضون؟ 2/ ما هو القانون واجب التطبيق على الحضانة في حالة الزواج المختلط؟ - حالة تزامن القوانين لحكم العلاقة -.

المنهج المتبع: حاولت أثناء معالجة المباحث الالتزام بالمنهج الآتي بيانه:-
أ_ دراسة تحليلية.

ب_ دراسة مقارنة: وذلك من خلال الاستعانة بعدد من القوانين العربية (المصري، الكويتي، التونسي) وبعض القوانين الأوروبية (فرنسا، بريطانيا)، ومقارنتها بموقف القانون الجزائري، فضلاً عن تعزيز البحث ببعض نصوص الاتفاقيات الدولية.

الخطة المتبعة: تم تقسيم الدراسة إلى:

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين في الحضانة.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

المبحث الثالث: تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة ودور اتفاقيات التعاون القضائي في حل مشكلات حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط.

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين في الحضانة. إن من أهم الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، إذ تعتبر من بين النزاعات العويصة التي قد تطرح على القاضي وذلك لارتباطهما المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، بل وتبرز في تنازع القوانين مشكلة تحديد القانون الذي يحكم الحضانة نظراً لاختلاف الفقه والقضاء في تحديدها، غير أنه قبل التطرق لذلك لا بد من دراسة تعريف تنازع القوانين في الحضانة.

المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين.

الفرع الأول: تعريف التنازع في اللغة:

والتنازع لغة: «مصدر من الفعل نزع ينزع تنازع»⁽¹⁾؛ والتنازع بمعنى «الاختلاف»⁽²⁾، لقوله تعالى: «وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ»⁽³⁾؛ أي: لا تختلفوا فتفرقوا وتختلف قلوبكم⁽⁴⁾. والتنازع أيضاً بمعنى التخاصم⁽⁵⁾. ومن المجاز في التنازع هو: «التناول، والتعاطي»⁽⁶⁾ ومنه قوله تعالى: «يَتَنَازَعُونَ فِيهَا كَأْسًا لَا

لَعَوْ فِيهَا وَلَا تَأْتِيُمْ»⁽⁷⁾ ومن المحاز أيضاً: الاتصال نقول: «أَرْضِي ثَنَانُ أَرْضَكُمْ، أي: تَصِلْ بِهَا»⁽⁸⁾. إذن فالتنازع في اللغة هو: التخاصم والاختلاف والتعاطي والتناول والاتصال.

الفرع الثاني: تعريف التنازع في الاصطلاح الفقهي

بحثت في كثير من كتب الفقهاء علي أحصل على تعريف مفصل وواضح للتنازع، لكني لم أجد ضالتي، فبحثت في كتب التفسير فوجدت أن معنى التنازع هو: «الاختلاف»⁽⁹⁾، وإلى هذا ذهب فخر الدين الرازي بقوله: «ومعنى التنازع في الأمر، الاختلاف الذي يحاول به كل واحد نزاع صاحبه عما هو عليه»⁽¹⁰⁾. أي: بمعنى أن كلا من طرفي النزاع يحاول دحض حجة الآخر ودليله، لينزل عند ما يدعيه خصمه.

الفرع الثالث: تعريف التنازع في الاصطلاح القانوني:

لم تتطرق القوانين لتعريف التنازع؛ لأن مسألة التعاريف ترجع إلى اختصاص الفقهاء، وليست من عمل التشريع، ولكن عند اطلاعي على بعض الكتب القانونية التي تهتم بمواضيع التنازع، وجدت أن التنازع يعبر بها عن الخلافات القائمة بين الدول، مثل تنازع القوانين، والمقصود بتنازع القوانين: تزام قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني:

تعريف الحضانة:

يكون حق ممارسة الحضانة مصدر التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل ومن خلال هذا المبحث سنحاول ضبط تعريف الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة:

الحضانة مصدر للفعل الثلاثي حَضَنَ يقال حَضَنَ يَحْضُنُ بضم الضاد في المضارع وكسرها؛ والحِضْنُ هو ما دون الإبط إلى «الكشع»⁽¹²⁾ وقيل «هو الصدر والعُضدان وما بينهما»⁽¹³⁾، ومنه الإحْضَانُ وهي: «احتمالك الشيء وجعله في حِضْنِكَ كما تَحْضِنُ المرأة ولدها فتحتمله في أحد شِقْئِهَا»⁽¹⁴⁾. ومن هذا العرض يتضح أن الحضانة في اللغة تطلق على الضم إلى الجنب.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الاصطلاح الفقهي:

وهي: «حفظ الولد والقيام بمصالحه»⁽¹⁵⁾، وفُسرت (حفظ الولد) يعني في مبيته وذهابه ومجيئه، (والقيام بمصالحه) يعني من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه⁽¹⁶⁾.

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني:

نصت المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية: «بأنها حفظ الولد مما قد يطرده، والقيام بتربيته ومصالحه»⁽¹⁷⁾. كما نصت المادة 54 من الأحوال الشخصية التونسية: «بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته»⁽¹⁸⁾ ونصت المادة 62 من قانون الأسرة⁽¹⁹⁾ بأنها: «رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك». انطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للحضانة فإنه يتضح جليا أن أهداف الحضانة تتمثل أساساً في: أـ تعليم الولد، بـ تربية الولد على دين أبيه، جـ السهر على حماية المحضون، دـ حفظ الطفل من الناحية الخلقية، وـ رعاية المحضون صحياً. وعلى ضوء ما تقدّم من تعاريف، يمكن تعريف الحضانة اصطلاحاً بأنها: «حفظ الولد أو من هو في حكمه بتربيته والقيام بمصالحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة».

وعليه يمكن تعريف تنازع القوانين في الحضانة: بأنه تراحم قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية في الحضانة تشتمل على عنصر أجنبي.

المبحث الثاني: تنازع القوانين في مسائل الأهلية للحضانة.

نصت المادة 2/62 من ق أ على: «ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك». ومن خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند له المحكمة حق الحضانة؛ وإنما اكتفى بالقول أن يكون أهلاً لذلك لتولي الحضانة، ولم يوضح محتوى العبارة ولا معناها القانوني لإيضاح الشروط التي عنها المشرع، وهي في حدّ ذاتها مسائل تختلف من قانون إلى آخر حيث قد يكون الشخص أهل للحضانة في قانون دولة ثم يصير غير أهل لها في دولة أخرى، مما يستوجب البحث عن القانون الذي تتحدد وفقاً له أهلية الحاضن والمحضون في العلاقات ذات الطابع الدولي.

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على أهلية الحاضن للحضانة:

للأهلية أنواع مختلفة فمنها الأهلية العامة للإنسان والأهلية الخاصة والأهلية الزواج والأهلية للتجارة، وإن تحديد ما يعد من الأهلية هي مسألة تكييف، هل هي عامة أو خاصة تخضع للقواعد العامة أي لقانون

القاضي المرفوع إليه النزاع⁽²⁰⁾، وهو القانون الجزائري في المنازعات التي تعرض على القضاء الجزائري؛ والراجح أن الأهلية للحضانة هي أهلية الزواج ذلك لأن: نظامي الزواج والحضانة شرعا لحماية الطفل والأسرة في آن واحد⁽²¹⁾، ولأن الحاضن لو لم يكن أهلا للزواج لما كان أهلا لممارسة الحضانة وليست أهلية الأداء العامة⁽²²⁾، ويترتب على ذلك أن القانون الذي يحكمها ليس هو القانون الشخصي الذي نصت عليه المادة 10/1⁽²³⁾ من ق م ج، وإنما هو القانون الذي يحكم الأهلية المطلوبة لإبرام الزواج. وتدخل أهلية الزواج ضمن الشروط الموضوعية للزواج؛ وبالتالي تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين⁽²⁴⁾، طبقا لنص المادة 11 من ق م ج: «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين». ويؤكد لنا هذا أيضا نص المادة 13 من القانون المذكور أعلاه أن الأهلية تبقى خاضعة لقانون كل واحد من الزوجين.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على أهلية المحضون:

المشرع الجزائري لم يتضمن تحديد واضح وصريح بشأن أهلية المحضون والقانون واجب التطبيق عليه. ومن الواضح أن الأهلية المطلوبة في المحضون ليست هي الأهلية العامة للإنسان وإلا لما كان بحاجة لأن يوضع تحت ولاية غيره، بل يتولى ولاية نفسه بنفسه، ومن المؤكد أيضا ليست الأهلية للزواج، وإلا لكان أهلا لأن يتولى الولاية على غيره، ومن ثم فهي أهلية الوجوب⁽²⁵⁾، ولا شك أن حضانة الطفل تنتهي ببلوغه سن معين مما يؤدي إلى الاستغناء عن حضنته، وهي تختلف من دولة إلى أخرى، كما أنه قد تعددت اتجاهات القانون واجب التطبيق على أهلية وجوب (المحضون) الأجنبي، ووفقا لرأي الفقهي الغالب في فرنسا ومصر فإن أهلية المحضون يحكمها القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للحضانة⁽²⁶⁾، وهذا الشرط لا يطبق إلا بتمتع الأجنبي بحق معين على أرض الوطن، ولا نشك أن القانون الجزائري وقوانين كل الدول العربية والإسلامية والأوروبية تعترف بحق الحضانة للطفل.

المطلب الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق على أهلية الحضانة:

انتهينا إلى أن أهلية الحاضن للحضانة هي الأهلية اللازمة للزواج تخضع للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج. وأن أهلية المحضون هي أهلية الوجوب وتخضع للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للحضانة، وإن ما يعد من شروط الأهلية هو ما يدخل في نطاق القانون واجب التطبيق بالنسبة لكل من

أهلية الحاضن والمحضون، لكن هذا القانون يستبعد من التطبيق في حالة مخالفة النظام العام في مسائل الأهلية للحضانة، خصوصا أنه لا يكفي لصلاحية الحاضن بلوغه سنا معينة فقط إذ تتأثر أهلية الحاضن للحضانة بديانة كل من الحاضن والمحضون كما سيتضح ذلك:

الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على أهلية الحضانة: لا يختلف الفقهاء على ثبوت حق المسلم في حضانة المسلم أيا كانت جنسيته ما دام أنهما متحدين في الدين أما إذا اختلفت ديانة أحدهما من الحاضن أو المحضون فقد اختلف الفقه بشأنهما على قولين:

أولا: - القول الأول: اختلاف الدين يؤثر على الأهلية للحضانة: وهو قول فقهاء الشافعية والحنابلة حيث يرون أنه: يشترط في الحاضن والحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة. أما إذا كان المحضون غير مسلم فتجوز حضانة المسلم له ما دام أنه لا يلحق ضرر به⁽²⁷⁾.

ثانيا: - القول الثاني: اختلاف الدين لا يؤثر على الأهلية للحضانة: وهو قول فقهاء الأحناف والمالكية فهم لا يشترطون في الحاضن أو الحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة⁽²⁸⁾. إلا أن مدة بقاء المحضون في يد الحاضن الكافر محل خلاف مقيد بشرطين هما:

الأحناف: «ما لم يعقل دينا وذلك تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه ومخافة أن يألف الكفر»⁽²⁹⁾.

والمالكية: يرون بقاء الطفل مع حاضنه الغير مسلم إلى غاية انتهاء مدة الحضانة؛ إلا إن خيف على المحضون منها فساد كأن تغذيه بلحم خنزير أو خمر فإنها تضم مع طفلها إلى أحد المسلمين ليكون رقيبا عليها في حفظ الولد ورعايته ولا ينزع منها⁽³⁰⁾.

وقد رجح المشرع الجزائري رأي فقهاء المالكية من خلال نص المادة 62 من ق أ والتي اشترطت على الحاضنة القيام بتربية الولد على دين أبيه، وسعيا لتحقيق هذا الهدف تتفق التشريعات العربية⁽³¹⁾ على ضرورة تربية المحضون على دين أبيه وهو الدين الإسلامي إذ أن المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج بغير المسلم⁽³²⁾، ومن ثم فإنّ الأبناء التّاجمين عن الزّواج المختلط هم مسلمين تلقائيا⁽³³⁾. كما أنّ تربية المحضون على دين أبيه يفرضه مركز الأب في الأسرة باعتباره ربّ العائلة وصاحب السّطة فيها، مما يخوله حق تربية أولاده وتوجيههم⁽³⁴⁾. وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرّر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19 فبراير 1990 والذي قضى أنه: «متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون

والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصّغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدّ قضاء مخالفًا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽³⁵⁾. فالمستقر عليه في القضاء الجزائري⁽³⁶⁾ هو منح الحضانة لأحد الوالدين الذي يقيم بالجزائر ولو كان غير مسلم ما لم يُخش على دين المحضون. وفي نفس السّياق والمبررات رفض القضاء التّونسي إمهار الحكم الأجنبي بالصّيغة التّفيذية لإسناده الحضانة للأم المقيمة بألمانيا، فقضت محكمة التعقيب أنه: «لا يكتسي الحكم الأجنبي بإسناد حضانة الطّفل التّونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا الصّيغة التّفيذية، إذا تضمّن ما يخالف قواعد النّظام العام التّونسي»⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: الموازنة بين القولين وأثرها على الأهلية للحضانة في العلاقات الخاصة الدّولية.

من خلال ما تم عرضه عن تعلق اتحاد الدّين بين الحاضنة والمحضون بالنّظام العام في القولين، فإنّني أرى اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر فقط دون الأنثى وهو قول بعض فقهاء الحنفية، وبالتالي يكون الحقّ للأم الكافرة بحضانة ولدها الصّغير المسلم الذي لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام⁽³⁸⁾. وإن شرط اختلاف الدّين مما يتعلق بالنّظام العام وإذا كان غير ذلك وجب استبعاد القانون لمخالفته النّظام العام. وإذا كان الدّين عند الحاضن شرط من شروط اكتمال الأهلية للحضانة، فإنّ قيام الحاضن بتغيير دينه مما لا شك فيه أنّه ستأثر أهليته للحضانة، وعن القانون واجب التّطبيق في دولة ذات نظام قانوني مثل النّظام القانوني الجزائري لقانون الأسرة. والمترد عن الإسلام جريمة يعاقب عليها بالقتل باتفاق الفقهاء وسواء كان ذلك من رجل أو امرأة⁽³⁹⁾، مما يترتب على أن المترد إن كان رجلا فهو لا يكون أهلا للحضانة لأنّه مستحق للقتل، وعقابه بالقتل لا يمكنه القيام بمهام الحضانة⁽⁴⁰⁾، أما إذا كانت الحضانة للمرأة فإنّ حقها يسقط في الحضانة⁽⁴¹⁾؛ «لأن المتردة تحبس؛ عقوبة لها على الرّدة حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، وما دام ذلك حالها فإنّها تكون غير قادرة على الحضانة. كما أنه ليس في مصلحة الصّغير إمساكها له لأنّها غير مأمونة فيخشى أن تغير دينه ولهذا فهي ليست أهلا للحضانة»⁽⁴²⁾. أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنّه لم ينص على هذا الشرط صراحة؛ إلا أنه قد يفهم من خلال المادة 62 من ق أ، التي اشترطت على الحاضنة القيام بتربية الولد على دين أبيه أنّه لا يشترط فيها الإسلام، فلا يفرق بين مسلمة أو غير مسلمة ما دامت تقوم بتربية الولد على دين أبيه. ونفس المعنى

مكرّس في قرار آخر صادر عن نفس المجلس حيث قرر أنه: «من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه»⁽⁴³⁾. وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري، فكان من الممكن اعتبار الرّدة عن الإسلام تسقط عن الشّخص الأهلية للحضانة، وفي حالة قياس أحكام المرتدة بالأحكام التي تخضع لها الأم المسيحية أو اليهودية، فهذا ممّا لا يقاس فيه، بحيث إذا كان الأمل قائماً نحو هذه الأمّ المسيحية أو اليهودية في اعتناقها الدّيانة الإسلامية، فإنّ المرتدة أصبحت مبغضة لهذه الدّيانة والمشرّع الجزائري لم يهتم إطلاقاً في هذا الإطار بالارتداد، فكان من الممكن اعتبار هذا الحكم بنص صريح كما نص على أنّ الرّدة مانعة للميراث (المادة 138 ق أ). ومن ثم فإننا نرى أنّه إذا كان القانون واجب التطبيق لتحديد الأهلية للحضانة قانوناً أجنبياً وكان هذا القانون لا يربّث أثراً لرّدة على أهلية الحاضن وجب استبعاد هذا القانون وتطبيق القانون الجزائري للأحوال الشّخصية المتمثل في الشّريعة الإسلامية باعتبارها الشّريعة العامة واجبة التطبيق في هذا الشّأن.

المبحث الثالث: القانون واجب التطبيق على الحضانة.

تثير مسألة الحضانة عند الانفصال بين الرّوجين مشاكل تنازع القوانين، نظراً لأنّها علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب والأم والطفّل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعاً مما أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصحّ لحكمها.

المطلب الأول: القانون الذي يحكم الحضانة:

هناك بعض التّشريعات التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، ومنها القانون الجزائري والمصري والفرنسي، مما أدت إلى تعدد الآراء حول تحديد القانون الذي يحكم الحضانة بين مؤيد لتطبيق القانون الذي يحكم آثار الرّواج، ومؤيد لتطبيق القانون الذي يحكم آثار النّسب، وإن كانت أغلب التّشريعات تميل إلى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الطّلاق⁽⁴⁴⁾، وهذا ما سوف نتناوله في الفرعين التّاليين:

الفرع الأول: تعدد الآراء حول تحديد القانون الذي يحكم الحضانة.

ويمكن رد هذا الاختلاف إلى الاتجاهات التّالية:

الاتجاه الأول: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الرّواج. وكيف أنصار هذا الاتجاه الحضانة كأثر من آثار الرّواج، مما يترتب عليها خضوعها لقانون جنسية الرّوج وقت إبرام عقد الرّواج⁽⁴⁵⁾.

الاتجاه الثاني: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج. يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار انحلال عقد الزواج ووفقاً لهذا التكييف تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق⁽⁴⁶⁾. وهذا ما يوجب إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عملاً بنص المادة 2/12 من ق م ج والمادة 2/13 من ق م المصري والمادة 2/14 من ق م السوري والمادة 3/19 من ق م العراقي والمادة 2/13 من ق م الليبي⁽⁴⁷⁾. وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس سهولة تغيير هذا القانون بمجرد تغيير الزوج لجنسية⁽⁴⁸⁾، «حيث لا يكون هناك أية صلة بين نظام الحضانة وقانون دولة الأب القديمة»⁽⁴⁹⁾.

الاتجاه الثالث: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار النسب. يذهب هذا الاتجاه إلى أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار النسب باعتبار الحضانة أحد هذه الآثار⁽⁵⁰⁾، وبالتالي يخضع تنظيم الحضانة للقانون الشخصي للأب وقت ميلاد الولد⁽⁵¹⁾. والواقع أن هذا القانون هو قانون الأسرة القائمة، أما بعد التطليق و بروز مشكلة الحضانة، فقد تصدعت الأسرة، ولا يكون لهذا القانون ما يدعم قدرته على تأمين حماية الطفل⁽⁵²⁾.

الاتجاه الرابع: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على المال. ذهب الفقيه بارتان إلى أن تنازع القوانين الذي قد ينشأ بعد الطلاق بشأن الأطفال، يتصل أساساً بالقانون الذي يحكم مسألة الولاية على المال الصّغير؛ وبهذا تكون الحضانة قد أدرجها ضمن مسائل الولاية على المال⁽⁵³⁾، وقد ساندته في ذلك بعض الفقهاء في مصر إلى تكييف الحضانة على أنها ولاية على المال⁽⁵⁴⁾، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الصّغير تطبيقاً للمادة 16 مديني مصري ومفادها: «يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النّظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته»⁽⁵⁵⁾. ويقصد بالولاية الواردة في المادة 16 من هذا القانون، الولاية على المال دون الولاية على النّفس. ويستبعد إمكانية قياس الولاية على النّفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين⁽⁵⁶⁾.

إلا أنّ هذا الرأي أنتقد؛ لأنه أكثر الآراء بعدا عن الصّواب إذ «المقصود من الولاية على النّفس في الشريعة باعتبارها النظام العام للأحوال الشخصية في الدّول الإسلامية، ضم الطّفل الذي انتهت حضانته

إلى من له الولاية على النفس بمهدف إتمام تربيته والعمل على حفظه وصيانته عن سبل الشر. بينما يراد بالولاية على المال حفظ مال الصّغير وإثرائه، وهو يتطلب في الولي، بالإضافة إلى الشّفقة، والقدرة على التصرف في الأمور المالية ومن ثم فقد تنعقد الولاية على النفس والمال لشخص واحد أو لأكثر من شخص»⁽⁵⁷⁾.

الاتجاه الخامس: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطّفل وتأمين رعايته. ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح *la loi favorable* لحماية الطّفل وتأمين رعايته، وأن البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار التطبيق، وهو قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدّعى، والقانون الشّخصي للطفل أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. ويبرر رأيه بأن:

— تطبيق القانون الأول، القانون الذي يحكم انتهاء الزّواج، يبرره أنّ مشكلة الحضانة لا تثور إلا عند المنازعة وطلب حل الرّابطة الزّوجية.

— وأنّ تطبيق القانون الثّاني، القانون الشّخصي للطفل، ويبرره أنّه بعد الطّلاق أو التّطليق يكون الطّفل هو مركز الخطورة في الوضع القانوني الناشئ بخصوصه، وهو وضع يمس حالته وفي إطاره يتم بحث عدّة أمور منها سن الصّغير وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها، وأهمها مصلحة الصّغير البحتة⁽⁵⁸⁾.

الاتجاه السادس: إخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل. إنّ تحقيق مصلحة الحضانة من المبادئ الأساسية التي تتعلّق بالنّظام العام، فقد اتجهت بعض الآراء الفقهية الحديثة والاتفاقيات الدّولية إلى اعتماد قانون الدّولة التي ينتمي إليها الطّفل⁽⁵⁹⁾، أي « قانون المكان الذي تتركز فيه حياة الفرد “one’s centre of life”، وتتركز فيه علاقاته، وهو ما يمكن الاستدلال عليه من خلال الظروف المحيطة بالطفل، وعائلته، والمجتمع الذي يعيش فيه »⁽⁶⁰⁾، كما تتّجه بعض الاتفاقيات الدّولية إلى اعتماد قانون الدّولة التي ينتمي إليها الصّغير، واعتماده وحده، لحكم مسألة الحضانة، أو حماية الصّغير بوجه عام⁽⁶¹⁾. كما نجد القانون الإنجليزي أيضاً تأثر بنفس القانون التي أخذت به اتفاقية لاهاي، وأخضع الحضانة لقانون موطن الطّفل⁽⁶²⁾.

الفرع الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة عند بعض الدول.

نظراً لاختلاف الدول في تحديد القانون واجب التطبيق، فإنّ هناك دول خصت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وهناك من لم تخصص لها قاعدة إسنادويانها كالتالي:

أولاً: إسناد قاعدة خاصة بالحضانة. من التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد، هي التشريع الكويتي والقطري والتونسي، فالقانون الكويتي نصّ على ذلك صراحة في المادة 43 من القانون رقم 05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلّق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: « يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة ». وهو نفس نص المادة 20 من القانون القطري⁽⁶³⁾. ونصّت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، في الفصل 50 بقولها: « تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشّخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل ».

ثانياً: عدم إسناد قاعدة خاصة بالحضانة. ومن الدول التي لم تخصص قاعدة إسناد خاصة بالحضانة دولة الإمارات العربية المتحدة، وإنما نصت في المادة 16 على الولاية فقط بقولها: « يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النّظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقضتها والغائبين قانون الشّخص الذي تحبّ حمايته ». ومن ثم فلا مناص من الرّجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق في مسائل الحضانة تطبيقاً لحكم المادة 23 من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: « تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين ». وتقضي مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا الصّدّد بإعطاء الحضانة حكم الولاية ومن ثم يكون القانون واجب التطبيق عليها هو قانون الصّغير⁽⁶⁴⁾. أما بالنسبة للقانون المصري فقد اتجه جانب من الفقه على تكييف الحضانة، أنّها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشّخص الذي يجب حمايته⁽⁶⁵⁾. غير أنّ غالبية الفقه المصري، يكيّف الحضانة كأثر من آثار انحلال الرّواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي قانون جنسية الرّوج وقت رفع الدّعوى، تطبيقاً لنص المادة 2/13⁽⁶⁶⁾. أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد جاء حالياً من أحكام الحضانة، إذ كيّف القضاء الفرنسي الحضانة على أنّها من آثار انحلال الرّواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرّواج⁽⁶⁷⁾،

ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون⁽⁶⁸⁾. أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلم يحدد القانون الذي تخضع له الحضانة، ولذلك إذا ما أثير نزاع أمام القضاء الجزائري بخصوص تنازع القوانين فعلى القاضي أولاً أن يكتيف الحضانة طبقاً لقانونه⁽⁶⁹⁾ لمعرفة القانون الذي تُسند له. ولما كانت الحضانة تندرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية التي نظمها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان آثار الطلاق⁽⁷⁰⁾، فهذا يعني أنّ الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري تعتبر أثراً من آثار الطلاق⁽⁷¹⁾.

وعليه ما دامت الحضانة تعدّ من بين آثار الطلاق ولم تأت بشأنها قاعدة إسناد صريحة تبين القانون واجب التطبيق عليها، فتطبق عليها القاعدة العامة التي تحكم الطلاق، أي أنّه في حالة وقوع الطلاق بين زوجين أحدهما جزائري والآخر أجنبي ولم تبرم الجزائر اتفاقية مع دولة هذا الأخير فيما يخص الحضانة والزّيارة، ففي هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق إذا كان هذا الأخير بإرادة منفردة، وإذا كان الزوج جزائرياً فإنّه يطبق قانون الأسرة الجزائري مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً في ذلك⁽⁷²⁾ ولم يقتصر المشرع الجزائري عند هذا الحد، بل وضع استثناءً هاماً⁽⁷³⁾ على ضابط المادة 12 من ق م في شأن آثار الزواج وانحلاله. حيث يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج حتى يخضع الزواج كله إلى القانون الجزائري⁽⁷⁴⁾، وإن كان المشرع الجزائري أحسن فعلاً بإقراره لهذا الاستثناء؛ لأنه لا يعقل في حال لو كان الأب غير جزائري متزوج مع جزائرية ورفعت الدّعى في الجزائر تطبيق القانون الأجنبي باعتباره القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، فقد لا يحقق هذا القانون مصلحة الطّفل وفق القانون الجزائري خصوصاً إذا كان البلد غير إسلامي، إلا أن هذا الاستثناء يطبق في حال لو عرض النزاع أمام القضاء الجزائري، فلو عرض هذا النزاع أمام القضاء الأجنبي قد لا يطبق القانون الجزائري خصوصاً لو كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، مما يستلزم تطبيق هذا الأخير حتى ولو كان أحد الأطراف جزائرياً.

يبدو جلياً من عرض الاتجاهات السابقة أن مرجع الخلاف حول القانون واجب التطبيق على الحضانة عندما ينطوي النزاع على عنصر أجنبي هو الخلاف في تكييف الحضانة، ولما كان التّكييف يخضع لقانون القاضي حسب المادة (09) من ق م ج، وبإجماع هذه الآراء نستطيع القول أنّه لا يسعنا التّسليم بأن الحضانة من آثار النسب؛ فقد تصدعت الأسرة، ولا يكون لذلك القانون ما يدعم قدرته على تأمين حماية

الطفل⁽⁷⁵⁾، ولا باعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج وهو استثناء متعلق بانحلال الزواج، طبقاً لنص المادة (13) من التقنين المدني؛ إلا أن ما يعاب على الاستثناء هو أنه لو تصورنا أن «أجنيين عند الزواج، ثم تجنس أحدهما بالجنسية الجزائرية بعد ذلك، فلا وجه لتطبيق القانون الجزائري إعمالاً للمادة (13)، لأنه لم يكن أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، وعلى العكس من ذلك، فلو كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، لتعين تطبيق القانون الجزائري وصار الزوجان أجنيين بعد ذلك»⁽⁷⁶⁾؛ إلا أن هناك إمكانية تفادي هذا الإشكال بتعديل المادة (13)، حيث يرى أعراب بلقاسم أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت رفع الدعوى وهذا ما أخذ به القانون الألماني في المادة (17) منه⁽⁷⁷⁾. وبما أن الحضانة حق للصغير والحاضنة معاً وأقوى الحقين في الحضانة هو حق للصغير، ومصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، فإنه يجب العمل بما هو أصلح والأنفع للصغير في باب الحضانة⁽⁷⁸⁾. ونخلص من ذلك أن أفضل وضع قاعدة إسناد يكون الإسناد فيها إلى ضابط القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائرياً بحكم المادة (17) من قانون الجنسية الجزائري، على أن تتحدد جنسيته بوقت رفع دعوى الحضانة بالتّظر إلى أن المركز القانوني للأطراف يتحدد في هذه اللحظة. وفي حال كان أحد الطرفين جزائرياً يطبق القانون الجزائري.

المطلب الثاني: تحديد نطاق القانون واجب التطبيق على الحضانة ودور اتفاقيات التعاون القضائي في حل مشكلات حضانة الأطفال الناتجين عن زواج المختلط.

يسري القانون الذي يحكم الحضانة على تنظيم الحضانة من حيث شروط الحاضن والأحكام المنظمة للحضانة ومدة الحضانة، وشروط استمرار الحضانة... إلى ذلك من المسائل الموضوعية المتصلة بالحضانة، بيد أنه يصعب في بعض الحالات إدخال مسائل معينة في نطاق تنظيم الحضانة التي تخضع للقانون واجب التطبيق مثل رؤية المحضون وزيارته ومشكلة السفر ونقله غير مشروع.

الفرع الأول: تحديد نطاق القانون واجب التطبيق على الحضانة.

أولاً: - رؤية المحضون وزيارته ومشكلة السفر ونقله غير مشروع. من الحقوق الهامة التي يتولى تنظيمها القانون الذي يحكم الحضانة حق والد المحضون في زيارة المحضون ورؤيته. ويقيد هذا الحق حركة الحاضنة الأجنبية في السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية أخرى حتى لا يعيق ذلك حق الأب في زيارة أبنائه ورعايتهم⁽⁷⁹⁾، ومع ذلك وفي الكثير من الحالات يلجأ الوالد الذي ليس له الحق في الحضانة إلى خطف المحضون ونقله إلى بلد آخر، وتفادياً لمثل هذه المشكلات أُبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على حق الطفل في الاستقرار أثناء فترة حضانته وإعادته إلى موطنه المعتاد. ومن هذه الاتفاقيات نذكر منها: اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة عليها في 20 نوفمبر 1989⁽⁸⁰⁾. واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، وقد أكدت المادة 07 من هذه الاتفاقية على ضرورة « تعزيز التعاون بين السلطات المختصة في الدول المعنية لضمان العودة الفورية للأطفال، وعلى وجه الخصوص اتخاذ التدابير اللازمة لتحديد موقع الطفل وضمان العودة الطوعية له. وكذا تسهيل الإجراءات القضائية والإدارية اللازمة لعودة الطفل»⁽⁸¹⁾، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحاً كبيراً إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة⁽⁸²⁾. وعلى صعيد الاتفاقيات الثنائية نجد تلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال⁽⁸³⁾.

«وكما هو ملاحظ أن الغاية من هذه الاتفاقيات كانت منصبه أساساً على حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها جميعاً فكرة مصلحة المحضون، وحماية القصر بالدرجة الأولى بدون إعطاء أي اهتمام لشروط الحاضن خلافاً للقانون الداخلي»⁽⁸⁴⁾.

ثانياً: - تدابير الحضانة التحفظية. النظام العام مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق في تنظيم الحضانة فإنّ هناك مسائل متصلة بالحضانة ولكنها لا تخضع لهذا القانون، وهي الإجراءات والتدابير التحفظية⁽⁸⁵⁾، كأن ترفع الأم دعوى إلى القضاء العادي موضوعها قائم على نزاع حول حضانة صغير، وخوفاً من إطالة النزاع جاز لنفس المحكمة أن تصدر أمراً مفاده إسناد الحضانة مؤقتاً إلى من يراه أهلاً لها، في انتظار حسم موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع. وهو تأييد لما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري

أن شرط الاستعجال في قضايا الحضانة يجب ربطه دوماً بمصلحة المحضون، وهو معيار نجده مناسباً لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي يقدر الظروف ويتخذ أفضل السبل وأصلحها للحفاظ على مصلحة المحضون⁽⁸⁶⁾.

الفرع الثاني: دور اتفاقيات التعاون القضائي في حل مشكلات حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط. تعد ظاهرة الزواج المختلط من الظواهر المنتشرة بكثرة على الصعيد الدولي، غير أنّ هذه العلاقات قد لا تُتَّوج دائماً بالدوام والاستمرار مما يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية وينجم عن ذلك الانفصال بين الزوجين إلى طرح الإشكال المتعلق بالحضانة⁽⁸⁷⁾. وقد سعت بعض الدول لوضع حل لهذه المشاكل ولتحقيق أفضل وأحسن حماية لهؤلاء الأطفال من خلال إبرام عدة اتفاقيات ثنائية بين الدول، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر تلك المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال⁽⁸⁸⁾، ولذلك تضمنت هذه الاتفاقية الثنائية كل ما يتعلق بمسألة الحضانة والمشاكل التاجمة عنها، فهي تهدف إلى التعاون فيما بين الدولتين والحرص على تحقيق أحسن حماية للأطفال وضمان حرية تنقلهم بين البلدين ورعاية مصلحة الطفل بالدرجة الأولى، وتعتمد في ذلك على تدخل السلطات المركزية لكلا البلدين مع التعاون القضائي⁽⁸⁹⁾.

وقد تضمنت هذه الاتفاقية طبقاً لنص المادة الثانية عدّة إجراءات يجب أن تُتَّبع من طرف السلطة المركزية لكل دولة تسهيلات لعملية حماية مصلحة الطفل المحضون، وتتمثل فيما يلي: »

- 1_ البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر
- 2_ تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية والمتعلقة بإجراء قضائي يخصه لإرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه
- 3_ تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة
- 4_ تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلاً
- 5_ ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يُمنح حق تنفيذ الحكم
- 6_ تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد الرعايا لدولة أخرى في ترابها أو انطلاقاً منه». كما ألزمت الاتفاقية قضاة الجهات القضائية التابعة للدولتين عند إصدارهم حكماً يقضي بإسناد الحضانة أن

يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة فيما بين حدود البلدين، وفي حال وجدت ظروف استثنائية قد تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر على القاضي التدخل وتكييف طرق ممارسة هذا الحق وفق ما يحقق مصلحة المحضون⁽⁹⁰⁾.

وتسهيلاً لممارسة حق الزيارة جعلت الاتفاقية الأحكام القضائية التي تعترف بحق الزيارة نافذة مؤقتاً رغم ممارسة أي حق في الطعن، وتعدّ هذه الأحكام كرخصة للوالد الذي له حق الزيارة للخروج من التراب الوطني دون الحاجة إلى استصدار رخصة من سلطات البلد للسفر، إضافةً إلى امتلاك كل من الوالدين المتنازعين الحق في المساعدة القضائية في تراب كل من الدولتين من دون مراعاة مواردهما⁽⁹¹⁾. وعليه من خلال ما تم ذكره يلاحظ أن الاتفاقية تسعى لتسوية التنازع القائم بشأن الحضانة والزيارة المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، وهذا من خلال محاولتها إيجاد حلول عادلة واتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذها بالتركيز على مصلحة الطفل بالدرجة الأولى وبتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين.

ويدخل ضمن هذا السياق تلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال⁽⁹²⁾. فقد تناولت الاتفاقية حق الزيارة، بنصها في المادة 13 على: «

- 1 _ يمكن توجيه الطلب الرامي إلى تنظيم أو حماية ممارسة حق الزيارة إلى السلطة المركزية
- 2 _ يتم الاعتراف بمقتضيات المقرر القضائي المتعلق بحق الزيارة وتنفيذها ضمن نفس الشروط المطلوبة في القرارات المتعلقة بحق الحضانة».

ومن الاتفاقيات المبرمة أيضاً في هذا الإطار نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا الخاصة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي⁽⁹³⁾، حيث جاء في الفصل العاشر لى: «تطبق قواعد تنازع القوانين المقررة في الفصل السابق على الآثار الشخصية الناتجة عن الفقرة. تطبق على الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والتفقة المستحقة مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية».

كما شملت الاتفاقية أيضاً بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة، حيث نص الفصل التاسع عشر على: «تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنتا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطاتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقييد 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».

ومن الآليات التي سعت الدول إلى تبنيها لمعالجة المشكلات الناجمة عن حضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة إصدار قرار من وزير العدل برقم 613 لسنة 2000 بتاريخ 2000/02/08 بتشكيل لجنة التعاون الدولي التي أنشأتها مصر بشأن هذه المنازعات. وتضم في عضويتها بعض رجال القضاء والنيابة العامة وممثلين عن وزارات الداخلية والخارجية ودار الإفتاء، وتعكف هذه اللجنة على دراسة ملفات المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة بغية تسويتها وديا وإيجاد الحلول لها وفقا لما تقضي به أحكام التشريع المصري والاتفاقيات الدولية في الصدد⁽⁹⁴⁾. وتطبيقاً لذلك أبرمت مصر اتفاقية ثنائية مع المغرب بتاريخ 27 ماي 1998⁽⁹⁵⁾، ونصت المادة 16 من هذه الاتفاقية على بعض الحلول لمعالجة مشكلات الحضانة حيث جاء فيها: «تتعاون السلطات المركزية للدولتين المتعاقبتين في الحالات الآتية:

- 1_ البحث عن الأطفال (الصغار) الذين ينقلون إلى داخل حدود.
- 2_ تزويد الطرف المتعاقد الآخر بالمعلومات التي يطلبها والمتعلقة بالحالة المادية والمعنوية لهؤلاء الأطفال (الصغار).
- 3_ اتخاذ التدابير اللازمة لتسليم الطفل (الصغير) لمن له الحق في حضانته وضمن حق زيارته (رؤيته) لأي من ذويه أو الذين يملكون هذا الحق طبقا للقانون أو للأحكام القابلة للتنفيذ الصادرة عن محاكم الطرف المتعاقد الآخر.
- 4_ اتخاذ ما يلزم من إجراءات أمام السلطة القضائية لتسوية ما ينشأ من نزاع حول الحضانة وحق الزيارة (الرؤية)». هذا بالإضافة إلى الاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982 والمتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالتفقة وهذه الاتفاقية على غرار الاتفاقية المغربية الفرنسية. تدعو إلى التعاون للقضاء على النقل الغير المشروع للطفل، من خلال تدخل السلطات المحلية لكلا الدولتين.⁽⁹⁶⁾

الخاتمة:

الحمد لله كثيرا طيبا مباركا فيه، الذي بفضلله وعونه وتوفيقه تم إنهاء هذا البحث المعنون بالتنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة-، فقد انتهيت فيما سلف إلى أن تنازع القوانين في مسألة الحضانة هي تزام قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية في مسألة الحضانة تشتمل على عنصر أجنبي. كما أنه لم يتفق الفقه والقضاء في شأن تحديد القانون الذي يحكم مسائل الحضانة، إضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد واضحة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق في نزاعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي. ولهذا فإن حسم هذه المشاكل التي تثيرها المسائل المتعلقة بالحضانة يكون بوضع قاعدة إسناد خاصة يدرج فيها القانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الأقرب إلى تحقيق مصلحة المحضون. ولا يمكن أن ننسى هنا أيضا دور تقنية الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واحترام المبادئ الأساسية والقيم المثلى لكل دولة. ونظرا لأهمية وخطورة الآثار المترتبة على التنازع بخصوص الحضانة ارتأيت أن أذكر فيما يخصه ببعض التوصيات والتي تمثلت في: العمل على توحيد القانون واجب التطبيق على الحضانة عن طريق إبرام اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية أو الجماعية من أجل التقليل من صعوبات تطبيق قاعدة الإسناد في مادة الحضانة. ويجب على المشرع الجزائري إحداث قاعدة إسناد خاصة تنظم مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة على غرار ما هو موجود في التشريع المقارن، خصوصا وأن الحضانة تعد من أعقد و أبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب.

7. الهوامش:

- (1) رينهارت بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: جمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام - الجمهورية العراقية، (1979-2000 م)، ج 10، ص 199.
- (2) علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشحيحي أبو الحسن، المعروف بالخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل، تحقيق: محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت، (1415 هـ)، ج 1، ص 307.
- (3) سورة الأنفال، الآية: (46).

- (4) انظر: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، (1420هـ- 2000 م)، ج 13، ص 575.13
- (5) انظر: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، (ط_5)، (1420هـ- 1999م)، ص 308 .
- (6) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملّقب بمرتضى، الزيّدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د_ط)، (د_ت)، 247/22.
- (7) سورة الطور، الآية: (23).
- (8) مرتضى الزيّدي، المرجع السابق، 247/22.
- (9) أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق، الكشف والبيان عن تفسير القرآن، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشر، مراجعة وتدقيق: نظير الساعدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، (ط_1)، (1422هـ- 2002 م)، 184/3.
- (10) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (ط_3)، (1420هـ)، 488/15.
- (11) انظر: رمزي محمد علي الدراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، (د_ط)، (2004م)، ص 41.
- (12) الكشف هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي والخصر وسط الإنسان. انظر: الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص 270].
- (13) حمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف- القاهرة، (د_ط)، (د_ت)، 911/2.
- (14) المرجع نفسه، 911/2.
- (15) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د_ط)، (د_ت)، 526/2.
- (16) انظر: المرجع نفسه، 526/2.
- (17) أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية- مصر، (د_ط)، (2010م)، ص 219.

- (18) أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية_ مصر، (د_ط)، (2008م)، ص 85.
- (19) القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة. المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15.
- (20) انظر: مغباط عائشة، ملخص محاضرات في القانون الدولي الخاص، مادة تنازع القوانين، ألفت على طلبه السنة الثالثة ليسانس ل.م.د، كلية الحقوق_ جامعة الجزائر-1، (2015_2016م)، ص 23.
- (21) نصت المادة (04) من قانون الأسرة أن من أهداف عقد الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. كما تنص المادة (36) المعدلة من ذات القانون على أنه « يجب على الزوجين...التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم...».
- (22) انظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضنة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، (ط_1)، (2004م)، ص 48.
- (23) تنص المادة 1/10 من القانون المدني: « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم » وتنص المادة 1/12 من القانون المدني: « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يربتها عقد الزواج ».
- (24) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الفكر الجامعي _ الإسكندرية، (ط_2)، (2006م)، ص 305 وما بعدها .
- (25) انظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضنة الأطفال، المرجع السابق، ص 52.
- (26) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 313-316.
- (27) انظر: إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري علي ابن قاسم الغزي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، (ط_1)، (1417هـ_1996م)، 2/211. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، (د_ط)، (1388هـ-1968م)، 8/238.
- (28) انظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، (ط_2)، (1406هـ_1986م)، 2/42. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، (ط_2)، (1414هـ-1994م)، 2/231.

- (29) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ردّ المختار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت، (ط_2)، (1412هـ_1992م)، 565/3. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 42/2.
- (30) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 529/2.
- (31) انظر: المادة 62 من قانون أسرة جزائري، والمادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغاربية، والفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- (32) وهو ما تقضي به المادة 31 من ق أ بأنه لا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم.
- (33) وهو ما تقضي به المادة 1/6 من ق الجنسية.
- (34) انظر: حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة- دراسة مقارنة-، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان- جامعة أبو بكر بلقايد، (2004-2005م)، ص298.
- (35) انظر: م.ع، غ.أ.ش.م، ق بتاريخ 19 فبراير 1990، ملف رقم 59013، م ق، 1991، ع4، ص117.
- (36) حيث جاء في قرار صدر عن المجلس الأعلى: أن تسند الحضانة لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمّاً أو أباً [انظر: م أ، ق بتاريخ 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 56597، م ق، 1991، ع3، ص61].
- (37) انظر: محكمة التعقيب، 19 أكتوبر 1985، نشرة محكمة التعقيب، 1985، ج2، ص61. [نقلا عن: حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص61].
- (38) انظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، (565/3).
- (39) انظر: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعارف- بيروت، (د_ط)، (1410هـ_1990م)، 294/1.
- (40) انظر: رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي- القاهرة، (ط_1)، (1419هـ-1999م)، ص221.
- (41) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الزاقي شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (ط_2)، (د_ت)، 185/4. محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، مجموع رسائل ابن عابدين، (د_ط)، (د_ت)، 265/1.
- (42) رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص222.
- (43) انظر: م أ، غ أ ش م، ق بتاريخ 13 مارس 1989، ملف رقم 52221، م ق، 1993، ع1، ص49.

- (44) انظر: خالد برجاي، 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 الرباط الدولي الخاصة المغربية)، دار القلم _ الرباط، (ط_1)، (2001م)، ص217.
- (45) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية _ القاهرة، (د_ط)، (2008م)، ص847.
- (46) انظر: جلييلة دريسري، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم، (ط_1)، (2010م)، ص27.
- (47) صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص216.
- (48) انظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص99.
- (49) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص848.
- (50) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (ط_9)، (1986م)، 332/2. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية _ الإسكندرية، (د_ط)، (1985م)، ص556.
- (51) عز الدين عبد الله، المرجع نفسه، 325/2. محمد كمال فهمي، المرجع نفسه، ص438.
- (52) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص847.
- (53) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص356.
- (54) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، سيد عبد الله وهبة، عابدين _ القاهرة، (د_ط)، (1983م)، ص181.
- (55) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت _ لبنان، (ط_1)، (2004م)، ص644.
- (56) انظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، 332/2. حبيب الملا، القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، أبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 25_26 رجب 1415هـ / 27_28 ديسمبر 1994م، ص680.
- (57) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص297. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص36.
- (58) رأي: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص848_849.
- (59) انظر: المرجع نفسه، ص849.
- (60) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص358.

- (61) من ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 5 أكتوبر 1961 ودخولها حيز التنفيذ في 10 نوفمبر 1972، المتعلقة باختصاص السلطات والقانون واجب التطبيق في مجال حماية القصر. فبعد أن نصت المادة الأولى على اختصاص قانون دولة محل الإقامة العادية للصغير، أردفت المادة الرابعة "إذا قدرت سلطات الدولة التي يتبعها الصغير أنّ مصلحته تقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لحماية شخصه أو أمواله، فتقوم بذلك طبقاً لقانونها الداخلي، بعد إخطار سلطات دولة محل إقامته العادية..وتحل تلك التدابير المتخذة محل التدابير المحتملة اتخذها من قبل سلطات دولة محل الإقامة العادية للصغير" [أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، هامش رقم (295)، ص 849].
- (62) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 358.
- (63) درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والخلاله- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، (2007_2008م)، ص 54.
- (64) انظر: حبيب الملا، القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 679-680.
- (65) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 181.
- (66) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 294.
- (67) انظر: درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج والخلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق- جامعة بسكرة، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 249.
- (68) درية أمين، المرجع نفسه، ص 247. درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والخلاله، المرجع السابق، ص 53.
- (69) مفادها: «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه».
- (70) من المادة (62) إلى المادة (72) من قانون الأسرة الجزائري.
- (71) انظر: فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية- جامعة الجزائر-1، الجزء 37، رقم 02-1999م، 116/37.
- (72) انظر: فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 116/37.

- (73) تطبيقاً لنص المادة (13) من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على مايلي: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج».
- (74) انظر: بليور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها القانون 10_05 لسنة 2005 ، كلية الحقوق، بن عكنون _ جامعة الجزائر - 01-، (2015_2016م)، ص95.
- (75) انظر: عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص847.
- (76) عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة-الجزائر، (ط_2)، (2007م)، ص236.
- (77) انظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة، (ط_10)، (2008م)، 258/1.
- (78) انظر: إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج، الفرقة وحقوق الأقارب، دار الثقافة-عمان، (ط_1)، (1999م)، ص354.
- (79) انظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، 115_116.
- (80) انظر: مرسوم رئاسي رقم 92_ 461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصافة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية، 1992، العدد91.
- (81) مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، (2011-2012م)، ص234.
- (82) انظر: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص374_375.
- (83) انظر: ظهير شريف رقم 113 . 99 . 1 صادر في 13 ماي 1999 الموافق 26 محرم 1420هـ ، بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمديرد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية، عدد 4700، صادر في 17 يونيو 1999 الموافق 03 ربيع الأول 1420هـ، ص1544.
- (84) فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، تلمسان- جامعة أبو بكر بلقايد، رقم 03، 2005، ص196.
- (85) انظر: عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلة علمية محكمة _ جامعة قطر، العدد (25)، (1428هـ_2007م)، ص480.

- (86) انظر: حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج و الطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس _ سيدي بلعباس، (1997_1998م)، ص57.
- (87) انظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، 240/1.
- (88) القانون رقم (02/88) المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408هـ، الموافق 22 جويلية 1988 يتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة بمدينة الجزائر، يوم 21 جوان 1988. [انظر: المرسوم رقم (144/88)، المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ، الموافق لـ 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية، الجريد رسمية، العدد30].
- (89) انظر: معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية - الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية _ جامعة الجزائر _01_، الجزء 41- رقم 01_2000، ص134.
- (90) جاءت الفقرة الثانية والثالثة من المادة السادسة تنص: «كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين. وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل».
- (91) جاءت المادة الثالثة والتاسعة والعاشر تنص على ما يلي: فنصت المادة الثالثة: «يتمتع الوالدان المتنازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردهما من أجل تطبيق هذه الاتفاقية». وتنص المادة التاسعة: «تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني» وتنص المادة العاشرة: «يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن».
- (92) انظر: ظهير شريف رقم 113 . 99 . 1 صادر في 13 ماي 1999 الموافق 26 محرم 1420هـ ، بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمديرية بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، المرجع السابق، ص1544.
- (93) انظر: ظهير شريف رقم 197 . 83 . 1 صادر في 14 نوفمبر 1986 الموافق 11 ربيع الأول 1407هـ ، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10

أغسطس 1981، الجريدة الرسمية، عدد 3910، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 1987 الموافق 12 صفر 1408هـ، ص931.

(94) انظر: البشري الشوريجي، مشكلات الزواج المختلط... ومعالجتها تشريعياً، <http://www.eastlaws.com>

(95) انظر: ظهير شريف رقم 9 . 99 . 1. صادر في 24 يونيو 1999 الموافق 10 ربيع الأول 1420هـ بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص، الموقعة بالقاهرة في 27 ماي 1998 الموافق 02 صفر 1419هـ. بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، عدد 4718، بتاريخ 19 أغسطس 1999 الموافق 07 جمادى الأولى 1420هـ، ص2093.

(96) انظر: فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص196.