Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(6); June 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
20.05.2019	11.06.2019	15.06.2019.

The role of the international public order in the protection of children in Algerian private international law: Nursery as an example.

دور النظام العام الدولي في حماية الطفل في القانون الدولي الخاص الجزائري: الحضانة مثالاً

د.عبد النور أحمد/ أستاذ محاضر أ

المركز الجامعي نور البشير البيض

ABDENNOUR Ahmed \ Assistant Professor A

University Center of Nour Bachir El-Bayadh

الملخص

تعتبر حماية الطفل المحضون من بين أهم المواضيع التي يتطرق لها الباحثون في مجال القانون، ودراستنا هذه تتمثل أهميتها في شرح دور النظام العام الدولي في حماية الطفل في القانون الدولي الخاص الجزائري، حيث ستكون الحضانة مثلا على ذلك، فالنظام العام الدولي يعمل على استبعاد النظم القانونية التي من شأنها المس بمصلحة الطفل المحضون سواء عند تحديد المحكمة المختصة دوليا بشأن نزاع يتعلق بالحضانة، أو عندما يكون قانون أجنبي واجب التطبيق بشأنه، أو بمناسبة تنفيذ حكم أجنبي صادر فيه، ومن أمثلة ذلك استبعاد النظم القانونية الأجنبية التي تسمح بإسناد الحضانة للأم المسلمة المتزوجة بغير المسلم، أو تسمح بالتنازل عن حضانة الطفل دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة، أو إقرار الحضانة للأم التي تقيم في بلد أجنبي.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الخاص، النظام العام الدولي، حماية الطفل، الحضانة، القانون الجزائري.

Abstract

Protecting the child is one of the most important topics to be addressed by researchers In the field of law, our study is important in explaining the role of international public order In child protection in Algerian private international law, where the nursery will be an example, Whereas the international public order excludes legal systems from which would prejudice the interests of a child custody, whether in the determination of the competent court internationally On a custody dispute, or when a foreign law is applicable to it, Or on the occasion of the execution of a foreign judgment, one example was including the exclusion of legal systems Which allows the custody to a Muslim mother who is married to a non-Muslim, or who permits to give up custody of the child without presence of another incubator that accepts custody, or given custody to a mother residing in a foreign country.

Keywords: International Private Law, International Public Order, Child Protection, Custody, Algerian law.

المقدمة:

يعتبر النظام العام الدولي من بين أهم الوسائل التقليدية في القانون الدولي الخاص، فهو فكرة مرنة ومتطورة تمثل صمام أمان لحماية المبادئ التي يقوم عليها المجتمع[1]، ويتمثل دوره في استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ الأساسية في مجتمع القاضي، والتي تشير إليها قاعدة الإسناد في قانون القاضي، كما يمنع تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يصدر عن محاكم غير مختصة أصلا بالفصل فيه أو أنه يتضمن مخالفة للنظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها، ورغم أن النظام العام الدولي ليس مخصصا لمسائل الأحوال الشخصية إلا أنه كثيرا ما يتدخل ضمن هذه المسائل[2].

وتعتبر الحضانة من بين النظم الإسلامية المقررة لحماية الطفل في مجال الأحوال الشخصية، حيث تتكون من عنصرين: تربية الطفل والولاية عليه(ولاية المال ولاية النفس)، وتخلق الحضانة تضاربا ما بين مصالح الأطراف المعنية وهي الأب، الأم، والطفل[3]، وفي الجزائر تعتبر الحضانة من بين أهم المسائل المناقشة في إطار الأحوال الشخصية، إين تمثل حماية الطفل المحضون أهم المبادئ الأساسية في هذا المجال[4]، حيث تعرف الحضانة على أنها تربية الطفل والقيام بمصالحه من طعام وملبس ونظافة يقوم بها من له الحق في التربية[5]، وعرفها القانون الجزائري بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، هذا التعريف يصعب معه تحديد طبيعة الحضانة، ففي الجزائر ينظر إلى حضانة الطفل على أنها ولاية تربية[6]، بينما ينظر اليها في بلدان

أخرى على أنها جزء من الولاية على النفس وعلى المال والتي تمنح بشكل حصري للأب[7]، هذا الأمر يجعل من مفهوم الحضانة يختلف من دولة لأخرى، خاصة عند قيام النزاع بشأنها عندما يكون أحد الاطراف المعنيين بالحضانة أجنبيا، مما ينتج عنه اختلاف حول مفهوم مصلحة الطفل المحضون من دولة إلى أخرى، وهنا ستكون مصلحة الطفل في الميزان، لذلك فإن حماية الطفل المحضون تستدعي استعمال فكرة النظام العام الدولي التي تدخل في عدة مراحل، سواء عند تحديد المحكمة المختصة بشأن إسناد الحضانة أو بشأن المنازعات المتعلقة بها، أو عند تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن تلك المنازعات، أو عند تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في مسائل الحضانة، إذن فكيف يمكن للنظام العام الدولي حماية الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص الجزائري؟ سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال مبحثين، الأول سنتطرق فيه لمفهوم النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص، وفي الثاني سنبين آليات حماية الطفل المحضون باستعمال فكرة النظام العام الدولي.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص.

إن فهم الآليات التي تتدخل بها فكرة النظام العام الدولي لحماية الطفل المحضون يقتضي أولا فهم القانون الدولي الخاص(المطلب الأول)، ثم شرح معنى النظام العام الدولي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص.

مفهوم القانون الدولي الخاص يتحدد من خلال التعريف به(فرع أول)، ثم عرض الموضوعات التي تدخل في مجاله(فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الخاص.

نشأ القانون الدولي الخاص في شمال إيطاليا على أيدي الفقهاء منذ القرن الثالث عشر حيث كانت المشكلة المطروحة آنذاك تتمثل في البحث عن قانون أي مدينة يحكم نزاعا يتصل بمدينتين حين كانت المدينة تمثل الدولة في وقتنا الحاضر، واتسع نطاق التفكير والبحث عن الحلول الممكنة لهذه المشكلة الى فرنسا وهولندا وانجلترا خاصة مع ظهور فكرة الدولة لتصبح المشكلة هي البحث عن قانون أي دولة يحكم نزاعا يتصل بدولتين[8].

إن القانون الداخلي لكل دولة هو الذي يحكم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، ولا شك أنه إذا ما نشأت علاقة قانونية داخل حدود الدولة الواحدة فإنها ستخضع للقانون الداخلي لهذه الدولة، غير أن

الأمر يختلف إذا كان أحد عناصرها نشأ في دولة أخرى(محلها، أطرافها، أو مصدرها)، مثلا كأن يُطَلّق الوطني زوجته الأجنبية؛ حينها يطرح التساؤل عن قانون أي دولة يحكم هذه العلاقة القانونية، في هذه الحالة ستوصف العلاقة القانونية بأنها اجنبية، أو أنها علاقة خاصة دولية لوجود أحد عناصرها خارج حدود الدولة، هذه الحدود التي تفصل الدول بين بعضها، هي التي تبين الحد الذي يمكن أن تطبق فيه كل دولة قانونها، هذا النوع من العلاقات الذي يتصف بالأجنبية هو الذي يثير مسألة أي قانون يحكم العلاقة القانونية؟[9].

إن وجود علاقة خاصة دولية يستدعي معه وجود قواعد قانونية تجيب عن مشكلة إي قانون يحكم هذه العلاقة، هذه القواعد يطلق عليها بعض الفقهاء تسمية قواعد القانون الدولي الخاص، ويدرجونها ضمن فروع القانون الخاص، هدفها تنظيم العلاقة القانونية ذات الصفة الدولية التي تنشأ بين الأفراد، وقد اختلف الفقهاء في تعريفها حيث عرفها البعض بأنها مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي[10]، وعرفها آخرون بأنها: "مجموعة القواعد القانونية، ذات الصبغة الفنية، التي تحكم النظام القانوني للعلاقات الخاصة الدولية"[11]، كما عرفها آخرون بأنها: "ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة والموطن ومركز الاجانب فيها، ويبين الحلول الواجبة الاتباع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين"[12]، وعلى كل حال فإن ما يفهم من هذه التعريفات أن القانون الدولي الخاص ينظم علاقات الأفراد الخاصة التي تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد.

الفرع الثاني: موضوعات القانون الدولي الخاص.

إن تعريف قواعد القانون الدولي الخاص بأنها مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي يطرح ثلاث جوانب تثيرها هذه العلاقات يمكن اعتبارها موضوعا من موضوعات القانون الدولي الخاص، وهي موضوع الجنسية والموطن، مركز الأجانب، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي.

فالعلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي تقوم بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة، هؤلاء الأفراد يمثلون عنصر الشعب بالنسبة لهذه الدول، حيث يمكن التفريق بينهم أو بين انتسابهم لدولة دون أخرى برابطة الجنسية، هذه الرابطة تبين لنا من هم الوطنيون ومن هم الأجانب، ومدى ما يتمتعون به من حقوق وما يفرض عليهم من التزامات، حيث تعد الجنسية من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص كونها تمثل أحد الضوابط التي يتم الاعتماد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين، وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، من جهة أخرى فإن توزيع الأفراد جغرافيا بين

الدول لا يتم فقط باستعمال الجنسية لكن أيضا باستعمال الموطن، فقد يرتبط شخص ما بدولة غير أنه يتوطن في دولة أخرى تكون له مركزا لممارسة أعماله بنية الاستقرار، هذا الموطن به أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق والمحاكم المختصة في النزاعات المتعلقة بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[13].

الجانب الثاني من موضوع القانون الدولي الخاص يتمثل في تحديد مدى ما يتمتع به الأشخاص من الحقوق وهنا نحن نقصد موضوع تمتع الأجانب بالحقوق (مركز الاجانب)، حيث تحدد القواعد القانونية هنا قدرة الشخص على التمتع بالحقوق، فالدول المتمدنة اليوم تعترف للأجنبي المتوطن على إقليمها بقدر من الحقوق[14]، أما الجانب الثالث من موضوع القانون الدولي الخاص فهو تحديد كيفية استعمال الحقوق وحمايتها ونحن هنا بصدد الإشارة إلى موضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي[15]، هذا الموضوع هو الذي يهمنا في دراستنا هذه، فالحضانة تثير تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي كما سنبينه لاحقا.

إن لكل دولة نظامها القانوني الخاص بها الذي يطبق على إقليمها، ولما كان المجتمع الدولي ينقسم إلى عدة دول فإن النتيجة هي اختلاف قوانينها مما يؤدي إلى تنازع القوانين في العلاقة القانونية التي تتوزع بينها، لذلك كان من اللازم تعيين القانون الأنسب الذي يحكم هذه العلاقة حفظا لحقوق الناس باختلاف جنسياتهم، هذه المسألة تتجسد في موضوع تنازع القوانين الذي يستعمل قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق[16]، كما أن تقرير الحقوق وفق قواعد تنازع القوانين لا يمكن أن يتم بشكل صحيح إلا إذا تم تحديد المحكمة المختصة في الفصل في هذه الحقوق، فاكتساب الحقوق يحتاج الى الحماية عن طريق القضاء، وإن كانت العلاقة القانونية الوطنية تختص بحمايتها المحاكم الوطنية، فإن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي تثير تنازع الاختصاص بين محاكم الدول المختلفة في حمايتها، حينها تتدخل قواعد الاختصاص القضائي في كل دولة لتحديد المحاكم الأجدر بحماية هذه الحقوق.

المطلب الثاني: مفهوم النظام العام الدولي.

بعد أن بينا مفهوم القانون الدولي الخاص وموضوعاته، سيتم في هذا المطلب تعريف النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص(الفرع الأول)، ثم البحث عن الهدف من وجوده(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف النظام العام الدولي.

ليس من السهولة تعريف النظام العام باعتباره فكرة مرنة ومتطورة من زمان إلى أخر، غير أن البعض عرف فكرة النظام العام بأنها القيود التي تضعها الدولة على حرية الأفراد من أجل تنظيم روابطهم القانونية[17]، فالنظام العام يعمل على تحقيق مصلحة جماعية موضوعية أو تنظيمية داخل النظام القانوني للدولة عن طريق تحييد أثر تصرف إرادة شخصية للأفراد أو إرادة عامة للدولة وتبديلها بإرادة الدولة المتمثلة في قوانينها الآمرة[18]، والنظام العام قد يكون دوليا وقد يكون داخليا، حيث يقتصر مجال النظام العام الداخلي على العلاقات القانونية الداخلية بمعنى التي تقوم بين الوطنيين وهنا يتدخل النظام العام لإبطال كل التصرفات التي تخالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي، أما النظام العام الدولي فنطاقه العلاقة القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي[19]، ويعرف النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص بأنه صمام الأمان الذي يحمي مجتمع ما من النظم أو القوانين الأجنبية التي لا تتوافق مع مبادئ ذلك المجتمع[20]، ويمكن القول أن النظام العام هو تلك الأداة الفنية التي يمكن بها استبعاد تطبيق نظام قانوني أجنبي عند ما يتعارض هذا النظام القانوني مع المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي[21].

الفرع الثاني: دور النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص.

تطبيق فكرة النظام العام الدولي في مسائل الأحوال الشخصية يزداد حدة خاصة في العلاقات القانونية التي تربط دول إسلامية وأخرى غير اسلامية، والسبب يرجع في ذلك لارتباط الأحوال الشخصية في المجتمعات الإسلامية بالدين الإسلامي، ويتمثل دور النظام العام الدولي في مجال العلاقات الدولية الخاصة وبالتحديد في مجال تنازع القوانين في استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمبادئ المجتمع الأساسية والواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فهو يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي بخصوص نزاع ما من خلال منع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق قانون آخر محله لحكم هذا النزاع[22]، أما في مجال الاختصاص القضائي فإن فكرة النظام العام الدولي تقترب من فكرة النظام العام الداخلي، حيث يتمثل دورها في مراقبة تطبيق القاعدة القانونية التي تنظم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في مجال المنازعات الخاصة[23]، أما عند تنفيذ الأحكام الاجنبية فإن النظام العام الدولي يمنع تنفيذ الحكم الأجنبي المتعارض مع المبادئ الأساسية للمجتمع، وفي الجزائر فإن القاضي هو من يملك السلطة التقديرية في تقرير مدى مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في الجزائر[24].

المبحث الثاني: آليات حماية الطفل المحضون باستعمال فكرة النظام العام الدولي.

بعد أن بينا مفهوم فكرة النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص المتمثلة في حماية المبادئ الأساسية في المجتمع، سنشرح في هذا المبحث كيف تتدخل هذه الفكرة لحماية الطفل المحضون في النزاعات المتعلقة بالحضانة، سواء في نطاق تنازع الاختصاص القضائي (المطلب الأول)، أو في نطاق تنازع القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الطفل المحضون في نطاق تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

يفهم من اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي أنه صلاحية محاكم الدولة للفصل في المنازعات المشتملة على العنصر الأجنبي بالنظر إلى غيرها من محاكم الدول الأخرى، حيث تملك الدولة عن طريق سلطتها القضائية الحق في إخضاع الأشخاص والأموال والتصرفات لولاية محاكمها تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها[25]، لذلك فإن البحث عن الطريقة التي يتدخل بها النظام العام الدولي لحماية الطفل عند تحديد المحاكم المختصة (الفرع الثاني)، يستدعي أولا عرض القواعد التي بموجبها يتم تحديد الاختصاص القضائي الدولي بشأن الحضانة في القانون الجزائري (الفرع الأول).

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي بشأن الحضانة في القانون الجزائري.

في الجزائر ليست هناك قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي التي يمكن على أساسها تحديد الحالات التي تكون فيها المحاكم الجزائرية مختصة بالفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، غير أن الاجتهاد القضائي الجزائري عالج هذه المسألة من خلال تمديد قواعد الاختصاص القضائي الداخلية الى المجال الدولي، ولذلك فإن القاضي الجزائري يستعمل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لتحديد اختصاص المحاكم الجزائرية في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، فمتى تكون المحاكم الجزائرية مختصة بشأن منازعات الحضانة عندما يكون أحد المعنيين بها أجنبيا؟

القاضي الجزائري يفصل في مسألة الحضانة عند الطلاق باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الطلاق(من توابع الطلاق)، وتختص المحاكم الجزائرية في هذه الحالة عندما يكون مسكن الزوجية موجودا في الجزائر، وعندما يكون الطلاق بالتراضي فإن المحاكم الجزائرية ستكون مختصة إذا اختار الزوجان المحكمة التي يقيم فيها أحد الزوجين في الجزائر، أما عندما يثور النزاع حول ممارسة الحضانة فإن المحاكم الجزائرية مختصة إذا كان مكان ممارسة الحضانة موجودا في الجزائر[26].

وإذا كان تحديد المحكمة المختصة للفصل في منازعات الحضانة سيسمح بتحقيق الحماية القضائية لحق الطفل المحضون عن طريق الدعوى القضائية التي تهدف في الأخير إلى إصدار حكم بشأن منازعات الحضانة؛ فإن تحقيق الحماية القضائية في إطار العلاقات الخاصة الدولية يقتضي أحيانا تنفيذ الحكم الصادر في غير الدولة التي صدر فيها، وهنا سنكون أمام مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث يعتبر تنفيذ الحكم الأجنبي إجراءا قضائيا يهدف إلى منحه الصيغة التنفيذية حتى يصبح قابلا للتنفيذ الجبري[27]، فمبدأ العدالة والإنصاف يقضي الاعتراف بحقوق الأفراد دون تمييز بين جنسيتهم أو مكان إقامتهم مادامت حقوقهم صحيحة[28]، ويأخذ القانون الجزائري بنظام المراقبة في تنفيذ الأحكام الأجنبية حيث يشترط في الحكم الأجنبي مطابقته لبعض الشروط حتي يمهر بالصيغة التنفيذية، فقد جاء في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه: " لا يجوز تنفيذ الأوامر والاحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائية متى استوفت الشروط الآتية..."، ومن بين الشروط التي اشترطها المشرع الجزائري لتنفيذ الحكم الأجنبي هو عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وإذ كنا قد بينا كيف يتم تحديد اختصاص المحاكم الجزائرية في منازعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي وكيف تطبق الأحكام الصادرة بشأنها سنبين في الفرع التالي كيف تستعمل فكرة النظام العام الدولي لحماية الطفل المحضون عند تحديد هذا الاختصاص.

الفرع الثاني: استعمال النظام العام الدولي لحماية الطفل عند تحديد الاختصاص القضائي بشأن الحضانة.

أكد المشرع الجزائري على أن قاضي شؤون الأسرة ملزم بالسهر على حماية مصالح القصر[29]، لذلك يراعي القانون الجزائري مصلحة الطفل عند تحديد المحكمة المختصة ويستعمل في ذلك فكرة النظام العام الدولي، فقواعد الاختصاص الدولي ترتبط بالوظيفة الأساسية للدولة المتمثلة في حفظ الأمن والسكينة[30]، لذلك فإن تعيين المحكمة الملائمة في الفصل في المنازعات المتعلقة بإسناد الحضانة أو ممارستها له دور كبير في حفظ مصلحة الطفل المحضون وتحقيق الأمن والسكينة في الدولة، فاختصاص محكمة ما سيؤدي لتطبيق قانون معين قد يهدد مصلحة الطفل حسب مفهوم النظام العام في الجزائر، كأن يسمح مثلا بإسناد الحضانة الى أم تقيم في بلاد أجنبية، أو أن يؤول الاختصاص بمنازعة الحضانة إلى محاكم دولة لا تتصل اتصالا وثيقا بالمنازعة أو بالطفل مثلا كأن لا تكون أمواله موجودة في تلك الدولة، أو أنه لا يحمل جنسيتها، او أن كل المعنيين بالحضانة لا يحملون جنسية تلك الدولة ولا يقيمون فيها.

الاختصاص القضائي الذي يحدده قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الحضانة يعتبر اختصاص إلزاميا وهو من النظام العام وعند مخالفة هذا الاختصاص فإن القاضي يثيره من تلقاء نفسه، ويكون التمسك بعدم الاختصاص لكل طرف في الخصومة وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى[31]، هذا ما تبينه المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (ق.إ.م.إ.ج) التي جاء فيها :" فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:..."، والهدف من تقرير هذا الاختصاص هو الحرص على عدم سلب الاختصاص الحصري للمحاكم الجزائرية بمسائل الحضانة عندما يكون مكان ممارسة الحضانة في الجزائر أو مسكن الزوجية في الجزائر، لأنه في هذه الحالة ستكون المحاكم الجزائرية هي الأكثر ملائمة للفصل في النزاع والقادرة على ضمان تطبيق القانون الأصلح للطفل عندما تتعلق المنازعة بالحضانة، أضف إلى ذلك فإن هذا المعيار سيمكن من تجنب التنافس في الاختصاص بين المحاكم المختلفة وبالتالي تجنب صدور أحكام متضاربة، كما أن هذا المعيار سيسمح باتخاذ الإجراءات الاستعجالية والتي تهدف لحماية الطفل القاصر، غير أننا نرى أنه يجب النص صراحة على اختصاص القاضي الجزائري بالفصل في مسائل إسناد الحضانة وممارستها عندما تقتضي ذلك مصلحة الطفل، بمعنى تقرير مصلحة الطفل كأحد المعايير المهمة لتأسيس اختصاص المحاكم الجزائرية، وقد تقتضي مصلحة الطفل أن تتنازل المحاكم الجزائرية عن اختصاصها إذا كان في ذلك مصلحة للطفل، وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة العليا الجزائرية إلى رفض منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية لأن مصلحة الطفل تقتضي بأن لا يسند الاختصاص لها، ففي نزاع بشأن نفقة طفل محضون قررت المحكمة العليا أن المحاكم الجزائرية غير مختصة لأن مكان ممارسة الحضانة موجود بفرنسا وليس بالجزائر[32].

إن تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن المحاكم الوطنية بشأن الحضانة يستدعي هو كذلك استعمال فكرة النظام العام لمنع تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع مصلحة الطفل المحضون، فقد رفض القضاء الجزائري تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام ولا يحقق مصلحة الطفل المحضون، ففي إحدى القرارات الصادرة عنه ثَبَت مبدأ يقضي بأن الحكم الأجنبي المخالف لقانون الأسرة الجزائري في مجال ترتيب الحضانة لا يمكن أن يمهر بالصيغة التنفيذية الجزائرية[33]، في هذا القرار تم رفض تنفيذ حكم صادر عن المحاكم التونسية لأنه يتعارض مع أحكام المادتين 64 و65 من قانون الأسرة الجزائري اللتان تتعلقان بإسناد الحضانة لمستحقيها وتمديد فترة الحضانة[34]، وفي قرار آخر أكد ان القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تخالف النظام العام لا يجوز تنفيذها حيث أيد في هذا القرار الحكم القاضي برفض طلب تنفيذ حكم أجنبي يمنح الحضانة لام تعيش في بلد أجنبي غير مسلم[35].

المطلب الثاني: حماية الطفل المحضون في نطاق تنازع القوانين.

بعد أن تتأكد المحكمة من اختصاصها بشأن منازعة الحضانة فإنها ستبحث عن القانون الواجب التطبيق عليها(الفرع الأول)، حينها سيتدخل النظام العام الدولي إن كان هناك مساس بمصلحة الطفل المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق بشأن الحضانة.

الحضانة تثير مشكلة تنازع القوانين عندما يكون أحد المعنيين بها أجنبيا، فعندما يحدث النزاع بشأنها سواء من حيث اسنادها أو ممارستها يتوجب على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يسمح بإيجاد الحلول الملائمة لها، غير أن كثير من الدول لا تخصص للحضانة قاعدة إسناد خاصة بها، ولتجاوز هذه المشكلة على القاضي أن يقوم بتكييفها وفق قانونه، هذا الأمر يجعل من تكييف الحضانة يختلف من دولة لأخرى، فقد اختلف الفقه ومن بعده القانون بشأن الحضانة كونها تجمع بين ثلاثة حقوق، حق الطفل وحق الام وحق الأب، ففي الشريعة الإسلامية من الفقه من يعتبر أن الحضانة حق للصغير على أمه، بينما يراها آخرون حقا للأم، ويراها آخرون حقا للأم والصغير، أما في الديانة المسيحية فقد اتفق المسيحيون على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة، غير أن هذا الحق يقيد عندما تكون الأم هي المتسببة في الطلاق، ومنهم من يرى أن الحضانة حق للأم المسيحية فقط[36]، وهناك من تشريعات الدول من ترى بأن الحضانة أثر من آثار الطلاق، بينما تراها تشريعات أخرى أنها أثر من آثار الزواج، وهناك من يرى بأنها أثر من آثار النسب، هذا الاختلاف سيؤدي حتما إلى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وسيكون لهذا الاختلاف اثر في تحقيق مصلحة الطفل، حين يكون القانون الواجب التطبيق يتعارض مع مصلحة الطفل وفق قانون القاضي.

في الجزائر تُكيف الحضانة على أنها أثر من آثار الطلاق، وتدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية، حيث أدرجت الأحكام الخاصة بها تحت الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائرية المتعلق بآثار الطلاق، وهذا يعني خضوعها لقاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق والانفصال الجسماني، التي تقضي بتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى[37]، ويسري عليها الاستثناء المقرر بشأن الطلاق الذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[38].

الفرع الثاني: دور النظام العام في حماية الطفل عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

في الجزائر يمكن تطبيق فكرة النظام العام عندما يخالف القانون الأجنبي المبادئ الأساسية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع الجزائري والتي تهدف في مسائل الحضانة إلى حماية مصلحة الطفل المحضون، هذا التطبيق يعتمد على نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر،...يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.".

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية الطفل المحضون من خلال قانون الأسرة الجزائرية، ويتجلى ذلك في عدة مسائل، كحماية الطفل عند إسناد الحضانة، حيث بين قانون الأسرة الجزائري الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، فقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري(ق.أ.ج) على أن: " الأم الأولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، هذه المادة تعطي تصورا واضحا لمفهوم النظام العام في الجزائر فيما يخص الحضانة، حيث قدر المشرع الجزائري الأشخاص المستحقين للحضانة بالترتيب بعد ذلك أعطى السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة حسب مصلحة المحضون دون أدنى اعتبار لشيء آخر، هذا المفهوم الخاص بالنظام العام طبقته المحاكم الجزائرية في بعض القرارات الصادرة عنها[39]، بل وأكده قرار للمحكمة العليا جاء فيه " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[40]، هذا المفهوم الذي اتخذه القضاء الجزائري المتمثل في منح السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون يأخذ به القانون الإنكليزي في تنازع القوانين فالقانون الواجب التطبيق بشأن الحضانة يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأقدر على حماية الطفل[41].

استعمال المفهوم الجزائري المتعلق بفكرة النظام العام في مسائل الحضانة يمنح للقاضي السلطة التقديرية في استعمال هذه الفكرة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يحقق مصلحة الطفل المحضون، مثلا كأن تسند الحضانة لأم ليست على دين الأب، أو لسوء أخلاقها[42]، أو لإقامتها في بلد اجنبي فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الجزائرية غرفة شؤون الأسرة، أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، وعليه فإن إسناد حضانة الصغار إلى أم تسكن في بلد أجنبي

بعيدا عن رقابة الأب يعد أمرا مخالفا للنظام العام[43]، نشير هنا إلى أن القانون المستبعد بموجب إعمال فكرة النظام العام سيطبق في مكانه القانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

الخاتمة

حماية مصلحة الطفل تعتبر من بين أهم المسائل التي تهتم بها تشريعات الدول على المستوى العالمي هذه الحماية تزداد أكثر في مجال القانون الدولي الخاص، وقد أخذنا الحضانة كمثال لتطبيق هذه الحماية، حيث تؤسس الحضانة على مصلحة الطفل الفضلى، ويستعمل النظام العام في القانون الدولي الخاص كوسيلة فنية لاستبعاد كل الأنظمة القانونية المخالفة للمبادئ الأساسية للمجتمع، ومن بينها الأنظمة القانونية التي لا تراعي مصلحة الطفل المحضون، وقد حرص المشرع والقضاء الجزائريين على تحقيق هذه الحماية في قواعد القانون الدولي الخاص من خلال توفير ضمانات عديدة في مجال تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وعلى كل حال فإن هذه الدراسة قد خلصت إلى نتائج وتوصيات يمكن الأخذ بها من أجل توفير حماية كافية للطفل الذي يعد ركيزة هامة للأسرة والمجتمع هذه النتائج والتوصيات تتمثل فيما يلي:

نتائج الدراسة:

1- تحتل مسألة حماية الطفل مكانة جد مهمة عند المشرع الجزائري والقضاء الجزائري، وهذا ما يسمح بمزيد من الحرص على حماية الطفولة بالجزائر.

2- في إطار تنازع القوانين يلاحظ عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في القانون الدولي الخاص الجزائري.

3- يلاحظ غياب قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي، وبالتحديد تلك المتعلقة النزاعات التي يكون أحد أطرافها او موضوعها الطفل.

4- خلو قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية بالجزائر من أية قواعد خاصة بالطفل تكرس المصلحة القصوى للطفل (مثلا معاملة الأحكام التي يكون موضوعها الطفل معاملة خاصة) .

التوصيات:

1- يجب وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، تشير إلى تطبيق القانون الذي يحقق المصلحة الكبرى للطفل، بحيث تمنح هذه القاعدة القاضي سلطة تقديرية في تطبيق القانون الأقدر على حماية مصلحة الطفل.

2- وضع قواعد اختصاص قضائي دولي خاصة بالمنازعات التي يكون الطفل طرفها أو موضوعها، تمنح الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي يتحقق في ظلها المصلحة الأفضل للطفل.

3- بالنسبة للأحكام الأجنبية التي تصدر بشأن الطفل، يتعين تمييزها عند التنفيذ من خلال وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار (مثلا شمولها بالسرعة المناسبة، تسهيل تنفيذه عندما يتعلق الأمر بالنفقة، ...إلخ)

4- عدم التوسع في استعمال فكرة النظام العام بل يجب تطويعها بما يتوافق ومصلحة الطفل مثلا كإسناد الحضانة لأم تقيم في بلد أجنبي عندما لا يكون في ذلك تأثير على تربية الطفل الدينية).

5- إخضاع السلطة التقديرية للقاضي في منازعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي الى رقابة صارمة من طرف المحكمة العليا.

المراجع:

1- عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010م، ص 79.

2- GUEZ, Philippe. *Pluralisme familial et ordre public international* In : *Réflexions sur le pluralisme familial* [en ligne]. Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011 Disponible sur Internet : http://books.openedition.org/pupo/699, (généré le 19 mai 2019).

3 -Boukhari Ridha. La protection de l'enfant en droit international privé tunisien : l'exemple de la garde (ou hadhana). In:Revue Québécoise de droit international, volume 23-1, 2010. p. 91

4- صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20نوفمبر 1989، وقد جاء في المادة 03 منها :" 1- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى..."، راجع المرسوم الرئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992، يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، الجريدة الرسمية عدد 91، ستة 1992، ص 2318.

5 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 203-204.

6- المرجع السابق، ص 203-204.

7- Boukhari Ridha, op. cit., p. 92

8- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (في الجنسية والموطن، وتمتع الأجانب بالحقوق)، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشرة، الهيئة المصرية العامة للكتب، مصر، 1986م، ص 03.

9- نفس المرجع والصفحة.

10- المرجع السابق، ص 04.

11- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2008م، ص 10.

12- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 108-109.

13- غالب الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب واحكامه في القانون العراقي)، العراق، ص 08-09.

14- غالب الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص09.

15- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 13-14

16- غالب الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص08.

17- باسود عبد المالك، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعيار، العدد 9 المجلد 05، الجزائر، 2014م، ص 274.

18- باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 275.

19- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة الجامعية 2010-2011، ص 02؛ باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 277.

20- كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، المجلد 16، العدد 42، سنة 2017م، ص489.

21- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 79.

22 - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 183.

23- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 286.

24- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 80.

25- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، جامعة الموصل، العراق، سنة 2010، ص 98.

26- جاء في نص المادة 426 من ق.إ.م.إ.ج: "تكون المحكمة مختصة إقليميا:...3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، 4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة، ..."، كما نصت المادة 40 من نفس القانون على أنه: " فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة

أدناه دون سواها: ...2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن."

27- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 02.

28- المرجع السابق، ص 302

29- حيث نصت المادة 424 من ق.أ.م.إ.ج على أنه: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر.".

30- سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 101.

31- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 293.

32- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 402333، بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، 2008، ص 257.

33- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 0773081، بتاريخ 2013/11/13، المجلة القضائية العدد الثاني، 2014، ص 256.

34 - جاء في المادة 64 من ق.أ.ج أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

35- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 52207 الصادر بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد 04، 1990، ص 74.

36- فراس كريم، تنازع القوانين في الحضانة(دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة بابل، العراق، ص 158.

37- نصت المادة 12 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

38- جاء في المادة 13 من القانون المدني أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج."

39- كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الاسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 31، العدد 02، 2017م، ص 356-357.

40- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 613 469، بتاريخ 2011/03/10، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 285.

41- فراس كريم، المرجع السابق، ص 167.

42-كريمة محروق، المرجع السابق، ص 357.

43- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 384529، بتاريخ 2005/04/11، نشرة القضاة، عدد 62، ص 381-383.؛ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، نشرة القضاة عدد 4، ص 117؛ وقد جاء في هذا القرار الأخير أنه: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون...".