جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية

إشكالات الحضانة في الزواج المختلط.

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالبتات:

- بولسنان رميساء
- تاجر أميرة

تحت إشراف الأستاذ:

أ.مسيخ محمد لمين

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د.رواق أمال	أستاذة محاضر	رئيسا
أ.مسيخ محمد لمين	أستاذ مساعد	مشرفا ومقررا
أ.بوشامة فائزة	أستاذة مساعد	مناقشا

دورة جوان 2022

شكر وتقدير

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتنا وأهدي هذا العمل إلى روح الدكتور **كيفاجي الضيف**، الذي لن تكفي حروف هذه المذكرة لإفائه حقه بصبره الكبير علينا طيلة سنوات الدارسة ولتوجيهاته العلمية التي لا تقدر بثمن.

الإهـــــــــداء

نحمد الله عزوجل الذي وفقني في إتمام هذا البحث العلمي والذي ألهمني الصحة والعافية، فالحمد لله حمدا كثيرا.

من قال فيها عزوجل " وبالوالدين إحسان"

أبي العزيز وأمي الغالية، أدامهما الله تاجا على رأسي وأعانني على برهما.

إلى إخوتي الأعزاء

(سعيد، فاتح، أيوب، منال، أميرة، يسرى)

إلى أميرة بيتنا العزيزة إبنة أختي دانية ملاك.

إلى زميلاتي (أميرة، مروى، غادة، شروق، وفاء)

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

رميـــــــساء

الإهـــــــــداء

بعد الصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم

الحمد لله الذي وهبنا التوفيق والسداد ومنحنا الثبات وأعاننا على إتمام هذا العمل

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز أغلى إنسانة في حياتي التي أنارت دربي بنصائحها أمي الغالية، وإلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح من يزيدني انتسابي له وذكره فخرا واعتزاز أبي العزيز

وإلى رياحين حياتي وسر سعادتي أخواتي" نسرين، شيماء، جمانة، لميس "

وإلى زهرة وأميرة بيتنا سر فرحتي إبنة أختي نهال

والى كل من شاءت الأقدار أن تجمعني بهم حدائق الدراسة وتجعل منهم أشقاء، من سرنا سويا ونحن نشق الطريق رفقاء الدب "رميساء، سارة، مروة، رحمة، وفاء، ريان، مايا "

وإلى روح جدتي أمي عائشة التي لا أستطيع أن أرد لها جميل ما فعلته لأجلي رحمك الله يا غالية وإلى روح جدي حسين تغمدت روحه الراحة والسلوان

وإلى العائلة الكريمة جدتي حنينة وجدي الطيب الذي أدعو لهما بالشفاء ودوام العمر وكل أفراد الأسرة

ونسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب علم

أمـــــــيرة

قائمة المختصرات:

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ج: جزء.

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة النواة الأولى والخلية الأساسية لبناء كيان المجتمع ولامتداد الحياة البشرية حتى الأبدية فهي منطلق تكوين الفكري والعقائدي للفرد، إذ خلق الله عزوجل الذكر والأنثى ليكمل كل واحد بعضهما الأخر برباط مقدس غليظ، إذ يكتسي الزواج أهمية بالغة لقيام رابطة زوجية تسودها المودة والرحمة مصدقا لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزوجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"[1]، فالطفل هو ثمرة الزواج الذي حباها الله بالحب والحنان.

وعبر الشاعر حطان بن المعلى بقوله:

وإنـــما أولادنـــــا بيـــننا*** أكبادنا تمـشي على الأرض

لوهبت الريح على بعضهم***لامتنعت عيني من الغمض

وقوله تعالى" المال والبنون زينة الحياة الدنيا"[2]. فالزوجية من سنن حياة الله في الخلق والتكوين لقوله تعالى " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء"[3]. إلا أن هذه الرابطة لا تتسم دائما بالدوام الاستمرارية فقد تزداد حدة النزاعات بينهما فيفقد الزواج معانيه السامية ويصبح أبغض الحلال عند الله الطلاق فتشتت الاسرة ويزداد الامر تعقيدا، والذي يطرح لنا إشكال الحضانة ومصير الأطفال في من يتولى رعايتهم وحفظ لحقوقهم، فالحضانة هي تربية الولد وتعليمه على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ممن له الحق في تربيته شرعا وقانونا، ولكنها تنعكس بالسلب خاصة الأولاد لتأثر صحتهم النفسية، ونظرا للعولمة الحاصلة في عصرنا الحالي والانفتاح الذي يشهده العالم وانتشار ظاهرة الهجرة، مما أدى إلى نشوء روابط ذات الطبيعة الدولية الخاصة، تحت مسمى الزواج المختلط أي يكون أطراف النزاع من دولتين مختلفتين، أي أن أحد الزوجين أجنبيا أو كلا الزوجين من جنسيتين مختلفتين أو كل من أحد الزوجين عديم الجنسية، وهو من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، فالنفرة التي تحدث بين الزوجين يكون الطفل هو المتضرر

[1] الروم :21.

[2] الكهف :46.

[3] النساء :1.

الأول لاسيما في الزواج المختلط، فحاول المشرع الجزائري معالجة نظام الحضانة وأدرج أحكامها في مواد قانون الأسرة الجزائري من المواد62 إلى 72 لكن الملف لانتباه أن قلة من التشريعات تركت الحبل على الغارب.

ولفهم هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية المترتبة عليه إرتئينا طرح الأسئلة الآتية:

- ماهي الإشكالات التي تثيرها الحضانة في القانون الدولي الخاص؟
- كيف كان تكييف المشرع الجزائري ل مسائل الحضانة في الزواج المختلط؟
- ماهي الإشكالات التي صادفت تطبيق القانون؟
- ما دور الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف في إيجاد حلول للحد من النزاعات، وإلى أي مدى وافقت التشريعات العربية والأجنبية، وما هو أثر ذلك في توحيد الحلول؟

أسباب اختيار الموضوع:

- كان لزاما التطرق لهذا الموضوع لتفشي ظاهرة الزواج المختلط لاعتبارات الدينية والقانونية والاجتماعية التي تحيط بها في مختلف التشريعات.
- صعوبة موضوع الحضانة في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص.
- حدة النزاعات والإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع.

أهداف الدراسة:

- الرغبة في معرفة منهج حل إشكالات الحضانة في الزواج المختلط.
- كيف عالج المشرع الجزائري هذه النزاعات خاصة عند اختلاف الدين وفي ظاهرة النقل الغير المشروع للمحضون.
- إيجاد دراسة تامة للحلول المناسبة لإشكالات الحضانة.

صعوبات البحث:

- صعوبة ضبط البحث بخطة مناسبة لعرض الإشكالات التي تعترض الحضانة في نطاق الزواج المختلط.
- قلة المراجع التي تطرقت لقانون الأسرة شرحا وفصلت في إشكالات الحضانة في الزواج المختلط، وصعوبة الحصول عليها والقيام بتصويرها خاصة على مستوى الجامعات الأخرى بسبب الإجراءات المعمول بها.
- ضيق الوقت لإنجاز مذكرة ماستر.

- عدم وجود مراجع متنوعة تطرقت لحل نزاعات الحضانة في الزواج المختلط.

الدراسات السابقة:

إن موضوع إشكالات الحضانة في الزواج المختلط لم يسبق دراسته كموضوع مستقل، ولكن هناك من تطرق إلى موضوع إشكالات الحضانة بصفة عامة ماعدا بعض المجلات.

ومن أهم تلك الدراسات:

أطروحة دكتوراه للباحثة يوبي سعاد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان سنة 2019 بعنون الحضانة في القانون الدولي الخاص.

رسالة ماجستير للباحثة معمري إيمان بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي سنة 2015 بعنوان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة.

مجلة القانون للأستاذة غالي كحلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران2 المدرجة تحت عنوان الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط بإبراز دور الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في الحد من نزاعات حضانة الأطفال المولدين في إطار هذه الاتفاقية .

مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية تحت عنوان الحماية القانونية للمحضون من النقل الغير مشروع عبر الحدود، لفريال بن جدي ومختارية طفياني الذي سلط الضوء على سفر أحد الحاضنين بالمحضون عبر الحدود وبين دور الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية في معالجة هذه الظاهرة.

المنهج المتبع:

لدراسة هذه الإشكالية والإجابة عنها، انتهجنا المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليلينا للمواد القانونية والمعلومات، والمقارنة بين التشريعات العربية والأجنبية في كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق، والاتفاقيات التي صادقت عليها لإيجاد حلول مناسبة.

خطة البحث:

وقد اقتضت منهجية البحث لتقسيمه إلى فصلين: خصصنا **الفصل الأول** للأحكام العامة الحضانة والذي قسم إلى مبحثين تعرضنا في **المبحث الأول** لماهية الحضانة و**المبحث الثاني** لأحكام الحضانة. أما **الفصل الثاني** فجاء تحت مسمى القانون الواجب التطبيق على الحضانة

والذي قسم بدوره إلى مبحثين جاء **المبحث الأول** بعنوان إشكالية إعمال ضابط الإسناد الخاص بالحضانة، أما **المبحث الثاني** فكان عنوانه ظاهرة النقل الغير مشروع للمحضون.

الفصل الأول

الأحكام العامة للحضانة

الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة

الحضانة هي أهم مؤسسة قانونية لحماية الطفل من الضياع، لذا كان من الضروري حماية الطفل وعدم تركه عرضة لأخطار، ومن هذا استجابت لمصالح هذه الفئة الحساسة من المجتمع فقد ظهرت العديد من التشريعات الوضعية، التي حاولت تجسيد ما أتت به الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري بالنص على الحضانة واعتبارها البديل الوحيد والممكن الذي يعوض عن الجو الطبيعي المفقود وهو اجتماع والديه بأن أسندت رعاية الطفل إلى أحد أبويه وهي الأم بالدرجة الأولى والأب إذا تعذرت حضانته من قبل الأم، ولهذا شرع الله تعالى للطفل أحكام تتعلق بحقه في الحضانة وهذه الأحكام التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية كان لها الأثر البالغ في قانون الأسرة الجزائري باعتباره مستمدا من أحكامها.

ومما سبق سنحاول التعريف بالحضانة وذكر طبيعتها وتكييفها القانوني كذا الغاية والأهداف المنجرة عنها كمطلب إضافة إلى أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم قبل التعديل وبعد التعديل وهذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى شروط الحضانة ومقتضياتها كمطلب الأول وسقوط الحضانة وعودتها (استردادها) كمطلب ثاني، وهذه المسائل تتم دراستها وفقا لقانون الأسرة الجزائري مع الإشارة لما جاءت به بعض التشريعات العربية مع الاستعانة بفقه الشريعة الإسلامية فيما لم يرد نص في هذا القانون إذا كان لازما الرجوع إليه تطبيقا لنص المادة 222من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وغايتها وهي بهجة الدنيا وزينتها، ولهذا شرع الله تعالى للطفل أحكام تتعلق بحقه في الحضانة، فالحضانة من الحقوق المهمة التي أولاها الفقه والتشريع أهمية خاصة، حتى يكون فردا صالحا داخل المجتمع يقتضي وضعه بين أيدي أمنة وتتوفر فيه كامل الشروط وأن يكون لهم الحق في ذلك وفق لقواعد الشريعة والقانون.

المطلب الأول مفهوم الحضانة

لفهم معنى الحضانة سوف نتطرق أولا الى مفهومها اللغوي ثم التعرض إلى مفهومها الفقهي وفي الأخير نتعرض إلى مفهومها القانوني.

الفرع الأول التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للحضانة

أولا التعريف اللغوي للحضانة

"الحضانة لغة مأخوذة من الحضن وهو الجنب وهي الضم الى الجنب". [1]

" الحضانة في اللغة معناها الحضن. ما دون الأبط الى الكشخ وقيل، هو الصدر والعضدان وما بينهما. والجمع أحضان. ومنه الاحتضان. وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها".[2]

"الحضن بكسر الحاء وسكون الضاد هو الصدر والعقدان وما بينهما والجمع الاحضان ومنه الاحتضان وهو الاحتمال الشيء وجعله في الحضن والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة والحاضن ويقال الحاضن والحضانة وهما موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه".[3]

ثانيا التعريف الفقهي للحضانة

اعتنى أغلب الفقه الاسلامي في تعريف الحضانة وانصبت كلها في قالب واحد أن الحضانة هي" الإلتزام بتربيته والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة، ووقايته مما يؤديه ويضره جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والاطلاع بمسؤولية، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع، وينسحب ذات الأمر على المعتوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأمره ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك".[4]

وجاء عن تعريف المالكية "حفظ الولد أي في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه".[5]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في الاحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007، ص 356.

[2] محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الانصاري الرويفعي الافريقي، لسان العرب، ج 13، ط 3، دار صادر، بيروت، 1993، ص 122.

[3] احمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص7.

[4] احمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار امام محكمة الاسرة، ط 1، دار الفكر القانوني، طنطا، 2008، ص 124.

[5] محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالك، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ط 2، دار الفكر، بيروت، ص 526.

وعن الحنفية: "الحضانة شرعا تربية الولد مما له الحق في الحضانة" [1]

حيث روى السرخسي في مبسوطه: " اعلم ان الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم، جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل

حق التصرف إلى الأباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة، وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الام أحفى وأشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة مالا يتحمله الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة الولد ". [2]

وروى الشافعية ان الحضانة: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهد بطعامه وشرابه ونحو دالك".[3]

أما الحنابلة "حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل راس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما دكر مما يتعلق بمصالحه." [4]

ثالثا التعريف القانوني للحضانة

جاء تحديد مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 منه على أنه "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن تكون أهلا بذلك "[5]

---

[1] ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، ص555.

[2] محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص 207.

[3] شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج 5، ط، 1 دار الكتب العلمية، 1994، ص191.

[4] عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 7.

[5] القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية العدد 15 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ص 20.

يثبت على الطفل ثلاث ولايات مند ولادته ثلاث ولايات الولاية الأولى ولاية التربية والولاية الثانية هي ولاية على النفس والولاية الثالثة الولاية على ماله ان كان له مال اما الولاية الأولى وهي ولاية التربية فالدور الأول منها يكون للنساء وهو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا وهي حق لام ثم لمحارمه عن النساء. [1]

وعرفتها المادة 142من قانون الأحوال الإماراتي على أنه "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس " ولأن الطفل في هذه المرحلة من حياته في حاجة إلى الرعاية جاءت لازما على النساء عبد الله عبد الرحمان.[2]

ويتوافق هذا المفهوم مع المادة 132من مشروع القانون العربي الموحد ونص على " حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس" كما عرفتها المادة 163من مدونة الأسرة المغربية على أنه " الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته وتعليمه "وعن قانون الأحوال الشخصية السوري والمصري "حفظ الطفل الصغير ورعايته والاهتمام بشؤونه في المنزل وخارجه." وينطبق نفس الأمر على قانون الأحوال الشخصية اليمني في مادته 138منه " الحضانة حفظ للصغير الذي لا يستقل بأمر نفسه وتربيته ووقايته مما يهلكه أو يضره بما لا يتعارض مع حق وليه، وهي حق للصغير فلا يجوز النزول عنها وإنما تمتنع بموانعها وتعود بزوالها." كذا المادة 188من قانون الأحوال الشخصية العراقي " حفظ الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، أو المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره "[3]

كما عرفتها أيضا المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1993/5/15على أنها " وحيث أننن الحضانة في أصل شريعتها هي ولاية التربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضم الحاضنة، التي لها الحق في تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ولأن انتزاعه منها، وهي أشفق

[1] الامام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، 1957، ص405.

[2] عبد الله عبد الرحمان السعيدي، احكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الفقه المشرقة الناشرون، الأردن، 2012 ص 255.

[3] احمد الرجوب، احكام الحضانة في القوانين العربية والأجنبية، ط 1، دار العماد، حلب، سوريا، 2019، ص 206.

عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا مضرة به، إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره، والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته ويطعمه نزرا أو ينظر إليه شزرا".[1]

بناء عما سلف ذكره لم تختلف التشريعات العربية عند صياغتها لمفهوم الحضانة، بل ألما على مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، إذ أن حضانة الولد أو الطفل أو الصغير للذي لم يبلغا بعد، لأن البالغ الراشد لا حضانة له فالمشرع الجزائري في المادة 65من قانون الأسرة الجزائري نص أن حضانة الولد تنقضي بتمام 10سنوات للذكر، ويمكن تمديدها إلى 16سنة أما الأنثى ببلوغها سن الزواج.

وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/01/04 " تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لأسقاطها ".[2]

وجاء قرار أخر مفاده الصادر بتاريخ 1990/03/19"من المقرر قانونا انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة الذكر الى16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني، ولما كان ثابت في قضية الحال، إن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد اللذين تشملهم الحضانة خالف القانون "[3]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد ذكره في المادة 62منه يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وكذا أسبابها ولشموليته على أفكار لم تلم بها باقي التشريعات العربية، حيث أجمع في عمومتيه كل ما يتعلق ب متطلبات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادي.[4]

ومما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

---

[1] احمد إبراهيم عطية، مرجع سابق، ص124.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 347914، الصادر بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد2006/01، ص 449.

[3] قرار المحكمة العليا ملف رقم 59156 الصادر بتاريخ 1990/03/19، نقلا عن نبيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 128.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 3، دار هومه، سنة2011، ص139.

1. تعليم الولد

وهو التمدرس الرسمي، وهو حق يكفله القانون لكل طفل مجانا وإجباريا، حسب قدرته الذهنية والعقلية واستعداده النفسي والفطري في تحديد مستواه.[1]

2. تربية على دين أبيه

مسئولية تربية الأولاد على عاتق الأباء فعن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمام الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها، وولده وهي مسؤولة عنهم، وعبد الرجل راع على مال سيده وهو مسؤول عنه، الا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته." رواه البخاري ومسلم.[2] ولما كان زواج المسلم بغير مسلمة جائزا،[3] فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة والتي بدورها وجب عليها أن تقوم بتنشئته على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/03/13 : "أن من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاء الاستئناف قد قضوا بتعديل المستأنف بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة وإسنادها من جديد الأب، فإن بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين باعتبارها أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأ بخصوص البنت خارقين بذألك أحكام الشريعة الاسلامية والمادة 67

---

[1] تنص المادة 65 من الدستور " الحق في التربية والتعليم مضمونان وتسهر الدولة باستمرار على تحسين جودتها. التعليم العمومي مجاني وفق الشروط التي يحددها القانون. التعليم الابتدائي والمتوسط اجباري وتنظيم الدولة على ضمان حياد المؤسسات التربوية وعلى الحفاظ على طابعها البيداغوجي والعلمي قصد حمايتها من أي تأثير سياسي أو أيديولوجي. تعد المدرسة القاعدة الأساسية لتربية على المواطنة. تسهر الدولة على ضمان التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني. " دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 242 –20، المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1422هـ، الموافق ل 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82.

[2] شحاتة محمد صقر، دليل الواعظ الى ادلة المواعظ " موضوعات للخطب بادلتها من القران الكريم والسنة الصحيحة، ج 2، دار الخلفاء الراشدين، ص 572.

[3] قانون الاسرة، مرجع سابق، المادة 30.

من قانون الأسرة ومتى كان كذالك استجوب نقض هذا القرار جزئيا بخصوص البنت دون إحالة ".[1]

ويثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في نص المادة 62من قانون الأسرة الجزائري " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...."

أي كان لازما على الأم أن تقوم بتنشئته على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين أبيه. وهذا ما تجسد في إحدى قرارات المحكمة العليا "لا يسقط إكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي ".[2]

3.السهر على حمايته بمعنى دفع أي ضرر قد يتعرض له المحضون، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لا اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالقذف والسب والشتم.

4.حفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية والخلقية

إذ وجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، بالخصوص في السنوات الأولى من حياته، وذلك بتلقي التلقيح الصحي الضروري مثلا، وأن يعرض على طبيب كلما دعت الحاجة لذلك لحمايته من العلل والأمراض التي تؤثر على صحته والتي قد تؤله للهلاك، ويلزم أيضا حفظه من الناحية الخلقية بتنشئته على حسن وطيب الخلق، وكذا بحسن معاملة الاخرين من خلال تهذيبه وإعداده ليكون فردا صالحا في محيطه وألا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.[3] وتجسد في العديد من القرارات منها المؤرخ بتاريخ 1984/1/9 والذي جاء فيه ما يلي: " متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحاضنة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي ى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما للأم بعد

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 52221 الصادر بتاريخ 13 مارس 1989، نقلا عن نبيل صقر، قمراوي عز الدين، مرجع سابق، ص124.

[2]قرار المحكمة العليا، ملف رقم 457038، الصادر بتاريخ 2008/09/10، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد2008/02، ص313.

[3]لمين لعريط، الضوابط الشرعية والقانونية للإسناد الحضانة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 03، المجلد 34، 2021/03/25، ص 291.

إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها". [1]

الفرع الثاني: التكييف القانوني للحضانة

تضاربت الآراء الفقهية والقانونية في تكييف الحضانة، وعلى وجه الخصوص المشرع الجزائري خاصة في حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط وهذا ما سنوضح

1. الحضانة أثر من أثار عقد الزواج:

تأثرت معظم التشريعات العربية بالقانون المدني المصري الذي سكت عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها، حيث ذهب بعض الفقهاء الى أنها من اثار عقد الزواج على اعتبار أن الولد ناتج عن علاقة زواج وتتعلق بالبنوة ويراعي فيها مصلحة المحضون، وبالتالي فهي تخضع للقانون الذي يحكم أثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد، فهي من منظور الفقيه باتيفول وميار من أثار الزواج، من قرار محكمة الإسكندرية الأبتدائية لأحوال الشخصية بتاريخ 1952/02/26 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 لسنة 1952 ص 165، هذا الاتجاه انتقد بشدة وحجتهم في ذلك عدم إمكانية الحديث عن أثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق باعتبار أن اشكال الحضانة لا يثور إلا بعد فك الرابطة الزوجية.[2]

2. الحضانة أثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية:

عند التفرقة الزوجية يكون الأطفال محل النزاع القائم بينهما ويطرح إشكال على من تسند إليه حضانة الأطفال، وفي هذا الصدد المواد من 62إلى 72من قانون الأسرة تسهل للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق، لغياب قاعدة إسناد صريحة خلاف عن بعض التشريعات العربية، وبالتالي فالمشرع الجزائري قد أخذ بهذا الاتجاه إذ نجد المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، بينما أخضعت بعض التشريعات العربية انحلال الزواج لقاعدتين: أحداهما خاصة بالطلاق التي يسري عليها قانون

---

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 31997، الصادر بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد01، 1989، ص 73.

[2] شهرزاد عبد الله، المكي صلوح، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي على كافي تندوف، الجزائر، عدد 01، المجلد 05، 2021/04/10، ص 175.

الزوج وقت الطلاق، والثاني خاص بالطلاق والتطليق وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[1]

3. الحضانة ولاية على المال:

ألم بهذا الاتجاه بعض الفقه المصري والفقيه بارتان اللذان أدرجا الحضانة بأنها ولاية عن المال، وهذا من تحليل المادة 16من القانون المصري والقرار الصادر عن محكمة القاهرة في 1954الذي أخضع الحضانة لقاعدة إسناد خاصة ب الولاية، ومما سلف فمرجع الخلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة هو الخلاف حول تكييف الحضانة، وبما أن التكييف يخضع لقانون القاضي والمتمثل في القانون الجزائري، وبالتالي فهو المرجع في تكييف العلاقات عند القانون الواجب التطبيق محل نزاع.[2]

ويعتبر الفقيه بارتان أن الحضانة من مسائل الولاية على المال، وانتقد هذا الراي للأن الحضانة تتمثل في تربية الطفل ورعايته وليس حفظ ماله.[3]

الفرع الثالث: الطبيعة الشرعية للحضانة

لقد أركزت الحضانة على ركيزة بالغة الأهمية تكمن في مصلحة المحضون، وهذا ما تجلى في قرارات واجتهادات المحكمة العليا عن تقنينه أحكام الأسرة، اذ يراعي القاضي مصلحة المحضون بالدرجة الأولى لأهميته في حياة الأسرة والمجتمع، باعتبار الطفل المحضون أهم طرف تركز عليه الحضانة، لقد تضاربت أراء الفقه الإسلامي بتحديهم لأطراف الحضانة وماهيتهم والحقيقة التي أجمع عليها، أن طبيعة الحضانة تدور على أنها حق تعالى على اعتبار أن حفظ النفس وصونها وحفظها تصب في مصلحة المجتمع وحق أخر للحاضنة أيضا أن الأم أحق بإرضاع ولدها باعتبارها أحق وأشفق الناس عليه، وحق أخر راجع للمحضون إذ أنه يهلك بزوالها ولكن حقه أقوى من حق الحاضنة لذلك فأنها تتم تحت إشراف القاضي وجاءت على النحو التالي :

---

[1] فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الاسرة الجزائري، المجلة القانونية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد2، المجلد 36، 1999/06/15، ص 114.

[2] شهرزاد عبد الله، المكي صلوح، مرجع سابق، ص 176.

[3] عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الإنفصال، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزائر، عدد 02، المجلد 35، جوان 2021، ص 265.

الاتجاه الأول: الحضانة لله تعالى:

يرى رواد هذا الاتجاه كفقهاء المالكية والأباضية أن الحضانة لله تعالى، فإذا أسقطت الحضانة لا تسقط ولا يجبر عليها مالم يكن هناك عذر شرعي يحول دون الوفاء بها، لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشرع على جهة الالزام، مستشهدين في ذلك أن الحضانة شرعت لحفظ النفس وصون لها باعتبارها حق خالص من حقوق الله تعالى.[1]

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحضون:

يرى بعض فقهاء الحنفي والمالكي بأنها حق للمحضون، فتجبر الحاضنة عليه لتحقيق مصلحته، ولوليه سلطة إلزام من وجبت عليه شرعا وهي أمه أو غيرها قضاء فلا تسقط بإسقاط الحاضنة عليه لأن المحضون يهلك بتركها. [2]ففي جميع الأحوال تجبر الأم على حضانته وغير الأم فلا لقوله تعالى " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"[3]

" لذلك الحضانة حق لصغير اذ يقوم على تربيته لعلة البراءة التي ولد عليها وبطيء نموه وعدم قدرته على التكفل بشؤون شخصه وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة الغير".[4]

ودليلهم قوله تعالى" والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين"[5]

ويترتب عن كون الحضانة حق للمحضون عدم جواز الأم الحاضنة أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تعويض تأخذه منه، لما فيه من تبديد لمصلحة المحضون والتي لا تملك إسقاط حقه حتى لو قامت بذالك لم يصح الصلح، ولم تستحق هذا البذل الذي تصالحت عليه، لأن الحواضن بحوزته حقه ولا يملك إسقاط حق غيره إذا خالعت أم المحضون أباه، فالخلع جائز وصحيح، أما البدل يبطل لأنها أضاعت حق المحضون وهي لا تملك هذا

---

[1] زكي سليمان نشوان، الحضانة وشروط ممارستها " دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، عدد59، المجلد 16، 2013/5/16، ص 66.

[2] بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد44، جوان 2016، ص 524.

[3] البقرة: 231.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 12.

[5]البقرة: 220.

الحق يقول الامام أبو زهرة "إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا لان الطفل في دالك الدور من حياته يحتاج الى رعايتهن".[1]

الاتجاه الثالث: الحضانة حق للحاضن:

يرى أن الحضانة حق للحاضنة " الأم " لا تجبر عليها أن امتنعت أو تنازلت عن حقها إلا إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها أو لم يكن الأب أو الصغير مال يكفي لاستئجار الحضانة.[2] وكذا لحديث عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله ان ابني هذا كانت له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال " أنت أحق به مالم تنكحي ". ومنه عن رواد أصحاب هذا الرأي نتائج تكمن في:

1.عدم جواز السفر ب المحضون ونقله من مكان إقامته لأن فيه تضيع لحق الحاضنة.

2.لا يجوز أن يسلب الأب الطفل من أمه المستوفية لكامل الشروط إلى الأقل منها قرابة فالأم لها الولاية الأولي في حضانة الطفل.

3.ووجب أيضا أن تقوم مرضعة المحضون بإرضاعه في مسكن الحاضنة حتى لا تضيع حضانتها له.

انتقد أصحاب هذا الاتجاه لتناقض الهدف الذي شرعت من أجله الحضانة.[3]

الاتجاه الرابع: الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون:

يرى بعض فقهاء المالكية والمختار عند الأباضية أن الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا واستدلوا في قولهم إلى أية الطلاق التي أجازت لأم عند التعاسر ترك الحضانة فثبت أن لها حق فيها، كما راو بأنه لا يجوز تركها للحاضن إذا لم يوجد غيره، وهذا يؤكد أن هذا الحق ثابت للمحضون فثبت أن الحق لهما معا، وحسب هذا الراي فالحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان: حق المحضون، وحق للحاضن ولكن الأول اقوى من الثاني وإن كان هذا الأخير

[1] زكي سليمان نشوان، مرجع سابق، ص 28، 27.

[2] سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018، ص 20.

[3] المرجع نفسه، ص 21.

امتيازا طبيعيا، وينتج عن هذا القول :أن الحاضنة اذا تنازلت عن حقها ورضى من يليها في المنزلة في استحقاق الحضانة وأرادت بعد ذلك أن تسترجع حقها تجاب إلى طلبها.[1]

الاتجاه الخامس: الحضانة حق للصغير وحق للحاضنة وحق لأب:

الحضانة عند أصحاب هذا الاتجاه تتعلق بثلاث حقوق معا حسب العلماء المحققين فهي حق الحاضنة وحق المحضون وحق الولي أو من يحل مقامه، وإذا كان بالاستطاعة الجمع بين هذه الحقوق فلا بأس، وإلا قدم حق المحضون عنها جميعا، وهذا ما أخذ إليه التشريع الجزائري. [2]

وهو الراي المستقر عليه في القضاء المصري، اذ جاء في القرار رقم 48/36 انه:" المنصوص عليه شرعا أن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب، وأن غير الأب من العصبة في حكمه وغير الأم من الحاضنات كالأم، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصار إلى التوفيق نظرا لمصلحة الصغير، وأن تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضار المولود له بولده لا تضار الحاضنة بهذا الولد أما أو غيرها."[3]

طبيعة الحضانة في التشريع الجزائري:

بالرجوع لنص المادة 66من قانون الأسرة الجزائري وردت عبارة " يسقط حق الحاضنة" وكذا عبارة "بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"، نجد أن الحضانة هي حق للحاضن وأجازها التنازل عن الحضانة مع شرط عدم جواز الأضرار بمصلحة المحضون، وكما وردت في نص المادة 67 من نفس القانون في فقرته الثانية منه " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في الحضانة " ونص المادة 71أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " أي سبب غير شرعي. وكلها تصب في

[1] منال سعودي، حق المحضون في السكن، مجلة الحقوق والحريات، كلية العلوم الإسلامية جامعة ال جزائر1، عدد 02، المجلد 09، 2021/10/31، ص 1243.

[2] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص 525.

[3] سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 23.

مصلحة المحضون وهذا من تحليل المواد 60،67،62، أضافت كلها لفظ " مالم يضر بمصلحة المحضون". [1]

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن الحكم بانحلال الرابطة من شأنه أن يرتب حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين المنفصلين وأن يدفع بالمحضون إلى من يكفل له الراحة النفسية والجسدية وصونا لحقوقه ورعايته، وإسناد الحضانة إلى من يستحقه تبعا لترتيب الذي جاءت به المادة 64من قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما سنوضحه في فرعين.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الاسرة رقم 84/11:

من تحليل لنص المادة 64 من قانون الاسرة قبل التعديل يظهر لنا أن المشرع قد انسجم مع المذهب المالكي في تغليب جانب النساء على الرجال قياسا لما جاءت به اجتهادات بعض الفقهاء المسلمين على أساس أن النساء أحن وأشفق من الرجال.[2]

الأساس الذي تستند إليه عملية تحديد المستحقين من النساء فهو قرينة على شفقة ورحمة وعطف الحاضنة فإن الأم أحق بها عن كافة المخلوقات التي لا رحيم على ولدها منها أما حضانة الرجال للورقة فمن لا يكن وارثا للمحضون فيسقط عنه الحق في الحضانة وتحدد درجاتهم وفق درجة الإرث.[3]

فتثبت المادة 64 من قانون الأسرة رقم (84/11) حق الحضانة لأمه التي جاء فيها أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة..."، تحقيقا لرأي المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا مع والدته التي هي أحق. للطفل أكثر من أي شخص آخر، ولكن اتضح أن لها الحق في التقدم لأنها ألطف وأكثر تعاطفًا مع الشباب من أي شخص آخر. لذلك فإن الأولوية للأم في الحضانة، لما لذلك من أثر عميق على حياة الطفل النفسية واستقرارها. وتنطبق هذه

[1] سعاد يوبي، مرجع سابق، . ص 24، 23.

[2] حياة هلتاي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الاستاد الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، عدد 11/سبتمبر 2018، ص 381.

[3] عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد، 15 سنة، 2005، ص 181، 182.

القاعدة أيضًا على القضاء الجزائري الذي يؤكد أسبقية الأم في الولاية بالحكم. التي تستوفي الأم شروط الولاية ومدى تحقيق مصالح الطفل. [1]

أجمع الفقهاء أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة، لما رزقها الله من وافر الشفعة ومن الأدلة الشرعية عن الرسول صلى الله عليه وسلم " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ".[2]

حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/4/2بأنه: "متى كان من كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي."[3]

أم الأم " الجدة": جعل المشرع الجزائري أم الأم في المنزلة الثانية في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان بوفاة الزواج بأجنبي أو أي سبب اخر.

الخالة جاءت في المنزلة الثالثة شفقة الخالة على المحضون مستمدة من شفقة أمه حيث روي البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال " الخالة أم ".[4]

الأب يتضح جليا من تحليل المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري انها جعل منزلة الأب بعد ام الأب وهده قرينة على ان المشرع اقر بقدرة الأب على رعاية المحضون

أم الأب تأتي منزلتها بعد الأب وكما تكون الحضانة لام الأب تكون لامها وجدتها أحد بمبدأ الام وان علت مع مراعاة توافرهن على شروط استحقاق الحضانة، أما الأقربون درجة

---

[1] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال شخصية، جامعة شهيد حمه لخضر، 2015، ص28.

[2] باديس ديابي، اثار فك الرابطة الزوجية " تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع "، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 69.

[3] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32594، الصادر بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد 1989/01، ص 77.

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 73/72.

فسكت المشرع الجزائري عن تعريفهم لها فلازما علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري.[1]

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05:

إن الشريعة الإسلامية حريصة على توفير بيئة صالحة تحيط بالصغير، من خلال إسناد مهمة النظر في شؤونه إلى من هو أصلح له، وارفق له، حفظا لمصلحته في جميع شؤون حياته، وعلى هذا الأساس قدمت النساء على الرجال لأنها الأكثر شفقة ورحمة بإبنها.[2]

أدخل المشرع الجزائري أمرا مخالفا لأمر أصحاب الحق في الحضانة لقانون السابق المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005" الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، 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 "من تحليل المادة نجد أن المشرع الجزائري أوجد ترتيبا مغايرا لمستحقي الحضانة، بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبعده تأتي كل من الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة مع الإشارة إلى أن هذا الترتيب غير ملزم للقاضي الذي بإمكانه أن يعين الحاضن دون مراعاة الترتيب السالف الذكر. [3]

قدم الفقهاء الحواضن رتبهم بعضهم على بعض بحسب ما تفتضيه مصلحة المحضون وجعلوا الإناث أجدر بالحضانة لأنهن أكثر شفقة وتحليهن بالصبر والهدوء على القيام على تربية وتليه الرجال العصبات من المحارم واختلفوا في الترتيب بحسب ملاحظة المصلحة أما الإناث فقط أو ذكور فقط أو يتحد الفريقين معا فإذا انقضت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل عن النساء.[4]

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 75، 74.

[2] مريم الكندري، احكام الحضانة دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، عدد04، مجلد 47، 2020/07/13، ص 253.

[3] لحسين بن شيخ اث ملويا، قانون الاسرة نصا وشرحا، ج1، دار الهدى، 2013، ص 76.

[4] وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج 10، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 7298.

لقد رتب المشرع عند تعديله لقانون الأسرة مستحقي الحضانة ترتيبا لم يتوافق فيه أي مذهب من المذاهب المعروفة حيث أسند الحضانة بعد الأم مباشرة لأب مع أن مرتبته تأتي متأخرة عن الجدتين والخالة والأم.

اذ يقول ابن العاصم:

وصفوها إلى النساء أليق***لأنهن في الأمور أشفق

وكونهن من ذوات الرحم***شرط لهن وّذوات محرم [1]

تعديل 27/ 02/ 2005 حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب إذا أبقي الأولوية لجهة الأم على جهة الأب إلا أنه أقر بمبدأ التداول وفي منظورنا أنه حسنا ما توجه اليه.

فالمشرع الجزائري احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار، ومن شانها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة، إذا طلبتها وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون دينيا، صحيا وأخلاقيا، تربويا وعاطفيا.[2] ولم يسبق أنه لم يوجد في أي مذهب فقهي من يمنح للوالد حق حضانة ولده مباشرة بعد الأم وبما أن القانون جاء لحماية الولد من الضرر النفسي والجسمي والعقلي، كان من الضروري أن ينص على حضانة الوالد لأولاده لا تكون إلا بعد بلوغهم السن الذي يسمح لهم بالاعتماد على أنفسهم بكن قبل ذلك فالنساء أولى بالحضانة. [3]

كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2015/01/15 على أنه " يكون الأب " الزوج "، بوفاة الأم " الزوجة، الأحق بحضانة ولده. الولاية مقرونة بالحضانة."[4]

المشرع الجزائري احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار، ومن شانها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين

---

[1] على جداي، مقاربات فقهية وقانونية لبعض نصوص قانون الاسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، عدد 8، جانفي 2016، ص 247.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 141.

[3] العربي بختي، احكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة بقانون الاسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، 2013، ص 259.

[4] قرار المحكمة العليا ملف رقم 0990050، الصادر بتاريخ 2015/01/15، المجلة القضائية، غ ا ش عدد2015/1، ص 256.

بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة، إذا طلبتها وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون دينيا، صحيا وأخلاقيا، تربويا وعاطفيا.

المبحث الثاني: أحكام الحضانة

أخذ القانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولهذا يجب أن يتوفر في الحاضن مجموعة من الشروط لكي يكون أهلا للقيام بهذه المهمة لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية المحضون، كما تترتب أثار لممارسة الحضانة لكلا الزوجين وإذا اختلت أحد الشروط فان مصلحة المحضون تكون في خطر مما يؤدي إلى إسقاطها عن الحاضن.

وسنبين ذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين، حيث سنخصص المطلب الأول لشروط الحضانة ومقتضياتها والمطلب الثاني إلى سقوط الحضانة واستردادها.

المطلب الأول: شروط الحضانة ومقتضياتها

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في المادة 62 نجد أن المشرع ذكر شرط واحد وهو أهلية الحاضن ولم يتناول بقية الشروط ولتحديد هذه الشروط ينبغي الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، كما رتبت الشريعة الإسلامية والقانون أثار لممارسة الحضانة لكل من الزوجين لما تستدعي جهد في تربيته وتنشئيه وتقديم كل ما يحتاجه لعيش حياة كريمة ودلك بالإنفاق عليه وتوفير مسكن ملائم له.

ونوضح ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط الحضانة

تثبت الحضانة للنساء والرجال أيضا لكن يمكن للمرأة أن تتقدم في حضانتها للصغير على الرجل بحكم الفطرة التي خلقها الله عز وجل فهي الأقدر على رعاية الصغير وتوفير متطلباته.

أولا: الشروط العامة بالنساء والرجال

1.العقل

إن الحضانة ولاية[1]، فلا تثبت الحضانة للمجنون والمعتوه لان هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وتولي شؤونهم بنفسهم[2] فالمجنون والمعتوه يفتقد الإدراك ويشكل خطر وخوف على

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص383.

[2] عثمان التكروري، شرح الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان ،2000، ص269.

المحضون. كما أنه يستوي أن يكون الجنون دائما أو متقطعا فكلاهما يعتبر مانع للحضانة. كذلك المعتوه يأخذ نفس حكم المجنون.

2.البلوغ

الحضانة لا تثبت للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن القيام بمصالحه فالحضانة مهمة شاقة ليتحملها إلى الكبار، فالحاضنة الصغيرة لا تصلح للحضانة لأنها لم تبلغ بعد[1] لذلك يشترط في الحاضن البلوغ وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

3.القدرة

ويقصد بالقدرة الاستطاعة على رعاية وحفظ الصغير في خلقه وصحته، اي بمعنى أن تكون الحاضنة سليمة الجسم قادرة على القيام بمتاعب وأعباء الحضانة. فقد أجمع الفقهاء أنه لا حضانة لضعيفة البصر أو الكفيفة ولا حتى المتقدمة في السن لعجزها عن القيام بشؤون المحضون[2].

4.الإسلام

يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط للقيام بالحضانة فلا تثبت الحضانة لكافر على مسلم[3]، لقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[4]، أما الحنفية والمالكية فلم يشترطوا إسلام الحاضنة وهدا الأخير نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

كما جاء في أحد القرارات القضاء الجزائري انه" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا آدا خيف على دينه وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الإناث حتى الزواج". [5]

5.الأمانة

---

[1] احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص14.

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 58.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

[4] المائدة: 141.

[5] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52221، الصادر بتاريخ 1989/03/13، نقلا عن باديس ديابي، مرجع سابق، ص 61.

يجب أن تكون الحاضنة أمينة على أخلاق المحضون، وتكون قادرة على تحمل أعباء الصغير ولا تعرض حقوقه للضياع[1]، فعندما تكون المرأة فاسقة وكان فسقها يشغلها عن تربية وعنايتها بصغيرها مما يؤدي إلى ضياعه آدا ترك عندها لا يكن لها الحق في الحضانة ويسقط حقها فيها لان الصغير يتأثر بسلوكياتها السيئة[2].

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

هناك شروط خاصة يجب أن تتوفر في النساء لكي تستطيع أن تمارس الحضانة وهي:

1.أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير

ويعني دالك أن تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمه وأخته وجدته فلا تثبت الحضانة لبنات العم أو بنات العمة ولا لبنات الخال أو الخالة لعدم المحرمية. [3]

والأقارب غير المحارم ليس لهم الحق في حضانة المحضون.[4]

2.ألا تكون الحاضنة متزوجة بغير قريب محرم للصغير

فان كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بغير قريب محرم له فلا حق لها في الحضانة أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه أو جده فلا يسقط حقها فيها وحجتهم في حرمان الحاضنة قوله عليه السلام في قصة المرأة التي طلقها زوجها واردا أن يأخذ ولده منه " أنت أحق به ما لم تتزوجي".[5]

3.ألا تقيم الحاضنة في بيت يبغضه

إن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكنها عند من يبغضه يعرضه للأذى والضرر مما يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة.

---

[1] احمد إبراهيم عطية، مرجع سابق، ص133 .

[2] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص 269.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 360

[4] احمد إبراهيم عطية، مرجع سابق، ص131.

[5] بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق) ط1، دار النهضة العربية، بيروت، ص552.

وحسب نص المادة 70من قانون الأسرة الجزائري نجده نص على سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون التي تزوجت بأجنبي حيث يسقط حق هاتين الآخرتين في الحضانة.[1]

4.ألا تكون قد امتنعت من حضانته مجانا والأب معسر

إذا كان الأب معسرا وغير قادر على دفع أجرة الحضانة فوجب على الأم تربية الولد مجانا فادا امتنعت عن دالك سقط حقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرط من شروط الحضانة.[2]

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن الشروط الآتية:

1.أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

يجب أن يكون الحاضن محرم للأنثى وقد اجمع الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفاديا وحذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية، فادا لم تبلغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها كما أجاز الحنفية حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها أحد.[3]

2.اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

إن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث في اختلاف الدين، فإذا كان الصغير غير مسلم وكان ذو الرحم مسلم فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه إذا كان الصغير مسلما وذا رحمه غير ذلك فلا تسند إليه حضانته لأنه لا توارث بينها.[4]

الفرع الثاني: مقتضيات الحضانة

رتب المشرع الجزائري والفقه الإسلامي أثار لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين لما تتطلبه الحضانة في تربية وبنشأة المحضون النشأة السوية فهي تتطلب الحق في النفقة وكذا وهذا ما سنوضحه:

---

[1]احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص157.

[2]باديس ديابي، مرجع سابق، ص 67.

[3]المرجع نفسه، ص 68.

[4]المرجع نفسه، ص 68.

1_ الحق في النفقة:

من أهم الحقوق الثابتة للأطفال، تشير حقوق النفقة إلى كل ما يحتاجه الإنسان للعيش، من المأكل والملبس والمسكن والخدمات والأشياء الضرورية الأخرى.

نصت المادة 78 على مشتملات النفقة وجاء فيها " تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " معناه ان النفقة هي كل ما يحتاج إليها الانسان لإقامة حياته والنفقة نتاج عن سببين بالزواج أو للقرابة والنفقة واجبة على الأب في نطاق إطار عمود النسب اذ لم يكن بحوزة الولد مال لصغر سنه أو ذو عاهة أو كان مزاول لدراسته إلا أنه يستغني عنها بالكسب. [1]

قد انشطرت النفقة إلى قسمان وجوب تمكين ووجوب تمليك وتقديرها على حسب الأحوال غلاء ورخصا وباختلاف الأماكن والأقاليم.[2]

فالمادة 75 من قانون الأسرة الجزائري " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب " ومن تحليل المادة ان نفقة الحضانة سواء كانت غداء أو لباسا أو علاجا تجب من ماله الخاص إذا كان ذو مال بحيث يكون هذا المال كافيا مضر لضروريات الحضانة أما إذا لم يكن له مال لكن لا يسد نفقاته انتقلت إلى الأب وتستمر بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث بالزواج كما تنقضي أيضا بالاستغناء عنها بالكسب وفي حالة أنه لم يوجد الأب وكان عاجزا عن الكسب تجب على أصوله وفروعه حسب قدرتهم تطبيقا لما جاءت به المادة 76 والمادة 77 من قانون الأسرة الجزائري. [3]

إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17 أنه " من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه

---

[1] عبد الكريم ندير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان بن عاشور الجلفة الجزائر، العدد 4، المجلد 6، 2021، ص 476.

[2] الامام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 264.

[3] سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، عدد 1، المجلد، 47، 2010/10/15، ص 153.

معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون "[1]

جاء في ذلك قرار المحكمة بتاريخ 22/2/2000"من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي، أن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة " الطاعنة" رغم عدم أثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون ". [2]

يلاحظ من أحكام المواد 37 61 72 75 78 بما أن النفقة حق للمحضون ووجب على الحاضنة أن تطالب بها بغض النظر ما إذا كانت أثناء سير الدعوي أو بعدها، وقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/01/19بالمبدأ "أما تاريخ استحقاق النفقة فتنص المادة 80 من قانون الأسرة بأنه" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " ويبدأ سريان استحقاقها من تاريخ رفع الدعوى وتسجليها وكتابتها لدى ضبط المحكمة حتى تاريخ صدور الحكم، لكن أن يحكم القاضي باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة " .[3]

2. سكن الحاضنة:

مسكن الحاضنة بحسب الأصل هو المسكن المناسب الذي يعده المطلق فيه خلال مدة حضانتها أولاده وفي حالة عدم وجود مسكن فالسكن المستأجر أقام فيه مع زوجته قبل وقوع الطلاق بينهما هو مسكن الحاضنة ويحق للحاضنة أن تستقل فيه مع الحاضن على إعتبار أن الزوجين كانا يقيمان فيه قبل حصول الطلاق.[4]

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 179126، الصادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية غ أ ش، عدد خاص 2001، ص 198.

[2] قرار المحكمة العليا ملف رقم 237148، الصادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد2001/01 ص 284.

[3] سناء عماري، مرجع سابق، ص 36.

[4] عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة للأحوال الشخصية، ط 9، 2001، ص 386.

لقوله تعالى " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن " أي أسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتكم أي مما كان في استطاعتكم سواء كان ملكا أو إجارة وعارية.[1]

كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 " من المستقر عليه قانون أن نفقة المحضون وسكناه من ماله أذا كان له مال، إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته "[2]

قد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 /12/ 1980 بأن الحكم في السكن يحكم به الوقت الدي يحكم فيه بالطلاق والحضانة كما قررت في قرار اخر بتاريخ 9 /3/ 1981 بان دعوى الحضانة هي دعوى مستقلة قائمة بدأتها لا يجوز جمعها مع دعوى النفقة المقاصد قصد الزيارة في نفقة المحضون وضم الدعويين معا غير جائز لما فيه من اضرار بأحد الطرفين والتهرب من الالتزامات المترتبة عليه المتمثلة في مصاريف التقاضي ونفد على قواعد المرافعات على النظام العام.[3]

كما تشير المادة 72من قانون الأسرة الجزائري على أنه " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"

وقد أكد كذلك قضاة المحكمة العليا علا ضرورة توفير مسكن ملائم أو بدل الإيجار حيث جاء في القرار الصادر ب تاريخ2002/03/13."السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة."[4]

---

[1] محمد زير الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، ج 2، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 265.

[2] قرار المحكمة العليا ملف رقم 215212، الصادر بتاريخ 1999/02/16، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد 2000/01 ص 181.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة الخطبة الزواج الطلاق الميراث الوصية، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 1994، ص 387.

[4] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 276760، الصادر بتاريخ 2002/03/13، المجلة قضائية، غ أ ش، عدد2004/01 ص 274.

كما تشير المادة 72في فقرتها الثانية " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." إلا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق يصبح الزوج أجنبيا عن الاخر من الناحية الشرعية لا يجوز ذلك على أساس أن أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، الا انه ادا كان دالك قبل ان تنتهي فترة العدة فلا باس في دالك من الناحية الشرعية، أما إذا استوفت العدة فإن ذلك لا يجوز، إذ نجد أن المرأة المطلقة والرجل المطلق الذي كانت تجمعهم علاقة زوجية لجوئهم إلى القضاء والمحاكم وكل ذلك لا يعبر على المودة والمحبة بينهما وبالتالي لا يمكن أن يجتمعا تحت سقف واحد لأنه بعد الطلاق يصبح كل طرف ينفر من الطرف الاخر.[1]

3_ حق الزيارة، مكانها ومدتها:

أ- حق الزيارة:

لم يعرف المشرع الجزائري مفهوم الزيارة كما أنه لم يحدد غايته أو أساسه فهي اصطلاحا يقصد بها هي ذلك الحق الذي يتيح لمن يسند له حق الحضانة في إقامة علاقات شخصية أو أن يبقى على صلة بالمحضون بالمراسلة أو الإتصال الشخصي بصفة دورية، وهو حق معترف به تبعا لمصلحة المحضون للوالدين والأجداد يمنح إستثنائيا لأشخاص أخرين.[2]

عندما تسند الحضانة إلى أحد الزوجين المنفصلين فوجب أن يمنح الطرف الاخر حق المتمثل في رؤية ومشاهدة إبنه ولا يحرم منه وقد إستقرت القوانين الوضعية والفقه الإسلامي على تكريس هذا الحق لفائدة مالم تسند له حضانة الصغير وقد ورد في اصطلاح هذا الحق بحق الرؤية أو حق المشاهدة أو حق الزيارة وكلها تصب في مغزى واحد.[3]

وجاء في المادة 64"وعلى القاضي عندما يحكم أن يحكم بإسناد الحصانة أن يحكم بحق الزيارة " ومن تحليل المادة ننوه إلى عبارة (وعلى القاضي) إذ جاءت بصيغة الإلزام وهذا حماية

---

[1] فاطمة واضح، قماري نضرة بن ددوش، دراسة تحليلية لنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاسرة والمجتمع، عدد01، المجلد 07، 2019/06/30، ص 144/143.

[2] عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد1، المجلد 11 1970/01/01، ص 269.

[3] فاضل شوقور، جيلالي تشوار، مجلة القانون والمجتمع، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان الجزائر، عدد 2، المجلد 9، 2001، ص 53.

لمصلحة المحضون إذ تعود بالضرر النفسي له بعد وقوع الطلاق وهذا منع لحرمان المحضون من أحد والديه ومن تحليلنا لها نجد أن:

- حق الزيارة جاء بصيغة الإلزام أي الوجوب وليس جوازية أو اختيارية.
- يكون الحكم الصادر عن القاضي ناقصا وفيه عيب إذا لم يحكم بحق الزيارة عند الحكم بالإسناد الحضانة فهو حق مكفول للطرف الأخر غير الحاضن حتى لو غفل عنه.
- لم يقتصر حق الزيارة على من أسندت إليه الحضانة بل يشمل كل من له مصلحة في مراعاة مصلحة المحضون سواء كانت الجدة أو الخالة أو العمة وغيرهم...[1]

ب_ مكان الزيارة ومدتها:

مكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الامر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه.[2]

مدتها غير واردة عليها في كتب الفقه واكتفوا بذكر أن للزوجة أن تخرج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة وكدلك تقاس رؤية الأب والام لولدهما فتحدد الرؤية بمرة كل أسبوع أن المقيس عليه رؤية فرع لأصله والمقيس رؤية أصل لفرعه فاتحدت العلاقة[3].

أما عن المدة فسكت المشرع عن تحديدها وترك تنظيمها للوالدين، بأن يقوما بتحديد وزمان الزيارة وبالتالي لا يضار المحضون ولا يضار من بيده المحضون ولا يضار من له الحق حق الزيارة، فالمشرع لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة بساعة أو ساعتين، وترك مسالة تقديرها للقاضي الذي يراعي فيها العرف والعادة، وقد جرت العادة على أن يحكم بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية والوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية، إذا كان المحضون متمدرسا [4]وقضت المحكمة العليا في قرارها بترتيب حق الزيارة مرتين كل شهر يعد خرقا وجاء فيه " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 90.

[2] سناء عماري، مرجع سابق، ص 44.

[3] بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 567.

[4] يزيد بن عامر، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، عدد6، جانفي 2019، 162.

حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

4.اجرة الحضانة:

بما أن الحضانة في حد ذاتها هي خدمة المحضون، فهو عمل مشروع يمكن تقييمه بالمال فيخول لصاحبه ممارسته إما بأجر أو تبرعا وأجر الحضانة له شبه وشبه بالنفقة، لأنه من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إذا لم يكن بحوزته مال وله شبه أجرة ومن تحليلنا للنصوص التشريعية، نلاحظ أنه لم يتطرق لأجرة الحاضنة ولم يعرفها وبالمقابل نجد أن نص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري، نص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية "[2].

المطلب الثاني: سقوط الحضانة واستردادها

شرعت الحضانة من اجل تحقيق مصلحة المحضون، لدى وجب على الحاضن القيام بالتزاماته تجاه المحضون وإذا اختل أحد الالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة تسقط عنه الحق في الحضانة، واسترداد هذا الحق مرتبط بالأسباب التي أدت إلى سقوطه.

ونوضح ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: سقوط الحضانة

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 59784، الصادر بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية، غ أ ش، العدد 04 /1991 ص 126.

[2] محمد بن عمار، حنان بن داود، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 02، المجلد 04، 2020/01/08، 240.

نص المشرع الجزائري على سقوط الحق في الحضانة من المواد 66 الى 70 من قانون الأسرة الجزائري وهي كالآتي:

❖ اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق ا ج

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 أعلاه ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

فاذا اختلت بالواجبات المتعلقة بالحضانة المنصوص عليه في المادة 62التي نستخلصها في أمرين:

أهلية الحاضن تتمثل في العقل، القدرة... والأمر الثاني الالتزامات التي تقع على الحاضن تجاه المحضون مثل تربيته ورعايته وتعليمه لان عدم القدرة على دالك يسبب ضياع له.[1]

فإذا تبين أن الشخص الذي أسندت له الحضانة قد قصر بواجباته تجاه الولد فانه لم يعد أهل للحضانة وتسقط عنه الحضانة.

أما بخصوص عمل المرأة العاملة فقد اعتبره القانون انه لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة.

حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 67 على انه "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير انه في جميع الحالات يجب مراعاة مصلحة المحضون".

وهذا ما أكدته المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18 "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة".[2]

[1] احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص156.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 282033، منقول عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية .

ويرى أغلبية الفقهاء انه لا حضانة لضعيفة البصر أو كفيفة ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينهما وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها.[1]

وهذا ما أكدت عليه قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيها "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فان القضاء بتقرير ممارسة هدا الحق دون توافر هدا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي".[2]

كما تعتبر جريمة الزنا من مسقطات الحضانة لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فان المحضون يبقى عند أمه وهدا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها " أن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س)إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فان الحضانة وإذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وان مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".[3]

كما تقضي المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري انه يشترط لممارس حضانة الصغار بعد فك الرابطة الزوجية أن يقوم بتربيتهم على دين أبيهم فالهدف من تربية الصغير على دين أبيه هو الحفاظ على عقيدة المحضون فالدين عنصر مهم في تربيته.[4]

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص58.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32829، مجلة قضائية، عدد 1999/1، بتاريخ 1984/07/09.

[3] محكمة عليا، ملف رقم 564787، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2، السنة 2010، بتاريخ 2010/07/15، ص266 .

[4] نزهة شبائكي، الجيلالي عجة، تأثير اختلاف ديانة الزوجين في إسناد حضانة الأبناء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة جزائر1، المجلد 1، 2021، ص 247.

ومن خلال هدا الشرط يكون المشرع تفادى المخاطر التي يؤدي إليها تطبيق مبدأ حرية اختيار دين الصغير، فادا اختل هدا الشرط سقطت الحضانة عن الحاضن وهدا طبقا للمادة 67 من قانون الأسرة الجزائري.

كما قد كرس القضاء الجزائري شرط التربية الدينية للمحضون فقد اسند الحضانة للام الأجنبية الغير مسلمة شرط أن يربى الصغير على الدين الإسلامي لكن إذا ربته على دينها فان الحضانة تسقط عنها حيث جاء في أحد القرارات: " لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن إلام التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت دللك في سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف لكن المجلس مع هدا المبطل للحضانة اقرها للام مع أن الطاعنة تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على دلك لهدا استجوب النقض".[1]

كما يثور إشكال حول اختلاف ديانة الزوجين المنفصلين فادا كان إسناد الحضانة مبني على تربية المحضون على الدين الإسلامي في التشريعات العربية الإسلامية فمن هنا يثور إشكال اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون.

❖ زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه

نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على انه "يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي أو بغير قريب محرم عن المحضون يسقط عنها حق ممارسة الحضانة لان هدا الزواج يشغلها عن رعاية والسهر على حماية الصغير والتكفل بشأنه ولا كن لا تسقط بزواج القريب، وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها تقرر منح الصغير إلى غيرها كالأب أو غيره ممن اسند إليهم القانون حق الحضانة.

إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء يتعلق بمصلحة المحضون فادا كانت مصلحته مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم فان الحضانة تبقى لها مراعاة لمصلحة المحضون

ومن بين هذه الاستثناءات ما يلي:

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 19287، بتاريخ 1979/04/16، غ ا ش، 1981، عدد02، ص108.

- عدم وجود من يحضن المحضون، وكان لأبد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فتكون أمه أولى به رغم زواجها.
- إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمونا على المحضون أو عاجز عن حضانته.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة.

كما أجاز المشرع الجزائري الحق للحاضنة بالتنازل عن الحضانة، لكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون.[1]

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فان القضاة لما قضوا بإسناد حضانة

الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استجوب رفض الطعن".[2]

❖ **سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر**

جاء في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وإذا كان هذا النص غامضا نوعا ما إلا أننا نستطيع أن نقول بأنه إذا كان مستحق الحضانة تخلى عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب فان حقه فيها سيسقط بقوة القانون.[3]

يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، وتسقط الحضانة بقوة القانون بإتمام المحضونة 19 سنة، والمحضون 10 سنوات إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، وإذا مددت الحضانة بالنسبة للمحضون إلى أكثر من ذلك فإنها تنتهي بأقصاها وهي 16 سنة.[4]

---

[1] سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، قسم خاص، جامعة البويرة، السنة 2013، ص 93.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 189234، مجلة قضائية غرفة الأحوال الشخصية، ص175.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، ص 301.

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 389.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هدا الحق خلال سنة ومن ثم فان القرار بما يخالف هدا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية".[1]

❖ سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم

يسقط استحقاق الجدة أو الخالة الحاضنة في الحضانة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم من المحضون وهدا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

يشترط جمهور الفقهاء ألا تتزوج الحاضنة بأجنبي فان فعلت سقط الحضانة، ويعني دلك أنها لو تزوجت بغير أجنبي لا تسقط حضانتها فالحنفية يقولون "ولا حضانة لامرأة متزوجة من أجنبي من الطفل فادا كان الزوج ليس أجنبيا من المحضون –وقريبه–فلها الحضانة"، والشافعية يقولون "إلا إن نكحت من له حق في الحضانة "، والحنابلة يشترطون في الزوج أن يكون ذا رحم محرم للمحضون فادا توافر في زوج الأم أن يكون قريبا محرما للجدة أو الخالة إذا استحقت الحضانة أن تسكن بالمحضون مع أمه المتزوجة بقريب محرم.[2]

❖ الاستيطان في بلد أجنبي

نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

ومعنى دلك إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فان إثبات الحضانة أو إسقاطها يبقى متوقف على مدى قناعة القاضي فله السلطة التقديرية في ذلك مراعاة لمصلحة المحضون.[3]

---

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم32829، مجلة قضائية، عدد1999/01، بتاريخ 1984/07/09.

[2] احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص175.

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص93.

فإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي.[1]

حيث قضت المحكمة العليا بان "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد مخالفا لشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

فالمشرع هنا أدلى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة الصغير في بلد يقيم فيه أهله حتى لا تنقطع العلاقة بينهم لاسيما أبيه وأمه ولقد سارت المحكمة العليا على نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن في بلد أجنبي وقد جاء في القرار "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر".[3]

أما إذا كان الوالدين يقيمان في بلد أجنبي واحد فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني[4] هدا ما أكدته المحكمة العليا في قرار جاء فيه ما يلي "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي".[5]

الفرع الثاني: استرداد الحضانة

نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري "

ويعني ذلك انه إذا سقطت الحضانة عن الحاضنة لمانع ويكون هدا المانع أمرا اضطراريا لا دخل لمستحق الحضانة فيه كالمرض فان حق الحضانة يعود إليها لان لا دخل له إذا أثبتت

[1] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة في توبة الجديد، ط3، دار هومة، 2011، ص 142.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59013، نبيل صقر، قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006، ص 257.

[3] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 273526، مجلة قضائية، عدد 2004/01، بتاريخ 2001/12/26، ص264.

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 93.

[5] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 282033، مجلة قضائية، عدد 2004/02، بتاريخ 2002/05/08، ص363.

ذلك أمام المحكمة، أما إذا كان المانع أمرا اختياريا للحاضنة دخل فيه لا تعد إليها الحضانة حتى بعد زوال المانع.

ونستخلص من المادة أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري أما إذا كان المانع اختياريا وكان لإرادة الحاضنة دخل فيه حتى إذا زال المانع لا تعود الحضانة إليها

ذهب مذهب المالكية إلى التفريق بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري حيث بينها في الحالات الآتية:

1) العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض، فإذا زال عنها ذلك استحقت المحضون مرة أخرى.
2) سفر الولي بالمحضون فانه إذا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحاضنة في الانتقال معه، ثم رجع الولي بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحاضنة من جديد.
3) سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، فادا رجعت كان لها الحق في المحضون.

وعلى هذا فان المشرع الجزائري أخد بالمذهب المالكي في هذه المسالة حين فرق بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في سقوط الحضانة.[1]

وإذا سقط حق الأم في حضانة ولدها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فان هذا الحق سيعود إليها إذا طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعده، وإذا سكنت الخالة أو الجدة لام مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي وسقط حقها في الحضانة فإنها يعود إليها هذا الحق إذا طلقت أم المحضون أو توفي عنها زوجها أو تمكنت من السكن بعيدا عن أم المحضون.[2]

وجاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر قانون انه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير اختياري ومنه فان القضاء بما يخالف هدا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن إلام أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فان المجلس لما قضى

[1] محفوظ بن صغير، مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد9 ،2018، ص114_115.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص303.

بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا اختياريا يكون خالف القانون.[1]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21" حيث جاء في القرار المنتقد بان زواج الطاعنة قد اسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998، حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري لان سقوط الحضانة المدعي به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة". [2]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا " أن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 ق ا".[3]

[1]قرار المحكمة العليا، ملف رقم 58812، مجلة قضائية، عدد1992/04، بتاريخ 1990/02/05، ص58.

[2]قرار المحكمة العليا، ملف رقم،252308، حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 408.

[3]قرار المحكمة العليا، ملف رقم 235456، مجلة قضائية، عدد2001/01، بتاريخ 2000/02/22، ص 280 .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة

تعد الحضانة من أهم الأثار المنجرة اللاحقة بانحلال الزواج لارتباطها المباشر بالأطفال حماية للمحضون من الضياع والإهمال، لكن يتعاظم إشكال الحماية المقررة لطفل في مجال حق الحضانة لأحد أبويه خاصة في العلاقات الزوجية المختلطة والتي يثور بصددها تناع القوانين وصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا تفاقم انتشار ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون لذا حاولت بعض التشريعات لإيجاد حلول من خلال إبرام الاتفاقيات وتكريس قاعدة إسناد خاصة بها في حين سكت الاخر.

ولذا سوف نتناول في مضمون هذا الفصل إشكالية إعمال ضابط الإسناد الخاص بالحضانة، وقمنا بتقسيمه إلى مطلبين الأول صعوبات تطبيق قانون الجنسية، والثاني الحلول الوضعية للقانون الواجب التطبيق، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى ظاهرة النقل الغير مشروع للمحضون في الاتفاقيات الدولية وفي مطلبه الأول نعرف بماهية النقل غير مشروع للمحضون ومدى تصدي الاتفاقيات المتعددة الأطراف لنقل غير مشروع كمطلب ثاني.

المبحث الأول: إشكالية اعمال ضابط الاسناد الخاص بالحضانة

قد تعترض الحضانة عدة عوائق خاصة أن المشرع الجزائري لم يخضعها بقاعدة إسناد، وجرى عمل القضاة على تكييفها من أثار الطلاق وبالتالي تسري عليها قواعد الاسناد الخاصة بفك الرابطة الزوجية، وهذا لا يعني بضرورة حل لنزاع حيث تصطدم بحالة تعدد وانعدام الجنسية وكذا في حالة تغييرها وإشكالية المرتبطة بصعوبة تفسير القانون الأجنبي وكذا في حالة الإحالة لدولة تتعدد فيها التشريعات، وهذا كفرع أول ثم سنبرز موقف القوانين المقارنة والمشرع الجزائري على وجه الخصوص، فهناك تشريعات كرست قاعدة إسناد وأخرى سكتت كما سنبين دور الاتفاقيات الدولية في حل هذا النزاع خاصة الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

المطلب الأول صعوبات تطبيق قانون الجنسية

عند نخضع الحضانة للقانون الأصلح والواجب التطبيق عليها، إلا أنه قد يتعارض مع أحد الإشكالات التي لأبد التصدي لها خاصة عندما يكون الشخص حامل للأكثر من جنسية دولة غير الدولة التي يقيم بها، أو عديم الجنسية أو في حالة الإسناد لقانون أجنبي يصعب تفسيره أو يحيل لدولة تعددت فيها الطوائف مما ثغرة في إعمال ضابط الإسناد.

الفرع الأول: مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها

أولا: حالة تعدد الجنسيات

ويقصد به أن يكون الفرد متمتع بأكثر من جنسية فإذا ما ثبتت له جنسيتان أو عدة جنسيات في نفس الوقت بمعنى أنه يعتبر متمتعا بجنسية عدة دول وفقا لقوانينها.[1]

ويعرف أيضا أنه تمتع الشخص بجنسية عديد من الدول في ذات الوقت حيث ينتج عن ذلك تراكم الجنسيات وبالتالي ينتج مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 22 قانون المدني والتي جاء فيها: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد؛ وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

ونستخلص من هذه المادة أنه يجب التمييز بين حالة إذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات منها الجنسية الجزائرية فهنا القاضي الجزائري عند رفع الأنواع امامه لا يعتد إلا بالجنسية الجزائرية ويطبق القانون الجزائري مباشرة؛ أو حالة إذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية. [3]

ففي هذه الحالة وتطبيقا لمبدأ تكافؤ السيادات فإن القاضي لا يملك حق ترجيح جنسيته، ولا يمكنه تطبيق القانون الوطني، كما لا يملك حق ترجيح إحداهما على الأخرى إلا إذا كانت تلك الجنسية مرتبط بها الشخص أكثر من غيره.[4]

وعلى ذلك فإن الشخص الذي كان حامل الجنسية الجزائرية أو مكتسبها يقيم داخل الجزائر أو خارجها يعامل أمام القضاء الجزائري على أنه جزائري، فهذا الحل ينسجم مع قاعدة

---

[1] ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 24.

[2] سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، عدد3، مجلد12 جامعة ال جزائر1 بن يوسف بن خدة، 3 جويلية 2020، ص70.

[3] جمال بن عصمان، محاضرات في القانون الدولي الخاص، سنة ثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان، 2015/2014، ص 39.

[4] غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، عدد 9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2 محمد بن احمد، 3جويلية2018، ص169.

أن كل دولة حرة في تحديد وطنتيها لأنه غير منطقي أن تترك الدولة تحديد رعاياها لدولة أخرى وهذا ما يعرف في النظام العام.[1]

ثانيا: حالة عديم الجنسية

انعدام الجنسية هو مصطلح يعبر عن الحالة التي يترك فيها قوانين الجنسية في جميع الدول عن الشخص[2]؛ ويعرف أيضا على أن الشخص الذي لا يعتبره اية دولة مواطنا فيها بمقتضى تشريعها وهو تخلي جميع قوانين الدول عن شخص معين فيصطدم في حالة انعدام الجنسية.[3]

حيث نص على حالة انعدام الجنسية الفقرة الثالثة من المادة 22 القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". وهذا حتى يتمكن القاضي الجزائري من تحديد القانون الواجب التطبيق؛ في حالة إذا عرض عليه نزاع يتعلق بحالة الشخص عديم الجنسية.[4]

حيث يطبق على الشخص عديم الجنسية قانون الموطن؛ فإذا كان لا يملك موطن فنطبق قانون محل إقامته المعتادة.[5]

الفرع الثاني: حالة تغيير الجنسية

حيث ورد هذا الإستثناء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري الذي يشوبه مشاكل قانونية وقد يؤدي إلى حلول غير نافعة؛ ويعد تغير الجنسية من وقت إنشاء المركز القانوني إلى وقت ترتيب مقتضياتها يحل إشكال تعيين نطاق تطبيق القانون السابق أو القانوني الموالي بنفس طريقة حل تنازع القوانين من حيث الزمان.[6]

قد يستطيع الزوج تغيير جنسيته بين وقت إبرام عقد الزواج ووقت رفع الدعوى أمام القضاء فمثال ذلك " تونسية تزوجت من مغربي وأقاما في الجزائر وانجبت طفلا ثم تجنست

---

[1] أمحمد بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية، سنة ثانية ماستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020/2019، ص 44.

[2] سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 288.

[3] أحمد بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 44.

[4] سلمى غنام، مرجع سابق، ص 71.

[5] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، 2010، الجزائر، ص 15.

[6] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 15.

بالجنسية الجزائرية هنا يثور النزاع حول الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية؛ فلا نطبق القانون الجزائري لأن القاضي لا يستطيع تطبيق الفقرة الثانية من المادة 13 قانون المدني الجزائري لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت إبرام الزواج.[1]

فمن الواجب إعادة النظر في المادة 13 من القانون المدني؛ من حيث تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود أحد الاطراف جزائريا وقت انعقاد عقد الزواج حيث يعد حلا غير واقعيا في حالة تغيير الزوجان الجنسية الجزائرية بعد إبرام عقد الزواج [2]

الفرع الثالث: حالة الاسناد لقانون تعددت فيه التشريعات

من المعلوم أن الدول تختلف من حيث شكلها القانوني فقد يحصل أن تكون الدولة التي عين تطبيق قانونها من الدول التي يتكون قانونها من شريعة واحدة تسري في نظام إقليم كله إلى طوائف حسب الديانة أو الأصل ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة.[3]

حيث نصت المادة 23من القانون المدني على أنه: " متى ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات؛ فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه".

حيث تعالج هذه المادة حالة تعدد الشرائع في الدولة سواء كان التعدد إقليميا أو تعدد طائفها؛ ويهمنا هنا الحالة الاخيرة التي تشكل جزء من حالة الشخص المدنية حيث رتب عليها القانون أثار معينة على الصعيد السياسي والاجتماعي.[4]

إن إعمال الحل الذي يسمى بالتفويض أو الاحالة الداخلية يفترض أن القانون الاجنبي التي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة والتي تتكفل بتحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة.[5]

---

[1] غالي كحلة، مرجع سابق، ص170.

[2] سلمى غنام، مرجع سابق، ص 72.

[3]سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 397.

[4] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 19.

[5] نورية شبور، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل اشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية، ص235.

فقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة عن طريق تفويض القانون الاجنبي المختص في أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق؛ اي متروك بقاعدة إسناد داخلية في الدولة الاجنبية المتعددة التشريعات.[1]

لكن ما يثير إشكال فيما لو لم يتضمن القانون الاجنبي أي قواعد من هذا النوع؟

قد تعددت عدة اقتراحات لكل هذه الاشكالية فهناك من نادت بوجوب الأخذ بالشريعة الرئيسية وهي شريعة العاصمة ومنها من ذهب لتحليل فكرة الجنسية بغية كشف الوحدة الإقليمية؛ وهناك بعض من فضل الرجوع إلى قانون القاضي حيث ذهب الاغلبية إلى قانون الموطن باعتبارها أكثر القوانين تماشيا مع واقعنا وأكثرها بعد عن المتاهة والغموض.

فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 23 قانون المدني الجزائري " إذا لم يوجد في القانون المختص نص من هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الاقليمي.

ونستخلص من هذه المادة أن الحل الذي أخد به المشرع الجزائري يختلف يحسب نوع التعدد التشريعي لدولة القانون الاجنبي المختص؛ وذلك على النحو التالي:

- ✓ **التعدد الاقليمي:** عندما تختص كل شريعة بنطاق معين نكون امام صدد التعدد الاقليمي.[2]
- ✓ **التعدد الشخصي:** هنا عندما تختص كل طائفة من الحاملين جنسية الدولة كما هو الحال في دول المشرق الأوسط؛ فغالبا ما يكون التعدد الشخصي على اعتبار الديانة أو الجنس.[3]

الفرع الرابع: حالة تعذر تفسير القانون الاجنبي

إن القاضي إذا تمكن من الوصول إلى موضوع القانون الاجنبي انتقل إلى تطبيقه على النزاع المطروح أمامه؛ فعند تطبيق القاضي لهذا القانون فقد يبدو له معناه غير مفهوم وغامضا مما يلجأ إلى تفسير هذا القانون، حيث يرى الرأي الراجح أنه من الواجب على القاضي إتباع

[1] أمنة أمحمد بوزينة، مرجع سابق، ص 33.

[2] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ج1، دار هومة، 2007، ص 110.

[3] المرجع نفسه، ص 110.

أسلوب التفسير الذي تتبعه المحاكم الاجنبية والتخلي عن الاجتهاد الشخصي في التفسير؛ فيتوجب عليه تطبيق القانون الاجنبي كما هو مطبق في بلده الحقيقي وأخذه بعين الاعتبار كل نصوصه القانونية وكذألك ما استقر عليه قضاؤها.[1]

فيخضع هذا التفسير برقابة المحكمة فهناك من دول ترفض رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يقدمه قضاة الموضوع مثال عن ذلك بلجيكا، سويسرا، هولندا وكافة قضاة الدول الاوربية لان مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني.[2]

أما من خلال نص المادة 425 من قانون المرافعات المصري فقد

أجاز الطعن بالنقض إذا تعلق الامر بمخالفة القانون أو تعذر في تطبيقه.

أما بالنسبة المشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومن خلال تحليلنا لها نجد أنه حدد موقفه حول هذا الموضوع من حيث أنها تسهل وتبسط الرقابة إلا فيما يخص الخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.[3]

المطلب الثاني: الحلول الوضعية لقانون الواجب التطبيق على الحضانة:

سعت معظم التشريعات العربية والأجنبية بما فيها المشرع الجزائري لإيجاد حلول مناسبة خاصة أن معظم التشريعات لم تخضع الحضانة بقاعدة إسناد صريحة واكتفت بإخضاعها لضابط الدي يحكم أثار الطلاق إضافية إلى الاتفاقيات الدولية وهدا ما سنوضحه من خلال استظهار موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة كفرع أول وموقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق كفرع ثاني.

---

[1] أمنة رخاوي، الزواج المختلطة في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/ 2011، ص 73.

[2] أمحمد بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين حول الاطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، مجلد12، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 17 أكتوبر 2019، ص 186.

[3] نصت المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادرة في الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخة في 23 افريل 2008 على انه " لا ينبغي الطعن بالنقض الا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الاتية... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الاسرة."

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة:

تنادي اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر التي أخضعت هذه المسالة لقانون موطن إقامة الطفل، باعتبار هذا الأخير الذي تقوم فيه حياة الطفل وعلاقاته مع الغير، لأن منظور اتفاقية لاهاي جاءت لصيانة شخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن، وهناك بعض من أخذت بهذا الاتجاه باعتبار أن موطن إقامة الطفل يسري مع تحقيق مصلحة الطفل وهناك تطبيقات أخرى طبقت قانون الزوج وقت إبرام الزواج لأن هذه التشريعات منها من أوجد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وهناك من سكت عن ذلك وألقى المسؤولية على عاتق الفقه والقضاء تولى هذه المهمة.[1]

أولا: موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".[2]

ومادام أن القانون الجزائري هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين باعتباره قانون القاضي طبق لنص المادة 9 السالفة الذكر فإن الحضانة وفقا لهذا القانون هي من مسائل قانون الاسرة وتعتبر من أثار الطلاق.[3]

فأي نزاع يثور بشأن الحضانة ويعرض أمام القاضي الجزائري، فإن تكييفها يدرجها ضمن المسائل التي يختص بها قانون الاسرة، ونظمها المشرع الجزائري في المواد من 62الى 72 من هذا القانون تحت عنوان أثار الطلاق فهي لا تثور إلى بعد فك الرابطة الزوجية لمعرفة صاحب الحق في الحضانة.[4]

---

[1] غالي حكلة، مرجع سابق، ص161.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية 44.

[3] فتيحة يوسف عماري، مرجع سابق، ص 116.

[4] عبد النور احمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الاسري، الستة أولى ماستر قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نور البشير البيض، 2017/2016، ص59.

لكن قابل ذلك كان لازما تفصيله في نقطتين أساسيتين وذلك بالتطرق أولا الى القانون الواجب التطبيق على موضوع الحضانة باعتباره أثر من اثار فك الرابطة الزوجية.

1.القانون الواجب التطبيق على دعوى الحضانة:

بالرجوع إلى أحكام قواعد التنازع من نص المادة 21 مكرر من القانون المدني التي جاء في نصها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" وبالتالي فهي تعتبر قاعدة إسناد على المسائل التي يدخل فيها الجانب الإجرائي ويكون أحد طرفي النزاع أجنبيا، إذا استجوب تفصيل هذه المادة لكن إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق من الناحية الجزائية فسيتم إخضاعها وفقا لما تقره أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خاصة فيما يتعلق بالاختصاص النوعي.[1]

كما أنه في حالة وجود معاهدة نافذة سارية المفعول أو نص خاص يقضي غير ذلك طبقا لما تفتضيه أحكام المادة 154 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020.[2]

2.القانون الواجب التطبيق على الموضوع:

استنادا على عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر يقضي بإخضاعها للقانون الذي يسري على انحلال الزواج باعتباره من أثارها. طبق لما جاء في نص المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني، الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى" [3] ويسري القانون الجزائري وحده استثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا تطبيق لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري "يسري القانون الجزائري على وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"

[1] قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد، سنة 2008.

[2] قرار المحكمة العليا ملف رقم 457038 الصادر بتاريخ 2008/09/10 غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 02 / 2008، ص 313، 314.

[3] قانون رقم 10/05 المتضمن قانون المدني الجزائري المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 44 ص 19.

وعليه قانون الأسرة هو المرجع في تحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة وأسباب انتهائها وسقوطها وكذا تحديد نفقة المحضون.[1]

أما إذا كان الزوج جزائريا عند انعقاد الزواج ثم فقد بعد ذلك الجنسية الجزائرية لأي سبب من أسباب الفقد ولو كانت زوجته أجنبية إلا أن فك الرابطة الزوجية يبقى محكوما بالقانون الجزائري وحده استنادا على ضابط الإسناد الاستثنائي الوارد ذكره في المادة 13 من القانون المدني.[2] وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ

1998/02/17 المحكمة قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية المتعلقة بطلاق بين زوجة جزائرية وزوج إيطالي بدلا من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية رسميا، بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فقد خالفو القانون بذلك وكان لازما نقض القرار المطعون فيه ويستخلص من قراءة الحكم المطعون فيه، وبعد دراسة ملف الإجراءات أن موضوع النزاع متعلق بحالة الأشخاص التي لا تعتبر من النظام، ونظرا لعدم صدور مرسوم بسلب الجنسية الأصلية الطاعنة بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فالطاعنة لزالت حاملة الجنسية الجزائرية وذالك تطبيقا لما جاء في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، واعتبار أن الحضانة من أثار انحلال الزواج تخضع هي كذالك القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري.[3]

الأصل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على اعتبار أن الحضانة من أثار انحلال الزواج تطبيقا لنص المادة 12 الفقرة الثانية، غير أن الاستناد على هذا التوجه حتى وإن كان يؤكد دائما المركز الذي يناله الزوج داخل أسرته، إلا أنها تثير صعوبات عملية وإشكالات قانونية في حالة تغيير الزوج لجنسية لقانون، يعطي له حق الحضانة بناء على قانون جنسيته، وعلى هذا كان من الأنسب النص على قانون المشترك ويطبق القانون الوطني

[1] عبد الكريم موكه، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، مخبر القانون البنكي والمالي، العدد 03، المجلد 04، 2021، ص 919.

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص17.

[3] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082 الصادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد 01، 2000، ص 167.

المشترك لكلا الزوجين أو موطن الزوجة في حالة عدم اتحاد الجنسية، ومنح القاضي السلطة التقديرية من أجل إيجاد القانون الأنسب وفي هذه الحالة قانون جنسية المحضون لأنه هو الأولى بالحماية.[1]

بعض القوانين العربية ضبطت الحضانة بقاعدة اسناد خاصة بينما، ادرجتها قوانين أخرى من أثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون المطبق عليه، ولكن هناك مبدأ عام وهو مراعاة مصلحة المحضون تطبيقا لنصوص المواد (المادتين 67 الفقرة 2 و69 من قانون الأسرة الجزائري) عند إسنادها لمن يستحقها ولم يخص القانون الجزائري بقاعدة خاصة، وبالتالي القاعدة الأنسب هي القانون الذي يسري على انحلال الزواج باعتبارها أثر من أثار عقد الزواج وهو الرأي الراجح في القانون.[2]

وفي قرار أخر حديث النشر صادر بتاريخ 2008/08/10 " بالرغم من كون الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم في بلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي أسند إليها الحضانة مادامت هي مسلمة وهكذا لم يعد اختلاف جنسية الحاضنة عن المحضونين خمسة أولاد، وبعد المسافة بين مقر إقامة الأب في الجزائر ومقر ممارسة الحضانة في الخارج وكان الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الأب في رقابة أبنائه وحرمانه من حق الزيارة، عمليا " [3]

ثانيا: موقف التشريع المقارن:

1.القانون المصري:

لم يكرس القانون المدني الحضانة إلى قاعدة إسناد خاصة لها فقد تركها للفقه والقضاء، حيث هذا الأخير لم تتوحد اتجاهاته حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مما أدى إلى اختلاف الآراء فمنهم من ذهب إلى اعتبار الحضانة أثر من أثار الزواج، ومن ثم فهي تخضع لقانون الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وحجيتهم في إخضاع الحضانة لهدا القانون هو ان الحضانة تتعلق بالبنوة فهي اثر من اثار الزواج وان الصغير ناتج عن هذه العلاقة

[1] عبد الكريم موكه، مرجع سابق، ص919.

[2] الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، ص366.

[3] قرار رقم 57038، الصادر بتاريخ 2008/9/10، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد2008/02. ص 313.

الزوجية، فيعتبر أصل الالتزام لها هو عقد الزواج ومنه تم إدراجها ضمن الأثار الشخصية للزواج وفي تحديد القانون الواجب التطبيق.[1]

فقد ذهب الفضاء المصري في العديد من أحكامه فقد اعتبر الحضانة، على أنها من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية وهو قانون جنسية الزوج، وفق فهي لنص المادة 2/13 من ق م المصري التي نصت على ما يلي: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[2]

كما تعتبر الحضانة من واجبات الأبوين عند قيام العلاقة الزوجية فالحضانة لا يثور النزاع حولها إلا في حالة الانفصال، فلا يمكن اعتبار الحضانة أثر من آثار الزواج.

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية إذا جاء فيها ما يلي: "وحيث أنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شان لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثرا من الآثار المترتبة عليه، ذلك أنه يرجع عند بحث امر الحضانة وصاحب الحق فيها إلى أمور أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه، من هذه الأمور سن الصغيرة ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها، وعلى ذلك فإنه لا بصح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثر من الآثار التي يرتبها عقد الزواج".[3]

وذهب البعض الأخر إلى اعتبارها من آثار الطلاق وحجة إخضاع الحضانة لهذا الاتجاه أن النزاع الحضانة يكون في حالة واحدة وهي الانفصال الجسماني أو الطلاق أو التطليق، فتنظيم الإجراءات النهائية التي تأخذ بشأن الطلاق لترتيب مسألة حضانة الطفل الشرعي أو المتبني، بتنظيم له علاقة مباشرة بهذه الحالة فلا بد من إخضاعها ضمت أثار انقضاء الزوجية بما لذلك من أثر في التنازع الصحيح للقوانين.[4]

وقد ذهب الفضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية، إذ جاء في قرار المحكمة رقم 89 الصادر في 1954/02/02 ما يلي: " حيث ان واقع الامر وأنه لم

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، 2006، ص293.

[2] عبد الكريم موكه، مرجع سابق، ص918.

[3] جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010، ص26.

[4] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص294.

ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن نأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير، الذي يجب حمايته قياس في ذلك على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري حتى أنه يشرب على المسائل الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته، وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الانجليزي هو الواجب التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبارها أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهما إلى المدعية هما إنجليزيان متبعا لوالدهما المدعى الإنجليزي الجنسية.

2.القانون التونسي:

نص 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 الافضل للطفل".[1]

ويفهم من هذا أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج وبالتالي فهي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج هذا الاخير يعتبر الحل كضابط إسناد أصلي وفي حالة العدم يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع ترك السلطة للقاضي لتطبيق القانون الأفضل للطفل.[2]

3.القانون الفرنسي:

جاء القانون الفرنسي خاليا من أحكام الحضانة حيث كيف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج.

كما تنص المادة 309من القانون المدني: " يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات الاتية:

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا

[1] الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 34.

[2] عبد الكريم موكه، مرجع سابق، ص918.

حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني.[1]

كما نصت الاتفاقية المتعلقة بالاختصاص القضائي والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مسائل مسئولية الوالدين وتدابير حماية الأطفال لسنة 1996 في المادة 17 منه والتي مفادها بأن ممارسة المسئولية الأبوية محكومة بقانون محل الإقامة المعتاد لطفل وإذا تغير المكان فإنه يخضع لقانون محل الإقامة المعتاد الجديد.[2]

4.القانون الكويتي:

اعتبر أن الحضانة هي أثر من أثار فك الرابطة الزوجية فقد خصها بقاعدة اسناد نص عليها صراحة في المادة 43من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي الذي جاء في نصها " يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة " [3]

5.القانون العراقي:

في الوقت الذي لم تنص فيه أغلب التشريعات العربية بقاعدة إسناد خاصة بالحضانة، تميز القانون العراقي بجمع المسائل الخاصة بالنبوة الشرعية والولاية وكافة الواجبات ما بين الأباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة، وأخضعتها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 19 الفقرة الرابعة من القانون المدني وبذلك تجاوز الجدل القائم بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وعلى هذا فقانون جنسية الأب تشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها

[1] Ordonnance n°2005 759 du 4 juillet 2005 art.jorf6 juillet 2005en vigueur le 1er juillet 2006, p93. www.legifrance.gouv.fr

[2] 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'état de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il régi par la loi de l'état de novelle résidence habituelle ".

[3] أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة مولاي، سعيدة الجزائر، العدد 4، جانفي 2011، ص 248.

وأجرتها ومراتبها، إلا أن هذا القانون لا يسري إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت إبرام عقد الزواج بموجب ما تقتضيه المادة 19 الفقرة الخامسة من القانون المدني العراقي.[1]

الفرع الثاني موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق

نظرا لإشكالات التي يثيرها موضوع الحضانة في الزواج المختلط لجأت بعض الدول إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف، التي كرست إجراءات من شانها ممارسة الحضانة والحقوق المنجرة عنها في سبيل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق.

أولا: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول الحضانة:

بتاريخ 21 جوان 1988 تم المصادقة على اتفاقية ثنائية تتعلق بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة فك الرابطة الزوجية بين السلطات الجزائرية والفرنسية بهدف تحقيق أحسن حماية لأطفال وذألك لضمان ممارسة الحضانة بين البلدين وتسهيل عملية التنقل وضمان الحقوق المترتبة عنها كالحق في الزيارة[2]

وقعت الجزائر وفرنسا اتفاقية بمدينة الجزائر بتاريخ 1988/06/21 بعنوان "الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال" والتي وافق عليها المجلس الشعبي الوطني بموجب القانون رقم 88-22 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1988[3] وصادق عليها رئيس الجمهورية بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88-144 الصادر بتاريخ 26 جويلية1988 [4]

اتفقت كل من الجمهورية الجزائرية والفرنسية على الأهداف الآتية:

---

[1] فراس كريم شيعان، حسين نعمه نغميش، تنازع القوانين في الحضانة " دراسة تشريعية، فقهية، قضائية، مقارنة "مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، العدد 1، السنة 5، ص 166

[2] امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول الاطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 56. [2]

[3] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الموافق عليها بموجب القانون 88 22، المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو 1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 28، الصادر بتاريخ 13 يوليو 1988.

[4] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الموافق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 لموافق 26 يوليو 1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 30، الصادر بتاريخ 27 يوليو 1988.

تعيين وزارتا العدل لكلا البلديين سلطتين مركزيتين للوفاء بالالتزامات المحددة في بنود الاتفاقية ولهذا تتعامل السلطتين بشكل مباشر وتدخلاتهما تكون مجانا، كما تتعهدان بترقية إعانة السلطات المختصة في مجال حماية القصر.[1]

يظهر من المادة الثانية دور السلطتين المركزيتين في محاربة كافة إشكال التمييز بين الأطفال، وذألك من خلال البحث عن مكان وجود الطفل وتقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الإجتماعية الخاصة بإجراء قضائي للطفل المعني بالآمر، وتسهيل إيجاد حلول ودية لضمان تسليم الطفل وتنظيم حق الزيارة وكذا تيسير ممارسة هذا الحق من طرف السلطات المركزية[2].

من منظور هذه الاتفاقية فالجهة القضائية المختصة هي التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية باعتبار أن هذا الأخير هو مكان ممارسة الحياة العائلية المشتركة[3]

يلتزم كلا الطرفين المتعاقدين بضمان الممارسة الفعلية لحق الزيارة للأزواج المنفصلين داخل وفيما بين حدود البلدين. [4]

يتعهد القضاة أيضا عند إصدار حكم قضائي أن يحكم بإسناد الحضانة ويتضمن في الوقت نفسه إلى الوالد الأخر حق الزيارة وهذا ما أخد به المشرع الجزائري من نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري[5]، إلى أن هذه الأحكام قد تؤدي إلى إحداث إشكال في التنقيد عند صدورها من طرف المحاكم الفرنسية من بينها،

إسناد الحضانة إلى الأم من طرف القاضي الفرنسي باعتبار أن الأم أولى بحضانة الطفل وعلى هذا الأساس تكون ممارسة الحضانة في فرنسا.[6]

---

[1] المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع نفسه.

[2] المادة الثانية من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سابق.

[3] المادة الخامسة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع نفسه.

[4] المادة السادسة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع نفسه.

[5] تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري "وعلى القاضي عندما يحكم بأسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

[6] ايمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، تخصص الاحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص 125.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض الطفل لخطر سواء كان جسمي أو معنوي فهنا على القاضي تكييف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة المحضون.[1]

قد يتعسف صاحب الحق في الحضانة عند استعماله لحقه وهذا ما تترتب عنه المتابعات الجزائية لعدم تسليم الطفل، عند رفض ممارسة الحق الممنوح للوالد الاخر داخل حدود البلدين أو فيما بينهما، ويباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة بمجرد استلامه الشكوى المقدمة من الوالد الاخر.[2]

عند انتهاء الحضانة يلتزم الطرفان المتعاقدان بضمان عودة المحضون فعلا إلى البلد، ففي حالة عدم رجوعه إلى البلد الأخر إلى الوالد الحاضن وعند انقضاء فترة الزيارة، إذ لا يمكن رفض الإقرار بالتدابير القضائية المتضمنة حق الزيارة خارج الحدود، ولا رفض تنفيذها الفوري، وتسير أحكام الفقرة الأولى إذا تم نقل الطفل خارج الأوقات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.[3]

كما تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حالة رخصة للخروج من التراب الوطني.[4]

كما أن الحكم القضائي الذي ينص على حق الزيارة بين حدود البلدين يكون قابلا للتنفيذ في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن.[5]

من أجل تطبيق المادة الثامنة في حالة عدم إرجاع الطفل بعد الانتهاء من ممارسة حق الزيارة أو في حالة نقل الطفل خارج الأوقات المحددة للزيارة، فهنا يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو على وكيل الجمهورية.

كما يلتمس وكيل الجمهورية المختص استخدام القوة العمومية للتنفيذ الإجباري مما يضمن الرجوع الفعلي للصغير للتراب الذي غادره.[6]

---

[1] المادة السادسة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سابق.

[2] المادة السابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع نفسه.

[3] المادة الثامنة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع نفسه.

[4] المادة التاسعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع نفسه.

[5] المادة العاشرة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع نفسه.

[6] المادة الحادية عشر الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع نفسه.

يلتزم الطرفان المتعاقدان لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هده الاتفاقية حيز التطبيق مراعاة لمصلحة المحضون.

ولهذا الغرض وبمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية يتم تنصيب لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات، كما أن مهمة هذه اللجنة تنتهي بعد سنة من تنفيذها، كما يخول لهذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المعنيين إجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة. كما يمكن أن تعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كيفيات تنظيمها.

كما يمكن لأي ولي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الحضانة وحق الزيارة تعديل قراره وفق لأحكام الاتفاقية، كما يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تصل لمباشرة المتابعات الجزائية أو من أجل إيقافها.[1]

ثانيا: الاتفاقيات الدولية الشارعة:

أبرمت الدول عدة اتفاقيات حماية لمصلحة المحضون أهمها اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 1961/10/05 المتعلقة بحماية القصر التي أخضعت الحضانة لقانون الإقامة المعتاد، باعتباره المكان الذي ترتكز فيها حياة الطفل وعلاقاته بغيره، واتفاقية لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980 المتعلقة بالاعتراف وتنفيد الاحكام الصادرة في مجال الحضانة وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال المصادق عليها في 25 أكتوبر 1980، وقد لاقت هده الاتفاقية نجاحا كبير إذا بلغ عدد الدول التي صادقت عليها إلى قرابة 50 دولة سنة 1988. تضمنت اتفاقية حقوق الطفل عدد من المواد خاصة بالمحضون، وأبرزها المواد من 9 الى 12 فقد حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل اللذان يؤهلانه لتكوين آرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخدد[2] من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما أضافت المادة 11 في فقرتها الأخيرة أجازت لدول الأطراف باتخاذ تدابير لمحاربة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم إلا أن المادة ومن بند الاتفاقية قضت بعدم الترخيص لطفل المنفصل عن والديه بالإتصال بهما إذا دعت مصلحته بذلك.

[1] المادة الثانية عشر الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سابق.

[2] عبد الكريم موكه، مرجع سابق، ص 916.

وكذلك اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة في نوفمبر 1989، إضافة الى الاتفاقية المصرية الأسترالية بشأن احترام حقوق الأطفال الذين يحملون جنسية أي من البلدين والجنسية المزدوجة للبلدين في حالة انفصالهم عن أحد الوالدين أو كليهما أو قيام أحد الوالدين بنقلهم من أحد البلدين الى أخر الموقعة بتاريخ أكتوبر 2000.[1]

لجات الدول إلى تنظيم معاهدات دولية أخرى تجلت في اتفاقية لاهاي الموقعة في 24 أكتوبر 1956 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة تجاه الطفل، وكذا معاهدة لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنقيد والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحماية لأطفال، والتي أجمعت كلها على إخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد لطفل كضابط الاسناد.[2]

ونصت المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1996،رتبت الاختصاص باتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى حماية الطفل في شخصه وأمواله، إلى السلطات القضائية أو الإدارية لدول المتعاقدة الذي يقع فيها مقر الإقامة الاعتيادية لطفل وحسب نص الفقرة 1 من المادة 15 منها أنها أجازت لسلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها لاختصاص المكون لها، وحرصت هذه الاتفاقية على توفير أكبر قدر من الحماية لطفل، إذا وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق ومن خلال نص المادة 15 الفقرة الثانية من الاتفاقية على أنه " غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصه وأمواله يجوز إستثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى، التي لها اتصال متين بالوضعية،" حيث يلاحظ من تحليل بند هده الاتفاقية يجوز لها إستثناء تطبيق قانون أخر إما قانون جنسية الطفل إذا كان مقيم في دولة غير الدولة التي يحمل جنسيتها أو قانون جنسية والده أو والدته إذا كانت جنسيتها مختلفة لهدف توفير أكبر قدر من الحماية، ويجوز أيضا لاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة المحضون. كذلك هذه المادة منحت للقاضي تطبيق القانون الأنسب والذي يحقق المصلحة الفضلى لطفل، وهو الاتجاه الدي اخدت

[1] لعناني اميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مدكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، ص 50.

[2] المرجع نفسه، ص 170.

به اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، والتي تضمنت مواد متعلقة بحضانة الطفل وأهمها المواد من 9 الى 12. كما أن الاتجاه الحديث في أوروبا يذهب نحو الأخذ بضابط الموطن لإسناد، وهو الأمر الثابت في اتفاقيات لاهاي إذا تمثل أقلية الدول التي تأخذ بالنظام الأنجلوساكسوني كبريطانيا، أمريكا، بولندا، الدنمارك وبعض دول أمريكا اللاتينية التي تأخذ بضابط الموطن في مسائل الأحوال الشخصية.[1]

كما ساهمت الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا، المتعلقة بحالة الأشخاص والتعاون القضائي من بين الاحكام التفصيلية المتعلق بالحضانة وحق الزيارة، حيث جاء في الفصل التاسع عشر من الاتفاقية على أنه " تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقييد فقط بمصلحة، دون أي اعتبار أخر مستمد من قانونها الداخلي، وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة وتلتزم كلاهما عن طريق التبادل بحسن تنفيد الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان ".[2]

المبحث الثاني: ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون.

ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون هي نتيجة العداوة والحقد، حيث يعمد الشخص الذي سقطت الحضانة في حقه أن يستغل حقه في الزيارة ويعمد إلى ترحيله الى بلد اخر في إطار الروابط الدولية، بإعتبار أن هده الظاهرة تثور وتزداد في نطاق الزواج المختلط التي تنعكس بالسلب على نفسية المحضون ويصعب ممارسة حق الزيارة بسهولة ومرونة، اذ ينتج عن هذه الظاهرة إشكالات حادة تضر بمصلحة المحضون، لذا عملت بعض التشريعات إلى إبرام اتفاقيات دولية للحد من هذه الظاهرة أبرزها اتفاقية لاهاي لعام 1980 وإتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

المطلب الأول: ماهية النقل غير مشروع للمحضون

يعتبر النقل أو احتجاز الطفل فعل غير مشروع عندما يتم خرق حقوق الحضانة الممنوحة الى الشخص، إما بصورة مشتركة أو منفردة، وأيضا عندما تمارس تلك الحقوق في الواقع وقت

[1] غالي كحلة، مرجع سابق، ص 171.

[2] عبد الكريم موكه، مرجع سابق، ص 917.

النقل أو الاحتجاز إما بصورة مشتركة أو فردية ضف إلى ذلك عندما تمارس تلك الحقوق أو كانت ممارسة بالفعل عندا تم النقل أو الاحتجاز للطفل. [1]

فعل النقل غير مشروع للمحضون يعاقب عليه قانون العقوبات الجزائري في المادتين 327و 328 اذ نصت المادة 327 من قانون العقوبات الجزائري " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات " وكذا نصت المادة 328 على أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 الى 100000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه ومنعه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني "[2]

وتجدر الإشارة أن تسليط عقوبة على مقترفها هو أداة ووسيلة فعالة لضمان الحفاظ على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها وكذا ضمان لحماية مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون لأنها تدخل في نطاق الجرائم الواقعة على الأسرة.[3]

الفرع الأول: انتقال المحضون خارج التراب الوطني:

عالجها المشرع الجزائري في نص المادة 69 من قانون الاسرة الجزائري وجاء في نصها " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[4]

---

[1] المادة الثالثة من إتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال المؤرخة في 25 أكتوبر 1980.

[2] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016.

[3] حمو بن إبراهيم الفخار، الحماية الجنائية لطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوره تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2015، ص 154.

[4] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

من تحليل لنص المادة سالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد أفرد نصا قانونيا خاصا بالسفر بالمحضون خارج الجزائر، دون تفصيل منه، لكنه من جهة أخرى منح للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون. [1]

الملاحظ أيضا أن عبارة البلد الأجنبي تتصرف مباشرة لكل دولة، غير الجزائر بصرف النظر عن طبيعة هذا البلد من حيث كان مسلم أم لا.[2]

وتجلى هذا في قرار المحكمة العليا " أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الام غير مسلمة ومن المقرر قانونا ان الاحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه." [3]نلاحظ أن المشرع الجزائري فرق بطريقة ضمنية بين ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني وخارجه، فقد اكتفى فقط بحالة ممارستها خارج التراب الوطني، وسكوت المشرع يدعونا إلى تفسير من خلال احتمالين إثنين: الأول أن الركيزة الأساسية لسكوت المشرع عن تنظيم هذه المسالة وضبطها وتركها للقضاء، من ثم فقد منحه واسع النظر تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري[4]

الثاني يعتبر أن المسالة واضحة فلا تتطلب إسقاط الحضانة على صاحبها، مادامت أنها تمارس داخل التراب الوطني، إلا ان هده الفرضية لم يأخذ بها كل القضاة.[5]

وقد أجاز المشرع الجزائري بالخروج بالمحضون خارج القطر الجزائري قصد العلاج، وهذا ما تجسد في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 إذ جاء في مبدأ القرار " يعتبر

---

[1] إدريس الفاخوري، السفر بالحضون أية حماية؟، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية، وجدة، 14 يوليو 2017، ص 8.

[2] ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ظل القضاء الجزائري، مدكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، سنة 2014، ص 114.

[3] قرار المحكمة العليا ملف رقم 52201، الصادر بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد1990/4، ص 74.

[4] ربيع وفاء، مرجع سابق، ص 114.

[5] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية لأسرة، مدكرة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، 2005/2004، ص 555.

منح الرخصة للخروج المحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق ويجب على القاضي فيه وعدم التصريح بعدم الاختصاص "[1]

وقد اتخذت المديرية العامة للأمن الوطني سنة 2015 إجراءات الخروج بالقصر من التراب الوطني، ادا ان تنقل الأشخاص عبر الحدود حق يكفله القانون غير أن الأطفال القصر، الذين تقل أعمارهم عن 19 سنة يخضعون لتنظيمات خاصة، تقضي بإلزامية تقديمهم لرخصة أبوية للخروج من التراب الوطني إلى الخارج وذلك لعدم أهليتهم وبالتالي من مسئولية الدولة الجزائرية حمايتهم من كل أنواع الجرائم ضف إلى ذلك ضمان مسؤولية وصلاحيات الوالدين على أبنائهم القصر.[2]

كما نصت المادة 55من الدستور على أنه " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية مواطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له، لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية." [3]

وقد أصاب المشرع الجزائري إذا لم يحدد مسافة معينة ففي هده المسالة، الك أن سفر الحاضنة أو انتقالها بالمحضون في وقتنا الحاضر وجب أن يراعي فيه عدة أمور، لم تكن موجودة من قبل فنظرا لتعدد وانتشار وسائل النقل، سهل التنقل لمسافات طويلة في وقت في وقت ضئيل، لكن إنعكس هذا الأمر سلبا على الأطفال لانتشار الفتن والآفات الخطيرة كالمخدرات والأنترنت، الانحلال الأخلاقي والانضمام إلى شبكات إجرامية لذا كان من الضروري أن يكون الطفل المحضون تحت إشراف ورقابة الصارمة من الولي، ومن هنا يكون مراعاة مصلحة المحضون أن لا يتقيد القاضي بمسافة معينة تفصل بين الأب والمحضون ليحكم بإسقاط الحضانة عمن أوكلت اليه.[4]

---

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 249196، الصادر بتاريخ، 2000/11/21المجلة القضائية، غ أ ش، عدد2004/1، ص 256.

[2] المديرية العامة لأمن الوطني، إجراءات خروج القصر من التراب الوطني خلية الاتصال والصحافة لسنة 2015.

[3] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/3/6 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 2016/3/7.

[4] محمد حيدرة، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريع الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد2، مجلد4، جامعة عبد الحميد إبن باديس مستغانم الجزائر، 2018، ص 19.

المشرع الجزائري جعل الانتقال بالحضون لبلد أجنبي تنطوي تحت السلطة التقديرية للقاضي، الذي يراعي فيها مصلحة المحضون بحفظ سلوكه ودينه وزعزعة استقراره، وهذا ما جاءت به إحدى قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/12/26 " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر."[1]

الفرع الثاني: انتقال المحضون داخل التراب الوطني:

المشرع الجزائري من تحليل لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري عالج مسالة السفر بالمحضون فقط إذا كانت خارج التراب الوطني وبالتالي كان لازما الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي من نص المادة 222 قانون الاسرة.

فقد تضاربت الآراء الفق الإسلامي فنقلا عن المالكية بأنه إذا سافرت الحاضنة لمسافة أكثر من ستة برد فأكثر بقصد الإقامة سقطت عنها وللولي أخد المحضون.[2]

وجاء عن الحنفية أنهم فرقوا بين الأم وغير الأم، فإذا سافرت الحاضنة المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ابنه عند العودة إلى بيته نهارا سقطت حضانتها بمجرد الانتقال، أما الشافعية الحضانة تسقط الحق في الحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقل سواء كان طويلا أم قصيرا أما عن الحنابلة بأن الحضانة تسقط أيضا بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر. [3]

القضاء الجزائري في بعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى تشوبها الفصاحة أحيانا، أخدت في ذلك التطور الذي عرفته الإنسانية في مجال النقل، ورعاية مصلحة الطفل والتردد في بعض المرات، إذا أن مازالت لصيقة ببعض أحكام الفقهية التي أصبحت لا تتماشى مع الحقائق الإجتماعية الجزائرية المعاشة.[4]

---

[1] بشرى عبد الرحمن، راضية عمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالية التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زياني عاشور الجلفة الجزائر، العدد 2، المجلد 6، 2021/6/1، ص 875.

[2] وهبة بن مصطفى الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته " الشامل لأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها " ج 10 ط 2 دار الفكر دمشق سوريا ص 7319.

[3] محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الاحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر الوادي، العدد 17 2014، ص 208.

[4] زكية حميدو، مرجع سابق، ص557.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1970 على أنه " من المقرر شرعا بأنه يعد بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة بمسافة البرد الستة المقررة عن الفقهاء أقدمين، لا يمنع إستعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة والموصلات والنقل ". [1]

إلا أنه صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 يناير 1982 لا يقبل الرد الذي يثير النقص الأساس القانوني والقصور في التسبيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص بسفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي، على أن المقرر في المذهب ألا تتجاوز المسافة ستة برد، وفي تفسير الخليل " وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي عن بلد الولي، فله نزع المحضون منها ومسافة السفر بستة برد على الأقل." [2]

وفي قرار أخر صادر بتاريخ 1986/09/22 " من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق زيارة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برد، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر، فإن قضاة المجلس بأسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ". [3]

انتقد القضاة لأن الوضع المعاش لا يساير التطور الذي مس وسائل النقل، وقد جاء بوحدة قياس لا يعمل بها في وطننا لذلك كان عليه أن يحدد هذه المسافة بالكيلومتر لا بالبريد مما ترك لبز واستفهام أخر إلا وهو أن القضاء الذي سبقه لم يأخذ بها. [4]

---

[1] قرار المجلس الأعلى ابصاد بتاريخ 1970/10/9، غ أ ش، نشرة القضاة عدد 1972/1 ص 67، نقلا عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص 557.

[2] قرار المجلس الأعلى ملف رقم 25593 الصادر بتاريخ 1982/01/25، غ أ ش، نشرة القضاة عدد خاص / 1982 ص 251.

[3] قرار المجلس الأعلى ملف رقم 43594 صادر بتاريخ 1986/09/22، المجلة القضائية، غ أ ش، عدد1992/4، ص 41.

[4] حميدو زكية مرجع سابق، ص 553.

إشكالية السفر المحضون لم تظهر بشكل بارز في حالة الإقامة على نفس الإقليم إلا أنها تظهر إذا كان الأب متزوجا بمغتربة أو أجنبية وانتقلت المحضون إلى موطنها الأول بعد فك الرابطة الزوجية.[1]

في المغرب هذه الفلسفة التي عالج بها المشرع الجزائري موضوعه لم يتأثر بها المشرع المغربي، لاحقا إذا اتفقا في ضرورة الحصول على إذن للسفر المحضون ولكن على خلاف المشرع المغربي لاحقا إذا منحت المدونة لنائب الشرعي حق الاعتراض المسبق أو الاحق على السفر بالمحضون، إذا له حق مراقبة تنقل المحضون خارج المغرب وليس للقاضي يد في ذلك حسب الفقرة الأولى من المادة 179 من المدونة، بل عزز المشرع رغبة النائب الشرعي في المنع بالسفر بالمحضون إذا تنفد عن طريق تبليغ النيابة العامة الجهات المختصة بهذا المنع، والسفر هنا يتعلق بالانتقال من أجل الإستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة بنية الاستقرار وعليه نزولا عند هذا الشرط فإن السفر خارج الوطن إلى بلد اجنبي من أجل قضاء العطلة أو العلاج لا يخضع لحكم المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 17 فقرة 4 من المدونة التي يفهم منها أن الصفة العرضية لسفر المحضون يستجيب لها قاضي المستعجلات إذا تأكد من عودة المحضون إلى المغرب بعد أن رفض النائب الشرعي منح موافقته لسفر المحضون.[2]

المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الدولية للحد من ظاهرة النقل غير الشرعي للمحضون

سعت مختلف التشريعات الدولية لأبرام عدة اتفاقيات دولية تعالج إشكالية النقل الغير شرعي للمحضون تهدف لحماية مصلحة المحضون بالدرجة الأولى فلا دور لا يستهان به في الحد من انتشارها وأهمها اتفاقية لاهاي بتاريخ عام 1980 الخاصة بالجوانب المدنية لاختطاف الدولي لأطفال وكذ اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

[1] المرجع نفسه، 560.

[2] فريال بن جدي، مختاريه طفياني، الحماية القانونية للمحضون من النقل الغير مشروع عبر الحدود "دراسة مقارنة "، مجلة الباحث لدراسات الاكاديمية، العدد 3، المجلد 8، 2021، ص 241.

الفرع الأول: اتفاقية لاهاي 1980 الخاصة بالجوانب المدنية لاختطاف الدولي لأطفال:

إذا نصت الاتفاقية على تعهد الدول المتعاقدة على إعادة الأطفال الذين نقلو بطريقة غير مشروعة، إضافة إلى أتخاد كافة الإجراءات الضرورية واستعمال أكثر الوسائل فاعلية لضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة، المتمثلة في حق الزيارة والاتصال أي باصطحاب الطفل لفترة زمنية إلى مقر إقامته المعتاد والحقوق المتعلقة برعاية شخص الطفل.[1]

إلا أنه يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروعا، عندما يكون انتهاك حقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما بشكل فردي أو جماعي في الدولة، التي كان يقيم فيها الطفل بصفة أئمة قبل نقله أو حجزه، وإذا كانت هذه الحقوق قد مورست فعليا وقت النقل والحجز كانت ستمارس لو لم يحدث النقل والاحتجاز للطفل، وينتهي نفاد سريان الاتفاقية عند يبلغ الطفل 16 سنة[2].

تتعاون السلطات المركزية لضمان الإعادة الطوعية لطفل فورا بصفة مباشرة أو عن طريق وسيط للكشف عن مكان وجود الطفل المحجوز والموجود فيه بصورة غير مشروعة باتخاذ كافة الإجراءات القضائية والإدارية، تجنبا لألحاق أي ضرر يمس الطفل جراء اتخاد إجراءات شرطية وتبادل المعلومات المتعلقة بأداء هذه الاتفاقية وتوفير الترتيبات الإدارية وإزالة أي عقبات تكون عائقا لتطبيقها ضمانا ل الإعادة الامنة لطفل، ومن حق أي شخص أو مؤسسة. أو هيئة تدعي نقل أو حجز الطفل بتقديم طلب إلى السلطة المركزية التابعة لمكان إقامة الطفل الاعتيادية أو السلطة المركزية بأي دولة متعاقدة إذ يضم هذا الطلب:

المعلومات الخاصة بهوية كل من مقدم الطلب والطفل المحتجز والمدعى عليه باحتجازه ويرفق معهم تاريخ ميلاد الطفل إذا كان بحوزته وأساس الدي يقوم عليه ادعائه وكل المعلومات المتوفرة من مكان وجود الطفل وهوية الشخص المفترض وجوده معه ويلحق طلبه صورة موثقة من أي قرار أو اتفاق ذو صلة بالموضوع وشهادة صادرة عن السلطة المركزية أو من أي جهة مختصة أخرى في الدولة التي يقيم فيها أو تكون صادرة من شخص مؤهل بخصوص القانون ذو صلة بالموضوع في تلك الدولة. [3]

[1] المادة 1و2و5من اتفاقية لاهاي لعام 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية لاختطاف الأطفال.

[2] المادة 3 و4من اتفاقية لاهاي لعام 25 أكتوبر 1980، مرجع سابق.

[3] المادة 7 و8من اتفاقية لاهاي لعام 25 أكتوبر 1980 مرجع سابق.

تتخذ السلطات القضائية والإدارية في الدولة المتعاقدة إجراءات قضائية لإعادة الأطفال فإذا لم تصل هذه السلطات إلى قرار خلال ستة أسابيع من تاريخ بدا الإجراءات فإنه يجوز لمقدم الطلب أو السلطة المركزية للدولة المطالبة ببيان يوضح أسباب التأخير وعند تلقيها الرد تقوم بأرسال هذا الرد إلى السلطة المركزية لدولة المقدمة لطلب أو مقدم الطلب بشخصه تبعا للحالة، وإذا ثبت حجز الطفل بطريقة غير مشروعة فإن مدة الانقضاء التي تكون بين تاريخ النقل والاحتجاز غير مشروع يبدأ سريان الإجراءات القضائية عن طريق السلطة القضائية أو الإدارية لدولة المتعاقدة التي يوجد بها الطفل من عام واحد فلازما على السلطة المعنية بالأمر إصدار امر فوري بإعادة الطفل الا ادا ثبت عكس ذلك وأن الطفل مستقر في محيطه الجديد ويحق للسلطة القضائية أو الإدارية رفض النظر في طلب إعادة الطفل، أو الاستئناف إذا توفر لديها ما يدعو على أن الطفل تم نقله الى دولة أخرى إلا أن السلطة القضائية أو الإدارية المقدم إليها الطلب بإصدار أمر إعادة الطفل إذا استطاعت المؤسسة أو الشخص أن يثبت أن الهيئة الأخرى التي تحت رعايتها الطفل أنها لم تكن في الواقع تمارس حق الحضانة فعليا وقت النقل أو الحجز، أو أنها وافقت عليه فيما بعد والامر الثاني هو أنها هناك مخاطر تعرضه لأذى الجسدي والنفسي أو وجوده في وضع لا يطاق وكذا يجوز لها الرفض إذا ثبت أن الطفل يرفض العودة وأصبح بالغا راشدا ووجب على السلطات القضائية أن تأخذ بعين الاعتبار كل المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية لطفل. [1]

الفرع الثاني: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989:

فقد نصت في المادة 11 منها على وجوب اتخاد دول الأطراف إجراءات مكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصفة غير مشروعة، من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف والانضمام إلى اتفاقيات قائمة، ومكافحة خطف الأطفال سواء كان ذالك عن طريق أحد الوالدين بعد انفصالهما بسبب انحلال عقد الزواج أو كان الاختطاف عن طريق أي شخص أخر، إلى جانب نص المادة 35 من الاتفاقية التي تدعو الدول الأطراف

[1] المادة 12و 13من اتفاقية لاهاي لعام 1980، مرجع سابق.

إلى أتخاد جميع التدابير المناسبة لمنع إخطاف الأطفال أو بيعهم أو الإتجار بهم لأي غرض من الأغراض تأكيدا لما نصت عليه المادة 11. [1]

كما تلتزم الدول الأطراف بحماية الطفل من كافة أشكال الاستغلال الضار به في كل الجوانب حفظا له.[2]

كما تلتزم الدول الأطراف بنشر أحكام ومبادئ التي جاءت بها الاتفاقية على نطاق موسع بالطرق المناسبة والفعالة بين الكبار والصغار، تلتزم أيضا بتقديم تقارير إلى اللجنة المكونة من عشرة خبراء أصحاب المكانة الخلقية والكفاءة المعترف بها ميدانيا، كما تنتخب الدول الأطراف أعضائها من رعاياها الدين يعملون جميهم بصفة رسمية، فالدول تتعهد بإعداد تقرير لأمين العام لأمم المتحدة لهدف تنفيذ الحقوق المعترف بها في بنود هذه الاتفاقية.[3]

الفرع الثالث: اتفاقية لاهاي لعام 1996:

في الجزائر لم يتم التوقيع عليها فهي تكاد تكون اتفاقية تكميلية لاتفاقية لاهاي،[4] إذ تتناول مجموعة واسعة من قضايا الحماية الطفل الدولية وتستجيب لحاجة حقيقية دالة وعالمية لأطار دولي أفضل فيما يتعلق بالقضايا العابرة للحدود لحماية الطفل ويستمر العمل الدائم لمكتب لاهاي للقانون الدولي للكشف عن أوضاع الأطفال الضعفاء وتساير هذه الاتفاقية الحدث الأخير لعام 1980 و1993 لاتفاقية لاهاي 2 من حيث. أنها تضم كلا من الإطار القانوني الدولي وأليات التعاون كما أدرجت هياكل تعاون كان لها الأثر البالغ لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الاتفاقية، إذ بأن هذه الهياكل تعزز تبادل المعلومات بشكل أفضل وحدود

[1] المادة 11و 35من اتفاقية الطفل الصادرة بموجب مرسوم رئاسي رقم 92461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل 19 ديسمبر سنة 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة لأمم المتحدة بتاريخ 20نوفمبر سنة 1989.

[2] المادة 36 من اتفاقية حقوق الطفل، المرجع نفسه.

[3] المادة 42، 43، 44، من اتفاقية الطفل لعام 1989، المرجع نفسه.

[4] اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسئولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال، المؤرخة في 19 أكتوبر 1996.

المساعدة المتبادلة وضمان ذلك عبر مجموعة من الدول، بإعتبار أن الأليات المعمول بها في وضعية مناسبة حتى تمكن القواعد القانونية من أن تكون عملية بشكل أفضل.[1]

إذ تعتبر هذه الاتفاقية حتى يكون النقل غير مشروعا إذا فيه انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما، بصورة جماعية أو فردية والتي نص عليها قانون الدولة التي كان يقيم فيها الطفل بصفة معتادة قبيل نقله أو إرجاعه وإضافة إلى إذا كانت هذه الحقوق قد مورست فعلا أو كانت ستمارس إذا لم يحدث النقل، وتبقى السلطات التي يقيم بها الطفل بصفة معتادة مختصة والتي تمتاز بطابعها المؤقت إلى غاية لأتخاد كل أشكال الحماية شرط أن لا أن تؤيد هذه الإجراءات مع من سبقها من أخرى.[2]

ننوه الى أن هذه الاتفاقية لا تمس بما جاءت به بنود إتفاقية لاهاي بتاريخ 25 أكتوبر 1980، ذلك فيما يخص العلاقات بين أطراف هذه الاتفاقية، غير أنه ما من شيء يعيق سريان هذه الاتفاقية من أجل الوصول إلى حلول لإعادة الطفل الذي نقل أو احتجز بصفة غير مشروعة أو من أجل تنظيم حق الزيارة.[3]

[1] فريال بن جدي، مرجع سابق، 250/246.

[2] المادة 7، 12 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر 1961، مرجع سابق.

[3] المادة 50، المرجع نفسه.

خاتمة

خاتمة

وخلاصة ما توصلنا إليه من خلال هذا البحث هو أن موضوع إشكالات الحضانة في الزواج المختلط يعد من أهم مواضيع قانون الدولي الخاص، إذ هو موضوع لصيق بالأسرة عامة وبالطفل بشكل خاص حيث يثير إشكالات حادة وعديدة داخل الأنظمة القانونية لاسيما من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، نتيجة اختلاف تعاطي التشريعات معه خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، هذا ما جعل المجال للقضاء من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

و الإشكاليات الناتجة عن الحضانة في الزواج المختلط لا تقف عند هذا الحد بل تدخل إلى المواضيع ذات الصلة لاسيما مسالة حق الزيارة وما ينتج عنه من نقل غير مشروع، حيث سعت الاتفاقيات الدولية للحسم في مسالة الحضانة في الزواج المختلط من اجل تحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق، وبالرغم من وجود اتفاقية ناشئة بين البلدين (الجزائر وفرنسا)، إلا أنها لم تعالج كل المواضيع التي تبقى دون حل مما هي بحاجة إلى النظر والبحث عن حلول حقيقية وموضوعية، ومن ناحية أخرى رأينا انه في حالة وجود اتفاقية من عدمه تبقى إشكالات التطبيق قائمة.

ومن أهم النتائج المتواصل إليها ما يلي:

- ✓ أن الحضانة من المواضيع المهمة في القانون الدولي الخاص فهي تعتبر حق من حقوق الطفل خاصة إذا كانت مشتملة على عنصر أجنبي.
- ✓ أن الحضانة في الزواج المختلط تثير إشكالات حادة ومعقدة نظرا لاختلاف التشريعات في تكييفها، خاصة في غياب قاعدة إسناد خاصة في مختلف الدول وهذا ما يثير جدلا فقهيا وقضائيا.
- ✓ لم يضع المشرع الجزائري والتشريعات قواعد خاصة بالحضانة الأمر الذي يتطلب حلول تشريعية سواء قوانين داخلية، أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف.
- ✓ واجهت معظم الدول إشكالات الحضانة في الزواج المختلط بإبرام اتفاقيات بين الدول ومن بينها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

✓ لم تحدد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية صراحة عن القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ولهذا نقترح التوصيات الآتية:

✓ على المشرع أن يجد حلولا أكثر نجاعة لمعالجة جميع المشكلات المختلفة، لاسيما تخصيص قواعد إسناد خاصة بالحضانة في الزواج المختلط.

✓ العمل على توحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، عن طريق وضع اتفاقية هدفها حل المشكلات التي تعترض الحضانة في الزواج المختلط.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر:

- القرآن الكريم.

ثانيا: قائمة المراجع:

❖ **الكتب:**

- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط1 دار الفكر القانوني، طنطا، سنة 2008.
- أحمد الرجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربية والأجنبية، ط1 دار العماد، حلب، سوريا، سنة 2019.
- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009.
- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، سنة 1957.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، ط1، الجزائر، سنة 2010.
- الطيب الزروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.
- الطيب زروتي، إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، سنة 2014.
- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، سنة 2013.
- ابن العابدين الحنفي، رد المختار على الدر المختار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت.
- إبن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج13، ط3 دار صادر، بيروت، سنة 1993.
- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2013.
- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.

- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994.
- شحاتة محمد صفر، دليلة الواعظ، دار الخلفاء الراشدين، ج2، دار الفتح الإسلامي، الإسكندرية.
- شمس الذين الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، سنة 1994.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توبه الجديد، ط3، دار هومة، سنة 2011.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر.
- عبد القادر بن حوز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2007.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج10، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1993.
- عبد الله عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الفقه المشرفة الناشرون، الأردن، سنة 2012.
- عرفة الدسوقي مالك، حاسبة الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ط2، دار الفكر، بيروت.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، سنة 2000.
- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائر، ج1، ط2، دار هومة، سنة 2007.
- لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرعا، ج1 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- محمد بن أحمد شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، بيروت، سنة 1993.

- محمد زير الأياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، دار منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
- محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذاهب الجعفري، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1977.
- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة للأحوال الشخصية، ط 9، سنة 2001.
- نبيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج1، دار الفكر، دمشق، سوريا.

❖ **الرسائل والمذكرات**

رسائل الدكتوراة والماجستير

- حمو بن إبراهيم الفخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوراه تخصص قانون جنائي، جامعة 1 محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.
- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/2018.
- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، مذكرة دكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2004.
- أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق، 2015/2015.

- ايمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص الاحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.
- أميرة لعناني، نزاعات الحضانة في ضوء القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2014.

مذكرات الماستر

- سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2013/2012.

❖ **مقالات:**

- سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات إنحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وابحاث، مجلد12، العدد3، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020/05/30.
- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، العدد 9، كلية الحقوق، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، ديسمبر 2017.
- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد6، العدد4، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، 2021.
- عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات اقراره وتنفيذه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد11، العدد1، 1970/02/01.
- فاطمة واضح، قماري، دراسة تحليلية لنص المادة 72من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأسرة والمجتمع، مجلد7، العدد1، 2019/06/30.
- فاضل شوقور، جيلالي تشور، مجلة القانون والمجتمع، المخير المتوسطي للدراسات القانونية، مجلد 9، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021.
- علي جداي، مقارنات فقهية وقانونية لبعض نصوص قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، جانفي2016.

- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، مجلد47، العدد1، 2010/03/15.
- بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الانسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر بسكرة، جوان 2016.
- منال سعودي، حق المحضون في السكن، مجلة الحقوق والحريات، مجلد9، العدد2، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، 2021/10/31.
- حياة هلتاي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومخابير المنهج، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سبتمبر 2018.
- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد15، جامعة باجي مختار عنابة، 2005.
- مريم الكندري، أحكام الحضانة(دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، دراسة علوم الشريعة والقانون،مجلد47، العدد4، عمادة البحث العلمي، الجامعة الاردنية، 2020/07/13.
- شهر زاد عبد الله، المكي، حلول تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الانسانية، مجلد5، العدد1، المركز الجامعي علي كافي تندوف، 2021/04/05.
- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الفضائية والسياسية، مجلد36، العدد2، جامعة تلمسان، 1999/06/15.
- عبد الهادي بن زبطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، مجلد35، العدد2، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزائر، جوان 2021.
- زكي سليمان نشوان، الحضانة وشروط ممارستها دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 16، العدد 59، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2013/05/16.

- لمين لعريظ، الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة، مجلة جامعة امير عبد القادر العلوم الاسلامية، مجلد34، العدد3، قسنطينة، 2021/03/25.
- يزيد عمار، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، العدد6، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جانفي2019.
- سعاد يوبي، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد4، جوان 2016.

❖ **المحاضرات**

- أمحمدي بوزينة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020/2019.
- بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس الدولي الخاص، السنة ثالثة قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2014/ 2015.
- عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الأسري، السنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نو البشير، البيض،2017/2016.

❖ **النصوص التشريعية**

الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 20-242، المؤرخ في 16 جمادى الأولى عام 1422، الموافق ل 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 82

الاتفاقيات

اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية لاختطاف الدولي لأطفال، المؤرخة في 25 أكتوبر 1980.

الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرسوم رقم 88-144مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 26 يوليو سنة 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسية في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

اتفاقية الطفل مرسوم رئاسي رقم 92-461مؤرخ 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 20نوفمبر سنة 1989.

اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الأطفال المؤرخة في 19 أكتوبر 1996.

القوانين

القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 15، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادرة في الجريدة الرسمية العدد21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية 44.

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صقر عام 1386الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016.

المراجع بالفرنسية

Les articles

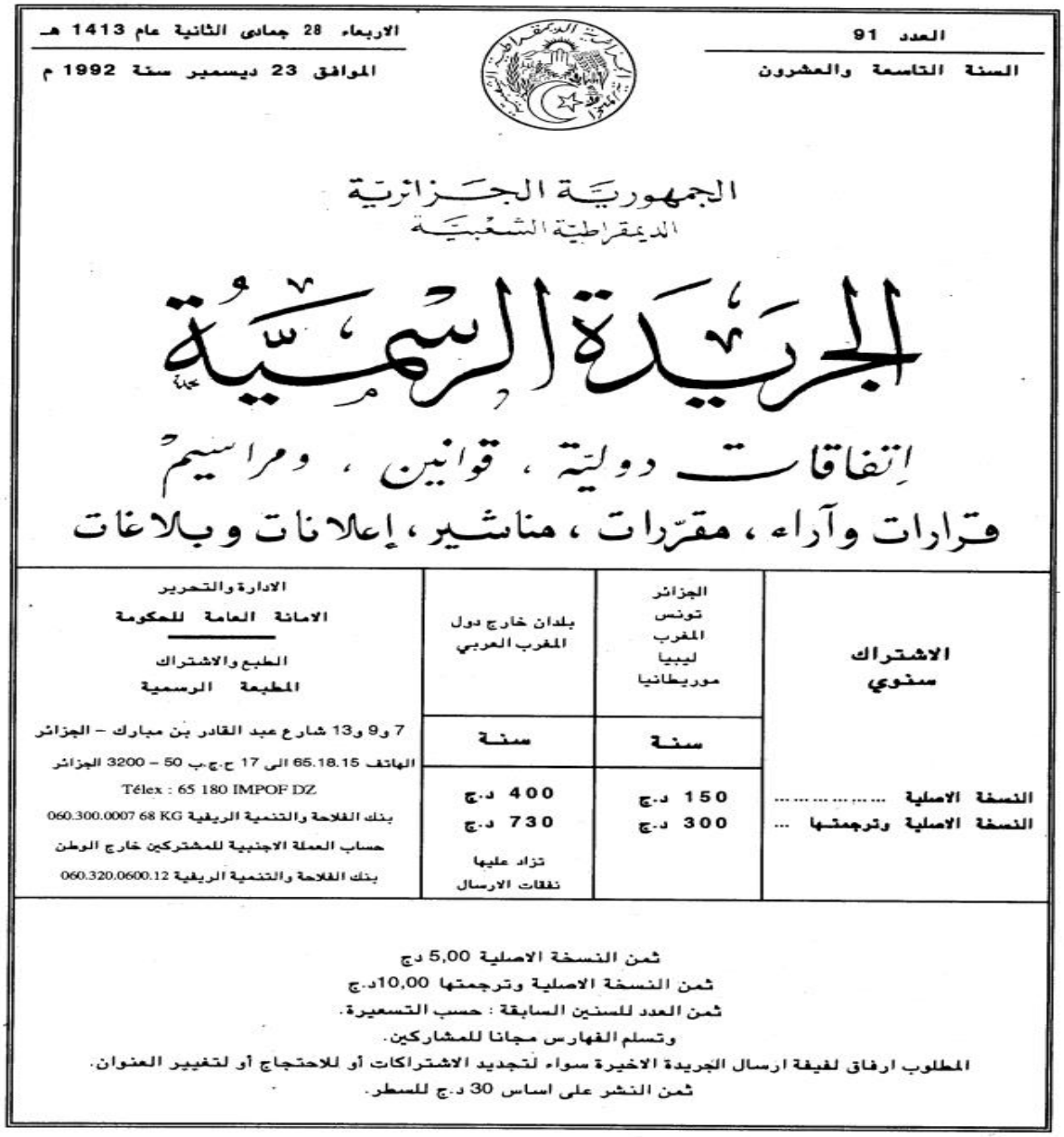
Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants 1996

مواقع الانترنيت

. www.legifrance.gouv.fr

الملاحق

الملاحق



الاربعاء 28 جمادى الثانية عام 1413 هـ
الموافق 23 ديسمبر سنة 1992 م

العدد 91
السنة التاسعة والعشرون

الجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية

الجريدة الرسمية

اتفاقات دولية ، قوانين ، ومراسيم
قرارات وآراء ، مقررات ، مناشير ، إعلانات وبلاغات

الاشتراك سنوي	الجزائر تونس المغرب ليبيا موريطانيا	بلدان خارج دول المغرب العربي	الادارة والتحرير
	سنة	سنة	الامانة العامة للحكومة
النسخة الاصلية	150 د.ج	400 د.ج	الطبع والاشتراك
النسخة الاصلية وترجمتها ...	300 د.ج	730 د.ج	المطبعة الرسمية
		تزاد عليها نفقات الارسال	7 و9 و13 شارع عبد القادر بن مبارك – الجزائر
			الهاتف 65.18.15 الى 17 ح.ج.ب 50 – 3200 الجزائر
			Télex : 65 180 IMPOF DZ
			بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.300.0007 68 KG
			حساب العملة الاجنبية للمشتركين خارج الوطن
			بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.320.0600.12

ثمن النسخة الاصلية 5,00 دج
ثمن النسخة الاصلية وترجمتها 10,00د.ج
ثمن العدد للسنين السابقة : حسب التسعيرة.
وتسلم الفهارس مجانا للمشاركين.
المطلوب ارفاق لفيفة ارسال الجريدة الاخيرة سواء لتجديد الاشتراكات أو للاحتجاج أو لتغيير العنوان.
ثمن النشر على اساس 30 د.ج للسطر.

اتفاقيات دولية

مرسوم رئاسي 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.

إن رئيس المجلس الأعلى للدولة،

– بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية،

– وبناء على الدستور، لاسيما المادة 74 – 11 منه،

– وبناء على الاعلان المؤرخ في 9 رجب عام 1412 الموافق 14 يناير سنة 1992 والمتضمن اقامة المجلس الأعلى للدولة،

– وبناء على المداولة رقم 92 – 04 / م.أ.د المؤرخة في أول محرم عام 1413 الموافق 2 يوليو سنة 1992 والمتعلقة بانتخاب رئيس المجلس الأعلى للدولة،

– وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 92 – 06 المؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 17 نوفمبر سنة 1992 والمتضمن الموافقة، مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989،

– وبعد الاطلاع على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989 وعلى تصريحاتها التفسيرية،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : يصادق، مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992.

علي كافي

اتفاقية حقوق الطفل

الديباجة

ان الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

اذ ترى أنه وفقا للمبادىء المعلنة في ميثاق الامم المتحدة، يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف، أساس الحرية والعدالة والسلم في العالم.

– وإذ تضع في اعتبارها ان شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وعقدت العزم على أن تدفع بالرقي الاجتماعي قدما وترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح،

– وإذا تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت، في الإعلان العالمي لحقوق الانسان وفي العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الانسان، أن لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك، دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، واتفقت على ذلك،

– وإذ تشير الى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في

تقدم تلك الدولة الطرف عند الطلب، للوالدين أو الطفل، أو عند الاقتضاء، لعضو آخر من الاسرة المعلومات الأساسية الخاصة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب (أو أعضاء الأسرة الغائبين) إلا إ ذا كان تقديم هذه المعلومات ليس لصالح الطفل وتضمن الدول الأطراف كذلك أن لا تترتب على تقديم مثل هذا الطلب، في حد ذاته، أي نتائج ضارة للشخص المعني (أو الأشخاص المعنيين).

المادة 10

1- وفقا للالتزام الواقع على الدول الأطراف بموجب الفقرة الأولى من المادة 9 تنظر الدول الأطراف في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة، بطريقة ايجابية وانسانية وسريعة وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم.

2- للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا في ظروف استثنائية.

وتحقيقا لهذه الغاية ووفقا لالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة 3 من المادة 9 تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلدهم هم وفي دخول بلدهم ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني، أو النظام العام أو الصحة العامة، أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم وتكون متفقة مع الحقوق الاخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.

المادة 11

1 - تتخذ الدول الاطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال الى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

2 - وتحقيقا لهذا الغرض تشجع الدول الاطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الاطراف أو الانضمام الى اتفاقات قائمة.

المادة 12

1 - تكفل الدول الاطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل وتولي آ راء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه.

2- ولهذا الغرض تتاح للطفل بوجه خا ص فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وادارية تمس الطفل إما مباشرة أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة بطريقة تتفق مع القواعد الاجرائية للقانون الوطني.

المادة 13

1 - يكون للطفل الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والافكار وتلقيها واذاعتها دون أي اعتبار للحدود سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة أو الفن أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.

2 - يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتامين ما يلي:

(أ) احترام حقوق الغير أو سمعتهم

(ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام، أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة 14

1 - تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

2 - تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعا للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة.

وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.

2 - وتحقيقا لذلك، ومع مراعاة احكام الصكوك الدولية ذات الصلة، تكفل الدول الاطراف ، بوجه خاص، ما يلي :

(أ) عدم ادعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهامه بذلك أو اثبات ذلك عليه بسبب افعال أو أوجه قصور لم تكن محظورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها.

(ب) يكون لكل طفل يدعي بانه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الاقل :

" 1 " افتراض براءته الى أن تثبت إدانته وفقا للقانون،

" 2 " إخطاره فورا ومباشرة بالتهم الموجهة اليه، عن طريق والديه أو الاوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه،

" 3 " قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقا للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الاوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته،

" 4 " عدم اكراهه على الادلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة،

" 5 " أنه انتهك قانون العقوبات، تأمين قيام سلطة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقا للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعا لذلك،

" 6 " الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجانا إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها،

" 7 " تأمين احترام حياته الخاصة تماما أثناء جميع مراحل الدعوى.

3 - تسعى الدول الاطراف لتعزيز إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصا على الاطفال الذين يدعى انهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي :

(أ) تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الاطفال ليس لديهم الاهلية لانتهاك قانون العقوبات،

(ب) استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الاطفال دون اللجوء الى الإجراءات القضائية، شريطة أن تحترم حقوق الانسان والضمانات القانونية احتراما كاملا.

4 - تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والارشاد والاشراف، والمشورة، والاختبار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الاطفال بطريقة تلائم رفاههم وتتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

المادة 41

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع إفضاء الى اعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في:

(أ) قانون دولة طرف، أو

(ب) القانون الدولي الساري على تلك الدولة.

الجزء الثاني

المادة 42

تتعهد الدول الاطراف بأن تنشر مبادىء الاتفاقية واحكامها على نطاق واسع بالوسائل الملائمة والفعالة، بين الكبار والاطفال على السواء.

المادة 43

1 - تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي احرزته الدول الاطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها فيما يلي :

2 – تتألف اللجنة من عشرة خبراء من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تغطيه هذه الاتفاقية. وتنتخب الدول الاطراف أعضاء اللجنة من بين رعاياها ويعمل هؤلاء الاعضاء بصفتهم الشخصية، ويولي الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل وكذلك للنظم القانونية الرئيسية.

3 – ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الاطراف، ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين رعاياها.

4 – يجري الانتخاب الاول لعضوية اللجنة بعد ستة اشهر على الاكثر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية وبعد ذلك مرة كل سنتين. ويوجه الامين العام للامم المتحدة قبل أربعة اشهر على الاقل من تاريخ كل انتخاب رسالة الى الدول الاطراف يدعوها فيها الى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ثم يعد الامين العام قائمة مرتبة ترتيبا ألفبائيا بجميع الاشخاص المرشحين على هذا النحو مبينا الدول الاطراف التي رشحتهم، ويبلغها الى الدول الاطراف في هذه الاتفاقية.

5 – تجري الانتخابات في اجتماعات للدول الاطراف يدعو الامين العام الى عقدها في مقر الامم المتحدة. وفي هذه الاجتماعات، التي يشكل حضور ثلثي الدول الاطراف فيها نصابا قانونيا لها، يكون الاشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم الذين يحصلون على أكبر عدد من الاصوات وعلى الاغلبية المطلقة لاصوات ممثلي الدول الاطراف الحاضرين المصوتين.

6 – ينتخب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات. ويجوز إعادة انتخابهم إذا جرى ترشيحهم من جديد. غير أن مدة ولاية خمسة من الاعضاء المنتخبين في الانتخاب الاول تنقضي بانقضاء سنتين، وبعد الانتخاب الاول مباشرة يقوم رئيس الاجتماع باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء الخمسة بالقرعة.

7 – إذا توفي أحد أعضاء اللجنة أو استقال أو أعلن لاي سبب آخر أنه غير قادر على تادية مهام اللجنة، تعين الدولة الطرف التي قامت بترشيح العضو خبيرا آخر من بين رعاياها ليكمل المدة المتبقية من الولاية، رهنا بموافقة اللجنة.

8 – تضع اللجنة نظامها الداخلي.

9 – تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين.

10 – تعقد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الامم المتحدة أو في أي مكان مناسب آخر تحدده اللجنة. وتجتمع اللجنة عادة مرة في السنة. وتحدد مدة اجتماعات اللجنة، ويعاد النظر فيها وإذا اقتضى الامر، في اجتماع للدول الاطراف في هذه الاتفاقية، رهنا بموافقة الجمعية العامة.

11 – يوفر الامين العام للامم المتحدة ما يلزم من موظفين ومرافق لاضطلاع اللجنة بصورة فعالة بوظائفها بموجب هذه الاتفاقية.

12 – يحصل أعضاء اللجنة المنشأة بموجب هذه الاتفاقية، بموافقة الجمعية العامة، على مكافآت من موارد الامم المتحدة، وفقا لما قد تقرره الجمعية العامة من شروط وأحكام.

المادة 44

1 – تتعهد الدول الاطراف بأن تقدم الى اللجنة، عن طريق الامين العام للامم المتحدة، تقارير عن التدابير التي اعتمدتها لانفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق :

(أ) في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية،

(ب) وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات.

2 – توضح التقارير المعدة بموجب هذه المادة العوامل والصعاب التي تؤثر على درجة الوفاء بالالتزامات المتعهد بها بموجب هذه الاتفاقية إن وجدت مثل هذه العوامل والصعاب. ويجب أن تشتمل التقارير أيضا على معلومات كافية توفر للجنة فهما شاملا لتنفيذ الاتفاقية في البلد المعني.

3 – لا حاجة بدولة طرف قدمت تقريرا أوليا شاملا الى اللجنة أن تكرر، في ما تقدمه من تقارير لاحقة وفقا للفقرة (ب) من هذه المادة، المعلومات الاساسية التي سبق لها تقديمها.

1/20

المملكة المغربية
وزارة العدل
مديرية الشؤون المدنية

مصلحة التعاون القضائي الدولي

اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الأطفال
(المؤرخة في 19 أكتوبر 1996)

صيغة منقحة: 2016

إعداد: السلطة المركزية المغربية

1

الباب الثاني

الاختصاص

المادة 5

1- تختص كل من السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله.

2- مع مراعاة المادة السابعة، يكون الاختصاص لسلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة للطفل في حالة تغيير مكان إقامته الاعتيادية إلى دولة أخرى متعاقدة.

المادة 6

1- تمارس سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد فوق ترابها الأطفال اللاجئون و الأطفال الذين نقلوا دوليا بسبب اضطرابات يعرفها بلدهم، الاختصاص المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة الخامسة.

2- تطبق مقتضيات الفقرة السابقة على الأطفال الذين يتعذر تحديد مكان إقامتهم الاعتيادية.

المادة 7

1- في حالة نقل الطفل أو احتجازه بصورة غير مشروعة، تبقى سلطات الدولة المتعاقدة التي كان الطفل مقيما بها بصفة اعتيادية قبيل نقله أو احتجازه مختصة إلى حين حصول الطفل على الإقامة الاعتيادية بالبلد الآخر، وذلك إذا:

أ- وافق كل شخص، أو مؤسسة، أو أي هيئة أخرى لها حق الحضانة على نقل الطفل أو عدم إرجاعه؛

ب- أقام الطفل بالدولة الأخرى لمدة لا تقل عن سنة بعد حصول الشخص، أو أي مؤسسة، أو أي هيئة أخرى على حق الحضانة، وكان أحد هؤلاء يعلم، أو يفترض فيه العلم بمكان وجود الطفل، ولم يكن طلب إعادة الطفل الذي تم تقديمه خلال هذه الفترة قيد الدرس، وكان الطفل قد اندمج في محيطه الجديد.

2- يعتبر نقل الطفل أو عدم إرجاعه غير مشروع:

أ- إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما، سواء بشكل مشترك أو فردي، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو عدم إرجاعه؛

ب- إذا كانت هذه الحقوق قد مُورِست فعليا وقت النقل أو عدم الإرجاع، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو عدم إرجاعه.

3- ينتهي سريان الإجراءات المتخذة في أي دولة متعاقدة تطبيقا للفقرة الأولى اتجاه طفل يقيم بصفة اعتيادية في دولة غير متعاقدة بمجرد الاعتراف بالإجراءات التي تقتضيها الوضعية، والتي اتخذتها سلطات الدولة الأخرى.

المادة 12

1- مع مراعاة المادة 7، تكون سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد بها الطفل أو ممتلكاته مختصة لاتخاذ إجراءات حماية شخصه أو أمواله، والتي لها طابع مؤقت وأثر محصور فوق تراب تلك الدولة، شريطة ألا تتعارض هذه الإجراءات مع ما سبقها من إجراءات اتخذت من طرف السلطات المختصة طبقا للمواد من 5 إلى 10.

2- ينتهي سريان الإجراءات المتخذة تطبيقا للفقرة السابقة اتجاه الطفل الذي يقيم بصفة اعتيادية في دولة متعاقدة ابتداء من تاريخ بت السلطات المختصة طبقا للمواد من 5 إلى 10 في الإجراءات التي تقتضيها الوضعية.

3- ينتهي سريان الإجراءات المتخذة في الدولة المتعاقدة تطبيقا للفقرة الأولى اتجاه الطفل الذي يقيم بصفة اعتيادية في دولة غير متعاقدة بمجرد الاعتراف بالإجراءات التي اقتضتها الوضعية، والتي اتخذت من طرف السلطات المختصة لدولة أخرى طبقا للمواد من 5 إلى 10.

المادة 13

1- تمتنع سلطات الدولة المتعاقدة المختصة باتخاذ إجراءات حماية شخص الطفل أو أمواله طبقا لمقتضيات المواد من 5 إلى 10 عن البت، إذا قدمت أثناء افتتاح الدعوى إلى سلطات الدولة المتعاقدة الأخرى المختصة تطبيقا للمواد من 5 إلى 10، طلبات إجراءات مماثلة، و كانت تلك الطلبات ما زالت قيد الدراسة.

2- لا تطبق مقتضيات الفقرة السابقة إذا كانت السلطات التي قدم إليها الطلب ابتداءً قد تخلت عن اختصاصها.

المادة 14

تبقى الإجراءات المتخذة سارية المفعول في نطاق ما نصت عليه المواد من 5 إلى 10، حتى لو تغيرت الظروف التي ارتكز عليها سند الاختصاص، وذلك ما دامت السلطات المختصة طبقا لهذه الاتفاقية لم تغير هذه الإجراءات، أو تعوضها، أو تسحبها.

7

إذا ضمت دولة وحدتين إقليميتين فأكثر ، وكان لكل واحدة منها نظامها القانوني الخاص، أو مجموعة من القواعد ذات الصلة بالمسائل المنظمة بمقتضى هذه الاتفاقية، تطبق القواعد التالية لتحديد القانون المعمول به وفقا للباب الثالث:

أ- في حالة وجود قواعد سارية المفعول في هذه الدولة تحدد قانون الوحدة الإقليمية الواجب التطبيق، يطبق قانون هذه الوحدة.

ب- في حالة غياب هذه القواعد، يطبق قانون الوحدة الإقليمية المحدد تبعا لمقتضيات المادة 47.

المادة 49

إذا توفرت دولة على نظامين قانونيين فأكثر أو مجموعة قواعد تطبق على شرائح مختلفة من الأشخاص في المسائل المنظمة بمقتضى هذه الاتفاقية، تطبق القواعد التالية:

أ- في حالة وجود قواعد سارية المفعول في هذه الدولة تحدد القانون الواجب التطبيق، يطبق هذا الأخير.

ب- في حالة غياب هذه القواعد، تطبق أحكام النظام القانوني، أو مجموعة القواعد التي ترتبط بوضعية الطفل ارتباطا أوثق.

المادة 50

لا تمس هذه الاتفاقية بمقتضيات اتفاقية 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالمظاهر المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، وذلك في ما يخص العلاقات بين أطراف هذه الاتفاقية، غير أنه لا يوجد ما يمنع من إعمال مقتضيات هذه الاتفاقية من أجل التوصل لإعادة الطفل الذي نقل، أو احتجز بصورة غير مشروعة، أو من أجل تنظيم حق الزيارة.

المادة 51

تحل هذه الاتفاقية في إطار العلاقات بين الدول المتعاقدة محل اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات، والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين، واتفاقية لاهاي المتعلقة بتنظيم الولاية على القاصرين الموقعة في 12 يونيو 1902، دون المساس بالاعتراف بالإجراءات المتخذة تبعا لاتفاقية 5 أكتوبر 1961 المشار إليها.

مرسوم رقم 88 – 144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

إن رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور لاسيما المادتان 111 – 17 و158 منه،

– وبمقتضى القانون رقم 88 – 22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

– وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

يرسم ما يلي :

المادة الاولى : يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،

– رغبة منهما في دعم التعاون القضائي،

– وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين،

– واقتناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى،

– ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه اللذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما،

اتفقنا على ما يلي :

الفصل الاول

احكام عامة

المادة الاولى

تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

المادة 2

يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الاخرى، جميع الاجراءات الملائمة لما يأتي :

1) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالامر،

ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة باجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الاحكام القضائية الصادرة في شأنه،

ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة،

د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا،

هـ) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم،

و) إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها،

ز) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لاحد رعايا الدولة الاخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

المادة 3

يتمتع الوالدان المتنازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردهما، من اجل تطبيق هذه الاتفاقية.

المادة 4

1 – تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الادارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.

2 – تعلم القنصلية المختصة إقليميا باجراءات الحماية القضائية أو الادارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد إتخاذها.

الفصل الثاني

المحافظة على علاقات الطفل بالوالدين

المادة 5

يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة.

المادة 6

يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للازواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما.

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.

المادة 7

يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الاطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

المادة 8

يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية الى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما:

1 – إذا لم يرد الطفل الذي أخذ الى البلد الآخر الى الوالد الحاضن، عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

2 – تطبق أحكام الفقرة الاولى من هذه المادة إذا تم تنقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

المادة 9

تعد الاحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

المادة 10

يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت، رغم ممارسة أي حق في الطعن.

المادة 11

يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

الفصل الثالث

احكام خاصة

المادة 12

يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الاعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات. وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة. تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين في المادة الاولى إجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الادارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كيفيات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني، على ضوء هذا الرأي، أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الحضانة وحق الزيارة تعديل قراره وفقا لاحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعات الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

الفصل الرابع

احكام ختامية

المادة 13

تبقى سارية المفعول أحكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الاحكام، وتسليم المجرمين، وأحكام تبادل رسائل 18 / 9 / 1980 التي لم ينص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

المادة 14

1 – يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الاجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.

2 – تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الاول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الاخير.

3 – يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين الغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بارسال اشعار بالالغاء الى الطرف الآخر عن الطريق الدبلوماسي.

يسري مفعول الالغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الاشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	عن حكومة الجمهورية الفرنسية
وزير العمل والشؤون الاجتماعية	الوزيرة المفوضة المكلفة بالأسرة والتضامن
محمد نابي	جورجينا ديفوا

اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال

(المؤرخة في 25 أكتوبر 1980)

إن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية،

إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية قصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم؛

ورغبة منها في حماية الأطفال على الصعيد الدولي من الآثار الضارة الناتجة عن نقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة، واتخاذ إجراءات تضمن إعادتهم الفورية إلى دولة مكان إقامتهم الاعتيادية، بالإضافة إلى حماية حقوق الزيارة والاتصال؛

قررت إبرام اتفاقية لهذا الغرض، واتفقت على الأحكام التالية:

الباب الأول – مجال الاتفاقية

المادة 1

أهداف هذه الاتفاقية:

أ- ضمان الإعادة الفورية للأطفال الذين نقلوا إلى أو احتجزوا في أي دولة متعاقدة بطريقة غير مشروعة؛

ب- ضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة والاتصال التي ينص عليها القانون بإحدى الدول المتعاقدة من قبل الدول المتعاقدة الأخرى.

المادة 2

تتخذ الدول المتعاقدة كافة الاجراءات اللازمة لضمان تنفيذ أهداف الاتفاقية داخل حدودها، وتستخدم لهذه الغاية أسرع الإجراءات المتاحة.

المادة 3

يعتبر نقل الطفل أو احتجازه غير مشروع في الحالات التالية:

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

أ- إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما، سواء بشكل مشترك أو فردي، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه؛

ب- إذا كانت هذه الحقوق قد مُورِست فعليا وقت النقل أو الاحتجاز، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه.

قد تمنح حقوق الحضانة المذكورة أعلاه في الفقرة (أ) على وجه الخصوص بموجب قانون، أو بناء على قرار قضائي، أو إداري، أو اتفاق ذو أثر قانوني بموجب قانون الدولة المعنية.

المادة 4

تطبق هذه الاتفاقية على أي طفل كان مقيما بصفة اعتيادية بأي دولة متعاقدة مباشرة قبل حدوث أي انتهاك لحقوق الحضانة أو الزيارة والاتصال. وينتهي تطبيق الاتفاقية عند بلوغ الطفل سن السادسة عشرة.

المادة 5

وفقا لأغراض هذه الاتفاقية:

أ- تتضمن "حقوق الحضانة": الحقوق المتعلقة برعاية شخص الطفل وبوجه خاص الحق في تحديد مكان إقامته ؛

ب- تتضمن "حقوق الزيارة والاتصال": الحق في اصطحاب الطفل لفترة زمنية محدودة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية.

الباب الثاني – السلطات المركزية

المادة 6

تعَيِن الدولة المتعاقدة سلطة مركزية للاطلاع بالمهام التي تفرضها الاتفاقية على هذه السلطات.

تتاح للدول الفيدرالية أو الدول ذات الأنظمة القانونية المتعددة أو الدول ذات المنظمات الإقليمية المتمتعة بالحكم الذاتي، حرية تعيين أكثر من سلطة مركزية واحدة وتحديد المدى الإقليمي لسلطتها.

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

إذا عينت دولة أكثر من سلطة مركزية واحدة، فيجب أن تحدد من بينها تلك التي يجب أن تتلقى الطلبات لتوجيهها بعد ذلك إلى للسلطة المركزية المعنية داخل هذه الدولة.

المادة 7

تتعاون السلطات المركزية فيما بينها وتعزز سبل التعاون بين السلطات المختصة في دولها لضمان الإعادة الفورية للأطفال وتحقيق الأهداف الأخرى لهذه الاتفاقية.

تتخذ السلطات المركزية، سواء بشكل مباشر أو عبر وسيط، جميع الإجراءات المناسبة من أجل:

أ) تحديد مكان وجود الطفل الذي نُقل أو احتجز بطريقة غير مشروعة؛

ب) منع إلحاق أي ضرر إضافي بالطفل، أو الإضرار بالأطراف المعنية نتيجة اتخاذ تدابير مؤقتة أو التسبب في اتخاذها؛

ج) ضمان الإعادة الطوعية للطفل أو التوصل إلى حل ودي؛

د) تبادل المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية للطفل عند الاقتضاء؛

ه) توفير المعلومات ذات الطابع العام المتعلقة بقانون دولها، والمرتبطة بتطبيق الاتفاقية؛

و) البدء في القيام بالإجراءات القضائية أو الإدارية أو تسهيلها بهدف إعادة الطفل ووضع الترتيبات اللازمة لتنظيم الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال أو ضمانها؛

ز) توفير المساعدة والاستشارة القانونية أو تسهيلها-عند الاقتضاء- بما في ذلك الاستعانة بالمحامين والمستشارين القانونيين؛

ح) توفير الترتيبات الإدارية التي قد تكون ضرورية ومناسبة لضمان الإعادة الآمنة للطفل؛

ط) تبادل المعلومات بشأن تطبيق هذه الاتفاقية وإزالة أي عقبات قد تعيق ذلك.

الباب الثالث – إعادة الأطفال

المادة 8

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

يحق لأي شخص أو مؤسسة أو هيئة تدّعي أن طفلا ما قد نُقل أو احتجز بأسلوب يعتبر

يحق لأي شخص أو مؤسسة أو هيئة تدّعي أن طفلا ما قد نُقل أو احتجز بأسلوب يعتبر انتهاكا لحقوق الحضانة؛ التقدم بطلب سواء إلى السلطة المركزية في مكان إقامة الطفل الاعتيادية أو إلى السلطة المركزية التابعة لأي دولة متعاقدة أخرى للمساعدة في ضمان إعادة الطفل.

يتضمن الطلب ما يلي:

أ) المعلومات الخاصة بهوية كل من مقدم الطلب والطفل والشخص المحتمل أنه قام بنقل الطفل أو احتجازه.

ب) تاريخ ازدياد الطفل إن توفر.

ج) الأسس التي يقوم عليها ادعاء مقدم الطلب.

د) كافة المعلومات المتوفرة حول مكان الطفل وهوية الشخص المفترض وجوده معه.

يمكن أن يُرفق الطلب أو يُلحق بما يلي:

هـ) نسخة موثقة من أي قرار أو اتفاق ذو علاقة بالموضوع.

و) شهادة صادرة عن سلطة مركزية أو سلطة مختصة أخرى تابعة للدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية، أو من أي شخص مؤهل، بخصوص القانون ذو الصلة بالموضوع في تلك الدولة.

ز) أي وثائق أخرى ذات علاقة بالموضوع.

المادة 9

إذا توفر لدى السلطة المركزية التي تتلقى طلبا كالمشار إليه في المادة 8 ما يحملها على الاعتقاد بأن الطفل موجود في دولة متعاقدة أخرى، تقوم مباشرة ودون أي تأخير بإرسال الطلب إلى السلطة المركزية التابعة لتلك الدولة المتعاقدة وإفادة السلطة المركزية المقدمة للطلب أو مقدم الطلب، وفقا الحالة.

المادة 10

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

تتخذ السلطة المركزية التابعة للدولة التي يوجد بها الطفل، أو تعمل على اتخاذ كافة الإجراءات الملائمة للتوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل.

المادة 11

تتخذ السلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدول المتعاقدة إجراءات عاجلة لإعادة الأطفال.

إذا لم تتوصل السلطات القضائية أو الإدارية المعنية إلى قرار في ظرف ستة أسابيع منذ تاريخ بدء الإجراءات، يحق لمقدم الطلب أو السلطة المركزية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب، سواء بناء على مبادرة منها أو طلب من السلطة المركزية التابعة للدولة مقدمة الطلب، المطالبة ببيان يتضمن أسباب التأخير.

إذا تلقت السلطة المركزية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب رداً، تقوم بإرسال هذا الرد إلى السلطة المركزية التابعة للدولة مقدمة الطلب أو إلى مقدم الطلب، وفقا للحالة.

المادة 12

إذا كان طفل قد نُقل أو احتجز بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة 3، وإذا كانت الفترة المنقضية بين تاريخ النقل أو الاحتجاز غير المشروع و تاريخ بدء الإجراءات بواسطة السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي يوجد بها تقل عن عام واحد، فيجب على السلطة المعنية إصدار أمر فوري بإعادة الطفل.

تصدر السلطة القضائية أو الإدارية أيضا أمرا بإعادة الطفل حتى إذا كانت الإجراءات قد بدأت بعد انقضاء مدة السنة الواحدة المشار إليها في الفقرة السابقة، إلا إذا قُدِمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة.

يحق للسلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب، إذا توفر لديها ما يدعو للاعتقاد بأن الطفل قد نقل إلى دولة أخرى، استئناف الإجراءات أو رفض النظر في طلب إعادة الطفل.

المادة 13

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة، لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تعارض إعادة الطفل من إثبات أن:

أ) الشخص أو المؤسسة أو أي هيئة أخرى ترعى شخص الطفل لم تكن تمارس فعلا حقوق الحضانة وقت النقل أو الإعادة بشكل فعلي، أو كانت قد وافقت مسبقا أو فيما بعد على النقل أو على عدم إعادة الطفل؛

ب) ثمة مخاطر جسيمة لإعادة الطفل قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي أو وجوده في وضع لا يطاق.

يجوز للسلطة القضائية أو الإدارية رفض إصدار طلب إعادة الطفل إذا رأت أن الطفل يرفض إعادته وأنه قد بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ برأيه.

عند تقدير الظروف المشار إليها في هذه المادة، تأخذ السلطات القضائية والإدارية بعين الاعتبار المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية للطفل التي تحصل عليها من السلطة المركزية التابعة للدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية أو أي سلطة مختصة تابعة لهذه الدولة.

المادة 14

من أجل التحقق مما إذا كان هناك نقل أو احتجاز غير مشروع حسب ما ورد في المادة 3، تأخذ السلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب بعين الاعتبار وبصورة مباشرة قانون الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية، والقرارات القضائية والإدارية المعترف بها أو غير المعترف بها رسميا في تلك الدولة، دون الرجوع إلى الإجراءات المحددة الخاصة بصلاحية هذا القانون أو الاعتراف بالقرارات الأجنبية التي قد يمكن تطبيقها.

المادة 15

قبيل إصدار أمر بإعادة الطفل، يحق للسلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة أن تطلب حصول مقدم الطلب من سلطات الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية على قرار أو أي حكم يشير إلى أن النقل أو الاحتجاز كان غير مشروع حسب ما ورد في المادة 3 من

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

الاتفاقية. ويتعين على السلطات المركزية التابعة للدول المتعاقدة مساعدة مقدمي الطلبات – بقدر الإمكان- في الحصول على هذه القرارات أو الأحكام.

المادة 16

عقب تلقيها مذكرة تفيد بحدوث نقل أو احتجاز طفل بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة 3، لا يحق للسلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي نُقل إليها الطفل أو التي احتجز فيها، إصدار قرار حول الجوانب القانونية لحقوق الحضانة إلى أن يثبت أن شروط إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية غير متوفرة، أو إن لم يتم تقديم طلب بموجب هذه الاتفاقية خلال فترة زمنية معقولة بعد تلقي المذكرة.

المادة 17

لا يعتبر القرار المتعلق بالحضانة والذي تم إصداره أو الاعتراف به في الدولة المقدم إليها الطلب أساسا لرفض إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية، غير أنه يمكن للسلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب أن تأخذ بعين الاعتبار أسباب إصدار هذا القرار في تطبيقها لهذه الاتفاقية.

المادة 18

لا يمكن للأحكام الواردة في هذا الباب الحد من صلاحية السلطة القضائية أو الإدارية في إصدار أمر بإعادة الطفل في أي وقت كان.

المادة 19

لا يؤثر أي قرار يتعلق بإعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية على الجوانب القانونية المرتبطة بالحق في الحضانة.

المادة 20

يمكن رفض أمر إعادة الطفل الصادر بموجب أحكام المادة 12، إذا كانت المبادئ الأساسية للدولة المقدم إليها الطلب والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لا تُجيز ذلك.

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

الاتفاقية، يحق للسلطات القضائية أو الإدارية – عند الاقتضاء - أن تفرض على الشخص الذي نقل الطفل أو احتجزه، أو الذي حال دون ممارسة حقوق الزيارة والاتصال، سداد المصاريف الضرورية التي تحملها مقدم الطلب أو سُددت بالنيابة عنه، بما في ذلك مصاريف السفر أو أي مصاريف مترتبة عن عملية البحث عن الطفل، ومصاريف النيابة القانونية عن مقدم الطلب، و مصاريف إعادة الطفل.

المادة 27

لا يتعين على السلطة المركزية قبول الطلب إذا ثبت عدم تحقق شروط تطبيق هذه الاتفاقية أو أن الطلب لا يقوم على أساس سليم. وفي هذه الحالة، تخبر السلطة المركزية مقدم الطلب أو السلطة المركزية التي أرسِل عبرها الطلب- عند الاقتضاء- فورا بأسباب رفضها الطلب.

المادة 28

يحق للسلطة المركزية المطالبة بإرفاق الطلب بتفويض كتابي يخول لها التصرف بالنيابة عن مقدمه أو تعيين من يمثله.

المادة 29

لا تحول هذه الاتفاقية دون قيام أي شخص أو مؤسسة أو هيئة تدعي حدوث انتهاك لحقوق الحضانة أو الزيارة والاتصال كما جاء في المادة 3 أو المادة 21، بتقديم طلب بصورة مباشرة إلى السلطات القضائية أو الإدارية في أي دولة متعاقدة، سواء كان ذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية أم لا.

المادة 30

تقبل المحاكم والسلطات الإدارية للدول المتعاقدة الطلبات المقدمة عبر السلطة المركزية أو المقدمة بصورة مباشرة إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة والمتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية، إلى جانب أي وثائق ومعلومات أخرى مرفقة بها أو المرسلة من قبل أي سلطة مركزية.

المادة 31

المملكة المغربية- وزارة العدل والحريات- مديرية الشؤون المدنية- ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية

فهرس الموضوعات

شكر وتقدير

اهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....أ

الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة.....5

المبحث الأول: ماهية الحضانة.....5

المطلب الأول مفهوم الحضانة.....5

الفرع الأول التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للحضانة.....6

الفرع الثاني: التكييف القانوني للحضانة.....12

الفرع الثالث: الطبيعة الشرعية للحضانة.....13

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....17

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الاسرة رقم 84/11:.....17

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 :.....19

المبحث الثاني: أحكام الحضانة.....22

المطلب الأول: شروط الحضانة ومقتضياتها.....22

الفرع الأول: شروط الحضانة.....22

الفرع الثاني: مقتضيات الحضانة.....25

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....41

المبحث الأول: إشكالية اعمال ضابط الاسناد الخاص بالحضانة.....41

المطلب الأول صعوبات تطبيق قانون الجنسية.....41

الفرع الأول: مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها.....42

الفرع الثاني: حالة تغيير الجنسية 43
الفرع الثالث: حالة الاسناد لقانون تعددت فيه التشريعات..... 44
الفرع الرابع: حالة تعذر تفسير القانون الاجنبي 45
المطلب الثاني: الحلول الوضعية لقانون الواجب التطبيق على الحضانة: 46
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة :..... 47
الفرع الثاني موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق 54
المبحث الثاني: ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون. 59
المطلب الأول: ماهية النقل غير مشروع للمحضون 59
الفرع الأول: انتقال المحضون خارج التراب الوطني: 60
الفرع الثاني: انتقال المحضون داخل التراب الوطني: 63
المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الدولية للحد من ظاهرة النقل غير الشرعي للمحضون..... 65
الفرع الأول :إتفاقية لاهاي 1980 الخاصة بالجوانب المدنية لاختطاف الدولي لأطفال:..... 66
الفرع الثاني:إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989: 67
الفرع الثالث:إتفاقية لاهاي لعام 1996 :..... 68
خاتمة..... 71
قائمة المصادر والمراجع..... 74
الملاحق..... 82
فهرس الموضوعات..... 102