جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

تنازع القوانين في مسائل الحضانة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

من تقديم الطالبة:

طغان أمـــــينة.

تحت إشراف الأستاذ:

مسيخ محمد لـــمين.

" لجنة المناقشة "

1 / أ. د . فليغة نور الدين..... رئـيسا.

2 / أ. مسيخ محمد لمين..... مشرفا ومـقررا.

3 / أ. بوغاغة ياسمينة..... مناقشا.

دورة جـــوان 2016

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أول من علماني أن أخط بالقلم، إلى أمي وأبي أغلى ما أملك.

إلى

من جعلهم الله سندا لي في الحياة

إخوتي عرافة، محمد لمين وسارة

إلى

خالي وخالتي

إلى

أعز صديقاتي محمد بن علي ليلي

وإلى

كل من ذكرهم قلبي ولم يذكرهم قلمي.

أمينة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي يسر لي أمري، وأنعم عليا بنعمة العلم، ومنحني القوة والصبر لإنجاز هذا العمل.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى مؤطري الأستاذ "مسيخ محمد لمين" والذي لم يبخل علي بنصائحه وإرشاداته العلمية والمنهجية وتوجيهاته القيمة في سبيل إنجاز هذا العمل.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء اللجنة المكلفة بمناقشة هذه المذكرة، والشكر موصول لكل أساتذتنا، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور كيفاجي الضيف.

إلى كل الأساتذة بكلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 الذين سهروا على تكويننا منذ التحاقنا بمقاعد الجامعة.

إلى كل الطقم الإداري وكل عمال وعاملات كلية الحقوق

بجامعة 20 أوت 1955.

وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إتمام هذا العمل.

أمينة

قائمة المختصرات:

أولا : بالغة العربية:

الرقم	المختصر	الشرح
01	ق أ ج	قانون أسرة جزائري
02	ق م ج	قانون مدني جزائري
03	ق ع ج	قانون عقوبات جزائري
04	ج	الجزء
05	ط	الطبعة
06	ص	صفحة
07	ص ص	صفحة صفحة

أولا : بالغة الفرنسية:

Numéro	Le signe	Signification du signe
01	P	page
02	Op cit	Ouvrage précédemment cité
03	éd	éditions

مقدمة:

إن رابطة الزواج هي من أعظم الروابط؛ لأن هذه الرابطة هي الأساس لتكوين أسرة صالحة وبتالي تكوين مجتمع سليم.

فالأسرة قد لقيت اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية؛ بحيث تم تبيان الطريق الشرعي لإنشائها؛ كما تم تبيان مختلف الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق كل من الزوجين أثناء ممارستهم لحياتهم الزوجية؛ كما بين أن أساس قيام الحياة الزوجية هي المودة والرحمة لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "[1].

فالأسرة هي المؤثر الأول والأخير في حياة الفرد؛ كون هذه الأخيرة هي البيئة الأولى المصاحبة للطفل في أولى مراحل حياته؛ وذلك بحكم الطبيعة فمعظم أوقات الطفل يقضيها داخل البيت؛ وبتالي فهي الأساس الأول الذي يعتمد عليها الطفل في كسب بعض القواعد والمبادئ الذي تؤدي إلى تنشئته تنشئة صحيحة ومستقيمة؛ فالأسرة هي نواة المجتمع وصلاح هذه الأخيرة يؤدي إلى صلاح الفرد ومن ثم صلاح المجتمع ككل.

غير أن هذه الأسرة قد لا تخلو من المشاكل المستمرة بين الزوجين؛ فهناك نوعين من المشاكل؛ فالنوع الأول يعتبر أمر طبيعي إذ لا يمكن تصور وجود أسرة دون مشاكل؛ أما النوع الثاني فلا يمكن تفاديه وقد لا يوجد له حلا إذ قد يتسبب في شقاق دائم بين الزوجين مما يؤدي إلى عدم استمرار الحياة الزوجية.

وبالرغم من الأهمية الكبرى التي تكتسبها رابطة الزواج في مختلف الشرائع؛ وبالأخص في الشريعة الإسلامية؛ إلا أنه قد يصعب أحيانا مواصلة الحياة الزوجية؛ وفي هذه الحالة فقد شرع الله عز وجل الطلاق لقوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "[2]؛ على أن

---

[1] – سورة الروم، الآية 21.

[2] – سورة البقرة، الآية 228.

لا يكون هذا الأخير سيفا مسلطا على رقاب النساء بل لابد أن تتوفر فيه شروط ودوافع معينة لقيامه ذلك أن الأخذ بالطلاق على إطلاقه يؤدي إلى تحويله من نعمة إلى نقمة لأن أبغض الحلال عند الله هو الطلاق[1].

وبناء على ما تقدم فقد يكون الطلاق هو الوسيلة الوحيدة لحل الخلافات المتكررة بين الزوجين؛ إلا أن المتضرر الأول من انفصال الزوجين هو الطفل ذلك أن هذا الأخير كان يعيش في جو من الاستقرار والطمأنينة؛ فانفصال الزوجين عن بعضهما البعض يخلق نوع من الاضطراب في نفسية الطفل واستقراره.

لدى فإن من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية لطفل؛ وتعتبر من أهم آثار الطلاق هي حق الطفل في الحضانة؛ ذلك أن الطفل ولصغر سنه يحتاج إلى نوع من الرعاية والتربية الخاصة؛ وقد قدم الشرع كلا من الأبوين فيما يحقق ذلك تمام مصلحة الولد فهناك نوع يقدم فيه الرجل على المرأة وهي ولاية المال والنكاح؛ وهناك نوع يقدم فيه المرأة على الرجل وهي ولاية الحضانة والرضاع[2].

وقد عالج المشرع الجزائري نظام الحضانة في المواد من : 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري والذي أقر فيها كافة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل في إطار الحضانة.

غير أنه قد يصعب ممارسة الحضانة في إطار الروابط الدولية الخاصة أي في إطار ظاهرة الزواج المختلط؛ فهي تثير العديد من الإشكالات والصعوبات منها ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة انحلال هذا الزواج؛ ومرد هذه الصعوبة هو انتفاء نص قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق؛ عليها مما يفتح باب الاجتهاد حول هذه المسألة مما يؤدي بضرورة إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق تبعا لاختلاف الاجتهاد.

---

[1] – محمد متولي الشعراوي، **أحكام الأسرة والبيت المسلم**، دون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2011، ص : 17.

[2] – باسل محمود الحافي، **فقه الطفولة**، الطبعة الأولى، دار البوادر، سوريا، دمشق، 2008، ص : 348.

من أهم الدراسات السابقة التي اعتمدت في هذه المذكرة هي :

جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010.

وما يزيد الأمر أكثر صعوبة هو عدم تقبل أحد أطراف العلاقة الزوجية والذي تقرر له حق الزيارة حق الطرف الآخر في حضانة الطفل؛ فقد يسعى هذا الأخير إلى حرمان الطرف الأخر من حقه في حضانة الطفل؛ وهنا يقع الأطفال ضحية لرغبات الوالدين وعدم شعورهم بالمسؤولية.

مسائل الحضانة ذات خطورة إن على المستوى القانون الداخلي أو على مستوى القانون الدولي؛ ذلك لأنها تتعلق بمصير قصر يحتاجون إلى الرعاية. فمثلا على مستوى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري ركز كثيرا على مصلحة المحضون في سياسته التشريعية الخاصة بالحضانة؛ وعلى مستوى القانون الدولي الخاص يزداد الأمر تعقيدا بسبب تدخل عدة قوانين من جهة ومن جهة أخرى فكرة الدفع بالنظام العام لتعلق الموضوع بركن الشعب إذا كان أحد الأطراف يحمل جنسية القاضي كل هذا يدفعنا للتساؤل حول الإشكالات المطروحة بالنسبة للحضانة في مجال تنازع القوانين؛ وكيف عالجها المشرع الجزائري بالموازاة مع بعض التشريعات الأخرى ؟ وماهي الحلول التي تم إيجادها أن على التشريع الداخلي أو على المستوى التشريع الدولي ؟

وتتجلى أهمية موضوع الدراسة من خلال أن هذا الموضوع لم ينل نصيبه من البحث والاهتمام؛ شأنه في ذلك شأن كافة المواضيع التي يتجاذبها أكثر من فرع قانوني؛ وازدادت أهمية البحث أكثر في يومنا هذا نظرا إلى أن هذا الموضوع يطرح العديد من الإشكالات من الناحية الواقعية خاصة بعد أن كثر زواج الجزائريين بالأجانب.

ولعل أن من أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع " تنازع القوانين في مسائل الحضانة " هي الميول وكذلك الرغبة في تناول هذا الموضوع الذي يثير العديد من التساؤلات الخطيرة؛ كما تتضح أهمية هذا الموضوع في قلة الدراسات التي تتناول مسألة الحضانة وما تثيره من إشكالات على المستوى الدولي.

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى إزالة اللبس الذي يعتري هذا الموضوع من خلال جمع شتات هذا الموضوع هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى إيجاد مذكرة بخصوص موضوع الحضانة في إطار الروابط الدولية الخاصة.

ومن الصعوبات التي اعترضت هذه المذكرة؛ قلة المراجع في هذا الموضوع؛ ضيق الوقت والذي يعتبر عامل مهم من أجل إنشاء مذكرة كاملة.

ولقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الاستقرائي؛ وذلك من خلال استقراء المواد؛ مع الاستناد على المنهج التحليلي.

ومن أجل معالجة الموضوع محل الدراسة والإحاطة بكل جوانبه ارتأيت تقسيم موضوع البحث إلى مقدمة؛ فصلان اثنان؛ حيث تناولت في الفصل الأول نظام الحضانة في القانون الجزائري والذي ينقسم بدوره إلى ثلاثة مباحث فتناولت في المبحث الأول ماهية الحضانة أما المبحث الثاني فيتعلق بأصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في حين أن المبحث الثالث يتعلق بالأثار المترتبة على الحضانة؛ أما الفصل الثاني فقد تم تطرق فيه لإشكالات الحضانة في القانون الدولي الخاص وحلولها وهذا الأخير ينقسم بدوره مبحثين فتناولت في المبحث الأول تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في حين أن المبحث الثاني فيتضمن الاتفاقيات كحل للإشكالات التي تثيرها الحضانة؛ خاتمة.

الفصل الأول : نظام الحضانة في القانون الجزائري :

إن من أهم الحقوق التي اهتمت بها القوانين الوضعية اهتماما كبيرا وحاولت من خلال نصوصها أن توفر الحماية لها هي الحقوق المتعلقة بالطفل؛ كون هذا الأخير يحتاج إلى من يقوم برعايته والاهتمام بمصالحه وهذا ما يعرف بالحضانة؛ التي تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق.

غير أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي أو المنبع الحقيقي لهذه الحقوق؛ والتي وضعت من أجل حماية الطفل باعتبار هذا الأخير الضحية الأولى لانحلال الزواج؛ فيكون بحاجة إلى من يرعاه ويقوم بمصالحه في المرحلة الأولى من مراحل حياته؛ لأن هذه المرحلة بالنسبة للطفل تتسم بالعجز؛ فيكون غير قادر فيها على القيام بشؤونه لوحده؛ لذلك فالشريعة الإسلامية كانت الأسبق في وضع أحكام شرعية تهدف من وراءها إلى حماية مصلحة الطفل.

وقد عالج المشرع الجزائري الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من ق أ ج[1].

ومن خلال هذا الفصل سنعالج مفهوم الحضانة ونحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن في المبحث الأول؛ ثم نتطرق إلى ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري والأسس التي يعتمد عليها القاضي لإسناد الحضانة في المبحث الثاني؛ وأخيرا الآثار المترتبة على الحضانة في المبحث الثالث.

المبحث الأول : ماهية الحضانة.

إن الحضانة هي رعاية الطفل والسهر على القيام بشؤونه ومصالحه؛ في أول مرحلة من مراحل حياته؛ لما لهذه المرحلة من أهمية كبرى، فهذه الفترة تتسم بالحساسية لأن شخصية الطفل تبدأ بالاكتمال والبروز في هذه المرحلة؛ والهدف منها تكوين فرد صالح داخل مجتمعه وحمايته من أسباب وظروف الانحراف التي قد تطاله؛ لذا وجب وضعه عند من هو أقدر وأهل لتحمل هذه المسؤولية[2].

---

[1] _ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق ل: 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل له بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] _ بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"**، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص : 380.

المطلب الأول : مفهوم الحضانة.

الفرع الأول : التعريف اللغوي

" الحضانة مشتقة من كلمة حضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح؛ والجمع أحضان؛ ومنه الاحتضان؛ وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها

ويقال حضن الصبي يحضنه حضنا رباه؛ والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه؛ وفي حديث عروة بن الزبير: " عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناء الملوك "؛ أي مربين وكافلين؛ وحضان جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه وبه سميت الحاضنة؛ وهي التي تربي الطفل "[1].

الفرع الثاني : التعريف القانوني

أورد المشرع الجزائري في المادة 62 من ق أ ج تعريفا للحضانة حيث جاء فيها أن : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري هو أحسن تعريف على غرار التشريعات العربية؛ حيث شمل هذا التعريف كل الجوانب التي تتعلق بحاجيات الطفل الدينية منها والصحية والخلقية والتربوية والمادية؛ أي إنه قام بحصر كل الجوانب التي تجعله ينشأ تنشئة سوية ومستقيمة؛ فعندما يحكم بفك الرابطة الزوجية يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف؛ وتبعا لذلك مصلحة المحضون أثناء قيامه بإسناد الحضانة[2]؛ كما أن المادة أشارت إلى أن الأبناء الناتجين عن زواج الآباء الجزائريين

---

[1] _ ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق ياسر سليمان أبو شادي ومجدي فتحي السيد، دار التوفيقية، القاهرة، مصر ج3، مادة حضن.

[2] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص : 293.

بمسيحيات لابد أن ينشؤا على دين أبيهم؛ وقد أحسنت عندما نصت على هذا؛[1] كما أن المشرع الجزائري استعمل لفظ الولد ذلك أنه عند التلفظ بكلمة الحضانة فإن أول ما يتبادر إلى الأذهان قصر مفهوم الحضانة على الولد الصغير؛ فلا يدخل في نطاقها رعاية الشيخ الكبير ولا المجنون الكبير[2].

والملاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري لم يخرج عن قواعد الشريعة الإسلامية؛ فقد حرص على توفير أقصى حد من الحماية للمحضون؛ سواء كان ذلك فيما يتعلق بالجانب العلمي أو الديني أو الصحي أو الخلقي؛ إذ أن المصلحة التي تسعى الشريعة الإسلامية إلى تكريسها هي تحقيق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

الفرع الثالث : التعريف الفقهي

" هي تربية الولد لمن له حق الحضانة؛ أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه؛ كطفل وكبير مجنون؛ وذلك برعاية شؤونه؛ وتدبير طعامه؛ وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله؛ وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها "[3].

وعرفها المالكية بقولهم : "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه في تأديبه وتربيته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"[4].

وعرفها الحنفية بأنها : " تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة ".

أما الشافعية فقد عرفوا الحضانة بأنها : " القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه "[5].

---

[1] _ العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري**، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص : 256.

[2] _ عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية**، ج10، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، ص : 7.

[3] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج7، ط2، دار الفكر، سورية، دمشق، 1975، ص. ص : 717، 718.

[4] _ الصادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج3، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002، ص : 156.

[5] _ إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة**، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص : 442.

وعرفها الحنابلة بقولهم : " الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه؛ وهو مختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل الطفل؛ وغسل يديه وغسل ثيابه وكدهته وتكحيله وربطه في المهد؛ وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه "[1].

إن تعريف المذاهب الأربعة للحضانة قد أخذ مسلكا واحد؛ وهو حفظ وتربية الولد في كل الأمور التي تتعلق بشؤون حياته؛ سواء من مأكل أو ملبس أو تنظيف.

المطلب الثاني : شروط الحضانة :

الحضانة نوع من الولاية؛ وبناء على ذلك فهي لا تسند إلى مستحقيها باعتبارهم أصحاب حق في الحضانة فقط؛ بل يجب أن يتوفر في هؤلاء مجموعة من الشروط حتى يكونوا أهلا للقيام بهذه المسؤولية.

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها سواء أكان رجلا أم امرأة؛ إذ يتساوى الجنسان في أحقيتهم للحضانة لكن مع اختلاف في الأولوية والترتيب؛ ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى طبيعة كل من الرجل والمرأة.

غير أن المشرع الجزائري لم يقم بتخصيص مادة من مواده للحديث عن الشروط الواجب توافرها في الشخص الحاضن الذي يمكن إسناد حضانة الطفل الصغير إليه من قبل المحكمة[2]؛ حيث أشار إلى ذلك بفقرة بقوله " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك "؛ لكن يثور التساؤل حول ما يقصده المشرع بمصطلح الأهلية هل هي الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني والإجراءات المدنية أم أنها القدرة والاستطاعة.

يبدو أن الأهلية التي قصدها المشرع هي تلك الأهلية المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على التربية والقيام بشؤون الطفل؛ ذلك أنه بالرجوع للمادة 7 من ق أ ج والتي جاء في مضمونها : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة؛ متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ". ويستخلص من هذه المادة أن الأهلية التي قصدها المشرع هي القدرة والاستطاعة لأن الأمر إذا كان غير ذلك لما رخص

[1] _ عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص : 7.

[2] _ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 295.

للقاصر بالزواج؛ وبالرجوع إلى المادة 222 من ق أ ج والتي جاء فيها : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "؛ فإن مضمون المادة يدل على إحالة صريحة إلى قواعد الشريعة الإسلامية؛ في حالة ما إذا تعلق الأمر بمسألة لم يرد فيها نص قانوني.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط ممارسة الحضانة.

الفرع الأول : الشروط العامة لممارسة الحضانة :

الحضانة تثبت للمرأة كما تثبت أيضا للرجل بصفتهما أهلا لذلك؛ لكن يمكن للمرأة بحكم الفطرة التي خلقها الله عز وجل عليها أن تتقدم في حضانتها للصغير على الرجل؛ فهي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر فهما لمتطلباته واحتياجاته وشروط الحاضن هي :

1 – العقل : اعتبر المشرع الجزائري أن الحضانة ولاية على النفس؛ ذلك أن القاضي يسند الولاية لمن أسندت له الحضانة طبقا لنص المادة 87 من ق أ ج؛ كما أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه تعتبر غير نافذة إذ صدرت في حالة الجنون والعته والسفه طبقا للمادة 85 من ق أ ج[1].

ومن ثم فلابد أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة للمجنون أو المعتوه إذ لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره؛ وبالنسبة للمجنون فلا فرق بين أن يكون جنونه متواصلا أو متقطعا إذ يعد مانعا للحضانة أو مسقطا لها بعد ثبوتها[2]؛ ذلك أن ترك المحضون بيده قد يخلف لهذا الأخير أضرار؛ وهذا يتنافى مع الهدف من الحضانة وهو توفير الحماية والرعاية للمحضون[3]؛ كما أن المالكية اشترطوا الرشد؛ فلا حضانة لسفيه مبذر؛ خوفا على مال المحضون[4].

2 – البلوغ : أجاز المشرع الجزائري أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية فيما يتعلق بالزواج وآثاره؛ لكن يثور التساؤل حول تولي القاصر للحضانة؛ والواضح أن المشرع سار بالمعيار القائل

---

[1] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص : 55.

[2] _ عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية** ، مرجع سبق ذكره، ص : 31.

[3] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره ، ص : 55.

[4] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 726.

بالبلوغ حكما؛ أي أن علامات البلوغ تعتبر بمثابة أساس للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان لم يبلغ بعد السن القانونية أي ناقص الأهلية[1].

فالحضانة في الأصل لا تثبت للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن القيام بمصالحه؛ فكيف لهذا الأخير أن يقوم بشؤون غيره إذ هو عاجز عن القيام بشؤون نفسه[2]؛ ففاقد الشيء لا يعطيه.

3 – القدرة على تربية المحضون : يرى المشرع الجزائري أن القدرة شرط لابد من توافره لممارسة الحضانة؛ غير أنه قد ذهب في نص المادة 67 إلى اعتبار أن عمل المرأة لا يمكن أن يكون سبب من أسباب سقوط حقها في ممارسة الحضانة.

فالقدرة هي الاستطاعة على حفظ الصغير في خلقه وصحته؛ فالحضانة لا تثبت للعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل لعدم قدرة هؤلاء على الحضانة؛ فلا حضانة للمرأة العاملة إذا كان عملها يحول دون تقديم الرعاية والتربية اللازمة للمحضون[3]؛ إذ أن مدار الحضانة هي مصلحة المحضون؛ وهذه الأخيرة تتحقق بوجوده مع حاضن قادر على القيام بشؤونه ومصالحه سواء كان ذكرا أو أنثى إذ لاحضانة لهذا الأخير إذا كان عاجزا عن ذلك[4].

وقد ذهب القضاء الجزائري في إحدى قراراته أن القدرة شرط لابد من توافره؛ حيث أن قضاة الاستئناف قاموا بإسناد حضانة الأبناء للحاضنة الفاقدة للبصر؛ والتي تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ويكونوا بذلك قد خالفوا القواعد الفقهية ذلك أن المريض؛ الأعمى؛ الأصم؛ والأخرس والمقعد لا حضانة له[5].

---

[1] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 57.

[2] _ عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص : 359.

[3] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 726.

[4] – عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية** ، مرجع سبق ذكره، ص : 40.

[5] _ ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص : 65.

وذهب في قرار أخر: عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يقم الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[1].

4 – الأمانة على الأخلاق : ذهب المشرع الجزائري إلى وجوب توافر هذا الشرط في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة.

والأمانة على الأخلاق هي الأمانة في الدين كما يقول المالكية؛ أو عدم الفسق كما يقول الحنابلة والشافعية وهو شرط لابد من توافره لاستحقاق الحضانة[2]، إذ لا حضانة لحاضن غير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه إذ قد يخاف على المحضون منه؛ كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام؛ كما اشترط المالكية أمن المكان فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق[3].

وقد ذهب القضاء الجزائري في أحد قراراته إن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط بالضرورة أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة وذلك لفقد الثقة فيهما معا؛ فالأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته[4].

5 – الإسلام : ذهب المشرع الجزائري في المادة 62 من ق أ ج كما سبق القول أن الأبناء لابد أن ينشؤا على دين أبيهم؛ وبالرجوع أيضا للمادة 64 من نفس القانون فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها؛ فهو لم يفرق بذلك بين المسلمة أو غير المسلمة.

ويرى فريق من الفقهاء " الشافعية والحنابلة " أن الإسلام شرط ضروري لممارسة الحضانة فلا حضانة للكافر على المسلم؛ ويستدلون بقوله تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "[5]، إذ يخشى على الصغير أن ينشأ على دين غير دين أبيه؛ بينما يرى فريق أخر الحنفية والمالكية أن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة؛ فلا فرق بين أن تكون الحاضنة كتابية أو غير

---

[1] _ ملف رقم 274204، قرار بتاريخ 2002/07/03، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 66.

[2] _ عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية** ، مرجع سبق ذكره، ص : 36.

[3] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 727.

[4] _ ملف رقم 50270، قرار بتاريخ 1988/11/07، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 65.

[5] _ سورة النساء الآية 141.

كتابية؛ لأن الحضانة مناطها الشفقة؛ وهذه الأخيرة لا تختلف باختلاف الدين[1]؛ كما أن تخيير الرسول صلى الله عليه وسلم للبنت بين أبيها المسلم وأمها الكافرة دليل على أن الإسلام ليس شرطا في الحضانة؛ بشرط أن تكون هذه الأخيرة أهلا لممارسة الحضانة؛ وأن تكون أمينة على الولد فلا تغذيه الحرام أو تلقنه الكفر؛ وإن خيف عليه منها وضع تحت رقابة مسلم؛ ولا ينزع منها[2].

وقد ذهب القضاء الجزائري في أحد قراراته أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الإناث حتى الزواج "[3].

ويكون المشرع بذلك قد تمسك برأي الإمام مالك الذي لم يفرق في استحقاق الحضانة بين المسلمة وغير المسلمة.

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء.

هناك شروط خاصة يجب أن تتوفر في المرأة الحاضنة حتى تستطيع أن تمارس الحضانة زيادة على توفر الشروط العامة وهي :

1 – ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم : وقد جاء في في المادة 66 ق أ ج أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ". وعليه يستخلص من هذه المادة أن حق الحاضنة في حضانة الصغير يسقط بالتزوج بغير قريب محرم.

يرى جمهور الفقهاء أن التزوج بأجنبي أو بقريب غير محرم يعتبر من مسقطات الحضانة؛ مع أن التزوج بقريب محرم للصغير كعمه وابن عمه وابن أخيه لا يسقط حقها في الحضانة؛ والسبب يرجع في ذلك إلى أن هذا الأخير له حق في الحضانة؛ وبتالي فإن شفقته ستحمله حتما

---

[1] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 727.

[2] – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، **الأسرة**، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007، ص. ص : 376، 377.

[3] _ ملف رقم 52221، قرار بتاريخ 1989/03/13، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 61.

على رعاية الصغير والقيام بشؤونه ومن الأدلة التي استدل بها جمهور الفقهاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به مالم تنكحي "[1].

كما قد كرس القضاء الجزائري هذا المبدأ في العديد من قراراته إذ جاء في أحدها " يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج؛ أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون؛ ولذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن الحضون"[2].

2 – أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : كأمه وأخته وجدته إذ لا تثبت الحضانة لبنات العم أو العمة؛ ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة لصبي؛ لعدم المحرمية بينهما[3].

3 – ألا تكون قد امتنعت من حضانته مجانا والأب معسر: فمن ثبتت لها حق الحضانة وامتنعت عن ممارستها مجانا وكان الأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة؛ وكانت من تليها في المرتبة قد قبلت تربيته مجانا؛ سقط حق الأولى في الحضانة " عند الحنفية "[4].

4 – ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه : أقر المشرع الجزائري أن سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم يسقط حق هاتين الأخيرتين في الحضانة وهذا ما ورد في نص المادة 70 من قانون الأسرة.

فجوهر الحضانة هي حفظ الصغير وتربيته؛ وبسكناه مع من يبغضه أو يكرهه قد يعرضه إلى الأذى والضياع؛ ومثال ذلك سكن الجدة مع ابنتها المتزوجة ـ أم الطفل ـ فلا حضانة لها إلا إذا انفردت بالسكنى عنها[5].

---

[1]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 728.

[2] _ ملف رقم 40438، قرار بتاريخ 1986/05/05، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 64.

[3] _ عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 360.

[4] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 729.

[5] _ المرجع نفسه، ص : 729.

الفرع الثالث: شروط خاصة بالرجال.

كما يشترط في الرجل الحاضن ما يأتي :

1 – <u>أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى</u>: فلابد أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى؛ ومرد هذا هو الخشية من الفتنة؛ وقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع حذرا من الخلوة بها؛ لانتفاء المحرمية بينهما؛ فإذا لم تبلغ حد الشهوة بعد سلمت له بالاتفاق؛ لأنه لا يخشى عليها من الفتنة[1].

2 – <u>أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء</u> : لابد أن يكون للحاضن من يصلح للقيام بالحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة؛ إذ هذه الأخيرة لديها من القدرة والصبر التي تحملها على القيام بجميع أحوال الأطفال على عكس الرجل؛ وبناء على ذلك فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة؛ وهذا شرط عند المالكية[2].

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

إن مصلحة المحضون هي القاعدة الجوهرية التي تبنى عليها الحضانة فلا نستطيع فصل احداهما عن الأخرى لأن الحضانة تقوم بوجود هذه المصلحة؛ لدى فإن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قائم على قاعدة شرعية؛ وهي تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار؛ وذلك لما تقتضيه طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال[3] من جهة؛ ولما لهن من كثرة الشفقة والرحمة من جهة أخرى؛ ومن ثم يحق لنا طرح التساؤلات الأتية :

- من هم أصحاب الحق في الحضانة ؟
- وهل الترتيب الوارد في المادة 64 إلزامي ؟
- هل يجوز للقاضي مخالفة هذا الترتيب للحفاظ على مصلحة المحضون ؟

---

[1] – وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص. ص : 729، 730.

[2] _ عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 360.

[3] – الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** " **دراسة مقارنة** "، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص : 255.

المطلب الأول: ترتيب الحاضنين بعد التعديل :

لقد أجمعت جميع المذاهب بخصوص ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بتقديم الإناث على الرجال؛ وذلك لما لهن من وافر الشفقة كم أنهن أصبر على القيام بشؤون الأطفال وأكثر تفهما لاحتياجاتهم وأشد ملازمة لهم بحكم الطبيعة على الرجال فكانت الأولوية لهم؛ ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب ثم الرجال العصبات المحارم غير أنهم اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة مصلحة المحضون من عدمها[1].

وجاء في نص المادة 64 ق أ ج ما يلي : " الأم أولى بحضانة ولدها؛ ثم الأب؛ ثم الجدة لأم؛ ثم الجدة لأب؛ ثم الخالة؛ ثم العمة؛ ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك؛ وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

الفرع الأول : الفئة الأولـى :

لا خلاف أنه في حال قيام الرابطة الزوجية لا إشكال بخصوص الحضانة؛ فهي حق للوالدين معا؛ وإنما يثور إشكال الحضانة أثناء الطلاق؛ ولما كان النساء بحكم الطبيعة لهن من الشفقة واللين والرفق ما يجعلهم أقرب للصغار من الآباء؛ ولأن أساس الحضانة هي الشفقة فقد قدمهن الشارع الكريم على الرجال في الحضانة؛ وعليه فالأم تكون لها الأولوية على الأب في الحضانة عند التنازع والافتراق[2]؛ وعليه :

1 – الأم : هي أحق الناس بحضانة ولدها من غيرها وذلك لوفور شفقتها من جهة؛ وعظم مكانتها من جهة أخرى؛ فهي جسر العبور إلى الجنة لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الجنة تحت أقدام الأمهات " ولقوله تعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده "[3]؛ فقد أجمعت جميع المذاهب على أن الأم أولى بحضانة ولـدها من غيرها لشفقتها؛ فهي نـقطة البداية في تـكوين الـصغير من الناحية الجسدية والعقلية لقوله تـعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين

---

[1] – وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 719.

[2] – أحمد علي جرذات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد " الزواج والطلاق "**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص : 334.

[3] – سورة البقرة، الآية 233.

لمن أراد أن يتم الرضاعة "[1]؛ ومن هذا المنطلق فهي أقدر وأصبر على تلبية حاجيات طفلها ولما لها أيضا من قوة التأثير على استقرار حياة الطفل واستقامتها نفسيا لقوله صلى الله عليه وسلم : " أمك، ثم أمك، ثم أمك، ثم أبوك."[2] حتى إن تنازل الصريح للأم لا يسقط عنها الحضانة مادام أن مصلحة المحضون تتحقق بتواجد هذا الأخير عندها.

2 – الأب : نلاحظ أن الأب قد رتب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة؛ في حين أن جمهور الفقهاء يقولون أن استحقاق الأب للحضانة يأتي بعد استيفاء ترتيب من كانوا في جهة الأم.

3 – أم الأم : تأتي أم الأم في المرتبة الثالثة عند عدم وجود أحد من الوالدين؛ أو لسقوط الحضانة عنهما لعدم أهليتهما لممارستها؛ فهذه الحالة الحضانة تنتقل إلى أم الأم؛ غير أن جميع المذاهب قد أجمعت على أن أم الأم تأتي في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة؛ وذلك على أساس أن أم الأم تدلي للمحضون من جهة الأم؛ وهي بذلك تشترك معها في الإرث والولادة من جهة؛ ولما لها من الشفقة والرأفة على المحضون أكثر من غيرها من جهة أخرى[3].

4 – أم الأب : وهي تأتي مرتبتها بعد أم الأم؛ وجمهور الفقهاء يرتبون أم الأب بعد استيفاء ترتيب من كانوا في جهة الأم ثم الأب؛ غير أن المذهب المالكي والحنفي يقدمان أم الأب على الأب وهذا على عكس المذهب الشافعي والحنبلي.

5 – الخالة : وقد رتبت بعد أم الأب؛ وبالرجوع إلى فقهاء الشريعة فقد جعلوا الخالة بعد الأم؛ وأم الأم؛ إذ أن شفقة الخالة على المحضون من شفقة الأم؛ وهذا ما أجمع عليه الفقهاء؛ وذلك لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي قصى بابنة حمزة لخالتها؛ وكانت تحت جعفر بن أبي طالب وقال صلى الله عليه وسلم " الخالة بمنزلة الأم " فتضمن هذا القضاء أن الخالة مقام الأم في الاستحقاق[4].

---

[1] – سورة البقرة، الآية 233.

[2] – محمد متولي الشعراوي، **أحكام الأسرة والبيت المسلم**، مرجع سبق ذكره، ص : 608.

[3] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 72.

[4] _ محمد متولي الشعراوي، **أحكام الأسرة والبيت المسلم**، مرجع سبق ذكره، ص : 609.

6 – العمة : تأتي مرتبتها بعد الخالة؛ وفقهاء الشريعة يقدمون الخالة على العمة لأن الخالة تدلي بالأم[1].

الفرع الثاني : الفئة الثـانية :

وهذه الفئة لم يتعرض إليها المشرع الجزائري كما تعرض إلى الفئة الأولى بالتفصيل؛ فقد تجاوز الحديث عن هاته الفئة من مستحقي الحضانة حيث اكتفى بقوله : " ثم الأقربون درجة " مما يستوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 لتحديد هؤلاء الأشخاص التي ستؤول الحضانة إليهم في حال أن أصحاب الفئة الأولى لم يوجدوا أو وجدوا ولكنهم لم يكونوا أهلا لها؛ غير أنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الآراء الفقهية تباينت في تحديد هؤلاء الأشخاص غير أنهم اتفقوا على التصنيف الآتي :

أولا : القريبات من المحارم :

أ – المذهب المالكي :

يرتبوا القريبات من المحارم حسب الترتيب الآتي: الأخت الشقيقة و تقدم الشقيقة ثم التي لأم والأخيرة على التي لأب ثم العمة أخت أبيه؛ ثم عمة أبيه أخت جده؛ ثم خالة أبيه؛ ثم بنات الأخ ويقدم الشقيق على الذي لأم ثم الذي لأب؛ ثم بنات الأخوات وتقدم أيضا الشقيقة؛ ثم التي لأم؛ ثم التي لأب[2].

ب – المذهب الحنفي :

يرى الحنفية أن الأحق بالحضانة هم : الأم؛ ثم أم الأم؛ ثم أم الأب؛ ثم الأخوات؛ ثم الخالات؛ ثم بنات الأخت؛ ثم بنات الأخ؛ ثم العمات؛ ثم العصبات على ترتيب الميراث[3].

---

[1] – عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص : 21.

[2] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره ، ص : 75.

[3] _ أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2010، ص : 306.

ج – المذهب الشافعي :

يرى الشافعية أن الأحق بالحضانة هم : الأم؛ ثم أم الأم؛ ثم أم الأب؛ ثم الأخوات؛ ثم الخالات؛ ثم بنات الأخ؛ ثم بنات الأخت؛ ثم العمات؛ ثم لكل ذي رحم محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث[1].

د – مذهب الحنابلة :

يقولون أن القريبات من المحارم ترتيبا هن: الأخت الشقيقة ثم أخت لأم ثم أخت لأب فالخالة؛ فالعمة ثم خالات الأم ثم خالات الأب ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته؛ ثم أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه.

ثانيا : العصبات من المحارم من الرجال :

لقد حددت المادة 150: " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده؛ أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم؛ وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له ".

وقياس على الميراث فإن حضانة الولد تعود للعاصب والمادة 153 من قانون الأسرة الجزائري رتبت هذا الصنف حسب أربع جهات :

- البنوة.
- الأبوة.
- الأخوة.
- العمومة.

إن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما ورد في الشريعة الإسلامية؛ فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح؛ وحسب المذهب المالكي الذي جعل الجد أسبق من الأخ ثم ابن أخ المحضون ثم عم المحضون الشقيق ثم عم المحضون لأب وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون لأب وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون؛ ثم أبناء العم؛ ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور كونهم من العصبات غير المحارم؛ وبتالي فلا حضانة لهم بالنسبة للأنثى[2].

[1] _ أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "**، مرجع سبق ذكره، ص : 306.

[2] _ باديس دياني، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 76.

وفي حالة أن هذه الفئة لم توجد، انتقلت الحضانة إلى ذي الأرحام المحارم؛ وهم على الترتيب التالي:

الجد لأم ثم الأخ لأم؛ ثم ابن الأخ لأم؛ ثم العم لأم ثم الخال الشقيق؛ فالخال لأب ثم الخال لأم[1].

غير أن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى قانون الأسرة قبل تعديل 2005 حيث جاءت المادة 64 كما يلي : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

والملاحظ أن المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 أعطى الأولوية في الحضانة للأم ومن يليها من قرابتها؛ ثم بعد استيفاء ترتيب من كانوا في جهة الأم تكون الحضانة للأب ومن يليه من قرابته؛ وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث أنه في حالة ما إذا كان مستحقي الحضانة رجالا ونساء فإن الترجيح يكون للنساء؛ لكن المشرع الجزائري قد خالف هذا الترتيب الذي وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بموجب التعديل الجديد 05-02.

فالمشرع الجزائري قد حافظ على حق الأم وأولويتها في الحضانة بموجب التعديل الجديد؛ غير أنه قام بتقديم الأب على الجدة لأم والخالة؛ وفي هذا الإطار يمكن القول أن سبب تعديل المشرع راجع لعدم تحقق مصلحة المحضون بموجب النص السابق؛ لأنه إذ كانت هذه المصلحة محققة لما اضطر للتعديل.

والمشرع من خلال هذا التعديل حاول أن يكون أقرب إلى المجتمع الجزائري من حيث طبيعة المعيشة؛ ذلك أن أغلبية الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج؛ وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة[2]؛ كما أنه أقر بمبدأ التداول إذ ساوى بين جهة الأم والأب[3].

---

[1] _ محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010،، ص : 366.

[2] _ الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** " **دراسة مقارنة** "، مرجع سبق ذكره، ص : 256.

[3] – باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 79.

المطلب الثاني: مبررات تغيير الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري :

لما كانت الحضانة تدور وجودا وعدما حول قاعدة جوهرية ألا وهي مصلحة المحضون؛ ولأن الحضانة هي حق للمحضون وحق للحاضن في نفس الوقت؛ غير أنه إذا تعارضت هذه المصالح فيما بينها كانت الأولوية لمصلحة واحدة وهي مصلحة الطفل المحضون؛ ولما كان الأمر كذلك وجب أخذ هذه الأخيرة بعين الاعتبار من طرف القاضي في كل مسائل الحضانة سواء في إسقاطها أو إسنادها إلى مستحقيها.

الفرع الأول: مصلحة المحضون في القانون

إن المشرع الجزائري استعمل لفظ المصلحة في عدد من مواد قانون الأسرة؛ والتي تتعلق بنظام الحضانة؛ والملاحظ أن أغلب المواد التي تتعلق بإسناد الحضانة ومدتها وسقوطها قد ربطها المشرع بشرط واحد؛ وهو مراعاة مصلحة المحضون.

ولما كان يصعب معالجة مسألة معينة بقاعدة موضوعية كان لابد من إخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي؛ وبما أن مصلحة المحضون نسبية؛ فهي تتعلق بكل طفل على حدى؛ ولذلك قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة؛ مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها[1]؛ لذلك وجب على القاضي أن يراعي هذه المصلحة؛ وأن يبحث عن كل الأسباب التي قد تتنافى وتتعارض مع هذه المصلحة وتحول دون تحقيقها.

وهذا ما كرسه القضاء الجزائري في العديد من قراراته منها :

" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون؛ ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين؛ فإنهم طبقوا صحيح القانون "[2].

وجاء في قرار أخر: من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون؛ ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة زنا؛ فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا

[1] _ أحمد الشامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "**، مرجع سبق ذكره، ص : 315.

[2] _ ملف رقم 189234 قرار بتاريخ 1998/04/21، **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية**، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاص، 2001، ص : 175

القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة[1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير أحكام الحضانة

لكن بالرجوع إلى الحق في ممارسة الحضانة نجد أنه يمتد إلى من كان أهلا للقيام بها ويحرص القاضي في إسناد هذا الحق على مراعاة مصلحة المحضون؛ غير أن الحديث عن هذه الأخيرة يقودنا بصفة ألية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج ليس من النظام العام[2]؛ وهذا يعني أن هذا الترتيب غير إلزامي؛ ويمكن للقاضي مخالفته في حال ما إذا ثبت بالدليل أن من كان له الحق في ممارسة الحضانة لم يكن أهلا للقيام بها؛ وأن غيره أحق بها منه.

وبناء على هذا يمكن القول أن المشرع قد أعطى السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال فمصلحة المحضون هي المؤشر الذي يوجه القاضي؛ فمتى رأى أن هذه الأخيرة تقتضي مخالفة الترتيب وذلك بتجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك؛ لأن نص المادة 64 تلزمه بمراعاة مصلحة المحضون وقت إسناد الحضانة؛ وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه : " من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع "[3].

وفي الأخير نخلص إلى القول أن التغيير الذي أحدثه المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يعتبر خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية؛ طالما أن مصلحة المحضون هي المعيار والمؤشر الوحيد الذي يعتمده القاضي[4] في تقرير أحكامه المتعلقة بالحضانة سواء تعلقت بإسنادها أو بمدتها أو سقوطها؛ فأينما وجدت هذه المصلحة وجد الشرع؛ وأينما غابت أو انتفت هذه الأخيرة انتفى معها الشرع.

---

[1] _ ملف رقم 171684 قرار بتاريخ 1997/09/30، المرجع نفسه، ص : 169.

[2] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، ص : 77.

[3] _ أحمد الشامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "**، مرجع سبق ذكره، ص : 310.

[4] _ المرجع نفسه، ص : 310.

المبحث الثالث: آثار الحضانة.

إن فك الرابطة الزوجية يؤدي إلى إسناد حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين أو غيرهما حسب الترتيب الذي أورده القانون؛ فإسناد هذا الحق يرتب بصفة آلية عدة آثار؛ وذلك راجع إلى ما تتطلبه الحضانة من مجهود كبير لتنشئة المحضون نشأة سوية؛ وبالتالي تحقيق الهدف منها.

لقد رتب المشرع الجزائري عن حق الحضانة عدة آثار منها : مدة الحضانة؛ النفقة؛ السكن لكن الذي يثير التساؤل هو متى تنتهي الحضانة؛ وما المقصود بنفقة المحضون وسكناه؛ وماهي الأسباب التي قد تؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها ؟ وهل هذا السقوط مؤقت أو نهائي ؟.

كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عنها في كل من المطلبين الأول والثاني على التوالي.

المطلب الأول: مدة الحضانة ونفقة المحضون وسكناه :

إن الرابطة التي تجمع الأب بالمحضون هي رابطة الأبوة والبنوة؛ ومن ثم فإن هذه الرابطة تلزم الأب بالإنفاق على أولاده المحضونين؛ لأنهم في فترة معينة يكونوا بأمس الحاجة إلى من يقوم بالإنفاق عليهم وتلبية احتياجاتهم.

الفرع الأول: مدة الحضانة :

1 – قانونا :

نصت المادة 65 ق أ ج : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة لذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ".

الأصل أن الحضانة تنتهي بتحقيق الهدف والحكمة منها؛ وهي حفظ المحضون من الهلاك والضياع؛ ويكون ذلك إذا استطاع المحضون أن يستقل ويستغني بنفسه عن خدمة النساء؛ وكان أقدر على تلبية حاجته الأولية من مأكل وملبس وتنظيف؛ ولما كان الأمر كذلك فإن العبرة ليس بوجود المحضون لدى الحاضن لمدة معينة بل باستغناء و استقلالية المحضون بشؤونه[1].

وقد حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة بالنسبة للذكر ب : 10 سنوات كقاعدة عامة وبالنسبة للأنثى ببلوغ سن الزواج : 19 سنة؛ غير أنه يجوز استثناء تمديدها بالنسبة لذكر إلى

[1] _ طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص : 154.

16 سنة؛ ومن ثم فإن مدة الحضانة بالنسبة للأنثى 19 سنة ببلوغ سن الزواج ومن ثمة فبلوغ الأنثى لهذه السن يسقط بقوة القانون الحق في حضانتها؛ ذلك أن نص المادة جاء صريحا بقولها : " ببلوغ سن الزواج " والمادة 7 من ق أ ج تنص على أنه تكتمل أهلية المرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري حيث جاء في أحد قراراته " أن حضانة الأنثى تنقضي بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها "[1].

أما مدة الحضانة بالنسبة للذكر فتكون ببلوغه 10 سنوات كقاعدة عامة؛ غير أنه استثناء يجوز تمديد مدة الحضانة إلى 16 سنة؛ وعلى الحاضن أن يتمسك بهذا الحق وفقا للشروط الآتي بيانها :

1 – أن يرفع طلبه إلى المحكمة يستصدر حكما بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من 10 سنوات ووجب تقديم هذا الطلب خلال سنة من نهاية الحضانة ـ أي السنة التي تلي بلوغ المحضون 10 سنوات ـ ؛ حيث تنص المادة 68: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ". فمتى انتهت مدة السنة يكون أجل تقديم الطلب قد انتهى ولا يمكن تمديد الحضانة إلا إذا أقام الطالب السبب الجدي على تأخره[2].

2 – أن يكون الحاضن الطالب للتمديد هو الأم.

3 – أن تكون الأم غير متزوجة برجل أجنبي غير محرم للمحضون[3].

4 – أن فترة التمديد يأخذ فيها القاضي بعين الاعتبار أمرين :

أ – ألا يجاوز فيها 16 سنة لأنها الحد الأقصى المحدد قانونا.

---

[1] _ ملف رقم 347914، بتاريخ 2006/01/04، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 63.

[2] _ فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص : 377.

[3] _ بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"**، مرجع سبق ذكره، ص : 385.

ب- أن ينظر إلى مصلحة المحضون ذاته فإذا كان عدم التمديد يصب في مصلحة المحضون فكان على القاضي ألا يقضي بطلب التمديد[1].

وبالرجوع لأحكام القضاء الجزائري إذ جاء في قرار:

حيث من المقرر قانونا طبقا للمادة 65 من ق أ ج: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات؛ والأنثى ببلوغها سن الزواج؛ وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة لذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية وبقضاء قضاة الموضوع بانتهاء حضانته لتجاوزه سن 10 سنوات فإنهم قد أخطأوا في تطبيق القانون لما لم يراعوا المصلحة الأمر الذي يتعين استجابة للوجه المثار"[2].

لكن هنا لابد من التريث والانتباه لأنه قد تعترض القاضي مسألة مهمة وهي رغبة المحضون في الانتقال من عدمه؛ فقد يتعود المحضون على نمط حياة معينة؛ وفضلا عن ذلك أهمية الأشخاص المحيطين به في تلك الفترة بالنسبة إليه ومدى تعلقه بهم الأمر الذي قد يؤدي بالطفل بعد الحكم بانتهاء الحضانة إلى رفض الانتقال والعيش مع الجهة التي ستسند لها الحضانة؛ وهنا تكون مصلحة المحضون بالنسبة للقاضي سيف ذو حدين؛ لأن هذه الأخيرة تستدعي الموازنة بين أمرين :

1 – إما أن يحكم القاضي بتطبيق النص القانوني ومن ثم القضاء بانتهاء حضانة الأم وبالتالي عودة الصغير للعيش مع أبيه حتى مع إبداء الصغير رأيه بالرفض.

2 – وإما أن يأخذ في الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه أخذا في الحسبان مصلحته[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري خالف قليلا الرأي الفقهي في مسألة مدة الحضانة؛ ذلك أن المتفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحضانة تثبت منذ الولادة وتنتهي بالاستغناء؛ وعادة

---

[1] – فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 378.

[2] _ ملف رقم 691-08 قرار بتاريخ 2008/06/11، لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص : 222.

[3] – الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** " **دراسة مقارنة** "، مرجع سبق ذكره، ص : 258.

ما يكون ذلك ببلوغ سن التمييز؛[1] فالعبرة في نهاية الحضانة كما سبق القول هي باستغناء المحضون واستقلاله بشؤونه.

وقد جاء في التقنين المصري أنه : " تنتهي حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة؛ ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك[2] ".

ويقول الأستاذ محمد بلتاجي : " وما استحدثه التقنين اجتهاد كأي اجتهاد أخر؛ إذا تبين تحقيقه للمصالح المبتغاة منه فبها ونعمت؛ وإلا وجب العمل على تغييره بما يحقق مصلحة المحضون في إطار نصوص الشريعة ومقرراتها وقد سبق أن قررنا أن سن الحضانة في الإسلام موضع للاجتهاد الفقهي الذي مداره تحقيق مصلحة المحضون في كل عصر[3] ".

فالمشرع الجزائري يبدو أنه هو الأخر حاول الاجتهاد في هذه المسألة؛ ولا بأس بهذا الاجتهاد مادام أنه يصب في تحقيق مصلحة المحضون؛ لأن هذه الأخيرة هي أساس الحضانة.

ونجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 328 من ق ع ج حيث جاء في مضمونها أن كل شخص قد أسندت له الحضانة وامتنع عن تسليم قاصر فإن هذا سيعرضه للعقوبة المنصوص عليها في المادة أعلاه.

2 – فقها :

أما بالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في مدة الحضانة كالآتي :

أولا : عند الحنفية :

الحاضنة من النساء هي أحق بالغلام حتى يستقل ويستغني هذا الأخير عن خدمتهم؛ وقدر زمن استقلاله بسبع سنين مستدلين في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " مروا أولادكم بالصلاة

---

[1] – العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 264.

[2] – محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة**، ط1، دار السلام، الإسكندرية، القاهرة، 2006، ص : 183.

[3] – المرجع نفسه، ص : 192.

لسبع "؛ والأمر بذلك لا يكون إلا بعد استيفاء شرط الطهارة وقيل لتسع[1]؛ أما البنت فهي أحق بها حتى تحيض في ظاهر الرواية عنهم وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهى[2]؛ وقد اختلف في حد الاشتهاء؛ فكان القول أن بنت احدى عشر سنة مشتهاة في قولهم جميعا؛ وقدر بعضهم حد الاشتهاء بتسع سنين وعليه الفتوى. ذلك راجع إلى أن الاشتهاء ليس له حد مقدر فهو يختلف باختلاف حال المرأة[3].

ثانيا : عند المالكية :

أما عند المالكية تستمر الحضانة في الغلام إلى البلوغ فبمجرد بلوغ هذا الأخير سنا معينة سقطت الحضانة عن الأم واستمرت النفقة على الأب؛ أما حضانة الأنثى فهي لدخول الزوج بها ذلك أن مجرد العقد عليها لا يسقط الحضانة بل تستمر إلى الدخول؛ ومرد ذلك أن الأنثى بعد البلوغ بحاجة إلى تعلم خدمة البيت وشؤون النساء ولما كان الأمر كذلك فهي بحاجة إلى الحاضنة أما كانت أو غيرها[4].

ثالثا : عند الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن الصبي سواء كان غلام أو فتاة تنتهي حضانته بمجرد بلوغ سن التمييز والذي قدر بسبع أو ثمان وبعد بلوغه لهذا السن فإنه يخير بين أبويه وإن اختار أحدهما سلم إليه[5].

رابعا : عند الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنين وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازع فيه فمن اختاره منهما فهو أولى به قضى بذلك عمر وعلي وشريح رضي الله عنهم ودليلهم حديث

---

[1] _ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 742.

[2] _ نصر سلمان، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص : 208.

[3] _ أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب**، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص : 298.

[4] _ الصادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 165.

[5] _ إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة**، مرجع سبق ذكره، ص : 449.

الرسول صلى الله عليه وسلم " لغلام حيث قال له: هذا أبوك وهذه أمك فاختر أيهما شئت[1]، أما البنت إذا بلغت سن التمييز فالأب أحق بها؛ ذلك أن البنت بحاجة إلى من يحفظها؛ ولما كان الأمر كذلك فالأب أولى بها لأن الأم أصلا بحاجة إلى من يحفظها ويصونها[2].

الفرع الثاني: نفقة المحضون وسكناه

1 – قانونا:

بالرجوع إلى المادة 78 ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري عرف النفقة بمشتملاتها حيث جاء فيها: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج؛ والسكن أو أجرته؛ وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

إن النفقة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الإنسان؛ لأنها تضمن قيام حياة الفرد وتؤدي إلى حفظ نفسه من الهلاك؛ ولما كانت هذه الأخيرة من المقاصد الضرورية للإنسان فوجب توفيرها.

وبخصوص نفقة المحضون نجد أن المادة 75 ق أ ج نصت على أن " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال؛ فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ".

من خلال المادة السالف ذكرها نستخلص أنه لابد من التفريق بين 3 حالات :

الحالة الأولى : إذا كان للمحضون مال :

فإذا كان للمحضون مال فنفقته تكون من ماله؛ لأن من كان ذا مال فنفقته من ماله لقول النبي صلى الله عليه وسلم في النفقة " إبدا بنفسك " فهذه قاعدة عامة؛ ولا يستثنى من هذا الحكم إلا الزوجة ذلك أن نفقتها ــ وإن كانت ذا مال ــ فهي واجبة على زوجها[3] لقوله تعالى: " الرجال قوامون على النساء لما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم "[4].

---

[1] _ نصر سلمان، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص : 210.

[2] _ محمد سمارة، **أحكام وأثار الزوجية شرح مقرن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة، ط1، 2008، ص : 398.

[3] _ محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة**، مرجع سبق ذكره، ص : 122.

[4] _ سورة النساء، الآية 34.

الحالة الثانية : نفقة الأولاد عند وجود الأب مع قدرته على الإنفاق :

إن العلاقة التي تجمع بين الأب والمحضون تلزم الأب بالنفقة على ولده؛ كون هاته الأخيرة تدخل في إطار عمود النسب؛ وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة[1] رغم أنه في الأصل أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إن كان له مال كما سبق القول؛ فإن لم يكن له مال فواجب النفقة يقع على الأب فهو ملزم بأن ينفق على ولده؛ ويستمد دليل وجوب نفقة الأولاد على الأب من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما دليله من الكتاب قوله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[2].

أما دليل وجوب النفقة من السنة النبوية الشريفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة " خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف " ويستدل من هذا أن نفقة زوجته وولده واجبة على الزوج[3].

أما من الإجماع فقد قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال اللذين لا مال لهم.

أما المعقول فلأن ولد الإنسان بعضه؛ وهو بعض والده؛ فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك يجب عليه أن ينفق على بعضه ولأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء الوالد نفسه واجب كذا إحياء جزئه[4].

وبهذا عمل المشرع الجزائري في المادة 75 ق أ ج حيث أوجب نفقة الولد على الأب إذا لم يكن له مال؛ بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة؛ ولا تسقط إلا بالاستغناء عنها بالكسب.

---

[1] _ باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 84.

[2] _ سورة البقرة الآية 233.

[3] _ محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة**، مرجع سبق ذكره، ص : 122.

[4] _ نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دون طبعة، دار الهدى للطبعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص : 263.

فإذا كان الأب قادرا على الإنفاق؛ فنفقة الولد على أبيه؛ وهذه النفقة تستمر على الأب إذا كان الولد عاجزا أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب؛ في حين تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية الدخول بها[1].

الحالة الثالثة : نفقة الأولاد عند وجود الأب مع عدم قدرته على الإنفاق :

عدم القدرة على الإنفاق أو بمعنى الإعسار تم ترجمتها في القانون بكلمة " عجز " والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس[2]؛ ولما كان الأب غير قادر على الإنفاق اعتبر في حكم المعدوم؛ وانتقلت النفقة إلى من تجب عليه نفقة الصغير بعد الأب فتنتقل إلى الأم بقوة القانون طبقا لنص المادة 76 بشرط قدرتها عليها وفي حالة عجز الأم أيضا فهنا تنتقل إلى الأصول حسب المادة 77 ق أ ج.

1 – نفقة الأولاد على الأم :

طبقا لنص المادة 76 قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "؛ الأصل أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا لم يكن للمحضون مال خاص به كأن يكون وارثا، فإن لم يكن وارثا فقد يكون موهوبا له أو موصى له من قبل أحد أقاربه[3]؛ غير أنه إذا عجز الأب عن النفقة فإن مسؤولية الإنفاق عليه تنتقل إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك؛ ولكن بشرطين هما :

الشرط الأول : إذا كان الأب معسر وكانت الأم قادرة على النفقة؛ كأن يكون لها مصدر مالي يمكنها من الإنفاق على أولادها.

الشرط الثاني : أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق؛ كأن يثبت الأب عجزه عن العمل بسبب مرض أو عاهة ويثبت أن الأم عاملة.

أما بخصوص سكن المحضون وبالرجوع للمادة 72 من ق أ ج؛ والتي تنص في مضمونها على وجوب توفير سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة والتي جاء فيها: " في حالة الطلاق؛

---

[1]– أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص : 165.

[2]– باديس دياربي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 85.

[3]– فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 384.

يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

وبالرجوع للمادة 78 ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري قد أدخل السكن ضمن مشتملات النفقة؛ وبالرجوع للمادة 72 ق أ ج المعدلة فالحكم الذي تضمنته جاء أكثر وضوح وإلزام من سابقتها التي وإن كانت تنص على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما مما أدى بالقضاة إلى الحياد عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة أو بدل إيجار[1]؛ وطبقا للنص الجديد نكون أمام حالتين :

الحالة الأولى : أن يقوم الأب بعرض سكنا للحاضنة؛ غير أن القاضي لا يحكم به إلا إذ تبين له أن السكن ملائم للممارسة الحضانة.

الحالة الثانية : أن لا يعرض الأب سكنا لممارسة الحضانة أو كان هذا السكن غير ملائم وهنا القاضي يلزم الأب بأن يدفع بدل الإيجار بغية استأجار سكن ملائم[2].

ولما كان السكن له أهمية وضرورة فقد نص المشرع في هذا الصدد في المادة 57 مكرر ق أ ج على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مسألة السكن بموجب أمر على عريضة؛ وهذا إن دل على شيء فيدل على أهميته.

وفضلا على أن الأب ملزم بتوفير مسكن لحضانة ولده؛ بل يجب أن يكون المسكن ملائم لممارسة الحضانة غير أن ملائمة المسكن من عدمه يرجع تقديرها للقاضي الذي ينظر في ذلك حسب العرف والعادات السائدة[3].

وهذا الإجراء تم استحداثه لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام والمتمثل في توفير مسكن لممارسة الحضانة؛ ذلك أن الأم المطلقة الحاضنة بعد انتهاء عدتها لا تجد مكان يأويها ولو بشكل مؤقت إلى حين توفير الزوج مسكن لممارسة الحضانة[4].

---

[1]– باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 87.

[2]– لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، مرجع سبق ذكره، ص : 242.

[3]– أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 160.

[4]– الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة "**، مرجع سبق ذكره، ص : 260.

غير أن المشرع الجزائري ورغم محاولاته التي يهدف من ورائها لحماية مصلحة المحضون وإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه مادامت حاضنة إلا أن الحكم الذي جاء به في المادة 72 فقرة 2 لم يكن صائبا وذلك لأمرين هما :

حصر المشرع الجزائري حق الحضانة في الأم المطلقة؛ فحين أن الحاضنة ليس بالضرورة أن تكون أما فيمكن أن تكون الخالة أو أم الأم هي الحاضنة.

إن هذا الحكم يؤدي إلى بقاء الأم الحاضنة في بيت الزوجية؛ غير أن هذه الأخيرة وبعد وقوع الطلاق ثلاثا قد أصبحت أجنبية عن ذلك المكان؛ فإقامة الأم الحاضنة في ذلك البيت لا يوجد له مبرر لا من الناحية الشرعية أو حتى القانونية[1].

فقد جاء في أحكام القضاء الجزائري التالي بيانه : " يستوجب نقض القرار المطعون فيه الذي إعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة ذلك أنه قضاء لا يتماشى والمنطق، فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا لذا كان ينبغي على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة مسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق ويستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد "[2].

2 – فقها :

وجوب نفقة الأولاد على الآباء ثابت بالكتاب والسنة لكن المختلف فيه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية هو القرابة الموجبة للإنفاق؛ فالإمام مالك رضي الله عنه ضيق من النفقة الواجبة فجعلها على الأبوين والأولاد الصلبين دون أن تمتد هذه النفقة إلى بقية الأصول والفروع؛ وذلك لقوله تعالى : "وبالولدين إحسانا "[3]؛ أما الشافعية فقالوا أن القرابة الموجبة للإنفاق هي قرابة الولادة؛ أي تجب فقط نفقة الفروع على أصولهم ونفقة الأصول على فروعهم من غير تقييد بالدرجة[4]؛ أما

---

[1] – باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية**، مرجع سبق ذكره، ص : 89.

[2] – ملف رقم 215212، قرار بتاريخ 1999/02/16، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 69.

[3] – سورة الإسراء، الآية، ص : 23.

[4] – محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة**، مرجع سبق ذكره، ص : 128.

الحنفية فقد قالوا أن سبب نفقة الأقارب للقرابة المحرمية ذلك أن الله تعالى أمر بصلة الرحم على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم؛ أما الحنابلة فقالوا أن القرابة التي تكون سببا في الإنفاق هي القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا للقريب المحتاج إن ترك مالا[1] لقوله تعالى : في نفقة الولد : "وعلى الوارث مثل ذلك "[2].

المطلب الثاني: سقوط الحضانة وعودتها :

الحضانة إنما شرعت من أجل تحقيق مصلحة واحدة وهي مصلحة المحضون؛ لدى وجب على الحاضن القيام بالتزاماته تجاه المحضون طول مدة الحضانة؛ وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب اسقاطها عليه؛ غير أنه عودة هذا الحق مرتبط بزوال الأسباب التي أدت إلى سقوط هذا الحق[3].

الفرع الأول: سقوط الحضانة :

لقد تعرض المشرع الجزائري في المواد من 66 إلى 70 ق أ ج إلى سقوط الحق في الحضانة؛ وهي كالآتي :

1 – زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه :

حيث نصت المادة 66 ق أ ج على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون "؛ فزواج الحاضنة بأجنبي أو بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة وذلك لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به مالم تنكحي ".

فالحضانة شرعت لمصلحة المحضون وزواج الحاضنة أكيد سيشغلها عنه؛ ويفوت هذه المصلحة وقد أخذ القانون بهذا الرأي[4]؛ وتمنح حضانة المحضون بعد الأم إلى من أسند إليهم القانون حق حضانة المحضون؛ غير أن زواج الأم بقريب محرم للصغير لا يعتبر مانعا من ممارسة الحضانة كون أن الحكمة من جعل الشارع الزواج سببا في سقوط حق الحاضنة في الحضانة هي أن الزوج يكره ولد زوجته من غيره؛ ويود أن يحرمه أمه وهذا لا يتحقق إذا كان

---

[1] – محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة**، مرجع سبق ذكره، ص : 129.

[2] – سورة البقرة، الآية 233.

[3] – بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"**، مرجع سبق ذكره، ص : 388.

[4] – أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 155.

الزوج محرما للصغير لوجود القرابة الباعثة على الشفقة؛ فهذه الأخيرة تحثه على أن يعطف على الصغير كولده[1]؛ غير أنه بالرجوع للمادة 66 ق أ ج نجد أن المشرع أسقط حق الحاضنة في الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم على ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون؛ بمفهوم المخالفة إذ أدى ذلك إلى الإضرار بمصلحة المحضون فلا يمكن اعتبار هذا الزواج سبب لسقوط الحضانة؛ ذلك أنه لا يمكن معاقبة المحضون على سبب لا دخل له فيه وهو زواج أمه فيبتعد عنها؛ وفي نفس الوقت لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها[2].

ولدقة هذه المسألة ولأنها تدور حول مصلحة الصغير يمكن للقاضي أن يحكم بإبقاء حضانة الصغير للأم بشرط أن يتعهد زوج الأم أمام القضاء بشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب بابنه وهذا جائز تحت عنوان الكفالة؛ وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام من طرف زوج الأم الحاضنة؛ أو في حالة أن الأم قد فقدت لأحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم[3].

وينظر ابن عابدين إلى المسألة أكثر واقعية فيقول: " إن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير فينبغي للمعني أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض له ويكون له زوج أمه مشفقا عليه؛ فيريد قريبه أخذه منها ليؤديها أو ليأكل من نفقته "[4]؛ فقد يكون للقريب الذي يريد أخذ الطفل زوجة تؤدي الطفل وتلحق به أضرار أضعاف ما يؤديه زوج أمه الأجنبي؛ وكما يمكن أن تكون المحضونة أنثى فيخشى عليها من أولاد القريب لسكنها معهم؛ فإذا كان المفتي أو القاضي على علم بذلك فإنه لا يحل له نزعه من أمه " أي لو تزوجت أجنبيا عنه " لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد[5]؛ فأينما وجدت هذه المصلحة وجدت الحضانة وأينما انتفت هذه المصلحة انتفت معها الحضانة.

---

[1]– عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، 2009، ص : 272.

[2] – الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** " **دراسة مقارنة** "، مرجع سبق ذكره، ص : 262.

[3]– المرجع نفسه، ص : 262.

[4]– نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، مرجع سبق ذكره، ص : 254.

[5]– المرجع نفسه، ص : 254.

كما تسقط الحضانة بتنازل الحاضنة القانونية عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل غير أنه يشترط في هذا التنازل أن لا يكون ضارا بمصلحة المحضون ولابد أن يكون صادرا عن المحكمة المختصة[1]؛ غير أن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في هذه الحالة هو حكم مقرر للسقوط وليس منشأ له؛ غير أنه لابد من الإشارة أن إقرار القانون لسقوط حق الحاضنة في الحضانة بسبب تنازلها مقيد بشرط وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها ما دامت أن الحاضنة أهلا لذلك ومادامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها[2]؛ غير أن التنازل يكون في العادة إما لوجود حاضنة أخرى أو أن هذا التنازل يكون لصالح الأب؛ فقد يحدث مثلا أن الأم الحاضنة أرادت أن تخالع زوجها فيكون تنازل الأم عن حقها في الحضانة مقابلا لهذا الخلع؛ فيكون هذا التنازل بمقابل؛ وهنا يأتي التنازل مخالف لنص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها "[3]، بالتالي يترتب عليه أمران :

الأمر الأول : أن الخلع يقع لأن هذا الأخير جاء نتيجة إيجاب وقبول بين الطرفين كما أن القبول جاء مقابل تنازل الموجبة على حقها وهو تصرف صحيح.

الأمر الثاني : أن هذا التنازل لا يؤثر على حق الأم في حضانة ولدها؛ وذلك راجع لأن الحضانة حق للمحضون وأمه معا؛ فرغم تنازل الأم عن حقها فإن هذا التنازل لا يمس حق الولد؛ وبالتالي يصح الخلع ويبطل التنازل " الشرط " لتعلقه بالغير[4].

وما استقر عليه جمهور الفقهاء أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا حق الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه؛ فإذا أمكن الجمع بين هذه الحقوق عمل بهذا الجمع؛ غير أنه في حال ما إذا تعارضت هذه الحقوق فيما بينها وجب تقديم حق المحضون على غيره[5].

---

[1]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"**، مرجع سبق ذكره، ص : 388.

[2]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 301.

[3]– فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 379.

[4]– المرجع نفسه، ص : 379.

[5]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 719.

وبناء على ما تقدم يستخلص أن الأم الحاضنة لها الحق في التنازل عن الحضانة؛ غير أن هذا التنازل إذا كان يضر بمصلحة المحضون فإن حق الحاضنة في الحضانة لا يسقط كما أن هذا التنازل لا يؤخذ بعين الاعتبار.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا من خلال قراراتها حيث جاء في أحدها: " من المقرر قانونا أنه تسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا ـ في قضية الحال ـ أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[1] .

2 – اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 قانون أسرة جزائري :

حيث نصت المادة 67 ق أ ج على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها 62 أعلاه ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ".

فإذا تم الإخلال بالواجبات المتعلقة بالحضانة المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلق ذلك بواجب أهلية الحاضن " العقل، الأمانة، القدرة ..." أو تعلق ذلك بالالتزامات التي تقع على الحاضن اتجاه المحضون مثل التربية والرعاية اللازمة لمهمة الحضانة[2]؛ فإذا ثبت أن الشخص الذي أسندت له الحضانة قد أخل بواجباته نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية فإنه لم يعد أهلا للحضانة؛ وبناء على ما تقدم إذ تقدم ذي مصلحة طالبا إسقاط الحضانة عن الحاضن الذي لم يعد أهلا لممارسة الحضانة؛ ومن ثم فإن المحكمة تقضي بسقوط حق هذا الأخير في الحضانة[3].

---

[1]– ملف رقم 54353، بتاريخ 1989/07/03، يوسف دلاندة، **قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث**، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص : 71.

[2]– فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص. ص : 378، 379.

[3]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 301.

أما بخصوص عمل المرأة فقد نص المشرع الجزائري بنص المادة 67 فقرة 2 على أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

كما جاء في القضاء الجزائري في أحد قراراتها أن " عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة "[1].

كما جاء أيضا " أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية "[2].

3 – المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة :

تنص المادة 68 ق أ ج : " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

ذلك أنه إذا كان مستحق الحضانة لم يطالب بحقه في الوقت المناسب والذي قدر بسنة كاملة حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة الكاملة وبدون تقديم مبرر شرعي فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون لأن حق الحضانة هنا يكون قد سقط بالتقادم لعدم المطالبة به لأكثر من سنة دون عذر شرعي[3].

هذا وتسقط الحضانة بقوة القانون بمجرد بلوغ المحضونة 19 سنة؛ وبلوغ المحضون 10 سنوات إذا سكت صاحب الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر وفي حالة إذا ما مددت الحضانة بالنسبة للذكر لأكثر من ذلك فإنها تنتهي بأقصاها وهي 16 سنة[4].

وهذا ما أكدت عليه قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيها: " إن الطاعنة عندما سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة ولم

---

[1]– ملف رقم 282033، قرار بتاريخ 2000/07/18، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 66.

[2]– ملف رقم 274207، قرار بتاريخ 2002/07/03، المرجع نفسه، ص : 66.

[3]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 302.

[4]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"**، مرجع سبق ذكره، ص : 389.

تطالب بهما إلى سنة 1993 أي بعد 5 سنوات فإن طعنها استوجب الرفض اعتبار لمصلحة المحضون "[1].

4 – الاستيطان في بلد أجنبي :

حيث نصت المادة 69 ق أ ج : " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ".

ومعنى هذا أنه في حالة إذا ما أراد من أسند له الحق في الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي فإن هذا بالضرورة سيؤدي إلى سقوط حقه في الحضانة غير أن هذا الشرط لا يؤدي دائما إلى إسقاط الحضانة عن الحاضن؛ ذلك أن هذا الأمر متوقف على مدى قناعة القاضي بضرورة إسقاطها وهذه القناعة يمكن أن يدخل في تكوينها جملة من الأسباب أهمها مصلحة المحضون والظروف التي أدت بالحاضن إلى اختيار الاستيطان في الخارج[2]، غير أن هناك من الفقهاء المسلمين من فرقوا بين البلد الأجنبي الذي هو بلد الحاضن الأصلي وبين البلد الأجنبي الذي ليس كذلك حيث أجازوا للأم الانتقال بالمحضون بشرطين هما :

- الشرط الأول : أن يكون وطنها " بلدها الأصلي ".
- الشرط الثاني : أن يكون قد تزوجها " أي عقد عليها عقد الزواج فيه ".

وإذا اختل أحد الشرطين يسقط حقها في الحضانة[3]؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك فكان راضيا بالتفريق إلا أن النكاح مادام قائما يلزمها إتباع الزوج فإذا زال فقد زال المانع[4].

---

[1]– ملف رقم 134951، قرار بتاريخ 1996/05/21، باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، مرجع سبق ذكره، ص : 67.

[2]– فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص : 380.

[3]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 737.

[4]– أحمد علي جرادات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد " الزواج والطلاق "**، مرجع سبق ذكره، ص : 343.

فإذا وقع النكاح في غير بلدها لم يكن للحاضنة أن تنتقل بولدها إلى بلدها؛ كما سبق القول لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها فلا توجد دلالة الرضى بالمقام في بلدها ومن ثم لم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق[1].

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه؛ ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه "[2].

أما في حالة إقامة الوالدين ببلد أجنبي معا فقد جاء في قرار أنه: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ومن ثم فإن على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع اللذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "[3].

5 – سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم :

تنص المادة 70 قانون أسرة جزائري: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

ومعنى هذا أنه إذا كانت جدة المحضون أو خالته قد أسندت لها الحضانة؛ وانتقلت مع المحضون لسكن مع أمه المتزوجة برجل أجنبي بنية الاستقرار والدوام؛ فمتى تحقق هذا أدى ذلك إلى سقوط الحضانة وانتقل هذا الحق إلى من يليهم في المرتبة؛ فمتى قرر هذا الأخير تقديم طلب للمحكمة للحكم له بإسقاط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه بشرطين أن يكون ممن

---

[1]– أحمد علي جرادات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد " الزواج والطلاق "**، مرجع سبق ذكره، ص : 343.

[2]– ملف 59013، المؤرخ في 1990/02/19، نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، مرجع سبق ذكره، ص : 257

[3]– ملف 56597 قرار بتاريخ 1989/12/25، يوسف دلاندة، **قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث**، مرجع سبق ذكره، ص. ص : 77، 78.

تتوفر فيهم الشروط القانونية وأن إسناد الحضانة إليه فيه ضمان لمصلحة المحضون فإذا توفر هذين الشرطين كان له ذلك أما إذا كان الأمر خلاف ذلك فهذا لا يؤدي إلى سقوط الحضانة عن الخالة أو الجدة[1].

الفرع الثاني: عودة الحضانة :

نصت المادة 71 على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

يفهم من مضمون المادة بمفهوم المخالفة أنه إذا كان سبب السقوط اختياري فهذا يؤدي إلى عدم عودة الحضانة؛ ولو بعد زوال المانع.

وذهب الفقهاء إلى التفريق بين ما إذا كان السبب اضطراريا أو اختياريا فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعودة الحضانة إلى صاحبها متى كان المانع الذي أدى إلى سقوط الحضانة قد زال ولم يفرقوا بين ما إذا كان المانع اضطراريا كمرض أو اختياريا كالزواج والسفر والفسق[2]؛ وعند الحنفية إذ كان الطلاق رجعيا لا تعود الحضانة إلا بانقضاء العدة ذلك أن المعتدة لاتزال زوجة حكما؛ فلا حضانة إلا إذا انقطعت الزوجية؛ ويكون ذلك بانتهاء العدة[3].

أما عند الشافعية المطلقة تستحق الحضانة قبل انقضاء العدة بشرط رضا الزوج بدخول المحضون بيته.

أما الحنابلة فالمطلقة تستحق الحضانة ولو كان الطلاق رجعيا ولم تنقض العدة[4]؛ فحين ذهب المالكية إلى التفريق بين ما إذا كان المانع اضطراريا أو اختياريا فإذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض وخوف مكان وسفر لأداء فريضة الحج ثم زال هذا العذر عادت الحضانة إليها لأن المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري وذلك طبقا للقاعدة القائلة أنه: " إذا زال المانع عاد الممنوع ".

---

[1]– عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 302.

[2]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 732.

[3]– عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، مرجع سبق ذكره، ص : 275.

[4]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 732.

أما إذا كان المانع اختياري كزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم ودخل بها أو عادت من السفر الاختياري؛ فلا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع لأن السقوط كان باختيارها وما دام كان الأمر كذلك فهي لا تعذر[1].

فالأم التي أسقطت حقها في الحضانة بعد زواجها من أجنبي هو تصرف رضائيا واختياريا يمنع عودة الحضانة ولو بعد زواله والقضاء بخلاف ذلك يكون مخالفة للقانون[2].

وجاء في قرار المحكمة العليا : " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومنه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت ــ في قضية الحال ــ أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا اختياريا يكون قد خالف القانون "[3].

[1]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص : 732.

[2]– أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص : 159.

[3]– ملف رقم 58812، قرار بتاريخ 1990/02/05، يوسف دلاندة، **قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث**، مرجع سبق ذكره، ص : 79.

الفصل الثاني : إشكالات الحضانة في القانون الدولي الخاص وحلولها :

أدى انفتاح العالم على بعضه البعض إلى خلق علاقات عابرة للحدود الوطنية؛ فبعدما كان الأجنبي في ظل المجتمعات القديمة يعامل معاملة قاسية ومجردا من شخصيته القانونية بحيث لا يستطيع أن يكون طرفا في أي علاقة قانونية سواء كانت مالية أو شخصية؛ لكن سرعان ما تغير هذا الوضع بفعل تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية؛ وأصبح من المحتم على المجتمع الوطني أن ينفتح على غيره من المجتمعات بغية إشباع حاجات جديدة لا يستطيع هذا الأخير أن يفي بها بمعزل عن غيره من المجتمعات[1].

وقد نتج عن هذه التغيرات دخول الأفراد في عدة علاقات مالية واقتصادية واجتماعية؛ ومثال العلاقات الاجتماعية ارتباط الأفراد بالأجانب عن طريق رابطة الزواج؛ إلا أن اختلاف الطرفين من حيث ثقافتهما وحضارتهما قد يساهم وبشكل كبير في فك هذه الرابطة وانحلالها.

غير أن هذه الرابطة يختلف مفهومها من دولة إلى أخرى فمنها ما يعتبرها رابطة أبدية وغير قابلة للتعدد والبعض الأخر يعتبرها رابطة قابلة للانحلال بإرادة أي من الطرفين ولا يمكن أن يترتب عن هذه الرابطة أي التزام ومنهم من ذهب إلى اعتبارها رابطة قابلة للتعدد ولها أن تنحل بإرادة الزوج؛ غير أن هذا الاختلاف لا يقتصر فقط على مفهوم الزواج بل امتد أيضا ليشمل الأثار المنجرة عنه وانحلاله؛ مما جعل هذا الاختلاف المجال الرحب لتنازع القوانين[2].

غير أن انحلال هذه الرابطة في إطار القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين " يؤدي إلى طرح مشاكل لا يمكن إخضاعها لنفس النظام الداخلي الذي تخضع له العلاقات الوطنية لأن ذلك سيؤدي إلى ارتباك شديد في الحياة سواء على المستوى الدولي أو الداخلي مما أدى إلى وجود قواعد قانونية تسمى بقواعد القانون الدولي الخاص باعتبار هذه الأخيرة وجدت من أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية والتي تستمد خصوصيتها من وجود العنصر الأجنبي.

ومن أهم المشاكل التي قد تترتب عن انحلال هذه الرابطة في إطار القانون الدولي الخاص هي النزاعات التي تقام بشأن الحضانة؛ كون هاته النزاعات لا تنحصر في الزوجين فقط بل

---

[1] – رمزي محمد على دراز، **فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي**، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. ص : 8 و9.

[2] – أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1، ط13، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، ص. ص : 227، 228.

تتعدى ذلك لتصل إلى طرف ثالث وهم الأطفال الناتجون عن الزواج المختلط. فأمام انتفاء نص قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في أغلب تشريعات الدول وما يزيد الأمر صعوبة أكبر هو إمكانية وقوع الأطفال ضحية لهاته النزاعات؛ فقد يحدث أن الزوج الذي تقرر له حق زيارة طفله قد يتعسف في استعمال هذا الحق ويمنع الطفل من الرجوع إلى الزوج الأخر التي تقررت الحضانة لمصلحته أو العكس إذ قد يتعسف صاحب الحق في الحضانة.

ومن خلال هذا الفصل سنعالج القانون الواجب التطبيق على الحضانة في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى الاتفاقيات كحل لتذليل الصعوبات التي قد تعترض تنظيم هذه المسألة في المبحث الثاني.

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

لما كانت الحضانة من أهم الآثار التي يخلفها الطلاق في المسائل الأسرية؛ وهي تكتسب أهمية كبرى وذلك لتعلقها بحقوق الطفل المحضون؛ غير أن هذه المسألة يخضع تنظيمها لقواعد قانونية ثابتة في كل تشريع؛ وقد يختلف تنظيم هذه الأخيرة من دولة إلى أخرى باختلاف وجهة نظر كل دولة[1]؛ وأمام هذا الاختلاف فهناك تشريعات لم تخص هذه المسألة بقاعدة إسناد وهناك تشريعات أخرى تصدت لهذه المسألة فخصتها بقاعدة إسناد تنظمها.

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري :

من خلال تصفح المواد من المادة التاسعة إلى المادة الرابعة والعشرون من القانون المدني[2] نجد أن المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد خاصة تنظم هذه المسألة؛ ولما كان الأمر كذلك في التشريع الجزائري وكذا التشريعات الأخرى فإن الاختلاف في فكرة الحضانة أدى إلى انقسام في الآراء الفقهية والقضائية فمنهم من اتجه إلى اعتبارها من أثار الزواج وبتالي إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه الأثار؛ في حين ذهب فريق أخر إلى القول بأنها أثر من أثار الطلاق ومن ثم تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأثار؛ وهناك من ذهب إلى اعتبارها من أثار النسب وبتالي يجب إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه الأثار؛ وهناك من ذهب إلى إخضاعها لقانون الطفل.

---

[1] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، ط1، 2006، ص : 340.

[2] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

وبالرجوع إلى المادة التاسعة من القانون المدني[1]؛ فإن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي باعتباره قانون القاضي؛ وبالرجوع للمواد من : 62 إلى 72 من قانون الأسرة والمتعلقة بنظام الحضانة؛ نجد أن المشرع قد أدرجها في الفصل الثاني المتعلق بأثار الطلاق.

وبناء على ما تقدم فالقانون الجزائري قد أخذ بالرأي الراجح الذي اعتبر الحضانة أثرا من أثار الطلاق؛ ومن ثم فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[2]؛ فالمشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي الذي يخضع الحضانة إلى القانون الذي يحكم أثار الطلاق؛ ومرد ذلك عدم إمكانية إخضاع هذه الأخيرة إلى القانون الذي يحكم أثار الزواج في حين أن العلاقة الزوجية قد انحلت[3] هذا من جهة. ومن جهة أخرى إن التنازع بخصوص الحضانة لا يثور إلا في حالة واحدة وهي حالة فك الرابطة الزوجية؛[4] وهذا الاتجاه قد لقي الدعم لما يحققه من فائدة عملية؛ إذ يجعل جميع النتائج المترتبة عن الطلاق تخضع لتشريع واحد[5].

غير أن هذا الرأي الأخير لم يسلم من النقد هو الآخر؛ لأن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى إخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج " الأب "؛ وهذا الأخير قد يغير جنسيته أو موطنه مما يؤدي بالضرورة إلى تغيير التنظيم القانوني لحضانة الأولاد؛ مما يجعل التنظيم القانوني لحضانة الأولاد مرتبط بجنسية الأب؛ فأي تغيير في جنسية هذا الأخير يؤدي إلى تغيير التنظيم القانوني لحضانة الأولاد؛ وهذا التغيير غير محبذ؛ لأنه يهدد الاستقرار الذي هو عامل أساسي لتنشئة الصغار؛ ومن ثم فالفائدة تتجلى في عدم الربط بين الطلاق والانفصال والحضانة.[6]

---

[1] – " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين ".

[2] – فاطمة الزهراء جندولي، **إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، رسالة الماجستير، تلمسان، الجزائر، 2011، ص : 34.

[3] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010، ص : 27.

[4] – فاطمة الزهراء جندولي، **إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مرجع سبق ذكره، ص : 34.

[5] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، مرجع سبق ذكره، ص : 354.

[6] – المرجع نفسه، ص : 355.

الفرع الأول : القاعدة العامة في القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج :

لقد أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ ومرد اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة هو مركز الزوج داخل الأسرة وما يتمتع به من سلطات؛ بالإضافة إلى أن هذا الأخير يملك حق إنهاء زواجه بإرادته المنفردة طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية؛ أما عن اعتداد المشرع بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيرى الكثير من الفقهاء أن ذلك ليس له مبرر؛ لأنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بانعقاد الاختصاص إلى قانون لم تكن تتوقعه؛ ومن ثم قد يؤدي لانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن في حسبان الزوجة؛[1] وذلك فيه ظلم للزوجة إذ أن الزوجة قد تتزوج في ظل قانون هي على علم ودراية به كون أن هذا القانون لا يبيح مثلا للزوج الطلاق وبمجرد أن يتجنس الزوج بجنسية دولة أخرى يبيح لهذا الأخير الطلاق ثم يرفع دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة، فيحكم له بطلاق طبقا لهذا القانون؛ ولذا كان من العدل أن يسري على انحلال الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[2]. غير أن هذا الرأي لا يجوز الخوض فيه ذلك أن الطلاق ليس أثرا من أثار الزواج الشخصية حتى يمكن أن يصبح حقا مكتسبا له قوة نفاذ دولية؛ ومن المنطقي أو الواجب تطبيقه هو القانون الساري المفعول أثناء المطالبة بالطلاق[3]؛ أما الآثار المترتبة على انحلال الزواج فهي تخضع لنفس القانون الذي يحكم الطلاق أو التطليق أو الانفصال؛ وبما أن الحضانة هي أثر من أثار الانحلال ونظرا لخلو التشريع الجزائري على غرار بقية القوانين العربية كما سبق القول من نص خاص ينظم مسألة الحضانة وما تثيره من إشكالات عملية على أرض الواقع بعد انفصال الزوجين والتي تدور غالبا حول من له الحق في حضانة الطفل؛ واستعمال حق الزيارة؛ وحق الإنفاق عليه؛ فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج[4].

وعليه فأي نزاع يثور أمام القاضي الجزائري ويتعلق بالحضانة فإن القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 12 فقرة 2 من ق م ج[5]؛

---

[1] – أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1، مرجع سبق ذكره، ص : 256.

[2] – علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص : 76.

[3] – الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص : 182.

[4] – المرجع نفسه، ص. ص : 184،185.

[5] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

ولكن هذا سيؤدي بنا إلى التساؤل هل الحكم نفسه واجب التطبيق في حالة ما إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية ذو جنسية جزائرية ؟ وهل الاختصاص ينعقد للمحاكم الجزائرية إلا في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية جزائري الجنسية ؟

الفرع الثاني : إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية جزائري الجنسية :

تطبيقا للقاعدة العامة في القانون الجزائري؛ فإن انحلال الزواج والأثار المترتبة عنه تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ غير أنه في حال ما إذا عرض النزاع على القاضي الجزائري " قانون القاضي "؛ وكان أحد أطراف العلاقة القانونية جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الجزائري تطبيقا لنص المادة 13[1] من ق م ج والذي جاء فيها : " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين: 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج " وهذا استثناء من القاعدة.

وفي الحقيقة إن الفائدة التي تظهر من هذا الاستثناء؛ هي في حالة ما إذا كانت الزوجة تحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج؛ لأنه في حال ما إذا كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى؛ فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري لكن بمقتضى القاعدة العامة في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني؛ في حين أن الزوجة لا نستطيع تطبيق القاعدة العامة بشأنها؛ ولذلك الاستثناء قد وضع لحماية الزوج ذو الجنسية الجزائرية.

ومن ثم فلا جدوى من الأخذ بعين الاعتبار تغيير أحد الزوجين لجنسيته في الفترة الممتدة ما بين انعقاد الزواج وبين الطلاق أو رفع دعوى للمطالبة بالحضانة ذلك أن القانون المختص هو القانون الجزائري رغم تغيير أحد الزوجين لجنسيتهما[2].

وأغلب التشريعات العربية قد أخذت بهذا الاستثناء؛ فيكفي أن يكون أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج حتى يسري القانون الوطني؛ وقد انتقد البعض هذا الاستثناء إذ أن المشرع قد

[1] – تقابلها المادة 14 من القانون المصري، المادة 14 من القانون المدني الليبي، المادة 15 من القانون المدني الأردني، المادة 19 من القانون المدني العراقي، المادة 14 من القانون المدني السوري.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، مرجع سبق ذكره، ص : 344.

اعتد بجنسية الزوج وقت الطلاق أو رفع الدعوى؛ فقد كان الأصح أن يعتد المشرع بهذا الاستثناء في حال ما إذا كان أحد الزوجين وطنيا في هذا التاريخ[1].

وبناء على ما تقدم وعملا بقواعد الإسناد الجزائرية فإذا ثار نزاع يتعلق بالحضانة وكان أحد أطراف العلاقة القانونية ذو جنسية جزائرية وقت انعقاد الزواج سواء أكان الزوج أم الزوجة فالقانون الواجب التطبيق بشأنها هو القانون الجزائري؛ ومن ثم الرجوع إلى القواعد الموضوعية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري لتحديد كل المسائل الموضوعية الخاصة بها.

غير أنه من المعلوم لدينا في مجال الاختصاص القضائي الدولي؛ أنه يتم تمديد العمل بقواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلي على المجال الدولي؛ فيكون الاختصاص منعقدا للمحاكم الجزائرية لما يكون الضابط الذي تم على أساسه عقد الاختصاص المحلي الداخلي موجودا في الجزائر؛ فإذا كان الضابط في الاختصاص المحلي الداخلي هو موطن المدعى عليه؛ ومن ثم بوجود هذا الضابط في الجزائر فإن الاختصاص القضائي الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية بالضرورة[2].

وبناء على ما تقدم فإنه في حال وجود مقر الزوجية بالجزائر؛ فإن الاختصاص القضائي الدولي بالضرورة سينعقد للمحاكم الجزائرية؛ وهذا حسب نص المادتين 432 و 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

وبالتالي يستنتج أنه ينعقد للمحاكم الجزائرية الاختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بالحضانة؛ إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائري الجنسية؛ ومنه ينعقد الاختصاص عن طريق الجنسية؛ إذا كان مقر الزوجية متواجد بالجزائر.

الفرع الثالث : نطاق تطبيق القانون في الحضانة :

ومن ثم بعد تأكد القاضي من انعقاد الاختصاص له في نظر العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي؛ يطبق بشأنها قواعد التنازع؛ ومن ثم إذا ما عرضت على القاضي قضية تعلقت بالحضانة فالقانون الواجب التطبيق بشأنها هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

---

[1] – هشام على صادق، **تنازع القوانين**، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 2007، ص : 292.

[2] – أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج2، ط6، دار هومة، بوزيعة، الجزائر، 2011، ص : 21.

[3] – قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ – القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري :

إذا كان القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد التنازع هو القانون الجزائري؛ فإنه يتم الرجوع للقواعد الموضوعية في قانون الأسرة من المادة 62 إلى المادة 72؛ وفي كثير من الحالات يتم إسناد الحضانة للأم؛ وذلك طبقا للمادة 64 من ق أ ج والتي جاء فيها : " الأم أولى بحضانة ولدها ".

في حالة إسناد الحضانة للأم الأجنبية المتواجدة بالجزائر؛ فإن ذلك لا يثير أي إشكال؛ لأنه في هذه الحالة يتم ممارسة الحضانة في وضع طبيعي؛ أي أن الأم يكون لها حق ممارسة حضانة ابنها والأب يكون له حق الزيارة والرقابة على ابنه؛ غير أن الإشكال يثور في حالة ما إذا أرادت الأم الأجنبية العودة إلى بلدها والاستقرار هناك؛ إذ أن هذا الوضع الأخير يؤدي إلى تربية الولد على دين غير دين أبيه هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى يطرح إشكال الزيارة؛ فإن القاضي الجزائري في هذه الحالة يقوم بسحب الحضانة.

ذلك أن الأحكام القضائية الصادرة في شأن الحضانة تبين أن حق الأم في الحضانة مرتبط بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة[1].

وفي مثل هذا الوضع قد يفرق القاضي بين ما إذا كان الأبوان يقيمان في بلد واحد أم لا؛ وبين ما إذا كان أحدهما أراد الاستيطان في الجزائر من عدمه؛ وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري فقد جعل هذا الأخير مبدأ في الحضانة.

المبدأ :

ماهية هذا المبدأ تتلخص في أنه في حال ما إذا وجد نزاع بين الأبوين حول حضانة الأولاد؛ وكان هذان الأخيران لا يقيمان في بلد واحد؛ فالحضانة في هذه الحالة تسند إلى من وجد من الأبوين في الجزائر.

وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري على أن الحضانة تسند إلى من تواجد من الأبوين في الجزائر سواء أكان أبا أم أما[2].

حيث جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى ما يأتي :

---

[1] – قربوع كمال عليوش، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص : 240.

[2] – المرجع نفسه، ص : 240.

" وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة واتخذ فيها مبدأ أنه في حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة؛ وتخاصما على الأولاد بالجزائر؛ فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم؛ ولو كانت الأم غير مسلمة؛ ويتأكد هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

وعليه مما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبيين المستدل بمقتضاهما حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب؛ فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما وهذا ليس بقواعد النظام العام؛ فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق؛ ومن ثم فالنعي على القرار بما ورد في السبب غير مقبول."[1]

إن الأهمية الكبيرة لهذا القرار ليس لكونه قد خلص إلى تلك النتيجة؛ وإنما في تبريره لهذه الأخيرة؛ كونها تمس موضوع استحقاق الحضانة في علاقات الزواج الجزائري المختلط؛ وتنفيذ الأحكام الأجنبية المنجرة عنه؛ وهذا موضوع يثار بشدة في القضاء.[2]

ومن المسائل ذات صلة بالقانون الدولي الخاص في هذا القرار هي :

1 – تنازع القوانين في إسناد الحضانة.

2 – الشروط الواجب توافرها لتنفيذ حكم أجنبي بالجزائر خاص بمسائل الأحوال الشخصية.

المسألة الأولى : تنازع القوانين في الحضانة

ينبغي الإشارة أولا وقبل التطرق إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على الحضانة؛ إلى أن قرار المجلس الأعلى لم يبحث فيما إذا كانت قواعد تنازع القوانين الجزائرية والخاصة بحل الرابطة الزوجية قد طبقت في القرار الأجنبي (الفرنسي) والمراد تنفيذه في الجزائر؛ والذي قضى بالطلاق بين الزوجين؛ ؛ ذلك أن الحضانة هي أثر من أثار انحلال الزواج.

[1] – ملف رقم 52207، قرار بتاريخ 1989/01/02، الطيب زروتي، **إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، دار هومة، ص : 30.

[2] – المرجع نفسه، ص : 31.

وتطبيقا لقواعد التنازع الجزائرية المادة 12 فقرة : 2 فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري؛ وبالتالي إذ كان القانون الفرنسي قد طبق قواعده الموضوعية على القرار الأجنبي والذي يقضي بانحلال الزواج فذلك يؤدي إلى عدم الاعتراف أصلا بهذا الطلاق في الجزائر[1].

لأنه بالرجوع إلى قواعد التنازع الفرنسية حيث تنص المادة 310 من القانون المدني الفرنسي: " يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات الأتية :

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.
- حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني."[2] واعتمادا على الضابط الأول أي الجنسية المشتركة فالقانون الجزائري هو المختص؛ هذا على فرض أن الزوجين لم يحصلا على الجنسية الفرنسية؛ وبفرض أن الزوجة ذو جنسية فرنسية؛ غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق وهذا طبقا للمادة : 22 فقرة : 2 والمادة : 13 من القانون المدني[3] فإذا كان الشخص يحمل في نفس الوقت بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية؛ وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول؛ فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري؛ وهذا ما يسمى بإمتياز الجنسية الجزائرية.

فكان من المفروض على المجلس الأعلى أن يفحص ويراقب القانون الجزائري بما فيه قواعد التنازع؛ ومدى التطبيق السليم لهذه الأخيرة في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر ولم يتبين من القرار تحليله لهذه المسألة؛ فالمجلس الأعلى يناط به رقابة مدى توافق القرار الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر مع ما يقضي به القانون الجزائري من حيث اختصاصها التشريعي؛ وهذا بالضرورة يؤدي إلى رفض الاعتراف بهذا القرار وتنفيذه؛ وذلك على أساس عدم اختصاص القانون الفرنسي بحكم هذا النزاع أصلا وليس لمخالفته لنظام العام.[4]

---

[1] – الطيب زروتي، **إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، مرجع سبق ذكره، ص. ص : 32، 33.

[2] – Henri Batiffol, **Droit International Privé**, Librairie Général De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 6éme éd, 1976, p72.

[3] – الطيب زروتي، **إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، مرجع سبق ذكره، ص : 33.

[4] – المرجع نفسه، ص. ص : 33، 34.

المسألة الثانية : الأساس القانوني لرفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي

إن تأسيس المجلس الأعلى لرفض القرار؛ كان مرده أن هذا الأخير قد اطرد في عدة قضايا تتعلق بمسألة الحضانة؛ أنه في حال ما إذا كان نزاع حول حضانة الأولاد وعرض هذا النزاع على القضاء الجزائري؛ وكان أحد الأبوين في دولة غير مسلمة؛ فالحق في الحضانة يعود إلى من وجد من الأبوين في الجزائر؛ ذلك أن إسناد الحضانة للأم الموجودة في فرنسا يكون سببا في تغيير اعتقاد البنتين وإبعادهما عن دينهما هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى يؤدي إلى حرمان الأب من حق الزيارة؛ وهذه هي الأسباب التي اعتمد عليها في تأسيس المجلس الأعلى لقراره؛ ويستخلص من هذا أن ما جاء به هذا القرار مخالف لنظام العام في الجزائر مما يستوجب رفضه[1].

غير أن هذا المبدأ يتعطل في حال ما إذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية معا؛ إذ ليس من المنطقي أن يكون كل من الوالدان يعيشان في بلد أجنبي وتكون حضانة الأولاد في الجزائر؛ وفي هذه الحالة أي في حال ما إذا وجد الأبوان في بلاد أجنبي يتم تطبيق القواعد الشرعية المتعلقة بالحضانة.

وهذا ما جاء في هذا القرار : " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن في بالجزائر سواء أكان أما أم أبا فإن سكن الوالدين معا؛ في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا."[2]

ب – القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي :

في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد التنازع الجزائرية هو القانون الأجنبي؛ فإنه يتم الرجوع إلى القانون الداخلي للقانون الأجنبي من طرف القاضي من أجل تطبيق القواعد الموضوعية على المسألة المعروضة أمام القاضي.

---

[1] – الطيب زروتي، **إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، مرجع سبق ذكره، ص : 35.

[2] – ملف رقم 36797، قرار بتاريخ 1989/12/25، جمال السايس، **الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، ج1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص : 497.

المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون المقارن :

لما كانت فكرة الحضانة مختلف فيها من حيث المصدر المنشئ لها؛ والذي يتم على أساسه الالتزام بها من عدمه بين مختلف التشريعات كما سبق القول؛ وهذا الاختلاف في الأخير سيؤدي إلى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق على الحضانة بين هذه التشريعات؛ ولإعطاء فكرة أوسع كان لابد من التطرق إلى بعض التشريعات.

الفرع الأول : القانون المصري :

لم يخضع القانون المدني الحضانة إلى قاعدة إسناد خاصة بها؛ وبتالي إسنادها إلى قانون يحكمها؛ مما يفهم أن تولي هذه المهمة قد ترك للفقه والقضاء؛ لكن حتى هذا الأخير لم تتوحد اتجاهاته حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة؛ مما أدى ذلك إلى الوقوع في اختلاف ومن الآراء المختلف فيها فمنهم من ذهب إلى اعتبار الحضانة أثر من أثار الزواج؛ ومن ثم فهي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج؛ وتبريرهم في إخضاع الحضانة لهذا القانون؛ هو أن الحضانة تتعلق بالبنوة والبنوة من حيث الواقع ماهي إلا أثر من أثار الزواج؛ وأن الولد في الأول والأخير هو نتاج هذه العلاقة الزوجية؛ ومن ثم فمنبع الالتزام بها هو عقد الزواج؛ وعلى هذا الأساس تم إدراجها ضمن الآثار الشخصية للزواج وفي تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في العديد من أحكامه؛ واعتبر الحضانة ماهي إلا أثر من أثار الزواج؛ وهذا الرأي منتقد إذ لا يمكننا التسليم بأن الحضانة ما هي إلا أثر من أثار الزواج؛ إذ لا نستطيع الكلام عن أثار لعقد الزواج في حين أن هذا العقد أصبح غير موجود إذ أنه قد انتهى بالطلاق أو التطليق[2].

غير أن الحضانة لا يثور النزاع حولها إلا في حالة الانفصال؛ وماعدا هذه الحالة فالحضانة من واجبات الأبوين أي حال قيام العلاقة الزوجية؛ وهذا ما يؤدي بنا إلى القول لا يمكن اعتبار الحضانة أثر من أثار الزواج؛ لأن الحديث عن الآثار يستند بالضرورة إلى وجود عقد؛ فكيف يمكن الحديث عن الحضانة التي هي عبارة عن أثر في حين أن عقد الزواج قد انتهى.

وهذا ما جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية إذ جاء في حيثياته مايلي : " وحيث إنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شأن لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثرا من الآثار المترتبة عليه؛ ذلك

---

[1] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، مرجع سبق ذكره، ص : 293.

[2] – المرجع نفسه، ص. ص : 293 و 294.

أنه يرجع عند بحث أمر الحضانة وصاحب الحق فيها إلى أمور أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه؛ من هذه الأمور سن الصغير ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها؛ وعلى ذلك فإنه لا يصح أن ينظر إلى الحضانة بإعتبارها أثرا من الآثار التي يرتبها عقد الزواج "[1].

وذهب البعض الأخر إلى اعتبارها أثر من أثار الطلاق؛ وتبرير إخضاع الحضانة لهذا الاتجاه أن النزاع حول الحضانة لا يثور إلا في حالة واحدة وهي حالة الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني وأن تنظيم الإجراءات النهائية التي تتخذ بشأن الطلاق أو الانفصال لترتيب مسألة حضانة الطفل الشرعي أو المتبنى تنظيم له علاقة مباشرة بهذه الحالة التي يعيشها الأسرة ومن ثم لابد من إدراجها ضمن أثار انقضاء الزوجية بما لذلك من أثر في التنازع الصريح للقوانين[2].

وقد انتقد هذا الرأي ذلك أن المصلحة تتحقق بعدم الربط بين القانون الذي يحكم أثار الطلاق والحضانة لأن الأخذ بهذا الربط يؤدي إلى تغيير التنظيم القانوني للأبناء بمجرد تغيير سواء القانون الواجب التطبيق على انقضاء الزواج أو بتغير جنسية أو موطن الأب وذلك يؤدي إلى تهديد الاستقرار الذي هو ضروري لتنشئة الأطفال[3].

وقد ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية؛ إذ جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم 89 والصادر في 1954/02/02 مايلي " حيث أن واقع الأمر وأنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياسا في ذلك على ماهو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من أنه يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون

[1] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 26.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، مرجع سبق ذكره، ص : 294.

[3] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 30.

الإنجليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهما إلى المدعية هما إنجليزيان متبعا لوالدهما المدعى الإنجليزي الجنسية "[1]

غير أن إخضاع القضاء المصري الحضانة لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال لا مبرر له إذ أن الولاية على المال والولاية على النفس نظامان يختلفان عن بعضهما البعض.

في حين ذهب رأي أخر إلى اعتبارها أثر من أثار النسب ذلك أن المرجع في وصف الحضانة هو القانون المصري؛ وبتالي قواعد الشريعة الإسلامية؛ وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجد أن الأولاد لهم حقوق وعلاقات بالوالدين بصرف النظر عن نوعية العلاقة التي تجمع بين الوالدين سواء بوصفهما زوجين أو مطلقين أو غير ذلك[2].

والرأي الراجح قد أخذ بهذا الرأي الأخير وهو الرأي المستقر به عملا في أحكام القضاء المصري رغم ما وجه لهذا الرأي من انتقادات؛ ومن الانتقادات الموجهة لهذا الرأي أن النسب يتعلق بشرعية الأولاد في حين أن الحضانة هي رعاية الأولاد؛ ومن ثم فلا وجه للمقارنة بينهم؛ إذ أن الحضانة أثر مستقل بحد ذاته[3].

وهذا الاختلاف في تكييف الحضانة راجع إلى عدم وجود قاعدة إسناد صريحة بخصوص الحضانة.

الفرع الثاني : القانون الأردني :

لم يضع القانون الأردني قاعدة إسناد للحضانة؛ واعتبر هذه الأخيرة علاقة قانونية من العلاقات الأخرى التي تظهر بمناسبة الزواج؛ وتتولد من نشوء الأولاد في الأسرة؛ ونفس الأمر فيما يخص نسب الأولاد وحقوقهم كحق الرضاعة والنفقة مما يتطلب معرفة القانون الذي يحكمهم في حال ما إذا ثار نزاع حولهم[4].

أما النسب فلم يرد بخصوصه قاعدة إسناد في القانون الأردني؛ إلا أنه وبتكييفه على أنه أثر من أثار الزواج فهو يخضع لقانون الزوج وقت عقد الزواج بمعنى قانون الأب.

---

[1] – فارس كريم شيعان، **تنازع القوانين في الحضانة**، ص : 163.

www.uobabylon.edu.iq.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، مرجع سبق ذكره، ص : 295.

[3] – فارس كريم شيعان، **تنازع القوانين في الحضانة**، مرجع يبق ذكره، ص : 165.

www.uobabylon.edu.iq.

[4] – حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص : 115.

وبالرجوع لمسألة الحضانة فقد صنفت من ضمن الآثار التي تترتب على النسب؛ وبالتالي سيتم إخضاعها بصفة ألية لقانون جنسية الأب لأنها أثر من أثار الزواج؛ ومن ثم فقانون جنسية الأب وقت الزواج هو الذي يحدد إلى من يعود الحق في ممارسة الحضانة ومدتها[1].

غير أن الأخذ بهذا الرأي يؤكد أن الحضانة هي أثر من أثار الزواج؛ وهذا ما أنف نقذه؛ إلا أنه وحسب رأيي الشخصي على الرغم من أن رابطة الزواج كانت سببا في وجود رابطة البنوة؛ إلا أنه لا يمكن قياس الحضانة على مسألة النسب ذلك أن مسألة شرعية الأولاد من عدمها مسألة سابقة على مسألة حضانة الأولاد إذ قد تم الفصل فيها.

الفرع الثالث : القانون الفرنسي :

لم يكن بالإمكان الحديث عن قاعدة تنازع قوانين تخص مسألة انحلال الزواج؛ ذلك أن الطلاق يعد من المسائل التي تدخل في نطاق المسائل الشخصية والتي يسري عليها القانون الشخصي؛ كما أن الزواج الذي يحصل بين زوجين من جنسية مختلفة كان نادر الوقوع وذلك راجع لأسباب واقعية كون الزواج المختلط لم يكن معتمد في تلك الفترة أو قانونية اكتساب الزوجة لجنسية زوجها[2].

لكن سرعان ما تغير هذا الوضع وبعد تحرير الطلاق؛ وقد تم تصنيف الحضانة في القانون الفرنسي على أنها أثر من أثار الطلاق[3]؛ كما تنص المادة 310 من القانون المدني : " يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات الأتية :

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.
- حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني."[4] وبغية التعرف على كيفية تعامل القضاء الفرنسي مع مسألة الحضانة؛ فإنه في هذا الإطار تقول Françoise Dekeuwer-Défossez : إن القانون الحالي متوازن نوعا ما؛ لكن القضاء لا يستطيع أن يفعل

---

[1] – محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص. ص : 164، 150.

[2] – cité par, Jean-Pierre Laborde, **Droit International Privé**, Dalloz, Paris, 16émééd, 2008, p133.

[3] – المرجع نفسه، ص : 133.

[4] – Henri Batiffol, **Droit International Privé**, op_ cit, p72.

شيء لمعانة الأشخاص. القضاة يقدمون ما بوسعهم لأشخاص ضعفاء؛ مضرورين وليسوا عقلانيين دائما؛ ذلك أنهم لا يتقبلون حقيقة وضع هو نتيجة منطقية لأفعالهم[1].

وفي هذا السياق تم طرح التساؤلات التالية :

ماهي المكانة التي يمنحها القانون للأب في القرارات المتعلقة بإسناد حضانة الأطفال ؟

إن القانون الفرنسي لم يضع فروقات كما أنه يمنح نفس الحقوق للأب والأم. إن الإحصائيات لسنة 2009 تشير أن حضانة الأولاد تذهب في أغلبية الحالات للأم " 76.8% حالات في 2007 ".

إن هذه الإحصائيات عقلانية؛ فهي غير ناتجة عن تحيز القضاة؛ لكنها تخضع لعادات اجتماعية معقدة. هذه الإحصائيات تؤكد أن المرأة تكرس وقتا أكبر للاحتياجات المنزلية من الرجل. إن مثل هذه الأسباب يمكننا تجاهلها لكنها حقيقة واقعية. فالمرأة التي تحرم من حضانة طفلها تشعر بأنها مهمشة وهي بنظر المجتمع أم سيئة[2].

ماهي الحالات التي تمنح فيها حضانة الطفل للأب ؟

يمنح الأب حضانة الطفل بنسبة 7.9% من الحالات وهناك ثلاث حالات :

- عندما تهجر الأم بيت الزوجية من أجل رجل أخر.
- لما تكون الحالة النفسية للأم مختلة.
- عندما يعبر الطفل المراهق عن رغبته في العيش مع والده.

ماهي الأسباب الحقيقية لهذه الوضعية ؟

حتى عام 1970 الأب هو رب العائلة. المادة 213 من القانون المدني الفرنسي تطبق هذه الوظيفة؛ هذه الوضعية غير منطقية؛ لكن قانون 4 جوان 1970 قام بتجاوز هذه الوضعية غير متساوية فأصبحت القوة الأبوية سلطة أبوية فأصبح لدى الطفل أبوين متساويين في الحقوق[3].

من هذا كيف يمكن الفصل بين أبوين لهم نفس الحقوق ؟

---

[1] – François Béguin, **La Loi Actuelle Est Assez équilibrée**

www.lemonde.fr 21/02/2013 à 14h50 par François Béguin.

[2] – المرجع نفسه

www.lemonde.fr 21/02/2013 à 14h50 par François Béguin.

[3] – المرجع نفسه

www.lemonde.fr 21/02/2013 à 14h50 par François Béguin .

قانون عام 1975 قام بتحرير الطلاق وأصبح المقياس الأول لتحديد الحاضن للطفل هو تقدير مصلحة المحضون؛ حتى الأن الطفل تمنح حضانته للطرف الذي لم يكن سببا في الطلاق. ومنذ سنة 1975 أصبح القاضي هو الذي يحدد من يحضن الطفل ومنذ ذلك الوقت أصبح الطفل يمنح للأم بنسبة كبيرة[1].

استحدثت جمعيات أبوية من أجل رفض بعض القرارات. في عام 1983 أصبح مجلس النقض الفرنسي يفصل سلبيا في مسألة الحضانة بالتناوب. وقد أقر طب الأطفال النفسي أن هذه الأخيرة تعتبر كارثة بكل المقاييس بحيث تمنع الطفل من أخذ قواعد ثابتة وتحرمه من اتصاله بأمه من الناحية العاطفية كل الأطباء يؤكدون بأنها كارثة للبناء النفسي للطفل؛ ورغم هذه التوجيهات الطبية إلا أنها لازالت تمارس وشيئا فشيئا أصبحت من طبيعة المجتمع[2].

في قانون 4 مارس 2002 يبين أن الأبوين يجب عليهما أن يستمرا ويتعاونا من أجل تربية الأطفال حتى بلوغهم فأي قرار متخذ من طرف واحد يعتبر غير شرعي. رغم هذا هناك محاولات من طرف الآباء وأغلبيتها من طرف الأم لتشويه صورة الأب وإبعاد الطفل عنه

لماذا الحضانة بالتناوب نسبتها 14.7% من الحالات في 2007 ؟ رغم هذا تتمنى الجمعيات الأبوية تطبيق الحضانة بتناوب

الأطفال لا يتحملون هذا النوع من الحضانة " الحضانة بتناوب "؛ وهناك أسباب موضوعية تمنع ظاهرة الحضانة بالتناوب من أن تعمم. حتى أنها من الناحية التطبيقية تثير صعوبة كبيرة.

إن هذا القانون ليس فعالا على أرض الواقع فهو يصطدم بالعقليات؛ وحتى وإن كانت إرادتنا جيدة فيصعب كثيرا أن تنظم تربية الطفل إن كانا مفترقين.

أظن أنه هناك نقص في التوعية البيداغوجية للآباء وأنه للحصول على أولاد لابد من تربيتهم بتواجد الاثنان معا[3].

تمنح الأم وبنسبة كبيرة حضانة أولادها؛ وذلك تبعا لطبيعتها؛ وهذه الأخيرة حتى وإن تم تجاهلها تبقى الفطرة الإنسانية التي خلق عليها الإنسان؛ وأي تغيير في هذه الأخيرة يؤدي إلى

---

[1] – François Béguin, **La Loi Actuelle Est Assez équilibrée**, op_ cit.

[2] – المرجع نفسه

www.lemonde.fr 21/02/2013 à 14h50 par François Béguin.

[3] – المرجع نفسه

www.lemonde.fr 21/02/2013 à 14h50 par François Béguin.

ترتيب نتائج وخيمة؛ وهذا ما تم فعلا اثباته؛ إذ أن الأطباء قد أقروا أن الحضانة بالتناوب تؤدي إلى ترتيب نتائج تعد كارثة بالنسبة للبناء النفسي للطفل.

المبحث الثاني : الاتفاقيات كحل للإشكالات التي تثيرها الحضانة :

حضانة الأطفال تثير العديد من الصعوبات على المستوى الداخلي لكل دولة؛ فمابالك إذا كانت هذه الحضانة تمارس في إطار الروابط الدولية الخاصة؛ أي بين منظومتين مختلفتين؛ والأكيد أن هذا الوضع سيتسبب في العديد من الإشكالات؛ هذه الأخيرة لها أثار سلبية على الطفل بدرجة أولى؛ وعلى حقوقه وعلاقاته بوالديه بدرجة ثانية؛ وتجنبا لهذه الآثار تم بذل العديد من المجهودات على المستوى الدولي؛ ويظهر ذلك من خلال الاتفاقيات الدولية التي أبرمت منذ بداية الثمانينات من القرن الماضي؛[1] والتي كرست إجراءات من شأنها ممارسة الحضانة والحقوق المنجرة عنها.

المطلب الأول : الاتفاقيات المتعددة الأطراف :

لقد حظيت حقوق الأطفال بأهمية كبيرة على المستوى الدولي؛ ومن بين هذه الحقوق التي تم تناولها على نطاق دولي حق الحضانة؛ وما قد يترتب عنها من قضايا مثل النقل غير المشروع للأطفال؛ وفي هذا الشأن جاءت اتفاقية لاهاي لعام 1980؛ وكذا اتفاقية الطفل لعام 1989 وما أقرته من حقوق للطفل.

الفرع الأول : اتفاقية لاهاي لعام 1980 :

إن هذه الاتفاقية جاءت لحماية مصالح الأطفال فيما يتعلق بحضانتهم؛ من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن إرجاع الأطفال اللذين تم نقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة؛ لأن هذه الأخيرة تعتبر انتهاكا لحق الحضانة؛ وفي نفس الوقت تكريس وحماية حقوق الزيارة والاتصال[2].

---

[1] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 82.

[2] – إذ جاء في ديباجة هذه الاتفاقية ما يلي : " إن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية فصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم، ورغبة منها في حماية الأطفال دوليا من التأثيرات الضارة لنقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة، واتخاذ الإجراءات التي تضمن عودتهم الفورية إلى الدولة مقر إقامتهم الاعتيادية، بالإضافة إلى ضمان حماية حقوق الزيارة والاتصال ..."

ومن الأهداف التي تسعى هذه الاتفاقية إلى تحقيقها ضمان إعادة الأطفال اللذين تم نقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة في أي دولة متعاقدة؛[1] مع ضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة والاتصال المنصوص عليها فيما بين الدول المتعاقدة؛ واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من قبل هذه الأخيرة لتنفيذ أهداف هذه الاتفاقية باتخاذ أكثر الوسائل المتاحة فاعلية[2].

غير أنه يعتبر نقل الطفل واحتجازه عملا غير مشروعا إذا تم في ظروف معينة وهي :

1 – أن يكون هذا التصرف قد جاء لانتهاك حق الحضانة الممنوح من قبل الدولة التي أقام بها الطفل بصفة اعتيادية لأحد الأبوين أو أحد الأشخاص أو أي مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية؛[3] ولا يكفي لاعتبار هذا التصرف عملا غير مشروع وجود رابطة حقيقية بين الطفل وأبويه؛ بل لابد أن يستند هذان الأخيران على سند صحيح لحق الحضانة من قبل الدولة التي كانت تمارس في ظلها هذه الأخيرة؛ وبالتالي وضع هذه الرابطة في إطارها القانوني؛ ولابد أن يكون هذا السند قد صدر قبل صدور التصرف حتى نكون بصدد نقل غير مشروع للأطفال[4].

2 – إضافة إلى ما سبق ذكره؛ وهو وجوب توفر الحاضن على سند صحيح يثبت أحقيته في الحضانة؛ لابد أن تكون هناك ممارسة فعلية لهذه الأخيرة وقت وقوع التصرف أو قبله؛[5] وذلك مرده أنه لا يمكن للحاضن الاحتجاج بحقه في الحضانة في حين أن هذا الحق لم يكن يمارس أصلا وقت النقل؛ وهذا ما قد يستند إليه غير الحاضن في نقل الطفل مستغلا بذلك حقه في الزيارة ومنتهكا لحق الحضانة الممنوح للطرف الأخر؛ كون هذا الأخير لم تكن له ممارسة فعلية للحضانة مما يجعل هذا الشرط لازما لقيام العمل غير المشروع؛[6] غير أن هذا العمل قد يحول دون حدوث هذه الممارسة؛ لأنه في حال ما إذا كانت هناك إمكانية لممارسة الحضانة لكن حدوث النقل غير المشروع حال دون حدوث أو قيام هذه الممارسة؛ اعتبرت هذه الأخيرة سببا في قيام هذا العمل أيضا؛ وهذا ما أقرته اتفاقية لاهاي لسنة 1980 وقد أصابت الاتفاقية في هذا لأنه قد يصعب تحقق هذه الممارسة الفعلية في حالة ما تم إسقاطها عن طرف وإسنادها إلى طرف أخر بموجب

---

[1] – المادة 1 من اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980.

[2] – المادة 2 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[3] – الفقرة 1 من المادة 3 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[4] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص. ص : 74، 75.

[5] – الفقرة 2 من المادة 3 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[6] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 79.

حكم قضائي صادر من قبل الدولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل؛ وبمجرد صدور هذا القرار مباشرة يتم نقل الطفل مما يحول دون قيام الرابطة القانونية بين الحاضن والمحضون؛ مما يؤدي إلى اعتبارها غير موجودة أصلا لكن حقيقة الأمر أن النقل غير المشروع هو الذي حال دون قيام هذه الرابطة[1].

لكن التحقق من وجود هذه الممارسة الفعلية أو عدم وجودها راجع إلى نص المادة الثالثة عشر من اتفاقية لاهاي إذ جاء فيها : " على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة؛ إلا أنه لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية في الدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي تعارض إعادته من إثبات أن :

أ – الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي ترعى شخص الطفل لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة في وقت النقل أو الاحتجاز..." ومن ثم في حالة إثبات عدم الممارسة الفعلية لحقوق الحضانة من قبل السلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المطلوب منها إصدار أمر بإعادة الطفل فإنه يحق لهذه الأخيرة رفض طلب إرجاع الطفل[2].

الأطفال الذين تسري عليهم هذه الاتفاقية هم الأطفال الذين يقل عمرهم عن 16 عاما؛ ويقيمون بصفة اعتيادية بدولة متعاقدة وذلك قبل وقوع أي انتهاك لحقوق الحضانة أو الزيارة والاتصال[3].

تطبيق وتنفيذ المهام المنصوص عليها في الاتفاقية يتوقف على تكوين سلطات مركزية في كل دولة متعاقدة؛ وذلك لحصول نوع من التعاون بين هذه السلطات لضمان تحقيق الإعادة الفورية للأطفال؛ وتنفيذ أهداف أخرى منها الكشف عن مكان وجود الطفل الذي نقل أو احتجز بصورة غير مشروعة مع منع إلحاق أي ضرر إضافي بالطفل[4].

كما يحق لأي شخص أو مؤسسة أو هيئة التقدم سواء إلى السلطة المركزية التابعة لمكان الإقامة الاعتيادية للطفل أو إلى السلطة المركزية بأي دولة متعاقدة بطلب إذا كانت تدعي أن

---

[1] – المرجع نفسه، ص : 80.

[2] – المادة 13 فقرة 1 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 4 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادة 6 و7 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

طفلا قد نقل أو احتجز بأسلوب يعتبر انتهاكا لحقوق الحضانة؛ ويجب أن يتضمن الطلب مجموعة من الوثائق[1].

غير أنه إذا وجد لدى السلطة المركزية المقدم إليها الطلب نوع من الاعتقاد بأن الطفل موجود بدولة متعاقدة أخرى جاز لها أن تقوم مباشرة بإرسال الطلب إلى السلطة المركزية المتواجدة بتلك الدولة المتعاقدة؛ وتتخذ هذه الأخيرة الإجراءات اللازمة لضمان الإعادة الطوعية للطفل[2].

كما تتخذ السلطات القضائية والإدارية في الدولة المتعاقدة إجراءات قضائية عاجلة لإعادة الأطفال؛ وقد حددت المادة الحادي عشر أجل ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات القضائية كأقصى مدة لإصدار القرار؛ وإذ صادف وانتهت هذه المدة أصبح من حق مقدم الطلب أو السلطة المركزية للدولة بناء على مبادرتها الخاصة أو طلب السلطة المركزية للدولة المقدم إليها الطلب المطالبة ببيان تظهر أسباب التأخير[3].

وإذ كانت الفترة ما بين نقل الطفل واحتجازه بصورة غير مشروعة؛ وبدء الإجراءات القضائية بواسطة السلطة القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها الطفل تقل عن عام واحد؛ هنا لابد على السلطة المعنية إصدار أمر فوري بإعادة الطفل؛ غير أنه بمرور سنة بعد النقل غير المشروع وقد قدمت براهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة؛ وهذا يؤدي إلى عدم إصدار أمر فوري بإعادة الطفل؛[4] ويسري نفس هذا الحكم الأخير في حالة ما إذ كان رجوع الطفل سينشأ مخاطر جسيمة تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي أو وجوده في وضع لا يطاق؛ كما أنه يمكن أحيانا الأخذ برأي الطفل في حال ما إذا كان قد بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ بنظره[5].

كما تأخذ بعين الاعتبار السلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المقدم إليها الطلب قانون الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية لتحقق فيما إذا كان هنالك نقل أو احتجاز غير مشروع طبقا لمفهوم المادة الثالثة من الاتفاقية؛ كما يحق للسلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة

[1] – المادة 8 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 9 و10 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 11 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادة 12 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[5] – المادة 13 فقرة 2 و 3 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

أن تشترط على مقدم الطلب حصوله على قرار أو حكم أخر يشير إلى أن النقل أو الاحتجاز غير مشروع طبقا للمادة السالفة الذكر من قبل سلطات الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية وعلى السلطات المركزية في الدولة المتعاقدة تقديم المساعدة لمقدمي الطلبات للحصول على هذه القرارات والأحكام[1].

يمنع على السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي نقل إليها الطفل أو إحتجز بها عقب تلقيها لمذكرة تفيد نقل أو احتجاز طفل بصورة غير مشروعة بمفهوم المادة الثالثة إصدار قرار يمس الجوانب القانونية لحقوق الحضانة حتى يتم أخذ قرار يقضي بعدم إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية[2].

كما لا يمكن أخذ أي قرار قد يصدر بموجب هذه الاتفاقية ويتعلق بإعادة الطفل؛ على أنه حكم على الجوانب القانونية لأي قضية خاصة بالحضانة[3].

بنفس الطريقة التي يتم بها تقديم طلب لإعادة الطفل لدى السلطات المركزية للدولة المتعاقدة؛ يتم تقديم طلب بغية اتخاذ الترتيبات اللازمة لتنظيم أو ضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال[4].

تتخذ السلطات المركزية كافة الخطوات اللازمة لإزالة كافة العقبات التي تقف في طريق ممارسة حقوق الزيارة والاتصال؛ وتلتزم السلطات المركزية بواجبات التعاون المنصوص عليها في المادة 7 من الاتفاقية حتى يمكن ممارسة هذه الأخيرة في جو هادئ كما لابد من استيفاء أي شروط قد تكون ممارسة هذه الحقوق خاضعة لها[5].

الفرع الثاني : اتفاقية الطفل لعام 1989 :

جاءت هذه الاتفاقية لتقرير مختلف الحقوق المتعلقة بالأطفال وحمايتها؛ وتمتاز هذه الاتفاقية عن غيرها بطابع عالمي؛ وهذا راجع لكونها عامة أولا؛ ولعدد الدول الأعضاء فيها ثانية؛ فأغلب

[1] – المادة 14 و 15 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 16 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 19 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادة 21 فقرة 1 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

[5] – المادة 21 فقرة 2 من اتفاقية لاهاي، مرجع سبق ذكره.

دول العالم صادقت عليها؛ كما أنها تعتبر أساس للدفاع عن قضية حقوق الأطفال على المستوى العالمي[1].

والأسرة حسب هذه الاتفاقية من الأسس الأساسية للمجتمع والمحيط الطبيعي لنمو ورفاهية أفرادها وبالخصوص أطفالها؛ كما لابد من أن تولى هذه الأخيرة الحماية والمساعدة اللازمتين حتى تتمكن من الاضطلاع الكامل بمسؤوليتها داخل المجتمع[2].

ومن الحقوق التي هي محل إصرار من قبل الاتفاقية من أجل تكريسها وحمايتها في نفس الوقت؛ هي حق الطفل في الحفاظ على روابطه بعائلته؛ وهذا ما جاء في المادة التاسعة من هذه الاتفاقية حيث نصت على وجوب عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما؛ إلا في حالة ما إذا قررت السلطات المختصة أن في هذا الفصل مصالح الطفل العليا؛ وقد يلزم هذا القرار في حالة معينة مثل انفصال الوالدين عن بعضهما البعض واتخاذ قرار معين بشأن محل الطفل[3].

كما تؤكد نفس المادة على الدول الأطراف بوجوب احترام حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الاحتفاظ أو الإبقاء على علاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه بصورة منتظمة؛ إلا في حالة ما إذا كانت هذه الأخيرة تتعارض مع مصالح الطفل الفضلى[4].

والواضح أن الأسرة هي محل اهتمام في هذا العهد؛ إذ أن نصوصه ألزمت أسرة الطفل والمجتمع والدولة على السواء باتخاذ كل التدابير لحماية الطفل؛ وبالخصوص تلك المتعلقة بحماية الصلات العائلية للطفل[5].

ومن أجل تكريس الحقوق السالفة الذكر والحفاظ عليها؛ حثت الاتفاقية في إطار النقل غير المشروع للأطفال مختلف الدول الأطراف على اتخاذ كافة التدابير من أجل مكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة[1].

---

[1] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 90.

[2] – إذ جاء في الديباجة : " واقتناعا منها بأن الأسرة، باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمتين لتتمكن من الاضطلاع الكامل بمسؤوليتها داخل المجتمع..."

[3] – المادة 9 من اتفاقية الطفل 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.

[4] – المادة 9 فقرة 3 من اتفاقية الطفل، مرجع سبق ذكره.

[5] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 91.

وبغية مكافحة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال وتحقيقا لهذه الغاية؛ قامت هذه الاتفاقية بتشجيع الدول الأطراف على إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقيات قائمة؛[2] فهذه الاتفاقية تهدف إلى الحد من هذه الظاهرة " خطف الأطفال " سواء كان هذا الاختطاف عن طريق أحد الوالدين المنفصلين بسبب فك الرابطة الزوجية أو عن طريق أي شخص آخر كما في حالة خطف الأطفال من أجل استغلالهم والمتاجرة بهم[3].

وقد جاء في المادة الخامسة والثلاثون أنه يجب على الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال وهذا تأكيد على ما سبق ذكره.

وفي إطار الرقابة على مدى تنفيذ هذه الالتزامات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية من عدمها من طرف الدول الأطراف؛ أنشئت الاتفاقية لجنة تعنى بهذا الأمر؛[4] وتعتمد هذه اللجنة في ذلك على التقارير المقدمة من قبل الدول الأطراف؛ ويجب أن تتضمن هذه التقارير مختلف العوامل والصعاب التي تواجه تنفيذ الالتزامات المتعهد بها بموجب هذه الاتفاقية[5].

فهذه اللجنة تستعمل هذه التقارير كأداة لتأكد من أن الدول الأطراف قد وضعت تشريعات تضمن الحماية للأطفال ضد هذه الظاهرة واعتبار هذا الأخير من الأعمال التي يعاقب عليها جنائيا[6].

المطلب الثاني : الاتفاقيات الثنائية :

لقد كان للاتفاقيات المتعددة الأطراف دور في التخفيف من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال؛ إلا أنه وبغية توفير أكبر قدر من الحماية لهذه الفئة؛ فلقد لجأت العديد من الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية فيما بينها؛ وكانت الدولة الجزائرية من بين هذه الدول؛ فقد أبرمت هذه

---

[1] – المادة 11 فقرة 1 من اتفاقية الطفل، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 11 فقرة 2 من اتفاقية الطفل، مرجع سبق ذكره.

[3] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 92.

[4] – المادة 43 من اتفاقية الطفل، مرجع سبق ذكره.

[5] – المادة 44 من اتفاقية الطفل، مرجع سبق ذكره.

[6] – جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزواج المختلط**، مرجع سبق ذكره، ص : 93.

الأخيرة في هذا الصدد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية؛ وتتعهد فيها كل من الدولتين بتوفير أحسن حماية لفئة الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر.

الفرع الأول : اتفاقية الجزائر مع فرنسا :

إن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية جاءت لضمان ممارسة الحضانة بين البلدين من جهة؛ ومن جهة أخرى ضمان ممارسة الحقوق المنجرة عنها والمتمثلة في حق الزيارة؛ وهذا ما حاولت الاتفاقية تكريسه من خلال تنظيم الإجراءات الخاصة بها؛ إذ جاء في ديباجتها : " رغبة منهما في دعم التعاون القضائي؛ وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال...".

ولتحقيق هذه الأهداف فقد اتفقت كل من الجمهورية الجزائرية والفرنسية على مايلي :

تعين وزارتا العدل لكلا البلدين، سلطتين مركزيتين حتى يتم الوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية؛ كما أن التعامل بين هاتان السلطتان يتم بشكل مباشر تحقيقا لهذا الغرض[1].

فقد يحدث أن يقع الطفل الذي هو ثمرة الزواج المختلط بين جزائري وفرنسية ضحية لانحلال هذا الزواج؛ إذ تسند حضانة هذا الطفل لأحد الطرفين سواء لزوجة الفرنسية أو لزوج الجزائري؛ غير أن الطرف الذي لم يسند له هذا الحق قد لا يتقبل هذا الأمر؛ إذ قد يقوم هذا الأخير بنقله عن حاضنه إلى بلده؛ وهنا يظهر جليا دور هذه السلطات المركزية إذ قد تساعد هذه الأخيرة في البحث عن الطفل الذي تم نقله عن حاضنه إلى ترابها؛[2] كما قد يتم تقديم معلومات تخص الحالة الاجتماعية للطفل من طرف هذه السلطات أو مختلف الأحكام القضائية الصادرة بشأن هذا الطفل؛[3] كما يتم إيجاد حلول ودية لضمان تسليم الطفل وقيامه بزيارة؛[4] كما يتم تيسير تنظيم هذا الحق أو تسهيل ممارسته فعلا من قبل هاته السلطات[5].

---

[1] – المادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، 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 الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال. الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

[2] – الفقرة 1 من المادة 2 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[3] – الفقرة 2 من المادة 2 من اتفاقية لجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[4] – الفقرة 3 من المادة 2 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[5] – الفقرة 4 و 7 من المادة 2 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

أما بخصوص الجهة القضائية المختصة في نظر هذه الاتفاقية؛ فهي الجهة التي يقع بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي؛ ذلك أن هذا الأخير هو مكان ممارسة الحياة العائلية المشتركة[1].

يلتزم كل من الدولتين بضمان الممارسة الفعلية لحق الزيارة للطرفين الذين هم في حالة انفصال سواء داخل التراب الوطني لكلا الدولتين أو بين حدودهما؛[2] كما أن كل حكم قضائي يتعلق بالحضانة ويصدر من طرف احدى الجهات القضائية التابعة للدولتين؛ لابد أن يكون هذا الحكم يتضمن في نفس الوقت حق الزيارة الممنوح للوالد الآخر؛[3] غير أنه بالرجوع للقانون الداخلي في القانون الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة فهذا الأمر مطبق من قبل القضاة ذلك أن بمجرد إسنادهم للحضانة يقومون بمنح حق الزيارة؛ وقد نصت هذه الاتفاقية أنه في حالة ما إذا كان قد رأى القاضي أن هناك ظروف استثنائية قد تعرض صحة الطفل لخطر مباشر سواء كان هذا الخطر جسدي أو معنوي أثناء ممارسة هذا الحق؛ وتحول دون ممارسة هذا الحق؛ في هذه الحالة لابد على القاضي أن يقوم بتحديد الطرق التي يتم على أساسها ممارسة هذا الحق؛ ولابد أن تتلائم هذه الأخيرة مع مصلحة هذا الطفل؛[4] ونلاحظ هنا أن هناك مراعاة لمصلحة الطفل المحضون بدرجة أولى.

غير أنه قد يتعسف صاحب الحق في الحضانة في استعماله لحقه؛ فقد يرفض ممارسة حق الزيارة الممنوح للوالد الآخر؛ مما قد يؤدي بالإضرار بهذا الأخير من جهة؛ والإضرار بالطفل من جهة أخرى؛ فمن حق الطفل أن يحافظ على علاقته بوالديه؛ وتجنبا لهذا الوضع فقد نصت الاتفاقية أن هناك متابعات جزائية خاصة بعدم تسليم الأطفال يتعرض لها الحاضن الممتنع عن ممارسة الزيارة الذي منح بمقتضى حكم قضائي سواء كان هذا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما؛ المنصوص والمعاقب عليها في التشريعات الجزائية لكلتا الدولتين؛[5] كما يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة بمجرد تسلمه لشكوى الوالد الآخر[6].

---

[1] – المادة 5 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[2] – الفقرة 1 من المادة 6 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[3] – الفقرة 2 من المادة 6 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[4] – الفقرة 3 من المادة 6 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[5] – الفقرة 1 من المادة 7 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[6] – الفقرة 2 من المادة 7 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

أثناء ممارسة حق الزيارة في حدود أحد البلدين؛ والتي يقوم بتحديدها السلطة القضائية المختصة حسب المادة الخامسة من الاتفاقية؛ وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي؛ يجب أن تلتزم هذه الأخيرة عند انتهاء ممارسة هذا الحق بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره؛ أو البلد الذي تمارس في ظله الحضانة؛ وفي حالة عدم عودة الطفل فإنه لا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية المتضمنة لحق الزيارة خارج الحدود؛ والتي هي قابلة للتنفيذ الفوري رغم صدور أحكام أو وجود دعوى خاصة بالحضانة؛[1] كما تطبق نفس هذه الأحكام في حالة ما إذا تم نقل الطفل خارج الأوقات التي حددتها الجهة المختصة؛[2] أي خارج الأوقات المحددة للزيارة.

كما تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر بتنفيذها رخصة للخروج من التراب الوطني[3].

كما أن الحكم القضائي والذي يتضمن حق الزيارة؛ يكون قابلا للتنفيذ في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن[4].

في حالة عدم إرجاع الطفل بعد الانتهاء من ممارسة حق الزيارة؛ أو في حالة ما إذا تم نقل الطفل خارج الأوقات المحددة للزيارة؛ في مثل هذا الوضع يعرض الوالد الحاضن للطفل هاته المسألة على السلطة المركزية أو على وكيل الجمهورية الذي يوجد في دائرة اختصاصه المكان الذي تمارس فيه الحضانة؛ وذلك من أجل تطبيق المادة الثامنة؛[5] كما يسخر وكيل الجمهورية المختص القوة العمومية للتنفيذ الإجباري حتى يضمن الرجوع الفعلي للطفل للتراب الذي غادره[6].

ويتم تنصيب لجنة متساوية الأعضاء يكون الغرض منها تسهيل تسوية الخلافات القائمة؛ ويكون مرجعها في ذلك الأحكام الواردة في الاتفاقية ومصلحة الطفل؛ كما أن مهمة هذه اللجنة تنتهي بمرور سنة من تنصيبها[7].

---

[1] – الفقرة 1 من المادة 8 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[2] – الفقرة 2 من المادة 8 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 9 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادة 10 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[5] – الفقرة 1 من المادة 11 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[6] – الفقرة 2 من المادة 11 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[7] – الفقرة 1 و2 من المادة 12 من اتفاقية، الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

كما يخول لهذه اللجنة حق طلب إجراء تحريات في كل من الدولتين؛ ويجوز لهذه الأخيرة إعطاء آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وكيفيات تنظيمها[1].

كما يمكن لأحد الوالدين أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الحضانة والزيارة مراجعة هذا الحكم وفقا لأحكام الاتفاقية؛ كما يتخذ من طرف المتعاقدان التدابير الملائمة لتسوية الخلافات دون الوصول لمرحلة المتابعة الجزائية أو من أجل وقف هذه المتابعة[2].

غير أن هذه الاتفاقية لم تحقق الأهداف المرجوة منها؛ ذلك أنه من الناحية الواقعية هناك تحيز لجانب الأم الحاضنة والتي تحمل الجنسية الفرنسية ومقيمة مع محضونها بفرنسا؛ هذا غير أنه لم يتم التطرق لمكان ممارسة حق الزيارة؛ وكان من باب أولى أن يستعمل الوالد حقه باستضافة المحضون أثناء ممارسته لحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وبعيدا عن الحاضن؛ مادام أن الاتفاقية قد منحت ضمانات تكفل للحاضن حقه في الحضانة وعودة المحضون إليه بعد انتهاء الزيارة مما يفهم أن القانون الفرنسي قد أدرج ضمنيا أحكامه في الاتفاقية[3].

[1] – الفقرة 3 و 4 من المادة 12 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[2] – الفقرة 5 و 6 من المادة 12 من اتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره.

[3] – فاطمة الزهراء جندولي، **إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مرجع سبق ذكره، ص : 40.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتضح لنا بشكل جلي أن موضوع الحضانة من المواضيع الخطيرة؛ ذلك أن مدار الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون؛ فالمشرع الجزائري أعطى أهمية خاصة لمصلحة المحضون؛ والدليل على ذلك التعديل الذي أحدثه المشرع في قانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02؛ والذي كان الهدف منه هو تكريس مصلحة المحضون بدرجة أولى؛ فلقاضي ملزم بمراعاة مصلحة المحضون؛ واعتبار هذه الأخيرة هي المعيار الأساسي الذي يبني على أساسه أحكامه المتعلقة بالحضانة.

وبالرغم من أن الحضانة تثير صعوبات على المستوى الداخلي؛ إلا أن ممارسة هذه الأخيرة في إطار الروابط الدولية الخاصة يزيد المسألة تعقيدا؛ ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة يختلف باختلاف وجهة نظر كل دولة مما يؤدي إلى عدم الاهتداء إلى وضع قاعدة إسناد بخصوص الحضانة.

غير أنه وبعد الاهتداء إلى قانون يحكم مسألة الحضانة؛ تعتبر مسألة إسناد الحضانة لأحد الطرفين ومنح حق الزيارة لطرف الآخر من الناحية الواقعية يثير هو الآخر إشكالات؛ إذ أن هذا الأخير قد لا يتقبل فكرة إسناد حضانة ولده إلى غيره فيقوم بنقله إلى بلده مستغلا حقه في الزيارة؛ ومن أجل تخفيف أو الحد من هذه الظاهرة التي تعتبر انتهاكا لحق الحضانة فقد لجأ المجتمع الدولي إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض وفي نفس الوقت تكفل حق ممارسة الزيارة؛ ذلك أن هذه الاتفاقيات تقر أن مصلحة المحضون تكمن في حفاظه على علاقاته بوالديه؛ ومن ثم تكريس هذه المصلحة بدرجة أولى.

وبعد تحليل مختلف جوانب الموضوع توصل هذا البحث إلى النتائج التالية :

- أن مصلحة المحضون هي الأساس الجوهري للحضانة؛ وهذه المصلحة هي محط اهتمام إن كان على المستوى الداخلي أو المستوى الدولي.
- لابد أن تكون محاولة تحقيق مصلحة المحضون تدخل في الإطار الشرعي؛ ذلك أن بقاء الحاضنة في بيت الزوجية بعد الطلاق ثلاثا إلى حين تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن من طرف الأب من الناحية الشرعية غير جائز.

- القاضي هو الطرف الأهم في القضايا المتعلقة بالحضانة؛ ذلك أن هذا الأخير يقع على عاتقه مسؤولية البحث عن مصلحة المحضون؛ كما يجب عليه استعمال كل الوسائل التي تساعده في الكشف عن هذه المصلحة.
- أن حق الحضانة مرتبط بحق الزيارة؛ ذلك أن القاضي ملزم عند إسناده لحق الحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة؛ وهذا ما تم تكريسه على المستوى الدولي أيضا.
- وجود تنازع بخصوص مسألة الحضانة بين الدول العربية الإسلامية؛ في حين أن المرجع الذي تستند إليه هذه الدول هو مرجع واحد وهو الشريعة الإسلامية؛ فكيف إذا كانت هذه الدول غير إسلامية أي أن المرجع الذي تستند إليه مرجع أخر غير الدين الإسلامي.
- قلة إبرام الاتفاقيات الثنائية بخصوص مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط.
- عمد المشرع الجزائري إلى حماية المواطنين من خلال الاستثناء الوارد في المادة 13 من ق م ج؛ ذلك أنه بمجرد أن يكون أحد الأطرف جزائري الجنسية؛ فالقانون الجزائري هو المختص بحكم العلاقة ومن ثم سريان القانون الجزائري على الحضانة.
- أحسن المشرع الجزائري عندما عمد إلى ربط إسناد الحضانة بمكان إقامة أحد الأبوين في الجزائر؛ ذلك أن وجود أحد الأبوين في الجزائر يعطيه الحق في حضانة ولده؛ وجعل هذه الأخيرة مبدأ في كل القضايا المتعلقة بالحضانة.
- لقد أبرمت اتفاقية لاهاي لـ 25 اكتوبر 1980 من أجل محاربة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال وتحقيق مصالح الأطفال في الأمور المتعلقة بحضانتهم من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن عودتهم عند حدوث النقل غير المشروع مع ضمان احترام حق الزيارة فيما بين الدول المتعاقدة.
- جاءت اتفاقية الطفل لعام 1989 من أجل تقرير وحماية كافة الحقوق المتعلقة بالطفل؛ بما فيها حق الطفل في الحفاظ على روابطه بوالديه ومن بين الأهداف التي تسعى اتفاقية الطفل إلى تحقيقها مكافحة النقل غير المشروع للأطفال.

- في إطار حماية الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط تم ابرام اتفاقيات ثنائية منها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية التي كان الهدف منها ضمان ممارسة الحضانة ما بين البلدين وفي نفس الوقت الحرص على ضمان حق الزيارة.

ومن خلال هذه النتائج المتوصل إليها تم تقديم جملة من التوصيات على النحو الآتي بيانه:

- لابد من تكريس مصلحة المحضون أكثر من الناحية الواقعية؛ وذلك عن طريق استعمال كافة الوسائل المتاحة والأكثر فعالية للكشف عن هذه المصلحة؛ فليس الأهم أن تكون هذه الأخيرة محط اهتمام على المستوى الداخلي والدولي؛ بل إن الأهمية تتجسد في مدى تطبيق هذه المصلحة على أرض الواقع.
- فتح المجال للقاضي وتوفير كافة الوسائل والظروف الملائمة التي تجعله قادرا على ملاحظة مصلحة المحضون؛ ذلك أنه من الناحية الواقعية قليل ما نجد القضاة يلجؤون إلى إعمال آليات مثل تعيين مرشدة اجتماعية حتى يتم الإستئناس برأيها.
- الحرص على تكريس حق الزيارة؛ وأن يتم ممارسة هذا الحق في ظروف ملائمة.
- ضرورة وضع قانون موحد لدول العربية ليحكم أحوالهم الشخصية؛ ولا أرى حرجا في ذلك ما دام أن ما يجمعنا دين واحد ألا وهو الدين الإسلامي؛ وهذا لتفادي الوقوع في تنازع.
- ضرورة إبرام اتفاقيات ثنائية مع الدول التي يكثر فيها هجرة الجزائريين؛ وذلك من أجل توفير حماية لطرف الجزائري من جهة؛ وبالمقابل تفادي الصعوبات التي قد تطرأ مع هذه الدول في مجال الحضانة.

قائمة المصادر :

أولا – الاتفاقيات الدولية:

1 – اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية لاختطاف الأطفال.

2 – الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرسوم رئاسي 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 الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

3 – اتفاقية الطفل 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.

ثانيا – النصوص القانونية:

1 – قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 – الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم حسب أخر تعديل له بالقانون 07 – 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

3 – قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل له بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثالثا – الاجتهادات القضائية :

1 – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاص، 2001.

قائمة المراجع:

أولا : بالغة العربية:

أ – الكتب:

1 – ابن منظور، لسان العرب، تحقيق ياسر سليمان أبو شادي ومجدي فتحي السيد، دار التوفيقية، القاهرة، مصر، الجزء الثالث.

2 – باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012.

3 – أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار الكتب القانونية مصر، 2009.

4 – أحمد علي جرذات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

5 – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، 1998.

6 – أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2010.

7 – الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه دار هومة الجزائر، دون تاريخ.

8 – العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

9 – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007.

10 – الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002.

11 – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.

12 – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار هومة، بوزيعة، الجزائر، 2011.

13 – إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

14 – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ.

15 – باسل محمود الحافي، فقه الطفولة، الطبعة الأولى، دار البوادر، دمشق، سوريا، 2008.

16 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

17 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

18 – جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

19 – جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2010.

20 – دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2004.

21 – هشام على صادق، تنازع القوانين، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 2007.

22 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر سورية، دمشق، 1975.

23 – حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

24 – طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

25 – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

26 – محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

27 – محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، الطبعة الأولى، دار السلام، الإسكندرية، القاهرة، 2006.

28 – محمد متولي شعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، دون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2011.

29– محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقرن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2008.

30 – محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

31 – نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دون طبعة، دار الهدى للطبعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006.

32 – نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

33 – عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.

34 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

35 – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

36 – عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبـعة الثانية دار هومة، الجزائر، 2007.

37 – علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

38 – عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، 2009.

39 – صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، 2006.

40 – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

41 – رمزي محمد على دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

ب – الرسائل والمذكرات:

1 – المذكرات:

1 – جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة الماجستير، تلمسان، الجزائر، 2011.

المراجع باللغة الفرنسية:

أ – الكتب:

1 – Jean-Pierre Laborde, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 16^{éme}éd, 2008.

2 – Henri Batifole, Droit International Privé, Librairie Général De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 6^{éme}éd, 1976.

المواقع الإلكترونية:

1 – François Béguin, La Loi Actuelle Est Assez équilibrée, www.lemonde.fr/société/article 2013/02/18.

2 – فارس كريم شيعان، تنازع القوانين في الحضانة www.uobabylon.edu.iq

" الفهرس "

العنوان		الصفحة
مقدمة		01 – 04
الفصل الأول	نظام الحضانة في القانون الجزائري	05
المبحث الأول	ماهية الحضانة	05
المطلب الأول	مفهوم الحضانة	06
الفرع الأول	التعريف اللغوي	06
الفرع الثاني	التعريف القانوني	06
الفرع الثالث	التعريف الفقهي	07
المطلب الثاني	شروط الحضانة	08
الفرع الأول	الشروط العامة للممارسة الحضانة	09
الفرع الثاني	الشروط الخاصة بالنساء	12
الفرع الثالث	الشروط الخاصة بالرجال	14
المبحث الثاني	أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	14
المطلب الأول	ترتيب الحاضنين بعد التعديل	15
الفرع الأول	الفئة الأولى	15
الفرع الثاني	الفئة الثانية	17
المطلب الثاني	مبررات تغيير الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري	20
الفرع الأول	مصلحة المحضون في القانون	20
الفرع الثاني	سلطة القاضي في تقرير أحكام الحضانة	21
المبحث الثالث	آثار الحضانة	22
المطلب الأول	مدة الحضانة ونفقة المحضون وسكناه	22
الفرع الأول	مدة الحضانة	22
الفرع الثاني	نفقة المحضون وسكناه	27
المطلب الثاني	سقوط الحضانة وعودتها	32

الفرع الأول	سقوط الحضانة	32
الفرع الثاني	عودة الحضانة	39
الفصل الثاني	إشكالات الحضانة في القانون الدولي الخاص وحلولها	41
المبحث الأول	تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة	42
المطلب الأول	تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري	42
الفرع الأول	القاعدة العامة في القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج	44
الفرع الثاني	إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية جزائري الجنسية	45
الفرع الثالث	نطاق تطبيق القانون في الحضانة	46
المطلب الثاني	تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون المقارن	51
الفرع الأول	القانون المصري	51
الفرع الثاني	القانون الأردني	53
الفرع الثالث	القانون الفرنسي	54
المبحث الثاني	الاتفاقيات كحل للإشكالات التي تثيرها الحضانة	57
المطلب الأول	الاتفاقيات المتعددة الأطراف	57
الفرع الأول	اتفاقية لاهاي لعام 1980	57
الفرع الثاني	اتفاقية الطفل لعام 1989	61
المطلب الثاني	الاتفاقيات الثنائية	63
الفرع الأول	اتفاقية الجزائر مع فرنسا	64
خاتمة		68
قائمة المصادر والمراجع		71
الملاحق		-