المركز الجامعي نور البشير بالبيض

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الإجتهاد القضائي في قانون الأسرة
(الحضانة في بلد أجنبي)

مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي
تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطلبة:

عرض الله أمال إيمان

إشراف الأستاذ:

عبد النور أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

بلعربي عبد الكريم	**أستاذ التعليم العالي**	**المركز الجامعي نور البشير البيض**	**رئيسا**
عبد النور أحمد	**أستاذ التعليم العالي**	**المركز الجامعي نور البشير البيض**	**مقررا**
بن جديد فتحي	**أستاذ التعليم العالي**	**المركز الجامعي نور البشير البيض**	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات:

بعد مسيرة دراسية حملت في طيّاتها الكثير من الصعوبات والمشقّة والتَّعب ، ها نحن اليوم نقطف ثمرها والحمد لله.

أهدي تخرجي هذا إلى أملي في الحياة وقُرّة عيني وسرّ نجاحي "أمّي الغالية"

أطال الله في عمرها .

إلى سندي في الحياة اخوتي الغالين على قلبي وإلى كل أصدقائي ومن ساندني ووقف معي ولو بكلمة أو دعوة صادقة .

إلى من تكلّلت بأيديهم مساعي الإبداع والتّفوق.

من صميم القلب أشكركم سائلة المولى التوفيق ودوام الأفراح.

عرض الله أمال إيمان

الشكر والتقدير

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك

نشكر المولى عز وجل أن منّ علينا ووفقنا لإتمام هذا العمل .

نتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام إلى الأستاذ "عبد النور أحمد "الذي لم يبخل علينا بالعلم ، وأمدنا بالعديد من المعلومات التي أفادتنا كثيرا ، وعلى كل مجهوداته التي قام بها في سبيل إرشادنا ، نسأل الله أن ينعم عليه بدوام الصحة والعافية.

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نتوجه بالشكر لجميع الأساتذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية المركز الجامعي نور البشير بـ"البيض".

قائمة المختصرات

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ج: جزء .

ع: العدد .

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.م.ع: قرار المحكمة العليا.

مقـــدمة

مقدمة:

من المعروف على أن الأسرة في المجتمع هي المنبت الطبيعي لكل فرد فهي نواة المجتمع و العنصر الأساسي في تكوين شخصية الطفل لما لها من دور فعال فهي ترشد الطفل في تكوين روابط مبنية بينها و بين أفراد العائلة الواحدة فاذا صلح الفرد صلح المجتمع واذا فسد الفرد فسد المجتمع ويرجع تكوين الأسرة إلى الله سبحانه وتعالى: فقد جعل في الزواج نصف الدين وقدسه تقديسا عظيما فقد جعل الزواج بين الذكر والأنثى وجعل بينهما نسبا وصهرا لقوله تعالى:" ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذريه وما كان لرسول أن يأتي بآيه إلا بإذن الله لكل أجل كتاب" ،فهو حق لكل شخص لكن مع الشخص المناسب فهو سنة من سنن الأنبياء ورحمه ومودة وابقاء واستمرارية للنوع البشري على وجه الأرض بقوله تعالى" وَالله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة"، وما كان الزواج محققا للمصالح الدينية قبل الدنياوية كتأمين العفة والإحصان و بث النسل ولتحقيق المصالح السامية فأساس العلاقة الزوجية المودة والرحمة وبقائها يقوم على حسن المعاشرة والقول بالمعروف واوصى الله سبحانه وتعالى بعدم التأثر بالعوارض الإنسانية فلا يتعجل الزوجان بالخصام لقوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف "فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" ،وحث الإسلام على عدم العجلة بالطلاق والمطالبة به سواء من الزوج أو الزوجة لقوله صلى الله عليه وسلم" ابغض الحلال إلى الله الطلاق" بحيث أن الطلاق لا ينظر إليه حسب الفقه والقانون إلا حسب مبررات شرعية كلمرض أو موت الزوجة أو لعقم وأنه حق للزوج إذا ما دعته الظروف ،كما أن الإسلام كان عادلا في مطالبة الزوجة للطلاق إذا ما كان هناك ضرر عليها من طرف الزوج كجنون أو لعنفه ضدها كضربها أو اهمالها هي وأطفالها و مطالبة الزوج بالتطليق اعمالا للقاعدة الشرعية لها وهكذا مسائل جاء صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 أهمية بالغة بإعتباره الإطار الوحيد الذي يمكن الأزواج من حكم العلاقات الأسرية وما يتبعها من آثار للطلاق وغيرها من الأحوال الشخصية فقانون الأسرة يعالج عبر نصوصه مختلف المشاكل التي

تقع في طريق الزواج أوحتى تلك المسائل المتعلقة بآثار الطلاق فجل الأحكام القانونية مستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية خاصة واذا لم تعالج النصوص القانونية مسالة ما.

فالأسرة المتصالحة تكسب الطفل أول خطوات الدفئ والطمأنينة والإحساس بجذوره وقيمته ،بين أهله فهي تساهم في بلورة شخصية الطفل ونشوئه في جو صحي ملائم لنفسيته ،خاليا من الشعور بالوحدة والاكتئاب لكن بعض العلاقات لا تتوج دائما بالنجاح ،فغالبا ما تعيش العلاقات بين الأفراد في المشاكل والظروف تطرأ على الأسرة ، تزعزع الجو العائلي والاستقرار مما ينتج عنه نشوب نزاع بين الأم والأب ، ولعل من أهم هذه الآثار الطلاق وتوابعه من عدة ونفقة بين الوالدين والأطفال ، في هكذا مسائل المتضرر الأكبر هو الطفل كونه ضحية هذا النزاع ولا سيما أن هذا المشكل بين أعز الناس له مما ينتج لديه شعور بالأسى والإحباط ،وشعور بالكره أوالنفور لأحد أبويه خاصة وإن كان أحد والديه لا يهتم لأمره ولا يكون مسؤولا بمراقبته ، أو على الإتصال به لكن الإجتهاد القضائي في هكذا خلافات وخاصة في قانون الأسرة وضع وفصل في جميع ما يتعلق بالحضانة كونها تعتبر شيء مهم للطفل المحضون ،كون الحضانة هي مصلحة للطفل فالحضانة مرتبطة بمرحلة الطفولة ،وأكثر مرحلة عمرية بالنسبة لشخص هي طفولتة كونه في المرحلة يكون فيها ضعيف ، يحتاج إلى قيام ورأفة به كي لا تنعكس بعض الآثار السلبية على الطفل الصغير مستقبلا ، إلى جانب أن الحضانة أولى لها الفقه الإسلامي اهتماما كبيرا ،إلى جانب الفقه القانوني المترجم بنصوص تشريعية خاصة الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية.

فالطفل يولد صفحة بيضاء وكل ما يطرأ على الطفل يمكن أن يشوه تلك البراءة وذلك الطفل الصغير غير مميز ، فالحضانة حسب نص المادة 62 من قانون الاسرة هي تربية الطفل على دين أبيه والسهر على حفظه صحة وخلقا، لكن في الحضانة تكون عراقيل بين الزوجين خاصة الزواج الناجم عن الزواج مختلط ، بالأجانب أو الإقامة بمحضون خارج أرض الوطن.

1- أهمية البحث: تكمل أهمية البحث في تحقيق مصلحة الطفل بإعتبار الحضانة هي المصلحة الفضلى للطفل والحرص على رقابته بعد إنفصال والديه عنه.

2- أسباب إختيار الموضوع:

- **أسباب موضوعية:**لأن الموضوع المطروح أمامنا ضمن التخصص .
- **أسباب ذاتية:**التعرف على جوانب عدة في إشكالية الحصانة في بلد أجنبي.

قصد التوسع في المسألة المتعلقة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.

3- أهداف البحث: تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف وهي:

- تحقيق مصحة الطفل للعيش بسلام و الحرية المطلقة في تنقله بين البلدان.
- تحقيق التكاقل الأسري وصيانة المجتمع من الظواهر و الآفات الإجتماعية.
- ضمان لحقوق الأفراد وعدم المساس بقواعد النظام و الآداب العامة لقانون الأسرة الجزائري.

4- حدود البحث: تتمثل حدود الدراسة المكانية في كل من البلدين الجزائر والبلد الأجنبي فبالتالي كل بلد له قوانينه الخاصة لنكون على دراية بمن يطبق قانونه على الآخر.

5- الإشارة إلى الدراسات السابقة: التي أشارت إلى الحضانة ودورها في المجتمع كغاية ومصلحة جد مهمة في حياة نشوء الطفل وعلاقته الخارجية ،وضرورة وضع القوانين الردعية في حق مسيييء استعمال المحضون فالحضانة معالجة من كل الجوانب القانونية ،بالإضافة إلى جوانب أخرى كإشكالات إسناد الحضانة والأجدر للقيام بممارستها إلى جانب أحكام حضانة القصر بعد الطلاق و الوفاة و الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

6- صعوبة الدراسة:

- ضيق الوقت .
- تضارب المعلومات في مختلف المصادر المستخدمة.

8- صياغة الإشكالية:القانون الجزائري في تشريعه في اجتهاده القضائي في الحضانة في بلد الأجنبي الغير مسلم تطرق إلى إسناد أو اسقاط من يتولى الحضانة والقيام بشؤون الطفل مستندا في ذلك على أهم قرارات المحكمة العليا في الحضانة في بلد غير البلد الأصلي وعليه يثور التساؤل الآتي:

"هل وفق الإجتهاد القضائي في الحضانة في تبيان من تكون له الحضانة بغض النظر عن مكان تواجد الحاضن وجنسيته وعقيدته وما هي أهم قرارات المحكمة العليا في اجتهادها القضائي بخصوص الحضانة في بلد أجنبي"؟

9- صياغة الفرضية: ما أهمية قانون الأسرة الجزائري في إجتهاده حول الحضانة و المسائل المتعلقة بها؟

10- المنهج المتبع: إعتمدنا في موضوعنا على المنهج الوصفي و التحليلي والإستدلالي.

11- عرض الخطة: وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة أمامنا قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين:

- **الفصل الأول: تحت عنوان الحضانة وتنازع القوانين فيها**
- **الفصل الثاني: تحت عنوان دور الإجتهاد القضائي في الحضانة في بلد أجنبي.**

الفصل الأول:

الحضانة وتنازع القوانين فيها.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة وأهميتها وخصائصها.

للحضانة دور كبير فهي رعايف الطفل و العمل على حمايته والمسؤولية على رقابته فماهو مفهوم الحضانة وأهميتها وخصائصها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

في اللغة الحضانة مصدر من الفعل حضن والحضن بكسر ، ما دون الإبط إلى الكشح أو الصدر وما بينهما وجانب الشيء، وناحيته جمعه أحضان و حضن الصبي حضانا و الحضانة بالكسر جعله في حضنه أو ربما كإحتضانه وحضن الطائر بيضه حضنا والحضانة بالكسر رغم عليه للتفريغ وحضانة بالفتح نجاه عنه أو استبدل به دونه . والحاضن اسم فاعل والحضانة موكلة الصبي تحفظه و تربية وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته والحضانة مصدر الحاضن والحضانة وهي التربية.

عرفها الدكتور محمد عليوي الناصر على أن الحضانة "هي قيام من له الحق بكافلة الصغير أو من يحكمه ،لأجل تعهده عن الضرر و الهلاك حتى يصبح قادرا على القيام بشؤون نفسه"[1].

الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة.

لا تختلف القوانين كثيرا في تعريفها للحضانة كثيرا عما ورد في كتاب الفقه وذلك لأن الحضانة كونها من الضروريات في رعاية الأولاد والحفاظ عليهم وقد عدت رعاية الأولاد عند الأمم القديمة ،بعض القوانين التي عرفت الحضانة (قوانين الأحوال الشخصية).

أولا: القانون العراقي.

نص في المقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 على أنه يقصد بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه

[1] محمد عليوي الناصر ، **الحضانة بين الشريعة والقانون** ،ط1 دار العلمية الدولية ،دار الثقافة للنضر والتوزيع ، عمان 2002 ،ص 25 .

من قبل من له الحق في ذلك قانونا والمحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته ،بما يصلحه ويقيه مما يضره" بحيث ضرورة تربية الطفل وحاجياته كالأكل واللبس والسكن بحيث الحضانة في القانون العراقي مدتها 10 سنوات ويمكن تمديدها إلى 15 سنة إلا أن الطفل يحتاج إلى التوجيه والتربية والإصلاح والوقاية من الضرر بحيث الباحثون العراقيون لم يبعدوا كثيرا عن هذا التعريف.

عرفها الدكتور حسن الفرج بأنها إمساك الولد و تربيته بما يصلحه و يقيه مما يضره[1].

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية المصري.

لم يتعرض القانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية لتعريف الحضانة إنما تعرض إلى مهمة الحاضنة وواجباتها بحيث أيد الحاضنة للحفظ والتربية ،والقيام بضروريات التي لا تحتمل التأخير كعلاج والالتحاق بالمدارس بمراعاة إمكانيات الأب.

وأحكام القضاء المصري عرفت الحضانة على أنها تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة.

ثالثا: تعريف الحضانة حسب قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

بحيث حسب نص المادة 189 يراد بالحضانة الصغير الذي يحتاج إلى الرعاية والتربية وتلبية حاجياته من ملبس نوم ،وتنظيف وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعا.

ومن هنا نستنتج أن الحضانة هي رعاية شؤون الطفل وحسن معاملته وتربيته على تعاليم اجداده وتعاليم دينه فالطفل يولد بالفطرة والأولياء هم الدافع الأول للسلوك وديانته وأخلاقه فهم الأسرة الوحيدة له وهم أقاربهم مقربون لذلك ينجر عن الحضانة ايجابيات وسلبيات تعود على الطفل وذلك حسب محيطه الذي احتوى الطفل وهو لا يزال قاصرا وطفلا.

عرفها الدكتور حسين علي الأعظمي بأنها "القيام على تربية الولد في سن معينة لا يستطيع فيها الإستقلال بشؤون نفسه ممن له الحق في تربيته[2].

---

[1] الدكتور حسن فرج ،**أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين** ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ، ص364

[2] الدكتور حسين علي الأعظمي ،**أحكام الزواج** ،الطبعة 2 ،مطبعة المعارف بغداد ، 1948-1949 ، ص 198.

الفرع الثالث: تعريف الفقهاء المسلمين للحضانة.

عرفت اصطلاحا تعريفات استخدم فيها ألفاظ تختلف في دلالتها وقد فصلت نقل هذه التعريفات فعرفت على أنها تربية الأم أو غيرها، الصغير أو الصغيرة وهي تربية الولد.

وقد عرفها فقهاء المعرفية فقال الكاساني ،حضانة الأم ولدها وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها تقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.

وعرفها ابن عابدين بقوله الأول تربية الولد و حضانة المرأة توكل بالصبي والثاني تربية الولد لمن له حق الحضانة.

وقال السرخسي في بيانه: " الحضانة فقال للجارية وإن استغنت عن التربية فقط احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والأم على ذلك أقدر ،ويلاحظ على تعريف الكاساني و السرخسي النص الأم بإعتبار أن الحضانة للأم غالبا ولكن تعريف ابن عابدين أكثر شمولية بقول "المرأة لمن له حق الحضانة" فتشمل الأمة وغيرها من النساء أو العصبات.

وعرفها فقهاء الشافعية فقال الرملي:" حفظ ما لا يستقل بأموره ككبير مجنون، والتربية لما يصلحه ،ويقيه عما يضره"[1].

وقال الباجوري:" هي حفظ ما لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل كبير مجنون" ثم فسر الحضانة بقوله:" أي تنمية الطفل بما يصلحه، يتعهد بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤنه" ويلاحظ على التعريف الرملي أنه قال" وتربيته وهي تعني التوجيه والإرشاد والتعليم" ،أما تفسير الباجوري للحضانة فقال تنميته ثم عدد لنا المسائل غير تربوية والتعريف الأول الأكثر دقة.

وعرفها فقهاء المالكية: فتعرض لها العدوي بقوله: " هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة[2].

وقال الدسوقي:" هي حفظ الولد والقيام بمصالحه" وفسرها" أن حفظ الولد يعني مبيته وذهابه والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"[3].

---

[1] شمس الدين الرملي، **كفاية المحتاج**، ج 7 ، ،مطبعة باي، سنة 1938، ص 214.

[2] حاشية العدوي، **على الصعيدي العدوي**، ج 2 ،مطبعة الحسبية، بمصر، سنة 1339، ص 112

[3] حاشية الدسوقي، **شرح الدردين**، ج 2 ، سنة نشر وطبع ،ص 596.

وقال الرهوني:"وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلقوا ضعفاء يفتقرون لكافل يربيهم حتى البلوغ"[1] ويلاحظ أن المالكية عدو الحضانة كفالة وفسره كفاية أما معناها فمطابق لأقوال البقية الفقهاء،وقد طابق الدسوقي في تعريفه الأحناف والشافعية مبنى ومعنى.

وعرفها الفقهاء الحنابلة: فقال ابن قدامة: "هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك ، والإنفاق عليه وإنجاره من المهالك".

عرفها الدكتور أحمد محمود الشافعي بأنها تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة ممن له الحق من محارمها[2].

وعرفها البهوتي فقال:"هي حفظ الصغير والمعتوه ،وهو المختل العقل ،المجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط الطفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه.

وقال أبو النجا:" هي حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه" وقد نص ابن قدامة على أنها كفالة كالمالكية، أما البهوتي أبو النجا فقالا[3]:" فهي الحفظ" فتشابه بذلك الحنفية والشافعية ، والظاهر أن لا خلاف في المعنى المنعاد، وإنما هو خلاف لفظي .

وعرفها الفقهاء الإمامية: فقال العاملي:" هي ولاية على طفل والمجنون لفائدة وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه ،وجعله في سريره ،ورفعه ،وكحله ودهنه ،وتنظيف وغسل خرق ثيابه ،ونحوه.

وقال الشهيد الثاني:"هي الولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته، من حفظه،وجعله في سريره ،ورفعه ،وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل و خرق ثيابه ونحو ذلك وهي بالأنثى أليق من الرجل لعاطفة المرأة وإشفاقها وخلقها أكثر وأسعد لذلك".

وقال النجفي:"ولاية وسلطة على تربية الطفل ،وما يتعلق به من مصلحة حفظه وجعله في سريره وتنظيفه ونحو ذلك و نجد في الغالب على الأم مع مراعاة ذلك على وجه لا تستحق الأجر عليها"

---

[1] حاشية الرهوني، **على شرح مختصر** ،الخليل ج 4 ، دار الفكر، بيروت، 1978، ص 249

[2] الدكتور أحمد محمود الشافعي ،**الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب ونفقة الأقارب** ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ،بلا سنة نشر وطبع ،ص162.

[3] عروب المربع ،**شرح منصور البهوتي** ،ج 1 ، بلا سنة نشر وطبع ،ص 328.

وقال مغنية:" هي الولاية على الطفل لفائدة تربيته والمحافظة على سلامته وصحته" ثم يحددها بغايتها في مكان آخر في قوله:" والغاية منها المحافظة التامة على الطفل ورعاية مصلحته"

فقال الصنعاني: حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره.

وفي بيان غاية الحضانة قال الشوكاني:" لعموم الأدلة ولإستوائهما أي الحر والعبد في الحنية على الصبي ورعاية ما يصلحه، ودفع ما يضره.

وقال أحمد المرتضى:" هي حفظ الولد وتربيته من الكتاب والسنة والإجماع الظاهر.

الفرع الرابع: خصائص الحضانة.

من خلال التعريف الشامل والمتنوع للحضانة، يتبين لنا أن للحضانة ابعاد جد مهمة فهي واجبة على الأبوين، لا سيما إذا كانت حضانة الولد قائمة على التربية الصالحة فالتربية الصالحة فيها تحقيق لمصلحة الطفل ومصلحة مجتمعه فهي حق مشترك للحاضن والمحضون معا.

أولا:الحضانة من النظام العام.

الحضانة وكما سبق، هي تربية الطفل الصغير تربية جيدة، مرفوقة بالمراقبة المستمرة للأبوين للولد الصغير كما انها من النظام العام فلا يجوز المساس بالقواعد وشروط الحضانة فقواعدها محفوظة قانونا وشرعا، ولا يجوز التخلي عن الحضانة والمسؤولية لأي من الأسباب ما عدا تلك التي تتعلق بأخلاق أحد الأبوين ،فذلك مهدم وخطير على الطفل المحضون ، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، ولا تسقط إلا بحق بعذر شرعي لأنها ولاية على الطفل الصغير،يحكم بها القاضي من يوم وقوع الطلاق وانفصال الزوجين ولا يجوز تهرب من القيام بمسؤوليات اتجاه المحضون إلا بإذن وترخيص القاضي[1].

[1] عيسى طليبة ،**سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011 ،ص 42.

ثانيا: الحضانة حق المشترك.

تعتبر الحضانة حق وواجب في نفس الوقت، فهي حق للطفل المحضون و حق للحاضن فهي إلتزام بموجب إذن قضائي واختيار الحاضن بدقة بناء على شروط فبمجرد وقوع الطلاق بين الزوجين مطالبة الأم بحضانة أولادها الصغار[1] لقول النبي صلى الله عليه وسلم:"أنتِ أحق به" إلى جانب أنها حق للطفل كونه في مرحلة يكون فيها ضعيف وغير مميز وغير قادر على تلبية حاجياته و شؤونه بنفسه فالأم وإن لم ترد حضانة الطفل، أو امتنعت عن الحضانة فإن حق الصغير منها لا يسقط[2] ، فإذا لم يوجد حاضن للطفل وجب عليها الحضانة بحيث المشرع الجزائري مكن للحاضن التنازل، عن الحضانة بموجب المادة 66 من ق ،إ ،ج اعتبر الحضانة حق للطفل الصغير وعدم إلحاق الأذى بالمحضون بحيث المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي، في تقدير حق المحضون حسب ظروف الطفل كون الحضانة حق للولد الصغير.

إذ لا يجوز للأم مصالحة الزوج فقط من أجل التنازل عن الحضانة، بدل أخذه منه إضافة إلى عدم جواز الإمتناع عن حضانة الولد، إذا لم تتوفر في غيرها الشروط الخاصة بالحضانة أيا كان.

الفرع الخامس:أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي.

جاء الإسلام بتعاليم ووصايا جد مهمة ليعم المسلم في جو كله طمأنينة خاصة إذا ما حصل طلاق بين الزوجين، فالجانب الديني اهتم بهذا الموضوع لكي ينشأ الطفل الصغير حياة كريمة فهو ثمرة مشتركة بين الزوجين ومرحلة الحضانة تعد مرحلة مهمة وحدد الإسلام الأولى بها وقدر مصلحة الطفل والأم ،فالطفل الصغير يحتاج إلى العطف عليه والأم هي

[1] نبيلة تركماني، **أسباب الطلاق وآثاره القانونية والإجتماعية**، شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2001، ص 93.

[2] حسين طاهري،**الأوسط في شارع قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة دار الخلدونية ، الجزائر، 2009 ، ص 153.

الشق الحنون والأقرب له إلى غاية كبره وبلوغه سن التمييز ومن ثم تقرير مصيره في من يريد العيش بقرب أمه أو أبوه، فذلك رحمة وعدل لوضع الأمور في موضعها.

فالحضانة لها جانب خاص في حياة الطفل مستقبلا لذلك قدسها الإسلام وعمل على التفصيل فيها بدقة لقوله تعالى:" وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله" سورة الأنفال 75، ولقوله تعالى:" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" سورة البقرة 233. إلى جانب أن هناك ارتباطا وثيقا بين تشريع الحضانة وبين مقاصد الشريعة[1].

التشريع الإسلامي أوجب على ضرورة كفالة المحضون بصيانة نفسه على الهلاك وما له من التلف وعرضه من الفساد، وكذلك المقاصد الحاجية أيضا من خلال وجودي المحضون مع أمه أو أقرب النساء إليها ومن هو الأحق بعده فإن ذلك، من أجل رفع المشقة عنه ورعايته نعمة الرعاية حتى لا يفسد مستقبلا أو ينحرف وضرورة الحضانة في من هو أرحم به وأشفق عليه أما للمقاصد التحسينية فهي متحققة وذلك من خلال التربية الحسنة ،وتعاهد المحضون على استقامة سلوكه وحدود الأدب و معرفة ما يجب عليه أمر لابد منه وهذا كله من المقاصد التحسينية.

ثانيا: أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

الغاية من وجود القوانين وأحكامها والتشريعات الإسلامية ضبط سلوكيات الأفراد وحماية من العنف ضد بعضهم البعض وذلك من خلال تشريع وإعطاء كل من ذي حق حقه وخاصة الأشخاص الضعفاء فلا يستطيع الضعيف حماية نفسه فمن المقرر وجود قوانين ردعية بحق الظالم أو الطاغي اتجاه شخص ما كضمان لحقوقه وعدم تعرض أحد له ،فمثلا الأطفال هم اكثر الناس ضعفا ، ولا سيما في مسألة طلاق الأبوين فخصصت الحضانة ولما لها من أهمية لينعم الطفل المحضون بالرعاية الجيدة والحماية من أي شخص كان حتى ولو كان أقرب الناس له وعلى غرار التشريعات الوضعية فقد اهتم المشرع

[1] حمزة بن حسين، **الفقر الشريف في ضوء المقاصد الشرعية**، أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،2014، ص 20-21.

الجزائري بحضانة الأطفال وذلك من خلال النصوص القانونية التي توضح الأحكام متعلقة بها، إضافة إلى فرض الإلتزامات على الحاضن والتشديد في العقوبات عند الإخلال بالإلتزامات المحددة له أي أن حاضن وفي حالة اهماله أو تعرض الطفل المحضون للإساءة ،فالقاضي يقوم بإسقاط الحضانة عن الحاضن، ففي جميع الحالات القاضي يراعي الطفل ومصلحته ،فكل شخص غير أهل للحضانة تسقط عنه الحضانة ويعين القاضي حضانا آخر مكانه لحماية عرض الطفل وماله، وكل ما يتعلق به والتشديد على المضر بمصلحة الطفل ،بعقوبة جزائية لإرتكابه الجريمة غير أخلاقية فالطفل يجب عليه العيش في بيئة سليمة خالية من العنف ضده أو أي عمل غير إنساني اتجاهه[1].

المطلب الثاني: مراتب شروط الحاضن.

الفرع الأول: مراتب الحاضن في الشريعة الإسلامية.

أولا: حاضنات من النساء.

يقصد بهم الجدات والأم طبعا بحيث الأم أولا ومن ثم يتبعها من القرابة كأم لكن يوجد بعض الإستثناءات على أن يوسف روي وجب تقديم أم الأب على أم الأم الجدة من جهة الأب أم الأب ما عدا الجدة البعيدة، الخالة الأخت الصلبة على الترتيب العمة لكن إذا وجدت الخالة فهي الحاضنة الأقرب للصغير لقوله صلى الله عليه وسلم" الخالة الوالدة" الخالة أحق بالحضانة من بنت اخت الأم، الخالة لأبوين بنت اخت محضون لأب.

ثانيا: مراتب الحاضنين من العصبة.

اذا لم توجد الحاضنات من النساء لأصحاب العصبة الحق في الحضانة.

وهم على التسلسل الآتي: الأب، الجد، الأخ الصلبي، العم الشقيق.

ثالثا: مراتب الحاضنين من ذوي الأرحام.

وهم يعدون من أصحاب الفروض وليس من أهل الميراث "جد المحضون لأمه،أخ المحضون لأمه ،ابن أخيه لأمه، عم المحضون لأمه، خال المحضون الشقيق الخال لأم،الخال لأب"[2] .

[1] الحسين ابن الشيخ آيت ملوية، **قانون الأسرة نصا وشرعا** ، دار الهدى، الجزائر ، ص77.

[2] احمد التاجي ،**الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، طبعه 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر ، سنة 2007 ، ص 358.

وهؤلاء إذا كانوا لهم الحق في الحضانة عند الإمام ابن الحنفية لأنهم يدلون بالولاية الإنكاح وعند تساويهم في المرتبة يرجع الأصلح والأروع حضانة لإبن العم والعمة مع الأنثى ولا حضانه مطلقا لإبن الخال وابن خالة.

الفرع الثاني: مراتب الحاضن في القانون الجزائري[1].

لقد أحدث المشروع الجزائري تغييرا في المادة 64 من ق ،إ ،ج على اثر تعديلها بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 إذ نص على ما يلي:" الأم أولى بالحضانة ولديها ثم الأب، ثم الجد لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم، العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضنون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

بحيث المشرع الجزائري ابقى على منزلة ومرتبة الأم باعتبارها أكثر عاطفة وأكثر رحمة على مصلحة الطفل نظرا الفطرة والغريزة التي وضعها الله بها.

- **الترتيب الأم بعد الأب.**

يتضح من خلال نفس المادة 64 من ق ،إ ،ج المعدلة بأمر 05/02 أن المشرع الجزائري على أثر هذا التعديل خالف أحكام الشريعة الإسلامية بحيث فقد قدم أم الأم ومن بعدها الخالة على الأب. لكن في هكذا مسائل القاضي يحكم وفقا لمصلحة المحضون.

ركز المشرع الجزائري إلى انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة فيما يبدو إلى ما ورد في فقه الحنابلة حيث جاء في المعنى:" ولا يشارك الأم في الحضانة في القرب إلى أبيه وليس له مثل عطفها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى إمرأته وأمه من أولى به من امرأة أبيه بحيث المشرع الجزائري جعل معيارا في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضنون والطفل على حد سواء بحيث هذا ما جاءت به المحكمة العليا في القرار: 10/03/2011 فمن مقرر القانون أن تراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليست ترتيب الوارد بحيث القاضي هو الذي تخوله سلطته في تقدير مصلحة المحضنون إلى جانب تسلسل مراتب الحاضنين.

وعلى ذلك فإن القانون الجزائري يكون على الشكل التالي:

[1] Shaamela.ws.com. 18 :05، 2023 جوان يوم 08 .

1- الأم.
2- الأب.
3- أم الأم.
4- أم الأب.
5- الخالة.
6- العمة.

ثم الأقربون درجة مع مصلحة المحضنون.

إلى جانب أن القانون الجزائري لم يعلق استحقاق الأب أو غيره من الذكور حضانة شرط الذي جاء به في الفقه المالكي بأن يكون للأب حضانة من النساء (كالزوجة ، الأخت ، الأم) إذا كان الطفل مازال في سنوات الأولى من عمره أي مرحلة الرضاعة .

الفرع الثالث: شروط الحاضن.

- **الشروط العامة في الرجال والنساء .**

ذكر القانون الجزائري شرط واحد للحضانة وذلك في الفقرة الثانية من المادة 62 التي تنص على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك وذلك على النحو التالي:

أ/ الأهلية: بحيث أوجب واشترط في الحاضن ضرورة امتلاكه الأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية والإلتزامات بحق نفسه أو غيره فهي المحرك الأساسي للنشاط القانوني للشخصية[1].

ب/البلوغ: بلوغ بحيث لا حضانة ولا مسؤولية لقاصر في مسألة الحضانة يتولاها كبار كل شخص بالغ السن القانوني فما فوق حتى تتوافر أهلية الحضانة ،بحيث قال الأستاذ فضيل سعد بأن البلوغ المشترط في الحاضن يعنى به أهلية الأداء هي 19 سنة لأنه يكون قادر على تولي شؤونه بنفسه.

[1] عبد السلام علي المزوغي ،**النظرية العامة لعلم القانون** ،ج 02 ، ط 03 ، دار الكتب الوطنية مصر 1995، ص 189.

ت/العقل: يشترط في الحاضن أن يكون عاقلا وذلك لرعاية المحضون والمصلحة[1] الفضلى للطفل إذ أن الشخص الغير عاقل يكون محل ضرر الصغير بحيث المادة 40 فصلت في ق . م . ج فصلت في الشخص البالغ لكن به عارض من العوارض أهلية كالعته، السفه ، والجنون هؤلاء لا حضانة لهم ورفع عنهم القلم إضافة إلى اشتراط المالكية الرشد ولأن لا يكون فيه إتلاف مال المحضون.

ث/ خلو المحاضن: من الأمراض النفسية: كحضانة المريض النفسي بما قد ينجم من أضرار على المحضون قد تكون اضطرابات عقلية أو سلوكية تؤثر بالسلب على الطفل.

ج/القدرة والكفاءة: يقصد بها الكفاءة والقدرة على رعاية الطفل خلقيا وجسديا وماديا ،فلا حضانة لمن لا يصون الأمانة ألا وهي مصلحة المحضون الصغير.

ح/الأمانة في الخلق: نصت المادة 62 من قانون الأسرة على ضرورة السهر على حماية الولد وحفظ خلقه والقدرة الأدائية على ذلك.

خ/ إتحاد الدين: لا خلاف بين الفقهاء حول الجنس الحاضنة لكن وجبة الحسن الولاية والرعاية الجيدة للطفل

2/الشروط الخاصة بالنساء :تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير استجابة لواقع الحياة بحيث المرأة لها الأولوية في الاهتمام بالغير والإهتمام بأمور المنزل الداخلية ،بعض الشروط الذي يجب توفرها في المرأة:

– شرط عدم الزواج بأجنبي عن صغيرة أو بقريب غير محرم أوجب المشرع الجزائري حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

الإستقامة في السلوك: اشترط في الأم الحاضنة الاستقامة خلقيا فلاحظ لأم منحرفة أو سيئة الطباع[2].

[1] محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2007 ،ص 149.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية** ، ط 03 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 480.

أن تكون الحضانة ذات الصلة بالطفل نعني بها وجود قرابة بين الحاضنة والطفل الصغير كأمثلة عن ذلك أن تكون الحاضنة أمه، أخته، جدته فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا بنات الخال أو الخالة لكن ترد اثباتات على الجنس طبعا[1].

عدم إقامة الطفل المحضون في بيت من يبغضه: نصت المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" تسقط الحضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: بالرجوع إلى المشرع الجزائري ،نجده عالج وتطرق إلى مسألة انتقال بطفل محضون خارج ربوع الوطن ،هنا جاء نص المادة 69" ليفصل في ذلك حيث قال إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه نهائيا مع مراعاة مصلحة المحضنون" .

الشروط متعلقة بالرجال: يشترط في الرجل إلى جانب العقل والبلوغ والأمانة الخلقية شروط خاصة به

1- أن يكون الحاضر محرما للمحضون .

2- أن يكون عند الحاضن أو غيره من الأقارب يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة .

وكما سبق الذكر فإن الحضانة هي حماية ورعاية للطفل الصغير من الحياة وقسوتها كونه في مرحلة الضعف ويكون عامل نفسي لديه مضطرب نوعا ما كون الخلاف بين أعز أقاربه ألا وهم الوالدين لذلك وجب رعايته وحسن معاملته لكي لا يقبع لديه ذلك الشعور الداخلي الذي يشعره بالحزن وعدم الإكتفاء والحب الأسري.

المبحث الثاني: تنازع القوانين في الحضانة.

التعريف بتنازع القوانين:

يعرف تنازع القوانين على أنه نزاع بين القانونين أو أكثر بشأن علاقة قانونية تشمل عنصر أجنبي بعض الشروط الواجب توافرها لإكمال قاعدة التنازع:

[1] ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج 03 ، ط 01 ، بيروت ،1997 ،ص 311.

1- أن يشمل النزاعات عنصر اجنبي.

2- اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع من قانون إلى آخر.

3- أن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة يعترف بها دولة القاضي ،بحيث يظهر التنازع القوانين[1] في القانون الدولي الخاص بين قوانين الدولة المختلفة فهو لا يهتم بالتنازع الداخلي إنما نطاقه هو التنازع الدولي ،بحيث أن القاضي لا يستطيع أن يقرر النزاع المتعلقة بناء عن الشخص الأجنبي أو أهلية تخرج عن أحكام القانون المحلي الوطني إنما يحدده القانون المختص وطنيا كان أو أجنبيا بمقتضى قاعدة الإنسان الموجود في قانونه الوطني.

المطلب الأول: تنازع القوانين في الحضانة وفق القانون الجزائري.

القانون الجزائري مثله مثل التشريعات الاخرى اهتم بمسالة التنازع القوانين حيث خصص لها مجموعة من المواد ضمن ق.م.ج من المواد 9 إلى 24 هذه المواد تعالج تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية والغير التعاقدية، وتنازع القوانين بشأن الأموال وفي مسائل الأحوال الشخصية بين المشرع الجزائري قاعدة الإسناد الخاصة بالاهلية والشروط الموضوعية الخاصة بالزواج والآثار المالية والشخصية للزواج وآثار انحلال الزواج والإنفصال الجسماني والنسب، والكفالة والتبني وحماية القصر والميراث والوصية والهبة والوقف لكنه للأسف لم يحدد القانون الذي تخضع له الحضانة ولذلك اذا ما اثير أو عرض نزاع أمام القضاء الجزائري ،بخصوص تنازع القوانين فعلى القاضي أولا أن يكيف الحضانة طبقا لقانونه لمعرفة القانون الذي تستند له الحضانة بحيث أن الحضانة تندرج ضمن الأحوال الشخصية التي نظمها المشرع اذ اعتبرت الحضانة من مخلفات واثار الطلاق ،أي توابع الطلاق وعليه ما دامت الحضانة تعد من آثار الطلاق ولم تاتي بشأنها قاعدة اسناد صحيحة بين القانون الواجب التطبيق عليه فنطبق قاعدة التنازع التي تحكم انحلال الزواج إي حسب نص المادة 12 [2]الفقرة 02 من القانون الجزائري التي تتضمن قاعدة اسناد الخاصة بإنحلال الزواج والإنفصال الجسماني والتي جاء فيها" ويسري على

[1] هشام صادق دكتور عكاشة عبد العالي، القانون الدولي الخاص ،" تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2000، ص 22-27.

[2] نص المادة 12 من ق.م.ج ،"و**سيري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزواج وقت رفع الدعوى**".

انحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"وهذا الرأي يؤيده الفقه والمنطق ،فإذا كان النزاع بشأن الحضانة معروضا على القاضي الجزائري فإن تكييفه يخضع لقانون القاضي وهو القانون الجزائري وهذا ما يؤكده.

نص المادة 09 من ق ،م ،ج وحسب القانون الجزائري فإن الحضانة تعتبر من المسائل التي يختص بها قانون الأسرة حيث نظمها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول المواد من 62 إلى 72 من هذا القانون تحت عنوان آثار الطلاق ،فهي لا تثور أثناء قيام علاقة الزوجية وإنما حين يتقرر الطلاق لمعرفة من له الحق بحضانة الأطفال لذلك ليس هناك ادنى شك في أن الحضانة تعتبر من آثار الطلاق وعليه نطبق نص المادة 12 فقرة 02 من ق ،م ،ج بمعنى نطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وتخضع حصرا للقانون الجزائري ،حين يكون أحد الزوجين الجزائريين وقت انعقاد الزواج تطبيقا للإستثناء الوارد في المادة 13 من ق ،م ،ج وهكذا فإن القانون الواجب التطبيق عليه كما هو مبين لنا من تثبت له الحضانة وما هي شروطها ومتى تنقضي أو تسقط ونفقة المحضون[1].

ولقد اختار المشرع الجزائري جنسية الزوج وليس قانون جنسية الزوجة كضابط الإسناد في مسائل آثار الزواج بسبب الأعباء والالتزامات الكبيرة الملقاة على عاتقه باعتبار رب الأسرة ،وكذلك بسبب الدور المعترف له في المجتمع الإسلامي، ولم يعتمد قانون الجنسيتة كلا من الزوجين كي لا يطبق آثار الزواج قانونين معا لأن الشروط الموضوعة يترتب عنه البطلان بوقت رفع الدعوى واضعا بذلك حل المسألة المتنازع المتغير ،الذي قد يحدث نتيجة تغيير الزوج لجنسيته بعد عقد الزواج هذا الحل يساهم أيضا في استقرار الأسرة حيث لا تغيير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج ،وهناك من يرى أن تطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة يتضمن نوعا من التفرقة وعدم المساواة بين المرأة والرجل ويشكل ضررا للزوجة التي قد تخرج عن تطبيق قانونها الذي قد تكون مصلحتها في ذلك نجد أن بعض الدول تطبق ضابطا[2]محايدا كالمرض المشترك للزوجين لكن هناك استثناء وارد في المادة 13 من ق.م.ج يقضي بتطبيق القانون الجزائري عندما يكون أحد الزوجين جزائريا وقت

[1] عبد النور أحمد ، **محاضرات في تنازع القوانين في قضايا شؤون الأسرة** ،الجزائر،2022 ،ص 73.

[2] حفيظة السيد الحداد ،**الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات في الجلي الحقوقية**، بيروت، لبنان، 2013 ، ص 26 وما بعدها.

انعقاد الزواج ما يعاب على هذا الإستثناء أنه لا يساعد في وضع حلول الموحدة بين الأنظمة القانونية الدولية ،المختلفة ورغم ذلك يمكن القول على أنه يساهم في حماية العنصر الوطني ولا شك في أن قاعدة الاستثناء هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الجزائري تسمح بإرشاد القاضي إلى القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع المشتعل على عنصر أجنبي ،عن طريق هذه القاعدة يحدد القاضي القانون أكثر ملائمة من بين عدة قوانين متزاحمة يحكم العلاقة الخاصة الدولية، قاعدة الإسناد يتجزأ إلى عنصرين ضابط الإسناد والفكرة المسندة ،لأن العلاقات التي تتضمن عنصرا اجنبيا لا يمكن حصرها ومن هنا القاضي عندما يعرض أمامه نزاع يشمل على عنصر اجنبي يقوم القاضي بتحديد طبيعة هذا النزاع حتى يتمكن من ادراجه ضمن فكرة مسندة مناسبة له ،عن طريق عملية التكييف ومن هنا يظهر أهمية الأحوال الشخصية ،حيث انها تسمح لنا بمعرفة ما يدخل ضمن هذه الطائفة وما يخرج عنها وبالتالي سيكون من اليسر تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بتطبيق الأحوال الشخصية فنكيف النزاع في مسألة الحضانة وإدراجها ضمن طائفة معينة تسمح بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة به وعلى هذا فإن المشرع الجزائري يأخذ برابط قانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي هذا ما تؤكده نصوص القانون الدولي الخاص الجزائري ،الذي يستعمل فيها المشرع الجزائري عبارات مختلفة لضابط الجنسية فنجده يستعمل أحيانا عبارة القانون الوطني لكل من الزوجين وأحيانا أخرى عبارة قانون الدولة التي ينتمي إليه الزوج القانون الوطني المدين بالنفقة قانون الشخص الذي يجب حمايته لهذا نجد المشرع يستعمل صراحة قانون الجنسية في بعض المواد مثل المادة 13 مكرر والمادة 16 من القانون المدني الجزائري.

إن إعتماد المشرع لضابط جنسية الشخص كضابط إسناد في الأحوال الشخصية[1] والذي ينطبق أيضا على المنازعات المتعلقة بالحضانة عندما يكون أحد أطرافها اجنبيا كما بيناه سابقا يثير جملة من صعوبات ويجب تحديثها تمثل أساسا في تعدد الجنسية الفرع الأول أو إنعدام الجنسية من الأساس الفرع الثاني.

[1] حفيظة السيد الحداد ،**نفس المرجع السابق ذكره** ، ص 27-28.

على القاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق لكي يكشف طبيعة النزاع فالتكييف يساعد القاضي على إسناد النزاع وضبطه عند وجود جنسيات المتعددة ،أو عدم وجود جنسية أو انعدامها من الأساس.

الفرع الأول:تعدد الجنسيات.

يقصد بها الشخص الذي لديه أكثر من جنسية فالقاضي عند تطبيقه القانون يصادف ما يسمى بالتنازع الإيجابي ،حيث تكون أمام حالة شخص نطبق قانون جنسيته حسب قواعد الإسناد يحمل أكثر من جنسية حينها يصعب على القاضي اختيار الجنسية التي على أساسها يتمكن من تحديد القانون الواجب تطبيقه.

تخطي هذه الصعوبة يختلف باختلاف الجهة المعروض عليها النزاع ،الحالة الأولى تتعلق بحالة عرض النزاع أمام جهة قضائية نتبع جنسية الشخص المتعدد الجنسيات، أما الحالة الثانية فهي تتعلق بحالة عرض النزاع أمام الجهة قضائية لا نتبع جنسية الشخص المتعدد الجنسيات ،في الحالة الاولى والتي يعرض فيها النزاع أمام جهة قضائية نتبع جنسية الشخص المتعدد الجنسيات، الفقه يرى بضرورة تطبيق جنسية الجهة المعروض عليها النزاع ومعاملة الشخص المتعدد الجنسيات معاملة الوطنيين دون مراعاة باقي الجنسيات الاخرى، قالجنسية الوطنية أمام القاضي المطروح عليها النزاع هي محل اعتبار أن على الدولة حرة في تحديد مواطنيها وذلك يدخل ضمن اختصاصها، كما أن مسألة تحديد من هم الوطنيون مسألة تتعلق بسيادة الدولة وعلى القاضي اعتماد المبدأ ذاته في هذه الحالة التي لا يمكن معها إمكانية المفاضلة بين جنسية الدولة المعروض عليها النزاع وجنسية الدول الأجنبية، حيث يجب أن تطبق قانونها الذي لا يقبل المواجهة فمثلا حين يعرض على المحكمة الجزائرية نزاع يتعلق.

بحالة تعدد الجنسيات يطبقها القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

الفرع ثاني: إنعدام الجنسية.

هو كل شخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطنا فيها بمقتضى تشريعها فإن الرأي الراجح ذهب إلى تطبيق قانون الموطن لمنعدم الجنسية باعتباره أقرب القوانين إلى الشخص صلة وأن من يتمتع بحماية دولة معينة لابد من خضوعه لقوانينها وهذا ما أخذته اتفاقية جنيف عام 1951 الخاصة بحالة[1] اللاجئين ،كما هو نفس التوجه الذي تبنته المادة 12 من اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية المعتمدة في 28 سبتمبر 1954.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري مثله مثل القوانين المقارنة تبنى الأحكام الاتفاقية حيث نصت المادة 22/3 من قانون المدني أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة كما هو الحال بالنسبة للقانون الألماني والقانون المدني العراقي والمادة 26 من قانون المدني الأردني والمادة 29 من قانون المدني الإيطالي سنة 1942 والمادة 32 من قانون المدني لسنة 1966 والمادة 33 من القانون 1963 التشيكوسلوفاكي الخاص بالقانون الدولي.

بأهلية جزائري يحمل إلى جانب الجنسية الجزائرية جنسية اخرى فإن هذا الشخص لا يعد بجنسية الجزائرية وبالتالي يخضع النزاع للقانون الجزائري وقد تم انتقاد هذا الإتجاه على أساس أنه لا يراعي العلاقة الفعلية والواقعية الموجودة بين الشخص والدولة التي يحمل جنسيتها الأجنبية ،كما أن هذا الحل سيؤدي إلى تعدد الأحكام القضائية بشأن النزاع الواحد مثلا أن يثور نزاع بشأن تخصص يحمل جنسية جزائرية تونسية، فعرض النزاع أمام المحاكم الجزائرية سيتم فيه تطبيق قانون الجزائري بالمقابل عرض النزاع على المحاكم التونسية سيؤدي ألى تطبيق القانون التونسي، وهذا يؤدي إلى عدم استقرار المركز القانوني للشخص هناك بعض الحالات التي تكون فيها جنسية الدولة المعروضة عليها النزاع من بين جنسيات والمتنازعة هناك من يرى بضرورة تطبيق مبدا الجنسية الحقيقية أو ما يعرف بالجنسية الفعلية، ويقصد بها جنسيتة الدولة التي يرتبط بها الشخص ارتباطا وثيقا مقارنة بالدول الأخرى التي تحمل جنسيتها أيضا لأنه يتكفل بتحقيق الأمن القانوني للأفراد هذا الإرتباط يتحدد وفقا لعناصر مختلفة وهذا ما اكدته محكمة التحكيم الدولي بلاهاي في

[1] غالب علي الداودي ،**القانون الدولي الخاص** ،ط 01 ،دار الثقافة ،عمان الأردن ،2001،ص 273.

حكم صادر عن سنة 1912 م و أنتقد هذا الرأي على أن الأساس هذا المبدا ينطوي على معيار غير منضـبط لعدم وجود معنى واضـح لمفهوم الجنسـية العقلية هذا المعنى يتنوع ويتعدد بتنوع الدول ، كما أن التشـريع الجزائري يحل هكذا مشـاكل تتعلق بتعدد الجنسـيات بتطبيق الجنسـية الحقيقية أو الفعلية وعندما تكون الجنسـية جزائرية من بين الجنسـيات المتنازع فيها يتم تطبيق القانون الجزائري ،هذا ما نصـت عليه المادة 22 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: اتفاقية متعلقة بالحضانة بين فرنسا والجزائر1988.

تعد ظاهرة الزواج المختلط من الظواهر المنتشرة بكثرة على الصعيد الدولي، غير أن هذه العلاقات قد لا تتوج دائما بالدوام والاستمرار مما يؤدي إلى إنحلال الرابطة الزوجية وبالتالي الطلاق وتنجم عن الطلاق أحوال شخصية أو ما يسمى بـ توابع الطلاق تتجلى في الحضانة[1] والنفقة وغيرها وإثر هذا الصدد سعت بعض الدول جاهدة إلى حماية فئة الأطفال باعتبارهم عنصر حساس وضعيف في العلاقة التي تكون بعد الانفصال الشخصي للأبوين من خلال إبرام عدة اتفاقيات ثنائية بين الدول ومن أبرز هاته الاتفاقيات تلك الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا تتعلق بالأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الطلاق وهي جد مهمة فيما يخص مصلحة الطفل الفضلى بضمان مصلحة الطفل وحضانته وضمان حرية تنقل بين البلدان بالدرجة الأولى بحيث يكون تدخل السلطات المركزية لكلا البلدين مع التعاون القضائي وقد تضمنت هذه الإتفاقيات بعض الإجراءات[2] تتبع من طرف السلطة المركزية لكل دولة لتسهيل عملية مصلحة المحضون وتتمثل فيما يلي:

1- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

2- تقديم معلومات تتعلق بحالة الطفل الاجتماعية والمتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

3- تسهيل ايجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بالزيارة.

4- تيسير وتنظيم حق الزيارة .

---

[1] عليوش قربوع كمال ، **القانون الدولي الخاص الجزائري** ،ج 1 ، ص240.

[2] معوان مصطفى ، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 ،المجلة الجزائرية للعلوم جامعة الجزائر 01 ، الجزء 41 ، رقم 01 ، لسنة 2000.

ضمان تسليم الطفل عندما يمنح حق التنفيذ المحاكم الحكم تسهيل ممارسة حق الزيارة فعلية الممنوحة ،لأحد رعايا الدول الأخرى في ترابها وانطلاقا منه كما ألزمت الاتفاقية قضاة الجهات القضائية التابعة للدولتين عند إصدارهما حكما يقضي بإسناد الحضانة أو يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة بين حدود البلدين مع مراعاة مصلحة المحضون فهذه الاتفاقية جاءت لتسهيل حق الزيارة وترخيص للوالد حق الخروج من أرض الوطن ،دون الحاجة إلى رخصة من البلد إلى السفر إلى أي مكان بحيث سعت الاتفاقية إلى تسوية الأوضاع المتعلقة بالأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين[1] من خلال إيجاد الحلول واتخاذ مجموعة من التدابير اللازمة والغاية الأولى والأخيرة هي المصلحة الفضلى للطفل المحضون و الحرية التامة لتنقله بين البلد الأم والمواطن الإقامة الأجنبي ونذكر على سبيل التوضيح بعض المواد القانونية وما نصت عليه المادة 03 التي نصت على ضرورة تمتع الوالدين بقوة القانون في تراب كل الدولتين بمساعدة قضائية دون مراعاة مواردها من أجل تطبيق هذه الاتفاقية المادة 04 تتمثل في إجراء الحماية القضائية والإدارية الخاصة بالطفل القاصر من رعاية إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لكل دولة تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية والإدارية بشأن الطفل القاصر من رعايا احدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة اكل دولة تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية والإدارة بشأن الطفل القاصر المولود من إحدى رعايا الدولتين باضافة إلى جانب الإتفاقية لها ابعاد ودية كونها تحافظ على علاقة بين الطفل و أبويه بحيث الجهات القضائية المختصة في هذه الإتفاقية يوحد لها دائرة إختصاصها المسكن الزوجي بإعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة يتعهدان الطرفان بممارسة حق الزيارة.

وينص على الحضانة أن تمنح للوالد في الوقت نفسه وله حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين أما فيما يخص مصلحة الطفل الجسمية والمعنوية أو تعرضه لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة الطفل ،كما جاءت المادة 07 تنص على ضرورة تسليم الأطفال وكل مخالفة بالاتفاقية ينجم عنها متابعة

[1] مرسوم رقم 88 – 144 **يتضمن المصادقة على اتفاقية بين الحكومة الجزائرية الفرنسية متعلقة بالأطفال الزوج المختلفين الجزائريين والفرنسيين**، سنة 1988.

جزائية في حق الوالد في كلتا الدولتين أي في حق كل من الأم والأب اللذين لديهما جنسية مختلفة المادة 08 تنص على أنه يجب على البلدان تسليم الطفل بمجرد[1] انتهاء وقت الزيارة ومدتها حيث حددتها السلطة القضائية المختصة حسب نص المادة 05 فلا يمكن رفض التدابير القضائية أو عدم التزام بها كما أن المادة 09 جاءت في الأحكام والقرارات الصادرة عن الاتفاقية الثنائية بين البلدين واجبة وقابلة للعمل بها بمجرد توقيع عليها تصبح سارية المفعول وضرورة الالتزام بها فيعد أمر تنفيذها كرخصة وبوابة للخروج من التراب وطني أي البلد الأم ،كما نصت المادة 10 على أنه بمجرد وجود الأطراف متعاقدة وزواج مختلط وجبل الإعتراف بحق الزيارة بين حدود البلدين وتنفيذها دون الإخلال ببنود الاتفاقية ،إلا أنه ما يلاحظ على هذه الاتفاقية هو أن الإختصاص القضائي غالبا ما ينعقد للقضاء الفرنسي استنادا إلى الموطن الزوجية المشتركة[2] بعد ذلك يسند القضاء الفرنسي الحضانة للأم التي تكون في معظم الأحوال ذات جنسية فرنسية ومن هذا المنطلق يطرح الإشكال التالي فمثلا: الأم فرنسية والأب جزائري مسلم أسندت الحضانة للأم الفرنسية التي تعيش مع المحضون في فرنسا وربما الأم لديها فكرة عن الدين الإسلامي فهل يمكن تربية الإبن على دين أبيه حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وهل يمكن للأب إسناد الحضانة له واعادة النظر في من سيحضن الطفل الصغير حيث يعتبر القاضي الفرنسي تربية الإبن على دين أبيه شبه مستحيل حسب نص المادة 01 من اتفاقها بحيث لا مجال لإعادة النظر في الحكم وتعديله أما إذا كان العكس فلا تحقيق لتربية الإبن على دين أبيه وعليه فإن سلبيات هذه الاتفاقية أكثر من إيجابياتها لكثرة عيوبها لأنها مخالفة لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية والموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة فهي لم توضع ما يشير الى حالة الطفل القانونية لتحديد جنسيته على الرغم من أهميتها ولا مكان لممارسة الزيارة.

[1] مرسوم رقم 88 – 144 ، المؤرخ في 22 يوليو ،سنة 1988 ،**نفس المرجع السابق ذكره.**

[2] جليلة إدريسي اشكالية الحضانة في الزواج المختلط ، طبعة 01 ،المملكة الفرنسية ، 2012 ، ص 95/94.

الفصل الثاني:
دور الإجتهاد القضائي في الحضانة في بلد اجنبي.

تمهيد:

يختصر عمل القاضي على تطبيق نصوص الوقائع التي تعرض عليها يلتزم في سبيل ذلك بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق واسقاطها على النزاع المعروض عليه ولكن الواقع العملي قد يختلف في كثير من الأحيان على الدراسة النظرية ،فعلى الرغم من محاولة المشرع جعل القوانين معه على القاضي تفسير القاعدة القانونية والاجتهاد في تطبيقها على تفاصيل النزاع، وقد تختلف تفاصيل نزاع الفعلية على تفاصيل الواقعة المفترضة المنصوص عليها في نص القاعدة القانونية وفي هذه الحالة يضطر القاضي إلى الاجتهاد إلى الحكم بما هو خارج منطوق النص وتعتبر من أشهر مظاهر الاجتهاد القضائي في الأردن هي الأحكام التي تصدر من محكمة التمييز.

المبحث الأول: مفهوم الإجتهاد القضائي.

المطلب الأول: تعريف الإجتهاد القضائي.

لقد اختلف الفقه في تعريف الاجتهاد القضائي فذهب البعض إلى جمع بين التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح الاجتهاد ومصطلح القضاء فذهب البعض إلى تعريف الاجتهاد على أنه بدل الفقيه كل ما في وسعه للوصول إلى الحكم الشرعي وتعريف القضاء اصطلاحا هو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر ،وذهب هذا الجانب من فقه إلى الجمع بين التعريفين مما نتج عنه تعريف الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي وسعه وطاقته لتحصيل الظن بحكم شرعي فصل الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها[1].

وذهب البعض إلى تعريف الإجتهاد القضائي أنه المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء كان منها ما يتعلق بنصوص القانون أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص وينطبق التعريف السابق الإجتهاد القضائي على كافة الأحكام الصادرة من القضاء في مختلف درجاته وسواء كان هذا الحكم تطبيقا لقاعدة القانونية الموجودة في الفعل أو في حالة عدم وجود قاعدة قانونية.

---

[1] حسين فريجة ،**الإجتهاد القضائي ومفهومه و شروطه (المجتهد معناه و مدلوله)** ،**مجلة الإجتهاد القضائي** ،العدد 1 ، بلاسنة نشر ، ص15.

وقد ميزنا الله تعالى عن باقي المخلوقات بالعقل، العقل البشري هو أساس التطور الذي هو موجود في مختلف المجالات والقطاعات وقد ساهم التباين الفكري[1] والدرجات التمييز العقلي في تطور في مختلف القطاعات إن كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، علمية، دينية، قانونية وغيرها من الأمور التي يحتاجها الإنسان للحصول على كافة احتياجاته إن كانت صغيرة أم كبيرة، والاجتهاد هو ما يميز شخص عن آخر فهو جهد المبذول للوصول إلى نتيجة ما يختلف الاجتهاد من مجال إلى آخر فهناك تبذل جهود فكرية ناجمة عن توصل إلى حلول ونتائج في مسألة معينة وتبسيطها قدر المستطاع أشخاص فهو عمل من الأعمال خيرة ينال عنه المجتهد ثوابا وأجر عظيم عظيم بحيث تتجلى مهمة الإنسان في الحياة هو إعمار الأرض وفقا لشريعة الله عز وجل فبالتالي وبدل القاضي جهد في استخراج الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية بحيث هو رأي المتواصل له من قبل القاضي في النزاع المعروض أمامهم من فهمه فتحديد معناه فتحديد الحكم الذي يتضمنه النص أما إذا كان النص ناقص الرجوع في هذه الحالة إلى استخلاص النصوص الشرعية للوصول إلى نتائج واحد مناسبة.

الفرع الأول: حجية الإجتهاد القضائي.

لقد إعتادت الكثير من تشريعات العربية بالإجتهاد القضائي كمصدر من مصادر التشريع ومنها القانون المصري الذي فتح باب امام اجتهاد القضاء عن طريق توضيح الطريق الذي سيسلكه القاضي فيما لم يجد فيه نص القانوني حيث حدد مصادر التشريع وفق النص المادة 01 الفقرة 02 من قانون المدني المصري رقم 131 لسنه 1948 والتي نصت على أنه اذا لم يوجد نص في مقتضى مبادئ شريعية الإسلامية فاذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حيث يجب على القاضي عند نظر في الدعوة ان يتبع هذا عند البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فيبدا بالقانون فإن لم يجد فالعرف ثم الشريعة الإسلامية إلى آخر مصادر المذكورة وبهذا يكون المشاريع المشرق قد سمح بإجتهاد فيما لم يذكر فيه نص القانوني الصريح أما المشرع الاردني لم يختلف في ذلك عن المشرع المصري حيث نصت المادة 2 من قانون المدني الاردني رقم 43 لسنه 1976

[1] حسين فريجة ،الإجتهاد القضائي ،نفس المرج السابق ذكره،ص16.

على أنه تصل نصوص هذا القانون على مسائل التي تتناول هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا جدل في الإجتهاد في مولد النص فاذا لم تجد المحكمة نصف هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر وفقا للنصوص هذا القانون، فان لم يوجد في مختبر مبادئ الشريعة الاسلامية، فإن لم توجد محكمة بمقتضى العرف فإن لم توجد حكمة فبمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف ان يكون عاما وقديما وثابتا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو نظام أو الآداب العامة ،أما اذا كان العرف خاص ببلد معين ويسري حكمه على ذلك البلد.

وترشد في ذلك كله بما أقرها القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر من نص المادة السابقة أن المشرع الأردني قد خظر الإجتهاد فيما ورد فيه نص صريح أما بالنسبة للواقع القانونية التي لم يصدر فيها نص صريح فلقد أباح للقاضي الإجتهاد مستنجدا من مصادر التشريع في الشريعة والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الثاني: أنواع الإجتهاد القضائي[1].

يختلف الإجتهاد القضائي بحسب اذا ما كان فيما قد ورد فيه نص قانوني أو كان الإجتهاد فيما لم يرد فيه نص قانوني على الشكل الآتي:

أ- الإجتهاد فيما ورد فيه نص قانوني: يكون الإجتهاد فيما لم يرد فيه نص قانوني كالاتي بل المجهود في الوصول إلى حكم الصحيح ويكون الإجتهاد هنا في حدود ما ورد فيه النص القانوني وفهم القاضي له وترجيح بعض ما ورد به إعلى البعض الآخر وتطبيقه على الواقع المطروحة القضاء دون أي خروج على النص القانوني، والاجتهاد أيضا في معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية لها صلاحية التطبيق على الحكم في معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية لا زالت سارية المفعول ،أم تم إلغاؤها او استبدالها بصدور قاعدة قانونية أخرى.

ب-الإجتهاد فيما لم يرد فيه نص قانوني: يكون بإحدى الطرق التالية عن طريق السعي القاضي إلى التوصل لحكم لم يرد فيه نص سواء من الشريعة أو القانون و يكون ذلك عن طريق البحث في طرق التشريع التي نصت عليه المادة 02 من القانون المدني

[1] نفس المرجع السابق ذكره ، ص17.

رقم 43 لسنة 1976 والتي وضحت المصادر التشريعية التي يستقي منها القاضي حكمه عند غياب النص الشرعي، بذل القاضي مجهود في تطبيق قواعد الكلية على واقعة خاصة دون أن يرد فيه نص خاص.

الفرع الثالث: شروط المجتهد (القاضي).

يشترط في المجتهد بناء اجتهاد القاضي أن يكون القاضي ولقد نص القانون استقلال القضاة الأردني رقم 29 سنة 2014 على الشروط الواجب توافر في من يتم تعيينهم في القضاء حيث نصة المادة 9 من القانون سالف الذكر على أنه في من يعين ويرجع قاضيا استوفاته الشرط الآتية أن يكون أردني الجنسية ، بلغ 30 من عمره تتوافر فيه شروط صحية لتعيين، متمتعا بالاهلية المدنية غير محكوم عليه باي جناية غير محكوم عليه من قبل محكمة أو مجلس تأديبي محل بالشرف – ولو كان فيه عفو شامل عليه محمودا – السير إلى وحسن الخلق والسمعة حاصل على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق من احدى الكليات الحقوق وعلى شهادة معادلة في الحقوق اضافة إلى شهادة القبول لتعيين في البلد الذي صدرت فيه، وأن يكون قد عمل محاميا و واستاذا لمدة لا تقل عن خمس سنوات للحاصل على الدرجة الجامعية الأولى في حقوق أو لمدة لا تقل عن أربعة سنوات والحصول على الدرجة الجامعية والماجستير ،في الحقوق وثلاث سنوات[1] للحاصل على الشهادة الجامعية الثالثة بالدكتوراه في الحقوق إلى جانب حصوله على المعهد ويستثنى من شرط العمر المنصوص عليه في البند 02 من الفقرة "أ" من هذه المادة الذين التحقوا ببرنامج القضاة المستقبل قبل نفاذ أحكام هذا القانون على أن يكون قد أكمل 27 من عمره ،كما أن نص المادة 10 الفقرة "أ" من ذات قانون شرط الكفاءة في من يعينون من القضاء ،حيث نصت على أنه " بالرغم مما ورد في أي قانون آخر لا يجوز تعيين شخص من وظيفة قاضي إلا بعد التحقق من كفاءته وحسن الخلق وماذا صلاحيته في العمل والوظيفة القضائية المتمثلة في مجتهد قضائي".

المجتهد فيه بالنسبة للإجتهاد القضائي يتمثل في النزاعات التي ينظرها القضاء ولم يرد فيها نص قانوني واضح والأحكام التي تصدر فيها من حيث تطبيق القواعد القانونية

[1] نفس المرجع السابق ذكره ، ص18.

على تلك الأحكام ،ومن أكثر صور الإجتهاد القضائي شيوعا في القانون الأردني محكمة التمييز أو محكمة الإستئناف سواء ،ورد فيها نص أو لم يرد فيها نص بل إن أحكام صادرة من محكمة الإستئناف والتمييز ،تعتبر الإجتهادات حتى ولو اختصر دور القاضي على التصديق على أحكام المحاكم الإبتدائية[1].

الدليل: في الشريعة والدليل يعتبر من أحكام المتوصل لها من طرف المجتهد ،إلى الحكم في المسألة المعروضة عليه بينما الدليل في القانون هي النصوص القانون التي يطبقها القاضي على الوقاية القانونية المعروضة عليه يصدر الحكم على أساسها والأصل استناد القاضي إلى النصوص القانونية عند الحكم في القضية وفي حالة غياب النص قد حدد القانون مصادر مختلفة التي يتم اللجوء إليها بحيث تنقسم النصوص القانونية بحسب الدلالة إلى نوعين:

أ/ قانونية قطعية الدلالة: وهي نصوص لا تدعو للقاضي ما لا يتوسع في تفسيره فلا يسعه سوى تطبيقها حرفيا على النزاع المعروض عليه ومن أمثلة النصوص القطعية الدلالة النص المادة 239 الفقرة "أ" من قانون مدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي نصت على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة متعاقدين" فالنصوص القطعية الدلالة تحدث عن الأهلية القانونية حيث نص على كل شخص بالغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية بحيث سن الرشد يكون 18 سنة كاملة حيث كل من بلغ سن الرشد ويتمتع بكامل قواه العقلية غير محجور عليه له الحق مباشرة حقوقه المدنية.

ب/ نصوص ظنية الدلالة: وهي نصوص القانونية التي لا يجوز للقاضي تفسيرها وتحسين واقعها لمعرفة كيفية تطبيقها الصحيح لتلك النصوص ومنها ما جاء في الفقرة 02 من نص المادة 239 من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه:" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى إلا في الألفاظ مع اهتداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر فيه من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

[1] نفس المرجع السابق ذكره ، ص19.

المطلب الثاني: الإجتهاد القضائي في الحضانة بشكل عام.

الحضانة تعد من الأمور المهمة فلا بد أن ينعم المحضون برعاية حقيقية لا تشعره بفراق والديه وعليهما أن يتفهموا شعوره بعد انفصال والديه عنه وفي هكذا مسائل القانون الأسرة الجزائري نظم مسائل تتعلق بالحضانة كي لا يكون فيه الإبهام الغموض حوله ومن هذا المنطلق سنتحدث عن حضانة بشكل عام و نبينها تبيانا دقيقا.

الفرع الأول: إسناد الحضانة لمستحقيها.

الحضانة في الأصل تكون النساء كونهن اصبر واحن على الرجال في تربية الأولاد والعناية بهم بحيث نجد المشرع الجزائري قد وفق في ترتيب مساحقه الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون مستندا على ذلك لأحكام الشريعة وأحكام المادة: 64 من قانون أسرة ولكن حسب الأشخاص المؤهلين للقيام بذلك وهذا ما كرصه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[1] في العديد من قراراتها حيث جاء في القرار الصادر في 23 فيفري 1993 مايلي: من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المحضون عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت دليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية المحضون بحيث أسقط قضية الحال حضانة الوالدين الصغيرين على الطاعنة وهي الخالة بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب بحيث المشرع قد وضع ضمان لحماية المحضون وحدد مراتب الحاضنين وفق نص قانوني مرن بحيث الاجتهاد القضائي أسند الحضانة لمستحقها دون مراعاة للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

إلى جانب أن الطاعنة المسنة تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 62/02 من قانون الأسرة وفي قرار صادر بتاريخ 18 جانفي 2015 مفادها يكون الأب في حالة وفاة الأم الأحق بالحضانة ولده إذ أن الولاية مقرونة بالحضانة.

---

[1] **المجلة القضائية لغرفة شؤون الأسرة والمواريث**، ملف رقم: 89672 المؤرخ ب 23 فيفري لسنة 1993 ،عدد خاص، ص 166.

الفرع الثاني: تمديد الحضانة.

جاءت المادة 65 من قانون الأسرة أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى للمطالبة بتمديد حضانة الولد للذكر الأم التي لم تتزوج ثانية وراعية في ذلك مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا[1] في العديد من قراراتها حيث صدر قرارها بتاريخ 10 ديسمبر 1999 يقضي بأنه من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إذا 16 سنة طبعا إذا لم تتزوج الحاضنة مرة أخرى وجاء في قرار صدر بتاريخ 15 جانفي 2015" أن يكون تمديد الحضانة طبقا للقانون الأم الحاضنة دون غيرها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة الى جانب ان القاضي له السلطة التقديرية بتمديد مدة الحضانة إلا أن السلطته غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية يتعلق بتمديد الذكر دون الأنثى فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من حواضن تمديدها، ان يكون الحد الاقصى للتمديد 16 سنة وبالتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة وهذا ما تتطلبه مصلحة المحضون ولكن لا يمكن له تجاوزها فبالنسبة لهذا الشرط فكان من الأجدر بالمشرع أن يترك تحديد هذه المدة لأن الأطفال وإن كانوا في نفس السن إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض والقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون ،أن تكون الحاضنة هي الأم فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة، أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة، أن يكون طلب عديد الحضانة خلال سنة من نهاية عشر سنوات فإذا مرت هذه المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد وبالتالي فإنه كما سلف الذكر، أن الأصل في الحضانة أنها تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون المحضون الحق في إختيار من يريد العيش معه ولا يحق لأي طرف رفع دعوى المطالبة بالحضانة وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق ،إ ،ج و عليه الأم التي لم تتزوج مرة ثانية لها الحق في التقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد الحضانة بالنسبة لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره.

[1] **المجلة القضائية ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، ملف رقم: 256629 ،المؤرخ بتاريخ 10 ديسمبر 1999 ،ع رقم 02 ،ص 421.

الفرع الثالث: نفقة المحضون.

تعد الغاية الأساسية من الحضانة حماية الطفل المحضون سواء ماديا أو معنويا وتلبية حاجياته الضرورية من ضمنها النفقة التي بدورها فيها ضمان راحة المحضون بحيث حرص المشرع الجزائري على تنظيم النصوص القانونية حيث يفهم من خلال المادة 75 من قانون الأسرة أنه بعد فك الرابطة الزوجية ضرورة الإنفاق على الإبن لكن هناك استثناءات فمثلا الطفل البالغ لكن به عاهة هنا ،الأب ملزم بالإنفاق على إبنه.

أما فيما يخص البنت فتجب عليها النفقة إلى غاية زواجها والدخول بها فهذا ما جاءت به المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها في القرار الصادر بتاريخ 17 فيفري 1998 ما يلي من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالانفاق على الولد الذي ليس له دخل أو معاش واذا لم يكن الأب قادرا على الإنفاق فالنفقه تكون للأم طبعا إذا كان لها مصدر رزق أي مدخول يلبي حاجياتها وحاجيات أولادها أما حسب المادة 76 من قانون الأسرة في حالة عدم دفع الأب للنفقة يجوز لمن له حق حضانة مطالبة الحاضن أمام القضاء في بدفعها بحيث ينجم عن الحضانة النفقة لأن الأم تكون في غبن عندما لا يسدد الأب نفقة على أولاده أما فيما يخص شمولية النفقة فقد كان المشرع واضحا من خلال نص الماده 78 من قانون الأسرة مراعيا مصلحة المحضون القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 ماي 1991 مايلي " إن تحديد النفقات العدة المتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحضانة في السكن تخضع لسلطة القضاة الموضوع التي خوله لهم قانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في ذلك والمادة 80 من قانون الأسرة التي تقضي على أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوة ولقاضي الحكم بإستحقاقها لمدة لا يتجاوز سنة قبل رفع الدعوة جاء في القرار الصادر بـ18 افريل 1990 " .

من المقرر أنه ليست بالضرورة أن يكون تاريخ النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوة إذ يجوز للقاضي ان يحكم بها كأثر رجعي من يوم الخروج الزوجة من بيت الزوجيها.

الفرع الرابع: مسكن المحضون.

أكد فقهاء الشريعة وكذا المشرع الجزائري على ضرورة توفير الأب مسكن للزوجة الحاضنة للأبناء المحضونين هو التزام يقع على عاتق الزوج لا محالة ويمتد هذا الإلتزام إلى ما بعد انقضاء العلاقة الزوجية بين الزوجين.

أولا: مواصفات مسكن المحضون في الفقه الإسلامي.

يشترط الفقه الإسلامي في مسكن المحضون مواصفات واضحة لكي يكون صالحا للعيش الكريم وفيه حماية للأم الحاضنة الطفل المحضون لابد من وجود عدة شروط أهمها على وجود مسكن به باب يمكن غلقه وفتحه على اساسيات البيت كالمطبخ و غرف للنوم والحمام وجود واحتواء البيت على طعام ومشرب ومأكل يكفي حاجيات الأم وأطفالها وجوب وجود جيران حول مسكن المحضون بحيث لا ضرورة لمسكن في المكان خالي يعد مخيف وغير مطمئن لمسكن محضون يعتبر الفقهاء مسكنا غير شرعي[1] .

ثانيا: مواصفات مسكن المحضون في القانون الجزائري.

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكن ملائما للحضانة وإذا ما تعذر عليه ذلك على الأب دفع الإيجار وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ للأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن بينما نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تتمثل النفقة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته مما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ومن خلال المادتين السابقتين يتبين لنا أن المشرع الجزائري تطرق للسكن واعتبره من أساسيات نفقة الأب على أبنائه المحضونين وأشار إلى ضرورة أن يكون المنزل ملائما للحضانة" في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

وحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية وتربية محضونها يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروط ومواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء وصحتهم بحيث كل مسكن يوفر الزوج يجب أن يكون بغرض الحضانة أن يكون مهيئا للمحضون لتمكن الحاضنة من أداء واجباتها نحو المحضون على أكمل وجه وتزويده بمتطلبات العيش

[1] عبد الفتاح تقية ، **قضايا شؤون الأسرة من منظور تشريع القضاء** ، دار تالة الجزائر ،ص 132-133.

كريمة فلا يكون المسكن المحضون فيه إلحاق بضرر في مصلحة الحاضن والمحضون وضرورة اشتمالها على أساس وفراش وأواني وغيرها من ما تحتاجه الأسرة إلى جانب أن يكون المسكن مستقلا بحيث عدم مشاركة المنزل الذي به كل من الأم الحاضنة والإبن المحضون من طرف آخرين مستقلا بحد ذاته بدون مرافقة ويترك للقاضي مدى تقدير استقلالية البيت المحضون والحاضنة واستقلال المسكن الذي به المحضون حفظه وحمايته من كل أذى وسوء وضرورة أن يكون المسكن محاطا بجيران صالحين من خلق ومعاملته خاصة وإذا كان البيت به أنثى فهي أكثر عرضة للإنحراف عن الذكر.

الفرع الخامس: الولاية على المحضون.

تعد الولاية الإعتناء بالطفل المحضون حسب ما ورد في نص الشريعة الإسلامية تكون عصبة من الرجال وهذا ما أكدت عليه المادة 135 من ق ،م ،ج في نصها على ما يلي" يكون الأب ومن بعد وفاته الأم مسؤولا عن الضرر الذي سببه اولادهما القاصرون الساكنون معهما بحيث هذا ما أكد عليه قرار رقم 187692 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية[1] في المحكمة العليا بتاريخ 23 ديسمبر 1997 في قضية(ش.ز) ضد (ب.أ) جاء فيه أنه من مقرر قانونا وفي حالة وفاة الأب تحلل ام محله.

وفي حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القصر يعين القاضي متصرفا خاصا للقضايا أو بناء على طلب من له مصلحة ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون بحيث القضاء المجلس منع الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب بدون اثبات تعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنه قد خالفوا القانون ولكن الولاية لا تكون ثابتة إذا تعارضت مصالح الأم مع مصلحة الأولاد القصر.

الفرع السادس: زيارة المحضون.

بعد زيارة المحضون في ترسيخ صلة الرحم من خلال تشديد العلاقة الأسرية بين أقارب المحضون و الطفل المحضون.

[1] **المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية شؤون الأسرة و مواريث**، ملف رقم: 187692 ،مؤرخ بتاريخ 23 ديسمبر 1997.

أولا: حق الزيارة لتمتين العلاقة الأسرية.

تعد الحضانة من أمور مهمة في حياة الطفل فهو يعتبر فلذة كبد لأبويه والأسرة والمجتمع ككل قبل وبعد الطلاق وعليه لابد أن ينعم الطفل برعاية وحماية لا تشعره بفراق والديه وعليه أن يتفهم شعور الطفل وفي هكذا مسائل متعلقة بالحضانة تدخل السلطات لمنع حق زيارة المحظور من طرف والديه وزيارته لهم لتقوية شعوره الداخلي وتشديد علاقة القرابة بين أهله على أن تكون زيارة فيها تحقيق الرعاية اللازمة للمحضون وتقديم مال معتبر أوهدية تشعره بقيمة من حوله وانه ليس وحيدا وله من يسنده ويهتم لأمره.

ثانيا: تحديد مكان زيارة المحضون.

ويبقى الأصل بتحديد رؤية ومكان زيارة الطفل المحضون على يد من وكلت له الحضانة أي حاضن وعند عدم الإتفاق على مكان وزمان رؤية الطفل يعين القاضي بتدخله السريع موعد يراضي كل من زيارة أهله له لتمكين الطفل من إشباع أحاسيسه وتحقيق الألفة والصلح النفسي مع نفسي ومع أقاربه دون نشوب ضغوطات ومشاكل وكره لأهله[1] ،وتكون الزيارة ساعات معدودة ويشترط أن لا يكون مكان الزيارة لا يسبب حرجا للزائر لانها اصبحت غريبة وأجنبية عنه وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في بعض قراراتها القرار الذي يحدد أنه لا تصح تحديد ممارسته حق الزيارة للزوج في بيت مطلقته وإذا ما حصل ذلك فقد خالفوا الشرع والقانون إذن الحضانة يجب أن تكون في مكان وزمان مناسبين للمحضون وصاحب الحق في الزيارة وأن ينعم بالهدوء والطمأنينة التامة خاصة إذا كان مكان صاحب الزيارة قريب من مكان إقامة المحضون فذلك يساعد على أخذ وفهم براحة نفسية أجمل عكس زيارة المحضون الذي يقيم بعيدا كالمداشر والمناطق النائية يصعب الوصول إليه والتنقل له.

ثالثا: الزيارة مصلحة المحضون.

تلعب زيارة في توثيق الروابط العائلية للرقابة المحضون والمقصود من الرقابة تربية المحضون على دينه أبيه و تعليمه و تفقد صحته وخلقه أي تطبيقا لنص المادة 62 من

[1] نواف حازم خالد نشوان زكي سليمان، **مشاهدة المحضون** ، دراسة مقارنة، ص 373.

قانون الأسرة حيث ذهب فقهاء المالكية إلى حق الأب أن يأخذ المحضون من حاضنته هي تسليمه لأحد الكتاب ليعلمه أو يلاقوا بعض الدروس أو أخذه في نزهة أو اشتراكه في مركز لتدريبه ومن وكلت له الحضانة عليه السماح بترك المحضون يتصل بأبويه مع مراعاة مصالح الطفل وإذا ما كان الأب هو الحاضن على الأب تسليم الطفل لأمه لأنها أكثر إنسان سيشفق عليه ويحن عليه فالمرأة بطبعها حنون من خلال زيارتها له وقد جاء أيضا في ق.م.ع:إن الغاية من زيارة المحضون ليس رؤيته فقط بل والوقوف على شؤونه على أموره فالرقابة لها عدة أساليب من تفقد المحضون والوقوف على تطور حياته وصحته وخلقه وعلمه وما يزيد الحضانة نتيجة فعالة إذا كان صاحب الزيارة قريبا للمحضون تتقلص السلبيات ويهدم الحاجز بين الوالد و المحضون ومحاولة الوالدين المنفصلان الوقوف على الإبن لكي لا ينحرف واستثمار فيه كونه مشروع مستقبلي وتقويته شخصيته مما ينتج عنه أثار لدى الطفل المحضون توازن نفسي وعقلي وتصالح نفسي مع والديه بالرغم من الظروف الطارئة على علاقته مع والديه والعمل على تحقيق مصلحة لشخصية الطفل ويجب على صاحب الزيارة ممارسة حقه في الزيارة وأن يسير في ظروف عادية حتى لا يؤثر على المحضون وهشاشة النفسيته وعدم استعمال الإكراه بإستعمال حقه في الزيارة كالاحتفاظ بالمحضون لديهم لمدة أطول أي التقيد بما خولته له السلطة في قرارها وأي تجاوز من صاحب الزيارة يعرضه إلى عواقب وخيمة لا تحمد عقباها قد تصل به إلى زجه في السجن أو عدم مشاهدته للطفل محضون مجددا.

رابعا: جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل المحضون[1].

بالرغم من أهمية زيارة المحضون من خلاله التنبؤ والإطلاع على أخباره التعليمية والتربوية والخلقية ولكن يوجد فئات من الآباء لا يعيرون بالزيارة والإهتمام بشؤون الطفل المحضون القاصر أولوية كبرى إلا أن هذا الأخير يترك ندوبا وتشويها لسمعة الطفل المحضون لكرة وأحاسيس سلبية تجاه أبويه، هناك من النساء من تمتنع عن منح الطفل المحظور لوالده.

[1] **مجلة دائرة البحوث ودراسة القانونية والسياسية** ،مخبر مؤسسة الدستورية والقطع السياسية (العدد السادس– جانفي 2019).

وعدم ممارسة الأب الشرعي للطفل المحضون تربية حاجياته والاطلاع على أخبار ابنه وهدم العلاقة بين الوالد وابنه وهكذا الأفعال تعرض كل من الذي توكل له الحضانة ولم يقم بها على أكمل وجه بعقوبات وذلك حسب نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائية الجزائري "كل من لم يسلم طفل موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من 02 إلى 05 سنوات و اضافة المادة 28 نفس قانون يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص من أقاربه لا يقوم بتسليم قاصر قضت الجهات القضائية على الحكم بالنفاذ المعجل وبحكم نهائي إلى من له الحق بالمطالبة به وكل تحايل أو عنف اتجاه الطفل ناهيك عن قيام بأعمال في حقه من خطفه أو إبعاده عن والده يعرض صاحب الفعل على عقوبة حبس ثلاث سنوات فهذا عمل غير أخلاقي وغير إنساني في حق الطفل فهو ليس ضحية بشر وعليه يستبعد كل فعل يقام أو يعود بالضررعلى الطفل الصغير ونفسيته ومصلحته الشخصية حتى لو كان هذا الفعل من فعل أبويه القانون لا يتساهل مع الآباء أو الأشخاص السيئين.

وكل من يريد الحضانة عليه إثبات صفته عن طريق دعوة حق الزيارة التي لا تكون إلا بحكم قضائي من قاضي فالقاضي هو الذي يسند أو يسقط حق الزيارة ويمنح ترخيص الزيارة للأجدر بها والذي تستوفي شروطه للمطالبة بحق الزيارة أو رؤية المحضون إلى جانب أن المنازعات في مسألة الحضانة والحكم بها لا يكون نهائيا إلا إذا استوفى طرق الطعن العادية ولكن لا ضرر في الإحتفاظ بالطفل اياما لكن برضى صاحب الحضانة ولكن غالبا ما يكون كره ونفور الزوجين لبعضهما يزيد الطين بلة فقد بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة فكل احد منهما يريد عرقلة الآخر انتقاما منه فأولا وأخيرا مصلحة المحضون هي الأساس لكن الخلافات التي تنشأ بين الأبوين تعود بالضرر على الطفل تعكس عليه سلبا ولكن هناك قوانين ردعية جاء بها المشرع الجزائري ليضع حدا ردعيا لهكذا تعسفات حسب شروط المادة المذكورة في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري ويشهد على ذلك المحضر القضائي وجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون إلا إذا كان المحضون في حد ذاته لا يريد رؤيته صاحب الزيارة ويمكن للحاضن تغيير رد فعل المحضون ودعوة إلى رؤية صاحب الزيارة لأن مصلحة المحضون، تحتاج التعاون والتسامح بين كل الأطراف دون عراقيل أو مشاكل.

المبحث الثاني:الإجتهاد القضائي في المحكمة العليا الحضانة في بلد أجنبي.

المطلب الأول: أهم قرارات المحكمة العليا في الحضانة في البلد اجنبي.

الحضانة ومما لا شك فيه هي حق ومصلحة الفضلى للطفل الصغير لكن هناك بعض الظروف تطرأ على كيلا الزوجين مما ينجر عنه حضانة طرف منهما للطفل الصغير قد تسقط لبعد المسافة أو الإقامة خارج الوطن وبعد كل منهما الآخر وهذا ما سنتطرق إليه في فرعين الأول والثاني.

الفرع الأول: سقوط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي والأب في الجزائر.

تسقط الحضانة عندما يكون أحد الأبوين خارج أرض الوطن وهذا ما جاءت بالمحكمة العليا[1] في قرار الصادر 27352 المقرر بتاريخ 6 ديسمبر 2001 كلا من (س.ف) و(س.خ) وبعد المداولة القانونية أصدرت المحكمة القرار الآتي بناء على المواد(231.233 .239. 244 . 257) من قانون الإجراءات المدنية مفاده بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض التي قدمها محامي المطعون حيث أن طرف القضية متخاصمان حول من تستند له حضانة الأولاد ولا سيما أن الأم تقيم خارج الوطن في بلد اجنبي والوالد يعيش في الجزائر وتم تقليد حكم مستأنف بإسناد الحضانة للأم ومنح الأب حق الزيارة القانونية وإلزام بأن تحضرها كل عطلة صيفية إلى الوطن وكذا إلزام الزوج بدفع مبلغ مالي مقدر بـ 8000 دج وكذا إلزام مدعي بإرجاع اثاث البيت لكن كان هناك تعديلات بحكم أن الأم تقيم خارج الوطن وهذا ما جعل المحكمة تستأنف الحكم وتسند الحضانة للأب مقيم داخل الوطن.

أولا: مخالفة القاعدة الجوهرية للإجراءات ،حيث يوجد مخالفة المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية بحيث القرار الذي صدر لم يتضمن طلبات المستأنف عليها بذلك نصت

[1] **المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية**، ملف رقم 273526 ،المؤرخ بتاريخ 26 ديسمبر 2001 ،العدد 2004/1.

المادة 144 مما عرضه إلى النقض والإبطال ولكن المحكمة[1] أعطت الأم حقها في نفقة أولادها لكي توفر لهم حياة كريمة خالية من الغبن والمشقة ولهم حق رؤية والدهم أي زيارته.

ثانيا: جاء بناء على المخالفة المادة 144 من الإجراءات المدنية بحيث لم يتضمن قرار المطعون فيه لم يتضمن النصوص المعتمد عليها من طرف قضاة الإستئناف في إصدار قرارهم مما يعرضه إلى الإبطال.

ثالثا: مأخوذ من قصور الأسباب بحيث الأب سمح للأولاد بالانتقال إلى فرنسا حيث تعيش الوالدة وأن الجالية الجزائرية في فرنسا لا يمكن تغيير مبادئها وكل من سلوك أو دين المحضونين الأولاد كل هذا لم يتم طرحه ونقاشه من طرف قضاة الإستئناف واسقط مباشرة الحضانة عن الأم مما ادى إلى تعرض حكمهم إلى النقض.

رابعا: إنعدام الأساس القانوني بحيث لابد بأي قرار صادر عن القضاة أن يكون مستندا على أساس قانوني وإلا فهو ناقص غير مكتمل.

خامسا: مخالفة الخطأ في تطبيق قانون حيث أن قضاة الإستئناف خالف مواقف المادة 64 من قانون الأسرة[2] الرامي إلى الزامية ترتيب الحاضرون ولم يراعي مصلحة الأطفال في إكمال دراستهم خارج الوطن وأيضا في مسألة الزواج للمرة الثانية وهنا خطأ في تطبيق القانون كون الأم أكثر حنانا وعطفا على ابنائها عن غيرها من النساء.

وفي الأخير الرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين أن القضاة الإستئناف أسسوا قرارهم على أحكام شريعة ونصوص القانون في المادة 69 من القانون الأسرة حتى وإن لم نذكر مدة 69 في القرار إلا أن معناها يتجلى في الأسباب كون تربية الأبناء ومراقبتهم عن طريق الزيارة تكون للأب غير أن بعد المسافة بين كل من الأبوين لا يمكن الولد من القيام بمسؤوليته على أكمل وجه فالمراقبة للأب تكون سهلة إذا كان مكان محضون قريبا له كي لا يتكبد عناء السفر وزيارتهم فالأب أيضا جزء من حياة الأطفال وله دور فعال في إنشاء علاقة أبويه مناطها الحب والعطف على الأبناء المحضونين وتبقى هذه الكلمة سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه اضافة إلى أن من خسر الطعن مكلف بدفع المصاريف القضائية طبقا لنص المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية وبالتالي قبول

[1] **المجلة القضائية، عن غرفة الأحوال الشخصية**، ملف رقم 89672 ،المؤرخ ب 23 فيفري 1993.

[2] **المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية** ، ملف رقم: ، 273526 ،المؤرخ ب26 ديسمبر 2001.

المحكمة غرفة أحوال شخصية والمواريث قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وتحمل طاعنة المصاريف القضائية.

الفرع الثاني: عدم سقوط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي.

لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذ كان الزوجان يعيشان في نفس البلد الأجنبي هذا ما جاءت به المحكمة العليا[1] في قرارها الصادر 282033 المؤرخ بتاريخ 8 ماي 2002 ضد كل من المدعو (ب.س) و (ب.ك) بعد المداولة القانونية التي صدرت في القرار بناء على المواد 200 و 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما يليهما من قانون الإجراءات المدنية بعد الإطلاع على أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن.

أولا: مخالفة القانون حيث دعوى القرار محل الطعن جاء معاكسا لنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري بحيث منحت الحضانة للأب دون معرفة أو التحقق من وجود الأبناء معه وهذا يعد مخالفا للقانون.

ثانيا: انعدام الأساس القانوني حيث قضاة مجلس وهران لم يتكبدوا عناء التحقق من وجود اطفال فعليا وهذا ما جعل القرار غير مؤسس قانونا وعرض قرارهم للأبطال.

وعن مخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني بحيث عدم حضور وامتثال الوالدان أمام الجهات القضائية بوهران نجم عنه عدم معرفة المكان الحقيقي لوجود الأطفال الثلاثة وعدم العلم بمكان إقامة كلا الزوجان على أساسه فصل في النزاع لصالح المطعون ضده أي الأب إلى جانب أن الأب طلب من جهات القضائية الإختصاص المحلي كونه هو وزوجته يقيمان خارج التراب الوطني.

وعلى هذا قررت المحكمة العليا[2]غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس وهران بدون تعويضات أن لا يقدم المطعون ضده أي مصاريف قضائية.

---

[1] **المجلة القضائية، عن غرفة الأحوال الشخصية**، ملف رقم 282033 بتاريخ 8 ماي سنة 2002 ، العدد 02 ،ص 363.

[2] **المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية** ،نفس المرجع السابق ذكره ،ص 364.

وتعاليميه الخاصه به وكل طعن لأحد الوالدين فيما يخص مسألة إسناد حضانة الأبناء للأم يقوم قضاة الاستئناف بتأييد حكم مستأنف برفض قرار إسناد الحضانة للأم المقيمه خارج البلد غير جائز بحيث السلطات الجزائرية تسند الحضانة لمن يوجد بالجزائر بحيث إقامة البنتان في بلد غير مسلم يغير من سلوكياتهم وعقيدتهم فضلا على أن الأب له دور فعال وجد مهم في نشأت و سلوك بناته من التربية الصالحة والمسؤولية عليهما فبهذا كل قرار يصدر عن المحاكم الأجنبية يعد مرفوض حتى ولو رفضت الأم الطعنها فيه فهو أمر مرفوض لإقامته خارج الجزائر وفي هذا الصدد المجلس الاعلى في جلسته العلانية وبعد المداولة القانونية بناء على المواد 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما يليهما من قوانين الإجراءات المدنية وبعد الإطلاع على مجموع أوراق الملف الدعوة لدى كتابة ضبط المجلس بتاريخ 11 جوان 1986 وبعد الإستماع إلى الرئيس المقرر بعدم تطبيق القانون الجزائري و تأييد الحكم القانون الأجنبي مما وضع القضية في جدل ونقاش فهو تنازع لقانونين حكم الأجنبي وحكم الوطني بحيث أصدر المجلس الأعلى وفي عديد من قراراته[1] في الحضانة في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة فإن الأجدر بالحضانة يكون مقيم بالجزائر حتى و لم تكن مسلمة وعليه ذهب المجلس للموافقة على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم وعليه منع إسناد حضانة البنتين للأم المقيمة بفرنسا.

المطلب الثاني: تقدير الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا للحضانة في بلد اجنبي.

تعد الحضانة مشكلة خاصة بما فيها من أهمية كبيرة تعود على الطفل الصغير و أي تعارض أو نزاع بين الوالدين يشكل نزاع بين طرفين في من تعود له الحضانة فالحضانة لها شروطها الخاصة إضافة أن لا تتعارض مصالح الطفل المحضون مع الأبوين فأولا وأخيرا فالحضانة هي المصلحة الأساسية للطفل.

الفرع الأول: قرار المحكمة العليا بشأن حضانة أحد الأبوين في بلد أجنبي غير مسلم.

تعتبر مصلحة الطفل هي الغاية الأساسية في الحضانة وتبقى الحضانة للأقربين درجة ودما ونسبا والأولياء هم الأولى بها لكن هناك بعض الظروف التي تحصل لأحد

[1] **المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية**، ملف رقم: 07-522،المؤرخ بتاريخ 02 جانفي 1989 ، ص 75.

الوالدين لا يستطيع بها الإقامة في أرض الوطن وهذا ما يدفع به إلى السفر كالمكوث خارج الوطن للسفر أو الدراسة أو لظرف صحي أو غاية من الغايات من المقرر الفصل في مسألة الحضانة ولاسيما في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وحصل النزاع بين الزوجين على الأولاد بالجزائر فإن قانون الأسرة الجزائري قد أسند الحضانة لمن يوجد بالجزائر وأسقط الحضانة عن الطرف الذي يكون خارج التراب الوطني حتى ولو كانت الأم غير مسلمة وكل قرار[1] صادر عن الجهات القضائية الأجنبية يعد مرفوضا وغير ساري المفعول كونها يتعارض مع النظام والآداب العامة في القانون الجزائري كونه مجتمع مسلم وله مبادئه.

يغير من سلوكيات وعقيدة البنتين وعادات امهما وهذا ليس بقواعد النظام العام ناهيك عن رقابة الأب ودوره في التربية ووقوف على شؤون ابنائه ومن هنا يرفض كل قرار لأسباب تكون غير مقبولة ومن ثم على الأم دفع المصاريف القضائية كتعويض على خسارتها القضائية .

الفرع الثاني: قرار المحكمة العليا بشأن حصانة كلا الأبوين في بلد أجنبي غير مسلم.

متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تستند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن إقامة الأبوين في بلد أجنبي معا يستلزم تطبيق القواعد الشرعية في الحضانة ومن ثم النهي عن قرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد ولما كان ثابتا في قضية الحال أو القضاة موضوع الذين قضوا أن تكون الحضانة للأم فقد طبقو القانون تطبيقا.

إن مجلس الأعلى وفي جلسته العلنية المنعقدة بالجزائر وبعد المداولة القانونية لملف رقم 597-56 المؤرخ في 25 ديسمبر 1989 في كل من المتخاصمين (ت.م) ضد (أ.م) أصدر القرار الآتي نصه بناء على المواد القانونية من الإجراءات المدنية 231 و 2333 و 239 و 244 و 257 وما بعدها من إجراءات المدنية وبعد الاطلاع على مجموع أوراق الملف الدعوة وعلى العريضة النقص المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 9 فيفري 1987 وعلى مذكرة

[1] **المجلة القضائية، عن غرفة الأحوال الشخصية** ، ملف رقم 07- 522 ،المؤرخ بتاريخ 2 جانفي 1989،ص 74.

الجـواب التـي قـدمها محـامي المطعـون ضـدها حيـث اقـام الوالـد (ت.م) ضـد الزوجتـه يرمـي إلـى نقـض القـرار الصـادر عـن مجلـس قضـاء الجزائـر بتـاريخ 21 أكتـوبر 1986 المؤيـد مبـدئيا للحكـم الصـادر عـن محكمـة سـيدي محمـد يـوم 6 مـارس 1985[1]الـذي جـاء بطـلاق بـين الـزوجين 3000دج عـدة لزوجتـه و 600 دج كنفقـات إهمـال كتعـويض و إسـناد الحضـانة لـلأم والنفقـة علـى أولاده بمبلـغ يقـدر بـ 600 دج وحـق زيـارة الأب لأولاده و ضـرورة دفـع نفقـات الزوجـة والأولاد بـالفرك الفرنسـي ومـنح السـكن الموجـود بفرنسـا لـلأم الحاضـنة إلـى غايـة بلـوغ كـل مـن الولـد والبنـت وتكـون زيـارة الوالـد لهمـا فـي فرنسـا كـونهم المقيمـون فيهـا بحيـث استند المحامي في طعنه الرامي إلى رفض على عدة أسباب.

أولا: جاء الحكم مخالف وفيه إهمال للأشـكال جوهرية للإجراءات ذلك أن كل من الزوجين قد استند في الحكم المتعلق بأحدهما دون الآخر وهذا ما يأتي بالنقصـان بحيث أن يكون الحكم منصف لكلا الوالدين وهذا فهناك خرق وإهمال للشكل الجوهري للإجراءات

ثانيا: مخالفة الحكم للمادة 62 و69 من قانون الأسرة حيث أن حكم في بيانه قضى لأن تكون الحضانة بالجزائر ولكن قرار مطعون فيه قضى على أن تكون الحضانة في بلد أجنبي دون مراعاة مصلحة الأولاد كون الجزائر بلدهم الأصلي ودينهم الإسلام والحضانة خارج الوطن فيه عواقب وخيمة وتعتبر من منهج وعقيدة الأولاد في نشأتهم عليه وهذا الحكم جاء مخالف للمواد القانونية الجزائرية.

ثالثا: المجلس اعتمد في حكمه على أمر صادر من قاضي أجنبي فرنسي المأخوذ من مادة 372 هذا الحكم الأخير لم يراعي في صدوره قانون الأحوال الشخصية ببلد الزوجين الجزائر بحيث لم ينفذ الحكم لسوء تقديره الحكم لكل الظروف المحيطة بالزوجين.

رابعا: عدم اختصاص وتجاوز السلطة كون أن المجلس أمر بدفع نفقات بالعملة الفرنسية وهذا غير جائز لما له من صعوبات في تحويل الدينار إلى العملة الفرنسية وهذا ما يعيب القرار و يعرضه للطعن بحيث جاء في قول محامي المطعون ضدها بأن اعادة النظر في الحكم من طرف الطاعن كان فيه إكراه وتعسف القاضي عمل على تقدير مصلحة الأولاد فهم العنصر الضعيف في هكذا قضايا إلى جانب أزمات الوطن من أزمات السكن

[1] **المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية** ، ملف رقم: 597-56 ،المؤرخ بتاريخ 25 ديسمبر 1989 ، ص 62.

وهذا ما جاء ليبرر اسكان الطفلين بفرنسا باتفاق كل من أبوين عليهما إلى جانب أن المكان الذي يقيم فيه الزوجان تكون العملة البلد هي التي تتداول وتستعمل فيه عن غيره من الدول.

في كل قرار وجود مخالفة للمواد فمثلا في هذه القضية يوجد مخالفة وإهمال للمادتين 62 و 69 من قانون الأسرة فالسبب غير جدي في المواد القانونية حيث أن القانون الجزائري أوجب أن يعيش الأولاد مع آبائهم حيث يعيشان سواء كان داخل البلد أو خارجه فمن غير المنطق الأبوان في بلد غير اجنبي وأولاد في الجزائر نظرا لعدم وجود الأم والأب بجانبهم قد ينجم عنه ضياع وإهمال وشتات الأطفال الصغار الغير بالغين وعليه فالبسبب غير جدي إلى جانب التنصيص في القرار[1] أوجب على دفع النفقات بالعملة المتداولة التي يقوم بها الأب والأم والأطفال المحضونين دون غيرها من العملات الأخرى وعليه في هكذا مسائل متعلقة بحضانة الأبوين للأبناء في دولة أجنبية تطبق الظروف المحيطة بالبلد وكل ما يتعلق بالبلد من سكن واستعمال لعملة البلد وبهذا قرر المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية رفض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر وتحميل الطاعن للمصاريف القضائية.

المطلب الثالث:أهم أحكام الإجتهاد القضائي في التشريع الجزائري الحضانة في بلد أجنبي (تنازع القوانين).

تعد الحضانة من المسائل الهامة في مجال قانون الأسرة والأحوال الشخصية، لاسيما بعد انحلال الزواج خاصة عند انحلال الزواج بين الطرفين يحملان نفس الجنسية لكن هناك استثناء وارد بشأن حالة الزواج المختلط، وهذا ما سنجيب عليه بناء على أحكام التشريع والإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

- **القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين أمام القضاء الجزائري.**

لمعالجة هكذا مسائل تتعلق بتنازع القوانين، تم إبرام عدة اتفاقيات ثنائية لمعالجة هذه الإشكالية من أبرز الإتفاقيات اتفاقية زواج مختلط بين فرنسا والجزائر بتاريخ 21 جوان 1988 غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر اتفاقية في هكذا مسائل يرجع الأمر إلى أحكام الإجتهاد القضائي.

[1] **المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية** ،ملف رقم: 597 -56 ،مؤرخ ب25 ديسمبر 1989 ،ص 64.

أولا: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج مختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر.

تتعلق هذه الإتفاقية بالزواج المختلط بين الجزائريين وفرنسيات، في حالة الإنفصال لتسهيل عملية تنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة الأطفال بدرجة أولى في مسألة الحضانة[1].

كما ألزمت الإتفاقية القاضي عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة ،أن يحكم بحق الزيارة إلى الوالد أو الأم غير أن هذه الأحكام تشكل إختلاف كون فكرة النظامين مختلفة تماما بحيث هل يمكن للأم الفرنسية ممارسة الحضانة وتربية الطفل على دين أبيه، خاصة إن كانت غير مسلمة فبالإطلاع على بنود الإتفاقية ،أنه لا يوجد نص واضح يعالج المسألة مما يؤدي إلى تنازع في الإختصاص أو إلى عدم منح الصيغة التنفيذية لحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري طبقا لمقتضيات المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

بالرغم من معالجة الإتفاقية لمسألة الحضانة وحق الزيارة، إلا أن بعض المسائل بقيت عالقة كممارسة أحد الوالدين حق الزيارة لا يعيد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن.

بحيث يستعمل هذا الأخير القوة العمومية ،من أجل التنفيذ الإجباري لكن يبقى مجرد حبر على ورق لعدم امتثال لدولة أخرى وتنفيذها بحجة نظام العام وبالتالي ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كذلك أن بنود الإتفاقية أن تعالج مسألة مراجعة الحضانة بخصوص فترة الحضانة التي تمس المادة 05 من هذه الإتفاقية،" بحيث إذا كانت الظروف إستثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية والمعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي تكييف ظرف الممارسة وفقا لمصلحة المحضون ،بحيث وحسب نص المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص،" على أن الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته ،وحفظه صحة وخلقا[2] إلى جانب ما أكدت المواثيق الدولية كونها تساهم في حماية حقوق الطفل، كمصلحة الطفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

---

[1] **الإتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلق بوضعية الأطفال الناجمة عن الزواج المختلط** ،المؤرخ في 26 جوان 1988 ، العدد 30.

[2] غني قاري ، **شرح قانون الأسرة الجزائري** معدل، طبعة 1 ،منشورات دار طليطلة ، ص 147.

إلى جانب نص المادة(26/3) "التي تنص على أن للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية الأولاد"، لكن القاضي الفرنسي لا يمكنه إعادة إسنادها للأب لإختلاف النظام العام في فرنسا في مسائل الأحوال الشخصية، بما فيها الحضانة عن النظام العام في الجزائر بحيث في حين عدم وجود اتفاقية مع الجزائر، يرجع إلى تطبيق الأحكام القانون الدولي الخاص بالقانون المدني الجزائري.

ثانيا: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

المشرع الجزائري قد وضع نصوص تحكم كل المسائل، المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة أمام القضاء وخصوصا مواد 9 و 12 و 13 و 21 و24 من قانون المدني الجزائري بصفة عامة وخاصة على أن الحضانة تعد أثرا انحلال الزواج، بالمادتين(12/02) و(13) من نفس القانوني فالحضانة تعتبر أكثر المشاكل تعقيدا الناجمة عن الزواج المختلط بين الأجانب والجزائريين[1].

ثالثا: حالة الزوجين الوطنيين أحدهما يريد الإستيطان في بلد آخر.

نظرا لعدم وجود قانون الجزائري على نص خاص بالحضانة فهي تعد أثرا لإنحلال الزواج فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقا لنص المادة 12 من ق ،م ،ج الفقرة 1 والمادة 13 من نفس القانون، فهو حل كرسته الجهود والأحكام القضائية وبالتالي إذا كان الزوج الجزائري في القانون الجزائري يطبق حسب نص المادة 13" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال منصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد زوجان جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج، أما في حالة عدم وجود جنسية جزائرية فالقانون الذي يخضع له هو قانون الجنسية المشتركة بين الزوجين مما سبق يتضح لنا أن المادة 13 من ق ،م ،ج جاءت كإستثناء للمادة 12 من نفس القانون فالآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وتاره تخضع لقانون شخصي للمطلقين ،كالعادة والحضانة

[1] امحمدي بوزينة آمنة ،**محاضرات في القانون الدولي الخاص**، تخصص إدارة عامة كلية الحقوق والعلوم السياسية ،سنة 2015/ 2016 ،ص 118.

يخضعها القاضي إلى قانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام[1] ،بحيث هذا ما جاء في القرار القضائي المتعلق بكل من(هـ.م)و (ز،ج) تحت الرقم 84513 حيث قام النزاع حول دعوى الطلاق وإمكانية تطبيق قانون دولة الزوج في حين أن الزوجين أتم الزوجية في فرنسا ومطالبة الزوجة، بتطبيق اتفاقية لاهاي 1930 حيث جاء في القرار أنه من مقر قانون أن الإختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليه من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي، ومن االمقر أيضا أن القانون الواجب تطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج إلى جانب أن مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي تطبيقا لنص الماده 69 من قانون الأسرة الجزائري ،وعليه تكون الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد الأب حماية له وتطبيقا لنص الماده 62 من قانون الأسرة الجزائري وكل انحلال أو تجاوز لنص المادة يؤدي إلى اسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى لقرار المبداي الذي قضى على انه في حالة وجود أحد الزوجين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فالموجود بأرض الوطن هو الأولى بها حتى ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا إذا كان أحد الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من زاوية مختلفة ولا تنفذ كما أكد القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 1989/01/02 إذ جاء فيه" أن أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشرعية وقانون الأسرة بحيث إذا كانت الأم بفرنسا والأب بالجزائر لا يستطيع الأب الإشراف على أولاده مقيمين مع أمهم وكذا الحق في الزيارة لبعد المسافة خوفا على الأولاد من التأقلم بدين أجنبي غير الدين الإسلام فإن الأولوية تعطى الحضانة للمقيم داخل الجزائر قصد التربية على دين الأب"1، أي أن مصلحة الأولى والأخيرة هي حماية المحضون ويمكن للأم المطالبة بأولادها متى رجعت إلى الوطن، فالمبدأ السائد في الجزائر هو أنه لا

[1] امحمدي بوزينة آمنة ،**تنازع القوانين في مسائل الحضانة** ،دراسة مقارنة **المجلة الجزائرية للحقوق، العدد الخامس جوان 2018** ،ص 244

يجوز أن تسند حضانة الأبناء على الوالد المسلم إلى أم غير مسلمة ومقيمة خارجا إذ لا يجوز أن تكون الحضانة من نصيب الأم الغير المسلمة والمقيمة خارج البلد الأم.

رابعا: حالة حضانة أولاد الناجمين عن الزواج مختلط مع الأجنبيات.

يثير الزواج بين الجزائريين والجزائريات عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة في الحضانات فالأصل في الحضانة تكون للأم حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري،إلا أن الأم الأجنبية تسعى إلى الرجوع إلى بلدها الأصلي مما يؤدي إلى تربية الطفل على غير دين الإسلام وهذا ما يعد من مسقطات الحضانة لا سيما إذا توفرت على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة، فالقضاء الجزائري وفي مسألة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة متخاصمة على الأولاد بالجزائر فإن المقيم بالجزائر هو الأولى بالحضانة حتى ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أخذ أحكام القرارات الصادرة من الجهات القضائية التي تخالف النظام والآداب العامة للجزائر لا تنفذ ولا يجوز العمل بها وهذا ما قضت به المحكمة العليا[1]، في قرارها الصادر بتاريخ 9 مارس 1987 ملف رقم:45186 والذي جاء فيه" أن السيدة المقيمة بفرنسا، وخوفا على الأولاد وخصوصا عقيدتهم فإن الحضانة تمنح للأب المقيم بالجزائر لكن حكم الحضانة غير نهائي فمتى ما رجعت الأم إلى الوطن يمكن المطالبة بأولادها ،فالحضانة في بلد اجنبي فيه خوف على العقيدة وخروج الأطفال عن ملة دين الإسلام.

المطلب الرابع: نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

عند الحكم بالحضانة يجب على القاضي النظر إلى كل المعطيات والمسائل التي تدخل في نطاق حكم بالحضانة والمرتبطة به وتحديد أين تكون مصلحة المحضون.

[1] **قرار غرفة الأحوال الشخصية عن المحكمة العليا** ،ملف رقم:111048 ،بتاريخ 21 نوفمبر 1996 العدد 52، الجزائر،سنة 1995 ، ص 102.

- **مضمون المسائل التي يتضمنها الحكم بالحضانة في بلد أجنبي.**

سوف نتطرق فيما يلي إلى حق الأبوان في زيارة وإمكانية السفر بالمحضون خارج بلد آخر وبعض مسائل المطروحة على القضاء الجزائري.

الفرع الأول: رؤية المحضون وزيارته.

تعد الزيارة من الآثار المترتبة على الإنفصال وانحلال الرابطة الزوجية بحيث تطبق عليها المادة 12 من القانون مدني الجزائري بمعنى قانون جنسية الزوج، ناهيك عن الإستثناء الوارد اذا كان احد الأطراف الجزائري وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون الجزائري هذا الشأن المتعلق بالزيارة ما دام الطفل ، مقيما في الخارج مع أمه نصت على الحق في الزيارة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها" وعلى القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة وقد صدرت عدة أحكام قضائية، في هذا الشأن مبنية على أن الحق في الحضانة يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة ،عندما لا يقيم الأبوين في بلد واحد فإن المجلس الأعلى أخذ بمبدأ في الحضانة مفاده" تسند الحضانة لأحد الأبوين الذي يسن في الجزائر سواء كان أما أو أبا وثم التأكيد على هذا القرار القضائي، حيث جاء فيه" ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا وما دامت قد طلبت الإقامة بالمحضون في فرنسا وما دام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه هو يقيم نفسه بفرنسا فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة ،وتحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف وظروف المعاش في البلد الذي تمارس فيه ،وفي حالة الطرفين الشيء الذي يجب مراعاته من قبل أي شرط فالقرار المطعون فيه بقضاءه ، كما فعل لم يلتزم قضاءه بأحكام المواد 96 و 77 و 78 و 79 من قانون الأسرة فإستحق النقض الجزئي[1].

[1] **قرار غرفة الأحوال الشخصية في المحكمة العليا** ،ملف رقم 91671 ، المؤرخ في 23 جوان 1993 ،العدد 01 ، ص 72-76.

وعلى ذلك فإنه عند وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة، وقد تنازع بشأن الأولاد المقيمين بالجزائر فإن من وجد بها يكون أحق له بالحضانة ويتأكد كل هذا إذا كان كل من الأبوين المسلمين وكل حكم اجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه، ويحول بينه وبين تنفيذه وعليه ما ذهب إليه المجلس للموافقة على حكم الرافض، لطلب وضع صيغة مقيدة على الحكم والقرار الأجنبي وحضانة الأولاد لأمهما مقيمة بفرنسا كان على صواب إذ بقاء الأولاد في فرنسا يغير من ديانة الأولاد ويبعد الأب عن رقابته لهم.

الفرع ثاني: السفر بالمحضون إلى الخارج.

بحيث إذا أراد موكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي رجع الأمر بذلك إلى القاضي في اثبات الحضانة أو اسقاط عنه حسب نص المادة 69 من خلال نص المادة يظهر جليا أن السفر والإنتقال بالولد إلى الخارج بإذن من القاضي ولا تساوي بين الرجل والمرأة في ذلك فقد منح الترخيص لأصحاب الحق في الحضانة فكلاهما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بتربية الطفل على عقيدته وعاداته وتقاليده ، فيعد السفر والإنتقال بالطفل خارج البلد حيث جاء بقرار للمجلس الأعلى لسنة 1989، والمتضمن" من المقرر القضاء في المسالة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة تسقط الحضانة ومع ذلك فإن هذا التفسير الصائب لم يدم طويلا بحيث جعلت الحضانة ومسالة اسنادها مرهون بمن له مصلحة في ذلك شرط الإقامة في الجزائر ،ومما لا شك فيه أن الإقامة بالجزائر بممارسة الحضانة ليس واجب يلتزم القاضي بتطبيقه فقد يرى القاضي أن مصلحة المحضون في إقامته خارج الوطن بحيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 جوان 1993 الذي جاء فيه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر قضاه الحكم المستأنف وأيده القرار المحضون فيه لم يراع فيه قضاء الموضوع أحكام المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري ذلك شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر وإسقاطها عن شخص موكول له إذا أراد الإقامة ببلد اجنبي يستدعي طلب ذلك عن الحاضن ومراعاة كمصلحة المحضون ذاته، فبالتالي الإقامة في الجزائر تكون واجبة للممارسة الحضانة خاصة صاحب سلطة الرقابة كان يقيم في الجزائر لكن نظرا لكون الأولاد يحملون جنسيتين فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحضانة تعود للأب خاصة وأن الأم تقيم في بلد

أجنبي فمثلا في قرار المجلس الأعلى في قضيه (ف.م)و(ص.ع) أنه من المقرر في مسالة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة[1]، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن الحق بالحضانة الموجود بالجزائر طبعا.

لكن الغاية في الحضانة هي المصلحة الفضلى للطفل وعليه القاضي ملزم بمنح الحضانة لمن يصون الطفل دينا وخلقا إلى جانب النفقة إلى غاية بلوغ كل منهما.

الفرع الثالث:الولاية على المحضون.

تعد الولاية من ولاية تخول السلطة على المحضون فإن السلطة حسب ما ورد في الشارع الإسلامية تكون للعصبة من الرجال وهذا ما أكدت عليه المادة 135 من القانون المدني الجزائري، في نصها على ما يلي:" يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤول عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما وهذا ما جاء في القرار رقم: 187692 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، في المحكمة العليا بتاريخ 23 ديسمبر 1997 في قضية(ت.ز) و (ب.أ) وجاء فيه أنه من المقرر قانونا في حالة وفاة الأب تحل الأم محله في حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على من له مصلحة في ذلك بحيث القضاة خالفوا القانون في مسألة منح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض لمصالح الولي مع مصالح القاصر، بحيث كل حضانة تمنح للأم من طرف القانون لا تنتقل إلى غيرها إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 من قانون الأسرة إلا إذا حصل تعارض فيرجى تعيين متصرفا خاصا، إلى جانب أخذ تشريع جزائري بضرورة بقاء السلطة الأبوية للأب حتى في حالة الطلاق حسب نص المادة 87 معدلة بموجب رقم 05/02 التى قررت" يكون الأب وليا على أولاده القصر ،وبعد وفاته تحلل أمه محله قانونا" وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله قانونا بالقيام بأمور الأبناء المستعجلة والولايات تمنح من طرف القاضي لمن أسندت له الحضانة، كذلك نصت المادة 87/02 في حالة الطلاق "يمنح القاضي لمن أسندت له الحضانة للأولاد" حيث وحسب قرار الصادر على المحكمة العليا بقضية (س.ي) و(ع.م) حيث جاء فيه أن الأم تقدمت إلى المحكمة

[1] **قرار غرفة الأحوال الشخصية في المحكمة العليا** ، ملف رقم: 91671 والمؤرخ في 23 جوان 1993 ،العدد 01 ،ص 77-78.

بطلب حضانة إبنها ومنحها الحضانة والولاية عليه إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب ،بحيث أن الولاية تمنح للأب فقط عند وفاة الأب أو غيابه وحصول مانع وأن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف وجاء فيه على أن الولاية تكون للأب ما دام على قيد الحياة، ولم يثبت حصول مانع وهذا مخالف للمادة 87 من قانون الأسرة في فقرته الأخيرة الذي يعرض القرار للنقد والإبطال[1].

الفرع الرابع: نفقة الطفل المحضون.

يقصد بالنفقة هي النفقة الواجبة بين الأقارب (كنفقة الأب على أولاده القصر) ،بحيث نص المادة 14 لم يكن دقيق في الصياغة فالمفروض ، أن لا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص أي قانون الجنسية ،هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص مدينا بالنفقة أم لا وقد تفادى المشرع في دولة الإمارات العربية هذا الخلل في الصياغة بإستعمال لفظ المكلف بدل المدين.

لكن المشرع أورد استثناء على قاعدة إخضاع النفقة لقانون جنسية المدين، وذلك حسب نص المادة 21 مكرر من القانون المدني ، فالنفقة تخضع للعديد من الإجراءات المقررة في المواد (423) و (426) من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية

الفرع الخامس: إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين.

من مسقطات الحضانة التزوج بغير محرم أو الإستيطان بالطفل خارج البلد ولكن الغاية الأساسية هي مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليست الترتيب، بحيث قررت المحكمة العليا وقرارها الصادر بـ613465 بتاريخ 10 مارس 2011 في قضية (م ي) ضد (ع ز) حيث أن الغاية من الحضانة مراعاة مصلحة المحضون وليست الترتيب الوارد، في المادة 64 من قانون أسرة بحيث تقدير المصلحة لأسباب جد كافية من خلال المفاضلة بين الأب والجد وتربيتهم بأن مصلحة البنت تقضي بقائها مع جدتها منذ وفاة الأم إذن الجدة لها الأولوية في حضانة حفيدتها كونها من المقربين.

[1] **قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا** ، ملف رقم : 476515 ،المؤرخ ب 14جانفي 2009 ، العدد 01 ،ص 265-268.

المطلب الخامس: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة.

يواجه القاضي عند محاولة تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بالحضانة على القضايا المعروضة عليه عدة صعوبات ومشاكل، نبرزها فيما يلي:

الفرع الأول:الثغرات القانونية التي تشوب تطبيق المادتين 12 و 13 من القانون المدني.

تجب الإشارة أن تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة (13) من ق ،م ،ج يشوبه ثغرة قانونية، لأن العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا الأصل العام الوارد في المادة (12) من القانون المدني الجزائري، ولا حسب الاستثناء الوارد في المادة (13) من القانون المدني الجزائري، مثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري، لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج، وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل.

الفرع الثاني: حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك).

القاعدة العامة خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج، تثير إشكاليات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع (المتحرك في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد، لكن يمكن الاستناد على اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 21/03/1966 الذي اعتبر الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع، لكن على جنسية الأطراف.

الفرع الثالث: محدودية قاعدة القانون الشخصي للزوج في المسئلة المتعلقة بالحضانة.

كذلك قد يواجه تطبيق قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة تعرف محدودية، فعلى سبيل المثال : أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربوية لأن سلوك القاصر مضرا بمستقبله وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع

الطفل إلى المساعدة التربوية يطبق بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي اتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة[1].

ومراعاة لمصلحة القاصر، يمكن للقاضي الجزائري أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية على النفس، ولو كانت العلاقة تتضمن أطراف أجنبية، كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر بموجب أمر استعجالي لأحد الأبوين[2].

ولإفتقار القضاء الجزائري لإجتهاد في هذه المسألة، عثرنا على اجتهاد لمحكمة النقض الفرنسية في باريس مؤرخ في 20 فيفري 1964 يتعلق بمطالبة أب جزائري بحضانة إبنته القاصر من نفس الجنسية عهدت حضانتها مؤقتا للزوجين طبقا للمادة (375) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، المتعلقة بتدابير المساعدة التربوية الخاصة بالأطفال القصر الأجانب الموجودين في فرنسا، وتمسك الأب باختصاص القانون الجزائري فيما يخص السلطة الأبوية وبالتبعية الأحكام السالف ذكرها غير مختصة.

وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، بما يلي: على افتراض" إثبات الجنسية الجزائرية للمستأنف وابنته القاصر ، القانون الجزائري هو الذي يحكم الحالة الشخصية (ف.ب)، خاصة فيما يتعلق بمنح ومضمون السلطة الأبوية، وذلك طبقا لقواعد تنازع القوانين الفرنسية، لكن أحكام القانون الفرنسي هي التي تطبق بسبب النظام العام الفرنسي المتمثل في حماية القاصر الموجود بفرنسا من الخطر الجسدي أوالأدبي."

وتضيف محكمة النقض الفرنسية: التدابير المتخذة طبقا للقانون الفرنسي مؤقتة، و المساس بسلطة الأب لا يمكنها الدوام ، إلا لوقت الضرورة ومراعاة لمصلحة المحضون"[3].

---

[1] راجع الأمر رقم 72/03 ،المؤرخ في 03/02/1972 ،**المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة المنشور في الجريدة الرسمية** ،العدد 15 ،الصادرة في 22 فيفري 1972.

[2] راجع المادة 460 من القانون رقم 08/09 ، **المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية** ،لسنة 2008.

[3] نقلا عن عماد إشوي، **تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة** ، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، الجزائر، يومي 23 و 24 أفريل 2004،ص 226.

بحيث يطبق عليها قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى حسب نص المادة (12/2) ، واستثناء المادة (13) إذا كان أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج يملك جنسية جزائرية، كما أنه ورغم محاولة المشرع وضع اتفاقية السلطات الفرنسية إلا أنه ولإختلاف مضمون فكرة النظام العام بين القانون الجزائري والقانون ثنائية مع الفرنسي، ترتب عنه عدم فعالية نصوص الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لعام 1988.

من هنا حاول القضاء الجزائري معالجة تنازع القوانين في مسائل الحضانة على المستوى الداخلي من خلال الحلول المستقرة في مجال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري والحكم بالحضانة وفقا للقاعدة التي تقرر وجوب الحرص على مصلحة المحضون وتربيته على دين أبيه، إلا أن هذه الإجراءات لم تكن كافية.

من هنا يتوجب على المشرع أن يعمل على وضع قواعد مادية مباشرة تحكم منازعات الحضانة في إطار الزواج المختلط على غرار القواعد التي وضعها المشرع التونسي والكويتي والقطري وغيرها من التشريعات التي نظمت الحضانة في نصوص قانونية مستقلة تتناسب ضوابطها مع طبيعة وحساسية موضوع الحضانة بالنسبة للطفل نتيجة الزواج المختلط.

وأخيرا، يبقى مستقبل الطفل المحضون ومصلحته مرتبطين بتدخل المشرع الجزائري لوضع الضمانات والإجراءات الكافية لحماية مصلحة المحضون في حقه في الحضانة في بلد أجنبي .

خـــاتمـــــــــة

خاتمة:

وفي الأخير بإعتبار أن الأسرة هي التي تحكم بناء المجتمع فإذا كانت منسجمة ومستقرة استقر المجتمع ولكن قد تطرأ بعض المشاكل التي تفكك الأسرة فينعدم فيها الإستقرار والسعادة وتنجم اختلافات بين الأزواج فيما بينهم يخلف آثار على الأب والأم وبدرجة خطيرة على الطفل فيتعرض هذا الأخير إلى إحباط نفسي والحاجة الماسة للرعاية والإهتمام به من قبل اهله واقربائه وهذا ما جاء به التشريع الجزائري في اجتهاده عبر احكام ونصوص قانونية في نص المادة 03 من قانون الأسرة " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الإجتماعية وكذا في الفقرة 36 من قانون الأسرة الجزائري يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وضرورة حسن تربيتهم" إلى غاية ما بعد الإنفصال التي تجعل المحضون يعيش حياة عادية رغم انفصال أبويه لكن ضرورة إلتزام من يتولى الحضانة والتربية الجيدة وتقوية صلة الرحم لكي ينعم الطفل الصغير بتوازن عاطفي وعدم إنحرافه مستقبلا وابعاده عن الظواهر الاجتماعية في مجتمع قدر المستطاع .

وفي نهاية دراستنا للموضوع المطروح لدينا إستنتجنا بعض النقاط الآتية:

1-الحضانة هي تربية الولد على دين أبيه فأي إنتهاك لدين الأب أو المساس به يتم إسقاط الحضانة.

2-للحضانة شروطها الخاصة سواءا على الرجال أو النساء وإذا إختل أحد الشروط يتم سحب الحضانة من الحاضن .

3-رفع المشرع الحرج في مسألة الحضانة بترتيب دقيق لتيسير الحضانة و المسؤولية التامة على الولد الصغير

4-إهتمام القانون الجزائري بالحضانة كجانب من جوانب للطفل المحضون وحفاظا على مصلحة الطفل المحضون.

5-تعد الحضانة ولما لها من خصائص حاجزا وواقي للطفل من الإنحراف والظواهر الإجتماعية مستقبلا.

6-على الأب في حالة الطلاق توفير مسكن للأم الحاضنة أو دفع الإيجار لهم.

7-ذكر المشرع الجزائري للإتفاقية الناجمة عن الزواج المختلط لتحقيق مصلحة المحضون عند إختلاط جنسية الوالدين.

8-عند حكم القاضي بالحضانة عليه الحكم بحق الزيارة.

9-سقوط الحضانة في حالة وجود أحد الأبوين خارج الوطن بحيث لا يستطيع الوالد القيام بالمراقبة والمسؤولية إتجاه طفله.

10- عدم سقوط الحضانة عند إقامة الوالدين في بلد أجنبي معا.

11- إذا أراد الشخص الإقامة في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون .

12- حضانة كلا الأبوين في دولة غير مسلمة لا يسقط الحضانة لكن يأتي منافيا لنصوص المواد القانونية 62 و 64 من قانون الأسرة الجزائري .

13- الأولوية في الحضانة حسب أحكام و التشريع الجزائري للمقيم داخل الجزائر حتى لو كانت الأم غير مسلمة.

14- حق الأم في الحضانة مقيد بتربية الطفل على دين أبيه.

15- التشريع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة بل حسب القانون الوطني لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

16- الحكم بالحضانة قد يشمل السفر بالمحضون ونقله خارج البلد في الحالة الزواج المختلط إلى جانب الحكم بالولاية و النفقة و السكن للطفل الصغير .

17- في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر تطبق أحكام القانون الدولي الخاص بالقانون المدني الجزائري.

18- أي تعارض لمصالح الطفل القاصر مع مصالح الولي يعين القاضي متصرفا آخر.

19- ينجم عن كل ضرر وإلحاقه بالولد الصغير عقوبات جزائية و ردعية في حق المتسبب به وغرامة مالية وعقوبة زجه في السجن.

- **توصيات:** وعليه المشرع الجزائري وفق في إجتهاده القضائي في الحضانة لكن يعاب عليه مسألة منح الأم الغير مسلمة للحضانة فهو لم يأخذها بعين الإعتبار لا سيما خارج الوطن الأصلي فالعقيدة هي الأساس في توجهات الطفل فالجزائر

تعتبر من البلدان العربية الإسلامية فإسناد الحضانة للأم الغير مسلمة فيه خوف من زحزحة و إبتعاد الطفل الصغير عن دين الأب كون الأم غالبا ما تسند لها الحضانة فهي الحضن و السند الرؤوف بالولد الصغير و يبقى الرأي الراجح لمن يريد الولاية على الطفل الصغير عليه إعتناق الإسلام أولا ومن ثم المطالبة بحضانة القاصر.

وأخيرا يبقى مستقبل الطفل المحضون ومصلحته مرتبطين بتدخل المشرع الجزائري لوضع الضمانات و الإجراءات اللازمة و الكافية وضمان تكريس مصلحته في مسألة الحضانة في بلد أجنبي.

قائمــة مراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

أولا:الكتب.

- احمد التاجي ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، طبعه 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر ، سنة 2007
- جليلة إدريسي اشكالية الحضانة في الزواج المختلط ، طبعة 01 ،المملكة الفرنسية ، 2012
- حاشية الرهوني، على شرح مختصر ،الخليل ج 4 ، دار الفكر، بيروت، 1978
- حاشية العدوي، على الصعيدي العدوي، ج 2 ،مطبعة الحسبية، بمصر، سنة 1339
- الحسين ابن الشيخ آيت ملوية، قانون الأسرة نصا وشرعا ، دار الهدى، الجزائر
- حسين طاهري،الأوسط في شارع قانون الأسرة الجزائري، الطبعة دار الخلدونية ، الجزائر، 2009
- حفيظة السيد الحداد ،الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات في الجلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013
- حمزة بن حسين، الفقر الشريف في ضوء المقاصد الشرعية، أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،2014، ص 20-21.
- الدكتور أحمد محمود الشافعي ،الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب ونفقة الأقارب ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ،بلا سنة نشر وطبع .
- الدكتور حسن فرج ،أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت .
- الدكتور حسين علي الأعظمي ،أحكام الزواج ،الطبعة 2 ،مطبعة المعارف بغداد ، 1948-1949 .
- شمس الدين الرملي، كفاية المحتاج، ج 7 ، ،مطبعة باي، سنة 1938
- عبد السلام علي المزوغي ،النظرية العامة لعلم القانون ،ج 02 ، ط 03 ، دار الكتب الوطنية مصر 1995.
- عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور تشريع القضاء ، دار تالة الجزائر .

- عبد النور أحمد ، محاضرات في تنازع القوانين في قضايا شؤون الأسرة ،الجزائر 2022.
- عروب المربع ،شرح منصور البهوتي ،ج 1 ، بلا سنة نشر وطبع .
- عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج 1 .
- غالب علي الداودي ،القانون الدولي الخاص ،ط 01 ،دار الثقافة ،عمان الأردن ،2001.
- غني قاري ، شرح قانون الأسرة الجزائري معدل، طبعة 1 ،منشورات دار طليطلة.
- محمد عليوي الناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ،ط1 دار العلمية الدولية ،دار الثقافة للنضر والتوزيع ، عمان 2002.
- نواف حازم خالد نشوان زكي سليمان، مشاهدة المحضون ، دراسة مقارنة.
- هشام صادق دكتور عكاشة عبد العالي، القانون الدولي الخاص ،" تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2000.

ثانيا:المواقع الإلكترونية.

Shaamela.ws.com. 18 :05، 2022/06/08.

ثالثا:المقالات و المذكرات.

- عيسى طليبة ،سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011
- نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والإجتماعية، شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2001
- امحمدي بوزينة آمنة ،محاضرات في القانون الدولي الخاص، تخصص إدارة عامة كلية الحقوق والعلوم السياسية ،سنة 2015/ 2016

- نقلا عن عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة ، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، الجزائر، يومي 23 و 24 أفريل 2004

رابعا:مجلة قضائية.

- الإتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلق بوضعية الأطفال الناجمة عن الزواج المختلط ،المؤرخ في 26 جوان 1988 ، العدد 30.

- امحمدي بوزينة آمنة ،تنازع القوانين في مسائل الحضانة ،دراسة مقارنة المجلة الجزائرية للحقوق، العدد الخامس جوان 2018

- حسين فريجة ،الإجتهاد القضائي ومفهومه و شروطه (المجتهد معناه و مدلوله) ،مجلة الإجتهاد القضائي ،العدد 1 ، بلاسنة نشر

- المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: ، 273526 ،المؤرخ ب26 ديسمبر 2001.

- المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 273526 ،المؤرخ بتاريخ 26 ديسمبر 2001 ،العدد 2004/1.

- المجلة القضائية ،عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52207 ،المؤرخ بتاريخ 02 جانفي 1989 .

- المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: 597-56 ،المؤرخ بتاريخ 25 ديسمبر 1989 .

- المجلة القضائية ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم: 256629 ،المؤرخ بتاريخ 10 ديسمبر 1999 ،ع رقم 02 ،.

- المجلة القضائية لغرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم: 89672 المؤرخ ب 23 فيفري لسنة 1993 ،عدد خاص،.

- المجلة القضائية، عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 282033 بتاريخ 8 ماي سنة 2002 ، العدد 02 ،

- المجلة القضائية، عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 89672 ،المؤرخ ب 23 فيفري 1993.
- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية شؤون الأسرة و مواريث، ملف رقم: 187692 ،مؤرخ بتاريخ 23 ديسمبر 1997.
- معوان مصطفى ، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 ،المجلة الجزائرية للعلوم جامعة الجزائر 01 ، الجزء 41 ، رقم 01 ، لسنة 2000.
- مجلة دائرة البحوث ودراسة القانونية والسياسية ،مخبر مؤسسة الدستورية والقطع السياسية (العدد السادس– جانفي 2019).
- القرارات القضائية:
- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، ملف رقم : 476515 ،المؤرخ ب 14جانفي 2009 ، العدد 01 .
- قرار غرفة الأحوال الشخصية عن المحكمة العليا ،ملف رقم:111048 ،بتاريخ 21 نوفمبر 1996 العدد 52، الجزائر ،سنة 1995

خامسا:نصوص قانونية.

- راجع الأمر رقم 72/03 ،المؤرخ في 03/02/1972 ،المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة المنشور في الجريدة الرسمية ،العدد 15 ،الصادرة في 22 فيفري 1972.
- راجع المادة 460 من القانون رقم 08/09 ، المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية ،لسنة 2008
- مرسوم رقم 88 – 144 ، المؤرخ في 22 يوليو ،سنة 1988
- نص المادة 12 من ق.م.ج ،"وسيري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزواج وقت رفع الدعوى".
- راجع المادة 460 من القانون رقم 08/09 ، المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية ،لسنة 2008.

الفـهـرس

الفهرس

مقدمة: ..... أ

الفصل الأول:الحضانة وتنازع القوانين فيها.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة وأهميتها وخصائصها. 2
المطلب الأول: تعريف الحضانة. 2
الفرع الأول: التعريف اللغوي. 2
الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة. 2
أولا: القانون العراقي 2
ثانيا: قانون الأحوال الشخصية المصري 3
ثالثا: تعريف الحضانة حسب قانون الأحوال الشخصية الكويتي 3
الفرع الثالث: تعريف الفقهاء المسلمين للحضانة. 4
الفرع الرابع: خصائص الحضانة 6
أولا:الحضانة من النظام العام. 6
ثانيا: الحضانة حق المشترك 7
الفرع الخامس:أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. 7
أولا: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي. 7
ثانيا: أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 8
المطلب الثاني: مراتب شروط الحاضن. 9
الفرع الأول: مراتب الحاضن في الشريعة الإسلامية. 9
أولا: حاضنات من النساء 9
ثانيا: مراتب الحاضنين من العصبة. 9
ثالثا: مراتب الحاضنين من ذوي الأرحام. 9
الفرع الثاني: مراتب الحاضن في القانون الجزائري. 10

الفرع الثالث: شروط الحاضن. 11
المبحث الثاني: تنازع القوانين في الحضانة. 13
المطلب الأول: تنازع القوانين في الحضانة وفق القانون الجزائري. 14
الفرع الأول:تعدد الجنسيات. 17
الفرع ثاني: إنعدام الجنسية. 18
المطلب الثاني: اتفاقية متعلقة بالحضانة بين فرنسا والجزائر1988..... 19

الفصل الثاني:دور الإجتهاد القضائي في الحضانة في بلد اجنبي.

المبحث الأول: مفهوم الإجتهاد القضائي. 23
المطلب الأول: تعريف الإجتهاد القضائي. 23
الفرع الأول: حجية الإجتهاد القضائي. 24
الفرع الثاني: أنواع الإجتهاد القضائي. 25
الفرع الثالث: شروط المجتهد (القاضي). 26
المطلب الثاني: الإجتهاد القضائي في الحضانة بشكل عام..... 28
الفرع الأول: إسناد الحضانة لمستحقيها..... 28
الفرع الثاني: تمديد الحضانة..... 29
الفرع الثالث: نفقة المحضون. 30
الفرع الرابع: مسكن المحضون. 31
أولا: مواصفات مسكن المحضون في الفقه الإسلامي. 31
ثانيا: مواصفات مسكن المحضون في القانون الجزائري..... 31
الفرع الخامس: الولاية على المحضون. 32
الفرع السادس: زيارة المحضون..... 32
أولا: حق الزيارة لتمتين العلاقة الأسرية. 33
ثانيا: تحديد مكان زيارة المحضون. 33
ثالثا: الزيارة مصلحة المحضون..... 33
رابعا: جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل المحضون..... 34

المبحث الثاني:الإجتهاد القضائي في المحكمة العليا الحضانة في بلد أجنبي. 36
المطلب الأول: أهم قرارات المحكمة العليا في الحضانة في البلد اجنبي. 36
الفرع الأول: سقوط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي والأب في الجزائر. 36
الفرع الثاني: عدم سقوط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي. 38
المطلب الثاني: تقدير الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا للحضانة في بلد اجنبي. 39
الفرع الأول: قرار المحكمة العليا بشأن حضانة أحد الأبوين في بلد أجنبي غير مسلم. 39
الفرع الثاني: قرار المحكمة العليا بشأن حصانة كلا الأبوين في بلد أجنبي غير مسلم. 40
المطلب الثالث:أهم أحكام الإجتهاد القضائي في التشريع الجزائري الحضانة في بلد أجنبي (تنازع القوانين). .. 42
أولا: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج مختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر. 43
ثانيا: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر 44
ثالثا: حالة الزوجين الوطنيين أحدهما يريد الإستيطان في بلد آخر 44
رابعا: حالة حضانة أولاد الناجمين عن الزواج مختلط مع الأجنبيات. 46
المطلب الرابع: نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة. 46
الفرع الأول: رؤية المحضون وزيارته. 47
الفرع ثاني: السفر بالمحضون إلى الخارج..... 48
الفرع الثالث:الولاية على المحضون. 49
الفرع الرابع: نفقة الطفل المحضون. 50
الفرع الخامس: إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين. 50
المطلب الخامس: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة. 51
خـــاتمـــــــــة 54
قائمــة مراجع والمصادر 58
الفـهـرس 63
فهرس المحتويات 64