الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون بتيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
تخصص: القانون الخاص المعمق

الموضوع:

الإشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط

إعداد الطالبة:
– برجي أمال.

الأستاذ المشرف:
– بلاق محمد.

لجنة المناقشة:

اسم الأستاذ	الرتبة	الصفة
بوغرارة الصالح	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
بلاق محمد	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
عبيد فتيحة	أستاذة محاضرة " أ "	مناقشا
طفياني مخطارية	أستاذة تعليم عالي	مدعوا

أوجيزت ونوقشت علنا بتاريخ: 2023/06/18.

السنة الجامعية: 2023/2022

الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون بتيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
تخصص: القانون الخاص المعمق

الموضوع:

الإشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط

إعداد الطالبة:
– برجي أمال.

الأستاذ المشرف:
– بلاق محمد.

لجنة المناقشة:

اسم الأستاذ	الرتبة	الصفة
بوغرارة الصالح	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
بلاق محمد	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
عبيد فتيحة	أستاذة محاضرة " أ "	مناقشا
طفياني مخطارية	أستاذة تعليم عالي	مدعوا

أوجيزت ونوقشت علنا بتاريخ: 2023/06/18.

السنة الجامعية: 2023/2022

شكر وتقدير

أغدق القلم حبره على ورقة غمر النور بياضها لما علم أنه سينال شرف خط كلمات الشكر والامتنان لمن علمني الحلم قبل العلم فكان شريفا كريما قبل أن يكون مشرفا وكان مؤدبا قبل أن يكون معاتبا.

إلى أستاذي الدكتور " بلاق محمد " أبث أسمى معاني الشكر والتقدير والحب والتبجيل سائلة العلي القدير أن يجزيه عني خير الجزاء، وأن يرفعه بتواضعه له إلى مصاف الصديقين والشهداء وأن يرزقه دوام الصحة والعافية ويحفظه من البلاء وأن يثبته على: " إنما يخشى الله من عباده العلماء ".

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم لقراءة ومناقشة هذا البحث.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

إلى من وهبوني الحياة والأمل، والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة، ومن علموني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر، برا وإحسانا ووفاء لهما: والدي العزيز، ووالدتي العزيزة.

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي إلى العقد المتين من كانوا عونا لي في رحلة بحثي: أخواتي: عائشة، سهام، زهرة، أسماء وإبتهال.

إلى من كاتفتنني ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح في مسيرتنا العلمية إلى رفيقتا دربي: منال وخديجة.

وأخيرا إلى كل من ساعدني، وكان له دور من قريب أو بعيد في إتمام هذه الدراسة، سائلة المولى عز وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء في الدنيا والآخرة.

ثم إلى كل طالب علم سعى بعلمه، ليفيد الإسلام والمسلمين بكل ما أعطاه الله من علم ومعرفة.

مقدمة

مقدمة:

من نعم الله العظمى وآياته أنه خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها وجعل بيننا مودة ورحمة، لقوله تعالى:" **يَا *أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا***"[1]، فالزواج هو أعمق رابطة روحية مقدسة بين الرجل والمرأة يقوم على أساس المودة والرحمة والتعاون في ظل الاحترام المتبادل والمحافظة على حقوق العائلة بمختلف أشكالها.

إن علاقة الزواج لا تقتصر على الوطنيين فقط بل تمتد هذه الروابط الزوجية إلى ما أحدثته فئات جنسيات مختلفة من حيث الثقافة والدين، ويرجع هذا الاختلاط بين الأجناس إلى التقنيات والتكنولوجيات الحديثة التي جعلت من العالم قرية صغيرة، مما سهل عملية ارتباط الأفراد مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج وهو ما يسمى بالزواج المختلط.

يعرف هذا الأخير بأنه ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا فهو إذن تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر أجنبي فكل طرف فيها يحمل جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر، وهو حقيقة لا يمكن تجاهلها ولم يعد من المستغرب زواج جزائري بفرنسية أو زواج جزائري بسعودي، إلا أن اختلاف الثقافات والحضارات ساهم في شكل كبير في توتر العلاقات وازدياد الخلافات مما أدى انحلال الرابطة الزوجية.

وعليه فقد أصبحت مشاكل انفصام الرابطة الزوجية ظاهرة اجتماعية شائعة تبرز من خلالها مشاكل انحلال الزواج المختلط التي تعتبر من أكثر المواضيع إيثارا خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، إلا أن هذه المسالة تزداد تشابكا وتعقيدا في حالة انحلال هذا الزواج، لاختلاف حالات الزواج خاصة بين الدول العربية والدول الغربية.

فمعروف بأن هذا الانحلال للرباط الوثيق يؤدي إلى زعزعة كيان الأسرة وتتناثر أشلاءها بين أب وأم وأولاد، حيث يؤدي إلى ظهور نزاعات حادة بشأن الحضانة التي كانت ولا تزال مؤسسة تتشعب فيها القضايا وتتجاذبها عديد الأطراف لاعتبارات شتى.

[1] الآية 13 من سورة الحجرات.

وتعتبر مسألة الحضانة من أهم الآثار التي قد تترتب على انحلال الرابطة الزوجية مما قد يترتب عنه إشكالات قانونية متعددة، لذلك حظي موضوع حضانة أبناء الزواج المختلط اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات فهي تشكل إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق المحضون والسير على مصالحه فمدارها تحقيق مصلحة المحضون والنفع له بالدرجة الأولى لما تثيره من إشكالات حادة ومعقدة منها ما يتعلق بأشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة نتيجة اختلاف تعاطي التشريعات معها لاسيما في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظمها وهو ما فتح المجال للقضاء من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وفق تصوره في تكييفه للحضانة مسترشدا في ذلك بالآراء الفقهية التي بدورها اختلفت في تكييف الحضانة وبالتالي الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، الأمر الذي سعت الاتفاقيات الدولية للحسم فيه من أجل تحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق عليها.

وبناءا على المعطيات السابقة المشار إليها، يتبين أن موضوع "الإشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط" ، يعد من أكثر المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة لارتباطه بمشاكل قانونية واقعية تجعل من الواجب التطرق إليه، خاصة إذا لاحظنا الحالات التي أصبحت تعرض أمام القضاء الوطني والمتعلقة بحضانة الأولاد الناجمة عن الزواج المختلط، ولهذه الأسباب تعتبر الحضانة واحدة من أهم القضايا التي يعانيها المحضون عند انفصال والديه بالإضافة إلى مدى قدرة كل من التشريعات المقارنة على التغلب على الإشكالات القانونية التي يخلفها انحلال الزواج المختلط .

وما دفعنا إلى اختيار موضوع دراستنا هو الميل الشخصي لدراسة خبايا الأحوال الشخصية وخاصة موضوع الحضانة لبعض الاعتبارات أبرزها التأثير المباشر على الأسرة والتأثير السلبي على الأطفال الصغار، ولعل الحافز الثاني هو مدى أهمية دراسة موضوع مصلحة المحضون في إسناد الحضانة من وجهة نظر الفقه الإسلامي، وكذا التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري، وكذا دور القاضي وسلطته التقديرية في إسناد الحضانة، بالإضافة إلى الرغبة في تقديم الإضافة إلى مجموع البحوث والدراسات المتعلقة بالموضوع، والحافز الآخر الذي حدد اتجاهنا ومكننا من بلورة أفكارنا هو تنوع الزيجات المختلطة بين المواطنين والأجانب وخاصة الجزائريين والفرنسيين.

لقد كان الغرض من موضوعنا هو البحث عن الحلول اللازمة التي يوفرها الفقه والقضاء، وكذلك الاتفاقية الثنائية بين البلدين الجزائر وفرنسا لمعالجة المشاكل التي تنشأ في مجال فسخ الزيجات المختلطة والمشاكل التي تواجه الحضانة عند انحلاله، بالإضافة إلى معرفة الطبيعة للحضانة والبيان الخاص بالقانون المعمول به.

وقد حظي موضوع " الإشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط " بصفة عامة اهتمام الكثير من الباحثين والمفكرين، حيث ظهرت الكثير من دراساتهم من خلال رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه، والمقالات أو البحوث القانونية التي ظهرت في المجلات القانونية وفي بعض الكتب نذكر من أهمها:

- دراسة للباحثة حميدو زكية بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة والتي وقفت من خلالها إلى تعريف مصلحة المحضون مع تحديد ضوابط معايير تلك المصلحة من الجانب المعنوي والمادي والصحي والرقابي، بالإضافة إلى دراسة وتحليل عدة قوانين أسرية ومقارنتها بالتشريع الجزائري فيما يتعلق بشروط ومسقطات الحضانة.
- دراسة للباحث صالح بوغرارة بعنوان حقوق الأولاد في النسب والحضانة والتي تطرق من خلالها إلى أحكام النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة التي جاء بها الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 محاولا الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.
- دراسة للباحثة أمحمدي بوزينة آمنة بعنوان إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية والتي تطرقت من خلالها إلى الاختلافات بين التشريعات في اعتماد ضابط الإسناد المتعلق بتنازع القوانين في مختلف مسائل الأحوال الشخصية المقررة الجزائري الواردة في القانون المدني ضمن الأحكام العامة لآثار القوانين وتطبيقها.

إلا أن دراستنا المائلة ستحاول تسليط الضوء على ظاهرة الزواج المختلط وما تثيره من إشكالات قانونية المتمثلة خاصة في مسألة الحضانة من خلال التطرق إلى كل الجوانب النظرية المتعلقة بالحضانة في الرابطة الزوجية المختلطة، وتبيان القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال قاعدة الإسناد وإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية.

تدور إشكالية البحث حول: **كيف عالج المشرع الجزائري الإشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط بما يحقق مصلحة المحضون والأسرة معا؟**

ويندرج تحت هذا السؤال عدة تساؤلات فرعية تتمثل في:

- فيما تتمثل الطبيعة القانونية للحضانة في علاقة الزواج المختلط؟
- ماهو القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط؟
- ماهي الحلول التي توصلت إليها الجهود الدولية والوطنية لمعالجة إشكالية الحضانة في علاقة الزواج المختلط؟

للإجابة عن الإشكالية سالفة الذكر اعترضتنا بعض الصعوبات والعراقيل تمثلت هذه الأخيرة في صعوبة الحصول على القرارات والاجتهادات القضائية، بالإضافة إلى أن أغلب المراجع تمتاز بجانبها الشرعي أكثر من الجانب القانوني فيما يخص الحضانة، وأخيرا قلة الدراسات السابقة في مجال الحضانة في القانون الدولي الخاص فمعظم المراجع عامة نظمت انحلال الرابطة الزوجية بصورة عامة دون التعمق والتفصيل في الحضانة كأثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية المختلطة.

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة اتبعت المنهج الوصفي من أجل الوقوف عند مدلول الحضانة وكذا ضوابط إسنادها خصوصا ما تعلق بفكرة مصلحة المحضون التي أثارت لغطا فكريا كبيرا، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل مجموعة من النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث، مع اللجوء إلى الآراء الفقهية والأحكام القضائية في حالة غياب أو قصور في التنظيم القانوني لمسألة معينة.

بالإضافة إلى المنهج المقارن، فاعتمدت على مختلف التشريعات العربية (المصرية، الكويتية، التونسية، العراقية...)، والغربية (الفرنسية، الانجليزية..)، ومقارنتها بموقف القانون الجزائري، فضلا عن تعزيز البحث ببعض نصوص الاتفاقيات الدولية.

بغرض الإجابة على الإشكالية المشار إليها قمت بتقسيم دراستي إلى فصلين:

تناولت في الفصل الأول الإشكالات المرتبطة بتحديد الطبيعة القانونية للحضانة وقسمته إلى مبحثين خصصت في المبحث الأول مفهوم الحضانة والتكييف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط، أما المبحث الثاني فخصص لشروط ممارسة الحضانة.

والفصل الثاني فكان لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وقسم إلى مبحثين المبحث الأول الإشكالات المرتبطة بالقانون المطبق على الحضانة، والمبحث الثاني في الحلول الاتفاقية لمعالجة مسائل حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.

الفصل الأول: الإشكالات المرتبطة بتحديد الطبيعة القانونية للحضانة.

تمهيد.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة والتكييف القانوني لها في علاقات الزواج المختلط.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة.

خلاصة الفصل

تمهيد:

الزواج المختلط ظاهرة ايجابية، تنسجم فيه الأفكار والقناعات وتتفتح الأسر على بعضها، إلا انه في نفس الوقت مجال خصب لتنازع القوانين بالأخص إذا ما تعلق الأمر بانحلال هذه الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنه والمتمثلة في الحضانة، فلا شك أنه يثير مشكلات حادة ومهمة نظرا لاختلاط الجنسيات والأديان المختلفة بين الطرفين.

فالحضانة من المسائل المهمة التي أعطتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة، من أجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغير، نتيجة للانفصال الذي يحدث بين الزوجين وذلك نتيجةً للوفاة أو الطلاق، والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة، وبالتالي يجب وضع الطفل عند من هو أقدر وأنسب على الاهتمام والعناية به، وكذا من يكفل له التربية الصحيحة والسليمة حتى يكون فردا صالحا وسط مجتمعه.

فالحضانة تتطلب الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق لدى الحاضن، لأنها تتعلق بحفظ حياة الإنسان، فهي واجبة على الحاضن اتجاه المحضون لأنها تعتبر جزء من حقه ولا يجب التخلي عنها وإهمالها يسبب ضرر له، فالحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، مع مراعاة بعض الشروط التي يجب الأخذ بها بعين الاعتبار وتوفرها في كلا الحاضنين.

وكون الحضانة موضوع ذو حساسية بالغة فهو يتعلق بنفسية طفل بريء قد تصاب حياته بإعاقة كاملة جراء الصدمات النفسية أو الحرمان أو المعاناة نجد أن كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أوليا اهتماما خاصا بالحضانة وذلك في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري.

وعلى ضوء ذلك سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى تحديد مفهوم الحضانة والتكييف القانون لها في علاقات الزواج المختلط في المبحث الأول، أما المبحث الثاني سيتناول شروط ممارسة الحضانة.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة والتكييف القانوني لها في علاقات الزواج المختلط.

الحضانة باعتبارها حفظ الصبي والقيام بمصالحه والاعتناء بشؤونه، فهي تعتبر من الواجبات الطبيعية للأبوين، مادامت الزوجية لازالت قائمة بينهما ومادام الولد في حاجة إلى من يحفظه ويرعاه، لكن قد تعترض الحياة الزوجية أمور خارجية تؤدي إلى انحلال هذه العلاقة وفي هذه الحالة لا يمكن للصغير إلاّ أن يكون مع أحد أبويه[1].

وتعد الحضانة من أبرز الآثار الناجمة عن انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤونه[2]،وبطبيعة الحال تكون الأم أولى بحضانته ، وقد أثبت ذلك بالسنة والإجماع ومع ذلك اختلف الفقه والقانون في تعريف الحضانة وتكييفها[3]، وهي تعتبر من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى [4] ، فعدم وجود قاعدة إسناد موحدة في مسألة الحضانة أحدثت اختلافا في تكييفها وبذلك معرفة القانون الواجب التطبيق، وكيفية نظر القاضي إلى الدعوى المرفوعة أمامه وفي هذا ظهرت عدة اتجاهات والتي ربطت ربطا لا ينفك بين التكييف والقانون الواجب التطبيق على الحاضن.[5]

ومن أجل الإحاطة بالمسائل المرتبطة بتعريف الحضانة وتحديد الطبيعة القانونية له قمنا بتقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف الحضانة أما في المطلب الثاني التكييف القانوني للحضانة في علاقة الزواج المختلط.

---

[1] سعاد قسيمي ورقية مسعودي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل والحريات، الرباط، المملكة المغربية، 2015/2013، ص 07

[2] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 123.

[3] سعاد قسيمي ورقية مسعودي، المرجع السابق، ص 07

[4] بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث، المجلد:04، العدد:02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص229.

[5] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 433.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

تعتبر الحضانة مرحلة من مراحل الولاية على النفس فالطفل بحاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بأمره وبكل ما يحفظ حياته ويحقق له مصالحه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السوية، فهي مظهر من مظاهر عناية الشريعة الإسلامية والتشريع القانوني[1]، لما لها من أهمية في تحقيق الصلاح للمجتمع بصفة عامة والطفل المحضون بصفة خاصة [2].

الفرع الأول: التعريف الفقهي للحضانة

الحضانة بكسر الحاء مصدر من حضن الصبي حضنا وحضانة، جعله في حضنه أو ربّاه فاحتضنه، وتحمّل مؤنّة المحضون وتربيته، والحضن هو ما دون الإبط إلى الكشح والصد، وهو الجنب لأن المربي يضم الطفل إلى جنبه، وفي الشرع حفظ من لا يستقل بأمره عما يهلكه أو يضره وتربيته لعمل ما يُصلحه. [3]

وقد عرف الإمام مالك الحضانة بأنها: "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء."[4]

والشافعية عرفوها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره. "[5]

وفي المذهب الحنبلي يعرفونها على أنها:" حفظ صغير أو معتوه أو مجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم."[1]

---

[1] موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة، المجلد:04، العدد:03، جامعة جيجل، الجزائر، 2021، ص 912.

[2] الهاشمو فاطمة الزهراء وعتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، الجزائر،2017/2016، ص 09.

[3] بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية (شرح قانون الأسرة)، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة 01، الجزائر، 2015، ص346.

[4] آيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، الحضانة – دراسة مقارنة (بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر،2013، ص.06

[5] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 124.

ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان: "نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد".[2]

يرى الأستاذ صالح جمعة أن الولاية على النفس هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يخص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل في نطاقها ثلاث ولايات:

- أولها: ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز، وهي ما تسمى بالحضانة.
- ثانيها: ولاية التربية والتدريب والتهذيب، وتبدأ بعد بلوغه سن التمييز واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة.
- ثالثها: ولاية التزويج، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطه الشارع إليه في تزويج من في ولايته.[3]

وفي نفس السياق عرفها الشيخ زكريا البري بقوله: " يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته، في المرحلة الأولى من عمره ".[4]

عرف أحمد فراج حسين الحضانة في كتابه بأنها: "الحضانة من الولاية على النفس، تثبت للحاضن، صيانة للصغير ورقابة له عما يهلكه أو يضره وتتمثل في إمساكه وحفظه في مبيته أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته من إطعام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه وذهنه ومداعبته"[5].

---

[1] آيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، المرج السابق، ص06.

[2] عجل محمد الصالح وحمودي حسين ...، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الأبيار، الجزائر، 2005/2002، ص 08.

[3] عجل محمد الصالح وحمودي حسين ...، المرجع السابق، ص 09.

[4] بن رعاد فاطمة وعبد الصمد فاطنة، الطبيعة القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة شهادة الماستر في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر،2018/2017 ص 12.

[5] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة قي الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر،1997، ص 220.

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها: " تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وذلك برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته مما يهلكه أو يضره" [1] .

أما الشيخ أبو زهرة فيرى أنه: " تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات:

ولاية التربية، ولاية النفس، ولاية المال إن كان له مال".[2]

من خلال استعراض تعاريف الفقهاء يتضح لنا أنه وان تغايرت ألفاظها فإنها تدل على معنى واحد وهو رعاية الصغير والاهتمام به وتربيته، فالحضانة تكون في الصغير فقط.[3]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في القوانين الوضعية.

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " [4].

هنا المشرع الجزائري استعمل لفظ الولد بدلاً عن الصغير، واختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير الذي لم يبلغ بعد، وحسب المادة 56 من قانون الأسرة أجاز للقاضي تحديد سن الحضانة بالنسبة للذكر ستة عشر سنة أما الأنثى عندما تبلغ سن الزواج أي بلوغها تسعة عشر ستة ونلاحظ انه اعتمد في تعريفه على أسباب وأهداف الحضانة والتي تتمثل أساسا في:

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة 02، دار الفكر، بيروت، 1985، ص 717. (نقلا عن عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص113).

[2] أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة 02، ص474. نقلا عن آيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، الحضانة دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر،2013، ص06.

[3] آيت عكوش وزنة وبن كرو، المرجع السابق، ص 06.

[4] حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقد المصرية في مسائل:) الزواج وانحلاله _ الخطبة_ عقد الزواج وإثباته_ الطلاق وآثاره_ النيابة الشرعية_ التبرعات_ الوصية_ الهبة والوقف)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 39.

– **تعليم الولد:** حيث يعتبر التمدرس الرسمي حق كل طفل، يضمنه له القانون مجانا وإجباريا، حتى يستطيع تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته.

– **تربيته على دين أبيه:** أي تربية الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي الذي يعتبر دين الأب حتى ولو كانت الأم كافرة.[1]

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته:

(من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت الأم كافرة، الا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج.

ومن ثم فان القضاء بخلاق هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف –في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فان بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين باعتبارهما أصبحا يافعين، الا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 67 من قانون الأسرة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة)[2].

– **السهر على حمايته:** ألا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب أو عنف لفظي كالتخويف أو السب بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا كما أن حمايته تتطلب تأديبه وتنشئته النشأة السوية في حدود الشرع[3] .

– **حمايته خلقيا:** وذلك بتعليمه وحسن تأديبه وإعداده ليكون فردا صالحا وسويا وحمايته من خطر الشارع والصحبة السيئة. استنادا للقرار المؤرخ في 1984/01/09 والحامل لرقم 31997 والذي جاء فيه مايلي:

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 125.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52221 بتاريخ 13 مارس 1989. نقلا عن باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 125.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 126.

(متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فانه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لام بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها).[1]

– **حمايته صحيا:** على الحاضن واجب رعاية الطفل المحضون وذلك منذ الأشهر الأولى عن طريق تلقي التعليمات الدورية وعرضه على الطبيب متى ما استدعت الحاجة [2] .

كما عرفت الحضانة في المادة 01/163 من مدونة الأسرة المغربية بأنها: " حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته وبمصالحه ". [3]

في حين عرفها الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها: " حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته "[4] .

وعرف قانون الأحوال الشخصية الليبي الحضانة من خلال المادة 62 بأنها: " حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي " [5].

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 رقم 31997، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 73. نقلا عن باديس ديابي، المرجع نفسه، ص ص 126 127.

[2] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 126.

[3] القانون رقم 70/03 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03 فبراير 2004 من مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية رقم 5184، ظهير شريف رقم 04/22 الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 139.

[5] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص 178.

أما عن قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 44 لسنة 1979 المعدل لقانون الأحوال الشخصية لم يعرف الحضانة، تاركا للقضاء معالجة ما يثار أمامه من نزاعات، مسترشدا في تعريفها من المصادر الفقهية والتي تناولها بالتفصيل.

والقانون الأردني لم يتطرق إلى تعريف الحضانة وإنما اكتفى بذكر شروطها وترتيب من له الحق في الحضانة مع مدتها وسقوطها وأجرة الحاضنة وذلك بموجب المواد 166/154 من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976، والظاهر أنه ترك ذلك لاجتهاد القضاء مستنيراً في ذلك على الآراء الفقهية. والقانون الكويتي، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي51 لسنة 1984 النافذ مايلي: "يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعا".[1]

حسب الفقيه عبد العزيز سعد فإن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف لاحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها ولشموليته على أفكار لم تتطرق إليها القوانين العربية الأخرى، بحيث جمع هذا التعريف كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية، والخلقية، وحتى التربوية والمادية.[2]

وعرفها الأستاذ فضيل سعد بما يلي:" الحضانة رعاية طفل لم يبلغ أشده "[3]

[1] فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، العدد الأول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، دون سنة، ص 158.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة:04، الجزائر،2010، ص 139.

[3] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، 2008/2007، ص370.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط.

تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، فهي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى بالنظر إلى النتائج أو بصيغة أخرى العواقب التي تنتج عن إسنادها لطرف دون الأخر وذلك لأنها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج ورعايتهم[1].

مسألة الحضانة كغيرها من المسائل تثير إشكالات، فمسألة الحضانة عند الانفصال بين الزوجين تثير مشاكل تنازع القوانين، فهي تعتبر علاقة متعددة الأطراف تتكون من الأب والأم والطفل، بحيث من الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا مما أدت إلى تعدد الآراء حول تحديد القانون الذي يحكم الحضانة بين مؤيد لتطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج والطلاق وبين مؤيد لتطبيق القانون الذي يحكم أثار النسب أو الولاية على المال [2].

الفرع الأول: الحضانة كأثر من آثار الزواج أو الطلاق

هناك اختلاف في الفقه وقوانين دول العالم حول الطبيعة القانونية للحضانة، فهناك من يكيفها على أنها من قبيل الآثار القانونية للزواج وهناك من يعدها من آثار انحلال الرابطة الزوجية بمعنى أخر الطلاق [3].

أولا: الحضانة كأثر من آثار الزواج

يرى هذا الاتجاه الحضانة كأثر من آثار الزواج، وبإمعان النظر في مسألة آثار الزواج نجد أنها تشمل ما يترتب على الزواج من آثار تتعلق بالأشخاص أو الأموال ومنها التزام الزوج بخسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي للزوجين والتزامات الزوجية.[4]

---

[1] آيت منصور صونيه وعلواش وردية، تنازع القوانين في الزواج وانحلاله، مذكرة شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2018/2017، ص51.

[2] طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد الرابع، جامعة الجزائر، الجزائر، 2020، ص146.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 914.

[4] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 434.

فقد مال الفقه الفرنسي إلى الإشارة إلى أن الحضانة هي إحدى آثار عقد الزواج، فالحضانة ترتبط بالبنوة والبنوة في الواقع من آثار عقد الزواج وبالتالي فان مصدر الالتزام بها هو عقد الزواج بحيث أن الولد ناتج عن علاقة زوجية[1].

بالإضافة إلى جانب من الفقه والقضاء المصري يؤيدهم بأن الحضانة من أثار عقد الزواج باعتبار أن الحضانة تتعلق بالبنوة، والبنوة ماهي إلاّ أثر من أثار الزواج ومصدر الالتزام بها هو عقد الزواج، والولد هو نتيجة عقد الزواج، وقد اضطردت أحكام المحاكم المصرية على اعتبار الحضانة من آثار الزواج في أحكام عديدة [2]، حيث قضى بأن " الحضانة عمل تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير... والعمل لا بد فيه من التعاقد، وهذا التعاقد موجود فعلا باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الزوجية، ونتيجة من نتائج عقد الزواج الذي حصل بينهما"[3].

إلا أنه تم التراجع عن هذا الاتجاه بعد التعديلات التي طالت القانون الفرنسي والمصري فيما يتعلق بالقانون المدني وقواعد التنازع الخاصة بالأحوال الشخصية على وجه الخصوص [4]، ووفق انتقادات واجهت هذا الاتجاه تنحصر في أنه لا يمكن الحديث عن أثار عقد الزواج بعد انتهاء هذا العقد سواء بالطلاق أو التطليق، وفي حال عدم وجود الزوجين أو عدم أهليتهما فهما غير ملزمين بالحضانة وأيضا لا تمتد الآثار الشخصية للزواج إلى أي شخص آخر غير والد الطفل المحضون ولا تشمل أصولهما من أم الأم وأم الأب [5].

[1] هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، ص 79، 80.

[2] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 32.

[3] حكم محكمة الإسكندرية للأحوال الشخصية في القضية رقم 147 لسنة 1938 جلسة 1938/11/10 منشور في المحاماة الشرعية السنة 11 عدد رقم 5 ص 63. (نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 32).

[4] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص914.

[5] هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 80.

ثانيا: الحضانة أثر من أثار انحلال الزواج

ذهب جانب آخر من الفقه و القضاء إلى حقيقة أن الخلاف على الحضانة لا ينشأ في كثير من الأحيان إلا عند فسخ العلاقة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، وبالتالي تنظيم الإجراءات النهائية التي يجب اتخاذها في حالة الطلاق أو الانفصال لترتيب مسالة حضانة الطفل الشرعي أو المتبنى هي منظمة ذات صلة مباشرة بهذا الوضع الذي تعيش فيه الأسرة، ومن ثم الحضانة تدخل ضمن نطاق آثار انقضاء العلاقة الزوجية بما في ذلك من أثر في التنازع الصريح للقوانين[1]، كالقضاء الفرنسي الذي اعتبر الحضانة من أثار انحلال الزواج [2].

ولكن هذا الاتجاه في تكييف وتحديد مصدر الالتزام بالحضانة لا يتماشى مع القانون المصري فالحضانة ولاية شرعية مستقلة تماما عن الزواج والطلاق بأحكامها في الشريعة الإسلامية التي هي قانون واجب التطبيق في وصف الحضانة [3] .

أما المشرع الجزائري فاعتبر الحضانة أثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية واعتمد على ذلك من خلال مواده من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي جزئية تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خصوصا أن المشرع الجزائري لم يخص مسالة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة عكس بعض التشريعات العربية، أو بعبارة أخرى فانه وفق عملية التكييف التي تخضع التي للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 09 من القانون المدني تعد الحضانة من آثار الطلاق [4] .

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 33.

[2] مرزوق تاسعديث وبوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاح، البويرة، الجزائر، 2016، ص 48

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 33.

[4] جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص 34.

والمشرع التونسي ترك للقاضي حرية اختيار القانون الأصلح للطفل مع وضع ثلاثة ضوابط إسناد واعتبر الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج [1].

الفرع الثاني: الحضانة كأثر من أثار النسب أو الولاية على المال

لم يتفق الفقه والقضاء على تحديد الطبيعة القانونية التي تحكم الحضانة، فمن بين الآراء التي تعتبر أن الحضانة أثر من أثار الزواج والطلاق، توجد اتجاهات أخرى تخص الطبيعة التي تنسب لها الحضانة تتمثل في أنها أثر من أثار النسب (الفرع الأول)، وأثر من أثار الولاية على المال (الفرع الثاني).

أولا: الحضانة أثر من أثار النسب:

اتجه جمهور الفقه إلى أن الحضانة من أثار النسب، فهي عبارة عن التزام يقع على من يقوم بإثبات بأن المحضون ينسب له [2].

وفي حالة ثبوت حق المحضون بالنسب له الحق في الولاية على تربيته في أول حياته من الحضانة، والحق في النفقة عليه والولاية في حفظه [3]، فبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية يكشف أن للأولاد حقوق وعلاقات بالولدين تستقل بكيانها وأحكامها تتمثل هذه لحقوق في حق الأولاد في ثبوت النسب وفي ولاية التربية الأولى أي الحضانة والحق في النفقة ثم ولاية الحفظ التي تبدأ بانتهاء ولاية الحضانة [4] .

إلا أن هذا الرأي منتقد، لأن النسب يعتبر مسألة أولية تتعلق بشرعية الأبناء أو إثبات نسبهم ولا علاقة له برعايتهم. يجوز أن تؤول الحضانة إلى غير من ثبت التبعية له بسبب نقص

[1] المكي صلوح وشهرزاد، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد :05، العدد: 01، المركز الجامعي على كافي، تندوف، الجزائر، ص 176.

[2] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 32

[3] حداد آية وزروالي منال، انحلال الزواج المختلط على حضانة الأطفال، مذكرة شهادة الماستر، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، 2023/2022، ص56.

[4] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 34،

الأهلية أو عدم الأمانة في المحضون. بالإضافة إلى أن النسب الشرعي يستلزم وجود عقد زواج صحيح يحتمل أن يوصف بأنه أحد أثار الزواج [1] .

ثانيا: الحضانة كأثر من أثار الولاية على المال

وفقا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري الذي يقضي بأن: " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته " [2] . اعتبر الفقه المصري بأن الحضانة ولاية على المال، وحسب قرار محكمة القاهرة رقم 89 الصادر 1954/02/02 فقد أعطى القضاء المصري وفقا لأحد أحكامه الحضانة حكم الولاية لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بها لذا فقد أخضعها لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال [3].

ورأى الفقيه "بارتان" أن تنازع القوانين الذي قد ينشا بعد الطلاق فيما يتعلق بالأطفال يتعلق بشكل أساسي بالقانون الذي يحكم مسالة الوصاية على المال، وبهذا الحضانة تم إدراجها ضمن قضايا الوصاية على المال [4].

انتقد هذا الرأي واعتبر أنه رأي بعيد عن الصواب فالولاية على المال تعني حفظ مال الصغير وإنمائه زد على ذلك الشفقة والقدرة على التصرف في الأمور المالية [5] ، وليس تربية الطفل ورعايته [6].

[1] هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 81.

[2] حنفي أحلام وبلحضري دنيازاد، الطلاق في القانون الدولي الخاص ومشكلة اختلاف الثقافات القانونية دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماستر، قانون خاص، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، الجزائر، 2020/2019، ص24.

[3] المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 176.

[4] طاهري آسية، المرجع السابق، ص 147.

[5] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص36.

[6] ونوقي ناهد فتيحة، انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة (دراسة للحالة الجزائرية الفرنسية)، مذكرة شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة بن زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2013 / 2014، ص 39.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة.

الحضانة تسند كقاعدة عامة إلى النساء لأنها تعتبر ولاية على النفس في فترة لا يستغني فيها المحضون عن خدماتهن، ولكن ذلك قد يتعذر لبعض المحضونين فيتعين إسنادها للرجل، وبذلك تكون إما حضانة تمارسها المرأة وإما يمارسها الرجل، الأمر الذي يجعل شروطها تختلف، إذ ما يجب توافره في المرأة قد لا يشترطه القانون في غيرها.

إن تربية الطفل تحتاج عناية ويقظة وصبر وذلك للقيام بشؤون الصغير خير قيام، وبفقدان واحد منها يقع خلل في تربيته، وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها حسب ما جاء به المشرع الجزائري في مادته 62 في فقرته الثانية: " ... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ". [1]

والمشرع الجزائري لم يذكر لنا شروط الحضانة عامة وإنما اكتفى بكلمة الأهلية فقط عكس قانون الأحوال الشخصية السوري الذي اشترط صراحة في نص المادة 137 على أن الحاضن يتمتع بالعقل والبلوغ وعلى القدرة على القيام بصيانة المحضون صحة وخلقا، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية في مادتها 34 وما بعدها والتي اشترطت صراحة على أن يكون الحاضن أمينا، قادرا على القيام بشؤون الطفل سالما من الأمراض المعدية ويكون من دين أب المحضون [2]. ويقصد بالأهلية تلك المتعلقة بالقدرة على تربية الصغير والقيام بشؤونه.

وأجمع الفقهاء على توافر العديد من الشروط تبناها قانون الأسرة في مادته 222 على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." [3] فإذا اختل شرط من الشروط تسقط الحضانة وبالتالي يصبح الحاضن غير قادر على ممارسة

---

[1] لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 69.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 140.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 127.

الحضانة مما يتطلب تدخل القاضي لاختيار حاضن آخر تتوفر فيه القدرة على رعاية الصغير وحفظه والعناية به.[1]

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء (الفرع الأول)، وشروط أخرى تخص النساء بمفردهم والرجال لوحدهم (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الشروط العامة للحضانة.

إذا ما تغيرت القلوب، وتنافرت الأرواح، وتباعد الزوجان، كانت المرأة أولى بحضانة الأولاد ورعايتهم في المرحلة الأولى من أعمارهم، لأنها أقدر من الرجل على تعهد الصغير والعناية به في تلك المرحلة، ولأنها أصبر وأحن ولكنها ليست مجبرة على ممارسة هذا الحق فقد تمتنع بسبب عجزها أو لعدم توفرها للشروط عندها تنتقل الحضانة إلى الأب، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية حمت الصغير وراعت مصلحته[2].

وتتمثل الشروط العامة فيما يلي:

الفرع الأول: الأهلية

المشرع الجزائري خلافا للتشريعات الأخرى لم يسرد شروط الحضانة في مادة واحدة، وإنما أجملها في عبارة واحدة مكتفيا بذلك في الفقرة الثانية من نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري:" ... أهلا للقيام بذلك".[3]

ومن بين الفقهاء الجزائريين الذين تعرضوا إلى موضوع الأهلية، الأستاذ لعشب محفوظ الذي عرفها بأنها: "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عليها كسب هذه الحقوق أو التحمل بالالتزامات "، واعتبر فقيه

[1] لعناني أميرة، المرجع السابق، ص69.

[2] العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 272.

[3] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

آخر أن الشخص الآهل هو الذي لا يكون قاصرا أو محجورا أو محكوما بسبب جرم شائن أو من أسقط من الولاية الأبوية[1].

وانتهاءا أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية وفقها القانون على أن الأهلية تشمل عنصرين هما البلوغ والعقل فكلاهما يعتبران من شروط الحضانة[2].

أولا: العقل.

على الحاضن أن يكون على علم بحجم المسؤولية الملقاة عليه فيما يتعلق بحضانة الصغير، وأن يكون على دراية بكل المخاطر والتحديات التي تعترضه عند القيام بهذه المهمة[3]. وهذا ما كرسه القضاء الجزائري، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/13 يقضي بما يلي: " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة ".[4]

فهو شرط اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربع، فلا حضانة للمجنون باعتباره عاجز وغير قادر عن رعاية نفسه ولعدم أهليته لها، سواء كان جنونه متواصلا أو متقطعا وبالتالي غيره أولى بالحضانة[5]، فهو لا يستطيع أن يقوم بشؤونه بنفسه ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله لكون الهدف من الحضانة هو توفير الحماية وتدبير شؤون المحضون المنعدمة لدى المجنون الحاضن[6]، فلا حاجة إلى أن يكون الشخص بالغ إذا لم يكن بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية [7]، ويثبت ذلك المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه : "من

---

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005/2004، ص 222.

[2] بن محاد كريمة وخلفاوي خديجة، مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2016 / 2017، ص 28

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 128.

[4] القرار رقم:265727، مجلة القضاة، 2002، العدد:02، ص 432.

[5] محمد عقلة الابراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس الطبعة الأولى، عمان، 2014، ص 319

[6] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 128

[7] بن داود حنان، المرجع السابق، ص 233.

كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عنه أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "[1] .

أما ما تعلق بالمعتوه فهو يأخذ حكم المجنون وبالتالي لا حضانة لمجنون أو معتوه لأنها بحاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما. واشترط المالكية الرشد فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون [2]، فضلا عن العقل اعتبر الحنابلة والمالكية أن الحضانة تسقط عمن هو مصاب بمرض منفر كالجذام والبرص [3] . حيث أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط واعتبر أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة في حالة الحنون أو العته أو السفه طبقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة [4] : " تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه ". [5]

وبما أن الحضانة تستوجب أيضا اليقظة والمتابعة الدائمة للمحضون فان تعرض الحاضن للإغماء سواء كان مستمر أو مراقب فان هذا يسقط الحضانة وفي حال ما إذا كان الإغماء نادر الحدوث حيث لا يسبب أي ضرر للمحضون فهنا لا تسقط الحضانة [6] .

والمشرع الجزائري نص على توفر شرط العقل لاكتساب الحضانة وذلك في مادته 87 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري: " يكون الأب وليا على أولاده القص، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] بن داود حنان، المرجع نفسه، ص233.

[3] المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 170.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 128.

[5] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر السالف الذكر.

[6] لعناني أميرة، المرجع السابق، ص 75.

المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي لمن أسندت له حضانة الأولاد "[1] باعتبار على أن الحضانة هي ولاية عن النفس إذ لا يقدر مجنون على تولي تصرفات غيره [2].

ثانيا: البلوغ.

الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل تبعاتها ووظائفها إلا الكبار وعكس ذلك لا يمكن تحقيقها فالصغير ليس بإمكانه تولي شؤون غيره[3]، فقد اجمع فقهاء المذاهب الأربع على أن تصرفات الطفل أو الإنسان قبل بلوغه تعد باطلة[4]، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاثة: ... وعن الصبي حتى يحتلم ". [5] والبلوغ ليس ما نقصد به البلوغ الطبيعي للإنسان الذي يعرف بالحيض عند المرأة والامناء عند الرجل، وإنما هو أهلية الأداء التي تسمح للشخص بتسيير شؤونه وشؤون غيره بالإضافة إلى السهر على مصالحه والمحافظة عليه [6] .

وقد اشترط المالكية فيمن يحضن الصغير ويتولى شؤونه سواء كان ذكرا أو أنثى أن يكون بالغا قادرا فلا تثبت لمن كان صغير لأنها مسؤولية لا يقدر عليها إلا الكبار[7]، لذلك فانه يشترط في الحاضن أن يكون بالغا والبلوغ نقصد به في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام التاسع عشر سنة حسب المادة 40 من التقنين المدني الجزائري [8].

---

[1] المادة 87 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[2] صبرين مشطن وربحة شرغ، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غرداية، الجزائر،2022/2021، ص 34.

[3] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 129

[4] صبرين مشطن وربحة شرع، المرجع السابق، ص 27.

[5] لعناني أميرة، المرجع السابق، ص 70.

[6] عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005.

[7] العربي بختي، المرجع السابق، ص 274.

[8] الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 1975

وباعتبار أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى هذه النقطة يمكن القول إنه مادامت الفتاة راشدة للزواج فإنها أصبحت أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وبالتالي تحملها لنتائج فشل هذا الزواج فالأم التي لها القدرة على رعاية وتربية الطفل الصغير وهي متزوجة رغم صغر سنها لها القدرة أيضا على احتضانه وهي مطلقة إلا إذا في حال ما ثبت عدم قدرتها على القيام، وهذا ما جسدته الفقرة الأخيرة من المادة 07 من قانون الأسرة: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات " [1].

الفرع الثاني: القدرة على التربية

ضرورة قدرة الحاضن على القيام بتبعات المحضون بنفسه وهذا ما ذهب إليه عامة الفقهاء أمثال المالكية والحنفية [2]، ويعني شرط القدرة على التربية الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، أي بمعنى أن يكون الحاضن صحيح الجسم، قادر على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كان عاجزا عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرقة تحول بينه وبين رعاية الصغير، لم يكن أهلا للحضانة كما لو كان مريضا مرضا معديا في وجود الطفل معه خطر على حياته. [3]

كما ذهب أغلب الفقهاء إلى أنه تسقط الحضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر وهذا ما اخذ الاجتهاد الجزائري في قراره رقم 33921 الصادر بتاريخ 09-07-1984 الذي جاء فيه : "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ولما كان– في قضية الحال– أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها، من ثم فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية "، حسب ما استوحى هذا القرار فان عدم القدرة على رعاية الولد المحضون من مسقطات الحضانة [4].

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق_الأولاد في النسب والحضانة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص103

[2] محمد عقلة الابراهيم_الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 322.

[3] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 383.

[4] بعاكية كمال وحبار أمال، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد: 06، جامعة وهران، 2018، ص 421.

بالإضافة إلى أن عمل المحترفة العاملة يعتبر من مسقطات الحضانة خصوصا إذا كان عملها يمنعها من ممارسة الحضانة، غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ وأكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها. [1] ويكاد الأمر يكون مطلقا دونما ورود أي استثناء والقائل أساسا انه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18[2] . وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على عمل المرأة ليس مسقطا للحضانة، وهذا ما اعتبر اختلاف جذري عن رأي الفقهاء الذين قالوا بان لا حضانة للمرأة العاملة [3].

إذ جاء القرار المؤرخ في 2002/07/05 وهو قرار لاحق للأول الذي يعتبر بأن:" عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية". [4]

الفرع الثالث: الأمانة على الأخلاق.

الحضانة لا تنسب لشخص غير أمين على تربية الصغير المحضون وتقويم أخلاقه، فالفاسق ينشغل عن العناية بالصغير ويعرضه للضياع والخطر وبالتالي تسقط عنه الحضانة، نفس الشيء ينطبق على من كان سيء السلوك لتأثر المحضون بصفات الحاضن[5] ، والمرأة كثيرة الخروج يمنعها من ممارسة الحضانة على أكمل وجه وبهذا تصبح غير أمينة على طفلها

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 131.

[2] ينص القرار رقم 245156 على: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 131.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، بتاريخ 2002/05/03، المجلة القضائية العدد الأول، 2004.

[5] عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص ص 269، 270.

وبالتالي تكون غير مؤهلة لممارسة الحضانة والقاضي يكون له دور كبير في تقدير كثرة الخروج إن كان فجورا أو فسوقا [1].

فنشأته في بيئة سيئة ترافقه تؤثر سلبا عليه وتثير الشكوك والارتياب حول سلامة تربيته حيث قال بعض الفقهاء: " أن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة واستولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها" [2] .

شدد القضاء الجزائري على من تثبت عليهم أخلاقا وسيئة ومنحرفة وهم من أجل ذلك بسقوط حقهم في الحضانة خوفا على سوء وانحراف تربية المحضون من خلال القرار المؤرخ في 1997/09/30 تحت رقم 171684[3].

اعتبر المشرع في قراره أن جريمة الزنا تعتبر من مسقطات الحضانة ولكن في حال ما إذا كانت مصلحة المحضون تتحقق في بقاء المحضون مع الأم الزانية فان المرأة لا تحرم من حقها في حضانة وهذا يعتبر استثناء[4].

الفرع الرابع: الإسلام

المسلم له حق حضانة قريبه المسلم وأيضا غير المسلم، فهي تعتبر ولاية إذ تثبت للمسلم على غير المسلم، ولغير المسلم الحق في حضانة غير المسلم إذ اختلفت أراء الفقهاء في هذا الشأن [5]. يعتبر الإسلام شرط عند الحنابلة والشافعية، فلا حضانة لكافر على مسلم ولا ولاية

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 105.

[2] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 132.

[3] ينص القرار على: (من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة للمحضون. ومتى تبين – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فان بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة)، نقلا عن باديس ديابي.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص ص (132 133).

[5] محمد عقلة الابراهيم، المرجع السابق، ص 320.

عليه[1]، ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز لقوله تعالى: " **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** "[2]، فهي شبيهة بولاية الزواج والمال ويخشى على المحضون في دينه [3].

وفيما يخص حضانة غير المسلم للمسلم فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحق لغير المسلم أن يكون حاضنا للمسلم لأن العاطفة والشفقة لا تأثر باختلاف الدين وهذا ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية مع ملاحظة أن لكل مذهب بعض القيود والتفصيلات التي يمكن الوقوف عليها في مصادرها. قد استدل أصحاب هذا المذهب بالأحاديث الواردة في النهي عن التفريق بين الأم وولدها كقوله صلى الله عليه وسلم: " من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة " وهي بعمومها لا تفرق بين مسلمة وغيرها ولأن مناط الحضانة الشفقة، وهي لا تتفاوت تبعا للدين فكل أم شفوقة على ولدها ولو كانت غير مسلمة. [4]

وذهب الشافعية والحنابلة والشيعة والجعفرية وبعض المالكية إلى أن الحضانة لا تثبت لغير مسلم كافرا كان أو ذميا ذكرا أو أنثى واحتجوا بقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"، المراد بالسبيل الولاية والحضانة نوع من الولاية فلا تثبت لغير المسلم على المسلم كولاية النكاح والمال. [5]

ساير المشرع الجزائري المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة لكون الحضانة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي: " الحضانة هي رعاية الولد على تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "

فعبارة القيام بتربيته على دين أبيه تعني بمفهوم معارضة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يستطيع أن يتزوج غير المسلمة وأن على هذه الأخيرة في حال الإنجاب تربية الأبناء

---

[1] عيد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 359.

[2] سورة النساء، الآية 141.

[3] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 134.

[4] محمد عقلة الابراهيم، المرجع السابق، ص 321 320.

[5] محمد عقلة الابراهيم، المرجع نفسه، ص ص (320، 321)

على دين أبيهم دين الإسلام ولا يمكن تصور الأمر بالعكس [1]، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1989/03/13 يقض على أنه:" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فان القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية. ولما كان قضاة الاستئناف– في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهما بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة".[2]

المطلب الثاني: الشروط الخاصة

بالإضافة إلى الشروط العامة السابقة الذكر التي تخص كل من الرجال والنساء، والمتمثلة في العقل والبلوغ، القدرة على التربية والأمانة على الأخلاق وأخيرا الإسلام على النحو الذي رأيناه هناك شروط تخص النساء وأخرى تخص الرجال خصها الفقهاء[3] وكذا القانون لا بد من توافرها حتى تنسب لهم الحضانة تتمثل في:

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة.

للنساء قيود والتزامات تلزم بإتباعها الحاضنة طيلة مدة ممارستها للحضانة وإلا سقط حقها وبالتالي انتقال الحضانة لمن هو انسب بها، وهذه القيود أو الالتزامات تتمثل في البقاء وفق وضعية قانونية تتماشى ومصلحة المحضون[4] ، تتمثل في:

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 135.

[2] القرار رقم: 52221، مجلة القضاة، 1993، العدد:01، (نقلا عن مغاري حياة وفركوس دليلة، دور الإجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد04، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2021، ص 165.)

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 135.

[4] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 111.

أولا –ألا تتزوج الحاضنة بأجنبي عن الصغير أو بغير قريب محرم للمحضون:

اختلفت أراء الفقهاء في حكم تزويج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون، فالمالكية والشافعية، الحنابلة والحنفية، اتفقوا على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون كان رجلا أم أنثى، وذلك استنادا إلى ما رواه عبد الله ابن عمر أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حاء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي" [1] .

والرأي الثاني يعكس تماما الرأي الأول الذي يعتبر أن الحضانة لا تسقط بالتزوج سواء كان رجلا أو أنثى و هذا ما سار إليه الحسن البصري و ابن حزم الظاهري استدلالا بحديث رواه انس رضي الله عنه قائلا : " قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة وليس له خدم، فأخذ أبو طلحة بيدي وانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله أن أنسا غلاما كيسا فليخدمك، قال، فخدمته في السفر والحضر ... ، وأن أنسا كان في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك"، وحجتهم كذلك أن أم سلمه لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط بزواجها كفالتها لابنيها[2].

ومراعاة لمصلحة المحضون فان الزواج في حد ذاته لا يسقط الحضانة ولكن الذي يسقطها هو تزوجها بأجنبي [3] عن المحضون فقد لا يعطف إليه وقد يكون الجو لا يلاءم ولا يناسب المحضون من أجل تربيته صحيا وأخلاقيا واجتماعيا، وفي حال تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير كعمه مثلا لا تسقط حضانتها لأن العم له الحق في الحضانة وقرابته تجعله ذو شفقة ورعاية له [4] .

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 111.

[2] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص ص (112/111).

[3] صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 112

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 136

المشرع الجزائري في هذا المبدأ سار وفق المذهب المالكي وجمهور الحنفية الذين يرون أن المرأة تفقد حقها في الحضانة بمجرد زواجها بغير محرم للصغير وتسترجع حقها إذا زال سبب سقوطها، وذلك حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري الذي تنص على:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. وعليه فان حق الحاضنة يسقط بزواجها من أجنبي [1] . لكن المشرع الجزائري قد وضع استثناء في نفس مادته يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون تتحقق ببقائه مع أمه فان الحضانة تكون لها حتى وإن كانت متزوجة بغير قريب للمحضون[2].

ترك المشرع للقاضي السلطة الواسعة في تقدير مصلحة المحضون دون تقييده باستثناءات معينة، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1979/02/05 بأن:"... حق الحضانة يسقط عن الحاضنة بمجرد تزوجها، وقضاة الموضوع لما صرحوا بقولهم إن المستأنف عليها لم تنكر كونها متزوجة من جديد، وعلاوة على ذلك، فإنها تطلب الحضانة لها وهذا مستحيل شرعا". [3]

ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير:

بمعنى أن تكون الحاضنة من الرحم المحرم للمحضون كأمه أو أخته أو حتى جدته، فلا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور، ولا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث [4].

---

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] صالح خيضر وفارس دبة، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيي، جيجل، الجزائر، 2016/2015، ص 27.

[3] القرار رقم 16687، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية (غير منشور)، نقلا عن مغاري حياة وفركوس دليلة، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد:58، العدد:04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2021، ص 171.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 115.

ثالثا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون

يعتبر معظم الفقهاء أن سكن الحاضنة مع شخص يبغضه المحضون قد يؤدي بنفسه إلى الضياع والأذى، فالحضانة هي مشروعة لمصلحة الصغير[1]، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة عندما نص بأنه عند الطلاق يجب على الأب توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة للحاضنة وفي حال ما تعذر فعليه بدل الإيجار ونص المادة 70 من قانون الأسرة التي تصرح بأن لا حضانة للجدة أو الخالة للمحضون إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم [2] .

لذا فسكن المحضون في مكان ملائم ولائق يعتبر شرط لازم التحقيق تتقيد به الحاضنة من أجل تربية الطفل في بيئة تحقق له الاستقامة سواء تعلق ذلك بدراسته أو بصحته [3] .

رابعا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا:

عدم الامتناع يعد شرطا من شروط الحضانة، ففي حال ما إذا كان أب المحضون معسرا لا ليس باستطاعته دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى رعاية الولد مجانا وامتنعت الأم عن تربية طفلها المحضون يسقط حقها في الحضانة وتنسب الحضانة للأولى [4] .

[1] المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 174.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 138.

[3] المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 174.

[4] عادل شباب، حضانة الطفل (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة شهادة الماجستير في شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2011، ص 48.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالرجال.

بالإضافة إلى شرط العقل والأمانة والاستقامة هناك شروط أخرى يجب توافرها في الرجل الحاضن تتجلى في شرطين:

أولا: شرط أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى

اختلف الفقه في هذا الشأن فالحنابلة والحنفية فقد حددوا سن الأنثى المحضونة بسبع سنوات لتفادي الخلوة بها لعدم المحرمية، وفي حال ما لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق لأنه إذا بلغت هاته المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه، عكس الحنفية الذين أجازوها وذلك إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه[1] .

وبطبيعة الحال الرجال ليس لهم القدرة على تربية ورعاية الأطفال كما قدرة النساء لذا يعتبر أهم سبب وهو شرط الحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو عمة أو حتى خالة أو خادمة. [2]

ثانيا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، والقاعدة لا توارث بين المسلم وغير المسلمة ذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه من غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث [3] .

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 116.

[2] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند، البويرة، الجزائر،2013/2012، ص27

[3] صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص116.

خلاصة الفصل الأول:

تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية يترتب عليها تربية الطفل المحضون والقيام على شؤونه والمحافظة على بدنه وعقله ودينه وحمايته من أي انحراف، وانحلال الزواج المختلط يثير إشكالات حادة ومعقدة نتيجة اختلاف ديانة وثقافة الزوجين المنفصلين متعلقة بالحضانة، إذ تعتبر هذه الأخيرة من أهم المواضيع التي لقيت اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات مما أدت إلى اختلاف وجهات النظر حول تحديد الطبيعة القانونية للحضانة فمنها من يكيفها على أنها أثر من آثار الزواج و منها من يقول بأنها اثر من أثار الطلاق والبعض الآخر يرى بأنها أثر من آثار النسب والولاية على المال، وهي من بين النزاعات العويصة التي قد تطرح على القاضي وذلك لارتباطها المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، مما يتعين على القاضي أن يكون حريصا ومحايدا في حكمه نظرا لما يحتويه من مصلحة للمحضون.

والحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء، وان تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال باعتبار أن المرأة هب الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير حاجياته، ولكن في حال ما إذا تعذر عليها ممارسة الحضانة فهي تسند للرجل وبهذا إسناد الحضانة لمن يكون أهلا لها والمشرع الجزائري ترك للقاضي مهمة البحث عن الشروط اللازم توفرها في الحاضن في مصادر الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

تمهيد

المبحث الأول: الإشكالات القانونية المرتبطة بالقانون المطبق على الحضانة.

المبحث الثاني: الحلول الاتفاقية لمعالجة مسائل حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.

خلاصة الفصل الثاني.

تمهيد:

تثير مسألة الزواج المختلط عدة إشكالات قانونية معقدة يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام وتعتبر حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية والعملية، فعندما يحدث النزاع وتقام الدعوى أمام القاضي الجزائري بين زوجين جزائريين حول مسائل أثار الطلاق، لا يكون هناك أي نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق لأن قانون بلدهما المشترك هو القانون الواجب التطبيق، لكن يختلف الأمر عندما يكون أحد طرفي الدعوى أجنبيا أو كلاهما ويثار النزاع أمام القاضي الجزائري فليس من العدل تطبيق القانون الجزائري على الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية التي يقوم بتنظيمها قانون بلدهم، والتي غالبا ما يحيل عليها القانون المدني الجزائري وفقا لقاعدة الإسناد .

بالرغم من أهمية الآثار التي تشمل علاقة الوالدين بأبنائهم رغم طلاقهما إلا أن التشريعات بما فيها المشرع الجزائري لم يصرح بقاعدة إسناد محددة تخص آثار انحلال الرابطة الزوجية خاصة الحضانة.

وأمام الجدل الفقهي الصاخب، ونظرا لتحيز كل قاضي لتطبيق قانونه الوطني رغم وجود اتفاقية بين البلدين كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية، كان من اللازم تحديد القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال باعتبارها أثر هام من الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية.

وبناء على تكرر حالات التنازع حول الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط حاولت العديد من الدول محاولة إيجاد الحلول المناسبة للنزاعات التي تثيرها العلاقات الأسرية الدولية، بإفراغها في اتفاقيات دولية جماعية أو ثنائية هدفها إيجاد الحلول لحالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بين هذه الاتفاقيات الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال الموقعة بتاريخ 21 جوان 1988.

لذلك سنحاول استعراض الإشكالات القانونية التي تواجه القاضي في القانون المطبق على الحضانة في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني فسنقوم بذكر الحلول على المستوى الدولي والتي كانت عبر اتفاقيات ومعاهدات ثنائية ومتعددة.

المبحث الأول: الإشكالات القانونية المرتبطة بالقانون المطبق على الحضانة.

من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة فانه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها، خاصة إذا كان الزواج مختلطا لذلك سعت اغلب التشريعات إلى محاولة وضع حلول لبعض المعضلات التي تعتري الزواج المختلط خاصة بعد الانفصال والآثار التي يترتب عن هذا الأخير على حضانة الأولاد، والمسائل المتعلقة بالحضانة مثل تحديد من هو الحاضن تحديد أوقات الزيارة ومدتها، ونظرا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة فقد اختلف أيضا في تحديد القانون الواجب التطبيق[1]، فهناك دول وضعت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وهناك من لم تخصها بقاعدة إسناد خاصة بل ألحقتها بقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج باعتبارها أثرا من آثاره مما أدى إلى تعدد اتجاهاتها[2]، وهو الأمر الذي سارت إليه بعض التشريعات خاصة المشرع الجزائري، مما أثار صعوبات وعراقيل في تطبيق أحكامها [3].

المطلب الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة.

بما أن التكييف هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين ونظرا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة فقد اختلفت أيضا في تحديد القانون الواجب التطبيق[4]، فقد تعددت أحكام الحضانة بين تشريعات الدول العربية والغربية، إلا أن بعض الدول قد قامت بوضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وعالجت مشكلتها ولكن ليس بشكل نهائي بحيث أبقت على القاضي الدور المتمثل في الاختيار الأنسب لمصلحة

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص410.

[2] أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، المرجع السابق، ص187.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 915.

[4] عماد اشوي، تنازع القوانين في الحضانة "دراسة مقارنة"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014، ص210.

الطفل، في حين غفلت بعض التشريعات عن وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، والبعض من أسند حكمها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها أثر من أثاره [1].

الفرع الأول: إخضاع الحضانة لقانون الجنسية

تعتبر الجنسية علاقة تربط الفرد بدولة معينة، أو الأداة المثلى لحل مشاكل تنازع القوانين، لأنها تمثل ضابط الإسناد الذي يتحدد بواسطته القانون الواجب التطبيق على جميع علاقات الأحوال الشخصية، فقد اعتمدتها أغلب التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري.[2]

تباينت الآراء الفقهية بشأن الجنسية، فقد خص كل من التشريع التونسي والكويتي وقطر بقاعدة إسناد خاصة، فقد نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في الفصل 50 على أن:" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل "، هنا الحضانة تعتبر من أثار انحلال الزواج وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي وفي حال عدمه يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل [3]. وكان اتجاه القانون الكويتي نفس اتجاه القانون التونسي حيث خصّ الحضانة بقاعدة إسناد نص عليها صراحة في المادة 43 من القانون رقم 05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: " يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة ".[4] وهو نفس

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشلف، الجزائر، 2020، ص 587.

[2] أمحمدي بوزينة آمنة، قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2020/2019، ص 18

[3] أمحمدي بوزينة آمنة المرجع السابق، ص 591.

[4] المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 178.

نص المادة 20 من القانون المدني القطري[1]، والذي تنص على أنه: "يسري قانون جنسية الأب في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على النفس والحضانة".[2]

وفيما يخص القانون المصري، فقد خلا القانون المدني من قاعدة تنازع خاصة بالحضانة، فيتعين الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص (المادة 24 مدني مصري)، والتي تكيف الحضانة بإعطائها حكم الولاية ومن ثم تخضع لقانون جنسية الصغير نفسه قياسا في ذلك على ماهو منصوص عليه في المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين " [3] .

في حين جانب آخر يجمع على أنها اثر من أثار انحلال عقد الزواج سواء كان بالطلاق وقت الطلاق أو بالتطليق أو بالانفصال الجسماني، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية أي قانون جنسية الزوج وقت الطلاق إذا كان الأمر متعلقا به ووقت رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بالتطليق أو الانفصال الجسماني وفق للفقرة الثانية من المادة 13 من القانون المدني المصري الذي يقضي :" أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى " . [4]

أما بالنسبة للقانون العراقي فلم يورد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة إلا أنه أجمع كل المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة أخضعها لقانون جنسية الزوج، وذلك بموجب المادة 04/19 من القانون المدني التي تنص

---

[1] طاهري آسية، المرجع السابق، ص 149.

[2] المادة 20 من القانون رقم 22 الصادر بتاريخ 2004/08/08، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 11، ص 364.

[3] هشام علي صادق وعكاشة محمد غبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية " تنازع القوانين "، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، ص 347.

[4] عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد: 25، جامعة قطر، 2007، ص 463.

على أن: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب "[1].

وتأخذ مسالة الحضانة في فرنسا بعين الاعتبار مصلحة القاصر، فهي تعد معيارا مهما من أجل تقدير تطبيق النظام العام الفرنسي واستبعاد القانون الأجنبي، فإذا كانت قاعدة الإسناد لا تتعارض مع مصلحة المحضون حتى وان وجد تمييزا وعدم المساواة بين الأبوين، وقد شهد القانون الدولي الخاص الفرنسي والبلجيكي تطورا في مسالة الحضانة لان قاعدة إسناد خضوع الحضانة للقانون الشخصي للأطراف تم التراجع عنها تدريجيا من الاجتهاد القضائي، ليتم تكريس قانون موطن الطفل دون إهمال أن الأجانب في فرنسا أو أي بلد آخر مثلهم مثل الوطنيين، عليهم الخضوع لقانون العقوبات الوطني الذي يحمي بنصوصه حق الحضانة، أما القانونين الايطالي والألماني فقد تراجعا عن ضابط الجنسية متبنيين ضابط الموطن منذ سنة 1980 و1990 .[2]

كما أخضع القانون الانجليزي الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي، يعهد بها لمن يراه مناسبا وأقدر على رعاية الطفل، وأخضعها لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه الانجليزي: "إن القانون الانجليزي غير واضح في بعض المسائل التي تعرض على المحاكم وتنشا في مكان أو أخر ويتزاحم فيها أو لحكمها أكثر من قانون كقانون موطن الأب". [3] ونفس اتجاه اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر 1996 الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف والإنفاذ والتعاون فيما يخص المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال التي أخضعت في المادة 16 مسالة الحضانة لقانون موطن الطفل المعتاد للطفل[4] .

[1] غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد:09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران02، ص 165.

[2] عماد اشوي، المرجع السابق، ص223.

[3] حداد آية وزروالي منال، المرجع السابق، ص 73.

[4] عماد اشوي، المرجع نفسه، ص 222.

في حين تسند بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي والدنمارك إلى قانون القاضي وغالبا ما يكون هذا القانون في الدول الأنجلوسكسونية هو قانون الموطن المأخوذ به كضابط إسناد خاص في مسائل الأحوال الشخصية.[1]

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلم ينص على قاعدة إسناد صريحة تخص الحضانة ونظرا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي نصت على القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات لمعرفة القانون الواجب تطبيقه فإنها تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية [2] ، فنظرا لخلوه من نص خاص على غرار بقية القوانين العربية الأخرى ولأنها تعد أثرا لانحلال فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقا للمادة 12 فقرة 2 وهو حل مستقر في القانون المقارن ولكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فان القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي [3]، ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج وذلك حسب ما جاءت به المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي نصت على : "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج "، أي أنه في حالة وقوع طلاق بين زوجين أحدهما جزائري والآخر أجنبي ولم تقوم الجزائر بإبرام اتفاقية مع دولة هذا الأخير فيما يخص الحضانة والزيارة في هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة وإذا كان الزوج جزائريا فانه يطبق قانون الأسرة مع مراعاة مصلحة المحضون دائما.[4]

[1] فتيحة يوسف، تنازع القوانين، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة، القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر،2009، ص 58.

[2] لعور نور الدين وحرابي احمد، المرجع السابق، ص 43.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، مطبعة الفسيلة، الطبعة 02، الجزائر، 2010، ص 185 ,

[4] طاهري آسية، المرجع السابق، ص 150.

والمشرع الجزائري وضع استثناء هاما على ضابط المادة 12 من القانون المدني في شان أثار الزواج وانحلاله حيث يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حتى يخضع الزواج كله إلى القانون الجزائري.[1]

ولقد نظرت المحكمة العليا في مسالة تتعلق بطلاق جزائرية وايطالي[2]، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الايطالي على أساس المادة 12 الفقرة الثانية أي لقانون جنسية الزوج و طعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية وقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم واعتبرت الحضانة من أثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج [3].

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1992/10/27 بقولها : " من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الإقامة العادي ولما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فان قضاء الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسالة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه " [4]

---

[1] طاهري آسية، المرجع نفسه، ص 150.

[2] القرار رقم 170082 الصادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 17 فيفري 1998. انظر الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه، الطبعة 02، الجزائر، 2016، ص ص 119،120.

[3] دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011، ص 248.

[4] القرار رقم 86305 الصادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 27 أكتوبر1992. أنظر الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ص (67 69)

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لقاعدة إخضاع الحضانة لقانون الجنسية

يؤثر ضابط الإسناد على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي لما يثيره من إشكالات قانونية وعملية الخاصة بحضانة الأطفال المتعلقة بتطبيق فانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إعمالا على ما هو منصوص عليه في المادتين 12 و13 من القانون المدني الجزائري وهذا ما جعل الكثير من الفقهاء يوجهون انتقادات بخصوص المادة الأخيرة[1].

إن مؤدى الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة لانحلال الزواج هو انه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فان القانون الجزائري هو الذي ينطبق، هذا هو وجه الخروج على المادة 12 فقرة 02.[2]

ونظرا لقرار المحكمة العليا في قضية تتعلق بطلاق جزائرية وايطالي: " لما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الايطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية وزوج ايطالي بدلا من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الايطالية خالفوا القانون واخطئوا في تطبيقه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[3] حيث أن المحكمة الابتدائية للمدية، أسندت الحضانة للقانون الايطالي على أساس المادة 02/12 أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بحيث الزوجة طعنت بالنقض في حكم المحكمة على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم ينزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية، ونظرا لذلك قررت المحكمة العليا نقض الحكم على أساس نص المادة 13 واعتبار أن الحضانة هي اثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية وهي بذلك تخضع للقانون الجزائري إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري[4] ، ذلك أن الهدف من تقرير هذا الاستثناء هو

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 167.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 238.

[3] القرار رقم 170082 الصادر بتاريخ 1998/02/17 السالف الذكر، (أنظر الطيب زروتي، المرجع السابق، 120).

[4] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 189، 190

حماية الزوجة الوطنية لأن الأمر لو تعلق بالزوج فان قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة .[1]

بهذا جعل المشرع الجزائري ضابط الجنسية حلا لمشكلة الحضانة من اجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين أينما كانوا، إعمالا لاعتبارات سياسية أو ربما مجرد نقل للمواد، فالأخذ بضابط الجنسية له سلبيات أكثر من ايجابيات لأنه يمكن تغيير الجنسية لاكتساب حق لا يمكن اكتسابه بجنسية قديمة ويمكن التنازل عن الجنسية القديمة نهائيا واكتساب جنسية جديدة وهذا ما يسمى بالتحايل على القانون.[2]

إن تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني يشوبه ثغرة قانونية، لان العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا حساب الأصل العام الوارد في المادة12 من القانون المدني، ولا حساب الاستثناء الوارد في المادة 13 قانون مدني جزائري. ومثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا بالجزائر 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 لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائريا بحكم المادة 17 من قانون الجنسية الجزائرية [3].

بالإضافة إلى أن خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج تثير إشكالات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد لكن يمكن الاستناد على اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية

[1] بوخاري فاطمة، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن"، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد:02، العدد:02، جامعة وهران01، الجزائر، 2020، ص 70.

[2] أمحمدي بوزينة آمنة، قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 247.

[3] عماد اشوي، المرجع السابق، ص 225.

المؤرخة في 1996/03/21 الذي اعتبر:" الاختصاص لدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع، لكن على جنسية الأطراف ".[1]

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بتطبيق قانون الجنسية على مسائل الحضانة.

هناك صعوبات عدة تعترض تطبيق قانون الجنسية في القضايا المتعلقة بإسناد الحضانة في مواضيع الزواج المختلط منها حالة تمتع الشخص بأكثر من جنسية، وحالة عدم تمتعه بأية جنسية وحالة تغييره لجنسيته بعد اكتسابه لحق معين

الفرع الأول: التنازع الايجابي والسلبي:

قد تعترض القاضي عند محاولة حل النزاع المتعلق في مسائل الحضانة صعوبات التنازع الايجابي أو ما يسمى بتعدد الجنسيات والتنازع السلبي وهو ما يعرف بانعدام الجنسية.

أولا- تعدد الجنسيات:

إن اعتماد الجنسية يعد ضابطا لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، بغض النظر عن أسباب تعدد الجنسية ومشاكل معالجتها، كما أن تقرير اختصاص قانون الجنسية لحكمها يثير التساؤل حول الجنسية المعتمدة في حال تعدد الجنسيات لدى الشخص. [2]

يكون التنازع بين الجنسيات ايجابيا لما يكون الشخص متمتعا بأكثر من جنسية بمعنى دولتين أو أكثر تعتبره من رعاياها.[3] ويكون تعدد الجنسية إما معاصرا للحظة الميلاد أو لاحقا للميلاد عند احتفاظ الفرد بجنسيته الأولى مع اكتسابه في نفس الوقت جنسية دولة أجنبية دون

[1] عماد اشوي، المرجع نفسه، ص 225.

[2] حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 35.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 159.

أن يفقد جنسيته السابقة [1]، وهي ظاهرة كثيرة الحدوث فقد يولد طفل في إقليم دولة تقيم جنسيتها على أساس حق الإقليم في حين أن دولة أبيه تقيم جنسيتها على حق الدم فتكون له جنسية الدولة التي ولد بإقليمها وجنسية دولة أبيه.[2]

كما يتحقق التعدد في الزواج المختلط إذ قد يحصل على جنسية دولة أمه التي تأخذ بحق الإقليم وتأخذ دولة أبيه بحق الدم فيكون لهذا الولد في نفس الوقت جنسيتان أو أكثر.

ولقد ترتب على هذا التعدد أعباء وواجبات تفرض على هذا الفرد من طرف تلك الدول التي يحمل جنسيتها، فالفرد قد لا يتحمل هذه الأعباء وقد تتعارض مع بعضها البعض، وأهم صعوبة تواجه الفرد متعدد الجنسية هي مسالة تحديد القانون الشخصي الذي يخضع له متى كان هذا القانون هو قانون الجنسية [3]

ففي حال ما إذا كان التنازع بين أكثر من جنسية ليس من بينهما جنسية دولة القاضي ، فعليه أن يبحث عن الجنسية الفعلية من خلال عدة معايير تتمثل في اللغة التي يتكلم بها الشخص أو المكان الذي يمارس فيه وظيفته وحتى البلد الذي أدى فيه واجب الخدمة الوطنية ، وهذا الحل كرسته اتفاقية لاهاي في المادة 05 : " في دولة الغير يجب أن يعامل الشخص الذي يحمل عدة جنسيات و كأنه لا يتمتع إلا بجنسية واحدة " [4]، هنا القاضي يعتد بجنسية دولته دون الأخرى باعتباره يطبق قانون دولته قبل أي قانون آخر لذا فهو مجبر على احترام سيادة دولته كما لا يعقل أن يفضل جنسية أجنبية على جنسية دولته [5] .

---

[1] عمارة عمارة، مشاكل الجنسية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021/2020، ص 02.

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 188.

[3] عمارة عمارة، المرجع السابق، ص 2.

[4] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 182.

[5] عمارة عمارة، المرجع نفسه، ص 03.

وقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المشكلة مميزا بذلك بين فرضين، الفرض الأول عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية، والفرض الثاني عندما توجد من بين الجنسيات التي تثبت للشخص الجنسية الجزائرية.

كما أوجب المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون في الفرض الأول تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وقد تبنى هذا الحل كل من القضاء الفرنسي وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 1912/06/03 في قضية " Canevaro " [1] .

وقد أيد معظم الفقه الاسباني هذا الحل الذي جاءت به المادة 09/09 من الباب التمهيدي للقانون المدني الاسباني المضافة بمرسوم 31 ماي سنة 1974، والمادة 28 من قانون الجنسية البرتغالي لسنة 1981 وكذا التشريعات العربية المادة 25 قانون مدني مصري. [2] على أساس أن مسالة تعدد الجنسيات هي مسالة واقع وليست مسالة قانون ومن ثم لا يرجح القاضي إحدى الجنسيات على غيرها على أساس قانوني وإنما على أساس الواقع والاعتبارات العملية.

وفي الفرض الثاني، لما توجد من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية الجزائرية فانه على القاضي تطبيق قانونه[3]، وفقا للمادة 22 من القانون المدني الجزائري: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دول أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول " [4].

إضافة إلى أن معظم القوانين العربية والغربية أخذت بهذا الحل، فقانون الأحوال الشخصية المصري بينها لنا في نص المادة 02/25، والمادة 20 من المرسوم الأميري رقم 06 لسنة

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري "تنازع القوانين "، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 206.

[2] أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 182.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 207.

[4] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 31 الصادر بتاريخ 13 مايو 2007.

1961 الكويت الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والمادة 02/25 من القانون المدني الليبي، والمادة 27 من القانون المدني السوري، ونص المادة 02/33 من القانون المدني العراقي، والمادة 26 من القانون المدني الأردني، أما في إطار التشريعات الغربية فقد ذهب التشريع الاسباني في المادة 02/19 من القانون المدني، والبولندي في المادة 01/20 من القانون الدولي الخاص لعام 1965، والبرتغالي في المادة 27 من قانون الجنسية لعام 1981 .[1]

كما أنه الحل الذي أخذت به اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية، إذ نصت المادة 03 منها على ما يلي:" دون الإخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعا بجنسيتين أو أكثر فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من تابعيها ". [2]

ثانيا – انعدام الجنسية.

أو ما يسمى بالتنازع السلبي، ومعناه أن الشخص لا يعتبر رعية لأية دولة من دول العالم فجميعها تعتبره أجنبيا عنها فيسمى الشخص الذي هذه هي وضعيته بعديم الجنسية "Apartide"[3]. وقد وردت عدة تعاريف لعديم الجنسية يمكن ذكر منها: " عديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة "، وعرفت أيضا: " عديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في وقت لاحق على ميلاده مجرد من حمل جنسية أي دولة من الدول " [4] .

سعت التشريعات العربية[5]، بما فيها التشريع الجزائري وأوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية[1]، فقد نص المشرع الجزائري صراحة في التعديل

---

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص ص 183، 184.

[2] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع نفسه، ص 183

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري " تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية "، المرجع السابق، ص 173.

[4] يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، الجزئر، 2016، ص 388.

[5] المادة 25 فقرة 1 مدني مصري، المادة 25 فقرة 1 مدني ليبي، المادة 26 فقرة 1 مدني سوري، المادة 33 فقرة 1 مدني عراقي، المادة 26 مدني أردني، المادة 24 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، المادة 34 مدني يمني، المادة

الجديد في 20 جوان 2005 بتطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة استنادا لنص المادة 22 الفقرة 03:"وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة " [2]، وترك أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية لتقدير القاضي. [3]

لقد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي في تعديله للقانون المدني متجاهلا بذلك الانتقادات الموجهة له المتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي[4] مع أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 المكرسة في المادة 12 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64-173 المؤرخ في 08 جوان 1964 والتي تقضي بإسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن[5] واتفاقية جنيف عام 1951 الخاصة بحالة اللاجئين[6] . بذلك يكون المشرع قد نسق حكم هذه الحالة مع الاتفاقيتين المذكورتين أعلاه [7]، ولذلك فإننا نعتبر من الخطأ عدم انتباه المشرع الجزائري لذلك.[8]

بالإضافة إلى أن اغلب التشريعات الوضعية أخذت بهذا الرأي و من ذلك ما تقضي به المادة 29 من القانون المدني الايطالي لسنة 1942 ، والمادة 32 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966 ، والمادة 33 من قانون 1963 التشيكوسلوفاكي الخاص بالقانون الدولي الخاص ، والمادة 3 من قانون 1965 البولوني الخاص بالقانون الدولي الخاص ، في حين تقضي الماجة 29 من القانون الألماني بتطبيق قانون أخر لعديم الجنسية و نظرا لانتقاد الفقه لهذا الرأي فقط طبق قانون 12 ابريل 1938 على الأحوال الشخصية لعديمي الجنسية قانون محل

---

70 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي. انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 142.

[1] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 142.

[2] فتيحة يوسف، المرجع السابق، ص 41.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، المرجع السابق، ص 208.

[4] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص55.

[5] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 142.

[6] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 184.

[7] الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص 143.

[8] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 208.

إقامتهم و هو الحل نفسه المقرر في قانون 25 يوليو 1986 المتضمن إصلاح القانون الدولي الخاص (المادة 5 فقرة 2)[1] .

الفرع الثاني: التنازع المتحرك أو المتغير.

يكتسي موضوع التنازع المتغير أهمية بالغة كما يثير إشكالات عديدة وهو حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه [2]، تنشأ في جميع الأحوال التي يترتب عليها تعديل أو تغيير في ضابط الإسناد فيكون من شأن هذا التغيير أن يجعل العلاقة القانونية خاضعة على وجه التتابع لنظامين قانونين مختلفين ، هذا التغيير أو الانتقال في ضابط أو ظروف الإسناد ليس بفعل أو تدخل المشرع بل يكون عن طريق إرادة الأشخاص في تغيير تلك الظروف القابلة للتغيير ، كما انه لا يكون ناتجا من جراء تتابع الزمان على اثر التعديلات التشريعية التي تطرأ على قواعد التنازع الوطنية [3].

ويمكن القول بان المشكلة تتعلق بمسالة قانونية يلتقي فيها عنصر الزمان بعنصر المكان بمناسبة التغيير الواقعي، مما يستدعي تحديد قوة وسيادة قانون في مواجهة الآخر وتوزيع الاختصاص بينهما من ناحية الزمان، مادام إن ضابط الإسناد قد يتغير من واقع إلى آخر[4].

اختلفت تعريفات الفقه الدولي للتنازع المتغير فقد عرف كل من الفقيه غافالد التنازع المتحرك بأنه: " تحرك ظروف الإسناد وثبات قاعدة الإسناد والتي تخضعه بالتعاقب إلى قوانين عدة دول "، وعرفه الدكتور محمد عبد الخالق عمر: " بأنه التنازع الذي يوجد عندما يخضع مركز قانوني معين لقانونين متعاقبين نتيجة تغير أحد عناصر الإسناد ".[5]

---

[1] الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص 142.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية " تنازع القوانين"، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 116.

[3] كريم مزعل شبي، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2017، ص 39.

[4] بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد: 04، العدد: 03، جامعة تيارت، الجزائر ،2021، ص 103.

[5] كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 41.

وحسب رأي الدكتور عكاشة محمد عبد العال:" فان المقصود بالتنازع المتحرك في مجال تنازع القوانين ذلك التنازع الذي يتم على إثر تغير واقعي في ظروف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة إسناد"، ويعرفه الدكتور محمد كمال فهمي بأنه:" التنازع الذي ينشا بين قانونين متعاقبين صادرين من مشرعين مختلفين على إثر انتقال ظرف الإسناد " [1] .

كما يعرفه الدكتور كريم مزعل بأنه: "صورة من صور تنازع القوانين في الزمان، يلتقي فيه عنصر الزمان بعنصر المكان نتيجة تغير واقعي إرادي طارئ في ضوابط الإسناد التي تتضمنها قواعد الإسناد، يؤدي معه إلى خضوع العلاقة القانونية المعروضة إلى قوانين متعاقبة على وجه التتابع، ويتطلب توزيع الاختصاص بين هذه القوانين من حيث الزمان والمكان" [2] .

من خلال هذه التعريفات يمكن القول بأنه لقيام التنازع المتحرك لابد من توفر شرطين يتمثلان في وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا والمنازعة فيها أمام القاضي من جهة ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييرا طبيعيا يسمح بتعاقب القوانين قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرسة في قانون كلا الدولتين [3] .

فيما يخص التشريع الجزائري فقد تبنى المشرع الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الذي يشوبه ثغرة قانونية وقد يؤدي إلى حلول غير مجدية باعتبار الزوج قد يغير جنسيته وقت إبرام عقد الزواج ووقت رفع الدعوى أمام القضاء، فمثلا لو افترضنا أن تونسية تزوجت بمغربي وتوطنا بالجزائر، وأنجبت طفلا ثم تجنست بالجنسية الجزائرية وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق فلا يطبق القانون الجزائري لان القاضي لا يستطيع تطبيق لا المادة

[1] كريم مزعل شبي، المرجع نفسه، ص 42.

[2] بلاق محمد، المرجع السابق، ص103.

[3] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 391.

2/12 التي تدعوه لتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى، ولا المادة 13 التي تدعوه لتطبيق الاستثناء لان الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج .[1]

من ناحية أخرى تثير قاعدة تطبيق قانون الزوج إشكاليات في حالة تغيير ضابط الإسناد الذي يعرف بالتنازع المتحرك في الفترة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، أين يجد القاضي نفسه بين قاعدتي إسناد مختلفتين. ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد فقد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد تتغير جنسياتهم بتغيير الأب لجنسيته، وفي حالة ما إذا توفى الأب قبل ولادة الابن أي القانونين أصلح قانون وفاة الأب أو قانون جنسيته وقت الزواج، فإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى عندها يحدث تحايل على القانون وذلك بتغيير الأب جنسيته قصد الإفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب [2].

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص ص 169- 170

[2] غالي كحلة، المرجع نفسه، ص، 170.

المبحث الثاني: الحلول الاتفاقية لمعالجة مسائل حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.

مسألة الزواج المختلط من أهم المسائل المنتشرة على الصعيد الدولي، ولكن هذه العلاقات قد لا تكون مستمرة ودائمة وهذا ما يؤدي إلى انحلال هاته الرابطة الزوجية وينجم عن ذلك الانفصال بين الزوجين وبالتالي طرح مشكل الحضانة [1]، لما تثير هذه الأخيرة من إشكالات قانونية معقدة يصعب حلها.

ونظرا للإشكاليات القانونية التي يثيرها موضوع الحضانة خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها، لجأت العديد من الدول في سبيل حل إشكالية تنازع القوانين في موضوع الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة[2] .

وفي المقابل سارعت التشريعات المقارنة من وراء هذه الاتفاقيات إلى حماية الأطفال من الضياع بعد انحلال الرابطة الزوجية، فقد نصت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها على أن جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية القضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال وغالبية التشريعات تدرك جيدا أن الحضانة هي واحدة من أهم الأولويات التي يجب مراعاتها بدقة[3] ، ومن بين هذه الاتفاقيات الاتفاقية المبرمة في 21 يونيو 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة فك الرابطة الزوجية، وذلك قصد تحقيق أحسن حماية لهم كذلك لتسهيل عملية التنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى[4] .

---

[1] طاهري آسية، المرجع السابق، ص 153.

[2] أمحمدي بوزينة آمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، المجلد:56، العدد:02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، الجزائر، 2019، ص 56.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 911.

[4] أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 417.

وقبل التنويه إلى الاتفاقية الجزائرية الفرنسية سوف نتطرق إلى الاتفاقيات الدولية والثنائية المبرمة التي وضعت من أجل إيجاد الحلول المناسبة لمنازعات الحضانة.

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية والثنائية المبرمة في موضوع الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط.

سعت بعض التشريعات القانونية من أجل وضع حل مناسب لتحقيق حماية الأطفال بعد انفصال أبويهم وذلك من خلال إبرام عدة اتفاقيات دولية [1]، كاتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القاصر التي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد لاعتباره المكان الذي ترتكز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره والاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980، وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980 وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها 25 أكتوبر 1980 حيث عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا بلغ عدد الدول المصادقة عليها حوالي 49 دولة سنة1988.[2]

زد إلى ذلك اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 المعتمدة عليها من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة وتضمن الاتفاقية للطفل حق الزيارة واستقرار علاقة الطفل بوالديه حتى بعد انفصالهما عن بعضهما وقد اتفقت هذه الاتفاقية مع قانون الأسرة الجزائري فيما يخص النفقة على إلزام الوالدين بالإنفاق على أطفالهما من أجل تأمين احتياجاتهم بالإضافة إلى الاتفاقية المغربية والفرنسية لعام 1980 والتي تتعلق بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي جاءت لتسهيل وتنظيم الإجراءات الخاصة بالحضانة، إذ حاولت هذه الاتفاقية تقريب وجهات نظر الدولتين وتبسيط الإجراءات المتعلقة بحماية الطفل، وهذا ما سطرته ديباجتها حرصا منها على تدعيم علاقات التعاون القضائي بين الدولتين للسهر بصورة جدية على حماية الأطفال، كما

[1] غالي كحلة، المرجع نفسه، ص 146.

[2] جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 146.

اشتملت أيضا على بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة[1]، وغيرها من الاتفاقيات كالاتفاقية التونسية الفرنسية الصادرة بتاريخ 18 مارس 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة[2]، والاتفاقية المصرية الفرنسية التي تم توقيعها بباريس في 15 مارس1982 [3].

وبالإضافة إلى الاتفاقيات السالفة الذكر، توجد اتفاقيات ثنائية أخرى لتنظيم مسائل الحضانة وآثارها نذكر منها الاتفاقية المغربية الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الطفل لعام 1999، والاتفاقية المصرية المغربية لعام 1998 التي نصت على بعض الحلول لمعالجة مشاكل الحضانة في مادتها 16 من هذه الاتفاقية، والاتفاقية المبرمة بين تونس والمغرب لعام 2001 الخاصة بالتعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص التي نصت عليها في المادة 05 من هذه الاتفاقية . [4]

وأخيرا الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002 التي تهدف إلى تسهيل الاعتراف وتنفيذ قرارات الحضانة في الحالات التي لا توجد فيها اختلافات بين الطرفين وضمان رجوع الأطفال الذين

---

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق، ص582.

[2] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 39.

[3] تمثل دور السلطة المركزية لكل من البلدين فيما يلي:

- تبادل المعلومات المتعلقة والتدابير المتخذة لحضانة الصغار.
- تبادل البحث على إقليمها عن الصغار المنقولين دون سند من القانون
- اتخاذ التدابير الملائمة أو العمل على اتخاذها، سواء لكفالة التسليم الطوعي للصغير أو لتيسير الوصول إلى حل ودي.

التعاون من أجل تنظيم حق الرؤية وتدبير الإيواء لصالح القريب غبر الحاضن، ومن أجل تذليل كل عقبة قانونية تعترض الاتفاقية. (أنظر أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 584).

[4] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع نفسه، ص 586.

وقع خطفهم أو إبقاؤهم بدولة أخرى خلافا للقانون وكما أن غايتها تنظيم وحماية العلاقات الشخصية.[1]

والجزائر على غرار باقي الدول فقد عمدت إلى إبرام معاهدة بينها وبين فرنسا تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بالجزائر يوم 21 \ 06 \ 1988، فقد وضعت هذه الاتفاقية أساسا من اجل حماية الطفل ذاته [2] ، مع تحديد الضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحريته في التنقل بين البلدين حيث يغلب عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر في المقام الأول دون الاهتمام بظروف الحاضن المخالفة للقوانين الداخلية[3].

الفرع الأول: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.

مع تدفق المهاجرين الجزائريين على فرنسا بعد الاستقلال خاصة أدى إلى كثرة عدد الزيجات المختلطة التي تمت بين أزواج جزائريين وزوجات فرنسيات، إلا أن أغلبيتها لم تستمر بسبب اختلاف العادات والتقاليد وحتى الغاية من الزواج، وباءت بالفشل مما أدى إلى الانفصال مخلفة بذلك مشاكل صعبة الحل على مستوى إسناد حضانة الأطفال الناجمة عن هذا الزواج.

هذه الإشكالات ألقت بثقلها على العلاقات الدبلوماسية بين البلدين وانتهت بتوصل الجزائر وفرنسا بعقد اتفاقية ثنائية حول الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط سنة 1988.[4]

دخلت هذه الاتفاقية[1] حيز التنفيذ في الجزائر بموجب المرسوم 144- 88 الصادر بتاريخ 26 جويلية 1988. وقد تضمنت 14 مادة تتعلق بحضانة وزيارة الأولاد [2] ، وقد وضعت هذه

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع نفسه، ص 586.

[2] مقداد الزهرة، انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر،2017/2016، ص 44.

[3] دربة أمين، المرجع السابق، ص 249.

[4] عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين في حالة الانفصال حوليات جامعة الجزائر، المجلد:35، العدد:02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2021، ص267.

الاتفاقية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق زيارة الأبوين.[3]

الفرع الثاني: أسباب وأهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية:

من أهم الأسباب التي أدت إلى إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هي الصعوبات الناجمة عن ممارسة حق الزيارة للمحضون من طرف الآباء الجزائريين وما تلاها من حالات اختطاف الأطفال والتناول الإعلامي لها، فالقضاء الفرنسي كان يمنح الحضانة للأم الفرنسية ولا يمنح حق الزيارة للأب الجزائري ويرجع سبب ذلك إلى غياب ضمانات عودة المحضون أو التشدد في منح حق الزيارة وتقييده بضرورة إقامة الأب في حدود التراب الفرنسي وإعلام السلطات الفرنسية بل حتى الوصول لسحب جواز سفره [4] .

بالإضافة إلى تشكيل" مجموعة أمهات الجزائر" في سنة 1984 اللائي قمن بنشاطات مختلفة منها الإضراب عن الطعام الذي دام أياما بالسفارة الفرنسية بالجزائر وكرد فعل لهذا الاتجاه القضائي الذي كان يغلب عليه استبعاد حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي لم يجد الآباء الجزائريين سوى الاختطاف كوسيلة لإبقاء الأطفال في الجزائر وكنتيجة لهذا قامت الأمهات باللجوء إلى القضاء الجزائري للاستظهار بالأحكام القضائية التي منحتهن حق الحضانة لأجل استرداد أطفالهن [5] .

---

[1] يرجع سبب إبرام هذه الاتفاقية ربما لقضية الطفل " سليم معمري" الذي توجه إلى فرنسا لزيارة أمه الفرنسية ثم رفض العودة إلى الجزائر بعد انقضاء مدة الزيارة، مما أثار جدلا كبيرا في الوسط السياسي والإعلامي سواء في فرنسا أو الجزائر، بعدها تم التوقيع على هذه الاتفاقية في الجزائر. (نقلا عن لعناني أميرة المرجع السابق، ص51).

[2] نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد:11، العدد:02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2018، ص496.

[3] أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق .580

[4] حداد آية وزروالي منال، المرجع السابق، ص59.

[5] بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر والعلاقات الدولية، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر،2009/2008، ص 69.

حيث جاءت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية كنتيجة لعد فعالية الاتفاقيات الكلاسيكية للتعاون القضائي المنعقدة سابقا مع بعض الدول المغرب العربي من بينها الجزائر في مجال الحضانة، حيث تهدف للسماح للمهاجرين باختيار نظام تشريعي بقواعد خاصة تتلاءم مع النظام العام الأوروبي وهذا لتخطي صعوبات مواكبة قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية مع القوانين الأوروبية [1] .

كما يعتبر الهدف الرئيسي من إبرام هذه الاتفاقية هو حماية الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى التي تقتضي استقرار نفسيته، ولن يتم هذا إلا بوجود والديه بقربه وعدم فصله عنهما أي أن تكون حياته قائمة على علاقة شخصية مستمرة واتصال مباشر بوالديه إلا في حال ما إذا صدر قرار الفصل من السلطات المختصة بحيث يكون هذا الفصل ضروري للحفاظ على مصالح الطفل وهذا ما أكدته المادة 09 في فقرتها الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل وكذا الفقرة الثانية من المادة 10 من نفس الاتفاقية [2] .

كما تهدف إلى:

- البحث عن مكان وجود الطفل المتنازع عليه
- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية
- اطلاع الأبوين عن الإجراءات القضائية المتعلقة بالموضوع لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع
- تسهيل وتسيير وتنظيم حق الزيارة وممارسته فعلا
- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم
- التعهد بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة
- تضمن إحدى الدولتين وهذا بعد استشارة القنصلية المختصة كل الإجراءات المتعلقة بالحماية القضائية والإدارية الخاصة بشخص الطفل.

[1] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 267.

[2] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 150.

حسب هذه الاتفاقية الجهة القضائية المختصة هي التي توجد في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي لأنه يعتبر مكان الحياة العائلية المشتركة وغالبه ما تكون المحاكم الفرنسية هي صاحبة الاختصاص، وأي حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين والذي بمقتضاه تمنح حضانة الطفل لأحد الوالدين يجب أن يتضمن نفسه حق الزوج الآخر في الزيارة فيما بين حدود البلدين، بالإضافة إلى تدخل القاضي إلى تحديد ملائمة ممارسة هذا الحق مع ظروف الطفل الجسمية والمعنوية. [1]

المطلب الثاني: مجالات تطبيق الاتفاقية والنقائص التي تشوبها.

تطبق الاتفاقية الثنائية على وجه الخصوص الأطفال الناتجين عن زواج مختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وكذا والديهم وذلك عن طريق سلطتين مركزيتين مكلفتين من طرف الدولتين " وزارتا العدل"، كما للاتفاقية مزايا عديدة وتسهيلات على الأطراف المعنية بها في مسائل الحضانة وغيرها إلا أنها لا تخلو من العيوب بل أن عيوبها أكثر من مزاياها.[2]

الفرع الأول: مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

نخص بالذكر في تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988 ثلاثة عناصر، من حيث الأشخاص أي الأطفال والآباء والسلطات المركزية في البلدين الذين تعنيهم الاتفاقية دون غيرهم من الأشخاص.

أولا: الأطفال المعنيين بتطبيق الاتفاقية:

الاتفاقية الجزائرية و الفرنسية المبرمة في 21 جوان 1988 من بين الاتفاقيات الثنائية التي تتعلق بحماية الأطفال الناجمين عن علاقة زواج مختلط شرعي فقط ، كون أن هذه الاتفاقيات الهدف الأساسي والأول منها هو تحقيق حماية أفضل للحياة الأسرية للأزواج في حين علاقات

[1] حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي مذكرة شهادة الماجستير في عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001/2000، ص ص (65، 66).

[2] حداد أية وزروالي منال، المرجع السابق، ص ص (63 – 64).

المعاشرة لا يتمتع أفرادها بنفس الحماية وبهذا تستبعد الأطفال الطبيعيين المولودين نتيجة علاقة غير شرعية، فالخليلة الفرنسية لا يمكن لها الدفع بهذه الاتفاقية من أجل استعادة طفلها الطبيعي الذي يبقي أبوه الطبيعي الجزائري على حضانته بطريقة غير شرعية بالجزائر كما أن القاضي الفرنسي قد رفض تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الأطفال الطبيعيين المولودين من أمهات فرنسيات وآباء جزائريين ولم يحكم لهم بممارسة حق الزيارة و الجزائر منذ سنة 1985 سهلت عودة حوالي 50 طفل غير شرعي إلى فرنسا مولود من أمهات فرنسيات [1] .

وفيما يخص الأطفال المتبنيين فان القانون الفرنسي يعترف بالتبني في حين أن القانون الجزائري لا يعترف به وينص على أنه ممنوع شرعا وقانونا [2] ، في مادته 46 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " تمنع التبني شرعا و قانونا "، وبهذا فإن الأطفال المتبنون يعتبرون مقصوون من الحماية التي تفرضها هذه الاتفاقية، إلا أن قانون الأسرة الجزائري قد وضع نظاما بديلا للتبني، بموجب المادة 116 منه والمتمثل في الكفالة حيث نصت على أن:" الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه الشرعي وتتم بعقد شرعي" [3]، لكن هذه الكفالة لا تأثير لها على النسب طبقا لأحكام المادتين 119 و 120 من نفس القانون[4] .

كما أن كفالة الطفل إن كان مجهول أو معروف النسب تتم بموجب عقد رسمي لصالح الكافل الذي يتحمل مسؤولية الطفل المكفول، واستنادا لنص المادة 125[5] من قانون الأسرة فإن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وبالتالي فإن الزوج الجزائري المتزوج من زوجة فرنسية والذي كفل طفلا أمام القضاء الجزائري وأراد حضانة هذا

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 151، 152.

[2] ونوقي ناهد فتيحة، المرجع السابق، ص 44

[3] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة السالف الذكر.

[4] تنص المادة 119 على أنه: " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب "، أما المادة 120 فتنص على أنه: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية ".

[5] والتي تنص على أن: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت لكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يستند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ".

الطفل بعد طلاقه بفرنسا، وبالمقابل تحاول زوجته هي الأخرى الاحتفاظ بهذا الطفل وحضانته وهنا نجد أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الجزائرية في ميدان الكفالة تثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الاتفاقية تشمل الطفل المكفول.[1]

في حين ترى السيدة فرانسواز منيقير أن الموقف المتبنى بخصوص الأولاد الطبيعيين والأطفال المتبنيين غير معقول لكونه يقلص من مجال تطبيق الاتفاقية، أما السيد علي مبروكين فيرى بأن في هذه المسألة تنازلا فرنسيا للطرف الجزائري، لكن حالات الأولاد الطبيعيين والمتبنيين ضئيلة إذا ما تمت مقارنتها بالاختلال الذي أحدثته المادة 05 من الاتفاقية التي تنص على أن: " الاختصاص منعقد للجهة القضائية الواقع بدائرتا موطن الزوجية "، وهذه الجهة القضائية هي بالطبع وفي جميع الحالات فرنسية. [2]

ثانيا: الآباء المعنيون بتطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

إن اختلاف الجنسية بين الزوجين وانحصارها بين البلدين يعتبر شرط جوهري من أجل تطبيق هذه الاتفاقية فهي فقط الزوجين جنسيتهما جزائرية وفرنسية ووقع بينهما انفصال[3]، فهي تستبعد من التطبيق الزوجين اللذين أحدهما جزائريا أو فرنسيا والأخر من جنسية أخرى، والزوجين الجزائريين اللذين مقيمين في فرنسا أو يكون فرنسيين مقيمين في الجزائر. فهؤلاء يخضعون للاتفاقية القضائية المبرمة في 1964 التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام وينطبق أيضا في حالة ما إذا كان الأطفال مزدوجي الجنسية (نسبا و مكان الميلاد) فالجزائرية التي تتزوج بفرنسي يعتبر زواجها مختلط لكن هذه العلاقة تثير إشكالا في القانون الوضعي الجزائري لأنه طبقا للمادة 6 من قانون الجنسية الجزائري الأم لا تمنح جنسيتها لأطفالها إلا في حالة ما إذا كان الأب عديم الجنسية أو مجهولا بالإضافة إلى أن زواج الجزائرية بغير مسلم يعتبر ممنوع شرعا و قانونا في الجزائر حسب نص المادة 31 من قانون الأسرة[4] .

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص ص 151 152

[2] بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 71.

[3] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 268.

[4] بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 71.

فمن خلال استقراء المادة 31 والمادة 34 من قانون الأسرة نجد حالات زواج الجزائرية المسلمة بفرنسي غير مسلم وينتج عنه أطفال، فيمكن لهؤلاء الأطفال في الجزائر من تطبيق الاتفاقية في حالة الطلاق الذي يقابله الفسخ بعد الدخول. [1]

تقترح السيدة François MONEGERعلى القاضي الفرنسي ألا يأخذ بعين الاعتبار في حالة ما إذا كان الأب مزدوج الجنسية " جزائري فرنسي "، والأم فرنسية سوى الجنسية الجزائرية حتى يتسنى وصف زواج الطرفين بالزواج المختلط حتى لا تحرم الأمهات الفرنسيات من امتيازات الاتفاقية و هذا استنادا للمادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في مسائل الحالة والأهلية حتى بالنسبة للفرنسي المقيم في الخارج الجنسية الفرنسية هي المرجحة في حالة ما إذا كان للشخص عدة شخصيات مختلفة [2] .

ثالثا: السلطات المركزية في البلدين:

تقع على كل من وزارة العدل الجزائرية والفرنسية عاتق تطبيق الالتزامات واتخاذ الإجراءات والتدابير وتقديم المعلومات المنصوص عليها في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[3]، مع تطبيق بنودها تطبيق حرفي لا يخل بالنظام العام لكلا البلدين ويمكن الإشارة إلى ذلك من خلال إعطاء الحضانة للأم الفرنسية وتربية الابن على غير دين أبيه وهذا يتعارض مع النظام العام الذي يحكم الجزائر، وهنا يتمثل دور وزارات العدل في إيجاد الحلول المناسبة وفقا للاتفاقية دون المساس بالنظام العام [4] .

كما يتمثل دور السلطات في تسهيل ممارسة حق الزيارة في جانبية:

أ – الجانب الاستعلاماتي وتبادل المعلومات: ويتم من خلال:

- اطلاع السلطة المركزية الأخرى على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 154.

[2] غالي كحلة، المرجع نفسه، 154

[3] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 268.

[4] حداد آية وزروالي منال، المرجع السابق، ص 65.

- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو بإجراء قضائي.
- إرسال نسخة من الأحكام القضائية المتعلقة بالطفل.
- البحث عن مكان وجود الطفل.

ب – الجانب الإجرائي: ويتمثل في القيام بما يلي

- تتعهد السلطتان المركزيتان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا وتشجعان تنظيمه.
- تسهيل ممارسة حق الزيارة الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.
- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
- ضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة. [1]

الفرع الثاني: النقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

بالرغم من سعي الدولتين إلى إيجاد حلول توافقية تصب في مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط بعد انفصال والديهم، الا انه من الناحية العملية لا تخلوا من الصعوبات في التطبيق فهي تثير عدة إشكالات لابد من الوقوف عندها لأنها تبقى مجالا للتحفظ وخاصة فيما يتعلق بقاعدة الاختصاص القضائي الذي غالبا ما يمنح للقضاء الفرنسي على أساس مسكن الزوجية المشتركة.[2]

لم تحقق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية كل الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية ، إذ تظهر عيوبها من خلال تفضيل الأم الحاضنة والتي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة، فالاتفاقية لم تشير إلى حالة الطفل القانونية كتحديد جنسيته ولا لبيان مكان ممارسة حق الزيارة، وطالما هناك ضمانات قانونية منحتها الاتفاقية للحاضن

[1] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص

[2] غالي كحلة، المرجع السابق، ص156.

لحماية حقه في الحضانة وعودة المحضون إليه بعد انتهاء الزيارة كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه باستضافة الطفل المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن طالما أن هناك ضمانات قانونية قامت بمنحها هذه الاتفاقية لحماية حقه في الحضانة و عودة المحضون إليه بعد انتهاء الزيارة وعليه المشرع الفرنسي أدرج ضمنيا أحكام القانون الوضعي الفرنسي [1] .

فرغم ما أشارت إليه الاتفاقية في المادة 11 إلا أنها تبقي قاصرة عندما يتعلق بممارسة أحد الوالدين لحقه في الزيارة فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد المحضون لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسالة على وكيل الجمهورية الذي يقع في اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري لإرجاع الطفل إلى البلد الذي غادره لكن عدم قبول تلقي الأوامر من دولة الأخرى وتنفيذ القرار بحجة النظام العام يبقي كل ذلك مجرد حبر على ورق والأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية وبالتالي ضياع مصلحة الطفل المحضون [2] .

كما تتعارض أحكام هذه الاتفاقية مع النظام العام الجزائري خاصة في حالة إسناد الحضانة إلى الأم الفرنسية باعتبارها أولى بحضانة الطفل وتمارس الحضانة في فرنسا نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص تبعا لجنسية المدعية [3]، مثلا في حال ما أسندت الحضانة للأم الفرنسية التي تعيش مع محضونها في فرنسا وليس لديها أي فكرة على الدين الإسلامي في هذه الحالة لا يمكن لها تربية الابن على دين أبيه الجزائري المسلم وهذا ما يتعارض مع قانون الأسرة الجزائري [4] .

---

[1] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 40.

[2] أمحمدي بوزينة آمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد: 56، العدد: 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، الجزائر،2019، ص 57.

[3] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 157.

[4] حداد آية وزروالي منال، المرجع السابق، ص 66.

بالإضافة إلى أن الاتفاقية لم تعالج فكرة النفقة ولا مراجعة حكم الحضانة أو طلب إسقاطها عن الأم كما لو تزوجت بأجنبي غير محرم، فالأب الجزائري لا يمكن له أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر بفرنسا الذي الحضانة إلى الأم الفرنسية أمام القاضي الفرنسي حتى يتمكن من تربية أطفاله على دينه، استنادا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 26 فقرة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948. كما لا نتصور أن يحكم القاضي الفرنسي لصالح الأب الجزائري وهذا ما يدعو لإعادة النظر في بنود الاتفاقية وإيجاد حلول أكثر جدية وواقعية تحقق مصالح الأطراف دون إهمال المصلحة الفضلى للطفل والأخذ بعين الاعتبار قواعد الشريعة الإسلامية الغراء[1] .

[1] غالي كحلة، المرجع نفسه، ص 157.

خلاصة الفصل الثاني:

الحضانة من المسائل الهامة في مجال الأسرة باعتبارها تقرر حماية الطفل من كل انحراف وحفظه من كل إهمال حتى ينشأ نشأة سوية، لكن عند انحلال الزواج المختلط يخلق التنازع حولها فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها وأي القوانين التي يحكمها، فقد تعددت أحكام الحضانة بين الدول العربية والغربية بين تشريعات وضعت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وأخرى لم تضع قاعدة إسناد في حالة الزواج المختلط بل اكتفت بإدراجها ضمن قاعدة الإسناد الخاصة بآثار فك الرابطة الزوجية كما هو الحال في القانون الجزائري الذي أخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وذلك في المادة 02/12 من القانون المدني الجزائري.

وبما أن المشرع الجزائري أخضع مسائل الأحوال الشخصية وبما فيها الحضانة لقانون الجنسية فإنه لابد من التصدي إلى الإشكالات التي تثار بشأنها من خلال الأخذ بالحلول القانونية في مجال تعدد أو انعدام الجنسيات أو حتى تغييرها.

وقد سعت أغلب التشريعات إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف من أجل وضع الحلول المناسبة، وأوردت أحكام خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم والجزائر على غير الدول أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا باعتبار أن أغلب الرابطات الزوجية التي انعقدت كانت مع الفرنسيين المتمثلة في الاتفاقية الجزائرية الموقعة بمدينة الجزائر بتاريخ 21 جوان 1988 حرصا منها على تحقيق أحسن حماية للأطفال وحرية تنقلهم بين البلدين حتى يحافظ هؤلاء الأطفال على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديهم المنفصلين وتمكين الأبوين من ممارسة حق الزيارة مع مراعاة مصلحة المحضون.

خاتمة

خاتمة:

من خلال الدراسة، يتضح أن موضوع الحضانة من المسائل المهمة في مجال الأحوال الشخصية، ذلك أن مناطها هو تحديد مصير الأبناء بعد فك الرابطة الزوجية، ولكن هذا لا يطرح إشكال إذا كان الطرفان في العلاقة يعيشان في نفس الوطن أو ينتميان إلى نفس الجنسية، لكن عند انحلال الزواج المختلط يخلق مجموعة من المشاكل، وبالرغم من أن له أهمية بالغة إلا انه لم يلاقي القدر الكافي من الاهتمام من طرف التشريعات الوضعية، كما أنه أثيرت عدة إشكالات حول الطبيعة القانونية التي تحكم الحضانة بين من اعتبرها أثر من آثار الزواج، وبين من اعتبرها اثر من آثار الطلاق وآخرون اعتبروها أثر من آثار النسب والولاية على المال.

وتقوم الحضانة على معيار أساسي ألا وهو مصلحة المحضون وهو المصطلح الذي ذكره المشرع في مواد عديدة تاركا تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي الذي هو ملزم بأن يبحث عن مصلحة المحضون من جهة ومن جهة أخرى عليه أن يسند الحضانة للأجدر والأحق بها.

وقد تسببت الحضانة في الزواج المختلط في مجموعة من المشاكل خاصة تحديد القانون الواجب التطبيق والقانون الذي يحكمها، مما أدى إلى اختلاف القوانين في تحديد قواعد الإسناد التي تحكمها، فبعضها يطبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الطفل أو قانون الجنسية المشتركة والبعض الأخر يطبق قانون الموطن وهناك من وضع ضوابط أصلية وأخرى احتياطية يلجأ إليها القاضي عند تعطل ضابط الإسناد الأصلي خاصة في حالة انعدام الجنسية أو تعددها أو تغييرها.

والقضاء الجزائري أسند الحضانة للقانون الذي يحكم أثار الانحلال استنادا لنص المادة 12 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري، أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بالإضافة إلى مراعاة أحكام المادة 13 من القانون المدني وهو سريان القانون الجزائري وحده إذا

كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، من أجل تسهيل مهمة القاضي الجزائري في تطبيق القانون الوطني.

وفي المقابل سعت غالبية الدول لإبرام اتفاقيات سواء كانت متعددة الأطراف أو ثنائية لوضع وإيجاد الحلول المناسبة حيث أكدت هذه الاتفاقيات على تحقيق مصلحة الطفل أولا قبل كل شيء.

وقد توصلنا من خلال دراستنا إلى بعض النتائج نوردها كما يلي:

- المشرع الجزائري هو الذي تناول أحسن تعريف للحضانة من ناحية شموليته للأفكار عن غيره من التشريعات الأخرى وذلك بجمعه لكل ماهو في صالح المحضون من الناحية الصحية والخلقية والتربية.
- خول المشرع للقاضي مهمة رعاية مصلحة المحضون، والعناية به وبمصالحه، والقدرة على تنشئته على دين أبيه من خلال وضعه عند من هو.
- لاستحقاق الحضانة يجب أن تتوفر في الحاضن شروط معينة منها شروط عامة تخص كل الرجال والنساء، وأخرى تخص النساء وتخص الرجال تهدف من خلالها إلى تكوين سياج حام للطفل من كل ضرر.
- كرست بعض الدول العربية قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في حين لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تخص الحضانة في حالة الزواج المختلط إنما كيفها كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، حيث يطبق عليها قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى حسب نص المادة 02/12 من القانون المدني الجزائري.
- بالرغم من وجود اتفاقية أو عدمها إلا أن إشكالات التطبيق قائمة لأن كل قاضي يتمسك بتطبيق قانونه الوطني ويعتبرها مسألة سيادة، والقاضي الجزائري يحاول تطبيق قواعد القانون الجزائري مراعاة لمصلحة المحضون.

- لمعالجة إشكالات الزواج المختلط سعت بعض الدول إلى المصادقة على اتفاقية ثنائية بخصوص هذا الموضوع إلا أنها تعاني العديد من النقائص على المستوى التطبيقي.

في الأخير نقترح بعض المقترحات:

- إعادة صياغة المادة 64 من قانون الأسرة بتحديد وحصر الشروط الواجب توافرها في الحاضن من أجل تحقيق مصلحة المحضون وذلك من أجل إزالة أي غموض حولها.
- توحيد ضوابط الإسناد في مسائل الحضانة بين التشريعات العربية، والاستئناس بالموقف الذي أكده المشرع التونسي في المادة 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي عندما أخضع الحضانة إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره أو موطنه ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

إعادة النظر في الاتفاقيات الدولية والثنائية بخصوص الحضانة والنص صراحة على القانون الواجب التطبيق عليها، وتدارك النقائص التي تشوبها.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

القران الكريم.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة قي الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب"، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر،1997.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري "تنازع القوانين"، الجزء الأول، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 2003.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية الجزء الثاني، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 2003.
- أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.
- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية (شرح قانون الأسرة)، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2015.
- حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقد المصرية في مسائل(:الزواج وانحلاله _ الخطبة_ عقد الزواج وإثباته_ الطلاق وآثاره_ النيابة الشرعية_ التبرعات_ الوصية_ الهبة والوقف)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية " تنازع القوانين"، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر، 2016.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2003.

- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب الجزائر، 2008/2007.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- كريم مزعل شبي، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2017.
- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004.
- محمد عقلة الابراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، 2014.
- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دار الكتب القانونية، مصر.
- هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية " تنازع القوانين "، الجزء الأول، دار الفتح، الإسكندرية، مصر، 2011.

2- المذكرات والأطروحات والرسائل الجامعية:

- آيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، الحضانة – دراسة مقارنة (بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر،2013.
- آيت منصور صونيه وعلواش وردية، تنازع القوانين في الزواج وانحلاله، مذكرة شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2018/2017.

- بن رعاد فاطمة وعبد الصمد فاطنة، الطبيعة القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة شهادة الماستر في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر،2018/2017.
- بن محاد كريمة وخلفاوي خديجة، مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2016 / 2017.
- بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر والعلاقات الدولية، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر،2009/2008.
- جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.
- حداد آية وزروالي منال، انحلال الزواج المختلط على حضانة الأطفال، مذكرة شهادة الماستر، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، 2023/2022.
- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي مذكرة شهادة الماجستير في عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001/2000.
- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005/2004.

- حنفي أحلام وبلحضري دنيازاد، الطلاق في القانون الدولي الخاص ومشكلة اختلاف الثقافات القانونية دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماستر، قانون خاص، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، الجزائر، 2020/2019.
- سعاد قسيمي ورقية مسعودي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل والحريات، الرباط، المملكة المغربية، 2015/2013.
- صالح خيضر وفارس دبة، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيي، جيجل، الجزائر، 2016/2015.
- صبرين مشطن وربحة شرغ، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غرداية، الجزائر، 2022/2021.
- عادل شباب، حضانة الطفل (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة شهادة الماجستير في شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2011.
- عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- عجل محمد الصالح وحمودي حسين ...، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نيل إجازة المدرسة العليا للقضاء المدرسة العليا للقضاء، الأبيار، الجزائر، 2005/2002.

- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند، البويرة، الجزائر،2013/2012.
- لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.
- مرزوق تاسعديث وبوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاح، البويرة، الجزائر، 2016.
- مقداد الزهرة، انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر،2017/2016.
- الهاشمو فاطمة الزهراء وعتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، الجزائر،2017/2016.
- ونوقي ناهد فتيحة، انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة (دراسة للحالة الجزائرية الفرنسية)، مذكرة شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة بن زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2013 / 2014.

3- المقالات العلمية:

- أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019.

- أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشلف، الجزائر، 2020.
- أمحمدي بوزينة آمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد: 56، العدد: 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، الجزائر،2019.
- بعاكية كمال وحبار أمال، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد: 06، جامعة وهران، 2018.
- بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث، المجلد:04، العدد:02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019.
- بوخاري فاطمة، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن"، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد:02، العدد:02، جامعة وهران01، الجزائر، 2020.
- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011.
- طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد الرابع، جامعة الجزائر، الجزائر، 2020.
- عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين في حالة الانفصال حوليات جامعة الجزائر، المجلد:35، العدد:02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2021.

- عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد: 25، جامعة قطر، 2007.
- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005.
- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد:09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران02.
- فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، العدد الأول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، دون سنة.
- مغاري حياة وفركوس دليلة، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد:58، العدد:04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2021.
- المكي صلوح وشهرزاد، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد :05، العدد: 01، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر.
- موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة، المجلد:04، العدد:03، جامعة جيجل، الجزائر، 2021.
- نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد:11، العدد:02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2018.
- يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، الجزائر، 2016.

- بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية المجلد: 04، العدد: 03، جامعة تيارت، الجزائر،2021.

4- النصوص القانونية:

- القانون رقم 70/03 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03 فبراير 2004 من مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية رقم 5184، ظهير شريف رقم 04/22 الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005
- الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 1975.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 31 الصادر بتاريخ 13 مايو 2007.

5- المقالات والأبحاث العلمية:

- حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014.
- عماد اشوي، تنازع القوانين في الحضانة "دراسة مقارنة"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014.

6- المحاضرات:

- أمحمدي بوزينة آمنة، قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2020/2019.
- عمارة عمارة، مشاكل الجنسية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021/2020.
- فتيحة يوسف، تنازع القوانين، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة، القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر،2009.

الملخص

يعد موضوع الحضانة من المواضيع التي استحوذت على اهتمام الباحثين والمفكرين سواء الفقهاء أو رجال القانون لما تثيره من إشكالات خاصة إذا تعلق الأمر بالحضانة في الزواج المختلط على المستوى الدولي سواء من ناحية القانون الواجب التطبيق وأي القوانين التي تحكمها وفي هذا الإطار سعت بعض التشريعات إلى وضع قاعدة إسناد خاصة بها وربطتها بضوابط إسناد تتناسب مع مصلحة الطفل المحضون وفي المقابل أدركت غالبية الدول دور الاتفاقيات في محاولة إيجاد حلول للنزاعات التي تثيرها العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي قامت العديد من الدول بإبرام اتفاقيات دولية أو ثنائية تسعى لإيجاد حلول لتنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط، انحلال الزواج، الحضانة، المحضون، تنازع القوانين.

Abstract

The issue of custody is one of the topics that have captured the attention of researchers and thinkers, whether jurists or jurists, because of the problems it raises, especially when it comes to custody in mixed marriages at the international level, both in terms of the applicable law and any laws that govern it. In this context, some legislations sought to establish a rule in contrast, the majority of countries have realized the role of agreements in trying to find solutions to conflicts raised by family relations with a foreign element. Many countries have concluded international or bilateral agreements that seek solutions to conflict of laws in matters of personal status.

Keywords:

Mixed marriage, dissolution of marriage, custody, custody, conflict of laws.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

قائمة المحتويات	رقم الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة	**2**
الفصل الأول: الإشكالات المرتبطة بتحديد الطبيعة القانونية للحضانة.	
تمهيد	**8**
المبحث الأول: مفهوم الحضانة والتكييف القانوني لها في علاقات الزواج المختلط.	**9**
المطلب الأول: تعريف الحضانة.	**10**
الفرع الأول: التعريف الفقهي للحضانة.	**10**
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في القوانين الوضعية	**12**
المطلب الثاني: التكييف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط.	**16**
الفرع الأول: الحضانة كأثر من آثار الزواج أو الطلاق.	**16**
الفرع الثاني: الحضانة أثر من أثار النسب أو الولاية على المال.	**19**
المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة.	**21**
المطلب الأول: الشروط العامة للحضانة.	**22**
الفرع الأول: الأهلية.	**22**

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: القدرة على التربية.	**26**
الفرع الثالث: الأمانة على الأخلاق.	**27**
الفرع الرابع: الإسلام.	**28**
المطلب الثاني: الشروط الخاصة.	**30**
الفرع الأول: الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة.	**30**
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالرجال.	**34**
خلاصة الفصل الأول	**35**
الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.	
تمهيد	**37**
المبحث الأول: الإشكالات القانونية المرتبطة بالقانون المطبق على الحضانة.	**38**
المطلب الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة.	**38**
الفرع الأول: إخضاع الحضانة لقانون الجنسية.	**39**
الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لقاعدة إخضاع الحضانة لقانون الجنسية.	**44**
المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بتطبيق قانون الجنسية على مسائل الحضانة.	**46**
الفرع الأول: التنازع الايجابي والسلبي.	**46**
الفرع الثاني: التنازع المتحرك أو المتغير.	**51**
المبحث الثاني: الحلول الاتفاقية لمعالجة مسائل حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.	**54**

فهرس المحتويات

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية والثنائية المبرمة في موضوع الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط.	**55**
الفرع الأول: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.	**57**
الفرع الثاني: أسباب وأهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.	**58**
المطلب الثاني: مجالات تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والنقائص التي تشوبها	**60**
الفرع الأول: مجال تطبيق الاتفاقية.	**60**
الفرع الثاني: النقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية.	**64**
خلاصة الفصل الثاني.	**67**
خاتمة.	**69**
قائمة المراجع.	**73**
الملخص.	
فهرس المحتويات.	