الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر

Jurisprudence in custody matters in the light of the rules of conflict of laws and decisions of the Supreme Court of Algeri*a*

د/ امحمدي بوزينة آمنة

كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة الشلف

amna_bouzina@yahoo.fr

تاريخ الارسال:2019/09/23 تاريخ القبول:2019/11/05 تاريخ النشر: 2019/11/19

الملخص:

إنّ الحضانة من المسائل الحيوية والهامّة في مجال مسائل الأسرة، لاسيما بعد انحلال الزّواج، ومن ثمّة لا إشكال يطرح حينما يكون انحلال الزّواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية ويقيمان بصفة دائمة داخل الوطن الذّي ينتميان إليه بجنسيتهما، لكّن الإشكال يطرح في حالة الزّواج المختلط والتّنازع حول القانون الواجب التّطبيق على حضانة الأولاد النّاتجين عن ذلك الزّواج في حالة انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما يضعنا أمام تنازع القوانين؛ ممّا يستوجب اختيار القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة، في هذه الحالة يثور التّساؤل عن القانون الواجب التّطبيق على مسألة حضانة الطّفل بناء على أحكام التشريع الجزائري والإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، تنازع القوانين، مصلحة الطفل، الاجتهاد القضائي.

Abstract: Custody is a vital and important issue in the field of family matters, especially after the dissolution of marriage.There is no problem when the dissolution of marriage is between couples of the same nationality and resides permanently within the country to which they belong, but in the case of mixed marriage and conflict over the law. The obligation to apply to the custody of children resulting from that marriage in the event of dissolution of the marital bond, which puts us before the conflict of laws; which requires the selection of the most appropriate law among the competing laws, in this case the question arises about the law applicable to the issue Nursery child based on the provisions of the Algerian legislation and jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: custody, conflict of laws, children's interest, jurisprudence.

مقدمة:

نظم المشرّع الجزائري وباقي التّشريعات العربية الحضانة في نصوص قانونية واضحة، تضمّنها قانون الأسرة الجزائري، ومن ثمّة لا إشكال يطرح حينما يكون انحلال الزّواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية ويقيمان بصفة دائمة داخل الوطن الذّي ينتميان إليه بجنسيتهما لكن الاشكال يظهر في حالة انحلال الزواج المختلط عند التّنازع حول القانون الواجب التّطبيق على حضانة الأولاد النّاتجين عن ذلك الزّواج، أي أن يكون أحد الزّوجين أجنبيا أو كلا الزّوجين من جنسيتين مختلفتين أو كلّ من الزّوجين عديم الجنسية، وهذا ما يضعنا أمام تنازع القوانين ممّا يستوجب اختيار القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة.

لكن الملفت للنّظر أنّ المشرّع الجزائري وبعض التّشريعات العربية تركت الحابل على النّابل، ولم تنص صراحة على مسائل الحضانة في مجال قواعد التّنازع، ممّا فتح المجال واسعا للقضاء، لاسيما في قسم شؤون الأسرة بالمحكمة أو غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي أو حتّى المحاكم العليا، ممّا أدى إلى صدور أحكام أو قرارات تختلف محكمة لأخرى ومن اجتهاد قضائي لآخر مغايرا تماما للأول، من هنا أردنا أن نسلط الضوء على أحدث ما توصّل إليه الاجتهاد القضائي في الجزائر لحل مشكلات الحضانة في مجال تنازع القوانين، خاصة في ظل وجود فراغ تشريعي حول المسألة.

وقد حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27[1]، أن يدخل جملة من التغييرات بموجب عدة مواد منظمة للأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية، واستتبع ذلك تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال هذه الرابطة بما في ذلك الحضانة[2].

من خلال ما سبق، ونظرا للأهمية التي يكتسيها ايجاد حلول لتنازع القوانين في مسائل الحضانة، وقصد إزالة اللبس عنها تتحدد معالم إشكالية الموضوع كما يلي: ما هو القانون المطبق على الحضانة في حالة تنازع القوانين؟ ما هو دور الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر خاصة في ظل غياب نصّ قانوني خاصّ بها؟.

استنادا إلى الموضوع المدروس وقصد معالجته والوقوف على كلّ جوانبه اعتمدنا على المنهج الوصفي وكذا التحليلي، لأنّ عملنا انصب أساسا على تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية

---

[1] القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المنشور في الجريدة الرسمية: العدد رقم (15) الصادرة في 27 فبراير 2005.

[2] القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (44) الصادرة في 26 جوان 2005.

لاستخلاص النتائج المرجوة والمأمولة، وكذلك استعنا بالمنهج المقارن لمقارنة القواعد الجزائرية بالاجتهاد القضائي للوصول إلى النقاط المشتركة بينها والنقائص التي تشوب القانون الجزائري.

لحل الإشكال المطروح، قسمنا الموضوع إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين أمام القضاء الجزائري.

المبحث الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين أمام القضاء الجزائري

لمعالجة إشكالية حل مسائل تنازع القوانين في مسائل الحضانة أمام القضاء الجزائري تم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالية، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر بتاريخ 21 جوان 1988[1]، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر اتفاقية؛ ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وأحكام الاجتهاد القضائي، وهذا ما سنتعرض له تباعا من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر

تم إبرام اتفاقية ثنائية بين السلطات الفرنسية والجزائرية بتاريخ 21 جوان 1988 تتعلق بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات في حالة الانفصال؛ قصد تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك لتسهيل عملية التنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى في مسائل الحضانة والأمور المرتبطة بها [2].

كما ألزمت الاتفاقية القاضي، عند إصدار حكم قضائي يتعلق بإسناد الحضانة، ولمن تؤول، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة[3]، غير أن معظم هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو الفرنسية، قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، لاختلاف مضمون فكرة النظام العام بين الدولتين، ومن بين المشاكل التي قد نصادفها هي إسناد الحضانة من طرف القاضي الفرنسي إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من الغير على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، لكن السؤال

---

[1] اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 جوان 1988، منشورة في الجريدة الرسمية العدد 30، بتاريخ 27 يوليو 1988، خاصة بحل بعض الصعوبات التي يلاقيها الأولاد المولودون من زواج مختلط بين جزائريين وفرنسيات بعد إنحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

[2] خالد داودي، الحضانة، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 114. أيضا: لعسيري عبابسة، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، منشورات دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 7.

[3] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مطبعة طالب، الجزائر، 2008/2007، ص 164.

الذي يطرح نفسه في هذا الإطار مفاده هو: هل يمكن للأم الفرنسية ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، وهذا بتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت غير مسلمة وهي تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب؟.

يتضح لنا عند تصفحنا لبنود الاتفاقية[1]، أنه لا يوجد فيها نصوص للإجابة على هذه الإشكالية، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لتعارضه م النظام العام الجزائري طبقا لمقتضيات المادة (24) من القانون المدني الجزائري.

نلاحظ أنه رغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة، إلا أنه بقيت بعض المسائل عالقة، فقد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة؛ لا يعيد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نوهت إليه الاتفاقية في المادة (11) منها من حلول؛ إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري؛ لكن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء، إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دولة أخرى وتنفيذها بحجة النظام العام، وهو الأمر الذي يودي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية[2] وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كذلك، إن بنود الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة الحضانة بخصوص الفترة الزمنية للمطالبة بها في حالة إذا ما ظهر دافع لمراجعة الحكم، حتى وإن أشارت إلى بعض الحالات التي تمس مصلحة المحضون في المادة (05) من الاتفاقية، فقد جاء فيها ما يلي: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف ظرف ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل".

من ثمّة، يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قبل قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه، مستندا في ذلك على أحكام قانون الأسرة الجزائري والمادة (3/26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948؟.

استنادا إلى نص المادة (62) من قانون الأسرة التي تنص: "أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[3]، دون أن ننسى بالإضافة إلى ما أكدته المواثيق الدولية، نظرا لاهتمامها الخاص بحماية مصلحة الفرد وبالأخص الأطفال، ومن أبرز الإعلانات التي أبدت اهتمامها الكبير بمصلحة الطفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 من

---

[1] المادة (7) من اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال عام 1988.

[2] خالد داودي، المرجع السابق، ص 115- 116.

[3] غني قري، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، منشورات دار طليطلة، دون سنة نشر، ص 147.

خلال المادة (3/26) التي تنص، على ما يلي: "للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم"[1]، لذا من منطلق هذه النصوص يعتبر حق الأب قائما في المراجعة ولكن واقعيا لن يحكم القاضي الفرنسي باعادة اسنادها له منة منطلق تلك الأسس لاختلاف النظام العام في فرنسا في مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة عن النظام العام في الجزائر.

يتبين لنا من كل ما سبق، أنه في حالة عدم وجود اتفاقية يؤدي بالرجوع إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص بالقانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

نجد أن المشرع الجزائري، قد وضع نصوص تحكم كل المسائل المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة أمام القضاء وخصوصا المواد (9) و(12) و(13) و(21) و(24) من القانون المدني الجزائري بصفة عامة، وخص الحضانة باعتبارها أثر لانحلال الزواج بالمادتين (2/12) و (13) من نفس القانون[2].

وعلى اعتبار أن الحضانة تعتبر من أعقد وأبرز المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب[3]، لذا سنحاول الوقوف ععلى أغلب المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص بفض تنازع القوانين في مسائل الحضانة في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر، وذلك وفقا لما يلي:

1. حالة الزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي

نظرا لخلو القانون الجزائري من نص خاص بالحضانة، ولأنها تعد أثرا لانحلال الزواج، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقا لأحكام المادة (2/12) من القانون المدني الجزائري[4]، والمادة (13) من نفس القانون[5]، وهو حل مستقر في القانون المقارن وكرسته الأحكام القضائية.

وبالتالي، إذا كان الزوج جزائري، فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة (13) من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحدة في الأحوال المنصوص

---

[1] المادة (3/26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10.

[2] الطيب زروتي، اجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 126، 135.

[3] امحمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، لطلبة السنة الثالثة تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، السنة الدراسية: 2016/2015، ص 118.

[4] نصت عليه المادة (2/12) من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[5] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

عليها في المادتين (11) و(12) إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

أما في حالة عدم وجود جنسيه جزائرية، فالقانون الذي يخضع له الانحلال هو قانون أخر جنسية مشتركة بين الزوجين، وإن لم تكن جنسيته مشتركة وجنسية الزوج وقت الانعقاد.

يتضح لنا مما سبق ذكره، أن المادة (13) من القانون المدني الجزائري جاءت كاستثناء للمادة (2/12) من نفس القانون، فبالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية تارة تخضع لقانون الذي يحكم انحلال الزواج وتارة تخضع لقانون الشخصي للمطلقين كالعدة وحضانة الأولاد فقد يخضعها غالبية الفقه إلى قانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام[1].

وهذا ما يؤكده القرار القضائي الصادر في القضية بين (هـ. م. ز. ج.) ضد (ر.ح.)، تحت رقم (84513)، حيث قام التنازع حول دعوى الطلاق وإمكانية تطبيق قانون دولة الزوج في حين أن الزوجين أتما الزوجية بفرنسا وطالبت الزوجة بتطبيق اتفاقية لاهاي لعام 1930، حيث جاء في القرار أنه من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي، ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج[2].

وتجب الإشارة أنه، من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، تطبيقا لنص المادة (69) من قانون الأسرة الجزائري، وعليه تكون الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، وكل إخلال بما ورد في هذه النصوص يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة (69) من قانون الأسرة الجزائري، وذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى للقضاء في القرار المبدئي الذي قضى أنه: "في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما يكون أحق بها، ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".

كما أكد على ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 1989/01/02، إذ جاء فيه: "أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون

---

[1] امحمدي بوزينة آمنة، "الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة –دراسة مقارنة –"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد الخامس، جوان 2018، ص 242.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (84513)، بتاريخ 1992/06/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1992، ص 91. وأنظر كذلك: الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، ص 55، 66.

الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب بالجزائر، الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة، وذلك خوفا عليهم من التأثر بدين غير الإسلام، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر قصد تربية الولد على دين أبيه" [1].

أي هنا، تمّت مراعاة مصلحة المحضون، بالرغم أن الأم هي الأولى بالحضانة، في حين أن هذه السيدة متى رجعت إلى أرض الوطن؛ فلها الحق بالمطالبة بالحضانة على بناتها، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند الحضانة أبناء الوالد مسلم إلى أم غير مسلمة ومقيمة في بلد أجنبي[2].

2. حالة حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط مع الأجنبيات

يثير الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة بالحضانة، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة وفي مقدمتها تربيتهم على ديانة الإسلام وما يتعلق بالأمانة والاستقامة.

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يقيم بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 9مارس 1987 الملف رقم (45186) ، جاء فيه: "حيث أن السيدة تقييم بمونبيلييه بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تمنح للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها"، استنادا لهذا القرار، رفض المجلس منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المسند بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك فالأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم، النعي عن القرار بما ورد في السبب

---

[1] أنظر: قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (111048) بتاريخ 21 نوفمبر1995، نشرة القضاة، العدد 52 الجزائر، 1995، ص 102، مقتبس عن: زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 119.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (45681) بتاريخ 1989/03/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، 1993، ص 952.

[3] خالد داودي، المرجع السابق، ص 119.

غير معقول[1]، ومن ثم قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم، وبهذا نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي[2].

وقد أكد على ذلك قرار صادر من قبل غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمةالعليا بتاريخ 21 نوفمبر 1995، إذ قضت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم، فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب؛ كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشريعة والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

وأعيد التأكيد على ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا، فقد صدر مثلا في قضية (س.ف) ضد (س.خ) بتاريخ 2001/12/26 إسقاط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر[4].

وفي نفس الإطار، جاء في حكم بالقضية رقم (334543) صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 بين (ب.ع) ضد (ي.ف) أنه: "من المقرر قانونا شرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة (62) من قانون الأسرة والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا، يكونوا فعلا قد أخطئوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول بهما، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة"[5].

المبحث الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

عند الحكم بالحضانة يجب على القاضي النظر إلى كل المعطيات والمسائل التي تدخل في نطاق حكم الحضانة والمرتبطة به، وتحديد أين تكمن مصلحة المحضون في ذلك، وهو ما سنتوقف عليه من خلال المطلبين التاليين:

---

[1] سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 112.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 185.

[3] أنظر: قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (59013)، 1990/02/19، المجلة القضائية، العدد (4)، الجزائر، 1991، ص 116.

[4] سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص 127.

[5] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2008، ص 381.

المطلب الأول: مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة

سوف نتطرق فيما يلي إلى بعض الإشكالات العملية كالحق في الزيارة أو المدة، وإمكانية السفر بالمحضون ونقلة إلى بلد أخر، وغيرها من المسائل التي يثيرها نطاق إعمال قاعدة الإسناد في منازعات الحضانة التي تعرض على القضاء الجزائري.

1. رؤية المحضون وزيارته

ولما كان حق الزيارة من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، يطبق بشأنها المادة (12) من القانون المدني الجزائري، بمعنى قانون جنسية الزوج، مع خضوع القاعدة العامة إلى الاستثناء في حالة أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة (13) من القانون المدني الجزائري.

يطرح في هذا الشأن الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه نصت على الحق في الزيارة المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" .

وقد صدرت عدة أحكام قضائية في هذا الشأن، تبين هذه الأحكام أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة، عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، فإن المجلس الأعلى أخذ بمبدأ في الحضانة مفاده: "أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا"[1].

تم تأكيد هذا الموقف في قرار قضائي، جاء فيه: "ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا..... وما دامت الحاضنة قد طالبت الإقامة بالمحضون في فرنسا، وما دام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة وتحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف وظروف المعاش بالبلد الذي تمارس فيه وحالة الطرفين، الشيء الذي كان على القضاة مراعاته قبل أي شرط، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم قضاءه بأحكام المواد: 96 و77و78 و79 من قانون الأسرة فاستحق النقض الجزئي[2]..".

على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يأتي: وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها، يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا

---

[1] قرار المجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (56597)، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الثالث، الجزائر،1991، ص 61-64.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، قرار صادر بتاريخ 1993/6/23، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص 72-76.

كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".

وعليه، ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعن عادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول" [1].

2. السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج

عالجه المشرع الجزائري في المادة (69) من قانون الأسرة، التي تنص صراحة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في أثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

من خلال نص المادة، يظهر أن السفر بالمحضون هو الانتقال به من دولة إلى أخرى[2]، فمصلحة المحضون تقتضي بتوقيف انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي وبذلك تحويل للحضانة منح هذه الرخصة من عدمها[3]، ولم يفرق بين الرجل والمرأة فقد ساوي في منح التصريح الأصحاب الحق في الحضانة فكلا هما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل جنسية تأثره بدين في بلد لأجنبي وعاداته وتقاليده هذا التصريح يتمثل في انتقال للإقامة الدائمة والمستمرة بغية الاستقرار[4]، فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل مدة معينة لا يخضع الحكم المادة 69 من القانون الأسرة وهناك استفسار يتبادر إلى الأذهان، هل البلد الأجنبي يقصد به البلد الغير مسلم أم خارج التراب الوطني؟.

تقدم المشرع الجزائري على الإجابة بطريقة غير مباشرة للإجابة على هذا التساؤل في قرار للمجلس الأعلى لسنة 1989، حيث قضى بمقتضاه بأنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة[5]وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة تسقط عنه الحضانة، ومع ذلك، فإن هذا التفسير غير

---

[1] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207)، قرار صادر بتاريخ 1990/1/28، المجلة القضائية، العدد (4)، الجزائر، 1990، ص 74-76.

[2] في مسألة السفر بالمحضون أورد مجمع الأزهر الشريف قرارا مفاده: "ليس للحاضنة غير الأم نقل المحضون إلا بإذن أبيه". أنظر: فتاوى الأزهر، الموسوعة الشاملة:
www.isslamport.com

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ب.ط.، ب. سنة النشر، ص 411.

[4] إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص 232- 233.

[5] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (52207)، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد 04، الجزائر، 1990، ص 74.

الصائب لنص المادة لم يدم طويلا، فقد جدت الظروف دفعت القضاء الجزائري إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف أخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون يطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا.

مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة ليس واجب يلتزم القاضي بتطبيقه، فقد يرى القاضي بأن مصلحة المحضون في السفر به إلى الخارج فما على الحاضن إلا طلب الإذن من القاضي ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23 جوان 1993 الذي جاءت فيه "... غير أنه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضيبه الحكم المستأنف وأيده القرار المحضون فيه لم يراع فيه قضاء الموضوع أحكام المادة (69) من القانون الأسرة الجزائري، ذلك أن شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر أو إسقاطها عن الشخص الموكول له إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعى طلب ذلك عن الحاضن ومراعاة كمصلحة المحضون ذاته..." [1].

بالتالي، فمن تأمل القرارات التي استعرضاها في القرار، نستنتج أن الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة، إذ طلب من له مصلحة في ذلك وهو غالبا صاحب سلطة الرقابة، كان يقيم هذا الأخير بالجزائر والخاصة غير مسلمة، لكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي[2]، وهذا ما أكدته أحكام القضاء فمثلا جاء في قرار المجلس الأعلى في قضية (ف. م) ضد (ص.ع) أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة[3].

لكن استثناء يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم وهذا ما تقرر من خلال حكم قضائي صدر عن المحكمة العليا في القضية رقم (426431) بتاريخ 2008/03/12 في قضية (أ.ك) ضد (أ.ن) حيث أن الطاعن (أ.ك) طعن بطريق النقض بتاريخ 2006/02/18 بواسطة عريضة قدمها محاميه ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء برج بوعريريج بتاريخ 2005/10/18 القاضي برفض المعارضة لعدم التأسيس والإبقاء على مضمون القرار 2005/03/33، والذي قضى بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة برج زمورة بتاريخ 2006/04/30 وتعديله بإسناد حضانة الأبناء (ل) و(ي) و(خ) و(ن) لأمهما المطعون ضدها (أ.ن) على نفقة أبيهم الطاعن

---

[1] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية العدد 01، الجزائر، 1994، ص 77، 78.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 185.

[3] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207) بتاريخ 1989/01/02. نقلا عن: لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى 2014، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 236.

على أساس 2000 دينار شهري لكل واحد منهم تسري ابتداء من 2004/6/21، وتستمر لغاية سقوطها شرعا وقانونا، حيث أن الطعن جاء فيه أن إسناد الحضانة للأم التي تقيم بفرنسا لا يحقق الغرض من الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة ولاسيما في الجانب الديني والخلقي، كما يحرم الأب الطاعن من حق الزيارة المقرر قانونا طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهضة[1].

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك، كما هو ثابت من الشهادات المدرسية، وحيث أن فضلا عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف فإن الطاعن نفسه لم ينكر أن الأبناء انتقلوا إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية، إلا أنه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع لمحل الزوجية إلا أنها رفضت مما يدل على أن وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه، وبالتالي، فإن قضاة المجلس لما راعوا مصلحة المحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون"[2].

3. الولاية على المحضون

لما كانت الولاية من الولايات الشرعية تخول سلطة على المحضون[3]، فإن هذه السلطة (الولاية) حسب ما ورد في الشريعة الإسلامية تكون للعصبة من الرجال، وهذا ما أكّدت عليه المادة (135) من القانون المدني الجزائري في نصها على ما يلي: "يكون الأب ومن بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرين الساكنون معهما".

وهذا ما أكّد عليه قرار رقم (187692) الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 في قضية (ش.ز) ضد (ب.أ)، جاء فيه: "أنه من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنع الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون لإثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي، فإنهم قد خالفوا القانون، حيث أن ولاية الأم (ش.ز) ولاية منحها لها القانون لا تنتقل لغيرها، إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة (90) من قانون

---

[1] امحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، لطلبة المستوى الثاني ماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، للسنة الدراسية 2020/2019، ص 241.

[2] جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، 2013، ص 1448.

[3] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 26.

الأسرة، ولما لم يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال، فإن القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا يعتبر مخالفا للقانون (المادتين 87 و90 من قانون الأسرة)، ولما كان ثابتا إن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصّر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"[1]، الأمر الذي تعين معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل طبقا للقانون"[2].

إذن تبقى للأب حق السلطة الأبوية حتى في حالة الطلاق، إلا أن التشريع الجزائري أخذ بخلاف هذا بعد تعديله لقانون الأسرة حسب المادة (87) المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 من قانون الأسرة الجزائري، التي قررت أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

كذلك، نصت المادة (2/87) من قانون الأسرة الجزائري، على ما يلي: " في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت حضانة الأولاد".

أي إذا ألت الحضانة إلى الأم باعتبارها الأولى بالحضانة تكون الولاية لها في كل الأمور التي تتعلق بالمحضون، وهو ما أكد عليه قرار صادر عن المحكمة العليا رقم (476515) بتاريخ 2009/01/14 في قضية (س.ي) ضد (ع.م)، حيث جاء فيه: "أن الأم تقدمت إلى المحكمة بطلب حضانة ابنها ومنحها الحضانة والولاية عليه، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء في نسبية أن الولاية تمنح الأم فقط عند وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع وإن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف، وجاء في نسيبه أن الولاية تكون للأب مادام على قيد الحياة ولم يثبت حصول مانع، وهذا مخالف للمادة (87) من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقد والإبطال[3].

---

[1] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (187692) بتاريخ 1997/12/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، الجزائر، 1997، ص 53.

[2] جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا–مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثاني، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص 874–875. وأنظر كذلك: العيش فضيل، قانون الأسرة (مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 81.

[3] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (476515)، بتاريخ 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009، ص 265– 268.

4. نفقة الطّفل المحضون

المقصود بالنّفقة هنا، هي النّفقة الواجبة بين الأقارب (كنفقة الأب على أولاده القصّر)[1]، إنّ نصّ المادة (14) من قانون الأسرة الجزائري لم يكن دقيقا في الصّياغة، وكان المفروض ألاّ يكون مدينا مسبقا إلاّ إذا قضى بذلك القانون المختصّ؛ أي قانون الجنسية هو الذّي يحدّد ما إذا كان الشّخص مدينا بالنّفقة أم لا، وقد تفادى المشرّع في دولة الإمارات العربية المتحدة هذا العيب في الصيّاغة باستعمال لفظ المكلف بدل المدين[2].

لكن المشرّع أورد استثناءً على قاعدة إخضاع النّفقة لقانون جنسية المدين بها، وذلك بنصّ المادة (21) مكرر من القانون المدني الجزائري، وبالتّالي، يستغنى عن تطبيق جنسية المدين فيما يخصّ تحصيل النّفقة، فهي تخضع لإجراءات قانون مكان المباشرة، وبالتّالي إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلّق موضوعه بتحصيل النّفقة للقاصر، فإنّه يخضع للإجراءات المقرّرة في المواد من (423) إلى (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وقد يتطلّب ذلك طبقا لهذا القانون استبقاء إجراءات منح الصّيغة التّنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنّفقة، إلاّ إذا وجدت اتّفاقية ثنائية أو جماعية تنظّم هذه المسألة، وانضمّت إليها الدّول المراد تحصيل النّفقة فيها[4].

6.إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري، لم يحدد موقفه في هذه المسألة الأخيرة، حيث أنه تارة جعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم آمرة[5]، وتارة أخرى جعل منها قاعدة جوازية، عندما قضى أن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل المحضون التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر[6].

---

(1) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 78.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 195.

(3) القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (21) لسنة 2008.

(4) حسين ليتيم، السلطة الأبوية في حماية القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلّبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح– ورقلة، الجزائر، 2015–2016، ص 45.

(5) تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الدراسية: 2004–2005، ص 575.

(6) محكمة استئناف الجزائر، غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، العدد رقم 145، الصادر 1965/05/07، 1957/05/27، الملف رقم (128)، الصادر بتاريخ 1960/11/16. أنظر: تشوا حميدوا زكية، المرجع السابق، ص 594.

وتراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما قررته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 613469 بتاريخ 2011/03/10 في قضية (م.ي) ضد (ع.ز)، حيث جاء فيه، أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقائها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه المؤسس عليه النقض غير سديد يستوجب الرفض[1].

المطلب الثاني: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة

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

1- الثغرات القانونية التي تشوب تطبيق المادتين 12 و13 من القانون المدني

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

2-حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك)

القاعدة العامة خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج، تثير إشكاليات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد، لكن يمكن الاستناد على اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1966/03/21 الذي اعتبر الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع، لكن على جنسية الأطراف[2].

---

[1] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (613469) الصادر بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، الجزائر، 2012، ص 285.

[2] نقلا عن: عماد إشوي، المرجع السابق، ص 225.

3- محدودية قاعدة القانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة

كذلك قد يواجه تطبيق قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة تعرف محدودية، فعلى سبيل المثال: أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربوية لأن سلوك القاصر مضرا بمستقبله وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع الطفل إلى المساعدة التربوية يطبق بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي اتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة[1].

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

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

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

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

الخاتمة:

من خلال ما سبق التعرض له، توصلنا إلى أنه لم يخصص التشريع الجزائري على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في حالة الزّواج المختلط، بل اكتفى بإدراجها كأثر من آثار فكّ الرّابطة الزّوجية؛

---

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

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

[3] نقلا عن: عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة– بجاية، الجزائر، يومي 23 و24 أفريل 2004، ص 226.

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

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

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

وهذا ما يتأكد من خلال الإطلاع على النتائج التالية:

1. إن معظم القواعد المستند عليها في حل إشكالات التي تثيرها الحضانة هي مؤسسة على الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
2. خروج المشرع الجزائري عن أحكام الشريعة الإسلامية، بسبب انضمامه الاتّفاقيات الدّولية ويظهر ذلك من خلال إعطاء ولاية الطّفل للأمّ الحاضنة، وهذا مخالف للشّريعة الإسلامية.
3. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلّقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيات في حالة الانفصال، لم تحقق أيّ نفع بسبب اختلاف النّظام العام في كلّ من الدولتين، بل اكتفت بإسناد الاختصاص لمحل الإقامة المعتاد للطفل.

وبالنظر للنقائص التي شابت التشريع الجزائري في تنظيم مسألة تنازع القوانين في الحضانة، نتقدم بالاقتراحات والتوصيات التالية:

1.ضرورة الرجوع في مسألة الحضانة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنها كفلت مصلحة المحضون خلال مرحلة ما بعد انحلال الزواج، وخاصة من خلال حرصها على كيفية تربيته وضرورة الحفاظ على ديانته.

2.وضع ضوابط ومعايير تضبط مفهوم مصلحة المحضون، يستدل بها القاضي عند حل تنازع القوانين في مسائل الحضانة كونها تتغير بتغير المكان والزمان وبذلك لا يمكن أن نضع معيار لمصلحة المحضون يتقيد به القاضي علي وجه الإطلاق.

3.يجب على القضاء عند مراعاة مصلحة المحضون، أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأسرة وسلطة الآباء على أولادهم؛ أي لا يجعل مصلحة الطفل غاية في حدّ ذاتها، وإنّما يجعلها من الاعتبارات التّي يأخذ بها دون أن يهمل مصلحة المجموعة.

4.يجب على المشرع الجزائري إحداث نص خاص ينظم مسألة الحضانة نظرا لطبيعتها باعتبارها تخص الطفل خصوصاً ووضع ضوابط ومعايير تضبط مفهوم مصلحة المحضون، يستدل بها القاضي عند حل تنازع القوانين في مسائل الحضانة كونها تتغير بتغير المكان والزمان وبذلك لا يمكن أن نضع معيار لمصلحة المحضون يتقيد به القاضي علي وجه الإطلاق.

وأخيرا، يبقى مستقبل الطفل المحضون ومصلحته مرتبطين بتدخل المشرع الجزائري لوضع الضمانات الكافية لحمايته وضمان تكريس مصلحته في مسائل إسناد الحضانة في حالة الزواج المختلط.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

I. الاتفاقيات

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10.

2. اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، خاصة بحل بعض الصعوبات التي يلاقيها الأولاد المولودون من زواج مختلط بين جزائريين وفرنسيات بعد إنحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

II. القوانين

1. القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

2. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 44 الصادرة في 2005/06/26.

3. القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (21) لسنة 2008.

4. الأمر رقم 03/72 المؤرخ في 03 /02/ 1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (15) الصادرة في 22 فيفري 1972.

5. المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلّقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات في حالة الانفصال.

III. الاجتهاد القضائي

1. محكمة استئناف الجزائر، غرفة، مراجع الأحكام الإسلامية، العدد رقم 145، الصادر 1965/05/07، 1957/05/27، ملف رقم، 128، رقم 67، الصادر 1960/11/16.

2. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (52207)، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد 04، الجزائر، 1990.

3. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (59013)، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، العدد (4)، الجزائر، 1991.

4. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (56597)، صادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الثالث، الجزائر،1991.

5. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (45681)، بتاريخ 1989/03/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، 1993.

6. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، الجزائر، 1994.

7. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، قرار صادر بتاريخ 1993/6/23، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994.

8. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية العدد 01، الجزائر، 1994.

9. قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (84513)، بتاريخ 1992/06/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1992.

10.قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (111048)، 21 نوفمبر1995، نشرة القضاة، العدد 52، الجزائر، 1995.

11.قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (187692) بتاريخ 1997/12/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، الجزائر، 1997.

12.قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2008.

13.قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2008.

14.قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (476515)، بتاريخ 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009.

ثانيا: قائمة المراجع

- **الكتب والمؤلفات**

1. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.

2. إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

3. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ب.ط.، بدون سنة النشر.

1. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا–مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، الجزء الثاني، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

2. جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، 2013.

4. خالد داودي، الحضانة، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

5. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

6. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.

7. الطيّب زروتي، الاجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2014.

8. عباس لعري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، د. ط، دار الهدى، د. ب. ن، 2000.
9. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
10. العيش فضيل، قانون الأسرة (مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
11. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مطبعة طالب، الجزائر، 2008/2007.
12. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا، من سنة 1982 إلى 2014، دار هومة الجزائر، 2014.
13. لعسيري عبابسة، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، منشورات دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.

IV. المقالات

– امحمدي بوزينة آمنة، "الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة –دراسة مقارنة –"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد الخامس، جوان 2018.

V. الرسائل الجامعية

▪ أطروحات الدكتوراه

– تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الدراسية: 2004-2005.

▪ رسائل الماجستير

1. أمين دربة، قواعد التّنازع المتعلّقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2007–2008.
2. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
3. سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008–2009.

▪ المطبوعات الجامعية

1. امحمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، لطلبة السنة الثالثة تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، السنة الدراسية: 2016/2015.
2. امحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، لطلبة المستوى الثاني ماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، للسنة الدراسية 2020/2019.

▪ المداخلات في الملتقيات والندوات

1- حبيب الملا، "القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية"، أبحاث ندوة، حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 25 و26 رجب 1415هـ/27 و28 ديسمبر 1994م.
2- عماد أشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية، المنعقدة بكلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23 و24 أفريل 2004.