

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

### التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في التشريع الجزائري

Judicial applications of custody and its problems in Algerian  
legislation

بن مصطفى عيسى\*

جامعة الجلفة، (الجزائر)، benmustapha.ai@yahoo.com

تاريخ النشر: 2023/09/01

تاريخ القبول: 2023/08/01

تاريخ ارسال المقال: 2023/06/02

\* المؤلف المرسل

## الملخص:

إن الحضانة من أهم المسائل في مجال الأسرة لاسيما بعد انحلال عقد الزواج إذ أنها من أهم و أدق القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية و أكثرها مساسا بالالتزامات و الحقوق الأسرية لاتصالها الوثيق بأهم و أضعف فرد في الأسرة مما يجعلها مجالا لكثير من المنازعات القضائية المستمرة سواء على المستوى المحلي أو الدولي ، و بالخصوص إذا علمنا أن الاحكام القضائية هي كاشفة عن الحضانة ممارسة و ليست منشئة لها، هذا بالإضافة الى عدم وضوح الرؤية في ظل تأرجح الطفل و تجاذبه بين مجالين، أولهما الحضانة و في الطرف الآخر الولاية و بالخصوص إذا كان الزواج مختلطا وما يطرحه من المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة مثل تحديد لمن تثبت الحضانة وانقطاعها و سقوطها و تحديد أوقات الزيارة و مدتها و ترتيب الحاضنين و مدى قدرة القاضي على تجاوز هذا الترتيب باعتبار مصلحة المحضون سواء في اسناد أو إسقاط الحضانة بين السعة والضيق.

و لئن كان موضوع الحضانة قد تم تطويره و تسيجه بسياج مني من الأحكام و النصوص القانونية وذلك بما منحه القانون لقاضي شؤون الأسرة من سلطات واسعة سواء في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الكلمات المفتاحية: المحضون، الحضانة، الطفل، إشكالات

**Abstract :**

Custody is one of the most important issues in the field of the family, especially after the dissolution of the marriage contract, as it is one of the most important and accurate issues related to personal status and the most infringing on family obligations and rights due to its close connection with the most important and weakest member in the family, which makes it an area for many ongoing judicial disputes, whether at the local level Or the international one, especially if we know that judicial rulings reveal custody in practice and do not establish it. Among the substantive issues related to custody, such as determining who is proven custody, its cessation and forfeiture, determining the visiting times and duration, the arrangement of the two custodians, and the extent to which the judge is able to override this arrangement, given the interest of the fostered, whether in attributing or dropping custody between capacity and narrowness.

And while the issue of custody has been cordoned off and fenced off with an impregnable fence of provisions and legal texts, this is due to what the law has granted to the family affairs judge of wide powers, whether in the family law or in the civil and administrative procedures law.

**Keywords:** employment؛ Custody, custody, child, problems

## مقدمة:

إن الحضانة من أهم المسائل في مجال الأسرة لاسيما بعد انحلال عقد الزواج إذ أنها من أهم وأدق القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية وأكثرها مساسا بالالتزامات و الحقوق الأسرية لاتصالها الوثيق بأهم وأضعف فرد في الأسرة مما يجعلها مجالا لكثير من المنازعات القضائية المستمرة سواء على المستوى المحلي أو الدولي ، و بالخصوص إذا علمنا أن الاحكام القضائية هي كاشفة عن الحضانة ممارسة و ليست منشئة لها، هذا بالإضافة الى عدم وضوح الرؤية في ظل تأرجح الطفل و تجاذبه بين مجالين، أولهما الحضانة و في الطرف الآخر الولاية و بالخصوص إذا كان الزواج مختلطا وما يطرحه من المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة مثل تحديد لمن تثبت الحضانة وانقطاعها و سقوطها و تحديد أوقات الزيارة و مدتها و ترتيب الحاضنين و مدى قدرة القاضي على تجاوز هذا الترتيب باعتبار مصلحة المحضنون سواء في اسناد أو إسقاط الحضانة بين السعة والضيق.

و لئن كان موضوع الحضانة قد تم تطويقه و تسييجه بسياج منيع من الأحكام و النصوص القانونية و ذلك بما منحه القانون لقاضي شؤون الأسرة من سلطات واسعة سواء في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاصة و أنه قد أوكلت للقضاء مهمة تطبيق و تنزيل هذه النصوص على أرض الواقع، حيث ظهرت بعض الإشكالات فيما يخص بعض الأحكام التي أثارت جدلا بخصوص تطبيقها.

فما هي الاشكالات القانونية و القضائية و الفقهية المتعلقة بالحضانة أحكاما و شروطا واستحقاقا و سقوطا؟. الإجابة عن هذه الإشكالية تكون في نقطتين:

المبحث الأول: أحكام الحضانة و تطبيقاتها القضائية

المبحث الثاني: الاشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق أحكام الحضانة

## المبحث الأول: أحكام الحضانة و تطبيقاتها القضائية

تعتبر الحضانة من الواجبات الطبيعية للأبوين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما ، والولد في حاجة لمن يحفظه و يرباه، و لكن قد تعترض العلاقة الزوجية بعض الأمور التي تؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية و ضرورة أن يكون الولد مع أحد يرباه و يحفظ مصالحه في إطار قانوني محكم ينظم أحكام الحضانة و عليه سنحاول في هذا المبحث تبيان أحكام الحضانة و أهم ما جاء فيها شرعا و قانونا ثم نستعرض بعد ذلك أهم الدعاوى القضائية المتعلقة بها.

## المطلب الأول: أحكام الحضانة

## 1/ تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا

تعني الحضانة في اللغة<sup>1</sup>، ضم الشيء بقصد حفظه.

و اختلفت عبارات الفقهاء<sup>2</sup> في تعريف الحضانة على اعتبار أنها حق للحاضنين أو المحضنون أولهما معا على سبيل التشارك و بالنظر الى هذه التعريفات نجد أنها تتفق في أمور مشتركة بينها و يزيد بعضها أمورا أخرى.

فهي تتفق جميعا على أن مدار الحضانة على الحفظ و الرعاية و ما يدخل فيهما من تغذية و غيرها، و يشمل أيضا التربية بالحث على ما ينفع و الكف عما يضر به.

و هناك من ذهب إلى توسيع دائرة الحضانة بحيث لا تقتصر على الطفل، بل تتعداه الى كل من لا يستطيع الاستقلال بنفسه كالكبير و المجنون و هذه زيادة هامة في مفهوم الحضانة و دليل على مرونة الفقه الاسلامي، فهي تشمل الطفل و ما يدخل في حكمه ممن لا يستقل بنفسه و لعل أقرب هذه التعريفات للحضانة ما ذكره المرداوي بأنها: حفظ من لا يستقل بنفسه و تربيته حتى يستقل بنفسه<sup>3</sup>، فهو يقرر حفظ المحضون و تربيته بالإضافة الى تقرير الولاية عليه للقيام بالحضانة في فترة لا يملك فيها لنفسه شيئاً.

و عليه تعتبر الحضانة عملاً مادياً يتصف بصفتين متقابلتين هما كون الحضانة حقاً وواجباً في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون و حق للحاضن و من جهة أخرى هي التزام على الحاضن، فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت هي عن امساكه و لم يوجد غيرها فإنها تجبر على الحضانة لأن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط و هو أقوى الحقين في الحضانة<sup>4</sup>.

و عرّف المشرع الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري<sup>5</sup> كالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على الدين و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً".

و من خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز على أسباب و أهداف الحضانة محددًا بذلك نظامها ووظائفها الأساسية<sup>6</sup>، بالإضافة الى اعتبارها من النظام العام و كل قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

## 2/ أصحاب الحق في الحضانة

تكتسي مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماماً بالغاً من طرف فقهاء الشريعة و التشريع الجزائري على حدٍ سواء، حيث يتم سن أحكام و قواعد تتضمن تحديد أصحاب الحق في الحضانة بدقة صونا لمصلحة المحضون، و بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري انتهج ترتيباً معيناً لأصحاب الحق في الحضانة حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث عمد بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 الى تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث عدّل المشرع عن مذهب الجمهور<sup>7</sup> في ترتيب الحواضن فأبقى على حق الحضانة للأم و قدم الأب على الجدة للأم و الحالة في استحقاقه لحضانة ولده، فهل المشرع الجزائري بهذا التعديل خالف احكام الشريعة الاسلامية؟

بالرجوع الى أقوال العلماء في ترتيب الحاضنين بعد الأم نجد أنها من المسائل التي لم يتحقق فيها الاجماع و لم يرد في ذلك نص من الكتاب و السنة، و إنما هو خلاصة اجتهاد فقهي حيث أن دور الأب في الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها و ربما هذا أمر له مبرراته فيما إذا كان المحضون صغيراً جداً و كان الفراق بالطلاق، و لكن الأمر يختلف في حالة وفاة الأم فيحرم الطفل من الأبوين معاً بناء على الترتيب قبل التعديل، حيث قضت المحكمة العليا بانتقال الحضانة للأب بعد وفاة الأم<sup>8</sup> عكس الترتيب الذي كان يعطي الحق للجدة الأم، و هو الرأي الذي أخذ به المشرع بعد التعديل بناء على أن تقديم الأم على الأب في ممارسة الحضانة كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، و هو رأي عند الحنابلة حيث جاء في المغني "و لا يشاركها أي الأم في الحضانة في القرب إلا أبوه و ليس له مثل شفقتها و لا يتولى الحضانة بنفسه و إنما يدفعه الى امرأته و أمه أولى به من امرأة أبيه"<sup>9</sup>، كما أن الأساس في اسناد الحضانة ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، فهو بمثابة معيار للقاضي في كشف المؤهلين

للحضانة فقط، و لا تسند الحضانة إلا لمن تتوفر معه مصلحة المحضون و هذا يعطي مرونة أكثر للقاضي فما يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر، كما أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها.

### المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للحضانة

سنحاول التعرض في هذا المطلب الى دعاوى الحضانة المدنية دون الدعاوى الجزائية و لا يمكن أن نخرج عن احدى الفرضيات الآتية:

فصاحب دعوى الحضانة إما أن يطالب بها لنفسه أو يطالب بإسقاطها عن غيره، كما يمكن لمن صدر الحكم لصالحه بإسناد الحضانة أن يطلب تمديدها في حال انقضاء مدتها القانونية.

#### أولاً/ دعوى اسناد الحضانة:

يمكن لطالب الحضانة أن يقدم طلبه بصفة تبعية مرفقة بدعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع على اعتبارها أثر من آثارها و بصفة أصلية بموجب عريضة افتتاحية بدعوى مستقلة يمكن أن يرفعها كل شخص مؤهل للحضانة حسب نص المادة 64، و في كلتا الحالتين يكون القاضي ملزماً بالفصل في حضانة الأولاد متى تم فك الرابطة للأسباب المذكورة سابقاً<sup>10</sup>، و عليه أيضاً التأكد من توفر الشروط و الأحكام الواردة في المواد ( 62، 64)، من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أنه يُثار اشكال في حالة سكوت الخصوم عن إثارة مسألة إسناد الحضانة، فالقاضي يجد نفسه أمام أمرين، إما أن يتصدى للمسألة من تلقاء نفسه و بذلك يكون قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم أو يصدر حكمه دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقييداً بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه منه الخصوم<sup>11</sup>.

باعتبار أن الحضانة من النظام العام، فعلى القاضي أن يثير مسألة إسناد الحضانة من تلقاء نفسه و لو غفل عنها المعني بالأمر و الحكم يكون معيباً إذا نطق القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية دون إسناد الحضانة.

#### ثانياً/ دعوى تمديد الحضانة:

تنتهي الحضانة ببلوغ المحضون الذكر عشرة سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج 19 سنة، و يكون للمحضون بعد هذه السن حق الاختيار مع أي شخص يعيش معه، كما لا يحق لأي شخص آخر ممن لهم حق الحضانة رفع دعوى المطالبة بالحضانة، إلا ان المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري جاءت باستثناء خلاف الأصل العام التي نصت على أنه يجوز تمديد حضانة الذكر الى سن 16 سنة و هو حق خالص للأم الحاضنة دون غيرها ما لم تتزوج بحيث يمكن لها أن تتقدم بدعوى أمام المحكمة تطلب فيها تمديد حضانة ولدها الذكر البالغ عشر سنوات<sup>12</sup>.

و بمفهوم المخالفة حسب نص المادة المذكورة (65)، لا يجوز للأم و لا لغيرها طلب تمديد حضانة الأنثى المحضونة مطلقاً بعد بلوغها سن الزواج.

#### ثالثاً/ دعوى إسقاط الحضانة:

منح المشرع الجزائري حق الحضانة للأشخاص الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، و اشترط لصحة ذلك شروط معينة، فإذا اختل شرط منها يحق للمعني صاحب الحق أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة بصفة إلزامية حيث تكون أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالباً ما تكون تبعية لدعوى الطلاق .

فماهي الحالات التي تؤدي الى المطالبة بإسقاط الحضانة؟.

### 1- سقوط الحضانة بالزواج من أجنبي أو التنازل عنها:

نلاحظ أن هناك تذبذبا في قرارات المحكمة العليا بشأن زواج الحاضنة من شخص أجنبي عن المحضون هل يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري؟، و هل يحق لها المطالبة بالمحضون بعد طلاقها أم لا؟، و بالخصوص إذا كان استرجاع حق الحضانة مقرون بزوال سبب سقوطه حسب المادة 71 من قانون الاسرة الجزائري، و أما التنازل عن الحضانة فهو مقيّد بعدم الإضرار بمصلحة المحضون.

### 2- اختلال الشروط المنصوص عليها في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري:

سواء ما تعلق منها بأهلية الحاضن أو أحد التزامات الحضانة و واجباتها، غير أن نص المادة المتعلق بسقوط حق الحاضن لاختلال الشروط المذكورة، هل يكون بقوة القانون أم لا بد من حكم قضائي لإثبات وجود حالة الإسقاط؟ و هل يجب أن تحرك الدعوى ممن لهم الصفة فقط أم تستطيع النيابة العامة تحريك الدعوى بمجرد علمها؟.

### 3- إذا لم يطالب بها من له الحق في الحضانة مدّة تزيد عن سنة دون عذر:

نلاحظ ان المشرع لم يحدد تاريخ سريان مدة السنة بالرغم من أنه استمد نص المادة من المذهب المالكي و الذي حدد تاريخ سريان مدة السنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة<sup>13</sup>.

### 4- سقوط الحضانة عن الجدّة و الحالة:

حسب نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري تسقط الحضانة عن الجدّة و الحالة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم، و تجدر الإشارة هنا الى أن المشرع الجزائري لم يبيّن مراده من حصر سبب سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم في الجدّة و الحالة دون بقية اصحاب الحق في الحضانة الآخرين الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري.

### رابعا/ دعوى استرداد الحضانة:

و يقصد بها كل دعوى ترفع بهدف إعادة حق الحضانة الى من سبق و سقطت عنه، كلما زال سبب سقوطها غير الاختياري حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المشرع لم يفرّق بين حالات سقوط الحضانة الاختياري و حالات سقوط الحضانة غير الاختياري في الحالات المذكورة سابقا بل ترك الأمر للاجتهاد القضائي، و هنا تجدر الإشارة الى أن عودة حق الحضانة الى من كان أهلا لها و سقطت عنه لا تكون إلا بموجب حكم قضائي.

### المبحث الثاني: الاشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق احكام الحضانة

لقد رتب المشرع الجزائري آثار قانونية لممارسة الحضانة إلا أنه من خلال الممارسة القضائية قد تثار اشكالات منها:

#### المطلب الاول: الاشكالات القانونية المتعلقة بممارسة الحضانة

تعتبر كل من النفقة و الزيارة من آثار اسناد الحضانة و هي حقوق أقرها المشرع إلا أن هناك بعض الاشكالات تظهر خلال الممارسة، فطبقا للمادة 65 من قانون الأسرة الجزائري تنقضي الحضانة بالنسبة للذكور في سن 16،

حيث يثار إشكال في حالة ما إذا تقاعس الأب عن دفع النفقة الواجبة عليه بعد انقضاء الحضانة و عدم توافر الأهلية للطفل للمطالبة بالحقوق أمام القضاء، فمن يتولى رفع الدعوى باسم القاصر؟.

و حسب نص المادة 02/64، فقد أوجب المشرع على القاضي عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة الى أحد الوالدين أو الى غيرها ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية أن يحكم بحق الزيارة للمحضون من تلقاء نفسه و لو لم يطلب من له الحق ذلك<sup>14</sup>، و يكون الحكم معيبا إذا نطق بالحكم بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة و منطلق ذلك أنه تكريس لمبدأ مصلحة المحضون.

و لكن الملاحظ أن حق الزيارة ممارسة يكون محصورا على الأب و الأم و دون غيرهم، فهل يمكن أن يتعدى حق الزيارة الى غير الأب و الأم ممن لهم مصلحة مراعاة المحضون كالجد و العم و الخال، و قد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بحق الزيارة للجد<sup>15</sup>.

و مما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد وقت الزيارة و مكانها و مدتها و لا الحالات التي تسقط فيها بل ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

و كما هو معروف أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرها يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه المحضون بالغير و لكن الإشكال المطروح إذا قام المحضون بتصرف غير قانوني ألحق به ضررا بالغير أثناء وجوده مع المحكوم له بحق الزيارة، فمن هو المسؤول الحاضر أم الشخص الذي استعمل الحق في ممارسة الزيارة؟.

يرى عبد العزيز سعد أن المسؤول عن تصرفات المحضون في هذه الحالة هو الشخص الذي استعمل الحق في الزيارة المحكوم له بما قضاء لأن المحضون كان تحت سلطته الفعلية و رقبته<sup>16</sup>.

### المطلب الثاني الاشكالات القانونية المتعلقة بتقدير مصلحة المحضون.

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من القواعد و الضوابط التي يستطيع القاضي من خلالها تحقيق أهداف الحضانة و أهم هذه القواعد، قاعدة مراعاة مصلحة المحضون و قد حظيت هذه القاعدة باهتمام كبير الى درجة أنها أصبحت المعيار الوحيد الذي يفصل القاضي على أساسه في كل ما يتعلق بالحضانة، إما بإسنادها لمن يستحقها أو إسقاطها أو تمديدتها و هذا بناء على سلطنة التقديرية.

و تقدير مصلحة المضمون تعتبر إحدى إشكاليات دعوى الحضانة المعقدة لأنها مسألة مرنة و نسبية لا قواعد ثابتة لها، لهذا لم يتم تحديد مفهوم معين لها و ذلك لتغيرها بتغير الظروف و الاحوال و العادات و الزمان و المكان و بالتالي ترك المشرع الحرية للقاضي في تقديرها و تفسيرها حسب كل حالة و كل ظرف و كذلك حسب الوقائع المعروضة أمامه في كل دعوى على حدة حيث ينظر القاضي الى مصلحة كل طفل لوحده فهي تختلف من طفل لآخر بحسب الظروف و الصنف و الجنس و ما يصلح في وقت قد لا يصلح في وقت آخر.

و لكي يتمكن القاضي من تقدير المصلحة بصفة دقيقة خوّله المشرع سلطات حيث يمكنه أن يلجأ الى عدة وسائل كإجراء تحقيق و سماع الشهود و الاستعانة بخبراء و غيرها<sup>17</sup> و ذلك لتكوين قناعته بما هو صالح للمحضون.

و على الرغم من الاهتمام الذي حظيت به الحضانة وكذا التوسع و المرونة التي تركها المشرع للقاضي في تقدير مصلحة المحضون، إلا أن هناك بعض النقاط التي يجب إعادة النظر فيها و هذا مراعاة لمصلحة المحضون، حيث أغفل المشرع الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة و كان عليه النص على مصير الطفل بعد ذلك، هذا بالإضافة الى التقصير الملاحظ في تحديد شروط مستحقي الحضانة بشكل دقيق ليتسنى للقاضي تحديد مصلحة المحضون.

كما أن المشرع لم يبيّن ما هو الحل إذا تعدّد مستحقي الحضانة من درجة واحدة او في حالة تخليهم عن الحضانة جميعا.

و أما في المادة 65 من قانون الاسرة الجزائري و التي تنص على انتهاء الحضانة و تحديد و تمديد حضانة الطفل الذكر الذي أتم 10 سنوات الى غاية 16 سنة، حصر طلب التمديد على الأم فقط دون غيرها من الحاضنين بحيث لا يمكن لأحد آخر طلب التمديد، و عليه لا يمكن للقاضي الحكم بتمديد الحضانة إذا كان المحضون عند شخص آخر غير الأم حتى و لو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد.

### المطلب الثالث: الاشكالات القانونية المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط.

يعتبر موضوع إسناد حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط من أهم المواضيع القانونية و أدقها لما تنثيره من إشكالات حادة، منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة في إطار الزواج المختلط وبالخصوص في ظل غياب نص قانوني و هو ما فسخ المجال للاجتهاد القضائي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عند محاولة البت في تنازع القوانين في مسائل الحضانة و لا يتوقف الأمر عند هذا الإشكال بل يمتد الى الآثار القانونية المترتبة عن إسناد الحضانة كإشكالات ممارسة حق الزيارة و كذا تنفيذ الأحكام و القرارات المتعلقة بممارسة حق الحضانة في دولة التنفيذ.

و قد اعتمد المشرع الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على قانون الجنسية<sup>18</sup>، إلا أنه قد تعترض القاضي عند تطبيق قاعدة الإسناد على منازعات الحضانة بعض الصعوبات كإعدام الجنسية أو تعددها أو تغييرها و التخلي عنها خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد تحكم منازعات الحضانة لضمان مصلحة المحضون، و بهذا الرأي و هو عدم تكريس قاعدة إسناد الحضانة أخذت معظم التشريعات حيث ألحقت الحضانة بالقانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج وقت رفع الدعوى و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري، إذا أدرج المواد (62-72) من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق حيث يفهم منه أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج و بالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى<sup>19</sup>، و يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً و قد انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من قانون المدني الجزائري<sup>20</sup>، و بالرغم من الحلول المستقرة في مجال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا و التي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري، هذا بالإضافة الى الاتفاقيات المبرمة بهذا الشأن، إلا أن هذه الإجراءات غير كافية، بل يجب على المشرع الجزائري وضع ضابط إسناد يضبط مسألة الحضانة مع منح القاضي مجالا واسعا لتطبيق القانون الأفضل للطفل لضمان مصلحة المحضون.

## خاتمة:

بعد استعراض وجهات النظر المتعددة لمسألة الحضانة حسب مفهوم القانون الجزائري و أهم تطبيقاتها في المحاكم و المجالس القضائية و محاولة المشرع قدر الامكان تطبيق و تسييج موضوع الحضانة بسياج منيع من الاحكام و النصوص القانونية و منح سلطات واسعة لقاضي شؤون الأسرة، داخل دائرة القاعدة القانونية أو خارج نطاقها، إلا أن هناك الكثير من الثغرات التي ظهرت خلال التطبيق القضائي.

و قد أصاب المشرع الجزائري حين عرّف الحضانة من خلال أهدافها فحدّد نطاقها و وظائفها الرئيسية، و عليه يتعين على قضاة شؤون الأسرة مراعاة كل الجوانب و الأهداف التي تضمنها هذا التعريف عند الفصل في مسألة إسناد الحضانة و خصوصا ما تعلق منها بحق الزيارة الممنوح قانونا حيث أن هناك بعض الآباء يهملون هذا الحق/ الواجب، فيجب على المشرع تكريس حق الزيارة لمصلحة الطفل المحضون و إجبار الأب أو الأم على الأقل على ممارسة هذا الحق لتجسيد الهدف الفعلي من ممارسة حق الزيارة.

كذلك يجب احاطة مصلحة المحضون بضوابط و معايير لفك الاشتباك الحاصل بين الوالدين و يكون الطفل ضحيته حيث يتحول الى ساحة معركة و خصوصا إذا كان الزواج مختلطا مع الفراغ التشريعي الحاصل حيث لم يخص المشرع مسألة الحضانة في الزواج المختلط بقاعدة اسناد صريحة.

## الهوامش

- 1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب الحاء و النون، 73/3.
- 2 - الكاساني، بدائع الصنائع، 131/8، الدسوقي، الحاشية، 378/10، النووي، روضة الطالبين، 504/06.
- 3 - المرادوي، الانصاف، 425/24.
- 4 - حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2000، ص 1153.
- 5 - القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في فيفري 2005، ح، ر، ع 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.
- 6 - عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 139.
- 7 - سار المشرع الجزائري قبل التعديل بموجب الأمر 02/05 وفق ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة، الحنفية، المالكية، الشافعية، و الحنابلة، حيث رتب المستحقين لها ابتداء بجهة الأم ثم جهة الأب ثم الأقربون درجة.
- 8 - القرار رقم 274583 الصادر بتاريخ 2001/12/26.
- 9 - ابن قدامة، المغني.
- 10 - نسرين إناس عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص 141.
- 11 - المرجع نفسه، ص 124، 125.
- 12 - المرجع نفسه، ص 143.
- 13 - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، تلمسان، 2005، ص 504.
- 14 - نورة منصوري، التطبيق و الخلع وفق الشريعة و القانون، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 98، 99.
- 15 - المجلة القضائية، القرار رقم 214290، الصادر بتاريخ 198/12/15، عدد خاص، 2001، ص 192.
- 16 - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 165.
- 17 - نسرين إناس عصمان، مرجع سابق، ص 165.
- 18 - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، تنازع القوانين، ط3، دار هومة، 2011، ص (139، 140).
- 19 - إسماعيل محمد، القانون الدولي الخاص، ج 1، تنازع القوانين، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 231.