

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب(ة): حليلة كرميش

تحت عنوان

مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا

مشرفا و مقرا

مناقشا

جامعة المسيلة

جامعة المسيلة

جامعة المسيلة

د/ محمد مقيرش

السنة الجامعية: 2019 /2018

شكر وتقدير :

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين .

إنه لمن دواعي سروري أن أتقدم بالشكر الجزيل المفعم بالمحبة والاحترام إلى
الأستاذ الفاضل الدكتور " مقيرش محمد " على ما تفضل به من إشراف
وتوجيه

والشكر الجزيل إلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة
كما أخص بالشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة
كما أتقدم بالشكر لكل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذه المذكرة

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

وبعد

في البداية لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل والتحية العطرة الخالصة للوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى من قال الله تعالى في حقهما "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا "

إلى جوهرة قلبي ومنبع الحنان أي الغالية

إلى رمز الكفاح والصبر والدي العزيز

إلى إخوتي وأخواتي

إلى جميع أساتذة كلية الحقوق

إلى الأصدقاء

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم الحقوق

حليمة

مفتمه

مقدمة :

لقد اعتنت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين برعاية الصغير وحمايته والعناية به وتوفير كل ما يكفل له حياة كريمة بعيدا عن كل ما قد يؤثر على حياته وذلك لأن الصغير هو النواة الأساسية للأسرة والتي بصلاحتها تصلح الأسرة والمجتمع ، ولهذا فقد أقر وجملة من الحقوق التي تثبت له من وقت خروجه من بطن أمه حتى بلوغه السن التي يمكن له فيها الاعتماد على نفسه والاستغناء عن مساعدة الغير ، ولعل من أبرز هذه الحقوق حق الإرث والوصية والنسب والرضاع والنفقة والحضانة .

كما يعتبر حق الحضانة من أهم الحقوق التي تؤثر في حياة الطفل سلبا و إيجابا نظرا لما لهذا الحق من أهمية بالغة في حفظ الصغير ورعايته والقيام بشؤونه التي لا يستطيع القيام بها بمفرده .

ولا إشكال في هذا الحق ما دامت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين إذ يعيش الصغير في كنف والديه وتحت رعايتهما وهي الفطرة التي فطر الله عزوجل الناس عليها ، باعتبار أن والديه يقومان بحفظه حتى يبلغ ويصبح قادرا على الاعتماد على نفسه.

إلا أن الإشكال يثور عند افتراق الزوجين وانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بطلاق أو فرقة ، فتبرز هنا مشكلة على درجة كبيرة من الأهمية ألا وهي مشكلة العناية به وغالبا ما يتنازع الوالدين على حضانة الصغير كل منهما يريد ضمه إليه.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري قواعد خاصة بحضانة الصغير بما يحقق مصلحته وبعيدا عن كل ما قد يؤثر سلبا على حياته وتكوينه .

أهمية الموضوع :

- تكمن أهمية البحث في موضوع : " مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري " في :

- أن الطفل هو أساس المجتمع لذلك يجب أن ينشأ نشأة صحيحة حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع .
- تكمن أهمية الموضوع أيضا بأن الحضانة أمر ضروري للطفل لحماية مصالحه ولذلك أولاه القانون والقضاء و كذا الشريعة الإسلامية أهمية بالغة .
- كما أن مصلحة المحضون في كل من الشريعة والقانون تسعى إلى تأمين حاجات الطفل الأساسية التي تساعد في العيش حياة سعيدة وكريمة .

أسباب اختيار الموضوع :

- معرفة أسباب انتهاك حقوق المحضون وأهم الإشكالات التي تعترض تطبيق مصلحة المحضون رغم حماية الشريعة الإسلامية وكذا القوانين لمصالحه .
- معرفة الأساس الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تحديد شروط الحاضنين وترتيب أصحاب الحق في الحضانة وأسباب سقوطها وعودتها .

أهداف الموضوع :

- معرفة أهم الطرق و الإجراءات التي يتخذها كل من الشريعة الإسلامية والقانون لحماية مصلحة المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة .
- دعوة الأولياء إلى التفكير ماليا قبل اتخاذ أي خطوة في الانفصال في مصير الأبناء.
- معرفة الوضعية الصعبة التي يعيشها بعض الأطفال بسبب افتراق والديهم والصراع فيما بينهم حول الحضانة وما يسود هذا النزاع من جو متوتر وسلبي على حياتهم .
- الحرص على أن يستوفي كل طفل حقه في الرعاية والتربية كبقية الأطفال .

الصعوبات:

- نقص المراجع المتخصصة التي تتعلق بمصلحة المحضون .

- وجود تقاطع كبير في العناصر التي قد تناولتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري باعتبار أن معظم قوانينه مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية .

الإشكالية المطروحة :

الدراسة هذا الموضوع يجب التطرق أولاً إلى الأسئلة التالية :

ما هو الأساس التي اعتمدت عليه كل من الشريعة و القانون لتحديد مصلحة المحضون؟
والى أي مدى وفق قانون الأسرة الجزائري في حماية مصلحة المحضون؟ وهل تجسدت تلك الحماية فعلا ؟

وعليه فالإشكالية المطروحة هي :

ما هي المعايير التي اعتمد عليها كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تقدير مصلحة المحضون ؟

المنهج المتبع :

إن المنهج المتبع من خلال دراستي لموضوع مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري هو المنهج التحليلي والمنهج الوصفي بالإضافة إلى أنني قد استعنت بالمنهج المقارن .

ولذلك سأتناول هذا الموضوع وفقاً للخطة التالية :

مقدمة : ويتم فيها عرض كل ما يتعلق بالموضوع مع بيان أسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه . ثم قسمت البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : بعنوان الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون ويضم ثلاث مباحث

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون .

المبحث الثاني : مصلحة المحضون فيما تعلق بآثار الحضانة

المبحث الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون

الفصل الثاني : بعنوان مصلحة المحضون على ضوء القضاء وأبرز إشكالاته ويضم ثلاث
مباحث :

المبحث الأول : التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون

المبحث الثاني : الإشكالات المتعلقة بمصلحة المحضون

وأخيرا ينتهي البحث بخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها .

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون

المطلب الأول : مفهوم مصلحة المحضون

الفرع الأول : تعريف المحضون

المطلب الثاني : تمييز الحضانة عما شباهاها

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الولاية القانونية

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الكفالة

المبحث الثاني : مصلحة المحضون فيما يتعلق بأثار الحضانة

المطلب الأول: نفقة المحضون ومسكن الحاضنة.

الفرع الأول: نفقة المحضون

الفرع الثاني: مسكن الحضانة

المطلب الثاني : حق الزيارة والولاية

الفرع الأول : حق الزيارة

الفرع الثاني: حق الولاية:

المطلب الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادة 66 ق أ ج

الفرع الثاني : أسباب السقوط الواردة في المادتين 62 و 68 ق إ ج

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن انحلال الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق ، و الهدف منها هو البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه . ومن هنا عدت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية حيث حضي مفهوم مصلحة المحضون عناية الفقه والتشريع والقضاء ، وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به.

فإذا كانت الحياة الزوجية قائمة فإن ذلك لا يطرح إشكالا كون الوالدين يباشران معا تربية الأطفال ، و لكن يطرح الإشكال في حالة الطلاق عند التنازع على حضانة الأولاد لمن تكون أولوية رعايتهم بل هل يتوفر الشخص على الشروط اللازمة بما يتوافق مع مصلحة المحضون . وقد كانت الأسبقية للشريعة الإسلامية في وضع نصوص تشريعية تكفل هؤلاء الأطفال جراء انفصال والديهم و تضمن رعايتهم و حفظهم وتسيير شؤونهم .

كما خصص المشرع الجزائري عدة مواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة الجزائري و هي بدورها تكفل مجموعة من الحقوق الطفل المحضون في هذه المرحلة الحساسة من حياته .

ومن خلال هذا الفصل سأحاول تبيان المقصود بمصلحة المحضون من خلال تعريف المحضون، الحضانة ، و أخيرا المصلحة بالإضافة إلى تمييز الحضانة عما يشبهها من ولاية على النفس ، كفالة ، وصاية . ثم تطرقت إلى الشروط الواجب توافرها في الحاضن الاستحقاق الحضانة كي يكون قادرا على الاعتناء بالطفل الصغير، كما سأوضح ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون

إن تعريف مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة ثم تعريف الحضانة بالإضافة إلى تعريف المصلحة التي يجب حمايتها. مما يتطلب أيضا تمييز الحضانة عن ما يشبهها من ولاية و كفالة و وصاية لذلك يقسم هذا المبحث إلى مطلبين : مفهوم مصلحة المحضون المطلب الأول)، تمييز الحضانة عما يشبهها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم مصلحة المحضون

إن الحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن إقامة مصالحه و تدبير شؤونه ، واحتياجه إلى من يقوم له بهذه الأمور و يتعهد بالعناية و الرعاية حتى يشب و يصبح قادرا على القيام بأمر نفسه من أجل الحفاظ عليه من التشرذ و الضياع ، حيث تتحدد مدتها بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقا لمصلحته لذلك يقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع : تعريف المحضون الفرع الأول)، تعريف الحضانة (الفرع الثاني)، تعريف المصلحة (الفرع الثالث)، تعريف مصلحة المحضون (الفرع الرابع) .

الفرع الأول : تعريف المحضون

أولا : تعريف المحضون لغة

المحضون يطلق على الطفل والطفلة الصغيران و الجمع أطفال و لذلك قيل يدعى طفلا حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم¹.

كما يعرف أيضا : بأنه المولود حتى البلوغ².

¹ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور، لسان العرب ، ط1 ، دار صادر ، بيروت ، المجلد التاسع، ص 12.

² - المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، ط1 ، الجزء الأول ، 1980 ، ص 408 .

ثانيا : تعرف المحضون شرعا:

الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة لقوله تعالى : " ثم يخرجكم طفلا " .¹
وتمتد هذه المرحلة إلى مرحلة البلوغ.

ثالثا : تعريف المحضون قانونا

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري المحضون لكن بالرجوع إلى نص القانون المدني نجدها
قد حددت سن الرشد ب 19 سنة كاملة .²

أي أن المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو كبير،
مجنون أو معتوه ، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه ، أما البالغ الرشيد فلا حضانة
عليه.³

كما ورد تعريف الطفل في اتفاقية حقوق الطفل في المادة 01 الجزء الأول " الطفل هو
كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة (الثامنة عشر) ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون
المطبق عليه " .⁴

إذن و من خلال ما سبق فالمحضون هو الطفل الصغير من وقت خروجه من بطن أمه
إلى أن يصبح صبيا قادر على الاهتمام بنفسه و التكفل بشؤونه .

المطلب الثاني : تمييز الحضانة عما شباها

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الولاية القانونية

تتخذ الولاية القانونية صورتين ولاية على النفس وولاية على المال .

¹ - سورة غافر الآية 28 .

² - المادة 40فقرة 02 من القانون المدني 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم وفقا للأمر رقم 27 يونيو 2005 ..

³ - عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص358.

⁴ - وفاء مرزوق حماية الطفل في ظل الاتفاقية ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية سوريا ، 2010، ص140.

1. الولاية على النفس :

تشبه الحضانة إذ تسمى ولاية التربية والحفظ وتثبت للولد منذ ولادته حيا ، وتستمر إلى سن البلوغ النفسي وتشمل الإرضاع والحضانة. وجعل الله سبحانه وتعالى ولاية تربية الصغير وحفظه لمن هو أشفق عليه، وهما الأبوان أو من يقوم مقامهما ، ووزع الأعباء عليهما فيما يصلح له ويتناسب مع طبيعته ويحقق به مصلحة الصغير، من غير ضرر ولا ضرار، لقوله تعالى "لا تضار والدة بولدها ولا مولود بولده"، والولاية على النفس تشمل تسميات فرعية هي الحضانة والكفالة وهي أشمل لأنها تعد ولاية تربية وحفظ.¹

2. الولاية على المال:

تثبت الولاية بقوة القانون مباشرة دون تدخل المحكمة فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة ، ويتفرع عن ذلك عدم جواز التخلي عن الولاية إلا بإذن المحكمة ، فللولي أن يطلب إقالته من الولاية إذا كان في ظروفه ما يقتضي ذلك كمرض أو كبر سن أو عدم دراية، والمحكمة لها مطلق السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلب التنحي بعد أن تمحص الأسباب التي بني عليها. ولا تثبت للولي الولاية على مال القاصر إلا إذا كانت تتوافر لديه الأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية . ويجب الحصول على إذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال فلا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي بإذن المحكمة. وعدم حصول الولي على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الوالي غير نافذ في حق الصغير.. كما أن هناك حالات توقف الولاية ومنها ما يكون قضائيا، كحالة اعتبار الولي غائبا، أو في حالة إعتقال الولي تنفيذا لعقوبة جنائية، أو لحبسه مدة تزيد عن سنة، وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصيا لإدارة أموال القاصر.

¹ - عبد الرحمان الشواربي ، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2001، ص 391.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري في مواده على الولاية على المال وذلك من المواد من 87 إلى 91 منه.¹

وأسندت الولاية على مال الصغير لأبيه، و في حال وفاته أو فقده أو سقوط السلطة الأبوية عليه تحل محله الأم في إدارة أموال الصغير حيث قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضاوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب ودون إثبات مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون.²

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الكفالة

نقصد بالكفالة لغة الضم، وذلك كقوله عز وجل: "وكفلها زكريا".

أما معناها شرعا فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس، أو دين، أو عين، أو عمل، وهذا التعريف خاص بفقهاء الأحناف، أما باقي الأئمة فيعرفونها بأنه "ضم الذمتين في المطالبة والدين ولها أسماء أخرى فهي تسمى بالجمالة والزعامة.

ولها أنواع : كفالة بالنفس، وكفالة بالمال.³

كفالة بالنفس : وهي تعرف بضمان الوجه، وهي التزام بإحضار الشخص المكفول إلى المكفول له . * كفالة المال: وهي يلتزم فيها الكفيل بالتزاما ماليا وهي نوعين: كفالة بالدين وكفالة بالعين.⁴ و ما يهمنا هنا هو التفريق بين الحضانة والكفالة المنصوص عليها قانونا في قانون الأسرة الجزائري في مواد 16 إلى 125 منه.

¹- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 598

²- ملف رقم 176515 قرار بتاريخ 14-01-2009، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009، ص 265

³- د. عبد الرحمان الشواربي، المرجع سابق، ص 934

⁴- العربي بالحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 265.

فالكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي. وعلى هذا فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه . إذ تمنح الكفالة بناء على طلب المعني، وتكون سواء أمام قاضي شؤون الأسرة أو الموثق، فهي إختيارية وليست إجبارية، كما أن الكافل يكفل من ليس إننا له، فالطفل المكفول قد يكون ابنا شرعيا يتولى الكافل رعايته على وجه التبرع بموافقة أبويه، وقد يكون طفلا مجهول النسب، بينما نجد أن الحاضن يقوم بحضانة ابنه بعد انتهاء العلاقة الزوجية .

المبحث الثاني : مصلحة المحضون فيما يتعلق بأثار الحضانة

المطلب الأول: نفقة المحضون ومسكن الحاضنة.

إن انحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها شرعا وقانونا، وينتج عن ذلك آثار وحقوق تتطلبها ممارسة الحضانة وذلك مراعاة لمصلحة المحضون لكي ينشأ نشأة سليمة وتتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: نفقة المحضون

لقد نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم في تعريفها للنفقة على أنها تشمل: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج... الخ وهي واجبة على الأب باعتباره صاحب الولاية على المال شرعا وقانونا وهو ما نصت عليه المادة 75 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا آفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

واستنادا عليه تجب نفقة الأولاد على الأب ما لم يكن لهم مال وتجب التفرقة بين الحالات

التالية:

- بالنسبة للذكور تجب نفقة الولد على الأب إلى غاية بلوغه سن الرشد وسن الرشد في القانون هو 19 سنة ميلادية كاملة، وحتى عند بلوغه تلك السن يبقى الأب ملزما بالنفقة إن كان الولد عاجزا عن الكسب بسبب مرض عقلي أو بدني أو يكون مزاولا للدراسة.

- بالنسبة للإناث تمتد النفقة الواجبة على الأب إلى غاية الدخول أي زواج البنت ودخول زوجها بها حتى ولو كانت غير بالغة لسن الرشد القانونية كأن تتزوج في سن السادس عشرة بعد الترخيص لها من طرف القاضي بالزواج.¹

- تسقط نفقة الذكور والإناث معا بالاستغناء عنها بالكسب.

- وينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان معسرا أو عاجزا عن النفقة وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بنصها: «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك».

فالأصل أن واجب الإنفاق يقع على الأب حتى ولو كانت الأم ميسورة الحال إلا أنه في حالة ثبوت عجز الأب (ويقصد بالعجز عدم القدرة التامة على الكسب لا لمجرد إعساره أو فقره) وكانت الأم قادرة على الإنفاق هنا يصبح من الواجب عليها الإنفاق ويسقط واجب الأب في الاتفاق.

وإذا كنا بصدد عجز الأب وكانت الأم غير قادرة فإن واجب النفقة ينتقل إلى أقارب الأولاد الآخرين. وعن قيمة النفقة: فالأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة لحكم قضائي لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذا الحق بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة ممارسة الحضانة على الطفل إلا بالإنفاق عليه وبهذا الصدد نصت المادة "79" من نفس القانون: «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم» فلا مانع من اتخاذ هذه المعايير في تقدير النفقة إلا أنه يجب من جهة أخرى مراعاة أو الأخذ بعين الاعتبار احتياجات هذا الأخير.

¹- الحسين بن الشيع اش مطويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومه، بوزريعة الجزائر، طبعة 2005، ص53.

وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه "أنه على قضاة الموضوع مناقشة الحالة المادية للأب عند تحديدهم النفقة الغذائية الخاصة بالابن المحضون، خاصة وأن النفقة الغذائية للمحضون تبقى مستمرة إلى أمد بعيد ولا تزول بالسقوط الشرعي للحضانة".¹

كما أقرت المحكمة العليا أيضا في قرار آخر لها أن المنحة العائلية هي حق للمحضون أيضا يقبضها من له الحق في الحضانة فجاء في حيثياتها أنه: " من المعمول قانونا أن المنحة العائلية تدفع بقوة القانون للأم الحاضنة لأبنائها ولا يوجد نص قانوني يحرمها من ذلك مهما كان مبلغ النفقة الذي تتقاضاه طالما هي حاضنة لأن المنحة العائلية شرعت لفائدة الأبناء قصد الترفيه عنهم والإنفاق عليهم".²

كما أكدت المحكمة العليا في قرار آخر لها أن الشهادة الصادرة عن البلدية والمقدمة من طرف الطاعن لا يمكن الأخذ بها كدليل عن وضعيته أنه عاطل عن العمل لأن هذه الشهادة تصادق فقط على إمضاء الشاهدين.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون التونسي قد أنشأ صندوقا لضمان النفقة في حال تعذر تنفيذ الحكم القاضي بها ذلك بموجب القانون الصادر في 1981 الذي أضاف إلى مجلة الأحوال الشخصية المادة "53" مكرر التي تنص: «يتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باثة وتعذر تنفيذها لصالح المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلذذه ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها».

*وهناك مسألة أخرى يجب التطرق لها فبالرغم من المشرع الجزائري نص على نفقة المحضون إلا أنه لم يتطرق إلى أجره الحاضنة مما يستلزم علينا حسب المادة "222" من قانون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى الفقه نجده غير مستقر على رأي واحد:

¹-قرار المحكمة العليا، رقم 343907، بتاريخ 2006/06/14.

²-قرار المحكمة العليا، رقم 356900، بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006، ص 485.

قبل عرض موقف الفقهاء وجب التفريق فيما إذا كانت الحاضنة أما للمحضون أو غيرها، فإذا قامت الأم بالحضانة أثناء قيام الزوجية أو في مدة العدة فإنها لا تستحق أجره على ذلك وهذا باتفاق جميع الأئمة، لأن الزوج يقوم بالإفراق عليها لاحتباسها من أجله كما أن قيامها بالحضانة يعد من جملة قيامها بحقوق الزوجية.

أما إذا انقضت عدة الطلاق وأصبحت الأم أجنبية عن والد المحضون فلها أجره الحضانة لأنها لا تستحق نفقة على الأب حينئذ وقد حبست نفسها للقيام بالحضانة وتصبح كغيرها من الحواضن ومن حبس نفسه للقيام بعمل استحق أجره عليه وهذا رأي الأحناف والشافعية والحنابلة. في حين يذهب المالكية في قول آخر إلى أنها لا تستحق أجره للحضانة وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها له على أساس أن الحضانة حق للمحضون وإذا كانت حقا على الحاضنة فهي مدينة بهذا الحق والمدين لا يتقاضى أجرا على الوفاء بدينه.

ومن هنا ينبغي التفرقة بين استحقاق أجره الحضانة وبين استحقاق الأم المعسرة النفقة من مال الصغير، فاستحقاقها في الحالة الأخيرة ليس على أنها أجره حضانة ولكن على أنها نفقة واجبة من ماله ولو لم تحضنه.¹

وعن موقف القضاء الجزائري في هذه المسألة فإننا لم نجد له تطبيقات كثيرة إلا أنه مؤخرا صدر قرار جاء في حيثياته «أن الحكم بأجره شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في موطنها، حتى لو لم يكن ينص عليها القانون الجزائري لأن في ذلك تشجيع لها ودفع للقيام بشؤون محضونها بكل ما تملك من جهد».²

¹- عبد الله أحمد هلال، مرجع سابق، ص 659.

²- قرار المحكمة العليا، رقم 355718، بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2006، ص 477.

ويكون بذلك القضاء الجزائري قد رجع رأي الجمهور القائل باستحقاق أجره على الحضانة. وما تجدر الإشارة إليه أنه يسري مفعول نفقة المحضون من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.¹

وبعد ما وضعنا ما يخص نفقة المحضون وأجرة الحاضنة يجدر بنا أن نتعرض إلى مسألة مسكن الحضانة وهو المكان الذي لا بد من وجوده لممارسة حضانة الأبناء.

الفرع الثاني: مسكن الحضانة

يعتبر السكن من مشتقات النفقة ولقد ألزمت المادة "72" المعدلة بالأمر 05-02 بوضوح وبصريح العبارة الأب بأن يوفر سكنا لممارسة الحضانة فيه وإن تعذر ذلك فإنه يكلف بدفع بدل الإيجار وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه أن: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى لو كان للحاضنة سكن² على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى أن ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن " الفقرة الثانية من نفس المادة.

وبناءً عليه من حق الحاضنة المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة عملاً بالمادة "72" والذي على إثر التعديل الذي جاء فيها بموجب الأمر 05-02 فإن تطبيقها لا يتوقف على أي شرط معين وبالتالي فهو حق مخول لها قانوناً خلافاً لما كان ينص عليه في نفس المادة قبل التعديل، والأب ملزم به مهما كانت ظروفه المادية والاجتماعية فهذه الأخيرة ليس من شأنها حرمان الحاضنة من حقها في المطالبة به.³

¹-قرار المحكمة العليا، رقم 41473، بتاريخ 1986/05/05، مأخوذ من بلحاج العربي، والمرجع السابق، ص 338.

²-قرار المحكمة العليا، رقم 288072، بتاريخ 2002/07/31، م ق 2004، العدد 1، ص 285.

³-قرار مجلس قضاء، المسئلة رقم 163/ 08، الصادر في 2008/05/05.

كما أنه من المستقر عليه قضاءً أن طلب مسكن الحضانة أو دفع بدل الإيجار يجب أن يقدم أثناء دعوى الطلاق وإسناد الحضانة.¹ وهو ما أخذ به مجلس قضاء المسيلة في الاستئنافات المطروحة أمامه الرامية للمطالبة بالسكن أو بدل الإيجار كأول مرة.²

ويقصد المشرع بالسكن الملائم السكن الذي تتوافر فيه الوسائل المساعدة للعيش «المطبخ، الفراش، الكهرباء، غاز، ماء... الخ».

فبالرجوع للمادة "72" اشترط القانون على الأب أن يوفر سكناً ملائماً للحاضنة ذلك أن المسكن هو المجال أو الإطار الذي ينشأ فيه الطفل ويتربى فيه وهو المكان الذي يتطلب التحقيق - الهدف من الحضانة ومضمونها حسب المادة 62 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني : حق الزيارة والولاية

الفرع الأول : حق الزيارة

يتصل بالحضانة حق الزيارة أو الرؤية، سواء كانت زيارة الأب لولده وهو في حضانة النساء أو زيارة الأم لولدها إذا كان مع أبيه أو عاصب غير أبيه، وحكم هذه المسألة أن الولد إذا كان في حضانة الأم وأراد أبوه أن يراه فإنها لا تجبر على أن ترسله ليراه لكنها ملزمة على أن لا تمنعه من ذلك ويطبق على الأب نفس الحكم إذا كان حاضناً.³ والزيارة على العادة بمعنى أنها لا تكون يومياً بل يوماً أو يومين في كل عدد من الأيام لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوماً إذا كان منزلها قريباً.

أما إذا كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج، لأن هذا من حقه، فإن لم يأذن له فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله. لقد نصت المادة "64" من قانون الأسرة: «... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة

1-قرار المحكمة العليا، رقم 24184، بتاريخ 2008/12/02، م ق، سنة 1981، ص 90.

2-قرار مجلس قضاء المسيلة، رقم 158، بتاريخ 2009/03/30.

3-الإمام أبو زهرة، مرجع سابق ص 411.

أن يحكم بحق بالزيارة» ومفادها أن المشرع الجزائري ملزم في حالة إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه. فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم وبهذا الصدد نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا طالبا كلاهما الحضانة وكلاهما تمسك بالحضانة هنا على القاضي أن يسند الحضانة لأحدهما وفي المقابل يعطي للطرف الآخر حق الزيارة.

الحالة الثانية: إذا لم يطالب أي أحد منهما الحضانة وأدخلت القضية في النظر فهنا لا مانع على القاضي من إرجاع القضية للجدول وإعادة استدعاء الأطراف والفصل في حضانة الأولاد وبالتبعية حق الزيارة.

ونظرا للأهمية البالغة لإسناد الحضانة وبالتبعية لحق الزيارة فلقد حماها القانون ورتب عليها عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به حسب المادة "328" من قانون العقوبات بأن يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 20000 دج إلى 10000 دج الأب أو الأم أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أنها إلى من له الحق في المطالبة وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى لو وقع ذلك بغير تحايل ولا خوف" ويتم إثبات الامتناع عن التسليم بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ.

ولقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن زيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وهو حق له أيضا، وهو ليس مقيد أو مرتبط بسن معينة ولا بمدة معينة وعلى ذلك قامت المحكمة العليا بنقض القرار الذي حدد بدأ سريان حق الزيارة ببلوغ المحضون سن 4 سنوات.¹

¹-قرار المحكمة العليا رقم 350942 بتاريخ 2016/01/04، م ق، العدد الأول 2006، ص 455.

كما أكدت في قرار آخر لها أن قانون الأسرة لم يفرق بين من يستحقون الحضانة وبين من لهم حق الزيارة، بل أوجب على القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة دون تفريق بين الخالة أو الأم أو غيرها إذا تمسكوا بها.¹

وفيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن الزيارة حق لا يقيد إلا بما قيده القانون، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعمال حقه في الزيارة دون تضيق أو تقييد أو مراقبة والقضاء بغير ذلك يعد تجاوزا من القاضي في اختصاصه وتقييدا لحرية الأشخاص ومخالفة للقانون والشرع وهو ما أكدته المحكمة العليا وذلك بنقضها للقرار الصادر عن المجلس الذي قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج² وفي قرار آخر لها أنه من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة كونها أصبحت أجنبية عنه.³

الفرع الثاني: حق الولاية:

لقد جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة بحكم يمس بجوهر إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال محضونه في المادة "87" منه التي تنص في فقرتها الثالثة: " على أنه في حالة الطلاق تمنح الولاية من قبل القاضي إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة" وهذا من شأنه أن يضع حدا للمشاكل العديدة التي تعترض الحاضنة ولاسيما اشتراط إذن الأب في العديد من الحالات وبالتالي فإن الولاية بجميع أقسامها تنتقل إلى الأم في حالة الطلاق وإسناد الحضانة إليها وذلك بقوة القانون وتعطى للأم الحاضنة سلطة مباشرة وكاملة على الولد المحضون وتصبح الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة بموجب المادة "134" من القانون المدني.

¹-قرار المحكمة العليا رقم 258479 بتاريخ 2001/01/23، م ق، العدد الثاني 2001، ص 302.

²-قرار المحكمة العليا رقم 79891 بتاريخ 1990/04/30، م ق، العدد 1، ص 55.

³-قرار المحكمة العليا رقم 214290 بتاريخ 1998/12/15، إق، عدد خاص، ص 194.

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول لمجمل الأحكام المقررة للحضانة على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون سوف نتناول في المطلب الثاني أهم تطبيقاتها القضائية وذلك بعرض أهم الدعاوى المقررة لها قانونا.

المطلب الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون ولهذا حددوا شروطا معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلا لهذه المهمة ، وكذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية وخلقية وحفظ ، ولكن إذا حدث وأن اختلفت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى الشروط .

يؤدي سقوط الحضانة عن الحاضن إلى خروج المحضون من تحت يده ، وهذا الخروج مؤقت فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا ما زال سبب السقوط ، لكن إذا انتهت الحضانة ، فإن المحضون يخرج نهائيا من تحت الحاضن .

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادة 66 ق أ ج

لقد نص المشرع الجزائري على الحالات أو الأسباب التي تسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهذا ما يتم بيانه فيما يلي :

أولا : الأسباب الواردة في المادة 66 ق أ ج

تنص المادة 66 ق أ ج : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "

فمن نص المادة تبين لنا أن الحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل عنها .

للمشعر الجزائري حسب نص المادة 66 نجده قد اسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير نوي رحم محرم للمحضون مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون ، وعليه دائما أخذها بعين الاعتبار .

ولكن هذا السبب في السقوط يأخذ عليه بعض الاستثناءات .¹

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة
- كما أجاز المشعر الجزائري التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له ، ولكن قيد هذا التنازل بعدم الاضرار للمحضون وهذا ما جسده قرار المحكمة بتاريخ 1998/04/21 " من المقرر قانونا أنه لا ينتقيد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون " ²

الفرع الثاني : أسباب السقوط الواردة في المادتين 62 و 68 ق إ ج

نصت المادة 67 ق أ ج ³ على سقوط الحق في الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط المر.. شرعا في المادة 62 ق أ ج ، التي تبين نوع الرعاية والتربية والحماية والحفظ الواجبة للمحضون على العلى الحاضن فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية وافنقر للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه ، وحفظ صحته وخلفه سقط حقه في الحضانة .⁴

¹- بلقاسم أعراب ، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، الفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية) ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، العدد الأول ، 1994 ، ص 147.

²- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1998/04/21 ، ملف رقم 189234 ، مجلة قضائية ، عدد خاص ، ص 175.

³- تنص المادة 67 : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه ، ولا يكف لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، غير أنه يجب في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

⁴- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 142.

كما نصت المادة 68 ق أ ج حيث أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر وسقط حقه فيها .

وهذا يعني أن الطفل إذا كان موجودا في رعاية وكفالة خالته ، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلبوا حقهم في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر حق الحضانة يسقط حتما ¹.

أو عن زيادة النساء على الرجال وذلك بغية الاحضان لكلا الجنسين

- إن القانون الجزائري رخص تعدد الزوجات وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية بإضافة قيود كالإذن القضائي والإعلام المسبق للزوجين وإثبات وجود المبرر الشرعي ونية العدل بين الزوجات.

- المشرع الجزائري جعل رخصة التعدد في يد الزوجة والقاضي وفق القيود التي وضعها وذكرناها سابقا.

- يحق للزوجة المطالبة بالتطليق إذا كانت غير راضية على الزواج الثاني أو مخالفة الشروط المبرمة في العقد لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات.

- يفسخ الزواج الثاني بقوة القانون إذا لم يتصدر الزوج ترخيصا من القاضي.

- التشريعات العربية التي ذكرناها مثلها مثل المشرع الجزائري وضعت مجموعة من القيود من أجل التحقيق على هذا النظام منها إشراف المبرر الشرعي للزواج من أجل دفع القاضي يمنح الترخيص أو الإمتناع عن ذلك عند عدم توفره و أمر مخالف للشريعة الإسلامية .

- عدم توفر هذه القيود التي وضعها المشرعون قد يدفع عدم توفرها الرجال للجوء إلى الزواج العرفي ، وإلا العلاقات المشبوهة والمحرمة والتي تنتج عنها أمهات عازبات وأطفال لقطاع.

¹-المرجع السابق ، الصفحة ذاتها .

إنطلاق من كل ما تم التطرق إليه فإن مشرعي الدول العربية بخلاف المشرع التونسي الذي منع هذا النظام قد وافقوا الشريعة الإسلامية في بعض ما جاءت به ، وتسنوا قيود أخرى على ما جاءت به الشريعة .

من أهم التوصيات التي نرى أنها كفيلة بمعالجة :

- إعادة النظر في القيود التي يألحقها بنظام تعدد الزوجات وإلغاء أخرى مثل قيد وجود المبرر الشرعي وحصره في نطاقات ضيقة ، قد لا تتوفر في الرجل مريد التعدد .
- نظرا لارتفاع نسبة البطالة لدى الشباب الجزائري وعزوفه عن الزواج بوحدة وكذلك ارتفاع نسبة العنوسة داخل المجتمع الجزائري ، كان لزاما على المشرع التشجيع على الزواج سواء كان ذلك بوحدة أو تسهيل الإجراءات عند التعدد ، وذلك للقضاء على هذه الظواهر .
- وجود ثغرة قانونية والتي هي إمكانية التعدد بالزواج العرفي والذي قد يصعب اثباته في بعض الأحيان ، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب أو ظهور أولاد مجهولي النسب من طرف الأب .

وعليه كان لابد للمشرع الجزائري أن يردع هذه الظاهرة بتسليط عقوبات جزائية ومالية على كل من يتحايل بالزواج العرفي من أجل التعدد .

- إقامة ندوات ومحاضرات من أجل توعية المجتمع بهذا النظام والتعريف به والتشجيع عليه أكثر وتبيان الأهداف السامية لهذا النظام المعالج لأكثر الآفات الاجتماعية.

الفصل الثاني

مصلحة المحضون على ضوء القضاء وأبرز

إشكالاته

المبحث الأول: التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون

المطلب الأول : دعاوى المدنية

الفرع الأول : دعوى إسناد وتمديد الحضانة

الفرع الثاني : دعوى إسقاط الحضانة .

المطلب الثاني : الحماية الجزائية للمحضون .

الفرع الأول : جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا :

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنته .

الفرع الثالث : جريمة عدم تسديد النفقة .

الفرع الرابع : عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانتته .

المطلب الثاني : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

المطلب الثالث: إشكالية حضانة الكافرة والمسؤولية عن أفعال المحضون

الفرع الأول: إشكالية حضانة الكافرة للمسلم

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

الفصل الثاني مصلحة المحضون على ضوء القضاء وأبرز إشكالاته

المبحث الأول: التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون

إن صاحب دعوى الحضانة هو مطالب إما بإثبات الحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة لهذه الدعاوى و تطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون يمكن لمن صدر حكم لصالحه بإسناد الحضانة له ، تمديدها أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم الأول بإتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة . ومنه نتناول في هذا المبحث الدعاوى المدنية لحماية الطفل كمطلب أول والأثر الجزائي المترتب عليها كمطلب ثاني.

المطلب الأول : الدعاوى المدنية

كرس المشرع الجزائري مجموعة من الحقوق للطفل المحضون ومن بينها الحق في الحضانة حيث خصص له المواد من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة ، حيث تنص المادة 62 على أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته ، وحفظه صحة وخلقاً ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك ، فلا بد من مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة لأنها شرعت من أجل رعايته و تربيته وصيانته والحفاظ على مصالحه ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك¹ مع الإشارة إلى أن هذا يكون من خلال دور القاضي الذي يجب عليه التحقق عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط إستحقاقها ويحقق الأهداف المرجوة منها ، و لهذا لا بد أن نتطرق إلى الدعاوى المقررة من طرف القانون لحماية المحضون ولمعرفة مدى التزام الحاضن الشروط الواجب توفرها ومدى تحقق الرعاية ، والإهتمام بالطفل المحضون وأثر ترتيب مستحقي الحضانة على إسناد الحضانة من

¹ - الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 75.

م. ع. غ... ش قرار بتاريخ 2006/07/14 رقم 540 ، غ. منشور ، حيث من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع لما لها من الصبر و الوقت و الحنان و العطف و الراحة ، ما لم أن يتوفر لدى غيرها ، و أن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة العناصر المشار إليها فإنهم أقاموا قضاءهم على أساس قانوني ، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن .

نفقة ومسكن والأثار المعنوية المتمثلة في زيارة المحضون التي قد لا تحسم أحيانا إلا اللجوء للقضاء والفصل في الإشكاليات القانونية الكائنة كتحديد النفقة والمسكن وزمان ومكان زيارة المحضون .

الفرع الأول : دعوى إسناد وتمديد الحضانة

وتتكسر هذه الحالة إما في حالة الطلاق أو الوفاة والتي يبقى فيها القاضي يبحث عن من يستحق الطفل خلال فترة الحضانة ، كما قد يضطر لتمديدتها إذا اقتضت الضرورة لذلك .

أولا : دعوى إسناد الحضانة

إن الحضانة بالإضافة إلى اعتبارها أثر من أثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفل المحضون ، و تسند مهمة القيام بهذا عادة إلى النساء ، و لهذا إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فإنه ينتج عن ذلك مباشرة حق الزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير¹ ، و الفصل في مسألة اسناد الحضانة في هته الحالة سيكون فصلا يحمل صورتين ، إما في الدعوى الرامية إلى فك عقدة النكاح والتي أوجب القانون على القاضي الفصل في مضمونها ضمن متطلبات دعوى الطلاق ، أو بصورة منفصلة تماما والتي تباشرها الزوجة في حالة الوفاة ، فيكون الإسناد منفصلا بدعوى مستقلة و ليس تبعيا .

أ. في الطلاق :

تعتبر حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في طلب فك عقدة النكاح بينه وبين زوجته عند استحالة العشرة الزوجية بين الطرفين حتى ولو كان القانون لم يحدد حالات الطلاق إلا أن القضاء قد دأب في معرفة أسباب فك العصمة الزوجية من طرف الزوج وذلك تماشيا وحكمه الذي جعله الله أبغض حلاله وذلك تماشيا ونص المادة 52 من ق.أ. ج "إذا تبين للقاضي أن الزوج قد

¹ - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، الجزائر ، ط2، 1989 ، ص 292 .

تعسف في طلب الطلاق فله أن يحكم للمطلقة بما تستحقه من تعويض اعما لحقها من ضرر مادي و معنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي " .¹

أو في حالة الطلاق بالتراضي طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة ، وحتى في جميع الحالات التي قد تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية والتشتت الأسري ، أو إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعا حسب المادة 54 من نفس القانون، في جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ذلك أنه متى فك الرابطة الزوجية الأحد الحالات المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لببيت الزوجية وكان للزمن الفصل في أمر الولد أو الأولاد و تحت أي كتف سيعيشون ؟، مراعي دائما في حكمة مصلحة المحضون .

وهذا ما أخذت المحكمة العليا في إجتهادها " حيث قررت الشريعة الإسلامية بأن الحضانة تسند إلى الأم من باب أولى مادامت شروطها متوافرة ، ولا تسقط عنها إلا بوجود مانع شرعي ، حيث أم هذا المبدأ قد إستقر عليه القضاء هو عدم تجزئة الحضانة بالنسبة للأولاد دون مبرر ، خاصة وأن الأولاد المحضون لازالوا قاصرين وغير مميزين الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض " .²

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة ، فإن الأم دوما تكون أولى و أحق بإسناد الحضانة لها ، إلا إذا أوقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز المحددة قانونا و شرعا . وهو نفس المذهب الذي اعتمده المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة

¹- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 124 .

²- م.ع.ع.ش. قرار بتاريخ 1984/04/02 ، ملف رقم 325594 ، م.ق ، عدد 01 سنة 1989 ص 78.

بالأخذ بمصلحة المحضون ، حيث جاء في إحدى قراراتها " أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث إلا إذا خيف على دينه ، و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية و القانونية"¹.

كما يمكن إسناد الحضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون" ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون ، واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقط طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن.²

ودائماً في إطار مراعاة مصلحة المحضون قرت المحكمة العليا أن تسليم الأم البنين للأب مؤقتاً بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات، فإن القضاة بقضائهم يرفض دعوى الطاعن اعتباراً لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون.³

حيث أنه وفي جميع الحالات التي تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بين الزوجين ، فإنه وطبقاً لما هو معمول به فإن الحضانة تسند إلى الأم بالدرجة الأولى إذا توافرت فيها شروط الإستحقاق المنصوص عليها شرعاً وقانوناً من القدرة على التربية ، والأمانة في الأخلاق وغيرها من التي ينبغي للقاضي أن يتأكد من وجودها عند النطق بالطلاق ، وإسناد الحضانة في نفس الوقت وذلك تماشياً وأهداف الحضانة المقررة بموجب نص المادة 62 من قانون الأسرة .

حيث أنه وفي جميع الحالات التي تؤدي إلى ذلك الرابطة الزوجية بين الزوجين ، فإنه وطبقاً لما هو معمول به فإن الحضانة تسند إلى الأم بالدرجة الأولى إذا توافرت فيها شروط

¹- م.ع. غاش ملف رقم 52221 بتاريخ 13/03/1989 ، م ق 1993 ، ع 1 ، ص 48.

²- العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 337.

³- ع. غاش ملف رقم 153640 ، قرار مؤرخ في : 18/02/1997 . م ق ، ع 1 ، سنة 1997 ، ص 37.

الإستحقاق المنصوص عليها شرعا وقانونا من القدرة على التربية ، والأمانة في الأخلاق وغيرها من التي ينبغي للقاضي أن يتأكد من وجودها عند النطق بالطلاق ، وإسناد الحضانة في نفس الوقت وذلك تماشيا وأهداف الحضانة المقررة بموجب نص المادة 62 من قانون الأسرة ، خاصة وأن المشرع قد ألزم القاضي وإعمالا والقاعدة القانونية التي تقتضي على القاضي عند الحكم بالطلاق أن يفصل في الحضانة بموجب حكم واحد.¹

ب. حالة فقدان أو الوفاة .

إن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوة الطلاق بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية و ذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه ، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له ، لأن العلة في الحالتين واحدة و هي بقاء الوالد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهم يتمثل أن الأم يحتاج أولا في حالة فقدان إلى إصدار حكم به.²

ثانيا : تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشرة سنوات ، و الأنثى سن الزواج ، و في هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش معه ، ولا حق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة ، و هذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري " تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه عشرة سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج " ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء هذا الأصل عندما أضافت " و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إلا إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".³

¹ - ابن عصمان إيناس ، المرجع السابق ، ص 142 .

² - الحسين بن شيخ أنث ملويا ص 329 .

³ - عبد العزيز السغد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق ، 178 .

إذا يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة لدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشرة سنة من عمره، وهذا إما من شأنه استبعاد حالات مشابحة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون .

وبالتالي فيمكن القول أن مدة حضانة الذكر هي 10 سنوات قابلة للتمديد بحكم القانون، أما حضانة البنت فهي 19 سنة باعتبار أن هذا السن هو سن الزواج طبقا لمقتضيات نص المادة 07 من قانون الأسرة .

لكن ما ينبغي الإشارة إليه أنه إذا قام أي شخص برفع دعوى يطلب فيها إسقاط الحضانة عن الحاضن ، ومن جديد إسنادها إليه بعد انقضاء الحضانة ، فإن على القاضي أن يحكم برفض الدعوى الانقضاء حق الطلب بالحضانة ، و انتهاء مدتها القانونية باعتبار أن الدعوى في مثل هذه الحالة تصبح غير مؤسسة .

جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أمه و لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون " ، و متى تبين أن القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم ، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة .¹

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق و إسناد الحضانة للأم وتم فيه الطعن بالنقض ، لأن سن الأبناء المحضون تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء في ملخصه "أن القضاة الموضوع الحق في تحديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة

¹ - م.ع. غ. ش. ، ملف رقم 25566 ، بتاريخ : 1999/12/10 ، غ. منشور .

الفصل الثاني.....مصلحة المحضون على ضوء القضاء وأبرز إشكالاته

عشرة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري¹.

وفي اجتهاد آخر استقرت عليه المحكمة العليا بأنه " حيث من المقرر قانونا أنه تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، ويقضاء قضاء الموضوع بانتهاء حضانته بتجاوزه سن 10 سنوات فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون لما لم يراعوا المصلحة الأمر الذي يتعين معه الإستجابة إلى الوجه المثار"².

وتطبيقا لما هو مقرر قانونا وفي إطار الحفاظ على مصلحة المحضون ، فإن القانون الجزائري قد أولى حماية قصوى للطفل حتى في ظروف الاستعجال كشدة الشقاق بين الزوجين أو حالة الإهمال و ما كشدة الشقاق شابه ذلك ، فألزمت المادة 57 من ق.أ على القاضي وطبقا لإجراءات القضايا المستعجلة أن يأمر بأي تدبير مؤقت فيما يخص حضانة الابن نفقته ، والزيارة والمسكن ، وذلك بموجب أمر على ذيل عريضة من طرف الحاضن استصدار أمر مشمول بالنفذ المعجل طبقا لأحكام المادة 188 من ق.إ.م. وفي حالة الضرورة القصوى للطفل أن يأمر بذلك³.

¹ - م.ع. غ... ش ، ملف رقم 123899 بتاريخ 1995/10/24 ، ن.ق ، ع 52 ، ص 111.

تتص المادة 07 من قانون الأسرة " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام سن 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين عن الزواج .

م.ع. غ. . ش ، قرار بتاريخ 1995/10/24 ، ملف رقم 123889 ، م. في العدد 50 ، سنة 1997 ، ص 113 ، " حيث أن قضاة الموضوع لم يخالفوا المادة 65 من ق.أ. ج لأن لهم الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة و الأنثى إلى سن الزواج ، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون . حيث أن المشرع لما أولى الأم بحضانة ولدها و جعلها في المرتبة الأولى نظرا إلى مصلحة المحضون الأمر الذي يجعل قضاة الموضوع سديدا"

² - م.ع. غ. ش. قرار بتاريخ 2008/06/11 ، ملف رقم 08691 غ. منشور .

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 72.

م.ع. غ. ش. أ بتاريخ 2006/01/04 ، ملف رقم : 347914 م.ق ، العدد 01 ، سنة 2006 ، ص 454 "حيث متى قضى قضاة المجلس في قرارهم محل الطعن و الصادر بتاريخ 2003

/ 09 / 20 عن مجلس قضاء أدرار و الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه ، فبقضائهم هذا يكون قد طبقوا صحيح القانون باعتبار أن الطفل المطالب باسقاط حضانتها من طرف الطاعن قد تجاوزت سن الزواج ، و بالتالي إن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى اسقاطها مما يتعين رفض الطعن "

الفرع الثاني : دعوى إسقاط الحضانة .

كلما اختلفت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر ، فيمكن أن يلجأ المقيد صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة ، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمر تلقائي بل لا بد فيه من حكم قضائي ، و تكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق ، كما أن إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون ، فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة ؟

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على الحالات التي تسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه و هي : حيث جاء فيها : يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون .

أولا : زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها¹ .. و هذا ما أجمع عليه الفقهاء على ضرورة إسقاط حقها في رعاية المحضون إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير ، و يمكن لمن له المصلحة أن يقيم دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة و في محكمة مكان ممارسة الحضانة من أجل طلب الإسقاط على أساس وجود مانع شرعي يمنع الأم من مواصلة حقها فيه لكن الإشكال المطروح هو : هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختيارا عن الحضانة أم غير اختياري ؟ و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟.

تنص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .

جاء في قرار المحكمة العليا ما فاده " أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا أزال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ بعد مخالفة

¹- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 141 .

للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها ب بعد زواجها بأجنبي بعد تصرفا رضائيا و إختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الإختياري بعد مخالفة للقانون" ¹.

ما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري ² ، و في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: ومن كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما فالأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيقها الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ³ ، إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة ، حيث جاء في أحد قراراتها : من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الإختياري ، و متى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ، ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة ، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري قد طبقوا صحيح القانون ⁴.

ثانيا : سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر :

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر ، بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز

¹- م.ع.ع.ا.ش. ، ملف رقم 102886 ، بتاريخ 19/04/1996.ن.ش.، ع51 ، ص 92 .

²- م.ع.غ. .ش. ، ملف رقم 40483 ، بتاريخ 05 / 05 / 1989 م.ق.1989 ، جزء 2 ، ص 75.

³- م.ع.ع.ش.ا. ، ملف رقم 201336 ، بتاريخ 2001/07/21 ، ع.خ.2001 ، ص178.

⁴- م.ع.غ.ش. ، ملف رقم 32594 بتاريخ : 1984/12/02 ، غ. منشور

المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة و مع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبتت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال :

- أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة ، و يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار بمصلحة المحضون .

- إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها .

و في غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة يمرّو هذه المدة و قد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في العديد من قراراتها (زمن المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ، ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.¹

كما اعتبرت المحكمة العليا أن اسناد الحضانة الغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرق للقانون من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة قانونية ، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالب بالحضانة من قبل الأم و هي لازالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع يحرمان الأم من حق الحضانة واسنادها للجدة للأب يكونوا قد خالفوا القانون²، إلا أن هناك تغيير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قرار للمادة 68 من قانون الأسرة السابقة الكر ، عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا الأحكام هذه المادة و عدم الإستعانة

¹- م.ع. غ . ش . رقم 32829، بتاريخ 1984/07/09، غ. منشور .

²- م.ع. غ . ش . ، ملف 58220، تاريخ 1990/02/05 م. ق ، ع 1993، 03 ، ص 53.

القضاة بمرشدة إجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشارة إلى جنسه م وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون .¹

ثالثا : سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة :

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضرها مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم و علة ذلك أن المحكمة جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوفرة ، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الحالة الحاضنة ، مع الملاحظة نص قانون الأسرة في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة مع أم المحضون في الحالة أو الجدة لأم دون غيرهما .

رابعا :. سقوط الحضانة عند اختلال شروطها

إن فحوى الحضانة ومؤدها هو في رعاية الولد وحمايته خلقيا وصحيا ، وصيانته من كل ضرر أو خطر محقق به خاصة ، وأن الهدف من الحضانة كما هو مبين في نص المادة 62 السالفة الذكر وهو رعاية الولد .

على الوجه المطلوب فهذه الشروط مقرة على سبيل الدوام² و مادام أن المحضون في كنف الحاضن فهو مجبر على الحفاظ عليه مادام يتمتع بحق الحضانة ، كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة (أم الأم) تسقط عنها بحيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة و أن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة مع أجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون.³

¹- م.ع.، غ.ش.، غ.خ.، مؤرخ في : 2001/05/18 ، 1999 ، ص 185 .

²- ابن شيخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، سنة 2008 ، ط1، ص 260.

³- م.ع.، غ.ش.، ملف رقم 50270 بتاريخ: 1988/11/07 ، غ. منشور .

وقد اتجهت المحكمة العليا إتجاهها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما أقرت ،بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في حماية الحضانة لفقد الثقة فيها معا.¹

كما اعتبرت أن جيمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، و أن اسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون و أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري و اتصافها بما يخل بالمقصود بالحضانة كالفسق و ما شابه ذلك .²

وهذا ما أكده أيض با قانون الأسرة الجزائري في المادة 67 على أن عمل المرأة لا يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة و ذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية حق المرأة في الحضانة وحقها في العمل .

خامسا :. سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

المسألة هنا جوازية للقاضي ، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر مكول للقاضي انطلاقا من قناعته و مصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية³ ، فالمسألة هنا مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون الناتجة عن الانتقال إلى بلد أجنبي ، إذ قد يحرم الأب من ممارسة حق الزيارة.⁴ وتأكيدا على اجتهادات المحكمة العليا في أحقية إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة شريطة إقامتها في بلد أجنبي إعمالا للقواعد الشرعية المتفق عليها من طرف الفقهاء ، خاصة وأهم حددوا

¹- م. ع. غ. . ش ملف رقم 33921 بتاريخ: 15/04/1984، م. ق ، 1ع ، 1989، ص 75.

²- عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الطبعة 17 سنة 2010 ، ص207.

³- بن عصمان إيناس ، المرجع السابق ، ص 151.

⁴- بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 234 .

المسافة بستة برود أي ما يعادل بعض الكيد ومترات مما يستوجب القول أنه بمجرد الإقامة ببلد أجنبي تسقط الحضانة تلقائياً¹.

كما كرست المحكمة العليا نفس الاتجاه في قرار آخر " حيث أنه سبق للمجلس الأعلى أن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة واتخذ فيها مبدأ وهو في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية وتخاصما على الأولاد فإن من يوجد منهما بالجزائر يكون هو أحق بالحضانة"² ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون والقواعد الشرعية بذلك ، فلا يسقط حقه في الحضانة إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية .

ونود أن نشير إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة ، فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقاً لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية ، ويعد صاحب صفة كل شخص من المذكور في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعي هي مصلحة المحضون و يكون الإختصاص المحكمة مكان ممارسة الحضانة ، و للقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعد في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم اسنادها إلى الغير.³

1- م. ع. ع. ش. ملف رقم 43594، بتاريخ : 09 / 22 / 1986 ، د. ق ، ع 44 ، ص 175، ومما جاء فيه "حيث و هذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها " حيث يستفاد من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن حضانة ولدي هذا الأخير أسندت لأمه، حيث أن الوالد يسكن بمدينة الحروب ولاية قسنطينة و أن الطاعنة مقيمة بفرنسا ، فمن المستقر عليه فقها و قضاء أن المسافة بين الحاضنة و صاحب الحق في الزيارة لا تكون أكثر من ستة برود و المسافة الحالية بين الطاعنين تزيد عن آلاف الكيلومترات مما يجعل قرار قضاة الموضوع مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه و إحالته "

2- م. ا. غ. ش. ا ، ملق رقم 52207 ، بتاريخ 02/01/1989 ، م ق ، ع 4 ، 1990 ، ص 75-76.

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 370 .

سادسا : التنازل عن الحضانة :

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه مع الملاحظة أن النص إشتراط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون ، خاصة وأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب ، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها .

وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تتنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها بعد مخالفة لأحكام الحضانة أنه من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة ، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبلا وتعامل معاملة تقيض قصدتها¹ .

وفي قرار آخر كرست المحكمة العليا نفس الاتجاه الرامي إلى قبول التنازل بشرط عدم إضرار الحاضن بمصلحة المحضون " تنازل الأم عن حضانتها أولادها بموجب حكم بعد طلبها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل إيواء الأولاد المتنازل عن حضانتهم ، فالأب ليس حاضنا مباشرا للأولاد و إنما له حق الزيارة في حالة وجودها .

ولما كانت الأم المطعون ضدها هي صاحبة الدرجة الأولى في الحضانة و تم اسناد حضانة الأولاد لها بموجب حكم ، فإن المجلس و بق بوله تنازل المطعون ضدها دون وجود من يقبل الأولاد عنده و إلزام الأب بأخذهم الأمر الذي يجعل القرار منعدم الأساس القانون و مخالفا لأحكام الحضانة مما يترتب عنه نقضه² .

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون ، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو موجود

¹ - م. ع. غ. ش ، ملف رقم 51894 ، بتاريخ: 1988/12/19 ع. خ ، 2001 ، ص 17.

² - م. ع. غ. ش ، ملف رقم : 189234 ، بتاريخ 1998/04/21 ، ع. خ سنة 2001 ، ص 76.

و لكنه يتمتع عن ذلك ، خاصة وأن المشرع الجزائري قيد سلطة القاضي بمبدأ مراعاة مصلحته عند الفصل في مسألة الحضانة والبحث عن الشخص المؤهل لحمايته بالإضافة إلى البحث عن أسباب التنازل .

المطلب الثاني : الحماية الجزائية للمحضون .

إن الغاية الأساسية للحضانة هي التربية المثالية للطفل الصغير المحضون والعناية به لهذا أحاطها المشروع القانوني بإطار قانوني عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تضم كل المسائل القانونية المتعلقة ذا الحق مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون و أكل للقضاء مسؤولية حمايته و تكريس هذه المصلحة عن طريق السلطة التقديرية التي يتمتع بها بمقتضى تفويض قانون الأسرة ، ولم يكتفي بهذا بل حرصا منه على تحقيق مصلحة للحضانة المحضون و لحماية حقوقه ولحفاظ على مصالحه، و ضمانا للإحترام الكفيل للأحكام المستحقة للحضانة و تطبيق الأحكام الصادرة عن الفقهاء ، وضع المقتن الجزائري وسائل قانونية لضمان إحترام الأحكام القضائية و تحقيق مصلحة المحضون و معاقبة كل من يبتعد عليها أو يحل بما يلزمه القانون من واجبات من خلال تحريم بعض الأفعال التي من شأنها الإضرار بالمحضون ، ضمن الفروع التالية جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا كفرع أول ، و إلى عدم تسليم قاصر قضي شأن حضانته بموجب حكم قضائي كفرع ثاني و إلى جريمة إختطاف المحضون من حاضنته كفرع ثالث وجريمة عدم تسديد النفقة كفرع رابع .

الفرع الأول : جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا :

يتولى القاضي شؤون الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها ، وتمكين الطرف الآخر من زيارة المحضون في أوقات محددة يتم التطبيق عليها ضمن الحكم أو الأمر الإستعجالي ، وغاية المشرع من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي والمعنوي للطفل ، وقد ترك المشرع للقاضي حرية تحديد المسائل التطبيقية بما

يتناسب مع مصلحة المحضون ، لأن مصلحته تقتضي متابعة والديه و حمايته عن طريق فرض عقوبات جزائية عن كل من امتنع عن تسليم المحضون لمن له الحق فيه قانونا.¹

وهذا ما تضمنه المادة 327 من قانون العقوبات و التي تنص 9 كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات ، و منه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بمنع أحد الطرفين من ممارسة حق الزيارة في الزمان و المكان التي حددها الحكم التام ، فإنه يكون قد قصر بشكل يؤدي إلى وقوع جريمة يعاقب عليها القانون .²

أولا :أ كان جريمة عدم تسليم طفل .

تقتضي هذه الجريمة المعاقب عليها طبقا لنص المادة 327 ق ع ج و التي تستوجب الكن المادي و المعنوي للجريمة .

أ. يجب أن يكون الطفل قد كل الى الغير :

كأن يكل إلى مربية أو مرضعة أو مدرسة داخلية أو حضانة³، وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن القانون نص في المادة 64 ق اج " و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لأن المحضون عند طلاق والديه ، لا بد أن يعيش مع احد و يغادر الثاني لكون الرابطة الزوجية القائمة بينهما ، انفكت أو انحلت⁴ ولكن أسندت الحضانة إلى احدهما ، فان الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون، فعلى من أسندت له الحضانة رعاية الولد، بالإضافة إلى ميعاد تنفيذ حق الزيارة المنظمة قضاء و تسليم المحضون لمن قرر له حق زيارته نظرا لوضع المحضون تحت رعاية الحاضن و في هذا الشأن أكدت المحكمة العليا بأنه "من

¹ - عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه ، الجزائر 2016 ، بدون ط ، ص 174.

² - أحسن بوسفيعة، القانون الجزائي الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص ، ، دار هومه ،2006 ، ج1، ط 4 ، ص 176.

³ - باديس ديابي، المرجع السابق ص 90 م.

⁴ - م.ع.غ آ ش ، ملف رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30 ، م ق ع 1 ، 1992 ص 571

المقرر عليه فقها و قضاء ، أن حق الشخص لا يقيد الا بما قيده القانون فزيارة الأم والأب لولدهما حق لكل منهما و فعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو مراقبة ، أو القانون لا يبني على التخوف بل على الحق وحده و من ثم فان القضاء يما خالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون¹ ، وعليه على الأم الحاضنة أن يشمل المحضون له الحق في زيارة ابنه. إذا أسندت له الحضانة أو العكس باعتبار أن زيارة الأب لابنه إذا أسندت الحضانة لغيره و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها مما جاء فيه " زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له و غير مرتبط بسن قانونية على الطرف الذي له الحضانة أن يمكن الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة "

ونلاحظ إن المادة لم تحدد سن الطفل في هذه الجنحة و انه إسناد إلى معيار مطالبة الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك ، و بالرجوع إلى المادة 65 ق اج و التي تنص لا تقضي مدة حضانة ال ككر بلوغه 10 سنوات والأنتى بلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة لل لمكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية "

على أن يراعي عند انتهائها مصلحة المحضون ، و منه اذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة و بين أنه مازال يحتاج إلى رعاية حاضنته اذا اكانت أما لم تتزوج ثانية ، فانه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 سنوات إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه وحاضنته آزاد في مصلحة المحضون².

¹- م، ع.غ اش قرار بتاريخ 2006/01/06 ، ملف رقم 36962 م م ع سنة 2006 ع 1 ص 455

²- عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في... الجديد، المرجع السابق، ص 141.

ب. يجب ان يطالب به من له الحق في المطالبة به:

أي الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة (الأب أو الأم، الوصي) ، بصرف النظر عما إذا كان الطفل قد كل إلى المتهم غير مباشرة¹، ويترتب على ذلك أنه متى طلب من له حق في الزيارة على الحاضن الإمتثال إلى ذلك إستنادا لنص القانوني وتطبيقا للحكم القضائي.

ج. عدم تسليم الطفل :

تقوم هذه الجريمة يتوافر العنصر المادي المبني على عمل سلبي² ، و المتمثل في الامتناع عن تسليم للطفل ويقصد وذلك عدم تسليم الطفل الموضوع لأن رعاية إلى ذوي الشأن أو أهله وأقاربه ، وهذه الجريمة تختلف عن الخطف لأنها تتم بعمل سلبي وهو الامتناع عن تسليم الطفل الذي كان يجب عليه أن يسلم في الوقت المحدد لذلك وهذا مستنتج من نص المادة 327 ق ع.³ سواء امتنع من اوكل له عن رده او امتنع عن تعيين مكان تواجده⁴ ، ولا يعاقب القانون على عدم التسليم الا اذا كان عمدا و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بقولها "من المقرر قانونا أنه كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يعلن صراحة على رفضه تسليم عن رفض تسليم البننتين و لم يلجا إلى أية مناوات لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل أن البننتين هما اللتان رفضا الذهاب إلى والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي".

¹ - أحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص 175.

² - تشوار حميدو زكية . ، المرجع السابق ، ص 205.

³ - محمد. صبحي قانون العقوبات الجزائية ، (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 ص 69.

⁴ - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع ، ص 175

وحتى كان لذلك فان إدانة المتهم بجنحة تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الكن المادي مما يستوجب النقص¹ او ذا يتبين أنه لقيام هاته الجريمة ، لا بد من توافر الكن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل و يجب أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من حق الزيارة ثابت بموجب محضر ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو اعتراف المتمتع نفس² ، وهذا ما جاء في معرض تأسيسه حيث إن جنحة عدم تسليم الأطفال إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة م، و المنصوص بالمادة 327 من ق ع ج تشترط لقيامها على وجه الخصوص توافر الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل ، ولا يتوفر العنصر المذكور إلا إذا أعلن الحاضن صراحة عن فض تسليم الطفل ، أو إذا لجأ إلى من اوات تمنع من له حق في إكفاله بالطفل بزيارته ، و ذلك بإخفاء الطفل أو إبعاده عن مكان إقامته الحاضن أو تعتمد الغياب يوم الزيارة كما تقوم الجريمة أيضا عند الامتناع عن التصريح بمكان الذي يتواجد فيه الطفل³.

د. القصد الجنائي :

تنقضي هذه الجريمة لتوافر نية إجرامية لدى الجاني و من ثم لا تقوم بالجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به أو امتنع عن الإفصاح عن مكان الذي يتواجد فيه الطفل ، وهكذا قضت المحكمة العليا في قرارها مما جاء فيه "إدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه بموجب نص المادة 327 من ق.ع. ج بناء على إقرارها بالحرم المنسوب لها حيث جاء في نغرض أسبابها "إن إعتقاد القضاة على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه ، كان بناء على إقرار المتهم والمحضر المحرر من طرف المحضر القضائي مما يعد تطبيقا سليم للقانون " .⁴

¹ - م.ع. ج. ع. ج ، قرار بتاريخ: 2001/03/27 ، ملف 239135، م. ق العدد 02 سنة 2001 ص 377.

² - م.ع. ج. ع. ج قرار بتاريخ 1996/07/14 ملف 130691 م. ق، العدد 01 سنة 1997 ، 153.

³ - احسن بوسفيعة ، المرجع السابق ص175.

⁴ - م.ع. ج. ع. ج ملف رقم 239135 ، بتاريخ 2001/03/27 م. ق. ع 02، 2001 ص 377 .

ثانيا : إجراءات المتابعة و الجزاء

حمايته لمن له الحق في إستلام المحضون قانونا اعتبر القانون الجزائري أن عدم تسليم الطفل ممن هو موضوعا تحت رعايته بجريمة يعاقب مرتكبوها حتى توافرت أركانها ، و يقع على الطرف المضرور إثبات الإمتناع عن تسليم المحضون بموجب محضر امتناع عن التنفيذ الذي يسلمه القائم بالتنفيذ .

وحمايته لهذا المحضون أقر قانون الإجراءات الجزائية قواعد من شأنها حماية المضرور، وذلك من خلال تحريك الدعوى العمومية ، ويقصد بذلك بيان اللحظة التي يبدأ فيها امتناع الدعوى كنشاط إجرائي وهو ما يفترض إنتقال الدعوى من حالة سكون التي كانت عليها إلى حالة حكة ، وبالتالي إن كان إجراء من الضبطية القضائية يمكن الحديث عن تحريك الدعوى العمومية.¹

وتعرف الدعوى العمومية بأنها مطالبة الحاجة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة²، وعليه في أول إجراء يتخذه المضرور جراء عدم تسليم الطفل هو تحريك الدعوى العمومية بناءا على شكوى أمام الضبطية القضائية طبقا لنص المادة 1/17 من قانون الإجراءات الجزائية كما يمكن تقديمها للنيابة بناءا على نص المادة 36 من نفس القانون والتي تنص " يقوم وكيل الجمهورية بتلقي الشكاوي والمحاضر والبلاغات ويقرر ما بشأنها "كم قد تأخذ منحني آخر نص عليها قانون الإجراءات الجزائية من إيداع الشكوى لدى المحكمة القضائية أو إجراءات الإستدعاء المباشر المنصوص عليها بموجب المادة 337 حكم ر.ق.أ.ح. ج ، أما الجزاء فقد قررت المادة 327 ق.ع. ج بالحبس من سنة إلى خمس سنوات كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به.

1- فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، دار البدر ، الجزائر ، 2008 ، بدون ط ،ص27

2- عبد الله أوهابية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، (التحري والتحقيق)، دار هومة ، الجزائر ، ط 2012

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنته .

يعد المساس بحرية الطفل اعتداء خطيرا على حريته ، سواء كان ذلك بنزعه ممن هم حق رعايته ، مهما كان الدفع لارتكاب الجريمة ، سواء انتقاما بسبب حقد بينهما أو تعسف في استعمال حق من الحقوق ، وحماية المصلحة المحضون و مصلحة الحاضن و تعديما لأحكام القضاء نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أنه "كل من خطف من كلت إليه حضانته أو من أماكن التي وضعه فيها الحاضنة وأبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك دون تحايل أو عنف¹ ، و هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بجريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانتها بحكم قضائي بما لهما من اشتراك في الموضوع والهدف لهذا ينبغي التطرق إلى الأركان المكونة لهذه الجريمة ومعرفة إجراءات المتابعة والجزاء .

أولا: اكان الجريمة:

القيام هذه الجريمة لابد من توافر كنه المادي و المعنوي ليكتمل جسم الجريمة و متابعة الشخص جزائيا :

(أ) الكن المادي :

إن الكن المادي بلخيمة اختطاف المحضون من حاضنته كنه أساسي يشمل على عدة صور أو عدة حالات و كل حالة كافية لتكوين العنصر المادي للجريمة ، كاختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة الحضانة و صورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة و دار الحضانة أو كتكليف الغير بحمل المحضون و اختطافه وإبعاده عن المكان الموجود فيه² ، كما يتم الخطف لانتزاع الطفل من بيئته و نقله إلى مكان آخر واحتجازه فيه و إخفائه³ - عمدا .

1- أحسن بوسقيغة ، المرجع السابق ، ص 177.

2- عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة المرجع السابق ، ص 178.

3- احسن بوسقيغة ، المرجع السابق ، ص 177.

من لهم الحق في المحافظة في هذا الطفل وعلى ذلك فان الكن المادي يتوافر عن طريق نشاط إرادي يأتيه الفاعل والذي يتمثل في خطف الطفل ونقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيته وقطع صلته بأهله¹ ويتحقق هذا الأمر بشأن كل من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود قاصر معه احتجازه².

كما يتحقق الخطف إذا انتزع الجاني الطفل المخطوف من منزل أهله أو من مدرسته أو من المحل الذي يتدرب فيه أو من الطريق العام أو من صديق أو من قريب يزوره، إذ لا يشترط أن يتم الخطف في مكان معين طالما أدى الخطف إلى انتزاع المخطوف من بيته وقطع صلته بأهله ، لأن الخطف يتحقق بنقل المخطوف من موقعه كما يتحقق منعه من العودة إليه.

وجريمة الخطف يمكن أن تقع من أي شخص ليس له حق حضانة الطفل أو حفظه ، حتى ولو كان أحد الوالدين إذا قام بخطف المجني عليه ممن لهم بمقتضى القانون حق رعاية الطفل و حضانته و لا يتم توافر هذا الركن إلا بتحقيق النتيجة و هي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير و إذا كان الإختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الجدة فإن الشخص الذي وقع الإختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ، ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة لسبب أنه قد جعل من نفسه أداة و وسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر³.

إن تطبيق المادة (328) من قانون العقوبات يتطلب وجود حكم قضائي قد يكون حكما مؤقت أو نهائيا و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي لإسناد حضانة الولدين لأمهما

¹ - عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، ص 178.

² - مكي دردوس ، القانون الجزائري الخاص في التشريع الجزائري ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، قسنطينة ، 2005 ص 151 .

³ - عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 177 .

غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استثناء¹ ، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا و ذلك نظرا لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده من خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتفويض حالا .

ب) الكن المعنوي :

إن عنصر القصد أو النية الإجرامية من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي ، وأن القانون لا يذكره ضمنا و لا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة وإنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الإجرامية² ، وبالتالي فجرائم الخطف بجميع صورها من الجرائم العمدية التي يلزم

بقيامها توافر القصد الجنائي و يتحقق هذا القصد في جريمة خطف الأطفال فيعتمد الجاني على قطع صلة المجني عليه بأهله و ذلك بتعمد انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم الحق في رعايته .

فإذا توافر القصد الجرمي بعناصره و هي توجه إرادة الفاعل إلى تحقيق النتيجة مع العلم بطبيعة هذه الجريمة وأن القانون يعاقب عليها فعندئذ تكتمل الجريمة لعلم الخاطف بخطورة تصرفه الإجرامي وانصراف إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية ، و لهذا فإن القانون قد يعاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة من كلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده كما على القاضي أن يبرز في حيثيات حكمه كل هذه العناصر محتمة حتى لا يكون حكمه مشوب بعيب عدم كفاية التسبب³.

¹- أحسن بوسقيعة المرجع السابق ، ص 177.

²- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 178.

³- ابن عصمان إيناس ، المرجع السابق ، ص 157.

ثانيا : إجراءات المتابعة و الجزاء :

إن الغاية من اشتراط الشكوى و فتح باب المتابعة بشأها وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في جريمة خطف المحضون ممن كلت إليه حضانتها أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل و دون عنف كما نصت عليه المادة (328) من قانون العقوبات إلا بناءا على شكوى الضحية ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية .

وعليه فالمشرع حماية للضحية منحه الحق في تحريك الدعوى العمومية و يتم بذلك متابعة الجاني متابعة جزائية وتسليط العقوبة عليه كما منحه الحق في إيقاف المتابعة و ذلك بالصفح والتنازل عن الشكوى فتتقضي تبعا لذلك الدعوى العمومية¹ أو لكن يشترط لذلك أن يقع الصفح قبل صدور الحكم البات في الدعوى ، و الهدف من مسألة الصفح هو و مراعاة مصلحة المحضون من حيث الاستقرار والوضع النفسي و لكي لا يكون طرفا في النزاع القائم بين شخصين خاصة إذا كان أحد الوالدين ممن أسندت له الحضانة بحكم قضائي و قام الآخر بخطفه ، أما الجزاء فقد قررت المادة (328) من قانون العقوبات على حركة خطف المحضون من حاضنته بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المقررة بالجرح و تصل عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني ، إلا أنه نرى هذه العقوبة كافية للحد من تلك الأفعال التي تهدد الإستقرار النفسي و المعنوي و الإجتماعي للطفل المحضون ، إلا أنه ما يجب الإشارة إليه.

هو توسيع دائرة صفح الضحية كوضع حد للمتابعة الجزائية ، خاصة إذا كان الخاطف أحد المقربون من المحضون ، فكان الأجدر للوقوف عند تعديل نص المادة والتنصيص على الغرامة إن كانت تربط الجاني بشخص الضحية علاقة قرابة .

¹ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 178 .

الفرع الثالث : جريمة عدم تسديد النفقة .

من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للمحضون، الحق في النفقة و هي من أهم الحقوق، لأنها تصان بها حياته و توفر له الأمن المادي و حرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة و الملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتجريم من شأنه عدم الإخلال بما، و جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، و ذلك بنهرب الملمزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب والاستهتار بحقوق الغير وعليه فإن الإمتناع عن القيام بهذا الواجب يتب آثار سلبية للحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدره في ذمته وهذا حسب المادة 331 من قانون العقوبات .

أولا: شروط وأركان قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة .

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم " .

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإدعاء الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال ، دون الإخلال بتطبيق أحكام المادة 37 و 40 329 من قانون الإجراءات الجزائية يختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة المحكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة ، و يضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية .¹

¹ - محمد حزيط ، منكرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار هومه ، الجزائر ، 2011، ط 6، ص 43 .

من خلال قراءة نص المادة 331 من قانون العقوبات يمكن أن نستخرج العناصر المطلوبة قانونا لقيام جريمة الإمتناع عم دفع و تسديد النفقة أو الإعانة المقررة قضاء، يتبين أنها تتطلب وجود حكم أو قرار قضائي ، قابل للتنفيذ ، وأن مضمون الحكم إلزام بالنفقة وأن مدة الإمتناع تجاوزت الشهرين كاملين وأن الامتناع كان عمدا أو أكيد¹، سنحاول أن نفصل ذلك بالتطرق إلى الشرط الأولية ثم إلى الأركان التأسيسية .

أولا : الشروط الأولية:

جريمة الإمتناع عن دفع نفقة طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قرته العدالة و عليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لا بد من توافر شرطين وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي².

أ. قيام دين غذائي :

يمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتي بيانا :

1. دين مالي : تتحدث عنه المادة 331 من قانون العقوبات من النفقة الغذائية و من ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها³ ، علما أن النفقة كما هي منصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة تشمل الغذاء و الكسوة و السكن و العلاج أو أجرته و ما يعتبر من ضروريات في العرف و العادة ، كما أن قضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1991/05/21 بقولها (إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة و أولادها المحضونين و حق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك⁴ ، كما أن بدل

¹ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 180 .

² - عبد العزيز سعد ، الجرائم اعتداء على الأموال العامة و الخاصة، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ، ص 179 .

³ - احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 159 .

⁴ - م.ع.ع.ش.، الملف رقم 72602، بتاريخ: 1991/05/21 ، ن.ق ، 1995، ع 47 ، ص 149.

الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه (يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له الممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص و المعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات.

باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات اما المنح العائلية لا تعتبر من مشمولات النفقة وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقلها "لا تتدرج المنح العائلية ضمن مشمولات النفقة ولا يشكل عدم تسديدها جريمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة".¹

د. المستفيد من الدين :

ففي الحالة الأولى المستفيد من الدين الزوجة و الأصول و الفروع وذلك بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة حيث تنص المادة (37) من قانون الأسرة على أنه "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعته إلا إذا ثبت نشوزها" و عليه فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح و تحب في كل حالة كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة²، كما تنص المادة (74) من قانون الأسرة على " يجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعواها إليه ببيته مع مراعاة أحكام المواد (78) - (79) (80) من هذا القانون فالنفقة واجبة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس وهو التسليم والاحتباس الواجب للنفقة شريطة أن يكون وسيلة إلى حق مقصود ومستحق بالعقد الصحيح ، و أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وكذا القيام بواجباتها وألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي وسبب ليس من جهته".³

¹ - م. ع. ج. ع. ج. الملف رقم 380958، بتاريخ: 2006/06/26، م. ق. 2007 ع 2 ، ص 585.

² - م. ع. ج. ع. ج. في الملف 302917 بتاريخ: 2005/06/01 ، م. ق. ، 2006، ع 1، ص 589..

³ - احسن بوسقيعة، المرجع السابق ، ص 160.

كما تطرق المشرع الجزائري إلى نفقة الأصول و الفروع و ذلك في نص المادة (75) من قانون الأسرة تحب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وسيتم في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب " و نص في المادة (77) من قانون الأسرة بقوله " تحب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث".

وفي الحالة الثانية أي عند فك الرابطة الزوجية يكون المستفيد من النفقة الزوجة و الأولاد القصر وذلك عملا بأحكام المواد (74) - (75) (61) من قانون الأسرة (1) فنفقة الزوجة واجبة على زوجها منذ الدخول بها (74) من قانون الأسرة و تستمر إلى ثلاثة أشهر بعد الطلاق حسب نص المادة (58) من قانون الأسرة و تستمر للحامل إلى تاريخ وضع حملها (60) من قانون الأسرة أما نفقة الأولاد.¹

يمكن أن نستخلص أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام و لا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن هذا الولد مال يمكن أن ينفق عنه على نفسه و ذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا .

وعليه فإذا كانت نفقة الولد واجبة على والده بحكم الشرع و القانون مادام هذا الولد عاجزا عن الكسب و فقيرا فإن هذا الواجب سيد سقط عن كاهل الأب إذا تبين أن للمده غني و له مال يستطيع أن يسرف منه على نفسه و ينتج عن ذلك أن الأب لم يعد ملزما بالإنفاق على ابنه ولو كان صغيرا أو مريضا ، و يمكن أن يكون هذا الولد غنيا أو موسرا إذ كان له مورد رزق مرصود لحسابه الخاص وتبرعات وغيرها مثل الهدايا والهبات والوصية ، هذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها " لا يحق للأب الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون ، وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول و الثاني سديد ذلك أنه | يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم لهم مال،

¹ - م. ع. ع. أش.، في الملف رقم (264458)، بتاريخ : 2002/07/03، غير منشور .

ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم أن شهادة عدم العمل بأحر التي يذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد".

نستخلص مما سبق أن النفقة الغذائية المنصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات مؤسسة على واجب عائلي و عليه فإذا كانت هذه النفقة لا تستند على أي واجب عائلي فإن نص المادة (331) لا ينطبق عليها و إن كان الشخص المستفيد فرد من الأشخاص المذكورين آنفاً مثال الإنفاق على الوالد أثناء تأدية فريضة الحج ، مثاله كذلك الإنفاق على الولد ذي مال (مادة 1/75 من قانون الأسرة)، أو الإنفاق على البنت المتزوجة أو الابن الراشد (المادة 2/75 من قانون الأسرة).¹

ب. وجود حكم قضائي :

تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة وجود حكم قضائي يأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذا .

1. ضرورة صدور حكم قضائي :

إن ثاني عنصر من عناصر قيام جنحة إمتناع عن دفع نفقة المقررة قضاء هو أن يكون منطوق الحكم الممتنع عن تنفيذه اشتمل على نفقة واجب دفعها إلى الزوجة أو إلى أحد الأصول أو الفروع² ، والحكم المطلوب له مفهوم واسع فقد يكون حكماً صادراً عن محكمة ابتدائية أو قراراً صادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة (2) قسم الأحوال الشخصية قبل البث في دعوى الطلاق و ذلك حسب ما نصت عليه المادة (57 مكرر) من قانون الأسرة أين يجوز القاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها من نفقة والحضانة والزيارة و المسكن لأنه غالباً ما تطول إجراءات

¹- مكي دردوس، المرجع السابق ، ص 133.

²- عبد العزيز السعد، الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة، المرجع السابق ، ص 180.

دعوى الطلاق وتستمر فترة غير قصيرة و في معظم الأحيان تغادر الزوجة بيت الزوجية أو تحبر على مغادرته وتلجأ إلى أهلها بعد النزاع ، و أثناء إجراءات دعوى طلاق تحتاج إلى مال تتفقه على نفسها وعلى أولادها ، ومن هنا كان لها الحق في أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل العريضة يتضمن القضاء لها و لأولادها بمبلغ من المال تشمل الغداء والكسوة ، وغيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق¹.

وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا بقولها" من المقر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق (02) الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته و يبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، و متى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد خرخوا القانون عندما قضاوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد"².

والخطأ في تطبيقها تفوق (02) الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس و متى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة ، فإن قضاة المجلس قد خرخوا القانون عندما قضاوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في الناع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد"³.

كما قد يكون أساس متابعة المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة هو حكم صادر عن المحكمة الابتدائية وأستأنف في المدة المحددة قانونا، و ذلك حسب نص المادة (57) من قانون الأسرة بنصها "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما

¹ - م شيخ أث ملويا ، المرجع السابق ص 57 .

² - م . ع . غ . ج ، قرار بتاريخ 16/04/1995 ، في الملف رقم (124384)، المحلة القضائية، 1995، العدد 02 ص192.

³ - م . ع . غ . ق . خ ، في الملف رقم (غير موجود)، بتاريخ: 29/10/1974 ، ن . ق ، 1975، ع5 ، ص 45.

عدا جوانبها المادة تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، وهذا ماكرسته المحكمة العليا بقولها "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ، ما عدا جوانبها المادية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون".¹

2. حكم نافذ:

إن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة أو إعانة مقررة قضائية يتطلب أن يتوفر فيها شرط هام وهو وجود حكم قضائي قابل للتنفيذ و معنى كونه قابلا لتنفيذ² هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا و حاز قوة الشيء المقضى فيه ، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أية طريقة من طرق الطعن فيها.

بالمعارضة أو الإستئناف ثم إماره بالصيغة التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاد أو التنفيذ المعجل طبقا لنص المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية .

ثانيا : الأركان المكونة للجنة :

تتكون هذه اللجنة من كن مادي وركن معنوي ، و بتوافر هذه الأركان تتم الجريمة .

1. الكن المادي : يقوم الكن المادي للجرعة على عنصرين و هما :

أ. عدم دفع المبلغ المالي كاملا :

يلزم المشرع المدين بدفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا³ او عليه فإذا تخلف منه جزء في ذمته فلا يعفي من العقوبة ذلك ما نستخلصه من نص المادة (331) من قانون العقوبات "من امتنع عن أداء كامل قيمة الدفع المقررة "وعليه فإن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي يتحقق في امتناعه عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به عليه لمدة تتجاوز الشهرين و قد اعتبرت

¹ - م. ع. ع. ش. ، في الملف رقم (72858) ، بتاريخ: 1991/03/20 ، م. ج ، 1994 ، ع 1 ، ص 57.

² - أحسن بوسقيعة المرجع السابق ، ص 161.

³ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 161 .

3. إجراءات المتابعة والجزاء :

يعود الإختصاص بالنظر في جنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها بموجب المادة 1/33 من قانون العقوبات إلى محكمة موطن الشخص المقرر بإستحقاق النفقة ، وهو الخروج عن القواعد العامة في الإجراءات الجزئية فيما يخص النظر في الجح المعاقب عليها وهي المحكمة التي يقع في دائرتها الجريمة ، أو مقر إقامة المتهم ، أو المحكمة التي ألقى القبض فيها عليه وقد خص ا المشرع الجزائري هذا النوع من الجرائم ولأن المستفيد منها الطفل المحضون ولسرعة إجراءات التقاضي عن طريق شكوى مع الإستدعاء المباشر وتكليف الزوج للحضور لأقري جلسة وفقا لنص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية .

أما جزاء عقوبة الجاني في حركة عدم تسديد النفقة هي الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50 . 000 دج إلى 50000 دج بالإضافة إلى الحكم عليه بعقوبة تكميلية.

الفرع الرابع : عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته .

هناك بعض الالتزامات التي تقع على عاتق أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية ويتعلق الأمر بحضانة الأولاد، وقد تدخل المشرع لحماية احترام هذه الإلتزامات حفاظا على مصلحة المحضون من خلال تحريم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة ، ومنها جريمة عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته بموجب حكم قضائي والمنصوص عليها بموجب نص المادة (328) من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم ، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي ، إلى من له الحق في المطالبة به " ¹.

¹ - الأمر 06/03 المتعلق بقانون العقوبات، والمؤرخ في 20 غشت 2011 ، دار الهومة ، 2011.

المطلب الثاني : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان ومراعاة حقوق الطفل والتكفل به، والطريقة التي انتهجتها التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون التي يفصل من خلالها القاضي في موضوع الحضانة.

وعليه سنحاول في هذا المطلب تحديد معنى هذه القاعدة وسلطة القاضي في تقديرها مع إدراج ما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

لجأ العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مصلحة المحضون ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد الامام أبو حامد الغزالي والذي عرفها بأنها: " عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة وإذا أطلقنا المعنى المحيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس.¹

عرفها الخوارزمي بأنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق، كما عرفها أحد الفقهاء بالقول بأنها كل أمر أنيط بتحقيقه نفع ما فهو مصلحة، وما نلاحظه من خلال هذه التعاريف هو أن الفقهاء في الحقيقة كلهم اتفقوا على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون ولكنهم في الحقيقة تفاوتوا بين مفصل في أنواع المصلحة مثل الإمام الغزالي وهي المصالح الضرورية (الدين، النفس، العقل، النسل، المال) وغيره ممن ذكر الضابط والمعيار العام، فمصلحة المحضون

¹ - أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324هـ، ص. 286-287.

هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، فالتشريع الإسلامي يعمل على تحقيق المصالح سواء كانت فردية أو جماعية، وتبقى مصلحة الطفل في الدرجة الأولى.¹

أما قانوننا، فلم يتم إدراج أي مادة تتضمن تعريفا لمصلحة المحضون، بل اكتفى بتوظيف لفظ المصلحة وهو ما يستدعي اللجوء إلى الفقه الإسلامي وذلك بالاستعانة بالمادة 222 (ق.أ.ج) ونفس الشيء بالنسبة لباقي القوانين المغاربية الأخرى، فقد اكتفى المشرعون المغاربة بإحالة القاضي إلى الرجوع إلى مصلحة المحضون في كثير من الأمور المتعلقة بالحضانة دون أن يقوموا باقتراح معايير تساعده في تقدير هذه المصلحة.

وترى الدكتورة حميدو زكية بأن عدم تحديد كل العناصر المكونة للمصلحة من طرف المشرعين كان في محله، لأن مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات، فما كان يمثل مصلحة المحضون بالأمس لم يعد كذلك اليوم، فالمشرع يضع القواعد عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل حسب كل حالة على حدى).²

ورغم عدم وضع تعريف القاعدة مراعاة مصلحة المحضون يضبطها، إلا أنه هناك مميزات وخصائص تتفرد بها يمكن إبرازها وهي:

- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون شخصية وذاتية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لطفل في السابعة من عمره. - قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست ثابتة بل هي قابلة للتغيير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر.³

وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته، ويحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان:

¹ - حميدو زكية، المرجع السابق، ص.69-70، 73.

² - المرجع نفسه، ص.78.

³ - حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.78.

- أولهما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية

- ثانيهما: تحقيق الأمن و الإستقرار النفسي والعاطفي للطفل¹

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في المواد المعالجة لموضوع الحضانة ويمكن إبرازها في النقاط التالية:

- عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جعل المشرع الأم أولى بالحضانة، لكنه ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 64 (ق.أ.ج) التي سبق الإشارة إليها، وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي: " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".²

فقد أقر القضاء بأن إسناد حضانة الولد لأبيه مراعاة لمصلحة المحضون تطبيق صحيح للقانون رغم أن الأصل في الحضانة أنها تثبت للأمن

- أما المادة 65 من (ق.أ.ج) عند الإشارة إلى انقضاء مدة الحضانة حيث نصت على ما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"³. فقبل الحكم بانقضاء مدة الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: " حيث أنه في

¹ - حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.78.

² - غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 153640، مؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية عدد 1، 1997، ص.39، نقلا عن العيش فوضيل، المرجع السابق، ص.63.

³ - أمر رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبننتين إلى الدخول بهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 74 من قانون الأسرة لما قضاوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضون دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة¹.

وما يمكن قوله حول مسألة انتهاء مدة الحضانة هو أن المشرع لم ينص ولم يتحدث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، رغم أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا كثيرا بهذه المسألة إلا أنهم لم يأتوا لنا برأي واحد متفق عليه بل جاؤوا بأراء مختلفة، فمنهم من قال بأن الولد المحضون يعود إلى أبيه بحكم الشرع وليس له حق الخيار بين أبويه، في حين هناك من يقول بأن المحضون يخير بين اللجوء إلى أبيه أو إلى أمه.²

وحسب رأي الأستاذ عبد العزيز سعد فإنه يرى أنه من الأفضل أن يخير المحضون بين الإقامة مع أمه أو مع أبيه، فمن حقه أن يختار الإقامة في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه ويشعر بأن مصلحته بجانبه، على أن يبقى للأب حق الإشراف على حياة المحضون ومراقبة تصرفاته. وهو الأنسب حسب رأينا، لأن المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة يكون في سن تسمح له بأن يدرك مع أي منهما يرتاح أكثر وبالتالي فمن حقه أن يختار الإقامة في مكان يراه أنسب وأصلح له.

¹ - غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 257693، صادر بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2002، ص.436.

² - سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.299.

وهناك مشكل أيضا يمكن الإشارة إليه وهو ما يخص سن انتهاء حضانة الفتاة، فقد نص المشرع في المادة 65 من (ق.أ.ج) السالفة الذكر بأنه تنتهي حضانة الفتاة ببلوغها سن الزواج، وسن الزواج حسب قانون الأسرة هو 19 سنة كاملة.¹

لكن حسب رأينا كان من الأفضل أن تبقى حضانة الفتاة إلى غاية زواجها والدخول بها، أي كان من الأفضل أن يأخذ المشرع الجزائري بموقف الإمام مالك، لأنه إذا قلنا بأن سن انتهاء حضانة الفتاة هو سن الزواج (أي 19 سنة)، فإذا لم تتزوج الفتاة في هذا السن فما مصيرها، خاصة وأنه في وقتنا الحالي الفتاة في هذا السن تكون لا تزال تزاوّل دراستها، وبالتالي فهي لا تزال بحاجة إلى حاضن يحضنها ويتولى أمورها ويرعاها.

- كما أشارت المادة 66 من (ق.أ.ج) إلى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وذلك عند سقوط حضانة الأم بزواجها بغير قريب محرم أو بالتنازل عنها، فإذا كان سقوط الحضانة عن الأم سيضر بالمحضون فإن حضانتها تبقى قائمة حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم مراعاة لمصلحة المحضون التي تقتضي ذلك، كما أنه لا يعتد بتنازل الأم عن حضانة أولادها إذا كان هذا التنازل سيضر بمصلحة المحضون. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: " ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم قد طبقوا صحيح القانون .²

ففي هذه الحالة تجبر الأم على حضانة أولادها لأن مصلحتهم تقتضي ذلك ولا تسند حضانتهم إلى غيرها فقط لمجرد أنها لا ترغب في ذلك.

- ونصت أيضا المادة 67 من (ق.أ.ج) على أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون عند اختلال أحد الشروط، فيفهم منها أنه حتى وإن لم تتوفر إحدى الشروط الواجب توفرها في الحاضن إلا

¹ - أنظر المادة 7 من الأمر 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

² - غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 189234 مؤرخ في 21/04/1998، (قضية: ردن ضد: ع م)، اجتهاد قضائي الغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.175.

أن الحضانة تبقى إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فحماية الطفل أولى من اختلال الشرط.

- إضافة إلى ما نصت عليه المادة 69 من (ق.أ.ج)، وهو مراعاة مصلحة المحضون عند إسنادها إلى شخص يستوطن في الخارج، حيث تركت مسألة إثباتها أو إسقاطها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى القاضي أنه من مصلحة المحضون الانتقال إلى الخارج مع حاضنه فإنه يثبت الحضانة له، أما إذا رأى أنه من مصلحة المحضون الاستيطان في بلده حكم بسقوط الحضانة عن الحاضن وإسنادها إلى من هو أحق بها بعده، وعليه ومن خلال كل ما قلناه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أو إسقاطها، وقد أخضع المشرع هذه القاعدة للسلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية لمراعاة مصلحة المحضون عند إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، فيجب أن تكون مصلحة المحضون فوق كل اعتبار وأسمى من كل شيء. وتختلف مصلحة المحضون من قضية إلى أخرى ومثال ذلك: ما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا أين أقر القضاة بأن إسناد الحضانة إلى الجدة لأم تطبيق صحيح للقانون، على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها وأن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيها.¹

في حين اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم تطبيق صحيح للقانون كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك، مؤسسين على ذلك أن الحضانة أثر من آثار الطلاق وليس من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في بقاء البنت

¹- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 178086، مؤرخ في: 1997/12/23، نشرة القضاة، العدد 56، 1997، ص.33.

في بيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها، مبينين أن الطاعنة مسنة وغير أهلة للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 262 من (ق.أ.ج.)¹.

ونلاحظ من خلال هذين القرارين أنه رغم تشابه الوقائع إلا أن الأحكام كانت مختلفة ففي كل قضية حكم القاضي وفقا لقناعته وبحسب ما رآه أنه أصلح للمحضون.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون وجب عليه اللجوء إلى عدة وسائل أهمها: - التحقيق والمعاينة: للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون.

كما يمكن له الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين ويمكن أيضا أن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو الاعتماد على تقرير المرشدة الاجتماعية. - الانتقال للمعاينة: فيمكن للقاضي أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعرفة الظروف التي يعيش فيها المحضون كمدى قرب السكن من المدرسة وبعده وحالة السكن والحي الذي يعيش فيه، فيعتمد على هذه الأمور عند تقريره إسناد الحضانة.

- الاستماع إلى أفراد العائلة: فيمكن للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو أحد أفراد العائلة وذلك من أجل جمع المعلومات التي تساعد على ترجيح رأيه، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء المحضون لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم.²

على الرغم من تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في إصدار أحكام متعلقة بالحضانة إلا أنه تعثره بعض الصعوبات أحيانا في اختيار الحكم الصائب ومن بين هذه الصعوبات عدم تجزئة الحضانة في حالة تعدد المحضون فما هو مستقر عليه شرعا وقانونا هو أن حضانة الأطفال في حالة تعددهم تسند للشخص واحد.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 256629 بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص.421.

² - حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.86.

وقد انتقد البعض هذا الأمر (إسناد الحضانة لحاضن واحد) كون أن مصلحة الأطفال تختلف باختلاف أعمارهم، فما يكون أصلح للطفل عمره سبع سنوات لا يكون أصلح لطفل الرضيع.

المطلب الثالث: إشكالية حضانة الكافرة والمسؤولية عن أفعال المحضون

تعتبر إشكالية حضانة الكافرة للمسلم من أكثر الإشكالات تعقيدا لعدم وجود رأي متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وعليه سنحاول في هذا المطلب معالجة هذه الإشكالية ومعرفة مختلف آراء الفقهاء فيها ، كما أن الصغير قد تصدر منه بعض التصرفات التي قد تؤدي إلى إحداث أضرار للغير، وعليه يثار الإشكال فيمن سوف يكون المسؤول عن هذه الأفعال التي قام بها.

الفرع الأول: إشكالية حضانة الكافرة للمسلم

الحضانة كما أشرنا من قبل أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو غيرها من أسباب الانحلال، إلا أنه قد يكون الولد مسلما تبعا لأبيه وتكون أمه كافرة أو كتابية، فهل يمكن لهذه الأم الغير مسلمة أن تحضن ولدها المسلم أم لا؟ وقد اختلف الفقهاء كثيرا في هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، وقد انقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: مذهب أبي حنيفة ومالك

أصحاب هذا الفريق يقولون بأن حضانة الكافرة للمسلم أمر جائز، فقد ذهب المالكية إلى القول بأن كون الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غير ذلك لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنه، سواء كان الحاضن رجلا أو امرأة، لكن إذا خيف على المحضون من الحاضن فإنه يضم إلى المسلمين ليراقبوه ولا تنزع حضانتته من الحاضن.

أما الحنفية فقد فرقوا بين حضانة الرجال والنساء، فإذا كانت امرأة فلا يشترط فيها أن تكون متحدة في الدين مع المحضون، أما إذا كان الحاضن رجلاً فيشترط أن يكون دينه نفس دين المحضون.¹

فإسلام الحاضنة ليس بشرط لاستحقاقها للحضانة، لأن شفقة الأم على ابنها لا تتأثر باختلاف الدين، فإن كانت الأم كتابية وكان زوجها مسلم فإن حقها في حضانة ابنها يبقى قائماً إلا إذا اتضح أن في بقاءه معها خطر، كأن تبدأ في تعليمه لتعاليم دينها، أو تذهب به إلى معابدها لأنها في هذه الحالة تفقد شرط الأمانة الواجب توفره في الحضانة.²

وقد استدلت أصحاب هذا الفريق على جواز حضانة الكافرة بما يلي: ما رواه أبو داود عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان: " أنه أسلم وأبنت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم: أقعد ناحية، وقال لها: أقعدي ناحية، وقال لهما: أدعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أهدها، فمالت الصبية إلى أبيها.³

فهذا الحديث دل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم خير الأب المسلم والأم الكافرة في ابنتهما، وهذا التخيير يثبت شرعية حق الأم في الحضانة وإن كانت كافرة، وهذا يدل على أنه لا أثر لاختلاف الدين على الحضانة.

الحجة الثانية: حسب أصحاب هذا الفريق أن الحضانة شرعت لأمرين هما: الرضاع وخدمة الرضيع، والأم أوفر شفقة على ولدها وأقدر من غيرها على حفظه وخدمته.

- ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير

في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2004-2005، ص. 78.¹

- التكروري عثمان، المرجع السابق، ص. 271.²

³- أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق: باب إذا أسلم أحد الأبوين برقم 2244.

الفريق الثاني: مذهب الشافعي وأحمد

وأصحاب هذا الفريق يرون بأنه لا تثبت حضانة المسلم لكافر وقد كانت حجتهم في ذلك بما يلي: - أن الحضانة نوع من الولاية و لا تثبت ولاية الكافر على المسلم، فالله عز وجل قد جعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم أولياء بعض وفي هذا قال عز وجل: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " ¹.

- أن الحاضن يحرص على تربية الطفل على دينه وأن ينشأ ويتربى عليه مما قد يؤدي إلى تغييره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده، فالحضانة يراعي فيها مصلحة الولد، فلا تشرع لمن هو كافر يكون سببا في هلاك الحاضن وهلاك دينه وبالتالي فإن كفر الحاضنة أو الحاضن مانعا من حضانة الولد المسلم.²

وأمام هذا الاختلاف الفقهي حاولنا معرفة موقف المشرع الجزائري إلا أننا لم نجد أي مادة تحسم الأمر بشكل صريح، فالمادة الوحيدة التي وجدنا فيها إشارة للموضوع هي المادة 62 (ق.أ. ج) والتي نصت على مايلي: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " ³.

فهذه المادة قد اشترطت تربية الولد على دين أبيه فإذا كان الأبوين من نفس الدين أي مسلمين فلا يطرح أي إشكال لكن في حالة كون أحد الأبوين مسلم والثاني كافر هنا يطرح الإشكال، فإذا كانت الأم كافرة والأب مسلم فكيف يمكن أن تربيته على دين أبيه؟ فهذه المادة لم تعطي لنا أي حل. أما بالنسبة لموقف القضاء فقد ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي:

"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا

¹ - سورة النساء، الآية 141.

² - ميرة وليد، المرجع السابق، ص.70-71.

³ - قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق

المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضاة بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبح يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً " ¹.

نستنتج من خلال هذا القرار أن القضاء قد أقر بحضانة الأم ولو كانت كافرة ومنه يمكن القول بأنه قد أخذ برأي الإمام مالك الذي أجاز حضانة الكافرة للمسلم.

وحسب رأينا، فإننا نحبذ لو أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الآخر، أي الرأي الذي يقول بعدم جواز حضانة الكافرة للمسلم، لأن القول بجواز حضانة الكافرة يتناقض مع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون المنصوص عليها تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، فكيف يتعلم المحضون تعاليم دين الإسلام ومن أين يتعلم حدود ما أنزل الله على رسوله عليه الصلاة والسلام إن كان من يحضنه كافرا، فحسب رأينا إن كان قد قيل بعدم جواز حضانة الفاسق فإنه أيضا يجب القول بعدم جواز حضانة الكافر لأن الصغير ناشئ العقل، تنطبع على نفسه أي صورة يراها، وتنشأ في قلبه أية عقيدة يتلقاها.

وهناك من يقول أنه لا بأس أن تسند حضانة الصغير لكافرة شرط أن تربيته على الدين الإسلامي، وهذا القول حسب رأينا مستحيل، لأن هذه الكافرة لو كانت عالمة بتعاليم الدين الإسلامي حق المعرفة ولديها نية لتربية المحضون عليه لأسلمت هي أولا ولما بقيت كافرة، فلا يعقل لكافرة لا تصلي ولا تصوم أن تأمر ابنها الصغير بالصلاة في سبع سنوات وبالصوم عند البلوغ.

¹ - غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 2221، بتاريخ: 13 مارس 1989، (قضية : ب ج ضد: ج أ)، مجلة قضائية عدد 1، 1993، ص.48.

وبالتالي حسب رأينا فمن مصلحة الصغير أن تسند حضائته لحاضن مسلم ومن الأجر على المشرع لإزالة هذا الإشكال إعادة صياغة نص المادة 62 من (ق.أ.ج) وذلك باستبدال عبارة دين أبيه بعبارة دين الإسلام، وتكون صياغتها كالتالي: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين الإسلام والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وبشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " .

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

تدخل مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة ضمن المسؤولية الناشئة عن فعل الغير، وهي مسؤولية من طبيعة خاصة وهذا المبدأ في بعض الأحيان يكون عنسیر على الضحية خاصة إذا كان المحضون غير مميز لأنه لا يمكن إثبات الخطأ من جانبه، وسنحاول معالجة هذه الإشكالية كما يلي: أولاً: مسؤولية المكلف بالرقابة إن فعل الخاضع للرقابة هو من أفعال الغير المنشئة للمسؤولية المدنية، فهو يحمل مسؤولية تعويض الأضرار التي يتسبب فيها الغير، وقد جاء في نص المادة 134 من (ق.م.ج): " كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية" ¹.

ومن خلال هذه المادة يمكن استخلاص الشروط التي تتحقق بها مسؤولية متولي الرقابة وتتمثل هذه الشروط في :

¹ - أمر رقم 58 /75، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

1- تولي الرقابة:

تتحقق مسؤولية متولي الرقابة إذا قام الالتزام بالرقابة ومصدر هذا الالتزام كما نص عليه في المادة 134 من (ق.م.ج) قد يكون قانوناً مثل تولي الأب رقابة ابنه، كما قد يكون اتفاقاً كتولي مدير المستشفى الأمراض العقلية رقابة المرضى فلا يكفي أن يتولى شخص رقابة شخص آخر حتى يكون مسؤولاً عنه، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاقي بتولي هذه الرقابة. وتكون أسباب هذا الالتزام كما ورد في الم 134 من (ق.م.ج) إما بسبب قصره أو بسبب حالته الجسمية أو العقلية، فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب سنه، أي أن الولد لم يبلغ سن الرشد وهو 19 سنة حسب المادة 40 من ق.م.ج) والتي تنص " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية المباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة".¹

ومن ثم يتحمل الأب أو الأم المسؤولية المترتبة عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها. وعند ترشيده القاصر يتخلص الرقيب من المسؤولية إلا إذا استطاع المضرور أن يقيم الدليل على خطأ الأب أو الأم الشخصي بترشيده ولده القاصر قبل الأوان.

والمجنون والمعتوه وذو الغفلة بحاجة إلى الرقيب بسبب حالتهم العقلية، في حين يكون الأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية، فهؤلاء يخضعون لرقابة الآباء أو أولياء النفس بحكم القانون، في حين يخضع المرضى لرقابة عمال المستشفى كالمدير والممرض بحكم الاتفاق.²

¹ - المرجع نفسه.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 1125-1126.

2- صدور عمل غير مشروع:

يعتبر الفعل الضار شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية ولا بد أن يحدث هذا الفعل ضرر للغير التحقق مسؤولية متولي الرقابة فيجب أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة، فالعمل الغير المشروع يجب أن يقع منه لا أن يقع عليه. فمسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مفترضة تقبل إثبات عكسها، و حتى تتحقق مسؤولية الخاضع للرقابة يجب إثبات خطأ من جانبه طبقاً للقواعد العامة وقد تتحقق المسؤولية عن طريق افتراض خطأ من جانبه طبقاً للقواعد العامة، وقد تتحقق المسؤولية عن طريق افتراض خطأ من جانبه، ومتولي الرقابة لا يكون مسؤول على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس، بل تقوم على أساس خطأ ثابت أو خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ومتى تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة قامت إلى جانبها مسؤولية متولي الرقابة.

لكن قد يكون الخاضع للرقابة غير مميز فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه، وهنا يكفي توفر العنصر المادي للخطأ وهو التعدي دون الحاجة للركن المعنوي وهو التمييز.

وما يلفت النظر في مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال غير المميز خلافاً للمسؤولية عن أعمال المميز، أنها مسؤولية أصلية لا تبعية، ذلك أن مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية تقوم بقيام مسؤولية الشخص الموضوع تحت الرقابة، أما إذا كان غير مميز فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسؤوليته قد تحققت وتتحقق تبعاً لها مسؤولية متولي الرقابة، والواجب أن يقال أن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية أصلية قامت مستقلة وأساسها خطأ مفترض من جانب المسؤول ولا تسند هذه المسؤولية إلى مسؤولية غير مميز¹.

ثانياً: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون

سنحاول البحث في هذه الإشكالية من خلال القانون المدني و قانون الأسرة

¹ - المرجع نفسه، ص. 1132-1133-1134.

1- مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة في ضوء القانون المدني:

كما نعلم فإن القانون المدني الجزائري قد طرأ عليه تعديل و كانت المواد المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير من بين المواد التي مسها تعديل 2005 و عليه سنحاول دراسة مسؤولية الأم عن أفعال ابنها في ضوء القانون المدني قبل التعديل و بعد التعديل. أ- مسؤولية الأم الحاضنة في ضوء القانون المدني قبل التعديل: نصت المادة 135 من (ق.م.ج) قبل إلغائها على ما يلي: "يكون الأب و بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين، و المؤدبين، و أرباب الحرف، مسؤولان عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم. غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين...".¹

حسب هذه المادة فإن الأم لا تسأل عن أفعال ابنها المحضون الضارة إلا بعد وفاة الأب، فهو الذي يتحمل المسؤولية عن أفعال ابنه طالما أنه على قيد الحياة.

لكن ما هو منصوص عليه في الم 135 ق.م.ج) قد يتعارض مع الواقع، إذ يمكن للضحية أن تطالب بمسؤولية الأب و الأم في آن واحد، فتطالب الأب بالمسؤولية بصفته أبا (طبقا للم 135 من ق.م.ج) و تطالب الأم بصفتها متولية الرقابة (طبقا للم 34 من ق.م.ج).

كما قد تكون الأم هي المسؤولة الوحيدة رغم وجود الأب و ذلك لأن الم 135 قد أتت بشرط ثالث الإثبات المسؤولية، فبالإضافة لشرط تولي الرقابة و شرط العمل الغير مشروع أضافت هذه المادة شرط المساكنة فحسب المادة لقيام مسؤولية الأب أو الأم يجب أن يكون الولد ساكنا معه أو معها وهنا يكمن الإشكال، فإذا آلت الحضانة للأم ينتفي بذلك شرط المساكنة بالنسبة للأب و بالتالي هل تبقى المسؤولية للأب رغم انتفاء الشرط أم تكون المسؤولية على الأم باعتبارها حاضنة ومتولية الرقابة؟

بالرجوع إلى نص المادة 38 من (ق.م.ج) نجدها تنص على ما يلي: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.

¹ - أمر رقم 58-75، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

خاتمة

خاتمة :

يتبين من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، أنه رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا أنه لا تزال هناك ثغرات، فالمشرع الجزائري عند تعريفه للحضانة ركز أكثر على ذكر أهدافها، وهو ما دفعنا للجوء إلى التعاريف الفقهية، كما أن المشرع قد أهمل نكر خصائص الحضانة، وكذا الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن، وأكتفي فقط بمصطلح الأهلية القيام بالحضانة، وهو ما أورده في نص المادة 62 ف 2 (ق أ ج) وحسب رأينا كان على المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات أن يخصص مادة مستقلة يتناول فيها الشروط الواجب توفرها في الحاضن.

كما يتضح من خلال دراستنا لموضوع الحضانة أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، فهذا المصطلح قد ذكره المشرع تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، لكنه لم يعط لنا مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في النزاع، إلا أنه كان من المستحسن لو أن المشرع ضبط مفهوما لهذا المبدأ فلكل قاض مفهومه الخاص.


وما تجدر الإشارة إليه أيضا بخصوص سن انقضاء الحضانة بالنسبة للفكر الذي حدده ب 10 سنوات فهو غير كاف حتى وإن منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة كون الحاضن أم المحضون التي لم تتزوج مرة ثانية، فهذا السن غير كاف كما أن تقييد هذا الحق بأم المحضون فقط أمر يثير إشكال، وهو في حالة كون الحاضن غير أم المحضون. فحسب رأينا فإنه من الأجدر رفع سن الحضانة إلى سن الرشد وهو 19 سنة، أين يكون المحضون كامل الأهلية وقادرا على تحمل مسؤولياته بنفسه، كما أنه يستحسن عدم تقييد حق تمديد الحضانة بأم المحضون فقط.

أما بخصوص المادة 64 التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فإن هذا الترتيب جاء مختصرا بعكس بعض التشريعات العربية الأخرى، خاصة عند النص على الأقربون درجة، فلم يحدد المشرع من هم الأقربون درجة بل ترك القاضي، ولم يبين لنا الحل إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة.

كما نلاحظ أن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يقم بتحديد معناها والحالات التي يمكن للقاضي الحكم بإسقاطها.

كما نستنتج أن المشرع لم يضع مادة صريحة لمعالجة مشكلة إسناد الحضانة لأم كافرة (غير مسلمة)، وتربية الولد على دين أبيه، وكان من الأجدر على المشرع أن يفصل في هذا الأمر ويضع حكما فاصلا في مادة صريحة.

وفي الأخير، ومن خلال دراستنا هذه نؤكد أنه على المشرع إعطاء أهمية أكبر لموضوع الحضانة، وذلك إما بإعادة النظر في المواد المنظمة له، وتدارك الثغرات الموجودة فيه، وذلك إما بتخصيص مواد إضافية لضبط النقائص المتواجدة، ومراجعة الأحكام المتعلقة بها، ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل.



قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع :

1. ابن شيخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، ، سنة 2008 ، ط1.
2. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، ابن منظور، لسان العرب ، ط1 ، دار صادر ، بيروت ، المجلد التاسع.
3. أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324هـ.
4. أحسن بوسفيعة، القانون الجزائري الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص ، دار هومه ، 2006، ج1، ط 4 .
5. باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر.
6. الحسين بن الشيع اش مطويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومه، بوزريعة الجزائر، طبعة 2005.
7. عبد الرحمان الشواربي ، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2001.
8. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
9. عبد العزيز سعد ، الجرائم اعتداء على الأموال العامة و الخاصة، دار هومة ، الجزائر ، 2005 .
10. عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه ، الجزائر 2016 ، بدون ط .
11. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، الجزائر ، ط2، 1989 .

12. عبد العزيز سعد ، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
13. عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007.
14. عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الطبعة 17 سنة 2010 .
15. عبد الله أوهابية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، (التحري والتحقيق)، دار هومة ، الجزائر ، ط 2012.
16. العربي بالحاج ، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، بن عكنون، الجزائر ، 2000.
17. فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، دار البدر ، الجزائر ، 2008 ، بدون ط .
18. محمد حزيط ، منكرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار هومه ، الجزائر ، 2011، ط 6.
19. محمد. صبحي قانون العقوبات الجزائية ، (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 .
20. المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، ط1 ، الجزء الأول ، 1980.
21. مكي دردوس ، القانون الجزائي الخاص في التشريع الجزائري ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، قسنطينة ، 2005 .
22. وفاء مرزوق حماية الطفل في ظل الاتفاقية ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية سوريا ، 2010.

الرسائل الجامعية :

1. ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2004-2005.

المجلات :

1. بلقاسم أعراب ، مسقطات الحضارة في قانون الأسرة الجزائري ، الفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية) ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، العدد الأول ، 1994 .
2. م و ا ر ث . م ، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري ، القسم الخاص ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ، بدون ط.
3. المجلة القضائية ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009.

فهرس المحتويات

	شكر وتقدير
	الإهداء
أ-د	مقدمة
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون	
07	المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون
07	المطلب الأول : مفهوم مصلحة المحضون
07	الفرع الأول : تعريف المحضون
08	المطلب الثاني : تمييز الحضانة عما شباهاها
08	الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الولاية القانونية
10	الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الكفالة
12	المبحث الثاني : مصلحة المحضون فيما يتعلق بأثار الحضانة
12	المطلب الأول: نفقة المحضون ومسكن الحاضنة.
12	الفرع الأول: نفقة المحضون
16	الفرع الثاني: مسكن الحضانة
17	المطلب الثاني : حق الزيارة والولاية
17	الفرع الأول : حق الزيارة
19	الفرع الثاني: حق الولاية
20	المطلب الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون
20	الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادة 66 ق أ ج
21	الفرع الثاني : أسباب السقوط الواردة في المادتين 62 و 68 ق إ ج
الفصل الثاني مصلحة المحضون على ضوء القضاء وأبرز إشكالاته	
25	المبحث الأول: التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون

25	المطلب الأول : الدعاوى المدنية
26	الفرع الأول : دعوى إسناد وتمديد الحضانة
32	الفرع الثاني : دعوى إسقاط الحضانة
39	المطلب الثاني : الحماية الجزائية للمحضون
39	الفرع الأول : جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا
45	الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنته
49	الفرع الثالث : جريمة عدم تسديد النفقة
57	الفرع الرابع : عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته
58	المطلب الثاني : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون
58	الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون
60	الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري
63	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون
65	المطلب الثالث: إشكالية حضانة الكافرة والمسؤولية عن أفعال المحضون
65	الفرع الأول: إشكالية حضانة الكافرة للمسلم
69	الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة
75-74	خاتمة
78-77	قائمة المراجع
	ملخص الدراسة