

## الفصل الثاني: التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

توفير الحماية القانونية للطفل من خلال تطبيق معيار مصلحة المحضون ، سواء عند إسناد الحضانة إلى مستحقيها أو تمديدها أو عند إسقاطها عنهم، وانحلال الرابطة الزوجية بسبب الطلاق أو التطلق أو الخلع يطرح قضية حق رؤية الصغير ، أو حق الزيارة التي أقرها الشرع والقانون له ، حتى لا ينقطع عن والديه.

### المبحث الأول: دعاوى الحضانة

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان ، لا سيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة ، وتعدد مسألة الحضانة من جهة أخرى ، مما يصعب من مهمة القاضي.

### المطلب الأول: الدعاوى المدنية

#### الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

إن صاحب دعوى الحضانة إذا تعلق أمره بمصلحة المحضون فإن لا يخلوا أمره عن أحد الفرضيات الآتية : فهو إما مطالب بإسناد الحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره ، أو مطالب بتمديدها وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى وتطبيقها وضمانا لحماية مصلحة المحضون يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له بتمديدها ، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق .

### المطلب الأول : الدعاوى المدنية

من خلال هذا المطلب نتناول الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي - كل من دعوى إسناد الحضانة وتمديدها ، ودعوى إسقاطها وحالاتهما والإجراءات المتبعة.

**دعوى إسناد الحضانة:** يستوجب الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة وفق الحالات الآتية : حالة الطلاق و التطلق أو الخلع، وحالة الوفاة أو حالة فقدان.<sup>1</sup>

### أ- حالة الطلاق والتطلق والخلع:

عند انحلال الرابطة بالطلاق سواء بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو التطلق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي بين الزوجين، فلا بد أن يتم ذلك أمام القضاء ، ففي هذه الحالات وغيرها كما

<sup>1</sup> - بن عصمان نسرین ایناس : مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير )، قانون الأسرة المقارن ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق ، 2009/2008 ، ص 142.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

ورد في المادة 53 من قانون الأسرة وكذلك حسب المادتين 54،55 من نفس القانون ، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الحاسمة التي ينظرها فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ، ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتعين من يتولى أمرهم ويعيشون تحت رعايته ومسؤوليته مع مراعاة مصلحة المحضون المنصوص عليها في القانون من طرف القاضي حيث لابد من إسناد الحضانة اعتمادا على الترتيب الذي جاء به المشرع إلا في حالة وجود موانع ، ناظرا دائما في حكمه مصلحة المحضون .

وبتطبيق القواعد الشرعية والفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الأم تكون دوما أولى وأحق بإسناد الحضانة لها ، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز والمحددة قانونا وشرعا ، حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدينة عندما ألغت حكم درجة أولى قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من مسكن الوالد ، وحتى لا يقع في ارتباك في الدراسة ، إلا أن الغرفة رأت أن هذا التبرير غير مقنع ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس<sup>1</sup>.

وهذا الاتجاه أكدته نفس الغرفة في قرار لها عندما طالب والد المحضونة أمامها من جديد بإسناد الحضانة له على أساس أنه عندما توجه إلى زيارة ابنته لم يجدها ، وقدم محضر عدم وجود حيث اعتبرت الغرفة أن هذا الطلب الذي يعتمد على مثل هذا المحضر غير مؤسس<sup>2</sup>. وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث جاء فيه : من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية ، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة

<sup>1</sup> - قرار : غ أ ش : مجلس قضاء المدينة - رقم الجدول 01/1159 - فهرس : 2002/48 بتاريخ : 2002/04/06 .

<sup>2</sup> - قرار : غ أ ش : مجلس قضاء المدينة - رقم الجدول 2001/1301 - فهرس : 2002/51 بتاريخ : 2002/04/06 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها للأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة <sup>1</sup>.

وما يلاحظ على هذا القرار هو أخذه بما ذهب إليه المالكية والحنفية في عدم اشتراط الإسلام في الحاضن ، بشرط أن تقوم هذه الأخيرة بتربية الولد على دين أبيه ، ولهذا أسقطت الحضانة عن حاضنة مسيحية عندما حاولت تربية الولد وفقا لديانته <sup>2</sup>.

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : 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 مما يستوجب رفض الطعن <sup>3</sup>.

ودائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت المحكمة العليا أن تسليم الأم البننتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات ، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون <sup>4</sup>.

### ب-حالة الوفاة أو فقدان

يكون إسناد الحضانة في الحالة الأولى بالتبعية لدعوى الطلاق ، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة الوفاة ومن أسندت له الحضانة أو فقده ، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له ، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا : رقم 52221 تاريخ 13 مارس 1989 ص - 48 - م ق : 1993 عدد 01 .

<sup>2</sup> - المحكمة العليا : ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 16/04/1979 نشرة القضاة 81 رقم 2 ص 108 .

<sup>3</sup> - المحكمة العليا : ملف رقم 153640 قرار بتاريخ 18/02/1997 م ق. 81 العدد 1 لسنة 1997 ص 37 .

<sup>4</sup> - المحكمة العليا: غ، أ، ش، ملف رقم 134951 - قرار مؤرخ في 21/05/1996 م ، ق العدد 2 لسنة 1997 ص 86.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولاً في حالة فقدان إلى إصدار حكم يثبت الحالة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : دعوى تمديد الحضانة

من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة التي تنص على: "تقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..." ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل ، عندما أضافت : "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية " .

نلاحظ أن حضانة الأولاد الذكور تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، و الإناث ببلوغها سن الزواج وعند تجاوز السن المحددة لانتهاء الحضانة قانوناً يمكن للطفل أن يختار أي من والديه لعيش عنده ، وفي هذه الحالة لا يحق لأي منهما رفع دعوى المطالبة بحضانتها .

ومن خلال ما سبق يمكننا القول أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذا ما من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصاً آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون .

في قرار للمحكمة العليا أنه : " من المقرر قانوناً أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة " <sup>2</sup> .

في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بن عصمان نسرین ایناس : المرجع نفسه ، ص 144.

<sup>2</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 1999/12/10 ، ملف رقم 25566 ، م . ق ، 2001 ، عدد خاص ، ص 76.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 1995/10/24 ، ملف رقم 123889 ، ن . ق ، عدد 52 ، ص 111.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

يجوز للقاضي حسب نص المادة 63 من قانون الأسرة قبل أن يصدر حكمه في الموضوع أن يسمح للأم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني ، وذلك في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه ، لكن من هو القاضي المختص بإعطاء هذا الترخيص ؟

هل يرجع الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية الذي ينظر في موضوع الدعوى؟ أم إلى قاضي الاستعجال باعتبار أن المادة لم توضح ذلك...؟ لكن الأرجح في هذه الحالة أن يعود الاختصاص إلى القاضي الإستعجالي وذلك بناء على طلب تقدمه الأم إلى رئيس المحكمة، هذا الأخير يسمح لها بالتوقيع على الوثائق التي تخص الطفل بموجب أمر على عريضة.

المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري : أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفق والحضانة والزيارة والمسكن<sup>1</sup>.

وجاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تعطي لرئيس المحكمة إمكانية الفصل على وجه السرعة و بموجب أمر على عريضة في المسائل المتعلقة بالنفقة و حضانة الأطفال و الزيارة و المسكن و هي الأمور التي تستوجب الاستعجال للفصل فيها .

في حالة سكوت الزوجين يطرح إشكال يتمثل في مسألة الحضانة بمناسبة دعوى الطلاق، أو التطلق أو الخلع. حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون، لكن القضية تتعدّد نوعاً ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة...؟ في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام حلين :

إما أن يتعرض لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه فيسندّها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن يسند الحضانة لأم مثلاً مع أنها لم تطالب بها ، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم .

<sup>1</sup> - المادة 57 مكرر من الأمر رقم 02-05 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

وإما أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون ... ؟

لايوجد اتجاه موحد بين القضاة لحل هذه الإشكالية ؛ فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة ، لأنه و متى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

و هناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون ، كما أن الحضانة و إن كانت حقا فهي أيضا واجب و المحكمة مكلفة بأن تحمّل صاحب الواجب واجبه وتطبيق النظام العام ، و على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه<sup>1</sup> ، و إلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانتها؟

### الفرع الثالث :دعوى إسقاط الحضانة

إذا أسندت الحضانة إلى أحد الطرفين اختل شرط أو شروط ممارسة الحضانة تصبح مصلحة المحضون في خطر وبهذا يمكن للطرف الثاني أو من له الصفة أن يلجأ إلى دعوى إسقاط الحضانة ، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق ، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون<sup>2</sup> ، ومن هنا يتبادر في ذهننا السؤال عن أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة ؟

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي :

**الحالة الأولى :** نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها :

يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

**أ - زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :** إذا كانت الأم أحق وأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغير فإن زواجها من رجل غير قريب من المحضون ، وغير ذي محرم

<sup>1</sup> - بن عصمان نسرین ایناس : المرجع نفسه ، ص 145.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 146.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

منه ، يسقط حقها في الحضانة ، ويمكن نقله إلى غيرها ممن لهم طلبها .<sup>1</sup> ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلاً اختياريًا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟  
تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

و في قرار للمحكمة العليا مفاده : " أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون.<sup>2</sup>

بما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة<sup>3</sup> . وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه : " ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة "<sup>4</sup>.

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 قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون<sup>5</sup> .

وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية...المرجع السابق، ص 186.

<sup>2</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 05-02-1990 ، ملف رقم 58812 ، م . ق . ، 1992 ، عدد 4 ، ص 58.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 19-04-1994- ، ملف رقم 102886 ، ن . ق . ، 2001 ، عدد 51 ، ص 92.

<sup>4</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 05-05-1986 ، ملف رقم 40483 ، م . ق . ، 1989 ، ج 2 ، ص 75.

<sup>5</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 21-07-1998 ، ملف رقم 201336 ، م . ق . ، 2001 ، عدد خاص ، ص 78.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة ، ومن ثمة فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون<sup>1</sup>.

**ب- التنازل عن الحضانة :** يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ،<sup>2</sup> المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثل عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهذا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها . وأي تنازل يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة : " أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها "<sup>3</sup> .

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون<sup>4</sup>.

و يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم ، هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟

أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدينة أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ، وبما أن

<sup>1</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 21-11-2000 ، ملف رقم 252308 ، 2001 ، عدد 2 ، ص 284.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف والي : المرجع السابق ، ص 97.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 19-12-1988 ، ملف رقم 51894 ، م . ق ، 2001 ، عدد خاص ، ص 70.

<sup>4</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 21-04-1998 ، ملف رقم 189234 ، م . ق ، 2001 ، عدد خاص ، ص 175.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه <sup>1</sup> .

وجاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بأن مسألة إثبات التنازل لا يمكن أن يكون إلا بموجب حكم أمام القاضي ، وأن المحضر الذي يستند عليه المستأنف والمجسد على حد تعبيره لتنازل المستأنف عليها عن حضانة الولدين والمؤرخ في 22 / 05 / 1997 لا يمكن الاعتماد عليه البتة في إثبات التنازل هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن الأم وإن تنازلت عن الحضانة يبقى دائما دور القاضي في استشفاف المصلحة الخاصة بالولدين لأن الحق هو حقهما كما يقول الإمام مالك في المدونة الكبرى : وما إنأطتها بالأم إلا لحسن الرعاية وهو عين ما توخته أحكام المادة 62 وما يليها من قانون الأسرة <sup>2</sup> .

**وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا:** " أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها ، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك " <sup>3</sup> .

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 يوجد لكنه يستمتع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية . لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة هي ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن **نزعم** أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون <sup>4</sup> .

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في

<sup>1</sup> - قرار غ أش ، مجلس قضاء المدينة ، رقم الجدول 2002/175 ، فهرس 2002/79 ، بتاريخ 11-05-2002 .

<sup>2</sup> - قرار غ أش ، مجلس قضاء المدينة ، رقم الجدول 2001/924 ، الفهرس 2002/10 ب: 26-01-2002 .

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أش ، 20-04-1999 ، ملف رقم 220470 ، م . ق . ، 2001 ، عدد خاص ، ص 181 .

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة، ط ، ص 295 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناء على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ<sup>1</sup>.

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدينة والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به ، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون ، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة ، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانتها أمه .

**الحالة الثانية :** نصت عليها المادة 68 من قانون الأسرة يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر .

كما نصت المادة 70 من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

**أ - سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر :** دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.<sup>2</sup>

إذا كان الشخص الذي له حق طلب الحضانة ممن ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة سهى ولم يمارس فيها، طلب الحضانة في وقتها ، ومضى على ذلك حين من الدهر يزيد على سنة ميلادية كاملة ، وكان ذلك بدون عذر شرعي وقانوني مقبول فإن طلبه لحق الحضانة بدعوى أمام القضاء بعد هذه المدة يكون غير مؤسس ، وبسمح القاضي الناظر في هذه الدعوى أن يحكم بسقوط دعوى المدعي لسقوط حقه في طلب الحضانة لتقادم هذا الطلب.<sup>3</sup> بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 300.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف والي و فواز لجلط : إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة قانون الأسرة، اليوم الدراسي، جامعة المسيلة ،

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 18 / 01 / 2016.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة ... المرجع السابق: ص 186.

## الفصل الثاني ----- التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

### سبيل المثال

- أن يكون جاهلا بأن له الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون .

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

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها : " من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية" <sup>1</sup> .

وفي قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها<sup>2</sup>.

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون : " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالفوا القانون" <sup>3</sup>.

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 68 السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 09-07-1984 ، ملف رقم 328229 ، م . ق . ، 1990 ، عدد 1 ، ص 60.

<sup>2</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 02-12-1985 ، ملف رقم 388225 ، ن . ق . ، عدد 44 ، ص 157.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 05-02-1990 ، ملف رقم 58220 ، م . ق . ، 1993 ، عدد 3 ، ص 53.

<sup>4</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 18-05-1999 ، ملف رقم 222655 ، م . ق . ، 2001 ، عدد خاص ، ص 158.

### ب - سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة :

وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في مادته 70،<sup>1</sup> من خلال قراءة نص المادة نجد أنها تنص على أن سقوط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، وعليه فمن محاولة تحليل هذه النصوص يتضح لنا أن من الأسباب التي يترتب عليها سقوط الحضانة هو سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون في مسكن واحد عندما يثبت أن هذه الأم قد أعادت الزواج مع رجل ليست له قرابة بالمحضون ، وغير ذي محرم بالنسبة إلى المحضون .

لذلك فإذا قام أي شخص من مستحقي الحضانة قانونا ورفع دعوى أمام قاضي شؤون الأسرة وطلب الحكم بسقوط حق الحضانة عن الجدة لأم أو الخالة وإسنادها إليه ، فإن على القاضي أن يحكم بإسقاط الحضانة ، عن الجدة أو الخالة ، وأن يسندها إلى طالبا كلما تحقق وتأكد من توفر شروط الحضانة ، وتوفر مصلحة المحضون ، وكلما ثبت لديه أن سبب سقوط الحضانة سبب حقيقي ، وثبت لديه أن الحاضنة تسكن سكنا حقيقيا مستمرا مع أم المحضون ، وأنها متزوجة مع غير ذي محرم .<sup>2</sup>

وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة . مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرها .. ؟

**الحالة الثالثة :** تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المنصوص عليها شرعا والمذكورة في المادة 62 من قانون الأسرة ، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة 69 من نفس القانون .

**أ - سقوط الحضانة عند اختلال شروطها :** يؤدي اختلال الشروط المنصوص عليها

<sup>1</sup> - عبد اللطيف والي : المرجع السابق ، ص 103.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى ... المرجع نفسه ، ص 187.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

في المادة 62 من ق أ إلى إسقاط الحضانة ،<sup>1</sup> بالنسبة إلى إمكانية سقوط حق المرأة العاملة في الحضانة نجد أن المادة 67 من قانون الأسرة بعد أن نصت على سقوط الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 منه استثنت المرأة العاملة في الفقرة الثانية حين نصت على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ، غير أنها استدركت الأمر في الفقرة الثالثة وذكرت قائلة : غير أنه يجب في جميع الأحوال مراعاة مصلحة المحضون .

ومعنى ذلك باختصار هو أن المرأة العاملة التي تغيب عن محضونها وتتشغل عنه بأعمال وظيفتها لا يسقط حقها في طلب الحضانة ، حتى لو كان العمل لا يسمح لها بتوفير راحة المحضون والعناية به ، ولا يهم ما إذا كانت الحاضنة العاملة هي الأم أو الخالة أو الجدة ، أو غيرهن من الحاضنات العاملات ، وهو موقف فيه نظر ، وغير مسلم به .

أما ما يمكن ملاحظته في هذا المجال فهو أن القانون قد جعل من مصلحة المحضون شرطا أساسيا لإسناد حق الحضانة إلى مستحقها ، وترك للقاضي السلطة الكاملة في تقدير مصلحة المحضون دون تحديد أي معيار أو أساس لتقدير المصلحة ، وهذا يعني أن القانون قد منح القاضي كل السلطة التقديرية في الاقتناع بمصلحة المحضون .<sup>2</sup>

إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة ، ونصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله .<sup>3</sup>

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر : "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا

<sup>1</sup> - عبد اللطيف والي : المرجع نفسه ، ص 105.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى ... المرجع نفسه ، ص 189.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 07-11-1988 ، ملف رقم 50270 ، م ق ، 1991 ، عدد 3 ، ص 48.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

لقواعد الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة ( أم الأم ) تسقط عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون.<sup>2</sup>

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا<sup>3</sup>.

إذا كان القاضي قد قضى بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو إلى غيرها من النساء وثبت فيما بعد أن هذه الحاضنة قد ارتكبت جريمة الزنا وصدر عليها حكم أصبح نهائيا فإنه يحق لغيرها من مستحقي الحضانة أن يرفع دعوى سقوط الحضانة ويمكن للقاضي شؤون الأسرة أن يحكم بسقوطها وإسنادها إلى غيرها ، ولا سميا إذا كان المحضون قد بلغ سنا معينة يستطيع معها الاستغناء عن خدمات أمه ، هذا وإذا كان المحضون لا يعي ولا يتأثر بما فعلته أمه فإننا نرى أنه إذا كانت مصلحة المحضون هي أساس إسناد حق الحضانة إلى مستحق الحضانة من النساء فإن الحضانة لا تسقط عن الأم أو غيرها متى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا ، وما دام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة<sup>4</sup>.

وفي هذا المعنى صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 30-09-1997 تحت رقم 171684 جاء فيه حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه.<sup>5</sup>

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمدينة اعتبرت أن استناد الطاعن في دعوى إسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس لا به يعمل ولا عليه يعول<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 09-07-1984 ، ملف رقم 33921 ، م . ق . ، 1989 ، عدد 4 ، ص 76.

<sup>2</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 20-06-1988 ، ملف رقم 50011 ، م . ق . ، 1991 ، عدد 2 ، ص 57.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، 09-01-1984 ، ملف رقم 31997 ، م . ق . ، 1989 ، عدد 01 ، ص 73.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون ... نفس المرجع ، ص 189-

<sup>5</sup> - عبد العزيز سعد : نفس المرجع ، ص 189.

<sup>6</sup> - أنظر قرار غ أ ش مجلس قضاء المدينة رقم الجدول 2001/1268 ، فهرس 2002/50 بتاريخ 06-04-2002.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء ، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة<sup>1</sup>.

**ب - سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي :** من خلال قراءة نص المادة 69 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه إذا أراد الشخص الذي يمارس حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي بالمحضون عليه أن يراجع القاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون .

ومعنى ملخص الكلام بشأن هذا النص هو إذا كان الشخص الممارس لحق الحضانة بموجب حكم قضائي يقيم داخل التراب الوطني ، ويريد أن ينتقل بالمحضون إلى بلد أجنبي خارج إقليم الجزائر ويرغب في أن يقيم فيه فإن القانون قد أوجب على الحاضن أن يراجع قاضي شؤون الأسرة ورفع دعوى ضد الطرف الآخر بقصد الإذن له بالانتقال فإن شاء أبقي له حق الحضانة إذا تحقق من أن مصلحة المحضون ستراعي ، وإن شاء أسقطه عليه ، إذا رأى خلاف ذلك .

ومعنى ذلك أنه بعد الإطلاع على مضمون وأسباب عريضة دعوى طلب الإذن بالانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني ، وبعد سماع أصحاب المصلحة من مستحقي الحضانة ، وبعد أن يتفحص القاضي أحوال البلد الأجنبي المرغوب في الانتقال إليه بالمحضون ، وبعد أن يقدر مصلحة المحضون وما إذا كانت ستكون مضمونة أو لا ، وبعد مناقشة الأطراف وملاحظات ممثل النيابة العامة يضع مصلحة المحضون أمام عينيه ثم يصدر حكمه إما بالسماح للحاضن بالانتقال بالمحضون إلى البلد الأجنبي وإثبات حق الحضانة ، وإما رفض الدعوى الحاضن والحكم بإسقاط حقه في الحضانة إذا هو أصر على الخروج من الوطن والانتقال إلى البلد الأجنبي ، خاصة إذا كان هذا البلد لا يدين بالإسلام أو كان المحضون سيوضع في مدرسة مسيحية<sup>2</sup>.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش، 18-07-2000، ملف رقم 245156 ، م.ق ، 2001 ، عدد خاص ، ص 188.

<sup>2</sup> -عبد العزيز سعد :إجراءات ممارسة دعاوى الأسرة... نفس المرجع ، ص 187.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

قبل وضع أي شرط<sup>1</sup>.

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة<sup>2</sup>.

وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه: "أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد شرعي. بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود<sup>3</sup>.

كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي<sup>4</sup>.

و منه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون و القواعد الشرعية بذلك ، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه .

و نود أن نشير في نهاية هذا المطلب إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة :

فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة و المصلحة و الأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية ، و يعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة ، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون و يكون الاختصاص لمحكمة 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 بإسنادها إلى الغير .

<sup>1</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أش ، 23-06-1993 ، ملف رقم 91671 ، م .ق. ، 1994 ، عدد 1 ، ص 72.

<sup>2</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أش ، 21-11-1995 ، ملف رقم 111048 ، ن .ق. ، عدد 52 ، ص 102.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أش ، 22-09-1986 ، ملف رقم 43594 ، ن .ق. ، عدد 44 ، ص 175 .

<sup>4</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أش ، 02-04-1984 ، ملف رقم 32594 ، م .ق. ، 1989 ، عدد 1 ، ص 77.

## المطلب الثاني : الدعوى الجزائية

### الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

لقد اختلفت الآراء عند فقهاء المسلمين المتقدمين زمنيا من حيث كون الحضانة هي حق للطفل أم حق لأمه ومن يليها ، فقد اتفقوا على أنها واجبة ، وعلى أن الأم لها الأسبقية في حضانة مولودها كلما توفرت فيها الشروط الشرعية والقانونية التي ورد النص عليها في قوانين الأحوال الشخصية ، ومنها قانون الأسرة الجزائري الذي نص في المادة 64 منه على " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".<sup>1</sup> ثم جاء قانون العقوبات ونص في المادة 328 منه على أن الأب أو الأم أو أي شخص آخر يقوم بتسليم قاصر فصل في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم قطعي أو مؤقت إلى من له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، وبالغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري،<sup>2</sup> كما نصت كذلك على أن تسلط نفس العقوبة على كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها حاضنه ، أو أبعد عنه ، أو عن تلك الأماكن ، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك دون تحايل أو عنف .

ومن تحليل أحكام ما جاء في هاتين الفقرتين من المادة 328 من قانون العقوبات ، يتضح لنا مدى ما تضمنته من حماية لحقوق الأولاد ولأمنهم واستقرارهم ، ومدى ما اشتملت عليه من مؤيدات فعالة لضمان احترام الأحكام القضائية وتدعيم أركان العدل .<sup>3</sup> وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، و هي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.<sup>4</sup> سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه و أهم

<sup>1</sup> - المادة 64 من الأمر رقم 02-05 .

<sup>2</sup> - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 123.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد : الجرائم الواقعة على ...، ص 124.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

صور هذه الجريمة مثل : جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته ، و جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

**الفرع الأول : جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه :** الجرائم الواقعة على نظام الأسرة من بينها جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه ، وإن المعاقبة عليها تعتبر أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاة ، وعلى تنفيذها ، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون .<sup>1</sup>

وعندما نص قانون العقوبات في الفقرة الأولى من المادة 328 على معاقبة الأب أو الأم أو أي شخص آخر يمتنع أو يتعرض على تسليم طفل محكوم بإسناد حق حضنته إلى شخص آخر غيره إنما يكون قد وضع مبدأ قويا لضمان احترام القانون واحترام الأحكام الصادرة عن القضاء في وقت واحد ، لذلك يبد وأن من الأفضل أن نتحدث بقليل من التفصيل عن العناصر المكونة لهذه الجريمة ونلخصها فيمايلي :

**1- عنصر الامتناع عن التسليم :**العنصر المادي أول العناصر التي يشترط القانون توفرها لقيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في حضنته المتمثل في الامتناع ذاته وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع إلا أنه ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ، ولما أمكن متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها ، وينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد واضح ومقصود ، وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وبعد الاستظهار بمحضر الامتناع أو بشهادة شهود تقبل شهادتهم ، وإلا فلا يمكن اعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه أو صاحب الحق في حضنته ، ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه .<sup>2</sup>

وهناك قرار للمحكمة العليا بهذا الشأن صدر بتاريخ 19-07-1996 جاء فيه أنه متى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها ، ولم يقر بأية مناورة لمنع الوالدة من حق الزيارة ، وأن البنت هي التي رفضت الذهاب إلى والدتها ، كما يشهد على ذلك تصريح المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنت يعد خرقا للقانون ويستوجب النقض .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة ، ط 2013. ص 174.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 175.

<sup>3</sup> - المجلة القضائية : سنة 2001 ، عدد 2 ، ص 377.

## الفصل الثاني ----- التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

**2- عنصر توفر حكم قضائي سابق :** لإمكانية قيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه أو إلى حاضنته لا بد من ضرورة وجود حكم سابق صادر عن القضاء ، ويتضمن إسناد حق الحضانة أو حق الزيارة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه ، وأن يكون هذا الحكم إما قد حاز قوة القضية المقضية ، وإما مشمولاً بالنفاز المعجل وإما قابلاً للتنفيذ فوراً بقوة القانون أو بقوة مضمون الحكم ، كما أن يكون هذا الحكم صادراً عن القضاء الوطني ، وتم تبليغه رسمياً إلى المعني ، وإما صادراً عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لايجوز الاستناد إليه إلا إذا كان ممهوراً بالصيغة التنفيذية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ضمن المادة 605 أو وفقاً للاتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية.<sup>1</sup>

**3- عنصر وجود الطفل تحت سلطة المتهم :** لكي تتوفر أركان أو عناصر هذه الجريمة يجب إلى جانب توفر الأركان العامة والعناصر الخاصة السابق ذكرها أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلاً وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع ، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه ولكن المحضون يوجد تحت سلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولاً عن عدم تسليم الطفل ولا يمكن بالتالي ، متابعتة ولا تسليط العقاب عليه .

وخلاصة القول في هذا المجال هو أنه إذا توفرت كل هذه العناصر المتمثلة في الامتناع الفعلي عن تنفيذ حق الحضانة أو حق الزيارة ، وفي توفر وجود حكم قضاء وبإثبات حق الحضانة أو حق الزيارة للشاكي أو المدعي ، في وجود الطفل تحت سلطة المشكو منه أو المدعي عليه فإنه يمكن للقاضي الحكم تطبيق المادة 328 من قانون العقوبات مع إبراز عناصر الجريمة وإلا فإن حكمه سيكون مشوباً بالتقصير في التسبيب ويمكن إلغاؤه وعليه فإذا كان الطفل محل الحضانة أو محل الزيارة موجوداً عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون هو أبوه أو جده أو عمه وإنما قد صدر قرار قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل أو حق الزيارة إلى شخص ثاني هو أمه مثلاً أو جدته أو خالته ، وعند القيام بإجراءات تنفيذ الحكم اعتراض الأب أو الجد أو العم مثلاً على تنفيذ هذا الحكم وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرر امتناعه بمبرر شرعي وقانوني فإنه سيعرض نفسه إلى اتهامه بارتكاب جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به كان قد قضى في

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد : المرجع نفسه ، ص 176.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

شأن حضانته بحكم نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل وسيعاقب بعقوبة مابين 500 و 5000 دينار جزائري غرامة، وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 328 من قانون العقوبات .<sup>1</sup>

**الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه :** بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 328 عقوبات على أن يعاقب بالسحب من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم ، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، نصت الفقرة الثانية منها على المعاقبة بنفس العقوبة كل من خطف قاصرا ممن وكلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي يكون قد وضعه فيها ، أو أبعد عنها أو عن تلك الأماكن ، أو حمل الغير على خطفه أو على أبعاده ، حتى ولو وقع ذلك بغير عنف ولا تحايل ، وبعد ذلك جاءت المادة 329 مكرر المعدلة بالقانون رقم 6-23 لسنة 2006 ، ونصت على أنه لا يمكن مباشرة الدعوى العامة الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناء على شكوى الضحية ، وأن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية .

وعليه إن هذه الجريمة تعتبر عنصر للجريمة السابقة ، وذات علاقة بها ، لما لهما من اشتراك في الموضوع وفي الهدف ،<sup>2</sup> ولما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة تتضمن الحبس والغرامة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما وهو تدعيم أحكام القضاة وحماية مصلحة المحضون ومصـالحة الحاضن ، ولهذا نعتقد بأنه ينبغي لنا معرفة الأركان الخاصة المكونة لجريمة اختطاف الطفل المحضون من حاضنه من خلال بيان العناصر التالية :

**1 - العنصر المادي للاختطاف :** إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي يتمثل في عدة صور أو عدة حالات ، وكل حالة منها كافية وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة التي نحن بصدد الحديث عنها ، وهذه الصور أو الحالات هي صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته ، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودار الحضانة وما شابههما ، وصورة تكليف

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 177.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ن ص 178 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب ، ولا يتم توفر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير ، وإذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الجدة أو الخالة فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي ، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة بسبب أن قد جعل من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر .<sup>1</sup>

**2- عنصر توفر الحكم القضائي :** هذا العنصر سبق أن أشرنا إليه كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة ، وقلنا أن تطبيق المادة 328 من قانون العقوبات يتطلب وجود حكم صادر عن القضاء الوطني حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، أو مشمول بالنفاذ المعجل ، أو صادر عن القضاء الأجنبي وممهور بالصيغة التنفيذية وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية في المادة 605 منه ، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا ، وذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضائته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا .<sup>2</sup>

**3- عنصر القصد أو النية الجرمية :** إن هذا العنصر الثالث هو في الواقع من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي ، وأن قانون العقوبات لم يذكره ضمنا ولا صراحة كعنصر من عناصر تكوين الجريمة ، وإنما يكمن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية ، ولهذا فإن القانون قد عاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضائته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها ، أو أبعد عنها أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده ، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد ، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له ، وما عليه لكي يفلت أو ينجو

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 179 .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 179 .

## الفصل الثاني ----- التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

من المتابعة والعقاب إلا أن يثبت حسن نيته وعدم توفر عنصر القصد السيئ ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد .<sup>1</sup>

### الفرع الثالث : جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

#### أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :

من خلال قراءة نص المادة 64 من قانون الأسرة تنص على أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر ، و من خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيات<sup>2</sup>، نجد أن المادة السادسة ، من الفقرة الثانية تنص على أن كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة ، تنص المادة 07 من الاتفاقية : " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتي الدولتين ، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة ، من تحليل هذه المواد ، يمكن أن يتضح لنا أنه يتعين عندما يحكم القاضي بالطلاق وبإسناد حق حضانة الطفل أو الأطفال إلى من يستحقها ، فإنه يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت ونفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الآخر ، ويحدد فيه زمان ومكان وكيفية ممارسة حق الزيارة .

إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن تنفيذ الحكم ورفض تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والكيفية التي حددها الحكم التام فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة ويؤدي إلى متابعة الطرف الرفض والممتنع ومعاقبته وفقا للتشريعات الجزائية المتعلقة بجريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون ، ووفقا لنص المادة السابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط.

وبمجرد ما يستلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا شكوى الوالد الآخر المحكوم له بحق الزيارة استعمل القوة العمومية للتنفيذ الجبري .و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 180.

<sup>2</sup> - وقعت المصادقة على هذه الاتفاقية في 26 يوليو 1988 بموجب المرسوم رقم 88-144.

الجريمة.<sup>1</sup>

**ب- عناصر جنحة رفض حق الزيارة :**

يتضح لنا أنه لكي يمكن قيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قُضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به ، وجوب توفر عدة عناصر أو شروط تتمثل فيمايلي :

- 1- وجود حكم قضائي مشمول بالإنفاذ المعجل أو حاز لقوة الشيء المقضي فيه .
  - 2- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ، و يمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر .
  - 3- أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.
- و عليه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة، فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته و استحق المتابعة و العقاب.<sup>2</sup>
- وفقا لما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات ، وتبعا للإجراءات المنصوص عليها في المادة السابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بين البلدين بتاريخ 21 جوان يونيو 1988.

**المبحث الثاني : ابرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة**

**المطلب الأول: مراعاة مصلحة المحضون**

**الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون**

مراعاة مصلحة المحضون من القواعد التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وقامت القوانين العربية باعتمادها، وهذه القواعد الإسلامية كان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم ، ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أنجب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد : الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ....المرجع السابق ، ص 129.-

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 129.-

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

أمه ورائه وتنازعا بين أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاهما إياه وقال لعمر :  
( ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك )<sup>1</sup>.

والمشرع الجزائري استنبط أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد المادة 222 منه تحيلنا على أحكام الشريعة ، بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل ترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة.<sup>2</sup> وما نلاحظه من نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام ، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا.<sup>3</sup>

ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون يضبطها ، إلا أنه هناك مميزات و خصائص تتفرد بها يمكن إبرازها :

أ- أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية و شخصية ، أي كل طفل له خصائص ومميزات تميزه عن غيره ، و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى و يحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر .

ب - قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة، بل هي قابلة للتغيير، مع مرور الزمان والمكان، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته .في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان:

**أولاً : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية .**

**ثانياً: تحقيق الأمن و الاستقرار النفسي و العاطفي للطفل.**<sup>4</sup>

من خلال هذين العنصرين نجد أن القضاء الجزائري قد احتكم إليهما ، من ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى ( المحكمة العليا ) ، و ممّا جاء في حيثياته : " أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من

<sup>1</sup> - ابن القيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، دار الكتاب العربي ، ص 134 .

<sup>2</sup> - موسوعة الفكر القانوني : العدد الرابع ، ص 99 .

<sup>3</sup> - حسيني عزيزة: رسالة ماجستير ، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي ، جامعة بن عكنون الجزائر ، ص 76.

<sup>4</sup> - حسيني عزيزة : المرجع السابق ، ص 78.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة " <sup>1</sup>.  
كما جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا : "أنّه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا في قضيت الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون " <sup>2</sup>.  
وعليه يتبين من القرارات السالفة الذكر أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية و أحكامها .

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

ذكر المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة ، و هذا في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني و يمكن إبراز هذه القاعدة التي اهتم بها المشرع الجزائري في النقاط التالية :

أ- عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا وفق ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة ، و يكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة ، و على سبيل المثال لا الحصر ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا ملف رقم 153640 بتاريخ 18-02-1997، بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدينة ، غرفة الأحوال الشخصية ، ففي القرار رقم : 2002/15 الصادر بتاريخ : 2002/01/26 أسس القضاة قرارهم على ما يلي : " حيث أنه في الحكم بإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون و كذا النص القانوني، و حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن الأم أولى بحضانة أولادها . و حيث أن بقاء الطفل عند أبيه المستأنف لا يعطيه الحق في حضانته التي تبقى من حق الأم لعدم قيام مسقطاتها " .  
كما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء المدينة " و حيث أنه ردّا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضون شرعا و قانونا و أنّ مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة ، و طالما أنّ الأم أولى بها من غيرها لأنها أعرف و أرف و أصبر و أخبر بالمراعاة و التربية

<sup>1</sup> - أنظر، م، ع، غ، أ، ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353 ، م، ق، 1992 ، عدد 1، ص 45

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 153640 قرار بتاريخ 18-02-1997 قضية : ( خ ع ) ضد : ( خ ع ) ، المجلة القضائية ، العدد الأول 1997 ، ص 39.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

من غيرها ، عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندها إليها تماشيا وأحكام الشرع في ذلك " <sup>1</sup>.

ب- تطرقت المادة 65 من قانون الأسرة إلى انقضاء مدة الحضانة ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 65 اشترطت في الحكم القاضي بالانتهاء مراعاة مصلحة المحضون ، و هو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا ، و من ذلك ما جاء في القرار رقم : 257693 الصادر بتاريخ : 2001/02/12 أين أسّس القضاة قرارهم على ما يلي : " حيث أنّه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة و النفقة بالنسبة للقاصرين و النفقة بالنسبة للبننتين إلى الدخول يهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة و نفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا و ما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون و كان صائبا في حكمه ممّا يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه، و بدون إحالة و القول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة " <sup>2</sup>.

ج- نص المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في نص المادة 66 من قانون الأسرة ، و هذا عند التكلم على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط ، و من حالات السقوط تنازل الحاضنة عن المحضون غير أنّه لا يعتد بتنازل الأم عن أولادها إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون ، و قد ورد في قرار المحكمة العليا رقم : 189234 المؤرخ في : 1998/04/21 : " أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، و من ثم فإنّ القضاة لمّا قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنّهم طبقوا صحيح القانون " <sup>3</sup>.

د- جاء نص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا ، مراعاة مصلحة المحضون ، و معنى هذا أنّه حتى و لو اختلّت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لا تسقط

<sup>1</sup> - قرار ، مجلس قضاء المدينة ، غ أ ش ، بتاريخ 08-06-2002 . رقم 2002/101 .

<sup>2</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 2002 ، ص 436 .

<sup>3</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 175 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط ، و هو الهدف الذي يسعى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، و ورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : " أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الطاعنة سلمت البنيتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 م لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ، و لم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد 05 سنوات ، فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون " <sup>1</sup>.

هـ - نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمراعاة مصلحة المحضون ، ونلاحظ أن المشرع الجزائري يأخذ بمراعاة مصلحة المحضون حتى ولو كانت الحضانة مسندة إلى شخص يقطن بالخارج، حيث تركت عمالية إسناد الحضانة أو إسقاطها إلى السلطة التقديرية للقاضي ، ذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا ما أشارت إليه المادة 69 من قانون الأسرة.

ونستنتج مما سبق أنّ المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، و جعلها هي القاعدة السائدة التطبيق عند الحكم بالحضانة أو إسقاطها، إلا أنّه في نفس الوقت أخضعها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

### الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

مما سبق ذكره نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار ، وجعل مراعاة مصلحة المحضون للقاضي الذي له سلطة تقديرية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أنّ هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ، حيث أنّ لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة ، و من الأمثلة على ذلك ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة للأُم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنّها ، و أنّ مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة . <sup>2</sup>

<sup>1</sup> - م،ع،غ،أ،ش، 1996/05/21، ملف رقم 134951 ، م،ق، 1997 ، عدد 2 ، ص 88 .

<sup>2</sup> - م،ع،غ،أ،ش، 1997/12/23، ملف رقم 178086 ، ن،ق، عدد 56، ص 33.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

غير أنه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق ، وليست من آثار الوفاة ، وأن

مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها و تربيها مبينين أن الطاعنة مسنة و تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 من قانون الأسرة " <sup>1</sup>.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدّر و يصدر حكمه و من ذلك :

### 1- التحقيق و المعاينة : للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، و

تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة : 43 من قانون الإجراءات المدنية ، و هذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة ، و كما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون <sup>2</sup>.

### 2- كما أن للقاضي الانتقال للمعاينة : يحق لقاضي بدائرة الاختصاص الإقليمي الانتقال

إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف : ضيق المسكن أو اتساعه ، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه ، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة و بعده ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقّيها .

### 3- الاستماع إلى أفراد العائلة : كما له الحق في طلب حضور أقارب الخصوم أو

أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات ، و أبناء عمومة الخصوم ، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملاً بأحكام

<sup>1</sup> - م ، ع ، غ ، أ ، ش ، 12/02/2001 ، ملف رقم 256629 ، م ، ق ، 2002 ، عدد 2 ، ص 421 .

<sup>2</sup> - ملف رقم 153640 قرار بتاريخ 18/02/1997 المجلة القضائية، العدد الأول 1997 ، الصفحة 39 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط و هذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الأصوب<sup>1</sup> ، كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإنّ الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث ، و في هذا صدر نقض من المجلس الأعلى ( المحكمة العليا حاليا ) ، في قرار صادر بتاريخ : 1982/10/21 عن مجلس قضاء قسنطينة، و الذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما و على رغبتهما في البقاء عند جدّتهما لأبيهما ، فأعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي<sup>2</sup>.

و عليه يمكن القول أنّ قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الأسمى للطفل ، و على الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلاّ أنّه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب ، و هذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته ، و من هذه المشاكل ما لاحظناه على مستوى مجلس قضاء و محكمة المدية ، و هذا في حالة تعدد الأطفال المحضونين ، لكن عدم تجزئتهم بل إسنادهم إلى حاضن واحد ، أو إلى طالبها ، وما نراه في هذا أن إسناد حضانة كل الأولاد لطالبها غير سديد .

و يمكن إرجاع ذلك إلى كون مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل الصغير البالغ من العمر سبع سنوات ، لأن مصلحة الرضيع هي مع أمّه إلى غاية بلوغ سن الفطام على الأقل ، في حين أنّ الطفل الصغير قد تكون مصلحته مع أبيه ، و مثال ذلك إذا كان أبوه جزائري و أمّه أجنبية .

لكن لو قلنا أنّ الحضانة لا تقبل التجزئة فما هي مصلحة المحضونين هنا، هل مع أمّهم أو مع أبيهم ؟

<sup>1</sup> - حسيني عزيزة: المرجع نفسه، ص 86.

<sup>2</sup> - م، ع، غ، أ، ش، 1984/04/02، ملف رقم 32594 م، ق 1989، عدد 1، ص 77.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

و قد لاحظنا على مستوى غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدينة صدور قرار قضى بإسناد حضانة الأبناء كلهم إلى أمهم مخالفا في ذلك حكم الدرجة الأولى الذي أسند إلى الأم بنت واحدة مؤسسين قرارهم على أنّ مصلحة الأبناء تقتضي ذلك.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: أثار وتبعات الحكم بالحضانة:

#### الفرع الأول : الحكم بحق الولاية

من خلال قراءة السطر الأخير من المادة 87 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة ، وعليه فإنه يتضح من ظاهر هذا النص أنه بمجرد أن يحكم القاضي بالطلاق بين المرء وزوجه ويسند الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما من ذوي الاستحقاق يجب عليه أن يتبع ذلك بإسناد حق الولاية على المحضون إلى من أسندت له الحضانة سواء كان الحاضن أما أو غيرهما ، أما الأب فهو ولي ولده بحكم القانون ولا يحتاج إلى استصدار حكم بذلك ما دامت لم تسقط عنه بقرار قضائي.<sup>2</sup>

**أولا :** فرق المشرع بالنسبة للولاية على الأطفال القصر بين حالتين

**01- حالة قيام العلاقة الزوجية :** تكون الولاية للأب بصفته رئيسا للأسرة ، وفي حالة غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة للأولاد .

#### 2 - في حالة انقضاء العلاقة الزوجية .

**أ- بسبب الوفاة :** فهنا تحل الأم محل الأب المتوفى في الولاية على أولادها القصر ، وهذا بقوة القانون ودون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي

**ب- بسبب الطلاق:** في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، ويجب أن ينص القاضي على ذلك في منطوق الحكم الفاصل في الطلاق، أو في حكم لاحق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قرار مجلس قضاء المدينة : غ أ ش ، رقم 2002/31 بتاريخ 30-03-2002.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد : المرجع نفسه ، ص 183-

<sup>3</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرشد في قانون الأسرة - مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا ( من سنة 1982 إلى سنة 2014 ) ، دار هومة الجزائر ، 2014 ، ص 299.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

-حيث متى طالبت الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام المجلس أن تسند لها حضانة طفلها البالغ من العمر 37 شهرا، وكذا مطالبتها وتمسكها بالولاية عليه. وحيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) دون منحها الولاية عليه، فإنهم قد خالفوا أحكام المادة 87 من ق أ في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالولاية.<sup>1</sup>

ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>، أحكاما تتعلق بالولاية على النفس بخصوص القاصر ، تتمثل في مايلي :

المادة 453: يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت ، من طرف أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من طرف كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية .

المادة 454 : يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة :

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه .

2- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك .

3- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي .

المادة 458 : تقدم الطلبات المشار إليها في المادة 453 أعلاه ، حسب القواعد المقررة

لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية .

ينظر في الطلبات ويفصل فيها في غرفة المشورة بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحاموا

الخصوم في ملاحظاتهم عند الاقتضاء .

بمقتضى أحكام المادة 135 من القانون المدني فالأم لا تسأل عن أفعال ابنها الضارة إلا

بعد وفاة الأب ، و بالتالي فهو يتحمل المسؤولية عن أفعال ابنه القاصر طالما هو على قيد

الحياة ، و في المقابل تسأل الأم لوحدها كذلك بعد وفاة الأب .

<sup>1</sup> - قرارا لمحكمة العليا : غ، أ، ش.م، بتاريخ 14-01-2009 ، ملف رقم 476515 ، م.م.ع عدد 01 لسنة 2009،

ص 267.

<sup>2</sup> - قانون رقم 08-09 - مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية

والإدارية .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

إنّ فكرة السلطة الأبوية جاء بها القانون الفرنسي، و إذا كانت القوة الأبوية تمارس من طرف الأب على أبناءه فإنّ السلطة الأبوية هي مجموعة من الحقوق و الواجبات ممنوحة للأب و الأم معا، و بالدرجة الأولى تُمنح للأب باعتباره رئيسا للأسرة.<sup>1</sup>

وقد تطور الأمر في فرنسا بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 1970 ، فلم يصبح الأب رئيسا و تحولت السلطة الأبوية إلى سلطة آباء مقسّمة بالتساوي بين الأب و الأم ، و بعد هذا التاريخ أصبحت السلطة الأبوية تمنح لمن أسندت إليه حراسة الأطفال ، و للسلطة الأبوية عدّة أشكال تظهر في شكل وظائف :

### ثانيا : وظائف السلطة الأبوية:

**1- الحراسة :** و هي وجود القاصر عند من تحصّل على السلطة الأبوية من الوالدين<sup>2</sup>، فيكون محل إقامة الطفل هو نفسه محل إقامة حارسه أي تمارس من قبل الزوج الذي منحته المحكمة حراسة الطفل و لإيجاد توازن في الحراسة أوجد الفقه الفرنسي أشكالا أخرى لممارسة الحراسة .

**أ-الحراسة المتداولة :** يكون لكل واحد من الوالدين حراسة دورية حسبما يُتفق عليه من قبليهما،و يكون كل واحد منهما مسؤولا عنه خلال فترة حراسته.

**ب-الحراسة المزدوجة أو المشتركة :** يشترك الطرفان بالرغم من طلاقهما في ممارسة السلطة الأبوية ، فهما يتخذان القرارات المتعلقة بالطفل معا و يديران أملاكه معا، كما يسألان عن أفعاله الضارة معا .

**2- إدارة ممتلكات الطفل و الانتفاع بها :** بالنسبة لأعمال الإدارة أو التصرفات البسيطة ، يقوم الولي بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص أي كأنه يتصرف في ماله بما يحقق مصلحة القاصر ولا يضر به ، وإن ارتكب خطأ أو غشا أو تدليسا فإن مسؤوليته تقوم طبقا لمقتضيات المسؤولية المدنية والجزائية .

- غير أنه يجب الحصول على ترخيص قضائي ، صادر عن قاضي شؤون الأسرة بالنسبة للتصرفات المذكورة في المادة 88 ق أ كبيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة

<sup>1</sup> - حنيفة لويظة : المجلة الجزائرية ، العدد 3 ، سنة 1994 ، ص 119.

<sup>2</sup> -حسيني عزيزة : المرجع نفسه ، ص 112.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

بشأنه ، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة ، واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة ، وإيجار عقار للقاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لما يزيد عن سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، ويجب على القاضي تحديد نوع التصرف بدقة في حكمه وكذا المال المنصب عليه عقارا أو منقولا ، والتأكد من كونه في مصلحة القاصر ، وله في ذلك الاستعانة بالخبرة .<sup>1</sup>

بالإضافة إلى سلطة التربية الممنوحة للحارس فلَهُ سلطة تسيير ممتلكات الطفل أيضا و له أن ينتفع بها ، و بقدر ما يمكن جمع هذه السلطات في يد واحدة ، فإنه يمكن للقاضي أن يفصل بين الحراسة و إدارة ممتلكات المحروس إذا كان في ذلك خدمة لمصلحته ، لأن الزوج الأفضل في التربية ليس بالضرورة الأفضل في إدارة الأعمال .

### 3-المسؤولية عن أفعال المحروس الضارة :

إنّ هذه المسؤولية هي أصلا مسؤولية متولي الرقابة ، و لقد افترض المشرع بمقتضى أحكام المادتين 134 و 1/135 من القانون المدني المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة ، و من هم في حكمه من أب و أم ، و ذلك باعتبار أنّه يفترض أيضا أنّ الإضرار بالغير من قبل الخاضع للرقابة يرجع إلى إخلال متولي الرقابة بواجب الرقابة الذي يتحمّله قانونا أو اتفاقا ، و هذا يفيد قطعاً أنّ أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة ، و هذه القرينة المقررة قانونا هي قرينة بسيطة بحيث يستطيع متولي الرقابة إثبات عكس ذلك.<sup>2</sup>

و المشكل الذي يطرح عندما رأينا وظائف السلطة الأبوية ، حيث تطرح مسؤولية متولي الرقابة أيضا في حالة ارتكاب الطفل للفعل الضار أثناء ممارسة الطرف غير الحارس لحقه في الزيارة و الإيواء ، فهل يكون مسؤولا على أساس أنّ شرط المساكنة قد توفر أم أن المسؤولية تظل ملازمة للحارس .

في هذه الحالة فإن الطرف غير الحارس لا يفقد سلطته الأبوية بفقد الحراسة ، و إنّما يعلق العمل بها وبوجود الطفل بين يديه حال زيارته و إيوائه له يسترجع هذه السلطة .

### ثالثا: السلطة الأبوية في قانون الأسرة الجزائرية: قانون الأسرة الجزائري لا يعرف

السلطة الأبوية و إنّما اكتفى المشرع بالكلام عن الولاية فقط دون ذكر السلطة الأبوية .

<sup>1</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع نفسه ، ص 305.

<sup>2</sup> -حسيني عزيزة : المرجع نفسه ، 115.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

و الولاية هي تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم<sup>1</sup>. و هي حسب الدكتور العربي بلحاج على ثلاثة أقسام :

الولاية على النفس ، و الولاية على الأموال، و الولاية على المال و النفس معاً و لكن الإمام أبو زهرة<sup>2</sup> يصنفها بدوره إلى ثلاثة أصناف و لكن بشكل مخالف ، و هي ولاية النفس و ولاية المال و ولاية التربية ، و هذه الأخيرة حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة هي الحضانة ، و بالتالي فإنه حسب هذا التعريف فإنّ الحضانة هي جزء من الولاية فقط، و ليست هي الولاية ، أي يمكن أن يكون الولي شخص و الحاضن شخص آخر ، و للولي مراقبة تربية الحاضنة للمحضون ، و أكثر من ذلك فإنّ الحضانة يمكن التنازل عنها من قبل الحاضن ، لكن الولاية هي من النظام العام لا يمكن التنازل عنها ، و حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة فإنّ الولاية تكون للأب بداية و بعد وفاته تعود للأم حيث تنص المادة المذكورة أعلاه :

" يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا" و لقد صدر بذلك قرار من المحكمة العليا ، حيث جاء فيه : "و من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محلّه قانونا، و لما كان ثابتا في قضية الحال، أن القضاة لما قبلوا الاستئناف من أمّ المطعون ضده هي لم تكن طرفا في الخصومة ، كما أنّ المطعون ضده لازال قاصرا ، و أنّ أباه هو ولي عنه حسب القانون و لم يتوفى بعد لكي تتوب عنه الأم " .<sup>3</sup> و بالتالي فإنّ الأب يبقى وليا عن أبناءه القصر حتى و لو كانوا في حضانة أمهم . و من خلال ما سبق فإنّ الحضانة إذا كانت للأم فإنّ الولاية على النفس و المال تبقى من اختصاص الأب، و الحضانة عندنا لا تنقل لصاحبها أي سلطة على الطفل و يبقى خاضعا لولاية العصبية من الذكور .

و بالرجوع إلى الشروط الخاصة بمسؤولية الأم الواردة في المادة 135 يجب أن يكون الأب متوفى ، و الوفاة هنا بالمعنى الدقيق و لا يدخل في حكمها الغائب أو المفقود أو طلاق ، فهي ليست وفاة فالوفاة يجب أن تكون حقيقية أو بصور حكم .

<sup>1</sup> - العربي بلحاج : المرجع السابق ، ص 118.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة : المرجع السابق ، ص 104.

<sup>3</sup> -أنظر :، م ع ، قرار رقم 167835 ، الصادر بتاريخ 17-05-1998.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

أما التربية فهي دائما تبقى للأب ، وأن الأب يمارس الرقابة على الطفل بواسطة الزيارة .  
إنّ هذا المفهوم التقليدي مستتب من الشريعة الإسلامية، و عند الرجوع إلى قانون الأسرة  
الجزائري يوجد نص يعرف الحضانة للمادة 62 من قانون الأسرة فلا حاجة عندئذ إلى الرجوع  
إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

وتنص المادة 1/62 من قانون الأسرة أن: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام  
بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

و تنص المادة 135 على إمكانية الأب أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا قام بواجب  
الرقابة كما يجب ، و منه نخلص من النص أنّ الأب يقع على عاتقه واجب الرقابة فأين  
السلطة الأبوية في هذه الحالة ؟

فلو أخذ بها المشرع لجعلها قرينة قاطعة على المسؤولية و ليست بسيطة يمكن نفيها .  
مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة في ضوء قانون الأسرة  
إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري ، فإننا نجد أنه لم يتطرق إطلاقا إلى هذه المسألة ، و  
بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة عند عدم ورود نص في القانون فإنها تُحيلنا إلى  
أحكام الشريعة الإسلامية .

و لقد سبق لنا و أن رأينا فيها بأنّ الشريعة الإسلامية قد عالجت هذه المسألة ضمن

أحكام الولاية ، فهي مقسمة إلى ثلاثة أقسام ولاية النفس ، و ولاية المال ، و ولاية  
التربية<sup>1</sup> ، و ولاية التربية هي الحضانة ، و بالتالي فإنّه حسب هذه الأحكام فإنّه لا مسؤولية  
للأم عن أفعال ابنها المحضون الضارة في حياة والده ، لأنّ الحضانة بهذا المفهوم لا  
تعطي للحاضنة أية سلطة على الولد ، و يبقى الطفل خاضعا لولاية والده و هو تحت  
مسؤوليته و يمارسها عن طريق الزيارة و في حالة الطلاق تمنح الولاية من قبل القاضي  
إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة ( الأب أو الأم ) ، و هذا من شأنه أن يضع حدّا  
للمشاكل العديدة التي تعترض النساء المطلقات و الحاضنات و لا سيما اشتراط إذن الزوج  
في العديد من الحالات .

الولاية بجميع أقسامها تنتقل إلى الأم في حالة الطلاق و إسناد الحضانة إليها ، و ذلك

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 404.

## الفصل الثاني ----- التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

بقوة القانون و بالتالي فإنّها تعطى للأم الحاضنة سلطة مباشرة ، و كاملة على الولد المحضون و تصبح الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة بموجب المادة 134 على أساس مسؤولية متولي الرقابة بدون أي إشكال.

و إذا توافرت شروط المسؤولية فإنّ القاضي ملزم بالحكم بالتعويض لجبر الضرر الذي أصاب الشخص أي التعويض على حساب الضرر ، و المسؤولية على كل حال هي الالتزام بجبر الضرر الذي يُسببه الفاعل بعمله الشخصي أو بعمل الغير ، أو بحراسة الشيء و إنّ الأخذ بما جاء في نص المادة 2/125 لم تنص على أنّ القاضي ملزم بالتعويض كون الخاضع للرقابة غير المميز و الذي وقع منه العمل الضار مسؤولاً<sup>1</sup>.

و بالتالي فإنّ هذا التعويض يكون على أساس العدالة فقط ، و ليس لكون الفاعل مسؤولاً، فالمحضون عديم التمييز عند ارتكابه لفعل ضار أحدث ضرراً للغير ، و تعدّر الحصول على تعويض من حاضنه جاز للقاضي الحكم عليه بالتعويض اعتماداً على نص المادة 2/125 و هذا على أساس العدالة و ليس لكونه مسؤولاً ، و عند الحكم بالتعويض في هذه الحالة يجب أن يكون تعويضاً عادلاً ، و هذا يتنافى مع القواعد العامة للمسؤولية التي تستلزم أن يكون التعويض ملزماً، و يكون قصد جبر الضرر بغض النظر عن مركز الخصوم .

**رابعاً: انتهاء الولاية:** حسب المادة 91 من ق أ تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، - 3- بالحجر عليه قضائياً أو قانونياً، 4- أو بإسقاط الولاية عنه.

تنتهي وظيفة الولي بصفة طبيعية إذا مات ، أو في حالة موت القاصر أو من هو تحت الولاية كما تنتهي بعجزه عن ممارسة وظيفته ، كأن يصاب بعاهة أو مرض مزمن يمنعه من مباشرة مهامه ، أو بإصابته بمرض عقلي أو حالة من حالات نقص الأهلية أو فقدانها كلية ، فيصبح هو بدوره في حاجة إلى ولي .

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 406.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

وقد تنتهي بصدور حكم قضائي بإسقاط الولاية عنه بسبب ارتكابه لجريمة مصحوبة بعقوبة تبعية أو تكميلية تتمثل في الحظر عليه في أن يكون وليا ، وكذا عندما يصدر حكم بالحجر عليه لسبب ما ، وقد يكون الحجر قانونيا .<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : الحكم بتوفير مسكن للمحضون

المسكن هو المأوى الذي يقيم به الإنسان ، والمكان الذي يعده لسكناه حتى ولو لم يكن فيه ، فيكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجرا ، أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ترتكز إلى أسباب ظاهرة مشروعة ، فهو مستودع أسرار ، ومكان راحته ، وبالتالي يحرم على كل شخص أن يدخل إليه إلا إذا كان بإذن صاحبه وبعلمه أو بإذن من القاضي أو وكيل الجمهورية .

فالطفل يلقي ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية في مسكنه ، لذا لابد من توفيره له لحمايته من الضياع والتشرد خاصة بعد انفصال والديه .<sup>2</sup>

كان النص القديم ينص على مايلي : " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته " وطبقا للنص الجديد من خلال الإطلاع على نص المادة 72 من قانون الأسرة نلاحظ أنها تنص في حالة الطلاق يجب على الأب توفير مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره ، سواء كانت الحاضنة هي الأم نفسها أو غيرها من المستحقين للحضانة ، وإذا سقطت الحضانة عن سبق وأسندت إليه ثم انتقلت إلى غيره بموجب حكم قضائي فإن الحق في توفير السكن لممارسة الحضانة أو بدله ينتقل إلى الحاضن الجديد مباشرة بالتراضي أو بطرق القضاء .<sup>3</sup>

ومن خلال استقراء هذا النص يتضح أنه يجب على الأب توفير مسكن لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك فعليه أن يدفع بدل الإيجار أو مصاريف الكراء ، ويجب أن يكون

<sup>1</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع السابق ، ص 309.

<sup>2</sup> - كربال سهام : الحضانة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم القانون الخاص ، جامعة ألكلي محند

أولحاج ، البويرة ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، 2013/2012 ، ص 58.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد : المرجع نفسه ، ص 184-

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

المسكن لائق لممارسة الحضانة والمقصود هنا توفره على الضروريات التي يجب أن تكون في المنزل من ماء وكهرباء ، <sup>1</sup> ويتضح أن السكن هو لمصلحة المحضون .<sup>2</sup>

حيث أن حق المحضون في تهيئة السكن له من طرف والده ، هو حق أقرته المادة 72 من قانون الأسرة على مال الوالد إن لم يكن للمحضون مال ، وذلك في إطار رعايته وحفظه وحماية صحته وأخلاقه ، والإنفاق عليه واجب على الأب إلى غاية بلوغ سن الرشد للذكر وإلى الدخول للأنثى طبقا لما تقتضي به المادتان 75 و 78 من قانون الأسرة لتأمين حضانتها ، <sup>3</sup> وبقطع النظر عن عدد الأولاد المحضونين خاصة إذا لم يكن للحاضنة ولي يقبل صراحة إيواءها مع محضونها كما هو الشأن في قضية الحال التي لا يتوفر فيها بالملف ما يؤكد وجود ولي يقبل إيواء الطاعنة مع محضونها وفق ما تنص عليه المادة 52 من قانون الأسرة ، ذلك أن حيازة أم الطاعنة لسكن لا يفترض معه قبولها إيواء الطاعنة وفق ما جاء خطأ في حيثيات القرار المطعون فيه ، كما أن المشرع لم يحصر وجوب تهيئة سكن للمحضون شرط حيازة الأب لمسكنين فأكثر حسب ما أشار إلى ذلك القرار المطعون فيه ، فقد أوجب المشرع على الأب تهيئة سكن للمحضون إلا إذا أثبت تعذر إيجادها ، فرفض قضاة الموضوع طلب منح الطاعنة السكن الزوجي الذي كانت تقيم فيه مع زوجها ، لا يعفي هذا الأخير من تهيئة سكن للمحضون لتقوم الحاضنة فيه بشؤون الحضانة وفق ما تنص عليه المادة 62 من قانون الأسرة ، خاصة قد ثبت أن الزوجة أقامت بالمنزل الزوجي المتواجد بشارع العربي بن مهيدي منذ زواجها ، على اعتبار أن مسكن الزوجية هذا يحوزه الزوج ، فالقضاة برفضهم طلب تخصيص السكن الزوجي للطاعنة من أجل الحضانة رغم توفر سكنا آخر للزوج بالبلدية حسب اعترافه ليكون بذلك حائزا على مسكنين ودون إلزامه بتهيئة سكن للحاضنة لإيواء المحضون ، فإنهم قد خرقوا أحكام المادتان 72 و 52 من قانون الأسرة ، ما دام احتمال عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة مع محضونها قائما ، الشيء الذي ينجر عنه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بقضائه من جديد برفض طلب الطاعنة الرامي

<sup>1</sup> - عبد الفتاح تقيّة ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، (أطروحة دكتوراه دولة ) ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2007 ، ص 86.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف والي : المرجع السابق ، ص 109

<sup>3</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع نفسه ، ص 242.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

إلى تخصيص مسكن حسب وسع الأب بما يضمن حق المحضون في الرعاية بالمسكن الملائم<sup>1</sup>.

- حيث أن المادة 72 من ق أ تقضي بأن أجرة السكن لممارسة حضانة الولد تكون على والده<sup>2</sup>.

- حيث أنه فيما يخص السكن المنفرد فقد جاء في مختصر خليل في باب النفقة : " ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه " ، وهو ما يعني أن للزوجة الحق في سكن منفرد ومستقل لا في المعاش فقط مثل ما ذهب إليه قضاة الموضوع ، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالاته إلى نفس المجلس<sup>3</sup>.

- حيث وعن كون تاريخ بداية استحقاق بدل الإيجار غير مذكور في القرار موضوع الطعن حسب ما احتج به الطاعن ، فهذا لن يؤثر في سلامة القرار باعتبار أن الإيجار تستحقه الحاضنة ابتداء من تاريخ صدور القرار الذي وافق إسناد الحضانة إلى الحاضنة ، ثم أن مبلغ الإيجار يدخل ضمن تقديرات القضاء ، الأمر الذي يستوجب القول بأن الوجهين المثارين غير مؤسسين<sup>4</sup>.

- حيث من الثابت قانوناً أن للحاضنة الحق في المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار في حالة تعذر ذلك ، وثبت لقضاة الموضوع أن للمطعون ضدها حكماً بإسناد حضانة البنت مريم لها ، وأن المادة 72 من ق أ تنص على ضمان حق الحاضنة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة ، وإن محاولة الطاعن التخلص من هذا الالتزام بدعوى أن المطعون ضدها موظفة وأن ذويها يملكون السكن لإيوائها رغم عدم تقديمه لدليل على ادعائه ، فهذا ليس سبباً قانونياً لإعفائه من هذا الواجب المفروض من طرف النص أعلاه والتي تكرر حق الحاضنة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة ، ولما صادق قضاة الموضوع على الحكم القاضي للطاعنة ببديل الإيجار استناداً إلى المادة 72 من ق أ فإنهم طبقوا صحيح القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - قرارا لمحكمة العليا: غ، أ، ش، بتاريخ 27-04-1993، ملف رقم 105366 ، م.ق عدد 02 لسنة 1994 ، ص 93-94

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا: غ، أ، ش. م ، بتاريخ 21-04-1998، ملف رقم 189260 ، إ.ق. غ. أ.ش. ع. خ. 2001، ص 214

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا: غ، أ، ش. م، بتاريخ 19-05-1998، ملف رقم 189339 ، إ.ق. غ. أ.ش. ع. خ. سنة 2001، ص 217.

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا : غ، أ، ش. م، بتاريخ 15 يونيو 2005، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2005، ص 318.

<sup>5</sup> - قرار المحكمة العليا : غ، أ، ش. م، بتاريخ 13 يوليو 2005، ملف رقم 339617 ، ن.ق عدد 63 لسنة 2008، 345 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

- حيث متى ثبت لقضاة الموضوع بمجلس قضاء البلدة أن المحضونين يقيمون بالقلية حيث ولدوا وترعرعوا ، ويزاولون بها دراستهم ، وأنه من شأن زعزعتهم منها المساس باستقرارهم ، لأن العوامل والمعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضونين التي أخذوها بعين الاعتبار ، ومن ثم صرفوا النظر عن مسكن الأربعاء بني موسى تبعا لما سبق ذكره ، وأخذوا ببديل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و 78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره ستة آلاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار - الإيجارات - المعمول بها في المنطقة ، والذين هم أدرى بها وبتيديرها ، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس ، ويتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن .<sup>1</sup>

- حيث متى كانت المطعون ضدها حاضنة لطفل واحد ، فإنها تستحق السكن أو بدل الإيجار بغض النظر عن عدد الأطفال المحضونين ، ولما حكم للحاضنة ببديل الإيجار فإن قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون بطريقة سليمة ، مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم قانونيته .<sup>2</sup>

- حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون وأساء تطبيقه ، ذلك لأن المطعون ضدهما بنتان للطاعن لم تتزوجا بعد وليس لهما دخلا وتواصلان دراستهما ، لذلك أقامت دعوى ضد والدهما الطاعن ، وطالبتا تسليمهما بدل الإيجار كي تتمكن من استئجار مسكن لتقيما فيه .

حيث ألزم قضاة الموضوع بمجلس قضاء البلدة الطاعن - الأب - بأن يدفع بدل الإيجار للمطعون ضدهما مبلغ قدره ستة آلاف دينار جزائري شهريا ابتداء من تنفيذ القرار المنتقد .

لكن حيث أن بدل الإيجار حق منحه المشرع للمطلقة الحاضنة طبقا لأحكام المادة 72 من ق أ ، وبالتالي ليس للمطعون ضدها الحق في المطالبة به ، بل لهما الحق في المطالبة من والدهما الإنفاق عليهما طبقا للمادة 75 من ق أ إذا توفرت شروطها فيهما ، ولما قضى قضاة مجلس البلدة خلافا لما أشير إليه أعلاه ، فإن قضائهم جاء مخالفا للقانون الأسرة المادة 72 ، مما يجعله عرضة للنقض والإبطال .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا: غ، أش.م، بتاريخ 14-01-2009 ، ملف رقم 477191 ، م.م.ع عدد لسنة 2009، ص 277 .

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا: غ، أش.م، بتاريخ 14-01-2009 ، ملف رقم 481857 ، م.م.ع عدد لسنة 2009، ص 294 .

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا ، غ، أش.م، بتاريخ 08 يوليو 2009 ، ملف رقم 506369 ، م.م.ع عدد 02 لسنة 2009، ص

## الفصل الثاني ----- التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

- لكن حيث أن بدل الإيجار الذي يلزم الطاعن بدفعه للمطعون ضدها طبقا لأحكام المادة 72 من ق أ مخصص لفائدة المحضونة لممارسة حضانتها ، وليس لفائدة الحاضنة ، ومن ثم فإن تحديد الإيجار لمدة معينة لا يعفي الطاعن من دفع بدله ، الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير مؤسس كذلك ، ويتعين عدم الاعتداد به ، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن .<sup>1</sup>

- حيث بخصوص الشق الثاني من الوجه المتعلق ببطل الإيجار ، فيتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير المسكن لممارسة الحضانة ويكون في حالة التعذر ملزما بدفع بدل الإيجار بالدينار الجزائري ، والحال أن الأب كان ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا للمادتين 72 و 78 من ق أ ، فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر ، لا في الخارج ، ومتى كانت الحاضنة تمارس الحضانة بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزما بتوفير السكن ولا ببطل الإيجار ، مما يجعل الوجه سديدا في هذا الشق ويستجاب له فيه .<sup>2</sup>

ويشترط في مسكن الزوجية أن يكون مناسباً لحال الزوج المالية ، وبيئته ، وحال أمثاله من أبناء هذه البيئة،<sup>3</sup> وأن يكون مستقلا عن الأهل إن أمكن ذلك ،<sup>4</sup> وأن يكون كامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل ،<sup>5</sup> فلزوجة حق السكن ، ولكن القاضي ليس له نص قانوني يطبقه ، فالقاضي الجزائري لم يجرأ حتى الآن على اعتبار أزمة السكن كسبب من أسباب الطلاق ، وهذا نظرا للقصور التشريعي الموجود في القانون ،<sup>6</sup> وإذا كان هذا حال القانون قديما فإن الوضع بقي على حاله حتى بعد صدور قانون الأسرة .<sup>7</sup>

وفق المادة 75 من ق أ ، فإنه تجب نفقة الولد على الأب طبقا للمادة 78 من ق أ ، ما لم يكن له مال ، للذكور إلى سن الرشد ، والإناث إلى الدخول<sup>1</sup> ، ومن ثم فإنه إذا تعدت البنت البنت

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا : غ،أ،ش.م، بتاريخ 13-01-2011، ملف رقم 594435 ، م.م.ع عدد 02 لسنة 2011، ص 268.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا : غ، أ،ش.م، بتاريخ 12-05-2011 ، ملف رقم 622754 ، م.م.ع عدد 01 لسنة 2012، ص 306-307.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا : غ.أ.ش ، 02-04-1984، ملف رقم 32653 ، غير منشور

<sup>4</sup> - المحكمة العليا ، غ أ ش ، 19-05-1998 ، ملف رقم 189339 ، إ.ق.غ.أ.ش، ص 216.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي : أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 611.

<sup>6</sup> - محمد تقيّة : حلول مشاكل الأسرة في الفقه والقضاء ، وزارة العدل ، عدد خاص ، 1980، ص 29.

<sup>7</sup> - بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 612.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

المحضونة سن الحضانة ، كان الأب ملزما بإيوائها عنده إلى غاية الدخول ، وليس تخصيص سكن منفرد لها .<sup>2</sup>

وتفاديا لما قد يقع من مشاكل للحاضنة في مواجهة الزوج المطلق من جهة (وهو المالك ) ، وصاحب البيت الذي يعتبرها محتلة - وهو المؤجر - من جهة أخرى ، كان يستوجب النص على أن يقدم الزوج المطلق ضمانات كافية لتنفيذ التزامه الخاص بسكنى المحضون إلى حين انتهاء مدة الحضانة .<sup>3</sup>

### المطلب الثالث : الزواج المختلط

#### الفرع الأول : في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر

يجوز للجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي ، وهذه الإمكانية قد أتاحها لهم نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية ، فقد جاء فيه : " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذ تم حسب الأوضاع التي يتطلبها القانون الوطني إمكان عقد الزواج " .<sup>4</sup>

ونلاحظ أن هذا النص لا يتناول إلا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين وبين جزائري وأجنبية ، وأما الذي يعقد بين جزائرية وأجنبي فهو مسكوت عنه مما يجعلنا نستنتج أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي ، ويرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم ، أن جانبا كبيرا من الفقهاء المسلمين يجيزون إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات بما في ذلك إقرار الطرفين .<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - المحكمة العليا ، غ أ ش ، 08-07-2009 ، ملف رقم 506369 ، م ع ، 2009 ، العدد 2 ، ص 306.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا ، غ أ ش ، 10-12-2009 ، ملف رقم 535329 ، م ع ، 2010 ، العدد 1 ، ص 235..

<sup>3</sup> - المحكمة العليا ، غ أ ش ، 15-02-2000 ، ملف رقم 184972 ، م ق ، 2001 ، العدد 1 ، ص 155.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق 19-02-1970 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 مؤرخ في 13 شوال 1435 هـ الموافق 09 غشت 2014 ، المتعلق بالحالة المدنية .

<sup>5</sup> - أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القانونين ، دار هومة ، الجزائر ، 2001 ، ص 244.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

**الزواج المختلط:** فهو كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية ، وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية ، ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية ، أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم .<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 31 قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 على أنه يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنس إلى أحكام تنظيمية.<sup>2</sup>

إن كل زواج مختلط أبرم بالجزائر ، وفقا لمبادئ قانون الأسرة، يعتبر صحيحا مرتبا لكافة آثاره، فإن القانون الجزائري ينص على احترام القانون لكل من الزوجين ( م 11 من ق. م المعدلة بالقانون رقم 10/05)، كما أنه يمنع إبرام زواج جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم ( م 30 ق.أ المعدلة ).

كما أن الزواج الذي يبرم في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا، إذا وقع حسب الشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد، بشرط ألا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يشترطها القانون الوطني لإمكانية إبرام عقد الزواج المختلط.

وطبقا للمادة 13 من القانون المدني معدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 ، فإنه يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ، في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 من نفس القانون - وهي الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج ، وكذا الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج ، فيما يخص أهلية الزواج .<sup>3</sup>

و حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط ، أبرمتا اتفاقية في : 21 يونيو 1988 م ، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال ، و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة

<sup>1</sup> - بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ( وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا ) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة السادسة (2010) ، 2012 ، الجزء الأول ، ص 284.

<sup>2</sup> - المادة 31 من الأمر رقم 02-05 .

<sup>3</sup> - المحكمة العليا ، غ أش ، 1998/02/17 ، ملف رقم 170082 ، 1993/06/23 ، ملف رقم 91144 ، 1992/10/27 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ، و سعيًا لتطبيق هذه الاتفاقية تعيّن وزارتا العدل لكلا البلدين ، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية.<sup>1</sup> وقد احتوت الاتفاقية على 14 مادة تهدف من خلالها إلى التعاون فيما بين الدولتين لضمان حماية أفضل للطفل ، وتعتمد في ذلك على تدخل السلطات المركزية لكلا البلدين والتي من واجبها ضمان التعاون الإداري المباشر لحماية الطفل في الزواج المختلط وضمان حماية حق الطفل في الزيارة والاتصال بين والديه عبر حدود الدولتين ، كما أنها تهدف إلى التعاون القضائي لضمان حق الزيارة.<sup>2</sup>

و من بين الالتزامات ما ورد في المادة : 06 من الاتفاقية التي تنص في فقرتها الأولى : يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال ، داخل حدود البلدين و فيما بين حدودهما.

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، و هو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة<sup>3</sup>. غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، و من بين المشاكل التي قد نتصافد معها هي إسناد الحضانة إلى الأم - لكونها أولى بحضانة الطفل . - من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ، و هذا بتربية الولد على دين أبيه ؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية ؟

فإنّه عند تصفح بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حلّ ، و هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي ، لتعارضه مع النظام العام الجزائري .

و عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للولد الآخر ، و رغم

<sup>1</sup> - الاتفاقية الجزائرية الفرنسية: المرجع السابق، المادة 01.

<sup>2</sup> - كريال سهام :المرجع السابق ، ص 82.

<sup>3</sup> - المادة 64 من الأمر رقم 02-05 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة<sup>1</sup>، إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يُردُّ الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، و رغم ما نوهت عليه الاتفاقية في مادتها: 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإنّ كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها، و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، و بالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنّها أشارت في المادة 05 من الاتفاقية: (إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرّض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن وكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل)، و من ثمة يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، و هذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه<sup>2</sup>، و دون أن ننسى بالإضافة إلى ما ناشدت به المواثيق الدولية و من بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>3</sup>.

فإن كانت الإجابة بنعم على التساؤل، فهنا يطرح السؤال من جديد: هل يحكم لصالحه؟ ومنه وبطبيعة الحال فإشكالية عدم إمكانية المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها، و عليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية<sup>4</sup>.

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية. و العكس صحيح إن

<sup>1</sup> - الاتفاقية الجزائرية الفرنسية: المرجع السابق، المادة 7.

<sup>2</sup> - المادة 62 من القانون 11/84.

<sup>3</sup> - المادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10-12-1948 - للآباء الحق الأول في اختيار نوع

تربية أولادهم - .

<sup>4</sup> - حسيني عزيزة: المرجع نفسه، ص 67.

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

تم عرض القضية في فرنسا ، وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها <sup>1</sup> .  
و عليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص ، و هذا ما يعني أنه تم الرجوع إلى حالة عدم وجود اتفاقية ، و ذلك ما يتم التطرق إليه في الفرع الثاني .

### الفرع الثاني: في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

في حالة حدوث تنازع بين القوانين في حالة الزواج المختلط أي القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي ؟ و لحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني الجزائري، و قد تطرق في المواد من: 10 إلى 16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.<sup>2</sup>

وقد أشارت المحكمة العليا في قرار حديث ، إلى أن اكتساب المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن تثبت ردتها عن الديانة الإسلامية ، فإن ذلك لا يسقط حقها في حضانة أبنائها الخمسة وفقا للمادة 64 من ق .أ طالما أنها تدين بدين الإسلام .<sup>3</sup>  
وبالإضافة إلى هذا، فإنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم ( م 138 و 222 ق.أ )، كما أن الزواج المختلط قد يسمح من الناحية القانونية بالانتقال من جنسية إلى أخرى، وقد يسمح أحيانا أخرى باكتساب جنسية مزدوجة.

وقد نصت المادة 9 مكرر المضافة بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27/02/2005 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية الجديد ، بأنه يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توافرت الشروط القانونية ، وعلى هذا الأساس ، فإنه إذا كان الغالب أن تتأثر جنسية الزوجة بسبب الزواج المختلط فتكتسب جنسية زوجها ، إلا أنه من الجائز أيضا أن يصبح الزواج المختلط وسيلة لاكتساب جنسية زوجته .

<sup>1</sup> - م، ع، غ، أ، ش، 1993/06/23، ملف رقم 91671، م، ق، 1994، عدد 1، ص 72.

<sup>2</sup> - الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ، سنة 2000 ، ص 126.

<sup>3</sup> - أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ، م ، بتاريخ 10-09-2008 ، ملف رقم 457038 ، م.م.ع عدد 02 لسنة 2008 ص 315-316 .

## الفصل الثاني -----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

وفي هذا الشأن ، تفنن بعض المهاجرين الأجانب في الدول الغربية ، في إيجاد الطرق والأساليب في جعل الزواج سببا من أسباب الحصول على الجنسية ، أو أوراق الإقامة الرسمية في بلد ما ، وقد تعدد هذه الأساليب من الزواج السوري إلى الزواج الأبيض<sup>1</sup>.

من المعلوم أنه تم إبرام 1000 " زواج أبيض " في عام 2005 ، و 744 سنة 2006 في باريس وحدها، وأن هناك شبكات منظمة تروج للزواج " الأبيض " في فرنسا ، وتستغل عشرات الشباب المهاجر المستعدون لدفع أكثر من 5000 أورو ، لعقد زواج " أبيض " والحصول على بطاقة الإقامة الشرعية بفرنسا ، ومن ثم نيل الجنسية الفرنسية بكافة الوسائل والسبل<sup>2</sup>.

والحقيقة أنه لا يتوفر في " الزواج الأبيض " أي معنى من معاني الزواج الشرعية والقانونية ، ولا حتى أركانه وشروطه ، ومن ثم فحكمه البطلان وعدم الصحة ولو سمي " عقدا " ( م 32 من ق.أ المعدلة )<sup>3</sup>.

وقد أفتى الفقهاء بأن الأصل في التجنس بجنسية دولة أجنبية غير مسلمة هو الحرمة ، لأنه انضمام لراية غير إسلامية ، كما أن الإقامة في دار الكفر لغير مصلحة راجحة يؤديها الشرع ( كطلب العلم أو العلاج أو الكسب أو العمل أو بسبب أسر... ) هو أمر لا يقره الإسلام<sup>4</sup>.

وتعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج. وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص: "أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة ، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية ، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ، وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه ، بل أنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني

<sup>1</sup> - محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، ص 101 ، عن كتاب العربي بلحاج الوجيز في شرح ق أ... : المرجع نفسه ، ص 285.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري .... المرجع نفسه ، ص 285

<sup>3</sup> - قرار محكمة العليا ، غ، أ ، ش ، 1985/12/02 ، ملف رقم 38341، ن ، ق ، العدد 44 ، ص 192 .

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، 2003، ص 288 و 289.

## الفصل الثاني-----التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها

الجزائري.

كما أُنقِر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على: أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنّ من يوجد بها أحقّ بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ، وأنّه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.<sup>1</sup>

وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 من القانون المدني في فقرتها الثانية نجدها قد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى ، في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري ، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي ، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي ، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه ، كما نص على ذلك القانون الجزائري ، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي.<sup>2</sup>

وعلى القاضي أن يصدر أحكاماً مهما كانت الإشكاليات التي تعترض سبيله ، وإلا عدّ ذلك إنكاراً للعدالة ، وعلى القضاة أن ينظروا دائماً في أحكامهم عند إسناد الحضانة أو إسقاطها مصلحة المحضون.

<sup>1</sup> - م، ع، غ، أ، ش، 1989/01/02، ملف رقم 52207، م، ق، 1990، عدد 4، ص 74.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا : المجلة الجزائرية ، سنة 1993 ، العدد 04 ، ص 952.