الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــوم السياسية
قسم الحقوق
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب(ة): زكرياء مطرفي

تحت عنوان

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة

لجنة المناقشة:

د. أحمد غرابي	جامعة المسيلة	رئيســا
د/ عمارة عمارة	جامعة المسيلة	مشرفا و مقررا
د.محمد الطاهر بلموهوب	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/ 2019

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

إقرارا مني بالجميل أتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى أستاذي المشرف

"عمارة عمارة"

الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه التي كانت عونا لي في إتمام هذا البحث

فله مني كل التقدير والاحترام

كما أتوجه بشكري إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتي

وعلى ما أمضوه من وقت وجهد لقراءة هذه المذكرة .

إهـــــــداء

يا من أحمل اسمك بكل فخر

يا من أفتقدك منذ الصغر

يا من يرتعش قلبي لذكرك

يا من أودعتني لله أهديك هذا البحث **أبي**

إلى حكمتي .....وعلمي

إلى أدبي .....وحلمي

إلى طريقي .... المستقيم

إلى طريق..... الهداية

إلى ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل

إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله **أمي الغالية**

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله

إلى من آثروني على نفسهم

إلى من علموني علم الحياة

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة **إخوتي**

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل

إلى صديقي ورفيق دربي **زين الدين رباطي**

وفي الأخير أهدي هذا العمل إلى كل زملائي في الجامعة

وإلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة .

قائمة المختصرات:

ط: طبعة

ع: عدد

ج:جزء

ص: صفحة

ن.ق: نشرة القضاة

ج.ر: جريدة رسمية

ا.ق: اجتهاد قضائي

ع.خ: عدد خاص

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

م.ق: مجلة قضائية

م.ع: محكمة عليا

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

p:page

قد يعتري العلاقة الزوجية بعض المشاكل مما يؤدي بالزوجين باللجوء إلى القضاء لطلب الطلاق، مما يدفع بالقاضي التدخل في حل النزاع المعروض أمامه،وتطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة عليه و هذه الحالة لا تطرح أية مشكلة، غير أن المشكلة تثور عندما لا يوجد نص يحكم الواقعة المعروضة على القضاء، ففي هذه الحالة على القاضي عملا بقواعد العدالة و الإنصاف أن يعمل نشاطه الذهني لإيجاد حل يحقق العدل لجميع الأطراف في إطار ما يعرف بالسلطة التقديرية.

فكانت السلطة التقديرية للقاضي تلك المكنة التي خولها المشرع ليتصرف بموجبها في الأحوال التي ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون فيها النص القانوني غير قطعي في دلالته ما يترك للقاضي فرصة التحرك في مساحة واسعة، فالسلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة.

و من هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي هي "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروحة عليه، و استنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه".

أو "هي عملية يعمل القاضي فيها فكره و عقله، و تخضع لترجيحه و ملائمته، بحيث قد تختلف من قاض لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة".

و بما أن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية لا يخلو من الثغرات و الغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته عمله القضائي خاصة في موضوع الحضانة، لأن القاضي يكون في كثير من الأحيان الأقدر من غيره و ذلك بحكم خبرته في فض النزاعات.

و إن من أبرز الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال و المشاكل التي تطرحها مصلحة هذا الطفل المحضون، فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها.

سنحاول الاقتصار في دراستنا هذه على معالجة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة نظرا لأهمية هذا الموضوع.

و تعود أسباب اختيار الموضوع إلى الميول الشخصية لدراسة موضوع الحضانة لما له من أهمية كبيرة، بالإضافة إلى غموض مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة خاصة في مجال إسناد الحضانة، و قلة الدراسات القانونية التي هذا الموضوع.

إضافة إلى اهتمامنا بالجوانب العملية و ذلك بإبراز السلطة التقديرية للقاضي من خلال قانون الأسرة الجزائري و محاولة التعرف على مدى إلمام المشرع الجزائري بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة الطفل المحضون.

أما بالنسبة لأهداف دراسة موضوع بحثنا فإن موضوع الحضانة يعد من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء خاصة و أن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة الطفل المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث عن موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالحضانة، و البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون، و الآليات القانونية التي وضعها المشرع بقد توفير هذه الأهمية، و بحث الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، و ما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع و أهملها النص، و تصدى لها الاجتهاد القضائي.

إن الإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع تتمثل فيما يلي: **ما هي المعايير التي يستند إليها القاضي في إسناد الحضانة؟ و ما هي الآليات المخولة للقاضي للتحقق من مصلحة المحضون؟**

أما فيما يخص الدراسات السابقة فهي متنوعة تمت الاستفادة منها و لعل أهم تلك الدراسات:

– أطروحة دكتوراه للباحث شامي أحمد بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2014 بعنوان " **السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية**".

– أطروحة دكتوراه للباحثة حميدو زكية بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2005 بعنوان "**مصلحة المحضون في القوانين المغربية**".

– مذكرة ماجستير للباحثة معمري إيمان بكلية الحقوق جامعة الوادي 2014–2015 بعنوان "**ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**".

– مذكرة ماجستير للباحثة عماري سناء بكلية الحقوق جامعة الوادي 2014–2015 بعنوان "**التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**".

و لا شك أن الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن الاستغناء عنها من طرف الباحث إذا ما أراد إيصال أفكاره بسهولة، و مثل هذه الدراسة التي نقوم بها لا شك فإننا نعتمد فيها على أكثر من منهج، فعن استخدامنا المنهج الوصفي فكان ذلك لإعطاء الصورة الفعلية للحضانة كما هي مقررة في قانون الأسرة الجزائري مع تبيان المبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي أي أنني ربطت بين الجانب النظري و التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام و الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

كما اعتمدت على المنهج التحليلي و ذلك لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة، و مدى تناسب القرارات القضائية في هذا الجانب مع الاستناد لمصلحة المحضون و بعض الآراء القانونية.

انطلاقا من هنا، فقد حاولنا الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال تقسيم بحثنا إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة إسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، و ذلك من خلال التطرق للإطار المفاهيمي للحضانة في المبحث الأول،والذي بدوره قسمته إلى مطلبين، حيث عالج المطلب الأول مفهوم الحضانة، أما المطلب الثاني فتناولت فيه شروط إسناد الحضانة، كما تناولنا في المبحث الثاني سلطة القاضي في إسناد الحضانة، حيث يتناول المطلب الأول مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة، أما المطلب الثاني فيدرس دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

أما في الفصل الثاني فعالجنا آثار إسناد الحضانة و إشكالاتها، حيث تم تخصيص المبحث الأول لدراسة آثار الحضانة، و الذي بدوره قسمناه إلى مطلبين، تناول المطلب الأول الحقوق المادية للمحضون، أما المطلب الثاني تناول حق الزيارة و المبحث الثاني خصصناه لدراسة إشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط، من خلال التطرق إلى الإشكالات المتعلقة

بإسناد الحضانة في المطلب الأول، و المطلب الثاني تطرقنا إلى الحلول الوطنية و الدولية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط.

الفصل الأول: إسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية للصغار، و لأجل تحديد مضمون فكرة الحضانة لابد من الوقوف على عدة مسائل مهمة، هي أساسية لفهم موضوع الحضانة، تتمثل في بعض المفاهيم الأولية من خلال التطرق إلى تعريفها ثم تحديد خصائصها و ذلك إلى جانب تبيان المقصود بمصلحة المحضون الذي يعد معيار مهم في إسناد الحضانة و الشروط الواجب توافرها في الحاضن،وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفصل بحيث يقسم إلى مبحثين:

يتناول الأول الإطار المفاهيمي للحضانة،أما الثاني فيدرس سلطة القاضي في إسناد الحضانة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة

من النتائج المترتبة عن الطلاق نجد مسألة الحضانة التي تعد مظهرا من مظاهر عناية التشريع الإسلامي و التشريعات بالطفل.

لذا سنتناول في هذا المبحث مفهوم الحضانة في المطلب الأول، ثم نتناول شروط إسنادها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

إن أهم الآثار القانونية لانحلال الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر بالاهتمام به و رعاية مصالحه، لذلك سأتطرق مفهوم الحضانة في الفرع الأول، و لخصائصها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولا: التعريف اللغوي

لغة: من الحضن وهو الجنب أو الصدر،وتأتي بمعنى الضم، حضن الطائر بيضه أي ضمه إليه وحضنت الأم ولدها أي ضمته إليها و قامت بتربيته[1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

أما اصطلاحا الحضانة هي رعاية و تربية الطفل و العناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايته ولباسه و تنظيفه ونومه.[2]

ثالثا: تعريف الحضانة فقها:

يرى السيد سابق أن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، وتعده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسميا وعقليا ونفسيا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها[3].

عرفها فقهاء المالكية بأنها: حفظ الولد في بيته، وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي طعامه و لباسه و تنظيف جسمه و موضعه[4].

---

[1] محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986، ص60.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص112.

[3] – السيد سابق، فقه السنة، ط5، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص288.

[4] – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت،د.ت، ص526..

أما الحنفية فعرفوها بأنها: هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة[1].

عرفها الشافعية: بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته.[2]

كما عرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضره وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل وبدنه، وثيابه و دهنه، وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام و نحوه.[3]

و الظاهر من هذه التعريفات أنها تتفق في مدلولها و محتواها حول الحضانة و تتماشى مع الحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة و هي حفظ المحضون من الضياع بالرغم من الاختلاف في العبارات.

رابعا: تعريف الحضانة قانونا:

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة بما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك[4]."

الملاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أهدافها و أسبابها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

في هذا الشأن يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 من ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها وذلك لشموليته

[1] – ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000، ص560.

[2] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص452.

[3] – البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص496.

[4] – قانون الأسرة الجزائري رقم 84–11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 المعدل و المتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية والمادية[1].

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

يترتب عما ورد بالمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري نتيجة حتمية تستدعي التطرق إلى خصائص الحضانة، فهل هي من النظام العام ؟ بمعنى هل للأم الحق في التنازل عن دورها هذا أم هي ملزمة بذلك؟

للإجابة على ذلك سوف يتم التطرق للنقاط التالية:

أولا: الحضانة من النظام العام

يرى جانب أن الحضانة من النظام العام، فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها، وقد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى و إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها[2].

وقد يكون تنازل الأم عن حضانة طفلها مقابل خلع نفسها ،والخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى[3] ،ومقابل الخلع قد يكون قيميا أو مثليا أو منفعة مقدرة بمال، فكل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا في الخلع، فإذا خلعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها فإن الخلع يظل صحيحا وتبقى حضانتها مستمرة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل هي حق للطفل فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق قائما حتى وان كان مقابل التنازل عن الحضانة صلحا وليس خلعا، كأن تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تترك له الطفل فإن هذا لا يصح، لأن الصلح يكون على ما تملكه والحضانة حق لغيرها[4]، أي هو حق خالص للطفل.

---

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 1996، ص293.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص295.

[3] – المجلس الأعلى، ملف رقم 26709 نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص260.

[4] – المجلس الأعلى، ملف رقم 26549 نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص243.

ثانيا: الحضانة لا تلزم الحاضنة

مقابل ذلك، هناك رأي آخر يرى أن الحضانة حق للحاضنة لها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت، وهذا دليل على أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت[1].
وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 من قانون الأسرة 05-02 حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها، لكنه قيد ممارسة هذا الحق مع مراعاة مصلحة المحضون، أي أنه إذا كان هذا التنازلُ يضر بمصلحة المحضون فلا يحق لها أن تتنازل عنها، والتنازل قد يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق
في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، وقد يكون التنازل ضمنيا وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة، ومن قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته[2].
ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الشخص المتنازل عن الحضانة لا يمكنه استرجاعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية للسقوط[3].

ثالثا: الحضانة حق مشترك

تعتبر الحضانة حقا مشتركا، أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، وكذا لأمه حق الاحتفاظ به واحتضانه أي أن للأم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته.
وإذن، إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها فإن ذلك لا يسقط إلا حقها ويبقى حق الطفل قائما، وبناء على ذلك فإنها تجبر على حضانته إن كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها ،وتنازلها هذا لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها[4].

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة

[1] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص404.
[2] – المجلس الأعلى، ملف رقم 26549، المرجع السابق، ص243.
[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05.
[4] – المجلس الأعلى، ملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19.

نظرا لأهمية الحضانة و أثرها في رعاية الطفل في تربيته فقد قيدها المشرع الجزائري بجملة من الشروط وجب مراعاتها في إسناد الحضانة، لتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع الجزائري صراحة وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لذا سنعالج في الفرع الأول الشروط العامة الواجب توافرها في النساء و الرجال معا، و في الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في النساء، و في الفرع الثالث الشروط الواجب توافرها في الرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء و الرجال

أولا: العقل

تحرم الحضانة على المجنون، سواء كان جنونا متواصلا أو متقطعا فكلاهما من موانع الحضانة ،ويتساوى مع المجنون المعتوه لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه وإضافة إلى العقل اشترط المالكية الرشد وقالوا ألا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه على غير مقتضى الشرع[1].

أما المشرع الجزائري فقد أكد على شرط العقل من خلال نص المادتين 42 و 43 من القانون المدني و المواد 82-83-84 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أن الحضانة هي ولاية على النفس ولا يمكن لمجنون لا تصح تصرفاته أن يكون وليا على آخر ويمضي تصرفاته.

ثانيا: البلوغ

بما أن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه، فلا يصلح لرعاية غيره لذلك فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه [2]، ولأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية وبغير البلوغ لا تصلح الحضانة، هذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري تعديل 05-02 بقولها " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة كاملة" لكن ما يثير إشكالا هو الفقرة الثانية من نفس

[1] – عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص985.

[2] – مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006، ص229.

المادة والتي تجيز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج[1].

ففي حالة الطلاق ستكون الأم أولى بحضانة أولادها وهي مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني لاسيما إذا كانت مستفيدة من إعفاء شرط الزواج، فيكون لها حق الحضانة، حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وهذا ما يطرح تساؤلا حول كيف يكون قاصر حاضنا لقاصر، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يذكر في قانون الأسرة الجزائري أنه في حالة إذا كانت الأم المطلقة قاصرة تسند الحضانة للأب أو لغيره من الحاضنين.

ثالثا: القدرة على التربية

حيث أنه لا حضانة لعاجز لكبر سن أو مرض و يرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤون بيتها وأبنائها ، هذا ما أخذ به الاجتهاد القضائي الجزائري في قراره رقم 33921 الصادر بتاريخ 09-07-1984 "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ولما كان –في قضية الحال– إن الحاضنة فاقدة البصر ،وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها ،ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية[2]".

ومن الفقهاء من يعتبر عمل المحترفة والعاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها[3] لكن ما يلاحظ على القضاء الجزائري أنه سار على خلاف الفقهاء الذين اعتبروا عمل المحترفة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير، فلا حضانة لها وذلك من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18 تحت رقم 245156 " من المستقر عليه

[1] – المادة 7 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر رقم 15، 2005.

[2] – المجلس الأعلى، ملف رقم 33921 بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد4، 1989، ص76.

[3] – المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر ،2010، ص510.

قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة[1]" ، وذلك دون استثناء إذا كان عمل المرأة يضر بالمحضون ويمنعه من الرعاية والحماية ولكن سرعان ما تداركته المحكمة العليا ووضعت استثناء على عمل المرأة إذا كان يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية[2]، وذلك من خلال القرار المؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 274207 " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر دليل ثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية".

إذ يتضح أن المشرع الجزائري جعل من عمل المرأة الذي يذهب بحق الطفل في الرعاية والعناية مسقطا لحقها في الحضانة.

رابعا: الأمانة

يجب على الحاضن أن يتصف بصفة الأمانة من أجل تربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحراف، حيث نجد أن القضاء الجزائري وافق الفقهاء في مسألة الأمانة على الأخلاق في العديد من القرارات القضائية الخاصة بالحضانة كما جاء في قرار المحكمة العليا "سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فيسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا ،وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهم للأم بعد إسقاطها هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغم زوجها على طلاقها[3]".

واستند في ذلك بنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والتي عرفت الحضانة بأنها رعاية الولد المحضون من تربية وتعليم، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وبمفهوم المخالفة لا يمكن لفاسق أن يحفظ الصغير خلقا، وجعل لهذه القاعدة استثناء إذا كان الصغير لا يستغني عن أمه وذلك بقوله مع مراعاة مصلحة المحضون.

خامسا: الإسلام

[1] – باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص131.

[2] – المرجع نفسه، ص131.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، عدد1، 1984، ص73.

ساير المشرع الجزائري المذهب المالكي وهذا ما نلمسه في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقا[1]"،فعبارة "القيام بتربيته على دين أبيه" بمفهوم المخالفة أنه يمكن أن يتزوج مسلم مع كتابية، وفي حالة وجود طلاق وكانت الحضانة لها فيجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم وهو الإسلام، وقد يكون الأب غير مسلم أو كلاهما.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالنساء

أولا: ألا تكون متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم منه

نجد أن المشرع الجزائري ساير الفقه المالكي في مسألة خلو الحاضنة من زوج أجنبي عن المحضون وذلك في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون"، ولقد جاء أيضا في قرار المحكمة العليا رقم 341320 الصادر بتاريخ 13-07-2005 "إذا كان القانون أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها ،إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم"، وبمفهوم المخالفة إذا تزوجت بقريب محرم لا تسقط حضانتها[2].

ثانيا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغض المحضون

جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على "أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" ، وقد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 50011 بتاريخ 20-06-1988 "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي .وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس[3]"

[1] – المادة 62 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر رقم 15، 2005.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 341320 بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، العدد 62، 2008، ص73.

[3] – المجلس الأعلى، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، عدد 2 ، 1991، ص57.

ثالثا: أن تكون الحاضنة ذا رحم من المحضون إذا كان ذكرا

المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذا الشرط، بل اكتفى بذكر مصلحة المحضون وهذا ما يعطي السلطة التقديرية الواسعة للقاضي، لكن ما يعيب هو أن السلطة التقديرية للقاضي تجعل أحكام القضاء متباينة. وذلك لأن مصلحة المحضون قد يراها قاض دون الأخر.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالرجال

أولا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما ، فليس له حق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحم من عامة أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث[1]. و إذا توافرت هذه الشروط فإن الحضانة تسند إليه، لكن مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لكي لا يترك ما يصعب مهمة القاضي.

ثانيا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، ولكن جعله عاما في مصلحة المحضون، من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02 "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، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[2]"، فإذا كانت مصلحة المحضون منعدمة إذا أسندت الحضانة لغير محرم للمحضون جاز للقاضي أن يسقط الحضانة عن الحاضن الغير المحرم للمحضون بناءا على مصلحة المحضون، لكن كان الأولى أن يضع المشرع الجزائري هذا الشرط في قانون الأسرة

[1] – محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة و النشر، لبنان، بدون سنة نشر، ص406.

[2] – المادة 64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر رقم 15، 2005.

وذلك تفاديا لتباين أحكام القضاء في مسألة واحدة ،وذلك لأن مصلحة المحضون قد يراها قاض دون الآخر.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إسناد الحضانة

جعل القانون قاعدة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، غير أن هذه المصلحة قد أعطت للقاضي الذي له كامل الصلاحية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، و حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل ممكن من خلالها تقدير مصلحة المحضون حتى يصدر حكمه على أساسها، و هو ما سنتناوله في هذا المبحث ضمن مطلبين، يتناول المطلب الأول مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة،أما المطلب الثاني فيتناول سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

المطلب الأول: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة.

تعتبر قاعدة مصلحة الطفل المحضون القاعدة الوحيدة التي ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة، لذا سأتطرق في هذا المطلب إلى تحديد معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفرع الأول، و ضوابط و معايير مصلحة المحضون في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مفهوم قاعدة مصلحة المحضون

إن قاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة فقهية قديمة في الشريعة الإسلامية، وهي من القواعد المتعارف عليها عند كل الفقهاء و المشرعين رغم عدم تحديد محتواها، وقد أخذ بها كل مشرعي الأسرة دون أن يحددوا لها معنى معينا، إلا أنه يمكن أن نستشف لها معنى عاما من خلال تناول المصلحة بشكل عام.

أولا: تعريف مصلحة المحضون لغة

الصلاح ضد الفساد، والصلاح بالكسر مصدر المصالحة و الاسم الصلح يذكر و يؤنث، وقد اصطلحا وتصالحا واصالحا بتشديد الصاد، وأصلح الشيء يعد فساده أقامه أصلح الدابة أحسن إليها فصلحت[1].

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء للمصلحة إلا أنها تتفق جميعها بإعطاء معنى واحدا لها وهى أنها المحافظة على مقصود الشارع حيث:

عرفها أبو حامد الغزالي بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة. ولسنا نعني به ذلك. فإن جلب المنفعة و دفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق قِ تحصيل مقاصدهم لكن تعنى بالمصلحة المحافظة عل مقصود الشارع. ومقصود الشارع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ هم دينهم وأنفسهم وعقوهم ونسلهم وأموالهم. وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهر مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه – أي المفسدة– مصلحة[2].

[1] – ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص2479، مادة الصلح.

[2] – أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1324هـ، ص286.

وعرفها الخوارزمي بقوله: «المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق[1]».

وعرفها الطوفي بقوله: «هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة[2]».

وعرفها من المعاصرين محمد سعيد رمضان البوطي (ت1434هـ) بقوله: «والمصلحة فيها اصطلح عليه علماء الشريعة الإسلامية يمكن أن تعرف بما يلي: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم طبق ترتيب معين لها، والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه[3].

ثالثا: تعريف مصلحة المحضون قانونا

لم يعطي تشريع الأسرة تعريفا للمصلحة وإنما وظف تارة لفظ المصلحة وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصلحة .

نلاحظ أن المشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر ، مثال ذلك مواد قانون الأسرة الجزائري التالية: 96.90.89.84.69.67.66.65.64.7 ،فحسب نص المادة 64 فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون,وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/13 بأن "مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"[4].

لذا فان مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى (النظام العام ،الآداب العامة، حسن النية وغيرها) فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها ، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا.

---

[1] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004–2005، ص68.

[2] – مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، د.ط، دار اليسر للطباعة والنشر، مصر، 1954، ص511.

[3] – محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، دمشق، 2007، ص37.

[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 497457 بتاريخ 2009/05/13، العدد الأول، 2009، ص297..

الفرع الثاني: ضوابط و معايير مصلحة المحضون

أولا: المعيار المعنوي

نظر ا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتفكك الأسري الناتج عنها، فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والذهني والعاطفي والروحي و الاجتماعي ، حيث يحتاج إلى المعالجة كأسرة واحدة وذلك من خلال الاعتماد على هذا المعيار لمعرفة موقع ومكان تحقيق مصلحة المحضون لأن المصلحة هي الأساس في إسناد الحضانة، ولتوضيح ذلك لابد من معرفة مدى تأثير هذا المعيار على المحضون.

تمثل الأسرة في الدراسات التربوية والنفسية و الاجتماعية في مجال الطفولة والتنشئة الاجتماعية دورا مهما، ذلك أن جهاز الضبط الاجتماعي هو أحد مكونات الجهاز النفسي في الإنسان وما هو إلا مركب اجتماعي يكتسبه الطفل من خلال علاقته مع البيئة الاجتماعية والمادية[1]، ومن هنا تظهر أهمية دور الأسرة في التنشئة الاجتماعية للطفل.

ويبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الأم والطفل ثم العلاقة بين الأب والطفل في مرحلة لاحقة، ولاشك أن غياب أحد الأبوين خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[2]، لأنها تتعلق بالولد من أول فترة في حياته وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال لأن المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية الصيانة أقدر، وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي

[1] – رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص22.

[2] – أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص303.

كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها 2006/06/04 حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة الطفل أرزقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[1].

وبما أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة والأمر أوفر الناس شفقة على الولد فيكون الولد مستفادا من جهتها[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا" حيث أنه من المقرر شرعا أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق المحضون من جهة أخرى، لذلك لا تجزأ بين الأبوين كما يراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

ولما كان ذلك كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب سائغة مادام مخالفا لأحكام المادة 63 من قانون الأسرة وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين معه نقض القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن[3]".

لأن أهمية الحضانة تقوم على أساس أن محورها الطفل الذي يمثل الأهمية الكبرى في تقرير سلامة المجتمع أو عدمها وأن السلوك الفاضل أو الفاسد إنما ينبني على بناء الخلفيات التي تنشأ في أدوار الطفولة إذ أن شخصية الطفل تتكون خلال السنوات الأولى من عمره، وأن الطفل في هذه المرحلة يكون محل تأثير تام بما يحيط به من أجواء ومن الصعب إزاحة سلوكه في المستقبل سواء كان سويا أو غير سوي، إذ يجب علينا أن نمنح أطفالنا الإحساس والشعور بالسلام والأمان والطمأنينة في هذه المرحلة المميزة والحساسة في حياتهم، حيث يؤكد الخبراء

---

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 368395 بتاريخ 2006/06/04، نقلا عن حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص582.

[2] – سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014–2015، ص187.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 275990، بتاريخ 2002/07/31، مجلة القضاء، عدد 3، 2003، ص301 نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة 1966–2010، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص359.

أن المرحلة الأولى من الطفولة خاصة في السنوات الخمس الأولى هي المرحلة الأكثر أهمية على المستوى نمو الطفل الفيزيولوجي و الانفعالي و الاجتماعي والمعرفي[1]، ولهذا يحرص القضاة على الكشف على موقع تحقيق مصلحة المحضون بالاعتماد على العنصر المعنوي نظرا لتأثر المحضون بالبيئة التي ينشأ بها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/07/13 " إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب"

حيث جاء في معرض تأسيسه بدعوى أن القرار المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق المادة 64 من قانون الأسرة عندما قضي بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم دون مراعاة مصلحة المحضون مع أن الخبير الطبي المعين بموجب أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة قد توصل إلى أن المحضون يشتكي معانات نفسانية عبر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة كما أن التحقيق الذي أجرته المساعدة القضائية المعينة من طرف قاضي الأحداث ذكرت في تقريرها أن خال الولد الساكن مع الجدة لأم قد حكم عليه جزائيا من جريمة استهلاك المخدرات[2]".

بالإضافة إلى أهمية هذا المعيار في التوافق والتوازن النفسي للمحضون وتكوينه فإنه يهدف إلى التقليل من الأثر الناتج عن تقصير الأسرة في رعاية الحدث والذي يؤدي به إلى الانحراف، حيث يعتبر السبب الرئيسي في انحراف الأحداث هو الأسرة التي لا تقوم برعاية الطفل ومتابعته ولا تعلمه أمور دينه التي تنهى عن الانحراف[3]، بالإضافة إلى اضطرابات نفسية أو اضطرابات النمو والقلق التي يمكن أن تكون مرتبطة بالانفصال بصورة خاصة ،وهنا تظهر مسؤولية الوالدين والأسرة والمجتمع في توجيه هذا الطفل ومدى رعايته و الاهتمام به وحمايته

[1] – رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ،المرجع السابق، ص14.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 332324، بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، العدد 59، 2006، ص236. نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013، ص1324.

[3] – رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص8.

من الاضطرابات النفسية و من الانحراف،إذ نص المشرع على عقوبة تسلط على أحد الوالدين في حالة إهمالهم معنويا للأولاد وذلك في نص المادة 03/330 من قانون العقوبات.

كما يعتبر الأمن و الاستقرار و الاعتياد كعامل من عوامل تقدير مصلحة المحضون، فالعجز عن توفير ما يحتاجه الطفل من استقرار و حب يمكن أن يكون عاملا مهما في تفسير جنوح الأحداث، وقد وجد بأن آثار انفصال الطفل عن والديه في سن مبكرة وخاصة في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى قد تكون مضرة بسلوكه وهذا من خلال الدراسة التي قام بها العالم النفساني بولباي في سنة 1946 تحت إشراف منظمة الصحة العالمية والتي بين فيها أن الأولاد الذين يفصلون عن أمهاتهم في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى من حياتهم غالبا ما يكونون أشخاصا بلا عطف أو حنان وبالتالي قابلين لأن يكونوا سارقين[1].

كما أن النظرية التعليمية الاجتماعية المقدمة من طرف" تريسلر "في سنة 1962 " تنبأ بأن الصغار الذين يتعرضون في حياتهم للانفصال هم أكثر قابلية لأن يكونوا جانحين، وهذا بسبب أن الانفصال بين الأم والأب يؤثر على عملية التربية.

وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنه أو حاضنته في جو يسوده الأمن المعنوي، من خلال القيام بالواجبات التي تهدف إلى الفائدة للطفل وعليه فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا حق الأولوية على الأب، وإن اعتبار الأم حاضنة مثالية لأبنائها لا يغني الطفل عن حقه في ولاية والده لتربيته وإعداده للحياة ورعاية مصالحه المعنوية.

وهو حق زيارة المحضون أي الإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[2]، والحكمة من ذلك هو مراعاة الجانب النفسي والمعنوي للمحضون[3]، فمصلحته تقتضي أن يبقى على علاقة بكلا والديه فمن غير العدل أن يحرم من أحدهما إذا افترقا والهدف من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية و ضمان التوازن النفسي للمحضون، إلى جانب دوره في متن الروابط العائلية يعتبر أداة لرقابة

[1] – سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص190.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص297.

[3] – أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص284.

مصلحة المحضون ،أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه و تعليمه و تفقد صحته و خلقه[1]، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/02/19

"متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى بها مصلحة المحضون في القيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تكون في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[2]".

كما صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16 جاء فيه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق ما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم ما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[3]".

فحق الزيارة المنصوص عليه في المادة 64 لا يقتصر على الأب أو الأم أو ممن تسند لهم الحضانة ليتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ بتاريخ 1969/10/08 "من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل[4]"، وقضت به كذلك المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 2001/01/23 بقولها "للخالة حق الزيارة لأن

---

[1] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص78.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، عدد4، 1990، ص116.

[3] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59784، بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص126، نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، ج2، 2013، ص549.

[4] – المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1969/10/08، ملف رقم غير موجود، النشرة السنوية، 1969، ص327، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة 1966–2010، المرجع السابق، ص348.

القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة، ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل المطعون فيه قد وفق فيما قضي له[1]".

ومن ثم فإن مصلحة المحضون تقتضي العمل على استقراره و توفير الأمن له و رعايته رعاية اجتماعية و نفسية وصحية يشعر فيها بالراحة و الأمان و الاطمئنان،مما يؤدي إلى التكامل النفسي و الاجتماعي في حياته داخل أسرته وفي مجتمعه الذي ينتمي إليه، فهي أساس لمراحل الحياة القادمة[2]، و لهذا فإن الحضانة تسند للأصلح من الأبوين أو لغيرهما مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي هي المعيار الوحيد في ذلك.

ثانيا: المعيار المادي

إن الهدف الأساسي للحضانة هو حماية المحضون نفسيا و معنويا و تربويا و رعايته ماديا لضمان توفير ما يلزمه و تغطية حاجاته الضرورية تحقيقا لمصلحة المحضون، و نظرا للدور الذي تلعبه النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية و يستمر إلى ما بعد الطلاق، و لابد من أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله، لكن بشرط أن يكون الابن المستحق فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة إلى غاية زواجها لتصبح نفقتها بعد ذلك واجبة على الزوج[3].

فعلى القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذا لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم مراعاة لمصلحته و تحقيقا لأمنه المادي، و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19 بقولها «من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب و متى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258479، بتاريخ 2001/01/23، المجلة القضائية، العدد2 ، 2001، ص300، نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص1001.

[2] – رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص8.

[3] – باديس دياربي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض–عدة–حضانة–متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص84.

يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1]».

و في قرار آخر لها بتاريخ 1999/02/16 قضت «من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب، و متى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 قانون الأسرة، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة[2]».

و قضت في قرار آخر لها بتاريخ 2001/02/12 «بأن قضاة المجلس بقضائهم إسقاط الحصانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة و يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 75 قانون الأسرة.

حيث أن بالرجوع إلى مستندات الملف والقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد الإطلاع على هذه الأخيرة يتبين أن قضاة المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإنفاق على محضونين أحدهما أثبت قاض أول درجة بأنه لا يزال قاصرا والآخر معوقا إعاقة كاملة، والهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحاضنة بالإضافة إلى أن البنات دون سن الزواج حسب المادة (07) من قانون الأسرة ملزم بإنفاقهن حتى الدخول بهن وذلك طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.وحيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/02/17، عدد خاص، 2001، ص198. نقلا عن جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1096.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 218736، بتاريخ 1999/02/16، عدد خاص، 2001، ص206. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1101.

الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما، الأمر الذي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة إلى حين سقوطها فعلا ومادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون[1]».

و قد حدد قانون الأسرة شمولية النفقة بوضوح و التي تتمثل في الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته مراعاة للمصلحة المادية للمحضون[2]، أما تقدير مبلغ النفقة فيعود للسلطة التقديرية للقاضي و هو ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ ف 2006/11/15 «يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية" وجاء في معرض تأسيسه "حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع فإن القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون مما يجعل النفقة الغذائية الشهرية للبنت المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار ضمن القرار محل الطعن لا يعتبر قصورا في التسبيب حسب زعم الطاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران كما هو ثابت من سجله التجاري، وكذا امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدار البيضاء في المغرب حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى حكم الطاعن بمصاريف علاج البنت المحضونة فبذلك لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية تثبت تعرض البنت المحضونة لأمراض مختلفة الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين[3]».

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 257693 بتاريخ 2001/02/12، العدد 2، 2002، ص436. نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ، 1195.

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص107.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 372292، بتاريخ 2006/11/15، ، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2007، ص493. نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، 1395.

و في قرار آخر لها بتاريخ 1991/05/21 قضت «بأن تحديد نفقة العدة و المتعة و النفقة الغذائية للزوجة المطلقة و أولادها المحضونين و حق الحضانة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون و لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك[1]».

و هكذا فإن تدخل القاضي يحكمه مبدأ أساسي و هو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.

و يعتبر كذلك السكن أهم عنصر من عناصر النفقة، فمن أجل ذلك أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكن لحضانة ولده حيث يجب أن يكون المسكن ملائما لممارسة الحضانة و هذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي، و إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن و هو دفع بدل إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة[2]، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/31 بقولها «لا يعفى الوالد من توفير السكن أو توفير بدل الإيجار لاعتبارهما من مشتملات النفقة حتى و لو كان للحاضنة سكن[3]».

كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2010/09/16 بقولها «توفير مسكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار[4]».

و نظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل ، عمل المشرع الجزائري على إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل في حال طلاق والديه و ضمان العيش الكريم له، فيستفيد من المستحقات المالية و تتولى قبض هذه النفقة لصالحه المرأة الحاضنة[5].

---

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 726002، بتاريخ 1991/05/21، ، نشرة القضاة، العدد 47، 1995، ص149. نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة 1966–2010، المرجع السابق، ص390.

[2] – أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص160.

[3] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 288072، ، بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص278. نقلا عن جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1239.

[4] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 566381، بتاريخ 2010/09/16، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010، ص268. نقلا عن جمال سايس ، المرجع نفسه، ص1508.

[5] – عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص196.

و يستخلص مما سبق أن الرعاية المعنوية و النفسية و التربوية للمحضون غير كافية إذا لم ترافقها رعاية مادية لضمان توفير حاجاته الأساسية و تحقيق استقراره المادي و العاطفي[1].

المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطت للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعته في تقدير المصلحة.

و إذا أراد القاضي تكوين قناعته التامة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل التي من خلالها يقدر و يصدر حكمه، لذا سأتطرق في هذا المطلب إلى التحقيق و المعاينة في الفرع الأول، الخبرة في الفرع الثاني، و النيابة العامة في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التحقيق و المعاينة

للقاضي ضمن سلطة التحقيق أن يقوم بكل إجراء يساعده على تكوين قناعته.

أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع

يمكن لقاضي الأحوال الشخصية أن يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، وهو ما أكد عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادتين 27 و 28[2] حيث بإمكان القاضي الاستماع إلى أطراف النزاع و الإطلاع على الوثائق المعروضة و هو ما يسمح له

[1] – عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص197.

[2] القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

بأخذ فكرة عمن سيتولى حضانة الطفل، كما يستنتج من خلالها طريقة حياة الوالدين و الحالة الصحية للطفل[1].

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل استدعاء رأي الطفل في القضايا المتعلقة به ضروري و مفيد؟ و هل يعتبر وسيلة يلجأ لها القاضي قناعته؟

من خلال الرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجد أن المشرع له اتجاهين مختلفين و ذلك بحسب طبيعة القضية: الاتجاه الأول: و هو ما يتعلق بالكفالة فهنا المشرع الجزائري و بموجب المادة 124 من ق.أ.ج يمنح للمكفول حق تخيير البقاء مع كفيله أو العودة لوالديه إذا بلغ سن التمييز، فجعلت هذه المادة من قاعدة سماع المكفول من النظام العام.

الاتجاه الثاني: فبالرجوع إلى نص المادة 459 من ق.إ.م.إ نجد أن المحضون إذا استدعي

لسماعه فلا تكون له أهلية التقاضي، كما أن قانون الأسرة لم يأت بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة[2].

و حسب أحكام المادة 64 ق.أ.ج و التي تنص على أصحاب الحق في الحضانة و تربيتهم فهي لا تبدو مؤيدة لاستماع المحضون و أخذ رأيه في حاضنه، لأن استماع المحضون لن يلتمس إلا إذا اقتضت مصلحته ذلك و يكون ذلك بأمر من القاضي و ذلك لكونه داخلا في إطار سلطته التقديرية[3].

[1] – حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص82.

[2] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص165.

[3] – معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص117.

و من ثم يمكن القول أنه لا يوجد في الاستماع للمحضون ما ينفي كليا مصلحته، إذ يمكن أن يأخذ برأيه كما يمكن أن يستبعده، فاختيار المحضون لحاضنه فهي مسألة ليست مطلقة و لا مقيدة بل تظل مصلحة المحضون هي الموجه، و هذه لا يقدرها إلا القاضي[1].

و في هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قرار له[2] بتاريخ 1982/01/11 بقوله «من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن، و من ثم يجوز للحاضن و هو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله و أقربائه».

و جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 بأنه «يظهر من تحريات قضاة الموضوع و تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج و مراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم إي حين المواجهة أمام المجلس و بحسبه فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي و على مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض[3]».

فإذا رأى القاضي هنا أن اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له حكم له به، و إذا رأى العكس و هو انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول، و مع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للكشف عن مصلحته[4].

و هو ما جاءت به المادة 2/454 من ق.إ.م.إ «يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أن:

---

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013–2014، ص444.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 26503 بتاريخ 1982/01/11، ن.ق، 1982، ع.خ، ص236. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، ج1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص145.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 26225 بتاريخ 1981/12/14، غير منشور. نقلا عن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص166.

[4] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، المرجع السابق، ص444.

– سماع الأب و الأم و سماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

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

– الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

و كذا المادة 463 من نفس القانون (ق.إ.م.إ)«يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر و تصريحات والده و أمه و الحاضن و أي شخص آخر يكون سماعه مفيد اويمكن إعفاء القاصر من الحضور.

يقدم محامو الأطراف ملاحظاتهم عند الاقتضاء.

ينظر ويفصل في الطلب بغرفة المشورة، بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة.

يكون الأمر الفاصل في الطلب قابلا للاستئناف حسب الأوضاع المحددة في المادة 456 أعلاه».

و بالتالي فبموجب هذه المواد يكون المشرع قد جعل من معيار استماع المحضون أمر جوازي للقاضي و هذا حسب سلطته التقديرية.

ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، و هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح رأيه[1]، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ في مادته 459 إذ جاءت كالآتي «يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر أو سلوك الأبوين».[2]

ثالثا: انتقال القاضي إلى المعاينة

[1] – بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في السكن و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007، ص113.

[2] القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

يجوز للقاضي في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الظروف المحيطة لذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، مثل ضيق المسكن أو اتساعه، أو مدى قربه و بعده عن المدرسة، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقرير إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها[1].

و هو ما أكدت عليه المادة 146 من ق.إ.م.إ إذ نصت على «يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو طلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات و أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك».

و قد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/05/21 بأنه «إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال و البيت الذي يقيمون فيه و دون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب[2]».

الفرع الثاني: الاستعانة بالخبراء الأخصائيين

حيث يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة فله في ذلك اللجوء إلى الاستعانة بالخبراء لسد ثغرات سكوت القانون، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2005/05/18 «يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية[3]».

فعلى قاضي الموضوع أن يبحث أين توجد مصلحة المحضون بمختلف الوسائل و من ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية[4]، فإذا رأى أن النزاع يستدعي تعيين خبير أو عدة خبراء كان له ذلك، لكن في غالب الأحيان يكون اللجوء إلى الخبرة في الأمور الصحية، و ذلك لجمع المعطيات

---

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص168.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 302428، بتاريخ 2003/05/21، ، نشرة القضاة، العدد 58، ص202, نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1320.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 330566 بتاريخ 2005/05/18، م.م.ع، ع1، ص301. نقلا عن المرجع نفسه، ص1274.

[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 337176 بتاريخ 2005/11/16، ن.ق، ع65، 2010، ص319. نقلا عن المرجع نفسه، ص1527.

المادية و الاجتماعية و النفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه أو للغير من أصحاب الحق فيها[1].

و هو ما نص عليه أيضا المشرع في المادة 425 من ق.إ.م.إ على أن «يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، و يجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح».

كما قد يلجأ القاضي إلى المختص النفسي و هذا من أجل فهم المشاكل التي يعاني منها الطفل و اقتراح الحلول الممكنة، و كذا بالمختص الاجتماعي و ذلك من أجل البحث و التحقق من البيئة الاجتماعية للطفل[2].

و مع ذلك فالقاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية لتقديم مصلحة المحضون[3]، و هو كذلك غير ملزم برأي الخبير لأن النتيجة التي توصل إليها الخبير لا تعد إلا رأيا يستأنس به القاضي في حكمه على أساس أنه رأي تقني، فرأي القاضي مستقل تماما عن رأي الخبير[4]، وهذا سعيا من القاضي إلى حل الإشكال المطروح بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للمحضون[5].

---

[1] – حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص83.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 302428، بتاريخ 2003/05/21، ن.ق، ع58، 2006، ص202. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1320.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 650014 بتاريخ 2011/10/13، م.م.ع، ع1، 2012، ص313. نقلا عن المرجع نفسه، ص1608.

[4] – حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص83.

[5] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص169.

و عليه يمكننا القول بأنه على الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الأمثل و هذا نظرا لما يصادفه من مشاكل قد تعترض سلطته التقديرية لأنه مجرد من كل الوسائل الضرورية التي تساهم في تحقيق مصلحة المحضون[1].

الفرع الثالث: دور النيابة العامة

لقد أوجب المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون، إذ جاء في نص المادة 3 مكرر أنه «تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون».

فالنيابة العامة لها حق تحريك و مباشرة الدعوى العمومية، لكن دورها في القضايا المدنية يختلف فهي إما تعمل كطرف منظم، بمعنى أن يكون لها حق إبداء الرأي و هذا الانضمام إما أن يكون إجباريا أو اختياريا، و هو ما كان منصوص عليه في المادة 141 من ق.إ.م.إ قبل إلغاءها بالقانون رقم 08-09[2]، حيث كانت النيابة العامة لا تستطيع الادعاء مدنيا و أن يكون طرفا أصليا[3]، إلا إذا وجد نص خاص كما هو الحال عليه في المادة 102 من قانون الأسرة، و التي بموجبها تستطيع النيابة العامة تقديم طلب الحجر على أي شخص، لكن بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 جاء نص المادة 3 مكرر صريحا باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، و بالتالي أصبحت المادة 102 بدون جدوى[4].

و اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة له أثر مهم، خاصة من حيث تقديم الطلبات و الادعاء مدنيا، بالإضافة إلى ممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية[5]، كما أنه من الواجب تكليف ممثل النيابة العامة بالحضور للجلسات و تبليغه رسميا بنسخة من العريضة

[1] – معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، المرجع السابق، ص121,

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008

[3] – حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه و القانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية و القانونية، المغرب، عدد 19، 2014، ص11.

[4] – معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، المرجع السابق، ص122.

[5] – حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص11.

أو عن طريق كتابة الضبط، و يجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا و هو ما نصت عليه المواد 15 و 438 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ[1].

و لأن النيابة العامة طرف أصلي في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لزم حضورها جلسات المحاكمة و تقديم الطلبات تحت طائلة بطلان الإجراءات و عدم انعقاد الخصومة، و هذا هو المعمول به ميدانيا[2].

و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/15 «إن. القضايا المتعلقة بالنسب و الطلاق و الحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي أوجب القانون فيها إشراك النيابة العامة، و أخذ رأيها حول ذلك ز ذلك بإرسال ملفاتها إليها، و إلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال. و بالرجوع إلى ملف القضية و القرار المطعون فيه، فإنه ليس في أي منهما ما يثبت من اطلاع النيابة العامة على الملف مما يعد خرقا لإجراء جوهري يتعلق بالنظام العام، ما يترتب عنه نقض و إبطال القرار المذكور[3]».

و بالتالي أصبحت النيابة العامة طرفا في القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة و لذلك لما فيه من حماية للأسرة و المرأة، و لأنها تمس بالأمن العام بمقتضى المادة 3 مكرر[4].

و ما يمكن قوله أن تدخل النيابة العامة في شؤون الأسرة، خاصة ما تعلق منها بالأطفال أمر ضروري لأنها تساعد القاضي في الوصول للحقيقة لما لها من سلطة في البحث و التحري، كما

[1] – مواد 15-438 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] – حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص11.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39381 بتاريخ 1986/01/15، م.ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، المرجع السابق، ص329.

[4] – بن صغير محفوظ، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 في تزكية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع1، 2014، ص112.

أنها تسعى إلى تطبيق القانون تطبيقا سليما، و بالتالي حتى و لو انحرف القاضي عن الحكم الصائب فللنيابة أن تتدخل هنا[1].

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص171–172.

خلاصة الفصل:

نستخلص مما سبق أن المعيار الأساسي في إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون، و ما الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة إنما هو الموجه للقاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة و المؤهلين لها، مع وجوب البحث على إمكانية تحقق مصلحة المحضون من خلال ما هو معروض على القاضي من أدلة و معطيات، و أن تقدير تلك المصلحة تعد من المسائل من المسائل الموضوعية التي تعود لتقدير القاضي و الأساس الذي يجب عليه تعليل قراره تعليلا واضحا، فالمصلحة هنا تعتبر المعيار الأساسي لإسناد الحضانة، وتبقى صلاحية تقدير ذلك للقاضي.

الفصل الثاني: آثار إسناد الحضانة و إشكالاتها

من الآثار التي تنجر عن انحلال الرابطة الزوجية إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين أو إلى غيرهما، و عادة ما تكون للأم لأنها الأنسب و الأصلح لأداء هذه المهمة، و نتج عن ذلك جملة من الآثار مرتبطة بالحضانة تتمثل في الجانب المادي من نفقة المحضون و استحقاق الحاضن لأجرة لما بذله من جهد في تربية المحضون و العناية به، و أيضا حق الحاضن في السكن، والتطرق إلى الإشكالات التي تطرحها الحضانة خاصة في الزواج المختلط،وبغية تسليط الضوء على هذا الأمر سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، يتناول الأول آثار الحضانة، أما الثاني فيدرس إشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط.

المبحث الأول: آثار الحضانة

إذا ما ثبت للقاضي إسناد حضانة الأولاد لأحد الأطراف المتنازعة إذا ثبت له من توفر الشروط الخاصة بالحضانة و تأكدت مصلحة المحضون، نتج عن ذلك آثار تتطلبها مصلحة المحضون، و تتجلى هذه الآثار فيما تتطلبه الحضانة من نفقة ، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف ينمو فيه، هذا إضافة إلى حق رؤية الصغير أو حق الزيارة التي أقرها الشرع و القانون له حتى ينقطع عن والديه، وعليه نطرح السؤال التالي: **ما هي أهم الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة ؟**

و سنتناول في هذا المبحث الحقوق المادية للمحضون في المطلب الأول، وحق الزيارة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحقوق المادية للمحضون

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية و كسوة، و علاج و تربية و سكن و كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته، كل ذلك يتطلب مجهودات مالية قوامها المال تتجلى في نفقة المحضون و ذلك ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب وذلك بتحديد المصلحة المادية للمحضون و التي تتمثل في نفقة المحضون و أجرة الحضانة (الفرع الأول) و الحق في السكن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نفقة المحضون و أجرة الحضانة

أولا: نفقة المحضون

يعتبر الحق في النفقة من أهم الحقوق المالية المكفولة للطفل شرعا و قانونا، فهي الضمان الذي تصان به حياته وتوفر له الحماية و الرعاية والعيش الكريم، أما الالتزام بالنفقة فيقع كأصل عام على عاتق الأب، سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلال هذه الرابطة، ذلك على اعتبار أن الأب ينفق على أولاده كما لو كان ينفق على نفسه لأنهم جزء لا يتجزأ منه، وعليه يمكن تعريف النفقة على النحو التالي:

1-**تعريف النفقة لغة:** هي ما أنفقه الإنسان من الدراهم ونحوها على نفسه وعياله وغيرهم، أي ما أخرجه.[1]

2-**تعريف النفقة اصطلاحا:** تعرف على أنها كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته، من طعام و كسوة و سكن وخدمة، و كل ما يلزم للشخص بحسب ما جرى عليه العرف.[2]

3-**تعريف النفقة قانونا:** فقد أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 78 من ق.أ.ج كم يلي «تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة».

[1] – الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط6، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998،ص 1196.

[2] – أحمد فراج الحسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص261 .

و حسن ما فعل المشرع الجزائري عندما أضاف عبارة «و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة» و ذلك لكي لا يحصر النفقة بل ترك إمكانية أن تشمل كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.[1]

و قد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه إذا لم يكن له مال، و هو ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب[2]، حيث تنص المادة 75 من ق.أ.ج على " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور حتى سن الرشد، والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عن الكسب." و يعد العسر من مسقطات النفقة، فلكي تكون النفقة واجبة على الأب لابد أن يكون قادرا على الكسب و أن يكون الابن محتاجا لها على اعتبار لا مال له و تستمر إلى غاية الاستغناء عنها كما ورد في المادة 75.

بينما البنت تظل محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/07/08 الذي قضى «حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون، وأساء تطبيقه ذلك لأن المطعون ضدهما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد و ليس لهما دخل و يواصلان دراستهما».[3]

و قد نصت المادة 76 على حالة ما إذا كان الأب معسرا و عاجزا فينتقل واجب النفقة إلى الأم بقولها «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك».

و يلاحظ أن إعسار الأم ترجمت في القانون بكلمة «عجز» و المقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو لتقاعس.[4]

4- تقدير قيمة النفقة

[1] – يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2018-2019، ص70.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984، ص431.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 506369، بتاريخ 2009/07/08، م.م.ع، العدد الثاني، 2009، ص308.

[4] – بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص387.

نص المشرع الجزائري على مسألة تقدير النفقة في نص المادة 79 ق.أ.ج بقوله «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم»، يظهر من خلال نص هذه المادة أن النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع، و كذلك أن تقدير النفقة يكون حسب حال الأب، فإذا كان موسرا فرضت عليه نفقة الموسرين، و إذا كان معسرا تفرض عليه نفقة المعسرين، و إن كان متوسطا يلزم بنفقة الوسط أي يحسب من يناسبه من الأصلح و الأيسر فيه الدفع، فالعامل المحترف تقدر نفقته حسب عمله، و الموظف بالشهر.[1]

و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/04/09 الذي نص على «أنه من المقرر فقها و قضاء أن تقدير النفقة المستحقة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة و القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية».[2]

ثانيا: أجرة الحضانة

أجرة الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير و هو لها شبه بالنفقة و شبه بالأجر، فلها شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير، و لها شبه بالأجر لأنه يعطى للحاضنة نظير العمل الذي تقوم به فهي تقوم بحفظه و تربيته.[3]

و من خلال النظر إلى المواد 75-76-77-78 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة، وأمام سكوت المشرع الجزائري سنحاول دراسة المسألة من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج الذي يعد العلاج لسد هذا الفراغ القانوني، و قد عرف الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحاضنة على النحو التالي:

- يرى المالكية بأنه ليس للحضانة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أو غير ذلك، و بغض النظر عن حالتها المادية، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال فينفق عليها لأنها فقيرة و

[1] - عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.ط، دار تالة، الجزائر، 2000، ص172.

[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 446630، بتاريخ 1987/04/09، المجلة القضائية، العدد3، 1990، ص55.

[3] - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص74.

ليست لكونها تمارس الحضانة و للمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة و الغذاء و الغطاء و الحاضنة تقبض نفقة من الوالد و تنفقها على الولد.[1]

– بينما يرى الحنفية و الحنبلية و الشافعية أن الأم لها طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق و بعد انتهاء العدة، و معنى ذلك هو أن ما دامت النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد، ثم إن الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أو غير أم و هي غير أجرة الرضاعة، فإن كانت الأم هي المرضعة و طلبت أجرة الرضاعة أجيب طلبها، و بالتالي للحاضنة طلب أجرة الحضانة و الأم أحق بحضانة الصغير و لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا.[2]

و عليه كان أجدر على المشرع الجزائري أن يتدخل و يحسم هذه المسألة خاصة و أن أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط للحاضنة بل أيضا للمحضون، و ترى الأستاذة حميدو زكية أن في الاعتراف للحاضنة بأجرة الحضانة الرأي الصائب لأن حصولها على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، و عدم الوفاء بهذا المقابل المادي فيه ضرر بالمحضون و الحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.[3]

و في هذا المجال نجد رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/04/12 أنه «لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء».[4]

الفرع الثاني: سكن المحضون

المقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية، لأنه في حالة توفير الأب مسكنا لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الطفل به، ففي هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة، فمسكن الحضانة ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا و مستوفيا المرافق الشرعية على

[1] – الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج5، في حضانة الأم، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص546.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق، ص767.

[3] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص125.

[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 355718، بتاريخ 2006/04/12، منشور على موقع منظمة المحاماة سيدي بلعباس، http://avocats-sba.dz.

خلاف مسكن الزوجية و الذي لا يشترط فيه أن يكون مستقلا باعتبار أن الزوجية قد قبلت الإقامة به.[1]

و لكن الإشكال الذي يطرح هو الذي يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة، و لم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها.

ل قد حسم المشرع الجزائري مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارستها، حيث جاءت المادة 72 المعدلة من ق.أ.ج بصيغة الوجوب و التي نصت على «في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما، و إن تعذر عليه دفع بدل الإيجار، و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن».

و ذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا بالتأكيد على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة[2]، فقد قضت «من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة» و جاءت في قرار آخر «إن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، و منه فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع».[3]

غير أن المادة 72 المعدلة لم تسلم من النقد بشأن الفقرة الثانية التي تنص « و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن»، فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن و ذلك للاعتبارات التالية:

1 – أن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضن آخر حسب الترتيب.

---

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، المرجع السابق، ص426.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 339617، بتاريخ 2005/07/13، ن.ش، العدد63، 2008، ص343. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1478.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 197739، صادر في 1998/07/21، ن.ق، العدد56، 1999، ص37. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص945.

2 – أن الطلاق بائن أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها، فكيف يمكنها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها.

و لذلك لم يكن المشرع الجزائري موفقا في صياغة هذه المادة لأنها تحمل الكثير من الغموض و عدم الدقة.[1]

و من الملاحظات الأخرى على هذه المادة أن فيها إجحاف كبير في حق المطلقة الحاضنة و ذلك أن توفير مسكن لها أو بقاءها في مسكن الزوجية لممارسة الحضانة يكاد يكون مستحيلا، و هذا ما ينتج عنه تشردها مع محضونها في الشارع، و هذا ما يؤدي إلى آثار سلبية لها انعكاسات خطيرة على الأفراد و المجتمع[2]، لكن الاجتهاد القضائي تصدى لها حيث أن المحكمة العليا أكدت أنه «للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر، و متى تبين –من قضية الحال– أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهربا و احتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة، و عليه استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن».[3]

كما أغفل المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل للحضانة له و لحاضنته، فإذا كان لنفسه مال فنفقته من هذا المال، و عندئذ لا حق لحاضنته في مسكن الزوجية و هنا كان من الأفضل على المشرع إبقاء المادة 72 من قانون 84–11 على ما كانت عليه.[4]

و لعل العمل بهذا الحل يترتب عليه:

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص146.

[2] – قبزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2003، ص258.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 179558، بتاريخ 1998/03/17، العدد الخاص، 2001، ص210. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1103.

[4] – بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008–2009، ص682–684–685.

1 –سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الاستعجال، و هو ما استدركه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 57 مكرر[1]: «يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن».

2 – إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها فتقدم مصلحة المحضون، وتبقى في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.[2]

و منه يظهر لنا أن لإمكانية تطبيق نص المادة 72 تطبيقا سليما يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1 – أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون.

2 – أن يصدر حكم قضائي نهائي يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

3 – أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، و إذا لم يكن له مسكن فيجب أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار السكن.[3]

و بهذا فإن المشرع الجزائري يكون قد رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادة 52 و 72 من قانون رقم 84–11، لأن المادة 52 المعدلة لم تعد تشترط عدد للمحضونين و لا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون و سكناه تقع شرعا على عاتق أبيه و هو ما يتوافق مع كل المذاهب الفقهية و المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 05–02.[4]

[1] – المادة 57 مكرر من القانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05–02.

[2] – بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص685.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص145.

[4] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، المرجع السابق، ص431.

و في الأخير يمكن القول بأن المشرع قد حاول صد كل الأبواب أمام الزوج المطلق من التهرب من توفير مسكن لممارسة الحضانة و ذلك بتعديله للمادة 72 من ق.أ.ج[1]، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 الذي نص على «من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد، و من ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على والد طبقا لأحكام المادة 72 من ق.أ.ج طبقوا صحيح القرار، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن».[2]

المطلب الثاني: حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مستحقها، و الذي يكون في الغالب الأم لأنها الأولى برعاية مصلحة المحضون، مما يؤدي به إلى الابتعاد عن والده، و ذلك ما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، و عدم الإصرار من الوالد من جهة أخرى و ذلك بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون.

و عليه نتناول في هذا المطلب تنظيم حق الزيارة في القانون الجزائري في الفرع الأول، و حق الزيارة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة في القانون الجزائري

أولا: أصحاب حق الزيارة

من حق أبوي المحضون متابعة ولدهما و زيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، و بهذا يتحقق للمحضون الحفظ و تلبية طلباته و ملاحظة وضعه الصحي و السؤال عن سلوكه.[3]

---

[1] – بوخاتم آسيا، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2007، ص71.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189260 بتاريخ 1998/04/21، ا.ق، العدد الخاص، 2001، ص213. نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1104.

[3] – نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، العدد20، 2009، ص140.

قد أورد المشرع الجزائري حق الزيارة في نص المادة 64 من قانون الأسرة و الذي من خلاله ألزم المشرع القاضي بالحكم بالزيارة في حالة إسناد الحضانة، و مفاد هذا الحق السلطة الأبوية.[1]

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها المشرع جزائيا نظرا لأهميته و ذلك بترتيب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق و يعبث به.[2]

و ما يجب التنويه إليه أن المشرع الجزائري لم ينص على أصحاب حق الزيارة إلا أنه أشار إلى هذا الحق ضمن المادة المرتبة لأصحاب حق الحضانة و هذا دليل على أن هؤلاء فقط لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فلابد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر، و هذا يستنتج من أسلوب المادة التي جاء على سبيل الوجوب بلفظ (و على القاضي).[3]

ف قد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق زيارة و استقبال أحفادهم، و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها «من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا و من ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد و هو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق.أ.ج فان القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن[4]».

و الملاحظ هنا هو أن قانون الأسرة الجزائري لم يعطي للقاضي التوجيه في طرق الزيارة و كيفية ممارستها بالإضافة إلى أنه لم يشر إطلاقا إلى مصلحة المحضون و بالتالي فالمشرع

[1] – رقية أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2003، ص94.

[2] – المادة 328 من قانون الصادر بموجب الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20.

[3] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص122.

[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189181 بتاريخ 1998/04/21، ا.ق، ع.خ، 2001، ص192. نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص10933.

منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح و الأنسب للمحضون، لأنه هو الذي يحدد طرق الزيارة سواء من حيث المدة، أو من حيث مكان ممارستها[1].

ثانيا: مدة و مكان ممارسة حق الزيارة

إن مسألة مدة و مكان ممارسة حق الزيارة من المسائل التي لم يفصل فيها المشرع الجزائري،حيث أنه لم يعط للقاضي ولا توجيه في طرق الزيارة وكيفية ممارستها، لأن المسألة قد تكون رضائية حيث يتفق الأطراف على تحديدها مكانا و زمانا

و يرى الأستاذ بن شويخ رشيد أنه «بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد إلا أنه كان على المشرع أن يوسع مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير و تشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية و السنوية، إذ من خلال يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما».[2]

أما القضاء الجزائري فقد استقر على أن حق الزيارة يمنح في العطل و الأعياد و المناسبات الدينية و الوطنية[3].

و قد حددته المحكمة العليا بمرة واحدة كل أسبوع على الأقل و ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16، عندما ذكرت " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون و متى كان ذلك استوجب تقض القرار المطعون فيه". [4]

---

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 123-124..

[2] – بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص259.

[3] – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض-عدة-حضانة-متاع)، المرجع السابق، ص160-161.

[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59784، بتاريخ 1990/04/16، غ.أ.ش.م، المحكمة العليا، م.ق، العدد4، 1991، ص126.

الفرع الثاني: حق الزيارة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

إن حق الزيارة ليس مكرس فقط في التشريعات الداخلية بل حتى في الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 10 من هذه الاتفاقية على «للطفل الذي يقيم والده في دولتين مختلفتين الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية و اتصالات مباشرة بكلى والديه إلا في ظروف استثنائية».[1]

إن السبب الرئيسي في إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هي الإشكالات العويصة التي تثار بسبب الزواج المختلط بعد انفصال الزوجين التابعين للبلدين و ضياع معها مصلحة المحضون بسبب نزاعهما، بالإضافة إلى حرص كل من الدولتين الجزائرية و الفرنسية على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلطين في حالة الانفصال وحرية تنقلهم بين البلدين،ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة منتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما.

و ما ينبغي التأكيد عليه هو أن منطق حماية مصلحة المحضون لا يتحقق إلا مع ضمان علاقة مستمرة و منتظمة للمحضون مع كلا والديه حيثما وجدا، و كل إخلال بذلك يعرض صاحبه للمتابعات الجزائية المقررة في تشريعات كلا البلدين و اللذان يتعهدان باتخاذ التدابير الملائمة بما فيها تسهيل إيجاد أي حل ودي وفقا للمادة 1 والتي تنص على " تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، تكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية السلطات المختصة في مجال حماية القصر"،و نصت المادة 2 على " يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

-البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

[1] مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية العدد 91، سنة 1992.

-تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

-تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

-إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة و النتائج المخصصة لها.

-تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.[1]

بالإضافة إلى ذلك تتعهد كلا الدولتان بضمان عودة المحضون الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما حسب المادة 8 من الاتفاقية والتي تنص على ما يلي " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره يعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما".[2]

كما ألزمت الاتفاقية قضاة البلدين عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة أن يمنح في نفس الحكم للطرف الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين و هذا ما نصت عليه المادة 6 في فقرتها الثالثة والتي جاءت كالآتي " وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل

[1] – الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408هـ، الموافق ل 26 يوليو 1988م، ج.ر عدد 30، الصادرة في 1988/07/27.

[2] – المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408هـ، الموافق ل 26 يوليو 1988م، ج.ر عدد 30، الصادرة في 1988/07/27.

الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل" .[1]

لكن الاتفاقية أغفلت مكان ممارسة الزيارة، فهل يكون ذلك في مكان ممارسة الحضانة أو في مكان آخر كمكان إقامة الأب، و لذلك كان من الأجدر تعميم حق الأب في استضافة المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة فيما بين الحدود بين البلدين بعيدا عن الحاضن، و ذلك لطالما أن الاتفاقية قد منحت ضمانات للحاضن في حماية حقه في الحضانة و عودة الطفل إليه بعد انتهاء الزيارة، وتسهيل ممارسة حق الزيارة انطلاقا من مضمون الاتفاقية.[2]

[1] – المادة 03/06 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408هـ، الموافق ل 26 يوليو 1988م، ج.ر عدد 30، الصادرة في 1988/07/27.

[2] – يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص91.

المبحث الثاني: إشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط

تعترض الآثار المترتبة على إسناد الحضانة لأحد الوالدين عند الانفصال في الزواج المختلط عدة إشكالات تجعل من الصعب ممارسة حق الزيارة على أكمل وجه، بالإضافة إلى إشكال تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية المتعلقة بالحضانة في دولة التنفيذ التي ينتمي إليها أحد الزوجين المنفصلين، لذا كان من الضروري تدخل الدول لإيجاد حلول للحد من هذه الإشكالات و التقليل منها، و عليه يمكن أن نطرح السؤال التالي: **ما هي الإشكالات التي تثيرها مسألة إسناد الحضانة في الزواج المختلط ؟**

من خلال هذا السؤال سنتناول في المطلب الأول الإشكالات المتعلقة بإسناد الحضانة في الزواج المختلط، أما المطلب الثاني فخصصناه لمعالجة هذه الإشكالات تحت عنوان الحلول الدولية و الوطنية.

المطلب الأول: إشكال حق الزيارة و تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية

تعترض آثار الحضانة إشكالات حادة و متداخلة من بينها ما يتعلق بحق الزيارة ، و الذي يكون في غالب الأحيان كنتيجة سلبية لرفض منح حق الزيارة عبر الحدود، و منها ما يتعلق بأشكال تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية.

الفرع الأول: إشكال حق الزيارة

من الثابت أن الانفصال الذي يقع بين الزوجين لا يعني أن يفقد المحضون لحقه في أن تكون له أسرة فهو يحتفظ به طالما انه يقيم مع احد والديه إلا أن حقه في التمتع بالجو العائلي المناسب و المستقر يتعرض لبعض المشاكل نتيجة هذا الانفصال، لهذا كفل المشرع الجزائري حق المحضون في الاحتفاظ بعلاقة مباشرة ومنتظمة بوالديه حتى في حالة الانفصال و ذلك عن طريق تقرير حق الزيارة.[1]

وقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على هذا الحق: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وقد استقر القضاء الجزائري على مبدأ إسناد الحضانة للام الأجنبية بشرط إقامتها في الجزائر، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 334543 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 2005 الذي قضى: «من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تستند على أساس مصلحة المحضون، وان إسنادها لام ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطا في تطبيق القانون».[2]

وفي قرار آخر صادر في 21 نوفمبر 1995 قضت فيه بأنه: «من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يعود إلى أن الأم

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص297.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 334543، قرار بتاريخ 2005/10/12، غ.أ.ش، المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 62، الجزائر، 2008، ص381.

تقيم في فرنسا و الأب مقيم بالجزائر، ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة».[1]

لكن في حالة إذا كانت الأم أجنبية مقيمة مع ابنها في فرنسا فان تطبيق هذا المبدأ يصبح عديم الجدوى، لان القضاء في فرنسا يمنح الحضانة للام الفرنسية المقيمة في فرنسا حيث هنا يثور إشكال ممارسة حق الزيارة.

وما يزيد من صعوبة ممارسة حق الزيارة هو تعدد وتعسف الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في منح حق الزيارة، ومن أمثلة ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 فيفري 1982[2] الذي قيد ممارسة الأب لحق الزيارة في حدود الإقليم الفرنسي وإخبار السلطات الفرنسية بتواجده في فرنسا وإيداع جواز سفره ومنع السفر بالمحضون خارج الحدود الفرنسية دون موافقة الحاضن، حيث يمكن للقاضي الفرنسي تحديد العقوبات التي يمكن الحكم بها على الأب في حالة عدم عودته بالمحضون في المدة المحددة للزيارة.

ومن أمثلة ذلك قضية صفية، فان تشدد القضاء الفرنسي له ما يبرره، لكن رفض محكمة ارزيو منح حق الزيارة لجدة صفية كرعية جزائرية ليس له أي مبرر قانوني ولا شرعي حيث أصدرت حكمها بتاريخ 14 مارس 2010 الذي قضى بقبول الدعوى لانتفاء الصفة[3]، لكن مجلس قضاء وهران استدرك الأمر في قراره في 2010/6/9 وذلك بمنح الجدة حق زيارة البنت صفية، إذ جاء في قراره: «حيث انه وتبعا لذلك يتعين القول بان قاضي أول درجة عند القضاء بعدم الدعوى لانتفاء الصفة جانب الصواب مما يستدعي إلغاء الحكم المستأنف».[4]

من خلال ما سبق يتضح أن الحضانة في الزواج المختلط تعترضها إشكالات حادة ومعقدة.

الفرع الثاني: إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 111048، قرار بتاريخ 1995/11/21، نشرة القضاة، العدد52، الجزائر، 1997، ص102-104.

[2] Jurisprudence français le 03/02/1982, revue critique de droit international privé, 1982, p 558

نقلا عن: عفرة حياة، إشكالات الحضانة في الزواج المختلط، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2016، ص91 .

[3] – محكمة ارزيو،ق.أ.ش، قضية رقم 091842، حكم مؤرخ في 2010/03/14، غير منشور.

[4] – مجلس قضاء وهران،غ.أ.ش، قضية رقم 1001193، قرار مؤرخ في 2010/06/09، غير منشور.

كرس القضاء الجزائري شرط تربية الابن على دين أبيه في جميع قراراته بالإضافة إلى إحاطته بضمان ممارسته الحضانة في الإقليم الجزائري، ورفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام السائدة لديه، وذلك لأنه يخالف النظام العام في هذه المسالة بهدف الوقوف في وجه النتيجة المترتبة عن تنفيذ هذه الأحكام الأجنبية[1] و حماية لمصلحة الابن، ولم يتردد في رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات القضائية الأجنبية المخالفة لهذا المبدأ السائد لديه.

في هذا السياق صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 جانفي 1989 والذي يقضي بأنه: «من المقرر قضاء في مسالة الحضانة انه في حالة وجود احد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد بالجزائر فان من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة.

من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبي اللذان اسند حضانة البنت إلى أمهما فان قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم والقاضي يرفض طلب الطاعنة إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبي لكون بقاء البنت بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ، فضلا عن أن الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق فإنهم بقضائهم كما فعلو طبقوا صحيح القانون.[2]

ورفض القضاء الجزائري منح الصيغة التنفيذية للقرارات القضائية الأجنبية المتعلقة بالحضانة يرجع إلى تخلف احد الشروط المنصوص عليها في المادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 1964/08/27[3] والتي تنص على انه: إن القرارات الصادرة حسب الاختصاص

[1] – عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006، ص173.

[2] –المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد4، الجزائر، 1990، ص74–76

[3] – أمر رقم 194/65 المؤرخ في 29 يوليو المضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري–الفرنسي المؤرخ في 28 أوت 1962، ج.ر عدد 30، الصادرة في 13 أوت 1965.

القضائي والاختصاص الولائي في الأمور المدنية والتجارية عن المحاكم المنعقدة في الجزائر وفرنسا تحوز حكمها قوة القضية المقضية في بلد الدولة الأخرى إذا توفرت فيها جملة الشروط الآتية :

أولا: أن يصدر القرار من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها.

ثانيا: أن يكون الأطراف مبلغين أصولا و ممثلين أو مقرر اعتبارهم متغيبين حسب قانون الدولة التي صدر فيها القرار.

ثالثا: أن يكون القرار بمقتضى قانون الدولة التي صدر فيها قد حاز قوة القضية المقضية و أصبح قابلا للتنفيذ.

رابعا: ألا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة و لا يجوز أن يكون هذا القرار متعارضا مع قرار قضائي صادر في هذه الدولة و حائزا بالنسبة لها قوة القضية المقضية.

ولكن بالمقابل نجد أن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الجزائري والتي تكون مؤسسة على الاعتبارات المتعلقة بتربية الابن على دين أبيه و ممارسة السلطة الأبوية تصطدم برفض تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء الغربي، فالحكم بإسقاط الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي غير مسلم وإسنادها للأب الجزائري لا يعترف به القضاء الأجنبي ولا تقره النظم القانونية الغربية لأنها لا تعتد بالحالة الدينية للشخص.[1]

وهناك سبب أخر يرجع إشكال تنفيذها إلى تنازع الاختصاص القضائي الدولي إذ نجد في الغالب قضاء كلتا الدولتين يتمسك باختصاصه الدولي مما يؤدي في غالب الأمر صدور أحكام وقرارات قضائية متعارضة.[2]

[1] – زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الأعلى الإسلامي)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 4، 1993، ص931.

[2] – محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد6، 2010، ص69-70.

حيث حرص القضاء الغربي خاصة الأوروبي على قبول الدعوى ولو كانت ليست من اختصاصه لكفالة تطبيق قوانينه.

لذلك نجد أن القضاء الفرنسي ذهب إلى تكريس معيار الجنسية كأساس لتبرير اختصاص محاكمه وبالتالي رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة عن دولة أخرى كالجزائر والمتعلقة بالحضانة لمجرد اعتبار القضاء الغربي نفسه مختصا بسبب الجنسية.[1]

وهذا ما يؤدي إلى نتائج غير مرضية في مسالة تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحضانة، حيث أثيرت مسالة التنازع الايجابي القضائي الدولي في مسالة الحضانة من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2 جوان 1992 حيث جاء فيه: «من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق و ما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر سكن الزوجي.

من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق الزيارة خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر و ثبتا إقامتهما بها و أصبح لهما مقر الزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة و رفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة و حق الزيارة طبقوا صحيح القانون.[2]

من خلال هذا القرار يتضح أن كل من القضاء الفرنسي والجزائري رفضا التنازل عن اختصاصهما المحلي و ذلك استنادا إلى قاعدة موطن الزوجية، لان في غالب الأحيان القاضي الذي يقوم بالفصل في دعوى الطلاق هو نفسه القاضي الذي يفصل في مسالة الحضانة.

ويتبين من القرار أن الأسرة كانت تقيم في أول الأمر في فرنسا ثم انتقلت إلى الجزائر واستقرت فيها قبل نشوب النزاع بين الزوجين.

العبرة من تنفيذ الحكم القضائي في إقليم دولة أخرى يعود إلى ما يقضي به بلد حصول التنفيذ تطبيقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1964 حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى

[1] – عفرة حياة، إشكالات الحضانة في الزواج المختلط، المرجع السابق، ص100.

[2] –المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 8513، بتاريخ 1992/06/02، م.ق، عدد3، الجزائر، 1993، ص93.

انه: "يشترط لتنفيذ الحكم الصادر في إحدى الدولتين أن يكون صادرا عن محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها"[1]، و مادام الحكم الصادر في فرنسا طلب تنفيذه في الجزائر فالعبرة بما يقرره القانون الجزائري».[2]

المطلب الثاني: الحلول الوطنية والدولية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط

نظرا لأهمية الحضانة سعت الدول جاهدة لتنظيمها بموجب قوانين داخلية، من خلال إبرام اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها، و في هذا المطلب سنتطرق للحلول على المستوى الوطني (الفرع الأول) ثم إلى الحلول على المستوى الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحلول الوطنية

حسما للخلاف القائم حول مسالة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها[3]، يطبق القانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 02/12 من القانون المدني ، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبق لنص المادة 13 من القانون المدني، ومن ثم يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها لتحديد من تثبت له الحضانة أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.[4]

لذا سنبين غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص.

أولا: الزوجين الوطنيين المقيم أحدهما في بلد أجنبي

[1] أمر رقم 194/65 المؤرخ في 29 يوليو المضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري–الفرنسي المؤرخ في 28 أوت 1962، ج.ر عدد 30، الصادرة في 13 أوت 1965.

[2] زروتي الطيب، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص56–64.

[3] – مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011–2012، ص239.

[4] – عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص231.

من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وذلك طبقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري وعليه فالحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة 62 من ق.أ.ج وكل إخلال بهذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة 67 من ق.أ.ج، وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار الذي قضى " في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية و يحول بينه وبين تنفيذه.

استنادا لهذا القرار رفض المجلس طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبية المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لامهما المقيمة بفرنسا، لان بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما ويمس بقواعد النظام العام ،بالإضافة إلى ذلك فالأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول"[1]، وبمعنى أخر قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا على انه "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه."[2]

انطلاقا من هذه الأحكام يتضح لنا أن المقصود بالإقامة في بلد أجنبي هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرار، وعليه فالسفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة لا يخضع لذات الأحكام.

[1] – المجلس الأعلى للقضاء، غ.أ.ش، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد4، 1990، ص74.نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص433.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، عدد4، 1990، ص116.

كما أن الإقامة ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون، وان كانت هذه المسألة سيئة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون.[1]

كما قضت المحكمة العليا أيضا في قرارها الصادر في 1995/11/21 "إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة".[2]

وعليه فالمشرع جعل الانتقال بالمحضون لبلد أجنبي يقع تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعى فيه مصلحة المحضون من حيث دينه وسلوكه وزعزعة استقراره، وهذا ما أكده القرار الصادر في 2001/12/26 عن المحكمة العليا بقوله« تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر».[3]

الفرع الثاني: الحلول الدولية

في سبيل تنظيم مسائل الحضانة لجأت الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية وأخرى متعددة والهدف منها هو وضع حد والتقليل من العراقيل الناجمة عن افتراق الزوجين قصد الحفاظ على مصلحة الطفل، منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين المصادق عليها بالمرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 1988/07/26 حيث جاءت هذه الاتفاقية نتيجة للمشاكل التي نشبت بين الجزائريين والفرنسيين بسبب النزاعات القائمة حول حقوق الحضانة وزيارة الأطفال الناتجين عن عقود الزواج.[4]

أولا: مجال تطبيق الاتفاقية

[1] – جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010–2011، ص36.

[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، الملف رقم 408248، بتاريخ 1995/11/21، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2011، ص244، نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،ج2، المرجع السابق، ص860.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 273526، بتاريخ 2001/12/26، ، نقلا عن باديس ديابي، المرجع السابق، ص213.

[4] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص181.

يقتصر مجال تطبيق هذه الاتفاقية على الأطفال الشرعيين الطبيعيين والأطفال المتبنيين،فالأطفال المزدادون من علاقة المعاشرة غير القائمة على الزواج شرعي لا تنطبق عليهم هاته الاتفاقية على الرغم من أن القانون الفرنسي يعترف بهذا النوع من العلاقة.[1]

أما بالنسبة للوالدين فالاتفاقية تحمي الزوجين المختلطين الذين وقع بينهما انفصال واللذين يكون احدهما جزائريا والآخر فرنسيا بمعنى أن الاتفاقية تستبعد من التطبيق في حالة ما إذا كان احد الزوجين جزائريا أو فرنسيا والآخر من جنسية أخرى كما تستبعد أيضا الزوجين إذا كانا جزائريين مقيمين في فرنسا أو يكونا فرنسيين مقيمين في الجزائر.[2]

ثانيا: أحكامهما:

1- التعاون القضائي والإداري

أسست هذه الاتفاقية التعاون القضائي والإداري في مجال الأطفال المولودين من الزواج المختلط طرفاه منفصلان وتضمنت الإشارة إلى ثلاثة مستويات:

أ- السلطة المركزية :

بموجب من المادة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا الخاصة بأولاد الأزواج المختلطين أنشأت في كلتا الدولتين سلطتين تتبع وزارة العدل و هذا لغرض تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها الدولتان بمقتضى تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر ،وأيضا من اجل تنفيذ إجراءات الحماية المتخذة تطبيقا لهذه الاتفاقية خاصة في مجال ضمان اجتناب فقدان الطفل صلته بأبويه وتهيئة الظروف المناسبة لإحاطته بجو من الاستقرار والأمان.[3]

ومهام هذه السلطة نصت عليه المادة 02 منها التي جاء فيها:

-البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

[1] – بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2009، ص181.

[2] – بوبكر مولود، ، نفس المرجع، ص71.

[3] – زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008، ص67.

-تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

-تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

-إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة و النتائج المخصصة لها.

-تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

ب- الهيئات القنصلية:

تنص المادة 4 من الاتفاقية على:

-تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.

- تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد اتخاذها.

ج- الجهة القضائية المختصة:

نصت الاتفاقية على ضرورة اتخاذ إجراءات قضائية تتفق مع مبادئ الحماية لأجل المحافظة على علاقة الطفل بوالديه وحرية تنقله بين البلدين[1] ،وذلك عن طريق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي وذلك حسب المادة 5 من الاتفاقية،وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/6/2 الذي قضى :" من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من

[1] – دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد4، جانفي 2011، ص249

حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج.
ومن المقرر أيضا قانونا، أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا.
ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و انعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة والزيارة طبقوا صحيح القانون ."[1]

كما أكدت الاتفاقية على حماية مصلحة المحضون من خلاص تجريم بعض الأفعال المرتكبة حيث تنص المادة 7 " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعد تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما، الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

أما في حالة انحلال الرابطة الزوجية، ولم تبرم الدولة الجزائرية اتفاقية مع الدولة الأخرى، ففي هذه الحالة تطبق قاعدة الإسناد وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، غير انه يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائريا تطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني.

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 84513، بتاريخ 1992/06/02، المجلة القضائية، العدد3، 1993، ص91، نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص 699.

خلاصة الفصل:

على الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة والحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية داخلية، بالإضافة إلى إبرام اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها.

لكن الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق، خاصة تنازع الزوجين المنفصلين مختلفي الجنسية عن الحضانة وكيفية ممارسة حق الزيارة، الذي يؤول في الأخير بخطف المحضونين و حرمان الطرف الآخر منهم، وما يزيد الأمر تعقيدا هو في حالة عدم وجود اتفاقية بين الدولتين التي يحمل المطلقين جنسيتهما لكي تمنح هذا الحق جملة من الضمانات من خلال حماية الطفل المحضون و السهر على كفالة حرية تنقله بين البلدين و العودة إلى حاضنته.

خاتمة :

من خلال ما سبق عرضه وتحليله بخصوص إسناد الحضانة وحق كل طرف فيها، بالإضافة إلى محاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في هذه القضايا من جهة، ومدى ضبط قانون الأسرة لشروط ذلك من جهة أخرى، تم التوصل إلى النتائج التالية:

– لقد أحسن المشرع عندما ركز في مجمل المواد على مصلحة المحضون، إذ أكد من خلالها أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وحده.

– لم يبين المشرع الجزائري الوسائل الكفيلة لتحقيق مصلحة المحضون، بل ترك الأمر للقاضي بأن منحه سلطة واسعة في التكفل بالصغير حسب ما تمليه عليه خبرته و تقديره للظروف المحيطة بالمحضون.

– كان على المشرع أن يبين الضوابط أو المعايير التي تبنى عليها مصلحة المحضون، و التي يعتمد عليها القاضي حين الفصل في مسألة الحصانة.

– مراعاة مصلحة المحضون غير مستقرة فهي تختلف من محضون لآخر، لكن قاضي شؤون الأسرة يستدل عليها من خلال ظروف و ملابسات كل قضية، و لذلك قد نجد اختلافا في الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع.

– ينظر إلى مصلحة المحضون من خلال معيارين، معيار مادي يتمثل في الرعاية المادية و الصحية من مأكل و مشرب ولباس و غيرها، و معيار معنوي يتمثل في الحنان و رعاية الجوانب النفسية.

– مصلحة المحضون لا تكون خالصة دائما، بل إنها تكون في معظم الأحيان مرتبطة بمصلحة الغير، كالزيارة و النفقة و المسكن و غيره.

– ترك المشرع الجزائري تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي و تحريها حيثما وجدت، حيث أنه يصدر أحكامه وفق ما تقتضيه هذه المصلحة.

– تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم و الأب، و إقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون.

– التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، و ذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية لحق المرأة في حضانة أبنائها و حقها في العمل.

– رفع التعارض الذي كان قائما بين المادة 52 و المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة و استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي.

– تنظيم الحضانة في 11 مادة من مواد قانون الأسرة و التأكيد على مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منها مع ترك تقدير هاته المصلحة إلى القاضي بناء على الوقائع المطروحة أمامه.

– إقرار المشرع الجزائري لحق الزيارة و النص على أنه يحكم القاضي بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة، غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينظم المسائل التطبيقية المتعلقة بهذا الحق ولا بكيفية ممارستها من حيث الزمان و المكان.

– إهمال المادة 62 من قانون الأسرة الحديث عن تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، أي عدم تحديدها للشروط الواجب توافرها في الحاضن، مما يؤدي للتضارب بين النصوص و القرارات القضائية، و هذا لا يخدم مصلحة المحضون.

– إن استماع المحضون في اختيار حاضنه و رضائه به لا يعد عاملا منافيا لمصلحة المحضون، لكن القاضي حتى و إن أخذها بعين الاعتبار إلا أنه غير مجبر بها.

و بعد هذه الدراسة التحليلية من الناحية القانونية و القضائية، ارتأينا إدراج بعض التوصيات و الاقتراحات التي تتمثل في:

– ضرورة أن يتدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة و تفصيل أكثر، و تدارك النقائص الموجودة و منح الحضانة مزيدا من الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة المحضون.

– إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري و رفع اللبس الوارد فيها و ذلك بتحديد و حصر الشروط اللازم توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون لأهلا لإسناد الحضانة له.

– أن يوضع تحت تصرف القاضي أخصائيون نفسيون و اجتماعيون من شأنهم أن يوضحوا الواقع الذي ينير الاتجاه الذي سلكه بخصوص الطفل لكي يتماشى مع ضابط مصلحة المحضون.

– وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة و المسائل المتعلقة بها من حيث مكان الزيارة و مدتها باعتبارها حق من حقوق المحضون.

– وضع حلول كفيلة للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط الذي يكون أحد أطرافه جزائريا من خلال وضع نصوص قانونية في قانون الأسرة الجزائري.

– وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون و تحديد معايير تقديرها باعتبارها القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي المعروض عليه النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقديرية.

لذا نرجو من المشرع صياغة نصوص تتوافق و مصلحة المحضون من خلال تبني آليات الاجتهاد القضائي المعتمدة في هذه المسألة.

قائمة المصادر :

1. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص2479، مادة الصلح.
2. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط6، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998 .
3. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986 .

قائمة المراجع :

الكتب باللغة العربية :

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000 .
2. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1324هـ .
3. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 .
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
5. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج5، في حضانة الأم، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.
6. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض–عدة–حضانة–متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008 .
7. باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2012 .
8. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012 .
9. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .

10. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
11. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982 .
12. جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، ج1، 2013.
13. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، ج2، 2013.
14. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،ط1، ، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، ج3، 2013 .
15. حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 .
16. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت،د.ت .
17. زروتي الطيب، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014 .
18. السيد سابق، فقه السنة، ط5، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983 .
19. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997 .
20. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006 .
21. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013 .

22. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 1996 .

23. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009 .

24. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.ط، دار تالة، الجزائر، 2000 .

25. العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة 1966-2010، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .

26. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006.

المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 497457 بتاريخ 2009/05/13، العدد الأول، 2009.

27. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950 .

28. محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة و النشر، لبنان، بدون سنة نشر .

29. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، دمشق، 2007 .

30. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر،2010 .

31. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، د.ط، دار اليسر للطباعة والنشر، مصر، 1954 .

32. مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006 .

33. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984.

الرسائل والمذكرات الجامعية :

1/ رسائل دكتوراه :

1. بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009.

2. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005 .

3. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014 .

4. مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011-2012 .

5. يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2018-2019 .

2/ مذكرات الماجستير :

1. بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009 .

2. بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2009 .

3. بوخاتم آسيا، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2007.

4. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011 .

5. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000 .

6. رقية أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2003 .

7. زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008 .

8. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015 .

9. عفرة حياة، إشكالات الحضانة في الزواج المختلط، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2016 .

10. قبزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2003 .

3/ المقالات :

1. حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه و القانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية و القانونية، المغرب، عدد 19، 2014 .
2. نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، العدد20، 2009 .
3. زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الأعلى الإسلامي)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 4، 1993 .
4. محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد6، 2010 .
5. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد4، جانفي 2011 .
6. بن صغير محفوظ، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 في تزكية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع1، 2014 .

النصوص القانونية :

أ. الاتفاقيات :

1. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408هـ، الموافق ل 26 يوليو 1988م، ج.ر عدد 30، الصادرة في 1988/07/27.

ب. النصوص القانونية :

1. قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.
3. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20.
4. أمر رقم 194/65 المؤرخ في 29 يوليو المضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري-الفرنسي المؤرخ في 28 أوت 1962، ج.ر عدد 30، الصادرة في 13 أوت 1965.

ج. المراسيم الرئاسية :

1. مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية العدد 91، سنة 1992.

د. القرارات القضائية :

1. المجلس الأعلى، ملف رقم 26549 نشرة القضاة، عدد خاص، 1982 .
2. المجلس الأعلى، ملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19.
3. المجلس الأعلى، ملف رقم 33921 بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد4، 1989 .
4. المجلس الأعلى، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، عدد 2 ، 1991 .

5. المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد4، الجزائر، 1990 .

6. مجلس قضاء وهران،غ.أ.ش، قضية رقم 1001193، قرار مؤرخ في 2010/06/09، غير منشور.

7. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05.

8. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، عدد1، 1984 .

9. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 341320 بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، العدد 62، 2008 .

10. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، عدد4، 1990 .

11. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 506369، بتاريخ 2009/07/08، م.م.ع، العدد الثاني، 2009 .

12. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 446630، بتاريخ 1987/04/09، المجلة القضائية، العدد3، 1990 .

13. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59784، بتاريخ 1990/04/16، غ.أ.ش.م، المحكمة العليا، م.ق، العدد4، 1991 .

14. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 334543، قرار بتاريخ 2005/10/12، غ.أ.ش، المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 62، الجزائر، 2008 .

15. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 111048، قرار بتاريخ 1995/11/21، نشرة القضاة، العدد52، الجزائر، 1997 .

16. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 8513، بتاريخ 1992/06/02، م.ق، عدد3، الجزائر، 1993 .

17. محكمة ارزيو،ق.أ.ش، قضية رقم 091842، حكم مؤرخ في 2010/03/14، غير منشور.

الفهرس

العنوان	الصفحة
المقدمة	أ–د
الفصل الأول: إسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	05
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة	06
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	07
الفرع الأول: تعريف الحضانة	07
الفرع الثاني: خصائص الحضانة	09
المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة	10
الفرع الأول: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء و الرجال	11
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالنساء	14
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالرجال	15
المبحث الثاني: سلطة القاضي في إسناد الحضانة	17
المطلب الأول: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة.	18
الفرع الأول : مفهوم قاعدة مصلحة المحضون	18
الفرع الثاني: ضوابط و معايير مصلحة المحضون	20
المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون	29
الفرع الأول: التحقيق و المعاينة	30
الفرع الثاني: الاستعانة بالخبراء الأخصائيين	34
الفرع الثالث: دور النيابة العامة	36
خاتمة الفصل	38
الفصل الثاني: آثار إسناد الحضانة و إشكالاتها	40
المبحث الأول: آثار الحضانة	41
المطلب الأول: الحقوق المادية للمحضون	42
الفرع الأول: نفقة المحضون و أجرة الحضانة	42

الفرع الثاني: سكن المحضون	46
المطلب الثاني: حق الزيارة	49
الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة في القانون الجزائري	49
الفرع الثاني: حق الزيارة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية	52
المبحث الثاني: إشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط	55
المطلب الأول: إشكال حق الزيارة و تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية	56
الفرع الأول: إشكال حق الزيارة	56
الفرع الثاني: إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية	57
المطلب الثاني: الحلول الوطنية والدولية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط	61
الفرع الأول: الحلول الوطنية	61
الفرع الثاني: الحلول الدولية	63
خاتمة الفصل	67
الخاتمة	69
قائمة المصادر والمراجع	73
الفهرس	83
الملخص	

ملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، إذ سمح بموجبها المشرع الجزائري للقاضي بأن يعمل سلطته التقديرية، وذلك استنادا بالاستناد على النصوص القانونية وبعض الآراء الفقهية.

حيث جاء المشرع بنصوص تسعى للإلمام بظروف الطفل وحفظ حقوقه، وبالرجوع إلى القضاء نجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة المجال في إسناد الحضانة، والمعيار الوحيد الذي يساعده في ذلك هو مراعاة مصلحة المحضون.

بالإضافة فإنني استندت إلى الاجتهادات و القرارات القضائية في هذا المجال، وفي الأخير توصلت إلى نتيجة مفادها أنه من الضروري أن يتدخل لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتدارك النقائص الموجودة ومنحها المزيد من الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة المحضون.

abstract:

This study dealt with the subject of the discretion power of the Algerian judge in assigning custody. As the Algerian legislation allowed the judge to exercise his direction which based on the legal texts and some jurisprudence opinions. Where the Algerian legislator come up with legal provisions that understand and take care of the child's Circumstances and protect his rights and referring to the judiciary we find that the judge has an extensive direction in assigning custody and the only criterion that helps him is to take consideration the interest of kindergarten (child).

In addition, I referred to the judgments and decisions in this field.

Finally, I find that it's obliged that the legislator have to intervenes to review the relevant provisions of custody and give them more importance, it deserves as affecting the interests of the child.