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

كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: العلوم السياسية
رقم : .....

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
تخصص : قانون أسرة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر الأكاديمـــي

بعنوان:

الحضانة في التشريع الجزائري

اعداد الطلبة
- بوشارب حليمة
- خطوط فاتح

الأستاذ المشرف:
أ - د.قسمية محمد

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د/ يرمش مراد	أستاذ محاضر	رئيســا
أ.د.قسمية محمد	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
د/ياحي مريم	أستاذ محاضر	مناقشا

السنة الجامعية:2023/2024

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

"

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): خطوط فاتح ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 210432191 والصادرة بتاريخ 2024/05/15

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: الحضانة في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: .....

توقيع المعني (ة)

شوهد و صودق من أجل إمضاء السيد ... المصرح ... وتوغة في ... 10 ... جوان ... 2024 ... عن رئيس المجلس الشعبي البلدي و بتفويض منه الموظفة: ثامر نبيحة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بوشارب خليفة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 209274260 الصادرة بتاريخ 2023-05-29

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: الحضانة في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

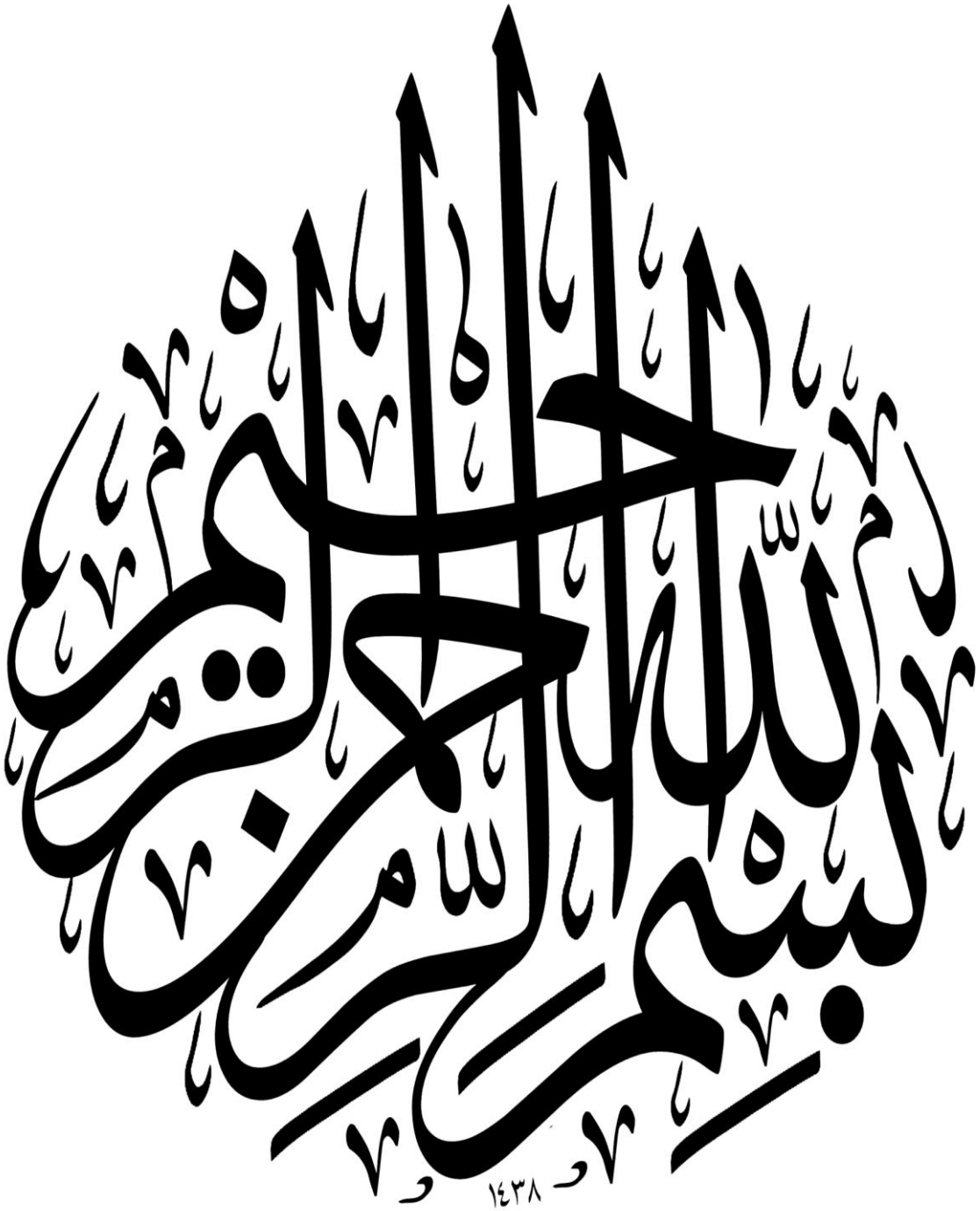
شوهد على شريط السنة

2021

توقيع المعني(ة)

نائب رئيس المجلس الشعبي البلدي ومفوض من المصرف الإقليمي عمراي فيصل

ولاية المسيلة 28 30 بلدية حمام


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وعرفان

يا رب أوزعني أن اشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه....'

الآية ... 18.... سورةالنمل.

فأحمدك اللهم حمد المعتز بنعمتك المعتصم بك،المتوكل عليك واصلي واسلم على خير النبيين واشرف المرسلين وعلى اله وأصحابه و كل من استقام على صراطه إلى يوم الدين وبعد فلنكتفي هذه الديباجة و لنتسمع عمقا لتقدير و الشكر لمن علمنا حرفا منذ نعومة أظافرنا ،بداية بالكتاتيب مرورا بمحطات يتقاسمها التعب والخوف والشوق والطموح والنجاح وصولا إلى هذا المولود المتواضع الذي رعته أيان مخلصة وعقول نيرة تغار على العلم والعلماء وإلى خير سند طوال مدة التحضير والإعداد والتحرير وأقول لهم جميعا شكرا لكم على كل شيء فشكرا وألف شكر الأستاذ:د.قاسمية محمد كان خير مشرف ولم يبخل علينا بتوجهاته القيمة كما نتقدم بشكرنا الجزيل لكل من ساعدنا في انجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

إهـــداء

احمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث الى الذي وهبني كل ما يملك حتى احقق له اماله الى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، الى الانسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، الى الذي سهر على تعليمي بتضحياتجسام مترجمة في تقديسه للعلم.

ابي الغالي على قلبي اطال الله في عمره. الى التي وهبت فيها كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرعايةوكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعني خطوة خطوة في عملي الى ما ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان امي اعز ملاك العين جزاهاالله عين خير الجزاء في الدنيا و الاخرة .

إليهما اهدي هذا العمل المتواضع بها لكي ادخل على قلبهما شيئا من السعادة إلى اخوتي الى رفاق دربي وأحلى الأصدقاء.

مقدمة:

يُعدّ الفرد الصالح أساس تكوين الأسرة الفاضلة، التي تُعتبر بدورها نواة المجتمع الطيب. لهذا السبب، يولي الإسلام اهتمامًا كبيرًا بتنشئة الفرد منذ نعومة أظفاره، بدءًا من اختيار شريك حياة صالح والاعتناء بالتربية الحسنة للطفل. فالبيت يُشكّل الركيزة الأساسية في تربية الطفل، حيث ينشأ تحت ظله في سنواته الأولى، ويقضي فيه أطول أوقات حياته مقارنة بأي مكان آخر. ومع ذلك، لا يمكن إغفال دور المدرسة والشارع في التربية، حيث يتكامل تأثيرهما مع تأثير المنزل لتكوين بناء تربوي متكامل.

يكون الطفل عرضة للتأثر بشكل كامل بمحيطه سواء داخل أسرته أو في البيئة المحيطة به. إنه يولد كصفحة بيضاء تكتب عليها المجتمع بما يشاء. وقد نبه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال " كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ".

حيث أن ما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملامح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبحمن الصعب إزاحة بعضها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية.

نظرًا لأن المولود يعتبر رجل المستقبل وحامل الرسالة في الأيام القادمة، فإن فترة الطفولة تذكرنا بالتحمل الكبير والمسؤولية الجسيمة التي يتعين علينا تحملها. يتوجب علينا توجيههم ونصحهم وتربيتهم وتوجيههم وتنمية جوانبهم الروحية والأخلاقية، لكي نقود هذا الجيل الصاعد من براعم الأمة إلى طريق النجاح وتحقيق السلام والفهم. إنها أمانة رفعها الله على عاتق الآباء. إن واحدة من أهداف الزواج هي تحقيق السعادة والراحة والطمأنينة بين الزوجين، وهذه الصفات هي أساسية لعقد الزواج. لقوله تعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون))[1].

يعتبر الحفاظ على تماسك الأسرة من قبل الوالدين أمرًا حاسمًا لتأثيره على سلوك الأبناء وتكيفهم وتحقيق توافقهم النفسي والعقلي. إلا أن المحافظة على التماسك والمودة والرحمة والتفاهم في العلاقة الزوجية ليست مهمة سهلة، إذ قد تؤدي مشكلات الحياة اليومية إلى الخلافات التي تعرقل الهدف المرجو من الزواج. ولتجنب حياة مستحيلة وتفادي التضحية بحقوق أحد الطرفين على حساب الآخر، أباح الإسلام الطلاق واعتبره من أبغض الحلال إلى الله، وذلك في حالات استثنائية وضرورة ملحة، حيث يُعد الحل الأخير للتخلص من الشقاء الذي قد يؤثر على جميع أفراد الأسرة. وإذا تعذرت وسائل الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، يصبح من الأفضل لكل منهما السعي لبداية حياة جديدة.

[1] سورة الروم الآية 21.

إشكالية الدراسة:

من خلال ما سبق التطرق اليه يمكننا طرح الاشكالية التالية:

- **ماهو الإطار القانوني المنظم للحضانة في التشريع الجزائري؟**

أهمية الدراسة:

موضوع منازعات الحضانة ذو أهمية كبيرة في التشريع الجزائري وفي القانون العام بشكل عام. تتعلق أهمية هذا الموضوع بعدة جوانب، بما في ذلك:

- حماية مصلحة الطفل حيث يعتبر الطفل أهم أطراف النزاعات المتعلقة بالحضانة. تهدف دراسة هذا الموضوع إلى حماية مصلحة الطفل وضمان حقوقه ورفاهيته. يتم التركيز على توفير بيئة آمنة ومستقرة للطفل وتعزيز علاقته بكلا الوالدين.
- تنظيم حقوق والدي الطفل لان تحديد حقوق والدي الطفل يعتبر من وواجباتهما فيما يتعلق بالحضانة.
- يسعى التشريع الجزائري إلى توفير إطار قانوني يحدد حقوق والدي الطفل بشكل واضح ويساعد في تجنب النزاعات والخلافات بينهما.
- توفير إجراءات قانونية فعالة وآليات تسوية لحل نزاعات الحضانة بطرق سلمية وعادلة.
- يهدف التشريع الجزائري إلى تعزيز حقوق المرأة وتشجيع المساواة فيما يتعلق بحضانة الأطفال وتوفير الحماية القانونية اللازمة لها.
- بتوفير تشريعات دقيقة وشفافة لحل النزاعات المتعلقة بالحضانة، من اجل تعزيز الثقة في النظام القضائي وتوفير إجراءات قانونية عادلة وفعالة لحماية حقوق الأطفال ووالديهم.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف أرتيات أن أجيزها في النقاط التالية:

- حماية مصلحة الطفل وتوفير بيئة صالحة لنموه وتنميته السليمة.
- حقيق المساواة بين الوالدين فيما يتعلق بحقوقهما وواجباتهما تجاه الأطفال.

- توفير الاستقرار والسلام الأسري للأطفال الذين يعانون من منازعات الحضانة.
- تنظيم الإجراءات القانونية والإجراءات القضائية المتعلقة بقضايا الحضانة لضمان العدالة والشفافية.
- توفير إجراءات وآليات فعالة لحل النزاعات بين الوالدين بطرق سلمية وعادلة.
- تعزيز حقوق المرأة وحمايتها في حالات الانفصال أو الطلاق من خلال تنظيم الحضانة.
- تعزيز دور الأبوة والأمومة وتشجيع التعاون بين الوالدين في تربية وتنشئة الأطفال.
- توفير ضمانات قانونية للأطراف المعنية لضمان حقوقهم ومصالحهم فيما يتعلق بالحضانة.
- تقليل تأثير النزاعات العائلية على الأطفال والحد من التوتر النفسي لديهم.
- تعزيز الثقة في النظام القضائي والاحترام للقرارات القضائية المتعلقة بحضانة الأطفال.

أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار الموضوع إلى:

- ارتباط الموضوع بتخصص الدراسة.
- الرغبة الشخصية في دراسة موضوع منازعات الحضانة من وجهة نظر التشريع الجزائري.
- عدم تناول الموضوع كثيرا من قبل الباحثين في المجال.
- الاطلاع على الجوانب القانونية للحضانة في التشريع الجزائري من خلال القوانين والمراسيم التنفيذية التي تم التطرق اليها في قانون الاسرة.

منهجية الدراسة:

تم استخدام في هذه الدراسة كل من:

- **المنهج الوصفي** والذي يخص الجانب النظري ويتم من خلاله معرفة المفاهيم المتعلقة بمتغيرات الدراسة والتي تتمثل في الحضانة وشروطها وباقي المباحث.

- **الأسلوب التحليلي** وتم استخدامه في الفصلين والمتعلق أساسا بموضوع دراستنا وذلك بالرجوع الى المراجع الخاصة بمنازعات الحضانة وكذا تحليل النصوص التشريعية التي جاءت في هذا السياق.

صعوبات الدراسة:

- التشريع الجزائري معقد وصعب الفهم في بعض الأحيان، مما يتطلب دراسة مفصلة وتحليل دقيق لفهم المفاهيم والإجراءات المتعلقة بالحضانة.
- يوجد عدد من المصادر القانونية في الجزائر، بما في ذلك القانون والأنظمة والتعليمات، مما يجعل من الصعب تتبع وفهم القوانين المتعلقة بالحضانة.
- صعوبة في فهم الإجراءات القضائية المتعلقة بالحضانة وكيفية تطبيقها في النزاعات العائلية.
- هناك نقص في الدراسات والأبحاث المتاحة حول موضوع منازعات الحضانة في التشريع الجزائري.
- قيود في الوقت والموارد المتاحة لإجراء البحث الشامل والمفصل حول موضوع منازعات الحضانة.

هيكل الدراسة:

من اجل الإجابة عن الاشكالية المطروحة تم تقسيم الدراسة الى فصلين، حيث تضمن الفصل الأول: ماهية الحضانة وتم تقسيمه الى مبحثين هما: المبحث الأول: مفهوم الحضانة، المبحث الثاني: آثار الحضانة.

أما الفصل الثاني بعنوان: التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها وتم أيضا تقسيمه الى مبحثين، المبحث الأول: دعاوى الحضانة، المبحث الثاني: أبرز الإشكاليات المطروحة في مجال الحضانة.

الفصل الأول

ماهية الحضانة

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

إحدى أهم الوسائل التي يمكن من خلالها العناية بحقوق المحضون والسهر على مصالحهم وتنمية تربيتهم بأسس صحيحة هي الحضانة. يهدف مفهوم الحضانة في المقام الأول إلى تحقيق المصلحة والرفاهية للطفل، وذلك من خلال توفير بيئة ملائمة لنموه وتطوره. سنحاول هنا توضيح مضمون الحضانة من خلال تعريفها وفهم طبيعتها الشرعية، وسنسلط الضوء أيضًا على أهمية هذه الوسيلة في تحقيق مصلحة المحضون.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية

تعد الحضانة من الحقوق ذات الأهمية البالغة التي نص عليها الفقهاء والتشريع، وما زالت تثير الجدل وتشكل تحديات أمام القضاء. لذا، ينبغي لنا في البداية أن نُلقي الضوء على تعريف الحضانة وفقًا لما ورد في الفقه، ثم نناقش طبيعتها وما إذا كانت تعتبر حقًا مطلقًا أم تكليفًا، وهو الأمر الذي أثار جدلاً بين الفقهاء. لذا، سنبحث أولاً عن تعريفها (الفرع الأول)، ثم سنتناول وجهات النظر المتباينة حول طبيعتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

المقصود بمصطلح "الحضانة" هو لغة تعبّر عن الضم واللفّ، حيث يشير إلى الأمان والحماية التي يوفّرها الوالدان للطفل، متأتٍ من الحضن الدافئ والمُحب. فعندما يُستخدم مصطلح "الحضانة"، يتم ربطه بالفكرة العامة لتقديم الرعاية والحماية للأطفال والشباب.[1]

يمكن وصف "الحضانة" بأنها عبارة عن عملية الاحتضان والرعاية، حيث يُشبه ذلك لحظة يُحتضن فيها الطفل بحنان ويُحمى بعناية، وفيما يتعلق بالاصطلاح، فإن "الحضانة" تشير إلى العناية الشاملة بالطفل، بما في ذلك تلبية احتياجاته الأساسية مثل الطعام والملبس والنوم، وكذلك توفير بيئة صحية وآمنة وتعزيز قيمه وتنمية شخصيته. [2]

نضرا لأهمية الحضانة أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة بها، وتباينت تعريفات الفقهاء نذكر منه على سبيل المثال:

[1] ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990، ص122.
[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 112.

عرفها فقهاء المالكية: فعرض لها العدوي بقوله: " هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة"[1].

عرف الحنفية الحضانة " بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة"[2].

عرفها الشافعية: " بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته"[3] .

كما عرفها الفقه الحنبلي فقال ابن قدامه: "هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وانجازه من المهالك"[4].

يبدو من هذه التعريفات الفقهية أنها تتفق في معناها حول "الحضانة"، وتتماشى مع الغاية التي شرعت لأجلها، وهي حفظ المحضون من الخطر والضياع. ورغم اختلاف العبارات، إلا أن هذه التعريفات لا تتباين عن ما ورد في قانون الأسرة الجزائري، الذي جاء في المادة 62 بوصف رعاية الطفل وتعليمه وتربيته على دين والده، والاهتمام بحمايته وصحته وسلامته وتنمية قيمه، ويُشترط في الوالد المتولي للحضانة أن يكون قادرًا على تحمل هذه المسؤولية.

يظهر في هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه لمفهوم "الحضانة" على أهدافها وأسبابها، التي تتمثل في رعاية الطفل وتعليمه، وتكوين شخصيته وقيمه وفقًا لدين والده، بالإضافة إلى الاهتمام بصحته وسلامته. يلاحظ أن المصطلح المستخدم في التعريف هو "الولد" دون الإشارة إلى جنسه، مما يفتقر إلى التحديد بشأن مصلحة الطفل المُحضن سواء كان ذكرًا أم أنثى[5].

أما القانون العراقي نص على أنه: " يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"[6].

كما عرفه المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بنصه:" حفظ الولد مما يضره والقيام بتربيته ومصالحه"[1].

---

[1]محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1،عمان، 2010، ص30.
[2]صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسةمقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2004، ص09.
[3]نشوان زكي سليمان الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة) ، مجلة الرافدين ، المجلد 16 ، العدد 59 ، السنة 18 ، جامعة الموصل ، العراق ، ص 63.
[4]نشوان زكي، المرجع السابق ، ص63.
[5]المرجع نفسه، ص22.
[6]قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة ، رابعا 2 ،ص17.

في القانون رقم 27 لسنة 2005 لدولة الإمارات العربية المتحدة، المتعلق بالأحوال الشخصية، يُعرّف مفهوم "الحضانة" في المادة 143 بأنها: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"، وبموجب هذا التعريف، يُفهم أن الحضانة تتضمن علاقة بين شخصين؛ الأول هو المحضون (الطفل الصغير) الذي يحتاج إلى رعاية خاصة، والثاني هو الحاضن الذي يقوم بهذه الرعاية.

في هذا الشأن يرى الأستاذ "عبد العزيز سعد "[2] يعتبر التعريف المنصوص عليه في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أفضل تعريف، حيث يشمل على أهداف الحضانة وأسبابها بشكل شامل. يتميز هذا التعريف بشموليته على أفكار لم تشملها غيره من القوانين العربية، حيث يجمع في عموميته بين جوانب متعددة تتعلق بحاجيات الطفل، سواء كانت دينية أو صحية أو خلقية أو تربوية أو مادية.

الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للحضانة.

إذا كانت تعريفات الحضانة تتفق في مدلولها على حفظ المحضون من الهلاك والضياع، فهي حق للصغير تختلف الآراء بشأن طبيعة الحضانة، سواء كانت تعتبر حقًا أو واجبًا، ومن ثم فإن النقاش يدور حول مدى إمكانية التنازل عنها. يرى بعض الفقهاء الإسلاميين أن الحضانة يمكن أن تكون حقًا للحاضن أو للمحضون، بينما ينادي آخرون بوجود توافق بين الحاضن والمحضون يُمكن تسميتها بحق مشترك. وتعتبر كل وجهة نظر لها حجتها الشرعية و متمثلة في :

أولا: الحضانة لله تعالى: أصحاب هذا الرأي يرون أن الحضانة تُعتبر حقًا من حقوق الله تعالى، وبالتالي فإنها لا تُسقط بإرادة الحاضن، ولا يُفرض عليها إلا في حالة وجود عذر مُقنع لعدم الوفاء بها. يستندون في ذلك إلى أن الحضانة تمّ تشريعها لحفظ النفوس ورعايتها، وبالتالي تُعتبر جزءًا من حقوق الله تعالى[3].

ثانيا: الحضانة حق للمحضون: يرى القائلون بهذا الاتجاه أن الحضانة حق للمحضون فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء الطفل الصغير، وليس للحاضن الامتناع عنها إنما تجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه[4]، إي لا يجوز بناء على ذلك الامتناع عن القيام بهذا الواجب، فإذا امتنعت من لها الحق في الحضانة أجبرت عليها، ولا يجوز لها إسقاط حق غيرها، وهذا القول لبعض الفقهاء في المذهب المالكي والحنفي و الاباضي[5].

---

[1]ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424) 03 فبراير (2004) بتنفيذ القانون رقم 03.07بمثابة مدونة الأسرة.
[2]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة ، الجزائر ، 2007، ص 293.
[3]نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص59.
[4]نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص67.
[5]مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، الجزائر ، 1978، ص 27.

يقول أبو زهرة: " إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن[1] . إذًا، الحضانة تُعتبر حقًا للطفل، حيث يكون له الحق في أن يُولى له شخص مسؤول عن رعايته، نظرًا لبراءته الطفولية وبطئ نموه وعدم قدرته على القيام بأموره بمفرده، ويُعهد لهذا الشخص بمسؤولية رعايته وتربيته حتى يكبر ويصبح قادرًا على العناية بنفسه دون الحاجة إلى مساعدة من الآخرين[2].

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين. [3]" إذا كان الأمر مُفيدًا ويُشير إلى الوجوب، فلا يمكن إلغاء الحضانة، لأن جوهرها يقوم على تحقيق النفع، وهذا النفع لا يتحقق إلا من خلال الأم، لأنها تتمتع بمدى شفقة أكبر لأنها الأم وتمتلك روح الرعاية التي قد لا تكون متاحة لأي شخص آخر.

ويترتب على كون الحضانة حق للمحضون ما يلي:

- لا يمكن للأم المستحقة لحضانة الطفل أن تتفق مع والده على تنازلها عن حقها في الحضانة مقابل مبلغ مالي، لأن ذلك يعتبر تفويتًا لحقوق الطفل التي لا تملك الأم الحق في التنازل عنها. إذا قامت بذلك، فإن الصلح لا يكون صحيحًا، ولا يستحق البدل الذي تم الاتفاق عليه، لأن الحق في الحضانة ينتمي إلى الطفل ولا يمكن لأحد آخر التنازل عنه[4]..
- إذا قامت الأم المستحقة لحضانة الطفل بالخلع عن والده بشرط تنازلها عن حقها في الحضانة لفترة معينة، فإن الخلع يعتبر صحيحًا، ولكن البدل الذي تم الاتفاق عليه يُلغى، لأنها قد تنازلت عن حق الطفل الذي لا تملكه.

ثالثا: الحضانة حق للحاضن: يُعتبر الحق في الحضانة حقًا للحاضنة، وعادةً لا يُجبر عليها في حالة امتناعها أو تنازلها عن حقها، إلا في حالات معينة مثل عدم وجود شخص آخر مؤهل للقيام بالحضانة، أو رفض الطفل الصغير قبول حضانة شخص آخر، أو عدم توفر موارد مالية كافية للأب أو الطفل لاستئجار حاضنة[5].

[1]المصري مبروك ، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، 2010، ص507
[2]أحمد نصر الجندي ، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004، ص 12.
[3]الآية 233 سورة البقرة
[4]نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق ، ص67.
[5]صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة .... المرجع السابق، ص.108

بناء على ذلك إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة من غير عذر – فلا تعود الحاضنة إن أرادت العودة إليها لأن من أسقط حقه لا يجوز أن يرجع عليه – وبهذا الرأي هو المشهور عند المالكية وقال به أحمد والشافعي والبعض من الحنفية والحنابلة والأمامية"[1].

ويترتب على هذا القول إن الحضانة حق للحاضنة عدة نتائج منها أنه:

- لا يُسمح لأب الطفل بنقله خارج البلدة التي تقيم فيها الحاضنة، لأن ذلك سيمثل تجاوزًا على حق الحاضنة.
- بالمثل، يُحظر على الأب أن يستأصل الطفل من رعاية الحاضنة المستوفية لشروط الحضانة لنقله إلى شخص آخر، لأن ذلك يعتبر تفويتًا لحقوق الحاضنة.
- كما أنه في حال كان للطفل مرضعة بديلة عن التي تحضنه، يجب على تلك المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة، حفاظًا على حقوق الحاضنة في حضانة الطفل.

إلا أنه انتقد هذا الرأي على انه إجهاد فقهى يمثل خطر على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية التي شرعت لأجلها الحضانة[2].

رابعا: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون: تتبنى بعض المدارس الفقهية الحنفية والبعض من المذهب الشافعي وجهة نظر تفيد بأن الحضانة تعتبر حقًا للأم المحضنة وللطفل المحضون، وفي حال وجود شخص آخر قادر على تقديم الرعاية، لا يُفرض على الأم تحمل هذا الواجب. يُعتبر حق الطفل المحضون أقوى لأن مصلحته تأتي قبل مصلحة الحاضنين، ويجب اتخاذ القرار الذي يخدم مصلحته بشكل أساسي ويسهم في رفاهيته[3].

بعض المعاصرين يرجحون أن الحضانة تُعتبر حقًا للأم المحضنة وللطفل المحضون معًا، ويقوم هذا التوجه على توافق مصلحة كل منهما. يُعتبر الطفل المحضون صاحب حق في أن يكون بالقرب من والدته التي أنجبته وتعيش معه أثناء فترة حياته الأولى، إذ يُفضل أن يكون تحت رعاية النساء في هذه المرحلة بما أنهن أكثر قدرة على رعاية الأطفال من الرجال. ومن جانبه، فإن الحق في الحضانة يكون

[1] عبد الرحمان مرنان ، المرجع السابق ، ص27.
[2] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،(دراسةمقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،2005 2004، ص453.
[3] نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص70.

للأم المحضنة لأن الشريعة منحتها هذا الحق، وتتجمع المصلحة في ضرورة تثبيت الطفل في بيئة مستقرة تحميه من الأذى[1].

وان كان سب هذا الرأي الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان حقا للمحضون وحق الحاضن ولكن الأول أقوى من الثاني.

خامسا: الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير حق الحاضنة وحق الأب: الاتجاه الأخير يعتبر الحضانة تمثل ثلاثة حقوق: حق الطفل، وحق الحاضنة، وحق الأب، ويسعى إلى التوفيق بينهما في حال توافر الإمكانيات، وإذا كان ذلك غير ممكن، فإن مصلحة الطفل تأخذ الأولوية، لأن مصلحته تكون الأهم. يُؤكد هذا الرأي على أن الحضانة تُدار بناءً على مصلحة الطفل المحضون، وبالتالي فلا يُضر الأب بولده ولا تُضر الأم بولدها. وهذا الرأي قد اعتمده القضاء المصري[2].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أما عن طبيعة الحضانة في التشريع الجزائري فبحسب نص المادة 66 ق.أ.ج ردت عبارة " يسقط حق الحاضنة " من جهة وعبارة " بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، هذه العبارات تدل على أنها حق للحاضن كما نص المشرع على ذلك من جهة والسماح للحاضنة بالتنازل من جهة أخر مع اشتراط عدم الإضرار بالمحضون كما أشار إليه نص المادة66 ق.أ.ج.

وفي مواد أخرى من ذات القانون بيّن أن الحضانة حق للحاضنة كنص المادة 67 فقرة2 التي نص على عدم سقوط حق الحاضنة بسبب عملها وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح مطالبتها في ظرف سنة، ونص المادة 71 الذي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الشرعي كما أن المشرع الجزائري أبرز حق المحضون والدعوة إلى تعاليه على أي حق آخر بحيث أضاف عبارة مصلحة المحضون في المواد 62 ، 67 ، 60 أو ما يماثلها كعبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون ". مما يتقدم يظهر أن المشرع الجزائري يرى بأن

[1]خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون ، دراسة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ،2013 . ص 123.

[2]جاء في القرار الأول :" المنصوص عليه شرعا أن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب ، وان غير الأب من العصبة في حكمه وغير الأم من الحاضنات كالأم ، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلي التوفيق نضرا لمصلحة الصغير . وان تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لان مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضار المولود له بولده لا تضار الحاضنة بهذا الولد أما أو غيرها ." قرار رقم 48/36 ،آجا (21/12/32) ، ت س ، م ش 10/370 ، راجع محمود عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997 ص 85.

وفي قرار أخر : " في الحضانة ثلاثة حقوق بعضها في الوجوب والرعاية أقوى من الآخر . حق الصغير . حق الحاضنة . حق الأب ، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها صير إليه ، و إلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقيهما جميعا ". قرار رقم 295/47 العطارين (20/04/48) م ش 20/240 ، راجع ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص87.

الحضانة حق للحاضن والمحضون معا ، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى في 25 ديسمبر 1968 على أن [1]"الحضانة حق وواجبات في آن واحد"

كما قضى في قرار صادر بتاريخ 21/04/1998 بأن : "من المقرر أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون"[2].

هذا المبدأ تم تأكيده أيضًا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03، حيث أكدت المحكمة بأن عمل الحاضنة لا يجعلها مُلزمة بالتنازل عن حقوقها... بالإضافة إلى ذلك، أوضحت المحكمة بأن الحضانة ليست حقًا فقط للحاضنين، بل هي حق أيضًا للأطفال المحضونين.[3]

بالنظر إلى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والمجلس الأعلى الجزائري، يتبين أن موقفهم يتماشى مع الرأي السائد في الفقه الشرعي. هذا الرأي يؤكد على أن الحضانة تعتبر حقًا مشتركًا بين الحاضن والمحضون. يتمثل حق الحاضن في الحصول على الحضانة إذا توفرت فيه الشروط القانونية، بينما يحق للمحضون أن يكونوا تحت رعاية أمينة تحافظ على مصلحتهم وتحافظ عليهم بما يحقق مصلحتهم في هذا السياق.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

الولاية الخاصة تهدف إلى صون ورعاية وتربية المحضون والسهر على حمايتهم، وتتطلب من الحاضن أن يكون لديه القدرة المادية والقانونية لتوفير وتولي شؤون المحضون بالتراضي أو بالتقاضي. وتم تقسيم هذا المبدأ إلى ثلاثة فروع: الشروط العامة للنساء والرجال، والشروط الخاصة بالنساء، والشروط الخاصة بالرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة في النساء والرجال.

أولا. البلوغ والعقل: ينبغي أن يكون الشخص الذي يُسند إليه الحضانة بالغًا ومُستقيم الحالة، نظرًا لصعوبة مهمة الحضانة، فلا يمكن لمن لم يبلغ سن الرشد تحمل هذه المسؤولية. إذ أن الطفل، مهما كان موهوبًا، يحتاج إلى شخص يتولى رعايته وأموره، ولا يجب عليه أن يتولى رعاية الآخرين[4].

وسن الرشد الواجب توفرها في الحاضن حسب القانون الجزائري هي سن 19 سنة كاملة وهذا طبقا للمادة40 من القانون المدني[1].

---

[1]قرار بتاريخ 1958/12/25 ، نشرة القضاة ، العدد 4 سنة 1969 ، ص 12. نقلا عن جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، 2013 ، الجزائر ، ص 3

[2]قرار رقم 189234، بتاريخ 21/04/1998، غ .ا.ش ، اجتهاد قضائي .، عدد خاص ،2001 ،ص175.

[3]قرار رقم 274207، بتاريخ 03/07/2002، غ.ش.ا، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 2004، ص263.

[4]الشرنباصي رمضان علي السيد ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،(دط)، منشورات الحلبي الحقوقية،الإسكندرية ،2002.

بالإضافة إلى بلوغ الحاضن يشترط فيه أيضا أن يكون عاقلا، وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة، فهو لا يحسن القيام بشؤون نفسه فكيف القيام بشؤون غيره[2].

ونفس الحكم بالنسبة للمعتوه، فهو يأخذ حكم المجنون لأنه أيضا بحاجة إلى من يرعاه فلا تكون له القدرة على رعاية شؤون غيره[3].

كما لا يمكن أن تسند الحضانة الى سفيه مبذر، فهو في نظر الفقه الإسلامي يعتبر محل حجر على أمواله، فلا يمكن جعله قيما على أموال المحضون[4].

كما نصت المادة 85 من قانون الأسرة تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته، او السفه[5].

ثانيا: الأمانة على الأخلاق: ينبغي أن يكون للحاضن صفة الأمانة، حيث يكون قادرًا على ممارسة دوره في الحضانة وتوفير بيئة مناسبة للطفل المحضون، تضمن حدًا أدنى من التربية السليمة له. تُسقط مسؤولية الحضانة إذا لُقي الطفل في بيئة سيئة يمكن أن تؤثر سلبًا على نموه وتثير الشكوك حول سلامة تربيته. والمصلحة الأساسية في سقوط الحضانة هي حماية الطفل من الضياع والإهمال والحفاظ على سلامته، حتى قال بعض الفقهاء: " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها. عن الولد ولزم ضياعه نزع منهاو سقطت الحضانة عنها"[6].

ثالثا–القدرة على الحضانة:من ضمن شروط ممارسة الحضانة هو القدرة على أدائها والقدرة على رعاية الطفل المحضون بشكل صحي، وخلقي، واجتماعي. فإذا كانت الشخص غير قادر على ذلك بسبب مرض أو تقدم في السن، فإنه لا يعتبر مؤهلاً للقيام بمهمة الحضانة. ويُرى من قبل غالبية الفقهاء أنه لا يجوز منح الحضانة لشخص كفيف أو لشخص يعاني من مرض معدي أو مرض يمنعه عن القيام بشؤون الطفل، كما أنه لا يجوز أيضًا منح الحضانة لشخص متقدم في السن أو لشخص غير مهتم بشؤون منزله وأبنائه[7].

---

[1]أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 1975، متضمن القانون المدني، معدل بالأمر رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 31، صادرة في 13 ماي 2007

[2]الشرنباصي رمضان على السيد ، المرجع السابق ، ص. 401.

[3]السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، (د، ط) ، دار الفتح للإعلام العربي ، مصر، 2000 ، ص.219.

[4]تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010 ، ص879.

[5]القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم 05-02 ،المرجع السابق.

[6]محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، (د ، ط) ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، 1956 ، ص.394.

[7]الشرنباصي رمضان علي السيد ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون والقضاء ط1، منشورات الحلبي
الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص.590.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

إن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة.

أولا – ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:يعني ألا تتزوج الحاضنة بأجنبي عن الصغير لما رواه أحمد وغيره أن إمراةقالت: يا رسول الله، إن إبني كان في بطني له وعاء وحجري له حواء .... " فهذا صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت الحضانة، لأن الأجنبيي بغضه، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة، أما إذا تزوجت بذي رحم من الصغير فإن هذا الأخير له شفقة على نفع المحضون ورعاية أمره مع التعاون مع أمه على كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه شاركه في القرابة[1].

ثانيا– إن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

سكن الطفل مع شخص يكرهه يمكن أن يعرضه للخطر والأذى، لذا فإن شرط السكن اللائق والمناسب يعتبر ضروريًا لتربية الطفل في بيئة تحافظ على استقامته وصحته وخلقه. فالتربية السليمة لا تقتصر على تلبية احتياجات الجسم فقط، بل تهتم أيضًا بسلامة الروح والنفس[2] .

ثالثا الا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند اعسار الأب:

إن إمتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند عجز الأب عن دفع الأجرة الحضانة، فهذا ابعد مسقطا لحقها في الحضانة، وفي حالة قبول قريبة أخرى بتربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[3].

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

لم يتحدث عنها الفقهاء بإسهاب لأنه من خلال ذكر الشروط بصفة عامة علمنا شروط حضانة الرجل نذكر بعض الآراء الفقهية التي توضح ما يختص بالرجال من شروط للحضانة.

1– أن يكون الطفل محرمًا للحاضنة إذا كانت أنثى تبلغ سن الشهوة، وهذا ما حدده الحنابلة والحنفية بسبب مخاطر الخلوة بينهما، وإذا لم تصل إلى سن الشهوة، يُعطى الطفل للحاضنة بالتفقُّه معها، بحيث لا تكون هناك فتنة. لذا لا يجوز لابن العم أن يكون حاضنًا لابنة عمه المشتاهة. وقد أذن الحنفية ببقاء الطفل معها بقرار قاضٍ إذا كانت بيئتها آمنة، وليس هناك خطر فتنة عليه. وأذن الحنابلة بتسليم الطفل

[1]الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص.592.
[2]محمد كمال الدين إمام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع ، بيروت1996، ص ص492-493.
[3]محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق ،ص.493.

لشخص غير محرم ثقة إذا كان ذلك ضروريًا، وقد أذن الشافعية بتسليمها لشخص غير محرم إذا كان يرافقها ابنها أو شخص موثوق به، ويُسلَّم لها لا له، إلا إذا كانت في رحلة، حيث يمكن تأمين الخلوة.

2- ينبغي للحاضن أن يكون لديه شخص من الرجال أو النساء يصلح للحضانة، مثل الزوجة أو الأم أو الخالة أو العمة، إذ لا يمكن للرجال دائمًا التكيف مع احتياجات الأطفال بنفس الطريقة التي يمكن للنساء القيام بها، بناءً على القدرة والصبر المطلوبين في العناية بالأطفال.

فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة. وهذا شرط عند المالكية[1].

يستمد قانون الأسرة الجزائري والذي تم تعديله في عام 2005 معظم أحكامه من تشريعات الشريعة الإسلامية، حيث أتاح المشرع الجزائري المجال للبحث في الأحكام الشرعية في حال عدم وجود نص في القانون بشأن قضية محددة.

المبحث الثاني: آثار الحضانة.

عندما يُثبت للقاضي إسناد حضانة الأطفال لأحد الأطراف المتنازعة، سواء كانا الزوجان أو غيرهما، بناءً على توافر الشروط الخاصة بالحضانة وتأكيد مصلحة المحضون لديه، ينبغي أن ينجم عن ذلك تبعات تتطلبها مصلحة المحضون. تشمل هذه التبعات النفقة على المحضون، والتي يتعين على الحاضن توفيرها، إلى جانب الجهود المادية والمعنوية الكبيرة التي يبذلها في تربية المحضون والسهر على مصالحهم. فهل يستحق الحاضن مقابل مادي على ذلك؟ بالإضافة إلى ذلك، فإن ممارسة الحضانة تتطلب أن يكون للأطفال بيئة دافئة ومحببة، وأن يحافظ الحاضن على اتصال المحضون بأفراد عائلتهم الأخرى. يجب على القاضي أن ينظر إلى جانب إسناد حق الحضانة أيضًا إلى حق الزيارة. هذه هي المجمل الذي يترتب عنه الحكم بالحضانة.

المطلب الأول: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة

لا يمكن إنكار أن المشرع الجزائري استوحى العديد من أحكام قانون الأسرة من اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية بصفة عامة، وتتبادر هذه الحقيقة إلى الأذهان عند استعراض مواد القانون ذات الصلة، وباستعراض تطورات قانون الأسرة، يمكن ملاحظة تباين هذه التشريعات في تنظيم حقوق مستحقي الحضانة بين قانون 11/84 والأمر 05/02 المعدل والمكمل في عام 2005. هذا الاختلاف قد فتح الباب أمام بعض الأفراد لنشر الشكوك حول انحراف المشرع الجزائري في هذا الجانب وغيره عن أحكام الشريعة الإسلامية.

[1]وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر ، ج8 ، ط3، دار الفكر ،دمشق،2012 م ،ص ص 689-690.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 11/84 :

لقد تطرق المشرع الجزائري لترتيب مستحقي الحضانة في قانون (11/84)[1] من خلال نص المادة 64[2]، حيث اعترف بأحقية الأم بحضانة ولدها على سائر مستحقي الحضانة، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة.

باستعراض هذه المادة، يمكن ملاحظة واضحًا تأثر المشرع الجزائري بالاتجاهات المالكية في الفقه الإسلامي، حيث يُعْطَى الأولوية للإناث من جهة الأم على الإناث من جهة الأب، كما يتم تفضيل الخالة على الأب من حيث حق الحضانة. ورغم أن المشرع الجزائري يتبع المدرسة المالكية في هذه الجوانب، إلا أنه يختلف معها في حالة واحدة وهي تفضيل الجدة على الأب.

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 05/02:

لقد غيّر المشرع الجزائري بعض المراكز في ترتيبه لمستحقي الحضانة بموجب قانون 05/02 من خلال نص المادة 64[3]، فبعدما منح الأم استحقاق الأولوية في حضانة ولدها، راح يمنح الأولوية في الحضانة بعدها للأب مباشرة ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة.

وعلى الرغم من أن هذا الترتيب الذي وضعه المشرع لمستحقي الحضانة قد لا يتماشى تمامًا مع جميع التفاصيل في المذاهب الفقهية الأربعة، فإنه في مجمله ينسجم مع بعض الاتجاهات الفقهية ولا يخرج كثيرًا عنها. يُعتبر تقديم الأم على سائر المستحقين في الترتيب الأول خطوة موافقة لأكثر من مذهب، كما أن تقديم الجدات لأم على الجدة للأب يتماشى مع توجهات الحنفية والمالكية والشافعية. وبالمثل، يظهر تقديم الجدات على الخالات والعمات استجابة لمبادئ الحنفية والشافعية والحنابلة. ومع ذلك، تبقى مسألة تقديم الأب مباشرة بعد الأم في المرتبة الثانية موضوع جدلي يثير الانتقادات والتساؤلات.

تعديل ترتيب مستحقي الحضانة أثار فعلا اهتمام الباحثين، خاصة بالنسبة لتقديم منزلة الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم، مما دفعهم لاقتراح تفسيرات محتملة لهذا الترتيب. بعضهم اقترح أن يكون السبب وراء ذلك هو التغيرات في المجتمع الجزائري، خاصة بعد انخراط المرأة في سوق العمل. في حين اقترح آخرون أن يكون التأثير نتيجة للتطورات الدولية والاتفاقيات التي تسعى إلى حماية المرأة من أي تمييز والترويج

[1]قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق، ل09 يونيو 1984، ج ر، عدد 24.
[2]نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"
[3]نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

للمساواة بينها وبين الرجل، مثلما فعل المشرع التونسي. وقد زاد في تأكيد هذه الافتراضات مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو[1].

تلك الافتراضات، على الرغم من مظهرها المنطقي في بعض الحالات والقوانين، قد لا تكون مقبولة بالكامل في سياق الأحوال الشخصية لعدة أسباب. بالنسبة للافتراض الأول الذي يرتبط بانخراط المرأة في سوق العمل، فإن هذا الأمر ليس بجديد، فقد كانت المرأة الجزائرية ونساء العالم العربي والإسلامي بشكل عام يشاركن في العمل منذ القدم. حتى في الفقه الإسلامي، تم التحدث عن عمل المرأة دون منعها من حق الحضانة. وقد اعترف بعض الفقهاء بحق المحضون في بعض الحالات، حتى فيما يتعلق بالسفر مع المحضون، ولكن لم يقدموا ترتيب الأب لهذا السبب. وحتى إذا افترضنا أن انشغال المرأة بالعمل هو السبب وراء تقديم مرتبة الأب، فإن الأب عادة مشغول أكثر من المرأة، وبالتالي، من الأنسب تسنيد الحضانة للجدات بناءً على افتراض عدم انشغالهن بالعمل.

إذا كان الافتراض الثاني يتعلق بتأثير المشرع بالدعوات للمساواة الجندرية المنبثقة عن الاتفاقيات الدولية، فإنه من الواضح أن هذا التعديل لم يطرق كل النصوص الأخرى التي تتعلق بالمساواة بين الجنسين بنفس الطريقة، كما هو الحال في قوانين الميراث على سبيل المثال. ومن خلال نفي هذه الادعاءات، يمكن القول بأن التغيير في ترتيب مستحقي الحضانة يعود إلى بعض الاجتهادات الفقهية التي تناسب المصلحة الشرعية للمحضون، مع مراعاة الظروف الزمنية والمكانية والعوامل الاجتماعية والثقافية التي قد تؤثر على هذا الترتيب[2].

بالإضافة إلى ذلك، يُلاحظ أن النص في المادة 64 لا يوضح بشكل قاطع كيفية الترتيب، حيث يترك هذا الأمر لتقدير السلطة المختصة وفقاً للمصلحة المرجوة للأطراف المعنية، مع مراعاة ظروف الزمان والمكان. وبالتالي، يمكن القول إن الترتيب المذكور يستند إلى فهم نظري مجرد لمصلحة الأطراف المعنية، دون أن يكون ذلك ملزماً بشكل قاطع، بل يُعتبر توجيهاً قابلاً للتطبيق يترك المجال لتقدير السلطات المختصة بما يتماشى مع الظروف الفعلية والمتغيرات[3]، فمتى رأى القاضي بأن المصلحة المقصودة للمشرع لا تتحقق مع الافتراض الذي تصوره المشرع ، فيجب أن يسير إليها أينما وجدها تتحقق ولو في غير هؤلاء كلهم، وهذا هو المنطق الذي يناسب التقييد الذي أورده المشرع في نص المادة حين صرح بحد قوله " مع مراعاة مصلحة المحضون".

[1]إتفاقية سيداو هي إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1979، وقد صادقت عليها الجزائر مع بعض التحفظات، بموجب المرسوم الرئاسي، 96/51 المؤرخ في 22/01/1996 ، أنظر لشهب أنيسة: المرجع السابق،.297

[2]حميدو زكية : المرجع السابق، ص 351.

[3]عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة 1989، ط2، ص293.

وعلى أية حال فإن عدم ورود النص في الشريعة الإسلامية لترتيب الحاضنين بعد الأم، يفتح الباب على مصراعيه للاجتهاد من جهة، ومن جهة أخرى فإن تراثنا الفقهي قد ناقش فرضية تقديم الأب على باقي المستحقين للحضانة بعد الأم بل وُجِد من الفقهاء من اعتبر صلاحية وأحقية تقديم الأب ثابتة هي بالنص كذلك وبدلالة المفهوم، وهذا الذي أشار إليه شارحو الدور الذهبية كل من الفقيه الشوكاني والفقيه القنوجي حينما شرحا متن الدرر، حيث قال الشوكاني: "ثم الأب وأما إثبات حق الأب في الحضانة فهو وإن لم يرد دليل يخصه لكنه قد استفيد من قوله صلى الله عليه وسلم للأم أنت أحق به ما لم تنكحي" فإن هذا يدل على ثبوت أصل الحق للأب بعد الأم ومن بمنزلتها, وهي الخالة, وكذلك إثبات التخيير بينه وبين الأم في الكفالة, فإنه يفيد إثبات حق له في الجملة"[1] .

وقال القنوجي البخاري: " ثم الأب و وإن لم يرد بذلك دليل يخصه لكنه قد استفيد من قوله صلى الله عليه وسلم للأم أنت أحق به ما لم تنكحي" فإن هذا يدل على ثبوت أصل الحق للأب بعد الأم ومن هو بمنزلتها, وهي الخالة, وكذلك إثبات التخيير بينه وبين الأم في الكفالة, فإنه يفيد إثبات حق له في الجملة وقال في المسوى روى الشافعي بإسناده عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه

ومن خلال مناقشة بعض المشككين في خروج المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية وعرض آراء الفقهاء في تقديم الأب على باقي المستحقين للحضانة بعد الأم ، نراه بأنه لم يخرج الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

المطلب الثاني: الحقوق المادية للمحضون

من المعلوم أن الحضانة تتطلب أعباء مالية تتجلي في كل ما تتطلبه احتياجاته المعيشية، وتنشانه التنشئة القويمة لذلك وجبت النفقة على المحضون، وأيضا الحضانة هي بذل مجهود من طرف الحاضن فهل تستحق الحاضنة على ذلك أجرا.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة.

لما كانت الحضانة تقوم على أساس حماية المحضون وحفظه والقيام بشؤون المحضون، فان هذه المسالة تتطلب من الحاضن تحمل أعباء مالية حتى يستطيع القيام بمسؤوليته كاملة تجاه المحضون، لذلك أوجب الشرع والقانون " نفقة المحضون و " أجرة الحضانة".

[1]الشوكاني محمد بن علي، الداري المضية ، شرح الذرر الهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م، ص396.

أولا. نفقة المحضون: تعرف النفقة بأنها [1]: "القيام بحاجة المنفق عليه التي لا غنى عنها، فيدخل في ذلك الطعام والشراب والكسوة والسكن ونحوها من الحاجات الضرورية "، فمعروف أن حاجات الإنسان لا تنتهي، كما أنها تتطور زيادة ونقصان بتطور المراحل السنية للإنسان وفي كل حال فان الحاجة إلى المطعم والكساء والمسكن يتأتى على قمة الحاجات الإنسانية مهما تطورت المراحل العمرية.

أورد المشرع الجزائري النفقة في نص المادة 78 من ق. أ. ج كما يلي: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاجوالسكنوأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

يتضح من نص هذه المادة أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان في معيشته من يضم طعام وكسوة وعلاج ومسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة، لأنه قد يتسع مجال النفقة إلى أمور أخرى تتطلبها العادة والعرف، والمشرع الجزائري عندما أضاف عبارة " وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

وتجب النفقة للفروع على الأصول، كما تحب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما الزواج ودرجة القرابة في الإرث كما أوردته المادة 77 ق. أ.ج.

أما بخصوص نفقة المحضون فان المشرع الجزائري استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، وهو 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".

ويعد العسر من مسقطاتالنفقة، فلكي تكون النفقة واجبة على الأب لابد أن يكون قادرا على الكسب، وأن يكون الابن محتاجا لها على اعتبار لا مال له أو لصغر سنه أو ذا عاهة تمنعه من الكسب أو مزاولا للدراسة وتستمر النفقة إلى غاية الاستغناء عنها كما ورد في المادة 75 السالفة الذكر.

بينما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج، هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 506369بتاريخ2009/07/08بقولها: " حيث أن

[1] عبد الله بن محمد بن ناصر الغطيمل ، نفقة الأولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية) ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، رابطة العالم الإسلامي ، المجمع الفقهي الإسلامي، ص07.
[2] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص431.

القرار المنتقد فعلا خالف القانون،وأساء تطبيقهذلك لان المطعون ضدهما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد وليس لهما دخل ويواصلاندراستهما"[1] .

كما ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب معسرا وعاجزا عن النفقة وهذا ما نصت عليه المادة 76 ق. أ. ج: " في حالة عجز الأب تحب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. ففي هذه الحالة يشترط على الأم أن تكون قادرة على الإنفاق أي لديها مال.

ويلاحظ بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة " عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو لتقاعس[2]، وإلا لتقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون، فلابد أن يقوم الدليل على العجز وقدرة الأم على الإنفاق.

ثانيا: تقدير قيمة النفقة:لما كانت النفقة من الضروريات لمعيشة المحضون فلا يمكن للحاضنة ممارسة الحضانة وتحمل أعبائها دون الدفع المادي الواجب على والد المحضون، إلا أن هذا الأخير قد يمتنع عن الإنفاق مما يضطر الحاضنة للمطالبة قضائيا بالنفقة هذا ما يجعل للقاضي دورا حاسما في تقدير النفقة.

أورد المشرع الجزائري مسألة تقدير النفقة في نص المادة 79 ق.أ.ج التي نصت كما يلي: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم." الملاحظ في نص هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين وركن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحيد نفقة المحضون[3] ، في إطار احتياجات هذا الأخير من اجل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وتحقيق الحماية الصحية والخلقية له، من خلال تلبية حاجاته المعيشية من مأكل وملبس وكسوة وعلاج ومسكن ودراسة، كما أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة النفقة إلا بعد مرور سنة من الحكم بها، ويجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي كل المعايير السابقة.

والوقع إن مشكل نفقة المحضون من المشكلات العويصة التي تعاني منها المطلقات، فان كان تقدير النفقة على النحو السالف الذكر، فانه لا يتماشى مع معطيات العصر الجديدة فتقدير النفقة على مستوى المحاكم ضئيل جدا بالنسبة لما تتكبده الحاضنة من نفقات، إضافة إلى إشكالات لتماطل في دفع مستحقات النفقة والتي تعد من الضروريات.

---

[1]ملف رقم 506369،غ .ش بتاريخ 08/07/2009 ، م . م .ع ، ا العدد الثاني،2009، ص308.

[2]بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012، ص 387.

[3]بلحاج العربي ، أحكام الزواج.. المرجع السابق ، ص 387.

لذلك ومسايرة للتطور العالمي انشأ المشرع الجزائري ما يسمى بصندوق النفقة [1]الذي جاء من اجل التخفيف من معاناة المطلقات فهذا الصندوق الذي تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة و رفع الاحتياج عن المحضونين مع العلم أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على هذه الوسيلة لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا، على أن يحل الصندوق محل الدائن بالنفقة و تخوّل له جميع الطرق والوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة.

ثالثا. أجرة الحضانة: أجرة الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابلة حضانتها للصغير وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجر، فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، وله شبه بالأجر لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته[2].

لم يعالج المشرع الجزائري مسألة أجرة الحضانة بخلاف المشرعين التونسي والمغربي[3]، أمام سكوت المشرع الجزائري سنحاول دراسة المسالة من خلال تطبيق نص المادة من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي الذي يعد العلاج لسد هذا الفراغ القانوني.

لقد عرف الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحضانة وفرق بين ما إذا كانت الدائن بها هى الأم أو غير الأم على النحو التالي:

- يرى المالكية بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غير ذلك، وبغض النضر عن حالتها المادية موسرة أو معسرة، فان كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس الحضانة،وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد[4].
- بينما يرى الحنفية والحنابلة والشافعية أن الأم لها طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق وبعد انتهاء العدة ، معنى ذلك مادامت النفقة ثابتة لها بناسبة الزوجية أو لوجودها في حالة العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وان تعدد السبب وماعدا هؤلاء فان باقي الحاضنات يأخذن أجرة فان الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أو هي غير الأم ، و هي غير أجرة الرضاعة ، فان كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاعة أجيبت ، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته وبقدر لها كفايتها بحسب الحال.

[1]قانون رقم 0115 المؤرخ في 4 يناير 2015. عدد 01 ، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بانشاء صندوق النفقة.
[2]عمرو عيسيالفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 2005، ص194.
[3]المادة 167/2 من مدونة الأسرة: "لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي".
[4]مدونة الإمام مالك، المرجع السابق ، ص546.

وبالتالي للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا [1].

عليه كان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسالة وخاصة وان أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون ، ذلك أن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه ، فان عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل ، وهذا يسبب ضررا للمحضون.

في هذا المجال نجد موقف رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ أنه: " لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء. " [2]علما أن الحكم أجنبي ويراد مهره بالصيغة التنفيذية

الفرع الثاني: سكن المحضون.

من المسائل التي تتطلبها ممارسة الحضانة السقف الذي يؤوي المحضون ويحميه، إلا أنه بعد افتراق الزوجين قد تغادر الحاضنة مسكن الزوجية وقد لا تجد مكانا تمارس فيه حقها في الحضانة.

- نصت المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما، وان تعذر عليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن."
- بينما نصت المادة 78 من قانون الأسرة جزائري على ما يلي: " تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة السكن واعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة ومن بينها نفقة الأب على أبنائه المحضونين، وان كان لم يتطرق إلى مواصفات محددة يجب توفرها في المسكن المخصص للحضانة، إنما أشار فقط أن يكون المسكن ملائما للحضانة وهذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي الناظر في النزاع، غير أنه إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن وهو دفع إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة.

كما يظهر من نص المادة 72 ق. أ.ج أن هناك شروط لابد من توفرها لحصول الحاضنة على سكن وتتمثل فيما يلي:

[1]وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص ص.768.767

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

- أن يصدر حكم قضائي نهائي يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النضر عن كون المحضون واحد أو أكثر.
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون.
- أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه المطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده وإذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فيجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار السكن لمثل حالة زوجها ومثلها[1].

غير أن المادة 72 ق. أ. ج المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص: "... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب 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 وذلك لعدة اعتبارات أهمها[2]:

- أن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضن آخر حسب الترتيب السابق الذكر.
- نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن، أي أن المطلقة تصبح عن مطلقها، فكيف يمكنها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها.
- أجنبية لذلك فان المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة لم يكن موفقا لأنها تحمل الكثير من الغموض وعدم الدقة.

المطلبالثالث: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعايته، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.وإن كانت هذه قاعدة جديدة بالنسبة لمختلف التشريعات فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قديمة وكان قد سار بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة.

فمن الثابت في هذا الشأن لما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 145 . 146.
[2] المرجع نفسه ، ص 146.

ولده عاصم، فرآه في الطريق فأخذه من جدته أم أمه فذهبت وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاها إياه وقال لعمر: ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك.[1]"

والمشرع الجزائري هو بدوره أخذ بهذه القاعدة من خلال نصوص قانون الأسرة وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة، فقد خصص لها خمس مواد من إحدى عشرة مادة [2]، مما يدفعنا للقول إن الحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون، رغم ذلك فانه لم يحدد مفهومها أو بمعنى آخر يضع تعريفا لها يحدد معالمها.

يمكن إرجاع ذلك إلى أن مفهوم مصلحة المحضون نسبي، متطور[3]فهي مادة وثيقة الصلة بالحياة ، تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل المميز ، إضافة إلى كونها ذاتية تتعلق بكل حالة على حدا وبالتالي لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا[4].

إن سكوت المشرع الجزائري وعجز الفقه عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون لم يقف حاجزا أمام اقتراح بعض المعايير التي يستعين بها القاضي في تقديرها وتتمثل في معيارية أساسيين:

الفرع الأول: المعيار المعنوي النفسي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر الروحي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة[5] ، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي الروحي بل يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاء في هذا الموضوع إلا أن يصغي إلى علماء النفس لكي يسد ثغرات سكوت القضاء.

من المعلوم أن الحنان والعطف اللذان يمنحانهما الوالدان لأبنائهما والأم على وجه الخصوص لا بديل لهما، وقد أجمع علماء النفس أن أقوى العناصر في توفير أمن الطفل ونموه هو حب وحنان الأم وأن حاجة الطفل لهذا الحب كحاجته للغذاء، لهذا يحرص علماء النفس والأطباء على توفير الاستقرار والآمان النفسي وبالأخص في المرحلة الأولى من حياة الطفل، فإذا فقد الطفل أمه وهو رضيع ترك هذا الحرمان آثارا سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي[6].

---

[1]ابن القيم الجوزي، زاد المعاد هدي خير العباد، دار الفجر للتراث،القاهرة،1999، ص 134.

[2]المواد "64.65.66.67. 69 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون ، المرجع السابق ،ص95.

[4]حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، ، كلية الحقوق، جامعةالجزائر، 2001 ، ص 112.

[5]شامي أحمد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2013 - 2014 ، ص418.

[6]حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 07.

الجدير بالملاحظة هنا هو كون هذه الحالات التي تكلم عنها علماء النفس تزداد تفاقما كلما كان المحضون في سن صغيرة، والتي حددت عندهم بسنتين إلى اثني عشرة سنة حتى أنها قد تكون للكثير منهم عقد نفسية يعانون منها في حياتهم المستقبلية، كما أن الحرمان العاطفي يؤثر على سلوك المحضون مما يؤدي به إلى الانحراف والجنوح ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وفي الأخير يجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون وذلك بأن يختار للمحضون الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.

الفرع الثاني: المعيار المادي

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يرجحون المصلحة المعنوية على المادية فان ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية المصلحة المادية، وذلك لأن العنصر المادي في حضانة الطفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها [1]، وعليه فإذا ما وفر العنصر المادي للمحضون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه يجعل المحضون يحس براحة إلى جانب الشعور بالحماية والأمن فالمشرع الجزائري أورد مجموعة من الحقوق المالية للمحضون كحقه في النفقة الغذائية المنصوص عليها في نص المادة 78 من ق. أ. ج، وان كان سكت عن حقوق مالية أخرى أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية وان كانوا اختلفوا بشأنها كأجرة الحضانة وأجرة الرضاعة، إلى جانب حق السكن والذي يعد ضرورة لممارسة الحضانة.

إذا كان المشرع الجزائر جعل قاعد مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار ،فانه في بعض الحالات يصعب الوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، و على هذا أعطى للسلطة التقديرية للقاضي كل الصلاحيات في تحديد هذه المصلحة من خلال التحري والبحث عن أكثر الأشخاص قرابة وأفضلية للمحضون ، فمصلحة المحضون تختلف في نسبة تقديرها من طفل إلى طفل ومن قضية إلى أخرى ، وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحته بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يمكنه إصدار الحكم في النزاع ومن هذه الوسائل :

أولا: التحقيق والمعاينة[2]: يجوز للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده ، ويلاحظ كل ما يلزم لممارسة الحضانة ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينها في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون وللقاضي أيضا الاعتماد على نص المادة

[1] شامي أحمد، المرجع السابق، ص 420.
[2] صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013، ص 159.

425 من ق. أ. م. أ. ج التي تنص على ما يلي : "يمارس ق.أ.م.أ. رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز 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 ....."

ثانيا. الاستماع إلى أحد أفراد العائلة: يجوز أيضا للقاضي وفي إطار بحثه عن مصلحة المحضون أن يطلب حضور الخصوم أو أصهارهم أو إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم وكل هذا من اجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي ستطيع بها ترجيح حكم ما في النزاع ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى انه قد تدلي شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط ، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفقكما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فانه عادة ما يختار الأطفال من يساعدهم على اللعب وعدم الاكتراث ، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ1982/10/12 ، نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما ، وعلى رغبتهما في البقاء مع جدتهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف للشريعة الإسلامية[1] .

[1]أنظر ، ملف رقم 32594 ، بتاريخ 1982/10/21، غ. أ.ش.م ، مجلة قضائية سنة 1989، عدد 01 ، ص77.

الفصل الثـــاني:

التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالياتها

التمهيد :

غالبًا ما تنشأ العديد من التحديات في مجال الحضانة، خاصة مع الفجوات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، وتعقيد مسألة الحضانة من جهة أخرى، مما يجعل مهمة القاضي صعبة. ومع ذلك، ينبغي أن نلاحظ أنه على الرغم من ذلك، فإن مصلحة الطفل تظل الأولوية، سواء في القوانين أو في قرارات القضاء. وبالإضافة إلى ذلك، هناك تدابير قانونية تحمي حقوق الطفل وتفرض عقوبات على من يخالفها، وتحدد قوانين العقوبات عقوبات لتلك الخروقات. سنتناول في هذا الفصل دعاوى الحضانة والتحديات المتعلقة بها، مقسمين الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول يتناول دعاوى الحضانة، بينما يركز المبحث الثاني على التحديات المتعلقة بالحضانة.

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

صاحب دعوى الحضانة لا يخلوا أمره عن أحد الفرضيات الآتية:

يمكن للفرد أن يكون مطالبًا بالحصول على حضانة لنفسه أو بإلغائها عن شخص آخر. ومن أجل ضمان احترام وتنفيذ القرارات المتعلقة بهذه الدعاوى وحماية مصلحة الطفل، يمكن للشخص الذي تم منحه حكمًا بصالحه، سواء بمنح الحضانة له، أو تمديدها، أو إلغائها عن الآخرين، أن يلجأ إلى الطريق القانوني في حال تخلف الطرف الآخر عن تنفيذ الحكم الأول. ولذلك، في هذا المبحث، سنتناول في الجزء الأول الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة، مثل منحها وتمديدها وإلغائها، وفي الجزء الثاني، سنركز على الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى تطبيق العقوبات على المخالفين لأحكام الحضانة.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية.

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

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، وحالة الوفاة أو حالة الفقدان.

أولا: حالة الطلاق وما في حكمه:

عندما يتقدم أحد الأزواج بدعوى طلاق بالإرادة المنفردة، أو يتم الاتفاق على الطلاق بالتراضي، أو عندما تطلب الزوجة من المحكمة تطليقها بناءً على إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة، أو تقدم بطلب خلعها وفقًا للمادة 54 من القانون نفسه، يُعتبر موضوع الحضانة أحد المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي. فعندما يُفكّ رباط الزواج لأي من الأسباب المذكورة، لم يعُد هناك بيت زوجية ويصبح من الضروري النظر في مصير الأطفال ومكان إقامتهم، مع مراعاة دائمًا لمصلحتهم.

باستنادٍ إلى القواعد الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة 64 من قانون الأسرة، فإن الأم تحظى دائمًا بالأولوية والحق في منح الحضانة لها، ما لم تقع في إحدى الحالات المحددة قانونًا أو شرعًا التي

تستثنيها من ذلك. وقد أكدت هذه المبادئ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية، عندما ألغت حكمًا سابقًا أصدرته المحكمة من الدرجة الأولى بمنح الحضانة للأب، بحجة أن الطفل يدرس في مدرسة قريبة من مكان إقامة الأب، وتجنبًا لإحداث اضطراب في تعليمه. إلا أن الغرفة رأت أن هذه السبب لا يكفي لتبرير قرارها، وأن مصلحة الطفل تقتضي أن يبقى مع والدته حتى يُثبت العكس[1].

وهذا الاتجاه أكدته نفس الغرفة في قرار لها عندما طالب والد المحضونة أمامها من جديد بإسناد الحضانة له على أساس أنه عندما توجه إلى زيارة ابنته لم يجدها، وقدم محضر عدم وجود حيث اعتبرت الغرفة أن هذا الطلب الذي يعتمد على مثل هذا المحضر غير مؤسس[2].

نفس المبدأ الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها بخصوص إسناد الحضانة يعتمد على مصلحة الطفل، حيث أكدت أن الأم تحظى بالأولوية في حضانة ولدها ولو كانت غير مسلمة، ما لم يكن هناك خوف على دين الطفل. وأن الحضانة تبقى للأم لحين بلوغ الذكر وحتى زواج الأنثى، وأن أي قرار يتعارض مع هذا المبدأ يعتبر انتهاكًا للأحكام الشرعية والقانونية. وبالنظر إلى قضية الحال، فقد قام قضاة المحكمة بتعديل الحكم السابق بمنح الحضانة للأب مرة أخرى، مما أدى إلى صوابهم فيما يتعلق بالأولاد الذكور الذين أصبحوا يافعين. ومع ذلك، فقد أخطؤوا فيما يتعلق بالبنت، مخالفين بذلك الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة، مما استدعى إلغاء القرار جزئيًا فيما يتعلق بحضانتها[3].

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: " من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[4].

ثانيا: حالة الوفاة أو الفقدان:

في الحالة الأولى، يتم تناول مسألة إسناد الحضانة كجزء من دعوى الطلاق، بينما في الحالة الثانية، يكون طلب إسناد الحضانة مستقلاً، وذلك عند وفاة الشخص الذي كانت الحضانة مسندة له أو في حالة فقدانها،

[1]قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1159/ 01 - فهرس : 48/2002 بتاريخ : 06/04/2002

[2]قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1301 / 2001 - فهرس : 51/2002 بتاريخ 06/04/2002

[3]أنظر قرار المحكمة العليا : رقم 52221 تاريخ 13 مارس 1989 - ص 48 - م ق : 1993 عدد 01 - - المحكمة العليا .غ. أ . ش ملف رقم 153640 قرار مؤرخ في 18/02/1997م . ق العدد 1 لسنة 1997 ص 37.

[4]المحكمة العليا .غ. أ . ش ملف رقم 134951- قرار مؤرخ في 21/05/1996م . ق العدد 2 لسنة 1997 ص 86.

وبالتالي، له الحق في التقدم بطلب إسناد الحضانة لنفسه إذا استوفى الشروط الشرعية والقانونية. يتمثل الفارق الإجرائي بين الحالتين في أنه في الحالة الثانية، يجب أولاً إصدار حكم يُقرر فقدان الحضانة قبل تقديم طلب إسناد الحضانة لشخص آخر، حيث تكمن العلة الأساسية في كلتا الحالتين في ضرورة رعاية الطفل المحضون دون تفريق بينهما.

الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة المؤقتة

تنص النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"[1]، فبالتالي له كل الصلاحيات والحرية من أجل تقدير صحة الطلب من عدمه بعد أخذه بعين الإعتبار عدة معايير.

من اجل تسمية هذه الدعوى بدعوى اسناد الحضانة المؤقتة يجب توفر مجموعة من العناصر تتمثل في:

أولا: عنصر الاستعجال: عنصر الاستعجال يعد من العناصر الأساسية التي تميز الدعوى الاستعجالية، وهو الذي يمنح الاختصاص للقاضي الاستعجالي. ونظرًا لأهمية هذا العنصر، فإن المشرع لم يحدده بشكل محدد في مفهوم ثابت، بل منح الحرية التامة للقاضي الاستعجالي في تحديده، نظرًا لاختلافه من قضية إلى أخرى، وتغيره بتغير الزمان والمكان والظروف[2].

ثانيا : عنصر عدم المساس بأصل الحق: الغاية من دعوى إسناد الحضانة المؤقتة هي اتخاذ تدابير حفاظية مؤقتة لحماية مصالح الأطفال حتى يتم التفصيل في القضية بشكل نهائي. فالحفاظ على جوهر الحق وضمان العدالة يعتبران جوهريين في هذا السياق، بالإضافة إلى عنصر الاستعجال الذي يتطلب من القاضي

---

[1] م. 57مكرر منق. أ. ج.

[2] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية الجزء الأول، كليك للنشر، 2008، ص 310، فق. 7:" فهو غير محدد من طرف المشرع مما يترك الأمر على مصراعيه للقاضي المختص بنظر الدعوى الإستعجالية، فقد عرف الفقه حالة الإستعجال بأنها تتغير بتغير الظروف والزمان والمكان تبعا للتطور الإجتماعي، إضافة إلى الظروف المحيطة بالخصوم أو إتفاقهم".

المختص النظر في الأمر دون تأخير[1]، من أي ناحية كانت سواء من ناحية تفسير أو تأويل الحقوق والإلتزامات نظرا لكونه من المسائل التي تعتبر من اختصاص قاضي الموضوع دون سواه[2].

ثالثا : إثبات صفة الحاضن والمحضون: تنص الأحكام العامة على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "[3]، رافع الدعوى الاستعجالية ملزم بإثبات صفته كحاضن، وذلك بالتأكيد على أنه ينتمي إلى الفئة المحددة في المادة 64 من قانون الأسرة، والتي تشمل الأم، الأب، الجدة الأمية، الجدة الأبية، الخالة، العمة، ومن ثم الأقارب في الدرجة. في حال عدم تضمنه ضمن هذه الفئة، يترتب على ذلك رفض طلبه القضائي. إضافة إلى ذلك، يجب عليه أيضًا إثبات صفة المحضون كطفل قاصر الذي يخضع للحضانة"[4].

رابعا: وجود دعوى في الموضوع: من بين أهم الأسباب التي دفعت المشرع الجزائري إلى إنشاء الدعوى الاستعجالية المتعلقة بإسناد الحضانة المؤقتة هو الطول الزمني للدعاوى المتعلقة بالطلاق والحضانة، حيث يمكن أن يؤدي هذا الطول في كثير من الأحيان إلى فقدان حقوق الأطفال. ولذلك، تم وضع هذا التدبير المؤقت لضمان حماية مصالح الأطفال حتى يتم الفصل في الدعوى الأساسية.

الفرع الثالث: دعوى تمديد الحضانة

في الأصل، ينتهي حق الحضانة للذكر عند بلوغه عمر العاشرة، وللأنثى عند بلوغها سن الزواج، وفي هذه الحالة، يتم منح المحضون الحق في اختيار الكفيل الذي يعيش معه، ولا يحق لأي طرف رفع دعوى للمطالبة بالحضانة. ومع ذلك، فقد جاءت المادة 65 من قانون الأسرة لتستثني هذا الأصل، حيث تتيح للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة في حالة عدم زواج الحاضنة مرة أخرى.

بناءً على النص المذكور، يبدو أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي الوحيدة التي لديها الحق في التقدم بطلب لتمديد فترة الحضانة لولدها الذكر إلى سن السادسة عشرة. ومن الممكن أن يؤدي هذا النص إلى استبعاد

[1] م303، فق. 1 : "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن. كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل".

[2] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري المرجع السالف الذكر، ص. 21، فق. 2:" المقصود بالحق الممنوع على قاضي الإستعجال المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق وإلتزامات كل الطرفين قبل الأخر ، فلا يجوز له أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل، والذي من شأنه المساس بموضوع النزاع الواجب عليه أن يترك جوهر النزاع سليما، والذي هو من إختصاص قاضي الموضوع المختص دون غيره".

[3] م. 13 من ق.إ.م.. إ. ج

[4] سلام حمزة، الدعاوى الإستعجالية المرجع السالف الذكر، ص 62 ، فق. 4: " لا بد على المدعى من إثبات أنه من بين الأشخاص الذين يخولهم القانون التمتع بصفة الحاضن، بالإضافة لإثبات وجود أبناء قصر محل للحضانة" .

الحالات المشابهة التي يكون فيها الحاضن شخصًا آخر غير الأم، وهو ما يبدو أنه يتنافى مع مبدأ مصلحة المحضون.

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

تمت إضافة هذه المادة لتمكين رئيس المحكمة من الفصل السريع في قضايا النفقة والحضانة والزيارة والمسكن، وهي المسائل التي تتطلب قرارات سريعة لحماية مصالح الأطفال. قد يطرأ تساؤل حول سكوت الزوجين عن طلب الحضانة خلال دعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع، إذ ينص قانون الأسرة في المادة 64 على أن القاضي، إذا قضى بإسناد الحضانة، يجب أن يقضي أيضًا بحق الزيارة.

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

- أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها ، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم .
- أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون ...! ؟

هناك توجه موحد بين القضاة في حل هذه المشكلة؛ فهناك من يؤكد أنه في حال سكوت الزوجين عن طلب الحضانة خلال دعوى الطلاق، فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في هذه المسألة، لأنه يعتبر مخالفًا لمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يُطلب منه. وهناك فريق آخر من القضاة يرى أن التقيد المطلق بمبدأ عدم التدخل يمكن أن يضر بمصلحة الطفل، حيث إن الحضانة ليست فقط حقًا ولكنها واجب أيضًا، والمحكمة ملزمة بأن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية مصلحة المحضون، وهذا يتضمن استحضار مسألة الحضانة حتى إذا لم يطلبها

[1] أنظر قرار المحكمة العليا : ملف رقم 25566 بتاريخ 10/12/1999

أحد الأطراف، حتى لا يترك الطفل من دون رعاية، وخاصة في حالة الأطفال الرضع الذين لم يطلب والديهم الحضانة لهم.

الفرع الرابع: دعوى إسقاط الحضانة

عندما تنقضي شروط الحضانة، يتعرض مصلحة المحضون للخطر، وبالتالي يمكن للشخص ذو الصفة المناسبة أن يقدم دعوى لإسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يحدث تلقائيًا، بل يتطلب حكمًا قضائيًا، ويكون طلب إسقاط الحضانة أمرًا أساسيًا بخلاف طلب إسناد الحضانة الذي غالبًا ما يتبع دعوى الطلاق. ومن الجدير بالذكر أن دعوى إسقاط الحضانة لا يمكن أن تكون فعالة إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

وقد نص المشرع الجزائري على حالات سقوط حق الحضانة في قانون الأسرة، حيث تنص المادة 66 على أن يسقط حق الحضانة في حالات معينة، منها الزواج بشخص غير محرم قرابةً، أو بالتنازل ما لم يتضرر به مصلحة المحضون.

أولا: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بما بعد طلاقها منه؟

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

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده : " أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون "[1]. ما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة[2].

[1] أنظر قرار محكمة العليا ملف رقم : 58812 بتاريخ 05/02/1990

[2] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 102886 نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ 19/04/1994

إلا أنه وقع تطور في موقف واتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة.

ثانيا: التنازل عن الحضانة: حقيقة، يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، ولكن يجب أن يتم هذا التنازل دون أن يتعارض مع مصلحة المحضون. على سبيل المثال، إذا قررت الأم التنازل عن حضانة طفلها لصالح الأب، يجب على المحكمة أن ترفض هذا التنازل إذا كان سيضر بمصلحة الطفل، وخاصة إذا كان الطفل رضيعًا.

بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة: " أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها "[1].

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون[2].

قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أشار إلى أن مسألة إسناد الحضانة قابلة للتراجع عنها، لأنها تتعلق بحالة الأشخاص ومصالحهم. وأوضح القرار أن تنازل الأم عن حق الحضانة ليس بالضرورة يمنع إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك. وبالنظر إلى أن المحضونة تعد في سن مهمة وحساسة، ومصلحتها تستلزم وجودها مع والدتها، فإن طلب المستأنفة لإسقاط حضانة البنت عن والدها وإعادتها إلى والدتها يعتبر مبررًا ومؤسسًا، ولا يوجد ما يمنع القضاء من الاستجابة لهذا الطلب[3].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك"[4].

---

[1] أنظر قرار محكمة عليا ملف رقم : 51894 - ص 70 بتاريخ : 19/12/1988

[2] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 189234 - غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 21/04/1998

[3] أنظر قرار : غ . ا . ش لمجلس قضاء المدية - رقم الجدول 175/2002 - فهرس 79 / 2002 بتاريخ 11/05/2002

[4] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 220470 غ . أ .ش . عدد خاص 2001 ص 181 بتاريخ : 20/04/1999

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية . لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون[1].

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناءا على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ[2].

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

الحالة الثانية: نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب بـه صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

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

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

---

[1]أنظر عبد العزيز سعد – المرجع السابق ص 295

[2]أنظر عبد العزيز سعد – نفس الرجع ص 300

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من لـه الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال:

أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص اللذين لهم الحق في الحضانة ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

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

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

ب – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة:

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوفرة، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة. وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرهما...؟!

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

[1] أنظر قرار المحكمة العليا ملف 32829 مجلة قضائية عدد 01/1999 بتاريخ : 09/07/1984

أ – سقوط الحضانة عند إختلال شروطها: إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن ، أم إتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة . ونصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية ، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون . وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله[1].

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر:" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[2].

ب – سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي: المسألة هنا جوازية للقاضي، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه. ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[3].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط[4].

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة[5] وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه: " أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر

---

[1]أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50270 بتاريخ : 07/11/1988

[2]أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 33921 بتاريخ : 09/07/1984

[3]أنظر الدكتور العربي بلحاج - المرجع السابق . ص 389

[4]أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب : 23/06/1993

[5]أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ : 21/11/1995

من ستة برود[1] كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي[2].

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

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

تكريسا وتدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه لأحكام، وتعد أداة فعالة

ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها،وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون[3].

و منه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه وهذه الجريمة مثل: جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، و جريمة الإمتناع عن أهم صور تنفيذ حكم الزيارة .

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

و هي الصورة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 328 من قانون العقوبات ، و تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و معنوي .

أ- الشروط الأولية

1- المحضون القاصر :يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر ، الأصل أنه من لم يبلغ سن الرشد المدني المحدد بـ: 19 سنة

---

[1] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 43594 - نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ : 22/09/1986

[2] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 32594: بتاريخ : 02/04/1984

[3] أنظر د . عبد العزيز - الجرائم الواقعة على نظام الأسرة . - ص 124 - طبعة 2002

لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاص استنادا إلى انقضاء الحضانة و تحديدا إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة ، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور و الثامنة عشر للإناث[1].

2 حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه ، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل . وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[2].

وقد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الإستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه وممحورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية، أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

ب عناصر الجريمة :

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الإمتناعذاته ، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع ، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة ، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ، أو متابعة المتهم و لا معاقبته بشأنها ، و الإمتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد اتباع إجراءات التنفيذ.

إضافة إلى ذلك يجب أن يُثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع ، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه ، ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل.

[1]أنظر د احسنبوسقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجزء الأول - - ص 174

[2]المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - ملف رقم 132607 مؤرخ في 16/06/1996

و بالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نية معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه .و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، و قُضِيَ بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا و لا عذرًا قانونيًا[1]. وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم ، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها ، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنه:

"متى كان مؤدى نص المادة 328 من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من لـه الحق في المطالبة،و من ثم فإنّ أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، و أنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون "[2].

وتأخذ جريمة عدم تسليم طفل عدة صور أهمها: اختطاف المحضون من حاضنه والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إنّ هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن، و لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

1- اولا:إن العنصر المادي الجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي ، و هذه الصور أو الحالات هى صورة اختطاف المحضون ممن اسندت إليه مهمة حضانته ، و صورة اختطافه من الأماكن التى يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل : المدرسة ، و دار الحضانة و ما شابههما ، وصورة تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه

---

[1]أنظر د. احسنبوسقيعة - المرجع السابق ص 176

[2]المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - نشرة القضاة - العدد 4 لسنة 1986 ص 39 قرار مؤرخ في 12/10/1982

أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب ، ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة و هي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير[1].

2 ثانيا :سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة ، و هو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا ، و ذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ .

3 ثالثا :يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي ، و يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية ، و لهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه و إبعاده، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الإختطاف أو الإبعاد ، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحدّيه له ، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة و العقاب إلا أن يثب حسن نيته و عدم توفر عنصر القصد السيء، و لا فعل الإختطاف أو الإبعاد.

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

أولا: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :من خلال قراءة نص المادة 64 من قانون الأسرة تنص على أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر ، و من خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيات[2]، نلاحظ أن المادة 07 من الاتفاقية جاء فيها : " أن الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين ، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي ، و يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري . و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر.

[1] عبد العزيز سعد - المرجع السابق ص 126

[2] وقعت المصادقة على هذه الإتفاقية في 26 يوليو 1988 بموجب المرسوم رقم 88-144

ثانيا: عناصر جنحة رفض حق الزيارة:يتضح لنا أنه لكي يمكن قيام جنحة الإمتناع عن تسليم طفل قضى في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به ، وجوب توافر العناصر التالية :

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حاز لقوة الشيء المقضي به.
- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ، و بمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.
- أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

ومنه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة، فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب.

هكذا نجد أن المشرع قد أولى اهتمام خاص بالمحضونوبالطفل بصفة عامة، عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة.

وعند قيام جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل يمكن للطرف المضرور وهو المدعي المدني أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة، ويكلّفخصمه بالحضور أمام المحكمة بعد أن يدفع مبلغ الكفالة الذي يحدده وكيل الجمهورية قاعدة المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية

وقد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون وإن كانت تشمل أيضا الطرف الحاضن عندما تكون أمّا،ولكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون. وهذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة التي نصت عليها المادة 331 من قانون العقوبات،وذلك تدعيما لنص المادة 75 من قانون الأسرة، التي تنص على أنّ نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال.

وإن كان المشرع الجزائي الجزائري حصر النفقة والتي تعتبر دين مالي على الأب.

في النفقة الغذائية دون سواها، علما أنّ النفقة كما هي معرفة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و منه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل و بعد انقضاء مهلة شهرين مـن التبليغ، و عند امتناع المدين

عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم بـه لا يحول دون قيام الجريمة[1].

المبحث الثاني: أبرز الإشكاليات المطروحة في مجال الحضانة

إن موضوع الحضانة بدوره لا يخلو من المشاكل العملية، و يمكن إرجاع هذا النقص إلى قصور التشريع من جهة ، و من جهة أخرى إلى التطور السريع الذي شهدته الحياة البشرية في الآونة الأخيرة .

وهذا ما أدى بالضرورة إلى ظهور جملة من المشاكل العملية ويمكن حصر أهم الإشكاليات التي تصادف القضاة في عملهم في: إشكالية الزواج المختلط و تأثيرها على المحضون، و كذلك إشكالية مراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي و كيفية تقديرها، وثالثها إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة و هو الأمر الذي نحاول معالجته بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنّه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها[2]،خاصة إذا كان الزواج مختلطا. لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال ، لأنه يكون الأطفال هم الضحايا، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم ، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات ، و من أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر ، "إتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر " و الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 88/144

غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين و أجانب لا تكون بين دولتهم و بـين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري .

لذلك نتناول موضوع الزواج المختلط في الفرعين الآتي ذكرهما :

[1] د. احسنبوسقيعة - المرجع السابق ص 159.
[2] د .زروتي الطيب - القانون الدولي الخاص الجزائري - الجزء 1 : تنازع القوانين – ص 127

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر(الاتفاقية الجزائرية الفرنسية) :

تعتبر النسبة الغالبة من المهاجرين الجزائريين يتوجهون إلى فرنسا، و هذا يرجع إلى أسباب تاريخية ، و ما نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين ، إلا أن هذه الزواجات المختلطة لم تثمر كلها ، و حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط، أبرمتا إتفاقية في : 21 يونيو 1988م ، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال ، و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ، و سعيا لتطبيق هذه الإتفاقية تعيّن وزارتـا العدل لكلا البلدين ، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالإلتزامات المحددة في الإتفاقية[1].

ومن بين الإلتزامات ما ورد في المادة: 06 من الإتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى: **((يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما)).**

كما ألزمت الإتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، و هو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة[2] أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، و من بين المشاكل التي قد نتصادف معها هي إسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل – من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ، و هذا بتربية الولد على دين أبيه ؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية؟

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

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للولد الآخر ، و رغم معالجة الإتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة[3] إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق

---

[1] الإتفاقية الجزائرية الفرنسية ـ المرجع السابق ـ المادة 1

[2] تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري : " ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

[3] الإتفاقية الجزائرية الفرنسية ـ المرجع السابق ـ المادة 7 منها.

الزيارة ، ، فلا يُرَدُّ الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ، و رغم ما نوهت عليه الإتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة ، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة ، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري ، فإنّ كـل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها ،و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية ، و بالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون .

كما أن الإتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنها أشارت في المادة 05 من الإتفاقية : **((إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرّض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر ، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل)).**

الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر:

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع تنازع بين القوانين حول أي القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي؟

و لحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني الجزائري ، و قد تطرق في المواد من : 10 إلى 16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية و في النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع المقصود بالأحوال الشخصية..[1] لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة ، و لكن يفهم من مضمون قانون الأسرة و الديباجية الواردة في المشروع التمهيدي المقترح من طرف الحكومة و المقدم إلى المجلس الشعبي الوطني في : 19/09/1981م ، أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة و الأهلية العامة و حماية عديمي الأهلية و ناقصيها و العلاقات بين أفراد الأسرة كالزواج و المشاركات المالية التي تصحبه و انحلاله و آثاره ، و البنوّة وإثبات النسب و الولاية على النفس و النفقة بين الأصول والفروع و بين الأقارب والوقف و الميراث و الوصية و الكفالة [2].

[1]د. الطيب زروتي - المرجع السابق -- ص 126
[2]د. الطيب زروتي - المرجع السابق . - ص 135

المحكمة العليا - قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990م . ق لسنة 1991 . العدد الرابع ص 116

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

كما إستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على: أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة . وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها [1].

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

ومهما تكن الإشكاليات التي تعترض سبيل القضاة، فإنه عليهم دائما إصدار أحكام، وإلا عد ذلك إنكار للعدالة. وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند إسناد الحضانة أو إسقاطها مصلحة المحضونين وهي النقطة التي نحاول تبيانها في المطلب الثاني.

---

[1] المحكمة العليا - قرار رقم 52207 بتاريخ : 02/01/1989

-المحكمة العليا قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990 .م . ق لسنة 1991 . العدد 4 ص 116

[2] المحكمة العليا - المجلة الجزائرية - سنة 1993 - العدد الرابع ص 952

المطلب الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون:

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعاية مصالحه، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مرعاة مصلحة الطفل المحضون، وقد لقيت هذه القاعدة إهتمام كبير من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

وعليه نحاول تحديد معنى هذه القاعدة وما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة و إلى أي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة ، وكان ساري بها العمل في عهد الرسول الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم ، ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو

صلىالله بكر الصديق وعمر بن الخطاب فقد عنهما ، رضي روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمـه ورائه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه وقال لعمر :

"ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك"[1].

والمشرع الجزائري إستقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامبية لذلك نجد المادة 222 منه تحيلنا على أحكام الشريعة إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما ، وهذا دون تقييد بمذهب معين ، أي أنه أخذ بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل ترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة[2]. وما نلاحظه من نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام ،

---

[1]ابن القيم الجوزية - المرجع السابق . - ص 134
-وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 7299
[2]موسوعة الفكر القانوني - العدد الرابع - - ص 99

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا[1].

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

أ. أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية و شخصية ، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى ، و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى و يحدد ،مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر.

ب. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة ، بل هي قابلة للتغيير ، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته . في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان :

أولهما : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية .

ثانيهما : تحقيق الأمن والإستقرار النفسي و العاطفي للطفل[2].

و هي العناصر التي احتكم إليها القضاء الجزائري ، من ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا) بتاريخ 03/07/1989م ، تحت رقم : 54353 و تما جاء في حيثياته : " أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة "[3].

كما ورد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ :

18/02/1997م تحت رقم : 153640 :" أنه من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون

---

[1] رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة ص 76
[2] رسالة الماجستير حسيني عزيزة - المرجع السابق - ص 78
[3] المجلة العربية للفقه و القضاء - العدد 18 الصادرة في سبتمبر 1997 - ص 198

إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[1].

و عليه يتبين من القرارات السالفة الذكر أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية و أحكامها .

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة

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

أ- عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا وفق ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة ، و يكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة ، و على سبيل المثال لا الحصر ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا [2]، بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدية ، غرفة الأحوال الشخصية ، ففي القرار رقم : 15/2002 الصادر بتاريخ : 26/01/2002 أسس القضاة قرارهم على ما يلي "حيث أنه في الحكم بإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون و كذا النص القانوني، و حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن الأم أولى بحضانة أولادها . و حيث أن بقاء الطفل عند أبيه المستأنف لا يعطيه الحق في حضانته التي تبقى من حق الأم لعدم قيام مسقطاتها ..."

كما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء المدية – غرفة الأحوال الشخصية – بتاريخ: **08/06/2002** **تحت رقم : 101/2002**

[1] المجلة القضائية لإجتهادات المحكمة العليا - العدد الأول لسنة 1997 . ص 39

[2] المحكمة العليا : قرار رقم 153640 بتاريخ 18/02/1997 . السابق الذكر.

-المحكمة العليا قرار رقم 178086 بتاريخ 23/12/1997 - نشرة القضاة - العدد 56 سنة 1997 - ص 33.

" و حيث أنه ردًّا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا و قانونا و أن مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة ، و طالما أنّ الأم أولى بها من غيرها لأنها أعرف و أرأف و أصبر و أخبر بالمراعاة و التربية من غيرها ، فكان عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندها إليها تماشيا و أحكام الشرع في ذلك " .

ب – تطرقت المادة 65 من قانون الأسرة إلى انقضاء مدة الحضانة ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 65 اشترطت في الحكم القاضي بالإنتهاء مراعاة مصلحة المحضون ، و هو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا ، و من ذلك ما جاء في القرار رقم : 257693 الصادر بتاريخ : 12/02/2001 أين أسس القضاة قرارهم على ما يلي : " حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة و النفقة بالنسبة للقاصرين و النفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الأولى يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة و نفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا و ما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون و كان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه، و بدون إحالة و القول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة"[1].

–ج – كما نجد أن المشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في نص المادة 66 من قانون الأسرة ، وهذا عند التكلم على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط ، و من حالات السقوط تنازل الحاضنة عن المحضون غير أنه لا يعتد بتنازل الأم عن أولادها إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون ، و قد ورد في قرار المحكمة العليا رقم : 189234 المؤرخ في : 21/04/1998 : " أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، و من ثم فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنّهم طبقوا صحيح القانون"[2].

د– كما أن نص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا ، مراعاة مصلحة المحضون ، و معنى هذا أنه حتى و لو اختلت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لا تسقط الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط ، و هو الهدف الذي يسعنى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، و ورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : " أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا – في قضية الحال – أنّ الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا ـ العدد الثاني ـ سنة 2002 ص 436

[2] المجلة القضائية للمحكمة العليا ـ الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ـ عدد خاص سنة 2001 – ص 175

وقت الطلاق أي سنة 1988 سنة 1988م لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ، و لم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد 05 سنوات ، فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون"[1].

هـ – بالإضافة إلى ما سبق ذكره ، قد راعى المشرع مصلحة الطفل أخذ بها حتى في حالة إسناد الحضانة إلى شخص يستوطن في الخارج ، حيث تركت عملية اسناد الحضانة أو اسقاطها ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ، ذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا ما أشارت إليه المادة 69 من قانون الأسرة.

و عليه من كل ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، و جعلها هي القاعدة السائدة التطبيق عند الحكم بالحضانة أو اسقاطها ، إلا أنه في نفس الوقت أخضعها إلى السلطة التقديرية للقاضي ، و هذه السلطة التقديرية لها ما يكوّنها و هو الشيء الذي نتناوله في الفرع الثالث.

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، و مهما كانت العواقب ، غير أنّ مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أنّ هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير الأمثلة على ذلك ما ورد في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر القضاة المصلحة ، و من إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها ، و مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[2].

غير أنه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، أن اسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق ، و ليست من آثار الوفاة ، أن مصلحة و البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت

[1] المحكمة العليا قرار رقم 134951 بتاريخ 21/05/1996 المجلة القضائية العدد الثاني - سنة 1997 - ص 86
[2] المحكمة العليا - قرار رقم 178086 بتاريخ 23/12/1997 السابق الذكر

والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قيلت أن ترعاها و تربيها مبينين أن الطاعنة مسنة و تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 62/2 من قانون الأسرة " [1].

و حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة لـه في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدّر و يصدر حكمه و من ذلك : التحقيق والمعاينة : للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، و تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الإعتماد على نص المادة : 43 من قانون الإجراءات المدنية ، و هذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، و كما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الإجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[2].

كما أن للقاضسالإنتقالللمعاينة : و هذا إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفـة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف : ضيق المسكن أو اتساعه ، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه ، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة و بعده ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.

- **الإستماع إلى أفراد العائلة :** للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم ، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط و هذا بدوره قد يؤثر على الإختيار الأصوب[3]، كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب و عدم الإكتراث ، و في هذا صدر نقض من المجلس العلى (المحكمة العليا (حاليا) ، في قرار صادر بتاريخ : 21/10/1982 عن مجلس قضاء قسنطينة، و الذي اعتمد على رفض المحضونينالإلتحاق بأمهما و على

[1] المحكمة العليا - قرار رقم 256629 بتاريخ 12/02/2001 -م.ق . العدد الثاني - سنة 2002 - ص 421
[2] المحكمة العليا - قرار رقم 153640 بتاريخ 18/02/1997 السابق الذكر
[3] رسالة ماجستير للطالبة حسيني عزيزة - المرجع السابق - ص 86

رغبتهما في البقاء عند جدّتهما لأبيهما ، فإعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي[1].

[1]قرار المحكمة العليا - رقم 32594 الصادر بتاريخ 02/04/1984.

الخاتمة

الخاتمة :

بنظري إلى موضوع الحضانة، نجد أنه من القضايا الحساسة والمعقدة. تعتمد الحضانة على مصلحة المحضون كمعيار أساسي، وهذا المصطلح مذكور في معظم المواد المتعلقة بالحضانة. ومع ذلك، فإن مفهوم مصلحة المحضون غير واضح وغير محدد بدقة. يمكن توسيعه وتضييقه، وترك المشرع الجزائري تقدير مصلحة المحضون للقاضي. يثير تزايد حالات الطلاق وانتشارها قضية الحضانة بوصفها نتيجة لا مفادها للطلاق، وهذا يثير تساؤلات بشأن الحديث عن هذه المسألة عندما تكون الحالة الزوجية مستمرة، حتى إذا كان الطفل يتعرض لسوء المعاملة أو الإهمال من قبل والديه بدون وجود شكوى. أمام هذا الوضع الصعب، يجد القاضي نفسه في موقف حرج، حيث يلزمه البحث عن مصلحة المحضون ومنح الحضانة للشخص الأكثر جدارة وحقاً بها. وفي الوقت نفسه، يجد القاضي صعوبة في التحقق من وجود هذه المصلحة، نظرًا لكثرة القضايا وتكدسها، مما يجعله غير قادر على إيلاء الملفات الواردة إليه الاهتمام اللازم والدراسة الشاملة، بسبب ضيق الوقت المتاح.

في رأيي هذه الفكرة، على الرغم من صحتها وأهميتها في الدعاوى الأخرى، قد تكون لها آثار سلبية على المحضون، في أغلب الحالات، يجد القاضي نفسه غير قادر أو غير متاح له الوقت لإجراء تحقيق وبحث مكثف للتعرف على مصلحة المحضون، نظرًا لنقص عدد القضاة وزيادة عدد القضايا. في العصر الحديث، أصبحت قضية الطفولة من المحاور الرئيسية التي تثير النقاش في المجتمعات الغربية، حيث تُعقد المؤتمرات والملتقيات وتُبرم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لحماية الطفل والاهتمام به في هذه المرحلة الحساسة من عمره. تأسيس الجمعيات التي تدافع عن حقوق الطفل وتعمل على توعية المجتمع وتحسيسه بأهمية الرعاية الصحيحة للأطفال، وحمايتهم من الانحراف والعنف والإهمال، قد أدى في بعض الحالات إلى إمكانية سحب الطفل من والديه ووضعه في مؤسسات رعاية متخصصة إذا لوحظ أن وضعية الطفل في الأسرة تهدد بناء شخصيته. وبناءً على ذلك، يتبين أنه من الواجب توفير الدعم المادي والمعنوي الكامل للقاضي كحامي وحماية لمصلحة المحضون، خاصةً في ظل عدم وجود جمعيات متخصصة في الجزائر تمتلك نفس الصلاحيات الموجودة لنظيراتها في المجتمعات الغربية. ونظرًا لعدم وجود هيئات أو جمعيات في الجزائر تقوم بمراقبة وضعية الطفل بنفس الدور الذي تقوم به نظيراتها في المجتمعات الغربية، فإن القاضي يجب أن يحظى بالدعم الكامل. ينبغي توفير أطباء وخبراء نفسانيين واجتماعيين تحت تصرفه، والاعتماد على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي معرفتها بنفسه، ليتمكن من اتخاذ القرارات الصائبة بشأن رعاية الطفل وفقًا لتوجيهاتهم واستنادًا إلى خبراتهم. يجب أن يكون القاضي مستفيدًا من رأي الخبراء المتخصصين للوفاء بمهامه على أكمل وجه وضمان حماية المحضون. عند دراسة المواد المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري، يتبين لنا أن المشرع الجزائري

ركز على تعريف الحضانة وأهدافها من خلال المادة 62 من القانون. من خلال ذلك، حُدد نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية التي يجب أن تراعيها المحكمة عندما تقرر منح الحضانة. تشمل هذه الوظائف رعاية الطفل وتعليمه وتربيته على دين والسهر على حمايته وصحته وسلامته النفسية.

أحد أهداف الحضانة التي حددها المشرع الجزائري هو تربية المحضون على دين أبيه. وقد معادل الفقه والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة. يتحمل الوالد أو الشخص البديل مسؤولية مراقبة ومتابعة تربية الطفل على دينه. ومع ذلك، يطرح السؤال حول كيف يمكن للأب مراقبة تربية الطفل على دينه عندما يتم منح الحضانة لأم غير مسلمة؟ يصعب بالفعل على الوالد متابعة ابنه في مثل هذه الحالة، حيث يبتعد الطفل عنه ولا يلتقي به يوميًا. ومن الصعب أن نقول أن الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة، لأن المدة التي يقضيها الطفل مع الوالد خلال هذه الزيارات لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع الحاضنة غير المسلمة.

ثم يجب الانتباه إلى أن حق الزيارة هو حق مهم، وماذا يحدث إذا لم يُمارس حقه من قبل الشخص المستحق؟ كيف سيكون تأثير ذلك على تربية الطفل؟ ومن سيتابع هذا الأمر؟ يجب على المشرع التدخل لحل هذه المشكلة من خلال تشريع واضح يحدد منح الحضانة لأم غير مسلمة وتربية الطفل على دين والده. يلاحظ أيضًا أن المادة المذكورة أهملت تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها، واكتفت بعبارة "وأن يكون أهلاً للقيام بذلك". وتنظيم هذه الشروط سيكون خطوة أساسية نحو تحديد مصلحة المحضون.

بالنسبة للمادة 64 التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، جاءت بشكل مقتضب ومختصر بالمقارنة مع بعض التشريعات الإسلامية الأخرى، خاصة عندما تحدد أن "الأقربون درجة". المشرع لم يحدد بوضوح من هم الأقربون وترك الأمر لتقدير القاضي والبحث في هذه الفئة، ولم يوضح ما هو الحل إذا تعددت المستحقين للحضانة في نفس الدرجة، وعندما ألزم المشرع القاضي بالحكم بحق الزيارة، لم يحدد بشكل واضح معنى الزيارة والحالات التي يمكن أن يُسقط فيها حق الزيارة بناءً على طلب الشخص الحاضن.

نتائج الدراسة:

عند دراسة موضوع منازعات الحضانة في التشريع الجزائري، يمكن أن تظهر العديد من النتائج المهمة منها:

- تحديد الأسس القانونية والإجرائية المتعلقة بالحضانة في التشريع الجزائري.
- توضيح حقوق الطفل والوالدين في قضايا الحضانة والتزامات كل طرف.

- تحديد المعايير التي يستند إليها القضاة لاتخاذ قراراتهم في قضايا الحضانة.
- تحليل التحديات والصعوبات التي تواجه الأسر المنفصلة في الوصول إلى اتفاق بشأن الحضانة.
- تقييم فعالية الإجراءات القضائية المتبعة لحل منازعات الحضانة في التشريع الجزائري.
- تحليل أثر الحضانة على النمو والتطور النفسي للطفل.
- تحديد آليات تشجيع التعاون بين الوالدين في قضايا الحضانة.
- توضيح العقوبات المنصوص عليها في حالة عدم الامتثال لقرارات الحضانة.
- تسليط الضوء على الحالات الاستثنائية التي يمكن فيها إعطاء الحضانة لشخص غير الوالدين.

الاقتراحات والتوصيات:

بناءً على دراسة موضوع الحضانة في التشريع الجزائري، هنا بعض الاقتراحات والتوصيات التي يمكن أن تُنظر فيها لتحسين الوضع:

- نوصي بتحديد الشروط المحددة والمعايير الواضحة لمن يكون "أهلاً" للقيام بالحضانة، كما يمكن تحديد المعايير اللازمة لتقييم القدرة على توفير رعاية وتربية ملائمة للطفل.
- ينبغي توفير توجيهات وإرشادات واضحة للقضاة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الحضانة، بما في ذلك تعريف الزيارة وتحديد الحالات التي يمكن فيها سقوط حق الزيارة.
- يجب أن تكون مصلحة الطفل هي العامل الأساسي الذي يوجه قرارات الحضانة، وينبغي على المشرع الجزائري أن يضمن وجود آليات لتقييم مصلحة الطفل بشكل منتظم وتحديثها حسب الظروف الفردية لكل حالة.
- يجب توفير آليات فعالة لمراقبة تنفيذ حقوق الحضانة وتربية الطفل على دينه. يمكن الاستعانة بفرق متخصصة من أطباء ومختصين نفسيين واجتماعيين لمساعدة القاضي في تقدير ومراقبة تنفيذ هذه الجوانب.
- يجب أن توجه حملات توعية للعائلات والمجتمع بأهمية مفهوم الحضانة وحقوق الطفل، وذلك لزيادة الوعي والفهم المشترك لكافة الأطراف المعنية.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

المصادر :

أولا- القران الكريم .

المراجع :

- ✓ **القرآن الكريم**
- ✓ **الكتب:**

- ابن القيم الجوزي، زاد المعاد هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القاهرة، 1999.
- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990.
- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- الأستاذ سعد عبد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة.
- الإمام أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.
- الإمام عثمان حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك لشرح أسهل المسالك، الجزء الثاني، وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992
- الإمام مالك – المدونة الكبرى – دار صادر– الجزء الثاني.
- بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول –ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 1999.
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري، اجتهادات المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، منقحة مزيدة *2002*.

- بو سقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، طبعة 2002
- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية الجزء الأول، كليك للنشر، 2008.
- تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، منشورات كليك، الطبعة الأولى،2013 ، الجزائر.
- خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ،2013.
- خان محمد صديق حسن، الروضة الندية، شرح الدور البهية، دار ابن تيمية، البليدة، الجزائر، 1991.
- الدرديري سيد احمد – الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية. وزراة الشؤون الدينية نقلا المركزية للمعاهد الأزهرية – الجزء الثاني – 1992.
- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيد احمد الدرديري، دار الفكر، بيروت.
- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام – الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- الصابوني عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال لاشخصية السوري الجزء الثاني، الطلاق وآثاره الطبعة الخامسة1978-1979.
- بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، توزيع مؤسسة شباب الجامعة – ا الإسكندرية.
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة سنة 2000.

- سلام حمزة الدعاوى الإستعجالية (الدليل العلمي لرئيس المحكمة)، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- السيد سابق ، فقه السنة، الجزء الثاني، المكتبة العصرية (صيدا بيروت).
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث ، (د، ط) ، دار الفتح للإعلام العربي ، مصر، 2000 .
- الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2004.
- عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، دار الفكر العربي.
- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة 1989، ط2.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- عمرو عيسيالفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 2005.
- الشوكاني محمد بن علي، الداري المضية، شرح الذرر الهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م.
- غنى أمينة القضاء الإستعجالي في المواد الادارية دار، هومه 2014.
- فيلالي علي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض للنشر والتوزيع، الجزائر 2002 الدكتور فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب.
- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010.
- محمد كمال الدين إمام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع، بيروت1996.
- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، (د ، ط) ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، 1956.

- محمود عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997
- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010.
- وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر ، ج8 ، ط3، دار الفكر ،دمشق،2012 م ،ص ص 689-690.

✓ **الأطروحات والرسائل الجامعية:**

رسائل الدكتوراه:

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،(دراسةمقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ،2005 2004.
- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2013-2014.
- مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،الجزائر، 1978.

رسائل الماجستير

- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعةالجزائر، 2001.
- حسيني عزيزة الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي- رسالة الماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون 2001

✓ **المجلات:**

- المجلة الجزائرية لسنة 1994 عدد ثالث
- المجلة الجزائرية لسنة 1996 عدد رابع.
- المجلة العربية للفقه والقضاء العدد 18 الصادر في سبتمبر 1997.
- المجلة القضائية لسنة 1982.
- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد أول.

- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد أول. عدد ثاني. عدد ثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد أول. عدد ثاني. عدد رابع.
- المجلة القضائية لسنة 1992 عدد أول.
- المجلة القضائية لسنة 1993 عدد ثاني.
- المجلة القضائية لسنة 1994 عدد أول. عدد ثاني.

✓ النشرات:

- نشرة القضاة لسنة 1986. عدد 2.
- نشرة القضاة لسنة 1997. عدد 56

✓ **القوانين والاوامر والمراسيم:**

- قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق، ل09 يونيو 1984، ج ر، عدد 24.
- قانون رقم 0115 المؤرخ في 4 يناير 2015. عدد 01 ، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بانشاء صندوق النفقة.
- ق. ر. 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984.
- الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ ، الموافق لـ 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ ، الموافق لــ 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني
- المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ ، الموافق لـ 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الجزائر و فرنسا و المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو1988

- المرسوم الرئاسي، 96/51 المؤرخ في 22/01/1996

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
بسملة	
شكر وعرفان	
اهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية الحضانة	01
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	02
المطلب الأول: مفهوم الحضانة وطبيعتها القانونية	02
▪ الفرع الأول: تعريف الحضانة	02
▪ الفرع الثاني الطبيعة الشرعية للحضانة.	04
▪ الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	07
المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.	08
▪ الفرع الأول: الشروط العامة في النساء والرجال.	08
▪ الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	10
▪ الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	10
المبحث الثاني: آثار الحضانة	11
المطلب الأول: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة	11
▪ الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 11/84	12
▪ الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 05/02	12
المطلب الثاني: الحقوق المادية للمحضون	15
▪ الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة	15
▪ الفرع الثاني: سكن المحضون.	19
المطلب الثالث: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.	20
▪ الفرع الأول: المعيار المعنوي النفسي	21
▪ الفرع الثاني: المعيار المادي	22
الفصل الثاني: التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها	24
المبحث الأول: دعاوى الحضانة	26
المطلب الأول: الدعاوى المدنية.	26
▪ الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة	26
▪ الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة المؤقتة	28
▪ الفرع الثالث: دعوى تمديد الحضانة	29
▪ الفرع الرابع: دعوى إسقاط الحضانة	31
المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة	36

▪ الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه	36
▪ الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	38
▪ الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	39
المبحث الثاني: أبرز الإشكاليات المطروحة في مجال الحضانة	41
المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط	41
▪ الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر (الاتفاقية الجزائرية الفرنسية)	42
▪ الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر:	43
المطلب الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون:	44
▪ الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	45
▪ الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة	47
▪ الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون	49
خاتمة	52
قائمة المصادر والمراجع	57
فهرس المحتويات	62
ملخص الدراسة	65

ملخص:

الحضانة نوع من أنواع الولاية الثابتة للطفل منذ ولادته وحتى من البلوغ، ويقصد بها ولاية التربية، وتهدف إلى الصيانة والقيام على مصالحة وحمايته والمشرع الجزائري والفقه الإسلامي حرصوا على توافر الشروط الضرورية للحاضنين من أجل مصلحة المحضون وفي الأخير تم دراسة أثار وتبعات الحضانة الناجمة عنها مثل النفقة سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة

الكلمات المفتاحية : الحضانة الشروط الحضانة السكن الزيارة القانون الجزائري.

Abstract:

Custody is a type of fixed guardianship for the child from birth until the age of puberty, and it refers to the guardianship of education, and aims to maintain and build on his interests and protect him, and the Algerian legislator and Islamic jurisprudence made sure to provide the necessary conditions for the custodian for the benefit of the child, and in the end the effects and consequences of custody resulting from it were studied. Like alimony, residence to exercise custody and right to visit

Key words: custody; custody conditions, housing, visitation; Algerian law