الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

رقم:

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: قانون خاص

تخصص: أحوال شخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

تحت عنوان

رعاية مصلحة المحضون بين النص و التطبيق

إعداد الطالبان:

بركات الربيع

بعلي عز الدين

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الاستاذ(ة)	جامعة	رئيســـا
اسم ولقب الاستاذ: وافي السعيد	جامعة	مشرفا ومقررا
اسم ولقب الاستاذ (ة)	جامعة	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

شُكر وَ وعرفانْ

مصداقا لقوله تعالى :

{ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ }

– سورة إبراهيم ، الآية 7–

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع، ولولا فضل الله علينا لما وصلنا لهذا

وعملا بقوله صل الله عليه وسلم :< من لم يشكر الناس لم يشكر الله>

أما القلب أبى إلا أن يبوح بكلمة شكر وتقدير لأساتذتنا الكرام في مختلف الأطوار، كنتم ودمتم نعم الأساتذة

إلى أستاذنا – وافي السعيد – الذي قدم لنا المساعدات والمعلومات وكان عونا لنا في مذكرتنا

وهنا سوف نضع كلماتنا الأخيرة إلى كل من ترك بصمة في هذه المذكرة وقدم لنا يد العون، سواء من قريب أو من بعيد

فلكم منا أسمى عبارات الشكر و الامتنان

وأخيرا الحمد لله ربي العالمين

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز ما يملك المرء إلى الكوكبين اللذان أضاءا دربي، إلى من كانا سبب وجودي و كرسا حياتهما لخدمتي و نجاحي إلى "الوالدين الكريمين."

إلى الذي بفضله رعاني و على الخير رباني و إلى طريق المعالي هداني و زرع الأمل في فؤادي أبي الغالي.

إليك يا جوهرة الوجود، يا نبض القلب و الحياة يا أحلى كلمة يلفظها اللسان أمي الحبيبة.

إليكم يا إخوتي قرة و فرحة أملي

إلى جميع أصدقائي و إلى كل طلبة الأحوال الشخصية

بركات الربيع

هدي ثمرة جهدي

إلى أغلي هدية أهداني إياها الله عز وجل إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها إلى من لا يمكن

للأرقام أن تحصي فضائلها نور عيني "أمي"

إلى الدرع الواقي والكنز الباقي إلى من جعل العلم منبع اشتياقي لك أقدم وسام الاستحقاق

"أبي" الغالي

إلى جدي حبيب قلبي أنار بنوره الدرب جزاه الله خيرا

إلى من كانوا بمثابة عونا لي اخوتي الأعزاء

إلى كل الأصدقاء والزملاء في الدراسة

بعلي عز الدين

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة أساس وجود الأفراد، فلولا الأسرة لما وجد المجتمع، فمنبتها يقوم على علاقة مبنية على رابطة الزواج بين الرجل والمرأة، مصداقا لقوله تعالى:(**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**)،سورة الروم الأية28، فالغرض الذي يتمحور عليه الزواج هو تكوين الأسرة عن طريق إنجاب الأولاد وتربيتهم ورعايتهم وحمايتهم وتوفير حاجياتهم ومتطلباتهم الأساسية، وكذا ترسيخ القيم الأخلاقية منذ الصغر، وتنشئهم تنشئة صالحة سليمة لقوله صلى الله عليه وسلم:(كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه).

تستمر العلاقة الزوجية في رحاب المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، ومع ذلك تحدث لهم بعض المشاكل والصراعات وسوء العشرة بينهما، والتي بسببها تتفاقم أكثر فأكثر في حالة فك الرابطة الزوجية أو ما يسمى بالطلاق، مما ينتج عن عدة أثار والمتمثلة في النفقة والسكن والحضانة، فالحضانة هو موضوعنا ومحور دراستنا واهتمامنا، كون الحضانة مسألة جد مهمة في حالة الطلاق، لأنها تتعلق بدرجة كبيرة بالطفل فهو ضحية نتيجة انفصال أبويه، ويجد الطفل نفسه في حيرة كبيرة، وكذا عدم التكيف مع الوضع الجديد عند انفصال أبويه، ويمكن أن يكون طلاق وسيلة استفزاز لضغط على الطرف الأخر، وعند اللجوء إلى المحكمة لغرض الحصول على الحضانة، فالأم أولى بحضانة ولدها، ومع ذلك تكون مصلحة الطفل هي المعيار الأساسي الذي يعتمده القاضي في إسناد الحضانة.

وقد جاء قانون الأسرة الجزائري وكذا القضاء والشريعة الإسلامية في الحديث عن حضانة الطفل بحيث عالج المسائل المتعلقة بالحضانة، فالشريعة الإسلامية قد ساهمت بشكل كبير في توضيح مسائل الحضانة وأحكامها وما جاء فيها من خلال شروطها ومستحقيها، وأسباب سقوط الحضانة وما ينتج عنها من أثار وانعكاساتها الكبيرة على المحضون، أما قانون الأسرة الجزائري فقد تكلم عن الحضانة من المادة 62 إلى غاية ال مادة72، إلا أن بعضها يستلزم إعادة صياغتها من جديد لتتماشى مع تغيرات الواقع الحالي.

لقد تعهدت غالبية التشريعات الوضعية بما فيها التشريعات الجزائرية بالعديد من الأحكام والقرارات القضائية والتي تتعلق بمصير الولد وحمايته بشتى أنواع الحماية وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض بهدف تحسين سير القانون وتحقيق النظام، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها:(على جميع الدول و المؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى اعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، ونحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانة من أهم الأولويات التي يجب أخذها بمحمل الجد كون الحضانة الطرف ضعيف فيها هو الطفل بحد ذاته فيجب تسليط ضوء عليه.

إذن لا يحق أن نحمل الأطفال تبعات النزاع الحاصل بين والديهما، والذي لا ذنب لهم فيه، فنزاع الوالدين يؤثر سلبا على الطفل من الجانب النفسي مما قد يؤثر عليه أيضا حتى عند بلوغه، مما يتوجب التصدي لمشكلات الأطفال، خصوصا بعد انفصال الزوجين عن طريق توفير الحماية القانونية وإعطاء الحضانة إلى الشخص الأجدر بها في تربيته ورعايته دون تفكير في مصلحة والدين فقد تكون مصلحة الوالدين غير صائبة لفائدة المحضون بسبب عدم توفر الشروط مثلا، أو الوفاة.

ولعلاج مشاكل الحضانة وإشكالاتها بعد الطلاق يتم ذلك باللجوء إلى القضاء فهو الجهة الوحيدة لعلاج هذه المسائل، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه. فما هي هذه الدعاوى وماهي جرائم الحضانة؟ وماهي أبرز الإشكالات التي تثار حول الحضانة؟ وإلى أي مدى وصلت التشريعات الجزائرية في علاج مسائل الحضانة؟

فالحضانة إذن هي من أعقد المسائل والمشكلات التي ينضر فيها القاضي، وعليه أن يتعامل معها بكل دقة وصبر مراعيا في ذلك أساس مصلحة المحضون وخصوصا الأحكام التي يصدرها، لكن هل له السلطة الكاملة في تقدير مصلحة المحضون أم أنه مقيد بالنصوص لتطبيقها، وبالأحرى ما مدى فعالية ونجاعة الأليات القانونية المكرسة من قبل التشريع والقضاء في تحقيق مصلحة المحضون؟

-أسباب اختيار الموضوع:

-يعود سبب اختيارنا لهذا الموضوع هو معرفة مستحقي الحضانة وترتيبهم.

-دور القضاء والاتفاقيات الدولية في علاج المسائل المتعلقة بالحضانة.

-أهمية الموضوع:

-أن الطفل هو أساس المجتمع لذلك يجب أن ينشأ تنشأ صحيحة.
-أن الحضانة أمر لازم للطفل لغرض حماية مصالحه، لذلك كان لقانون الأسرة والقضاء أثر فعال في حمايته.
-أن مصلحة المحضون أولاها المشرع أهمية كبيرة بسبب إعماله بمبدأ مصلحة المحضون.

-أهداف الدراسة:

-ضرورة اتخاذ التوعية إرشادية للحد من ظاهرة الطلاق والتي هي سبب في صراعات حول الحضانة.
-إلزامية تحسين أداء جهاز القضائي لضمان سير الحسن للعدالة خصوصا فيما يتعلق بمسائل الحضانة.
-يجب على الوالدين التفكير بأطفالهم قبل لجوئهم إلى الطلاق.
-الحرص كل الحرص على استيفاء حقوق الحاضن والمحضون.

-المنهج:

إن المنهج المتبع من خلال هاته الرسالة هو المنهج وصفي تحليلي.

ولدراسة هذا الموضوع سنتناول الإطار المفاهيمي للحضانة وآثاره في الفصل الأول وقد قسمناه إلى مبحثين ذكرنا في الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة وفي الثاني مصلحة المحضون فيما يتعلق بالحضانة، أما في الفصل الثاني: فسنتناول التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون وأهم إشكالاتها وقسمناه إلى مبحثين في الأول: الدعاوى القضائية للحضانة و الحماية الجزائية المخولة لها وفي الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها.

الفصل الأول

الإطار التأميني للحضانة وآثاره

المبحث الإطار المفاهيمي للحضانة
المبحث الثاني: مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة وآثاره

إن الحضانة من أبرز أثار الناجمة عن الطلاق فالغرض منها هو حماية مصير الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه، فالحضانة جانب من جوانب الرعاية لأن مفهومها مسلط على الفقه والتشريع والقضاء، واتفقوا على العمل بمصلحة المحضون، فإذا كانت الحياة الزوجية مستمرة فلا يحدث أي إشكال، ولكن إشكال يثور بعد الطلاق بسبب النزاع حول حضانة الأولاد لمن تكون أولوية رعايتهم

ولقد حدد المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد، من المادة62 إلى المادة72 من قانون الأسرة الجزائري والتي ضبطت مجموعة من الحقوق للطفل المحضون في هذا السن الحساس من حياته، ومن بين هذه الحقوق الحق في السكن و النفقة والزيارة

ومن خلال هذا الفصل سنتحدث في المبحث الأول عن الإطار المفاهيمي للحضانة والذي سنتكلم فيه في المطلب الأول بتعريف الحضانة من الناحية الفقهية والقانونية والاصطلاحية ، وفي المطلب الثاني سنوضح شروطها العامة والخاصة لممارستها لدى النساء والرجال، أما في المطلب الثالث سنتكلم عن مستحقي الحضانة وكيفية ممارستها، وفي المبحث الثاني سنتحدث عن المصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة ويندرج ضمن هذا المبحث الثاني ثلاثة مطالب، في المطلب الأول سنتحدث عن نفقة المحضون وتقديرها وأجرة الرضاع، والمطلب الثاني عن حق المحضون في السكن، وفي المطلب الثالث سنتناول فيه عن حق المحضون في الزيارة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة

يتعلق الإطار المفاهيمي للحضانة بمجموعة من التعاريف الخاصة بالحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها وكيفية سقوطها وعودتها ومدتها، وسنتطرق لهم في ثلاثة مطالب، في المطلب الأول سنتناول فيه تعريف الحضانة، وفي المطلب الثاني سنتكلم فيه عن شروط ممارسة الحضانة، وفي المطلب الثالث سنتناول فيه عن مستحقي الحضانة وكيفية ممارستها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

قبل طلاق لا يحدث أي نزاع ولكن يثور نزاع بعد طلاق والمتعلق بالحضانة أي مصير الطفل عند طلاق، فهو مخير بين أبويه إما لأمه أو لأبيه، وهذا هو موضوعنا فكيف يمكن تعريف الحضانة؟

فالحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن تكفل بمصالحه وشؤونه، واحتياجه إلى من يقوم بهذه الأمور ويتعهد بالرعاية حتى يصبح قادرا على القيام بأموره بنفسه وينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، سنتكلم في الفرع الأول عن تعريف الحضانة من الناحية الفقهية، وفي الفرع الثاني تعريف الحضانة من الناحية القانونية، وفي الفرع الثالث تعريف الحضانة اصطلاحا، وفي الفرع الرابع تعريف الحضانة في القوانين المغاربية.

الفرع الأول: تعريف الحضانة من الناحية الفقهية

لقد جاء تعريف الحضانة لدى الفقهاء كتالي:

أولا: تعريفات الحضانة لدى الفقهاء

لقد جاء تعريف الحضانة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية مختلفا فكل فقهيه من الفقهاء قد عرف الحضانة برأيه الشخصي كتالي:

1) عند فقهاء المالكية:

لقد عرف الفقهاء المالكية الحضانة بأنها حفض الولد والقيام بمصالحه[1]

2) عند فقهاء الشافعية:

الحضانة تعني (حفض من لا يستقل بنفسه وتربية الطفل ورعايته رعاية صالحة وسليمة).

1- أحمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الكبير،ج2، (د.ط)، دار الفكر لنشر و توزيع، لبنان بيروت، ص252.

3) عند فقهاء الحنابلة:

بأن الحضانة نعني بها حفض الصغير والمعتوه عما يضرهم وتربيتهم والعمل على قضاء مصالحهم.

ثانيا: حكم الحضانة لدى الفقهاء

إن الحضانة واجبة لصغير والصغيرة لأن المحضون قد يهلك بتركها فوجبت حفاضا عليه من المهالك فكفالة الطفل وحضانته واجبة[1]، في حق الحاضن إذا لم يوجد غيره أو وجد ولكن المحضون لم يقبل غيره لأنه قد يهلك أو يتضرر.

فيجب حفضه من الهلاك والضياع ومراقبته لكي يتربى تربية صالحة

و تطبيقا لهذا فقد أثبت الفقهاء الشريعة الإسلامية أن للحضانة أحكام يجب مراعاتها وهي كتالي:

1) إن الحضانة واجبة على الحاضنة الأصلية

2) في حالة الخلع أي إذا خالعت الزوجة زوجها وكان من شروط الخلع إسقاط حقها في الحضانة لابنها الصغير لم يسقط حقها في حضانته.

4) لا ينزع المحضون لها إذا طلبتها ويسلم إلى من بعدها في حضانة إلا لمبرر شرعي يسقط حضانة الأولى.

5) إذا قرر القاضي بطلب من الولي إسناد مهمة الإرضاع إلى غير الحاضنة الأصلية فإن للحاضنة إلزام المرضعة بإرضاع طفل عندها.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة من الناحية القانونية

لقد ورد تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بالمادة 40 من فقرتها الثانية من القانون المدني، فنجدها قد حددت سن الرشد ب19سنةكاملة،[2] ،أي أن المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو الكبير فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه، أما البالغ فلا حضانة له،[3] ،فالمادة62من قانون الأسرة نجدها بأنها قد حددت كل حاجيات الطفل.

2- عبد االله بن أحمد بن محمود بن قدامة المقدسي، المغني، وأنضر منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص495.

2- المادة 40 فقرة02 من القانون المدني26-سبتمبر-1975 المعدل والمتمم.

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

يمكن تعريفها من الناحية الاصطلاحية بأنها تربية الطفل والقيام بشؤونه وتوفير له كل الإمكانيات وحمايته من كل خطر قد يتعرض له، ودعمه ماديا ومعنويا

ولقد عرف الدردير الحضانة بقوله:(الحضانة هي حفض الولد والقيام بمصالحه)[1]. ،كما يمكن تعريف الحضانة بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بشؤونه في سن معينة[2]

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

إن الحق الحضانة يعتبر من أساسيات التي خصها القانون للطفل، والتي تعتمد بالأساس على حفض الصغير والذي لا يميز ولا يستقل بأمره،[3] ، وتوفير دعم له ومنحه تربية حسنة، لأن محور الحضانة مبني على الصغير والصغيرة والحفاض عليهم من الإهمال وعدم تعريضهم للهلاك[4].

ولقد أكد المشرع الجزائري على هاته النقطة مسلطا الضوء على والدي الصغير لأنهما يشكلان دعامة مهمة له للحفاض على مصلحة الولد وإنجاء له منهلاك.[5] يعد الحاضن الشخص القادر الذي له حق إشراف على الصغير بإذن الشرع وبأمر من القاضي ذكرا كان أم أنثى إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية والترتيب، فالحضانة تنسب لشخص المؤهل لذلك مع توفير شروطها طبعا، إذ يرى القانون بأن هناك شروطا خاصة بالرجال والنساء معا وأخرى تخص بها النساء فقط والبعض الأخر لابد من توافرها في الرجال،[6] ،فلا تمنح الحضانة لشخص الذي لا تتوفر فيه شروط الحضانة، والتي هي من أسباب التي تجعل شخص الحاضن مؤهل لرعاية المحضون.

فنقول في هذا الصدد بأن القانون والفقه قد وضحو بأنه يوجد شروط خاصة بالرجال والنساء وأخرى متعلقة بالنساء.

1- أحمد بن محمد أحمد الدردير، شرح الكبير، ج2، المرجع السابق، ص526.

2- مستشار أحمد محمود خليل، الوسيط في التشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، (د.ط)، دار الفتح للتجليد الفني، 2008، ص969.

3- بن عصمان إيناس، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجيستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص33.

4- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط1، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1985، ص33.

5- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص140.

6- باديس دياني، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص128.

الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال

لقد ذكر قانون الأسرة شروط الحضانة بنص المادة 62، وهذه الشروط هي:

أولا: الأهلية

الحضانة هي منح الرعاية لصغير وإدارة شؤونه والمتطلبات التي يحتاجها، ويلزم لشخص حاضن أن تكون له الولاية على الصغير، فلا يمكن لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، هذا لأنها مهمة شاقة يتحملها إلا كبار، فلا يعقل منح الحضانة تحت السن القانوني، ولهذا يشترط في الحاضن أن يكون بالغا.[1]

وهناك نقطة مهمة تتعلق بالفتاة الصغيرة والتي لم تبلغ سن القانوني بموجب ترخيص من المحكمة، فهل تستحق الحضانة أم لا.

إن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة، فقول كون الفتاة مؤهلة لزواج فإنها تصبح أهلا لتحمل المسؤولية، إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك[2].

ثانيا: العقل

يعتبر العقل من مقومات الحضانة فلا حضانة للمجنون، بل تكون الحضانة للشخص ذو عقل سليم قادر على حجم المسؤولية الموجهة له لرعاية وحضانة الصغير، ويجب عليه تغلب على المشاكل التي يعترضها لأدائه لهذه المهمة، وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة سلامة العقل لأنها شرط مهم للحضانة، ونص على أن الحضانة هي الولاية على النفس، طبقا لنص المادة87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة والتي نصت على:(... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة الأولاد).

فالحضانة هي الولاية على النفس لمن أسندت له حضانة، وتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، وهذا ما أكدته المادة85من قانون الأسرة والتي نصت على:(تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)[3] ولهذا فالمشرع منع إعطاء الحضانة لغير العاقل، أو السفيه، أو المعتوه.

1- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص149.

1- أمر رقم75-58 مؤرخ في 20رمضان1995 الموافق ل: 26سبتمبر1975، يتضمن قانون المدني المعدل والمتمم حيث تنص المادة 40 منه على:(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة).

3- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص55.

ثالثا: القدرة

يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فرعايته على سلامته تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية، فلا حضانة للعاجز فإذا كانت الحاضنة عاجزة لكبر سنها، أو لوجود عاهة، أو مريضة، أو كانت عاملة تخرج من البيت في كل الأوقات وتترك المحضون وحده، لم تستحق الحضانة وينتقل هذا الحق إلى من بعدها في درجة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة، فيظهر ذلك جليا في العديد من القرارات المحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09:(من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفض المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم لحضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن صواب وخالفو القواعد الفقهية لها،ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الجدل المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ)[1].

رابعا: الأمانة

إن أعظم صفة والتي يجب أن تتوفر في الحاضن ليكون أهلا للحضانة هي الأمانة وهي أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه معه، والاهتمام به ورعايته وعدم تركه والغياب عنه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون لا يكون قادرا على الحضانة.

وللبيئة المحيطة أثر بالغ على الطفل المحضون، فمثلا لو كانت الحاضنة فاسدة الأخلاق والتي تتعاطى الفحش بمنزلها أمام المحضون أو تصحبه معها إلى أماكن رذيلة، فلا تعتبر أمينة على المحضون[2]،، فالفسق هذه المرأة يعتبر مانع من موانع الحضانة، وبمفهوم المخالفة على حسب أقوال الفقهاء فلو كانت الحاضنة كثيرة صلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها[3].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ:1984/07/09، ملف رقم 3391، مجلة قضائية1989، عدد04، ص76.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.

3- أنضر محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الكتاب العربي، مصر، 1958.

خامسا: الإسلام

يعتبر الإسلام ضرورة لازمة في منح حق للحاضن في رعاية المحضون، وبمفهوم المخالفة فإن عدم توفر الدين الإسلامي لدى الشخص الحاضن، فيسبب ذلك إلى عدم مباشرة الحضانة وتسقط الحضانة عنها كون الإسلام شرط من شروط ممارسة الحضانة سواء أكان الحاضن ذكرا أو أنثى وهذا ما أكدته المادة62 من قانون الأسرة

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا:(من المقرر شرعا وقانونا، أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر حتى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية).

ولا يمكن القول إن العمل الأم يشكل إسقاطا للحضانة، بل هو بمثابة حماية للطفل.

الفرع الثاني: الشروط المطلوبة في النساء

توجد عدة شروط خاصة المتعلقة بالنساء يجب توفرها بالإضافة إلى شروط سابقة وهي:

أولا: عدم زواجها بغير قريب محرم للمحضون

نعني ذلك بأن لا تتزوج برجل أجنبي لأنه لا يعطف على صغير، وإذا تزوجت بمحرم فهذا يكون سببا في حسن التربية الحسنة.

وأتفق غالبية الأئمة على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت:(يا رسول الله إن أبني هذا كان بطني له وعاء وثدي له شفاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني)،فقال صلى الله عليه وسلم:(أنت أحق بهم الم تنكحي)[1] ،وإذا تزوجت بذي رحم محرم لصغير فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن الشخص الذي تزوجت به له الحق في الحضانة فيتعاونان على كفالته[2]، ،فهذا ما نصت عليه المادة66 من قانون الأسرة الجزائري وعند زواجها بغير رحم محرم فيمكن أن يكره الصغير، وإذا طلقت منه فلا تعود إليها الحضانة.

ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون

1- رواه أحمد أبو داود وصححه الحاكم.

2-عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص359.

تكون الحاضنة ذات رحما محرما على المحضون كأمه وأخته وجدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة لصبي لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق للابن الخالة وابن العم والعمة في حضانة الإناث[1].

ثالثا: عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه

إن إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ولو كان قريبا سقطت حضانته، هذا لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وحفظه من أذى وضياع، فهذا يعد تعريضا للخطر، وما يؤكد ذلك أن الفقهاء قد أجمعوا كلهم أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى.

رابعا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا

يتعلق هذا الشرط بامتناع الأم عن حضانة طفلها مجانا وكذا بإعسار الأب، ويستطيع دفع الأجرة الحضانة، فإن كان الأب معسرا وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[2].

خامسا: الإسلام

إن الإسلام أهم شروط تولي حضانة الطفل لأنه جانب مهم في منح الحضانة فاختلاف الدين يشكل خطرا على الطفل، وليس هذا فقط فلو كانت أم الحاضنة قد ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة، إلا إذا أسلمت يعود حقها لزوال المانع.

وفي شأن ذلك تضاربت الآراء كل من المالكية والحنفية والحنابلة والشافعية بخصوص الإسلام، حيث قال المالكية على أن اتحاد الدين ليس شرطا، وأما الحنفية فأجازوا الحضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة، أما الشافعية والحنابلة فإنهم يمنعون ولا يسمحون للحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين، لهذا فقد أكدت المادة62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربي الطفل على دين أبيه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:1989/03/13حيث جاء فيه:(من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إذا خيف على دينه، وأنا الحاضنة الذكر إلى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للأحكام الشريعة والقانون)[3].

1- إمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 57.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ط2، دار الفكر العربي، سوريا، دمشق ، 1985، ص308.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاؤيخ1989/03/13، ملف رقم52221، ذكره صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص72.

الفرع الثالث: شروط الخاصة المطلوبة في الرجال

من الشروط الخاصة المطلوبة لدى الرجال نذكر منها:

أولا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى

يكمن هذا الشرط في إلزامية أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى، فيجب لذكر أن يكون عنده ما يحضن الإناث، ولا يمكن أن يحضن غير محرما بنتا مطيعة للوطيء كابن عمها إلا إذا تزوج بأمها، ويعود السبب في اشتراط أن يكون للحاضن محرم من يحضن الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة أو خالة، لأن الرجال لا يستطيعون تربية الأطفال[1]، ، وقد أجاز القاضي إبقاء طفلة عند عمها إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها من الفتنة منه[2].

ثانيا: اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

إن اتحاد الدين يكمن في وجود ديانة مشتركة بينهم، أي أن يكون الحاضن والمحضون نفس الديانة، وعند اختلاف الدين لا يمكن أن يتوارث هذا الطفل من أبيه، هذا لأن من موانع الميراث اختلاف في الدين، ولا توارث بين مسلم وغير مسلم، فدين المشترك بينهم لا يسقط الحضانة، وذلك لأن الولد غير مسلم وكان ذو الرحم محرما مسلما، فليس له حق في الحضانة، وإذ كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه لأنه لأتوارث بينهما.

المطلب الثالث: مستحقي الحضانة وكيفية ممارستها

سنتكلم في هذا المطلب الثالث عن مستحقي الحضانة في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتكلم عن سقوطها، وفي الفرع الثالث عن عودة الحضانة لمستحقيها، وفي الفرع الرابع والأخير سنتحدث عن مدتها وانقضائها.

الفرع الأول: مستحقي الحضانة

أولا: الأم ومن يليها من قريباتها

الولاية على الطفل نوعان: ولاية على النفس وولاية على المال، فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية، فهذا النوع يقدم فيه الأب على الأم، أما الولاية على النفس فهي الإشراف على شؤون القاص، وعليه فإن ترتيب الحاضنات يكون على النحو التالي:

1- التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص880.

2- أنضر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص830.

1) –الأم :

الأم هي ركيزة المهمة في الأسرة لما لها من دور فعال في تربية الطفل، هذا لأن الأم بطبيعتها أحن على ولدها من غيرها، فشفقتها لا تعد له شفقة، وعطفها لا يقاربه عطف، حيث جاءت الأم في المرتبة الأولى من الحاضنات[1]، لقوله تعالى: (لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده)[2]

2) –أم الأم(الجدة) :

إن حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون، تكون إما لزواجها بأجنبي، أو لأي سبب من أسباب السقوط، تليها مباشرة في المرتبة الثانية في استحقاق، وذلك حسب المادة64 من قانون الأسرة لمشاركتها في الإرث و الولادة، وهي أيضا أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، وكذا فضلت الأم على الأب، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب[3].

3) –الخالة :

إن الخالة هي أخت أم تكون في الرتبة الثالثة في استحقاق الحضانة بعد الجدة، وتعد الخالة هي الأجدر في تولي الحماية والرعاية المحضون، خصوصا إذا كان هناك سببا كافيا والذي جعلها تستحق الحضانة، كوفاة الحاضن الذي قبلها في استحقاق الحضانة، أو عدم توفر فيه الشروط الحضانة.

ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه

إن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم، لانتفاء الشروط فيهن أو بسبب وفاتهم، فهنا تنتقل الحضانة إلى جهة الأب، وقد حددت مادة64 من قانون الأسرة الجزائري هؤلاء الأشخاص وهم عل نحو التالي:

1)الأب :

يتضح لي من قراءة نص مادة64 من قانون الأسرة الجزائري، أنها رتبت أب المحضون بعد الخالة مباشرة، فحضانة المحضون من حق الأب بعد الأم، فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة مثلا.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، ص752،753.

2- سورة البقرة، الآية 233.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص299.

2)الجدة (أم الأم):

إن الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب، وذلك حسب الترتيب المحدد بالمادة64 من قانون الأسرة الجزائري، فتكون الحضانة لأم الأب، وكما تكون لأمها وجدتها عملا بقاعدة (الأم وإن علت)، وهذا إذا توفرت فيهن الشروط بالرغم من أن المادة64 من قانون الأسرة الجزائري توقفت عند الأم فقط.

ثالثا: الأقربون درجة

يعد التشريع السبيل الوحيد في توفير ضمانة أكيدة للحاضن، خصوصا عند تعدد الحواضن، ولكن عبارة (الأقربون درجة) قد تركت تساؤلا كبيرا لدى رجال القانون، وبمعنى آخر، فإذا ذكر المشرع الجزائري بعض أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم درجة بدرجة، فإنه مع ذلك ترك البعض الأخر دون ذكر نوعية قرابتهم من المحضون[1]، ، بل اكتفى بوصفهم بالأقربين، فماذا يقصد بالعبارة (والأقربون درجة)، فهل هم من النساء أو الرجال الذين سيتكلفون برعاية المحضون.

وللإجابة على ذلك نرى أن الحلول تكمن عند المشرع الجزائري، لأنه قصد ب (الأقربين)، النساء، كالأخت، والعمة، وابنة الأخت، وابنة الأخ، لأن الأمر لا يتعلق بالولاية بل يتعلق بالحضانة.

ولقد ترك المشرع للقاضي اختيار الأصلح من الأقرباء، فلا يرجع له في انتقاء المحضون من بين أقاربه.

ومن أسس النظام القانوني ألا تسند الحضانة إلا بعد احترام الترتيب، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يقضي بإسناد الحضانة إلى الشخص الأجدر بها.

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على أسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

أولا- سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون :

1- أنضر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ط2، ص293.

لقد قيد الفقهاء سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، أما الشافعية فقد جعلوا سبب سقوط يكمن بزواج الحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، ومن بين الحجج التي احتجوا بها أنه روى أن أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم، وبقي ولدها في كفالتها[1].

و ما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال مادة66 قد أخذ بموقف المالكية والحنفية.

ومن بين الاستثناءات المتعلقة بسقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم يمكن حصرها كالتالي :

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم.

- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون.

- ألا ينازع الأم في المحضون أحد بعد زواجها.

- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراضي[2]. ومما لاشك فيه عند زواج الحاضنة بأجنبي تسقط حضانتها، وهذا ما جاءت به المحكمة العليا، واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في قرارها المؤرخ في:1998/07/21[3]، ما يلي:(من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطالب فيها باستعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا للأحكام المادة71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون).

ثانيا- التنازل عن الحضانة:

إن التنازل عن الحضانة مسموح به وجائز لدى الحاضن، فلو مثلا تنازلت الأم عن طفلها لأجل الأب، فلا يمكن هنا للمحكمة أن تستجيب لها، وهذا ما صرحت به المحكمة العليا في قررها المؤرخ في:1998/04/21:(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد الحضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عند مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون)[4]. ثالثا) -سقوطها بسبب الزنا:

1- المرجع نفسه، ص147

2- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2004، ص113.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1998/07/21،ملف رقم201336،م ق2001،عدد خاص،ص178، مذكره صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص90.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ:1998/04/21، ملف رقم189234، م ق2001، عدد خاص، ص175، ذكره صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص91.

تعتبر جريمة الزنا من مسقطات الحضانة، فجريمة الزنا من الجرائم الأخلاقية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:2010/07/15 والذي جاء فيه:(إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد الحضانة البنت(س) إلى والدتها المطعون ضده بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة وإذا كانت فعلا تسقط طبقا للأحكام المادة67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 من نفس القانون، إلا أن المادة سالفة ذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون وأن مصلحة البنت (س)تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك لأنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على حكم المستأنف بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما)[1].

رابعا- عدم المطالبة الحاضن بحقه في الحضانة:

يعني ذلك أنه لم يطلب من له الحق في الحضانة بممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بلا عذر سقط حقه فيها، وهذا ما جاءت به المادة68 من قانون الأسرة الجزائري، أي أن الطفل إذا كان موجودا في رعاية خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلبوا حقهم في حضانة الطفل، ومضى عن ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط.

خامسا- سقوطها عند الإقامة في بلد أجنبي:

يسقط حق الحضانة لشخص أجنبي عند صدور الحكم، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، فيجوز له إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به لبلد أجنبي، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة[2].

الفرع الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها

سنتناول في هذا الفرع عن عودة الحضانة لمستحقيها، وذلك من الناحية الفقهية وكذا من الناحية القانونية على النحو التالي:

أولا: فقها

يسقط حق الحضانة بعذر أو بلا عذر، أي إذا تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة لها، فنقول بأن الحضانة لا تعود لها وإن كانت الحضانة لا تعود لمن أسقطت حقها بإرادتها، فينبغي أن:

- يبقى حق الحضانة لمن انتقلت له.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ25-07-2010،ملف رقم564787،م ق2010،عدد02،ص266.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142.

– إذا تزوجت أسقطت حقها بإرادتها[1]، ولا تعود الحضانة لها، وتسقط لعذر إذا كان المانع خارج عن إرادتها.

ثالثا: قانونيا

لقد نصت المادة71 من قانون الأسرة على أن:(يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري)، أي إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه، فإن حق الحضانة سيعود إليه[2].

ولقد جاء في قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ:05/02/1990 جاء فيه : (من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون)[3] ، فنقول أن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.

الفرع الرابع: مدة الحضانة

في هذا الفرع سنتحدث عن فترتها، وسلطة القاضي فيها، وانقضائها، وأراء الفقهاء فيها على النحو التالي:

أولا: مدة المقررة قانونا للحضانة

لقد نصت المادة65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه10سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون)، هذا من منضور القانون، أما من منضور الفقه ،فاتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، إلا أنهم اختلفوا في بقاءها، فرأي الحنفية انقسم أنصاره إلى اتجاهين، فمنهم من قدر انتهاء مدة الحضانة الذكر ب7سنوات، ومنهم من قدرها ب9 سنوات، فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنته[4].

لقد رأى فقهاء الحنابلة على أن حضانة الذكر تنتهي بسبع سنوات، وتسع سنين بالنسبة للأنثى، أما رأي الفقهاء المالكية فيرون بضرورة التفرقة بين الذكر والأنثى، فتنتهي حضانة الذكر إلى غاية سن البلوغ، أما الأنثى فتستمر إلى النكاح ويدخل بها الزوج بالفعل[5].

1- محمد بشير الشقفة، فقه الأحوال الشخصية، كتاب الطلاق الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم دمشق، ط1،2003، ص592 وص593

2- أنضر عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص302 وص303

3- المحكمة العليا، قرار رقم58812 بتاريخ05/02/1990

4- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية،بيروت،1967،ص568

5- التواتي بن تواتي، المرجع السابق،ص870.

أما رأي الشافعية فيرون أن أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية بلوغه سبع سنوات[1].

ثانيا: سلطة القاضي في تمديد مدة الحضانة

يكون تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، وبالتالي فللقاضي سلطة التقديرية في تمديد الحضانة، إلا أن سلطته غير مطلقة بل هي مقيدة بشروط وهي كتالي:

يتعلق تمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا انتهت حضانة الفتاة لا يحق لأي من الحواضن طلب تمديدها[2].

ولهذا يتوجب إتباع شروط التمديد التالية:

- أن يكون حد الأقصى ل تمديد16سنة، وبتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من16سنة.
- أن تكون أم الحاضنة غير متزوجة

- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات.

ثالثا: انقضاء المدة

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري عن حالة الطفل بعد انتهاء الفترة، كما لم يضع المشرع نصا خاصا بالابن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة[3].ويمكن القول أن الحق في الحضانة أوجبه القانون لحماية المحضون، وهذا الحق يولد التزامات من جانب الحاضن أو المحضون له، ونلاحظ أن الجانب الأكبر من التزامات يقع على عاتق الحاضن لما له من أهمية بالنسبة للصغير، لذا لا بد من أن يكون الحاضن أهلا لذلك.

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص569

2- أنضر عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص299.

3- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة،الجزائر،عدد15، 2005،ص198.

رابعا: آراء الفقهاء حول مدة الحضانة

1)- رأي فقهاء الحنفية :

يُفَرِقُ فقهاء الحنفية بين المحضون الذكر والأنثى، فبالنسبة للذكر فيرون بأنه يسلم إلى الحاضنة المرأة سواءٌ كانت أمه أو من يليها، ولقد حُدِدَ السن بسبع سنوات أو تسع سنين، فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنته لا ينتزعه منها أحد[1].2) -رأي فقهاء المالكية:

إن مدة حضانة الطفل عند المالكية تبدأ من ولادته إلى سن البلوغ، ويمكن تأكيد ذلك من خلال حديث حيث روي أن عمر رضي الله عنه أنه خاصم امرأته التي طلقها إلى أبي بكر في ولدها، فقال أبو بكر رضي الله عنه:(هي أحق به ما لم تتزوج).

3) - رأي فقهاء الشافعية:

يستند رأيهم على أن أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواءٌ كان المحضون ذكراً أو أنثى إلى غاية بلوغه سبع سنوات[2].

4)- رأي فقهاء الحنابلة:

لقد اتفقوا الحنابلة على أنه إلى حين بلوغ سن السابعة تكون الحضانة للنساء، أما عن الخادمة فهناك من قال بأنها الأجدر بحضانة البنت التي لم تبلغ تسع سنوات[3].

المبحث الثاني: مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة

لقد رتب المشرع الجزائري أثاراً لممارسة الحضانة لكلا المطلقين، هذا لأن الحضانة ترتكز على مجهود في تربية المحضون ومن بين هذه الآثار: النفقة، السكن، والزيارة، والإخلال بهذه التزامات يؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها، وفي هذا المبحث الثاني سأحاول تبيان المقصود بالنفقة وتحديد شروطها وتاريخ استحقاقها، ثم نتطرق إلى السكن المحضون، إضافة إلى الحق في الزيارة ومدته والتي تعتبر حقٌ لكل من المحضون وزائره سواء كان الأب أو الأم، ولقد جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب وهي: في المطلب الأول سنتكلم فيه عن نفقة المحضون، وفي المطلب الثاني عن سكن المحضون وزيارته، وفي المطلب الثالث سنتكلم فيه عن حق الزيارة.

1- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق ص568

2- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص569.

3- المرجع نفسه، ص ذاتها.

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الرضاع

تعد نفقة الولد واجبة على الأب، طبقا لنص المادة75من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه:(تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال)، ونجد نفس الحكم في نص المادة72 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أن:(نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده)، عند عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك أي إذا كان الأب عاجزاً على الكسب، وحينئذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير بعد الأب وهي الأم ولها أن تعود على الأب إن ظهر يسره لأنه يعتبر مدينا لها بها[1]، في هذا المطلب الأول أربعة فروع وهي: تعريف نفقة المحضون في الفرع الأول، وشروط استحقاقها وسقوطها في الفرع الثاني ، وتقدير النفقة في الفرع الثالث، أما في الفرع الرابع سنتحدث فيه عن أجرة الرضاع.

الفرع الأول: تعريف نفقة المحضون

إن قانون الأسرة الجزائري لم يورد تعريفاً لنفقة بل تكلم عن أحكامها، فالنفقة هي الأموال التي تنفق على الطفل، من ملبس و مؤكل ومصاريف العلاج وغير ذلك[2] إذن فالنفقة هي كل ما ينفقه الحاضن على المحضون، وتوفير له كل حاجياته الأساسية وسد متطلبات عيشه، وهي واجبة وعدم القيام بها يؤدي إلى الإخلال بالتزامات لأسرة.

الفرع الثاني: استحقاق النفقة و مشمولاتها

سنتحدث في هذا الفرع الثاني عن شروط استحقاق النفقة وتاريخ استحقاقها ومشمولاتها كتالي:

أولا: شروط استحقاقها

1) -أن يكون الابن فقيرا لا مال له:

تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى غاية الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة، فالنفقة من واجب الأب على ابنه الذي لا مال له، وتستمر حتى سن البلوغ لذكر وأنثى حتى تتزوج.

2) -ألا يكون الأب معسرا:

لابد أن يكون الأب معسرا وأن يكون الابن محتاجاً لنفقة، إذا لم يكن له مال لكونه صغير سن وذا عاهة أو مزاولا لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تضل البنت محل النفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح

1- أنضر عبد العزيز سعد، المرجع سابق ص225.

2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص383،

النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب عاجزاً والأم قادرة على النفقة، والمقصود بالعجز هنا هو عدم القدرة على الاسترزاق، حيث نصت المادة76 من قانون الأسرة الجزائري على:(في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرةً على ذلك).

ثانيا: تاريخ استحقاقها

تنص المادة80 من قانون الأسرة على:(تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى ، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لتتجاوز سنة قبل رفع الدعوى)[1].

ثالثا: مشمولاتها

نصت المادة78 من قانون الأسرة على أنه: (تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرة، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وما تحويه النفقة من الغداء والمتمثل في الطعام والشراب، والكسوة وتتمثل في اللباس، والعلاج، المسكن)، فالمصلحة المحضون تتحقق بوجود النفقة، لأنها أهم عنصر تقوم عليه هذه المصلحة، وتشمل كل الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل، ولهذا يجب على القاضي عند حكمه بمبلغ النفقة أن يراعي كل هذه العناصر.

الفرع الثالث: تقدير النفقة

القاضي هو شخص الوحيد الذي يقدر النفقة المستحقة للأطفال، فله كل الصلاحية في تقديرها، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا محددا من طرف القضاء لصالح أبنائه، فله حرية منح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء، ولكن ليس له أن يمنحه أقل منه[2]، وماهو معمول به قانونا أن يراعي القاضي عند تقدير النفقة حالة الطرفين.

إن تقرير النفقة المستحقة للمحضون يرتكز أساسا على حالة الزوجين المادية، وهذا مقرر فقها وقضاء، والقضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقواعد الشرعية[3]، ومما يتوجب على القاضي أن يراعي حال كل طرف على حدا، وهذا حسب ما جاءت به نص المادة79 من قانون الأسرة الجزائري وبخصوص مطالبة الحاضن بالنفقة، فلقد أشارت المادة80 من قانون الأسرة الجزائري، تستحق النفقة من تاريخ رفع دعوى، وللقاضي أن يحكم لاستحقاقها بناءا على بينة لمدة لتتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ولهذا فالنفقة أمر واجب ولا يسكت عليه لمدة طويلة، ولكن مع ذلك قد لا تدرك

1- المادة 80 من الأمر رقم05-02، المؤرخ في27فبراير2005.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص163.

3- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الجزائر2012 ، ص446.

الحاضنة الإجراءات الواجب اتخاذها مما يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة، لذلك فإن المشرع جاء باستثناء عن الأصل مفاده إذا ما قُدمت بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي، فإذا لم تستعمل الحاضنة حقها في طلب نفقة أبناء، ومضى على ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم في النفقة، وفيما يتعلق بإعادة النظر في النفقة فالأسس التي يعتمد عليها القاضي غير ثابتة بل هي متغيرة ،فمراجعة النفقة لا يكون تلقائياً بل بناءا على طلب قضائي وعلى القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي أعتمد عليها في تقدير النفقة لأول مرة، وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخةً من الحكم إلى الملتزم بها لغرض الحصول عليها، ونظراً للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة، وما ينعكس عنها من اكتظاظ قضايا التي تتعلق بها، فيجب إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن المخصص لإنشاء السكن والتي يبقى تحصيلها بكل طرق التنفيذ القانونية[1].

الفرع الرابع: أجرة الحضانة

أولا: مدلول الأجرة الحضانة

إن أجرة الحضانة والرضاع لهما نفس المفهوم، وتعتبر من نفقة الصغير فيجب على من تجب عليه نفقته لا تستحقها الأم مادامت معتدة، ولقد عرف الفقه آراء مختلفة حول أجرة الحضانة وفرق فيها بين ما إذا كانت دائنة بها هي الأم أو غيرها، فإذا كانت الحاضنة هي غير الأم

فهنا من متعارف عليه أن لها أجرة الحضانة، أما إذا كانت هي :الأم فهنا اختلفت الآراء حسب رأي الحنفية، فإن للأم حق طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق وعند المالكية، عدم تمسك الأم بطلب أجرة مقابل حضانة أولادها، أما الشافعية والحنابلة فأقروا للأم أجرة مقابل حضانة أولادها في كل الحالات، وتؤخذ من مال المحضون إذا كان له مال، والرأي الذي يمكن ترجيحه في هذه الحالة هو رأي الشافعية والحنابلة، فالحاضنة لها الحق في أجرة الحضانة وخاصةً وإن لم تكن تعمل.

ثانيا: من تجب عليه الأجرة

إن الأجرة واجبة في مال المحضون أولا[2]، فهي واجبة على من تجب عليه نفقته، فإذا كان من تجب نفقته عليه معسرا، ألزمت الحاضنة بإمساكه مجانا، وترجع على مال أبيه بأجرتها إذا أيسر، فأجرة الحضانة سواء أكان الحاضن أما أم غيرها، مستحقة من مال المحضون إن كان له مال، أو من مال وليه، وتلزم أجرة الحضانة من تاريخ القضاء بها، أو التراضي عليها بين الحاضنة والحاضن، أو من تجب نفقته عليه، فإذا لم يكن قضاء ولا ولي المحضون، أو من تجب

1- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في شريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000، ص 318، 323.

2- أنضر شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1406هـ، 1986م، 208/5.

نفقته عليه، لم يجب للحاضنة شيء من الأجرة، إلا أن تكون أم المحضون، فإن لها الأجرة من تاريخ إمساك المحضون إمساكا تستحق به الأجرة.

ثالثا: مقدار الأجرة

إن تقدير أجرة الحضانة يرجع إلى القضاء أو بالتراضي الطرفين، ولقد ذهب الفقهاء الحنفية إلى أن الحاضنة تستحق على من تجب عليه نفقة الصغير المحضون أجرة الخادم[1]، إذا كان المحضون ممن يحتاج إلى خادم، لأن الخدمة من النفقة وليست من الحاضنة، فإذا لم يحتج إلى خادم، لم تجب أجرته لها، وكذلك أجرة المسكن، فإنها تستحقها على المنفق إذا لم يكن للحاضنة مسكن تستطيع فيه أن تحضن فيه المحضون، فإذا كان لها سكن ملائم تستطيع فيه أن تحضنه، فمكان الحضانة هو المسكن الذي يقيم فيه والد إذا كانت الحاضنة زوجة لهذا الولد، أو كانت في عدته من طلاق بائن أو رجعي أو الموت، فإذا انقضت عدتها، أو كانت الحاضنة غير أم المحضون، كجدته أو أخته، أعتبر مكان الحضانة في حقها، مقرها الذي في بلد والد المحضون، وذلك ليتسنى للوالد الإشراف على ولده المحضون في مدة الحضانة.

و إذا كانت الحضانة في حقها بلد أب المحضون، وليس لها السفر بالمحضون منه إلى بلد أخر إلا أن يكون ببلد قريب يستطيع فيه والد أن يرى المحضون بسهولة.

المطلب الثاني: حق المحضون في السكن

حق المحضون في السكن بعد فك الرابطة الزوجية ينتج عن ذلك جملة من أثار، وهي النفقة على الطفل وعلى المطلقة وكذا حق الزيارة، وأيضاً حق المحضون في السكن ليعيش فيه مع الحاضنة سواء كان الأب أو الأم، وإن لم يوفر له المسكن فمصير الطفل سيضيع بسبب الإخلال بحقوقه كون الأب لم يوفر له مسكنا، فحق السكن من بين الحقوق الناتجة عن الطلاق، هذا لأن توفير المسكن ضرورة ملحة ألزمها المشرع على الأب، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب وينقسم إلى أربعة فروع، سنتكلم في الفرع الأول عن تعريف سكن الحاضنة، وفي الفرع الثاني سنتكلم فيه عن المكلف بتوفير المسكن، وفي الفرع الثالث عن مكان ممارسة الحضانة، وأخيرا في الفرع الرابع سنتحدث عن مواصفات المسكن.

1- محمد امين بن عمر العابدين، رد المحتار على الدار المختار، ج1،تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض، عالم الكتب، 1423هـ - 2003 ، ص526.

الفرع الأول: تعريف سكن المحضون

لقد نصت المادة72 من قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ لأب للحكم المتعلق بالسكن[1] ، فمسكن الحضانة من نفقة الصغير على أبيه إذا لم يكن لصغير مال، ولهذا اوجب القانون على الأب أن يوفر مسكناً ملائماً لحضانة ولده[2] ، ولقد حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط التي يجب توفرها لإمكانية الحكم للحاضنة بسكن لائق لكي تقيم فيه هي ومحضونها، وتتمثل هذه الشروط في:

1) أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها

2) أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون

3) أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده، وإذا لم يكن له مسكن فيجب أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن[3] ومع هذه الشروط فنقول على رغم من أن المشرع الجزائري ذكر مشتملات النفقة في المادة78 إلا أنه أفرد السكن بنصوص خاصة نضراً لما له من أهمية في توفير رعاية المحضون.

الفرع الثاني: المكلف بتوفير المسكن

إن المكلف بتوفير المسكن هو الشخص القادر قدرة تامة على سد حاجيات الأساسية لطفل، فالمسكن هو عنصر لازم في الحضانة لأنه المكان الذي يرعى فيه الطفل، وهذا ما أكدته المادة72 من قانون الأسرة الجزائري على:(نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى الوالد أن يهيئ له سكن وإن تعذر ذلك فعليه أجرته)، ومن خلال هذه المادة فنجد أن المشرع الجزائري قد جعل سكن المحضون معلقاً على شرط، وهو في حالة عدم وجود للمحضون مال يستعين به، فعلى والده توفير له سكن مناسب لممارسة الحضانة وهو الإطار الذي ينشأ فيه ولكن بموجب الأمر المعدل لقانون الأسرة05/02 فإن المشرع الجزائري قد احدث تعديلا لهذه المادة والتي ألزمت للأب عند فك الرابطة زوجية أن يوفر لأبنه المحضون سكناً ملائماً لممارسة الحضانة، فإن تعذر عليه ذلك فيمكنه دفع بدل الإيجار، وقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، هذا لأن الحاضنة تستحق السكن لرعاية أطفاله، فالأصل في هذه الحالة هو توفير سكن لممارسة الحضانة، ويكون مهيأ لكافة ظروف العيش، فالأم أحق بالسكن مادامت مع أولادها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:(حيث متى كان المطعون ضدها حاضنة لطفلٍ واحد، فإنها تستحق السكن أو بدل الإيجار بغض النضر عن الأولاد الحضونين، ولو حكم للحاضنة

1- المادة 72 ، من الأمر رقم05-02، من قانون الأسرة.

2- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص61.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص145،146.

ببدل الإيجار، فإن القضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون بطريقة سليمة مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم جديته)، وبخصوص مسكن زوجة إن كان لها وليس من زوجها، فنقول أن المشرع الجزائري لم يشترط للحاضنة أن يكون لها مسكن، ومعنى ذلك أن الأب ملزم بتوفير السكن لها من أجل ممارسة الحضانة، حتى وإن كانت تملك مسكناً، أما فيما يخص منح المسكن لغير الأم الحاضنة، فلم يشر المشرع الجزائري إلى حقها في السكن لممارسة الحضانة، ومع ذلك فيجب مراعاة أحكام قانون الأسرة، وعلى القاضي تبعاً لسلطته التقديرية في تحقيق مصلحة المحضون، فعليه الحكم على من يستحقها ببدل الإيجار وسكن ملائم للحضانة الطفل[1].

الفرع الثالث: مكان ممارسة الحضانة

عند انتهاء عدة المتعلقة بالمطلقة فلا يلزمها أحدٌ بالبقاء مع المحضون، فلها انتقال به لمكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة[2]، ،فالمادة72 من قانون الأسرة الجزائري لم تحدد مكان السكن، ويبقى مكان توفيره مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ11/11/2010 أنه:(يتحدد مكان ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو بمكان تواجد الحاضنة)[3] ، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يحدد على مكان ممارسة الحضانة الصغير، ولكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في الماد ة69 من قانون الأسرة الجزائري إذ نصت على:(إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلدٍ أجنبي، رجع أمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو بإسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون)[4] ، وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع الجزائري يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن من مراقبة ابنه وزيارته، أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلدٍ أجنبي رجع الأمر لسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعياً في ذلك مصلحة المحضون[5] ، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في12/05/2011أن:(الحكم ببدل الإيجار سكن لممارسة الحضانة، مقيدٌ بممارستها في الجزائر، ولا يكون الأب ملزماً بتوفير السكن أو بدل الإيجار متى كانت الحضانة مقيدة خارج الإقليم الوطني[6].

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص183.

2- بوتريبات عائشة وبوجمعة نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014، ص54

3- قرار رقم581400 صادر في2010/11/11، م م ع، 2011، ع1، ص252، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط1، ج3، ص538

4-المادة69 من القانون رقم84-11، المؤرخ في09يونيو1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في27فبراير2005،ج ر رقم15.

5- بوتريبات عائشة وبوجمعة نجاة، المرجع سابق، ص54.

6- قرار رقم622754 الصادر في2011/05/12، مجلة المحكمة العليا، 2018، ع1، ص304.

الفرع الرابع: مواصفات المسكن

لقد أوجب المشرع الجزائري عند توفير المسكن المحضون مراعاة ملائمة هذا المسكن للحضانة، طبقاً لنص المادة72 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:(في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً) فمسكن الحضانة الذي سيوفره يتصور أن يكون بمثل مواصفات مسكن الزوجية، ومكان ممارسة الحضانة يقوم على ثلاثة عناصر وهي :عنصر البشري، ويمكن حصره في زوج و زوجة وكذا الأولاد، وأما عنصر المعنوي ويتمثل في الروابط التي تجمع الزوجين و أولادهما، وأما العنصر المادي ويتمثل في الأثاث واللوازم الضرورية للمعيشة.

ولتحديد مواصفات المسكن الزوجية يتوجب توفر الشروط التالية:

- احتواء المسكن على اللوازم الأساسية للمعيشة
- توفر المسكن على المرافق الضرورية
- أن يكون السكن مستقلا خالياً من الغير
- أن يكون موقع السكن بين الجيران بمكان غير منقطع[1]

المطلب الثالث: حق المحضون في الزيارة

بعد حدوث الطلاق ينتج عنه أثار والمتمثلة في النفقة والسكن والزيارة، فزيارة هي حق لكل من زوج وزوجة المنفصلين، ولكل من يريد رؤية المحضون أو يرغب المحضون في رؤيته، وتكون بمكانٍ محدد ولوقتٍ محدد، ولا ننسى أن حق الزيارة لها تدابير بين المحضون والحاضن، وفي هذا المطلب الثالث سنتكلم فيه في الفرع الأول عن مدلول حق في الزيارة، وفي الفرع الثاني سنتكلم عن نضام الزمني لسير الزيارة أي مدة الزيارة، وفي الفرع الثالث سنتحدث فيه عن النظام المكاني لسير الزيارة، أي مكان بيت الزوجية أو مكان ممارسة الحضانة، وفي الفرع الرابع سنتكلم عن تدبير المتعلق بالزيارة.

الفرع الأول: مدلول حق في الزيارة

إن حق الزيارة مخولٌ لكل طرفين بعد الطلاق، ولكن مع مراعاة أحكام الزيارة، فحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نضراً لأهميته الكبيرة، كما أن القانون قد رتب عقوبات جزائية للأشخاص الذين قصروا في حق الزيارة، وهذا ما نصت عليه المادة328 من قانون العقوبات بأنه:(يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من500دج إلى

1- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 2011، ص42.

5000 على الأب أو الأم أو أي شخصٍ آخر ليقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني، إن حق الزيارة تجسد في قرار المحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية:(أوجبت أحكام المادة64 من قانون الأسرة الجزائري على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرةً واحدة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)[1]

الفرع الثاني: النظام الزمني لسير الزيارة

إن مدة الزيارة لازمٌ في سير الحضانة، ومع ذلك فإن القانون لم يضبط المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة للمحضون لأن المسألة رضائية، بحيث يتفق الأطراف على تحديدها زمناً ومكاناً[2]، فالمشرع لم يحدد الزمن المستغرق لزيارة الطفل المحضون، مما يجعله يترك هذا الأمر للقاضي، فله أن يحكم القاضي بحق زيارة في أيام العطل الأسبوعية والأعياد الدينية والوطنية وأيام العطل المدرسية إذا كان المحضون متمدرساً، فزمن الزيارة يكون من التاسعة صباحاً إلى غاية الرابعة مساءاً، غير أنه إذا كان المحضون رضيعاً فإن الزيارة لابد أن تكون أقل من ذلك من أجل مصلحته، أما إذا كان الطفل قد بلغ سن التمييز فباستطاعته زيارة والده أو والدته، ولا يمكن أن يمنعه الحاضن أو الحاضنة من ذلك[3] ، وبخصوص حكم القاضي المتعلق بالحضانة، فأثناء حكمه بإسناد الحضانة لمستحقيها فيجب أن يحكم بحق الزيارة، وتختلف مدة الزيارة من شخصٍ لآخر سواءٌ كان الأب أو الأم أو أحد الأقارب، كما يجب أن تكون مدتها مرةً واحدةً على الأقل في الأسبوع، ويجب مراعاة مصلحة الطفل بدرجة الأولى،وخاصةً وأنه من المستقر عليه شرعاً وقانوناً الحفاظ على مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: النظام المكاني لسير الزيارة

لا يمكن تجاهل مكان الزيارة، هذا لأن المكان ضروري لممارسة الحضانة، لأنه المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره وتوفير له حاجياته، ولو تطلب الأمر ساعات محدودة، وبذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة لا يسبب

1- المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، ملف رقم59784، بتاريخ:1990/04/16، 1991، ص12.

2- باديس دياني، أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص92.

3- حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، دار الهومى، بوزريعة، الجزائر، 2006، ج1، ص519.

إحراجاً لزائر بمسكن المطلقة[1] ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:(من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى كان في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن بسبب المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلو قد خالفو القانون، هذا لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عنه، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال متى امتنعت البنت برعاية والدها ولو لساعات محدودة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار)[2] ، وعلى القاضي عند إسناد الحضانة لأحد الوالدين، فعليه أن يحكم بحق الزيارة ولو لم يطلب من أحدهما، فلا يجوز له أن يحكم بما يطلبه الخصوم، وفيما يتعلق بسفر المحضون فقد منع المشرع الجزائري بالسفر به لبلدٍ أجنبي، وذلك حتى لا ينقطع عن أهله إلا إذا كان هذا السفر فيه مصلحةٌ للطفل.

الفرع الرابع: تدبير المتعلق بالزيارة

قبل إضافة المادة57 مكرر إلى قانون الأسرة الجزائري بموجب التعديل الصادر سنة 2005كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرةً بحق الزيارة، بأن الزيارة المحضون للزوج أخر الذي لم تستند إليه الحضانة، وذلك تطبيقاً لمضمون المادة64 من قانون الأسرة الجزائري، أما اليوم وبعد التعديل الجديد، فقد أصبح من حق أي واحدٍ من مستحقي الحضانة بمن فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلبٍ في شكل عريضة كتابية موقعة ويودعها لدى أمانة الضبط لمحكمة التي ستنضر في موضوع الطلاق، فيطلب الحكم له بحقه في حضانة أحد الأبناء الزوجين المتخاصمين بصفةٍ استعجالية طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى الطلاق والحضانة والزيارة وهنا يمكن للقاضي الأمور المستعجلة بعد ان يتحقق من مبررات الطلب ومن وجود دعوى الطلاق المرفوعة أمام نفس المحكمة بقصد استصدار حكم قضائي بالطلاق، وأن يصدر أمراً مؤقتاً بحق الزيارة لصالح الزوج[3].

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص160.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم214290، بتاريخ:1998/12/15.

3- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، 2007، ص158، 159.

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون وأهم إشكالاتها

المبحث الأول: الدعاوى القضائية للحضانة والحماية الجزائية المخولة لها

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها

الفصل الثاني: التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون وأهم إشكالاتها

نظرا لحساسية موضوع الحضانة وشدة ارتباطه بحياة الطفل المحضون في الأسرة أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بمصلحته وذلك عن طريق تنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه ومنها الحضانة، وكفلها بنصوص قانونية لحمايته وضمان حقوقه من الناحية المدنية والجنائية، حيث أقر المشرع هذا الحق في قانون الأسرة ووضع له نصوص قانونية وذلك في الكتاب الأول، في الفصل الثاني من المادة 62 إلى غاية المادة 72 منه، وبسط على هذا الحق الحماية الجزائية

في حالة مخالفة أحكام الحضانة أو الإخلال بمصلحة المحضون في قانون العقوبات كما حددت الإجراءات الواجب إتباعها عند اللجوء للجهات القضائية المختصة لحماية الحق المعتدى عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم90/94. وعليه لابد من مراعاة مصلحة المحضون سواء في التشريع أو الأحكام أو قرارات القضاء وحمايتها عن طريق دعاوى مدنية بالإضافة إلى متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة.

سنتطرق في هذا الفصل إلى كل من التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون وأهم إشكالاتها والذي تم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: الدعاوى القضائية للحضانة والحماية الجزائية المخولة لها.

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها.

المبحث الأول: الدعاوي القضائية للحضانة والحماية الجزائية المخولة لها.

صاحب دعوى الحضانة يكون إما مطالب بالحضانة بنفسه أو تمديدها أو إسقاطها عن غيره، وبهذا تبرز الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في التمديد و الإسناد والإسقاط كمطلب أول، والحماية الجزائية الممنوحة للمحضون كمطلب ثاني.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية الخاصة بالحضانة

نتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي كل من دعوى تمديد الحضانة ودعوى إسناد الحضانة ودعوى إسقاط الحضانة وحالتهما والإجراءات المتبعة.

الفرع الاول: دعوى تمديد الحضانة

نصت المادة 65 من ق.أ.ج على أن" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة إلى الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج، على أن يراعي في انتمائها مصلحة المحضون".

ونستخلص من هذا النص أن مدة الحضانة هي 10 سنوات بالنسبة إلى المحضون الذكر، ثم تنقضي بحكم القانون إذا لم يقع تمديدها.

مدة الحضانة هي 19 سنة بالنسبة إلى المحضون الأنثى باعتبار أن هذا السن هو سن الزواج حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة، وعليه فإذا كانت مصلحة المحضون الذكر تتطلب تمديد مدة الحضانة فإنه يجوز طلب تمديدها، ويجوز للقاضي المكلف بدعاوى شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة أن يحكم بتمديد مدة حضانة الولد الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره، وذلك إذا توفر شرط كون الحاضنة طالبة التمديد هي نفسها أم المحضون، وشرط ألا تكون متزوجة ثانية وشرطّ ان يراعي في التمديد مصلحة المحضون[1].

جاء في قرار المحكمة العليا[2]: من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعات مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، وهذا ما تأكد في قرار آخر

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص178،179.

2- أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/12، ملف رقم 189181، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص192.

للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه: " ان لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعات مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة

ويقتضي اللجوء إليها في الحالات الآتية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع أو حالة وفاة أو حالة فقدان.

1- حالة الطلاق وما في حكمه:

إذا كان امامنا دعوى الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة من طرف الزوج أو الطلاق بالتراضي أو إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها إذا توفرت إحدى الحالات العشر المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج[1]، بقولها: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 87- 79- 80 من هذا القانون

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

- الهجر في الضجع فوق أربعة أشهر.

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 80 أعلاه.

- ارتكاب فاحشة مبينة.

- الشقاق المستمر بين الزوجين.

- مخالفة الشروط المتفق عليها عند الزواج

1- محمد لمين لوعيل ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية بشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2010، ص74.

- كل ضرر معتبر شرعا.

أو إذا كنا أمام حالة خلعها حسب نص المادة 54 من القانون نفسه بقولها: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وفي مجمل هذه الحالات نقول ان الحضانة تعد مسألة مهمة تطرح على القاضي بالنظر فيها والفصل فيها لأنه متى تمت الفرقة بين الزوجين ل أحد الأسباب المذكورة أعلاه في المادتين زعزعت كيان الأسرة وكان لزاما على القاضي ان يفصل في أمر الولد و الأولاد فمن سيتولى حضانتهم ولمن توكل لهم الحضانة.

والقاضي في هذا الموقف ملزم بالاستجابة بنص المادة 64 من ق.أ.ج، الذي يلزمه بمراعات مصلحة المحضون وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون"[1].

وتطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية المعدلة وحسب ما ورد في المادة 64 من ق.أ.ج فإن الأم دوما هي الأولى والأحق بإسناد الحضانة إليها إلا إذا وقعت تحت مسقطات الحضانة عنها والمحددة شرعا وقانونا.

2- حالة الوفاة أو الفقدان

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، سواء كان هو أحد الزوجين أو غيرهما لذلك كيما كانت قرابة طالب الحضانة بالحضون فإنه يتعين على من يرغب في استصدار حكم له بالحضانة أن يقدم تصريحا شفهيا، أو عريضة كتابية موقعة منه او من محاميه إلى رئيس كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون ويذكر فيها عنوانه وهويته وعنوان وهوية الطرف المقابل ويوضح فيها الأسباب و المبررات التي دفعت بعد وفاة الحاضن الأول أو إسقاطها عنه، ثم يقدمها إلى رئيس مكتب الضبط مرفوقة بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن ان تساعد وتدعم طلبه، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2009/09/16 بأنه تطبق المادة 64 من ق.أ.ج في صياغتها الجديدة الأمر 02/05 على حالة الطلاق و الوفاة[2].

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18 فيفري 1991، ملف رقم 39203، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1997، ص39.

2- سناء عمار، التطبيقات القضائية للحاضنة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجيستار، قانون خاص، 2014-2015، ص17.

حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأم أو الأب أو غيرهما[1].

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن ان يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما ان دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون فما هي أهم حالات وأسباب سقوط الحضانة؟[2].

إذا كان المشرع و القانون قد منح حق حضانة الولد الصغير إلى أولئك الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من ق.أ.ج وهم الأم والأب والجدة و الجدة لأم و الجدة لأب، والخالة والعمة ثم الأقربون درجة مع ضرورة مراعاة هذا الترتيب واشترط لصحة ذلك شروطا معينة تتمثل في أهمية وقدرة وكفاءة الحاضن في القيام بمهمة الحضانة فإن زوال أي شرط منها يترتب عليه سقوط حق الحضانة[3].

إذا كانت الأم أحق وأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغيرة فإن زواجها من رجل غير قريب من المحضون، وغير ذي محرم منه يسقط حقها في الحضانة ويمكن نقله إلى غيرها ممن يحق لهم طلبها[4].

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه " إذا أراد الشخص الذي يمارس حق الحضانة أن تستوطن في بلد أجنبي بالمحضون عليه أن يراجع القاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولخص هذا الكلام هو أنه إذا كان الشخص الممارس لحق الحضانة بموجب حكم قضائي يقيم داخل التراب الوطني ويريد أن ينتقل بالمحضون إلى بلد أجنبي خارج إقليم الجزائر ويرغب في أن يقيم فيه فإن القانون قد أوجب على الحاضن أن يراجع قاضي شؤون الأسرة ورفع دعوى ضد الطرف الآخر بقصد الإذن له بالانتقال فإن شاء أبقى له حق الحضانة إذا تحقق من أن مصلحة المحضون ستراعى، وإن شاء أسقطه عليه، إذا رأى خلاف ذلك[5].

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص157،158.

2- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص58.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 185.

4- المرجع نفسه، ص186.

5- المرجع نفسه، ص187.

بالنسبة إلى إمكانية سقوط حق المرأة العاملة في الحضانة نجد ان المادة 67 من ق.أ.ج بعد ان نصت على سقوط الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 منه استثنت المرأة العاملة في الفقرة الثانية حين نصت على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، غير أنها استدركت الأمر في الفقرة الثالثة قائلة:

غير أنه يجب في جميع الأحوال مراعات مصلحة المحضون[1].

المطلب الثاني: الحماية الجزائية الممنوحة للمحضون

الغاية الأساسية للحضانة هي التربية المثالية للطفل الصغير المحضون والعناية به لهذا أحاطها المشرع الجزائري بإطار قانوني عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تنظم كل المسائل القانونية المتعلقة بهذا الحق مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، ومنه سنتناول في هذا الموضوع الفروع التالية:

جريمة عدم تسليم المحضون لحاضنة كفرع أول، وإلى جريمة اختطاف المحضون من حاضنة كفرع ثاني، وإلى جريمة عدم تسديد نفقة المحضون كفرع ثالث، وإلى جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة كفرع رابع.

الفرع الاول: جريمة عدم تسليم المحضون لحاضنه

هذه الجريمة تكون واحدة من تلك الجرائم الواقعة على نظام الأسرة وإن المعاقبة عليها تعتبر أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتامين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، نص قانون العقوبات في الفقرة الأولى من المادة 328 على معاقبة أحد الوالدين أو أي شخص آخر يمتنع أو يعترض على تسليم طفل محكوم بإسناد حق حضانته إلى شخص آخر غير، لذلك يبدوا ان من الأفضل ان نتحدث بقليل من التفصيل عن الأركان المكونة لهذه الجريمة ونلخصها فيما يلي[2]:

أ. الركن المادي: ويتكون من عدة عناصر:

- العنصر الأول: الامتناع عن التسليم

1- المرجع نفسه، ص188.

2- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002، ص124.

ينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد وواضح ومقصود وبعد ان يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم، ومن انتفاء الامتناع تنتفي معه الجريمة[1]

- العنصر الثاني: وجود حكم قضائي مسبق

يتطلب القانون وجوده لإمكانية قيام جريمة امتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه أو إلى حاضنته، فهو العنصر المتمثل في ضرورة وجود حكم مسبق صادر عن القضاء، ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وأن يكون هذا الحكم إما ان حاز قوة القضية المقضية وإما مشمولا بالنفاذ المعجل وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون أو بقوة مضمون الحكم كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أم إذا كان صادرا عن جهة ما من جهة القضاء الأجنبي، فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان قد كسي بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في ق.إ.م الجزائري ضمن المادة 325 أو وفقا للإتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية[2].

- العنصر الثالث : وجود الطفل تحت سلطة المتهم:

لتوفر هذا العنصر في هذه الجريمة السابق ذكرها أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة 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 نفس المنزل، فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه.

وكل من امتنع عن تسليم الطفل الى من له الحق في حضانته دون ان يبرر امتناعه بمبرر شرعي وقانوني، فانه يعاقب بعقوبة بدنية تتراوح ما بين شهر وسنة حبسا، وعقوبة مالية تتروح ما بين 500 و5000 دينار جزائري غرامة وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الاولى من المادة 328 من قانون العقوبات .

ب. الركن المعنوي: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته جريمة عمدية ويتحقق ركنه المعنوي بقصد جنائي عام، وهو علم الجاني بأن الطفل موجود لديه، وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تتصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم الطفل إلى عصبات الحكم الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى شخص غيره.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

تعتبر هذه الجريمة صورة للجريمة السابقة، وذات علاقة بها، لما لهما من اشتراك في الموضوع وفي الهدف، ومما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة تتضمن الحبس والغرامة، إذ أضافت المادة 328 من ق.ع السابقة الذكر "... وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك

1- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2014-2015، ص110.

2- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ص125.

الأماكن أو حمل الغير عن خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"، بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما، هو حماية مصلحة المحضون والحاضن، ولقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

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

وصرة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب، ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير، فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناء على طلبه يعتبر هو الفاعل الأصلي، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه، يكون شريكا في الجريمة، بسبب انه قد جعل من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر[1].

2) عنصر توفر الحكم القضائي: لابد من توفره في هذه الجريمة، وذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ[2].

3) عنصر القصد أو النية الجرمية: يعد ركنا من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي، ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية، ولهذا فإن القانون قد عاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم حكم الحضانة وتحديه له، وفي نفس السياق نشير إلى أن حق الزيارة يعتبر من الحقوق التي يمنحها القانون لمن لم تمنح له حضانة الأطفال وعدم تنفيذ حكم الزيارة من طرف الأب غالبا وهي من بين الإشكاليات التي يتعرض لها أبناء الطلاق إذ يمنع الأب عن ممارسة حقه في الزيارة بعدم الالتزام بمواعيدها أو بقطع كل صلة له بابنه وهو ما يولد عقد نفسية لدى الأطفال.

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد نفقة المحضون

أعظم الحقوق التي يجب ان تكفل للمحضون، الحق في النفقة وهي من اهم الحقوق، لأنها تصان بها حياته، وتوفر له الأمن المادي وحرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة والملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتجريم من شأنه عدم الإخلال بها، فجريمة الامتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، وذلك بتهرب الملزم بدفعها من تحمل أعداء المسؤولية بدافع حب المال أو التملص من

1- عبد العزيز سعد، لجرائم الواقعة على نظام الأسرة المرجع السابق، ص126.

2- ايمان معمري، المرجع السابق، ص112،113.

القيام بالواجب والاستهتار بالغير، وعليه فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يرتب آثار سلبية وللحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته[1]، وهذا حسب المادة 331 من ق.ع.

أولا: شروط وأركان قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50،000 إلى 3000،000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم"، دون الإخلال بتطبيق أحكام المادة 37 و40، و32 من ق.إ.ج اختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة المحكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية.

من خلال قراءة نص المادة 331 من ق.ع يمكن أن نستخرج العناصر المطلوبة قانونا لقيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء، بتبيين أنها تتطلب وجود حكم أو قرار قضائي، قابل للتنفيذ، سنحاول ان نفصل ذلك بالتطرق إلى الشروط الأولية ثم إلى الأركان التأسيسية.

1. الشروط الأولية:

جريمة الامتناع عن دفع النفقة طبقا للمادة 331 من ق.ع تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي بطابع غذائي قررته العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لابد من توافر شرطين وجود دائن للمال، أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي.

أ. قيام دين غذائي:

يمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتي بيانها:

1) دين مالي: تتحدث عنه المادة 331 من ق.ع من النفقة الغاشية ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغاشية دون سواها، علما أن النفقة نصت عليها المادة 78 من قانون الأسرة وتشمل الغذاء و الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف، حيث جاء في قرار المحكمة بتاريخ 1989/12/25 بقولها لا يجوز الاحتجاج بحجية الشيئي المقضي به في النفقات- من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة[2]، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي، ويترتب

1- الهاشمي فاطمة الزهراء و عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة ماجيستير، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص100،101.

2- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص279.

عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة والمعاقب عليها بالمادة 331 من ق.ع.

2) المستفيد من الدين:

تنص المادة 37 من ق.أ.ج على انه يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا اثبت نشوزها وعليه فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح وتجب في كل حالة كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة، ونصت المادة 74 من ق.أ على أنها تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعات إحكام المواد 78،79،80 من هذا القانون.

3) وجود حكم قضائي:

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

أ. ضرورة صدور حكم قضائي: وذلك حسب ما نصت عليه المادة 57 من ق.أ.ج أين يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، وعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومبررات الطلب يستطيع ان يصدر أمرا استعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا كنفقة مؤقتة لها أو لأولادها تستمر إلى غاية الحكم في موضوع دعوى الطلاق[1].

ب. حكم النفاذ:

إن قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة أو إعانة مقررة قضاء يتطلب أن يتوفر فيها شرط هام وجود حكم قضائي قابل للتنفيذ ومعنى كونه قابلا للتنفيذ هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا وحاز قوة الشيء المقضي فيه، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أيه طريقة من طرق الطعن، ثم إمهاره بالصيغة التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاذ أو التنفيذ المعدل طبقا لنص المادة 40 من ق.إ.م[2].

ثانيا: الأركان المكونة للجريمة

تتكون هذه الجنحة من ركن مادي وركن معنوي وبتوافر هذه الأركان تتم هذه الجريمة.

1) الركن المادي: يقوم هذا الركن بجريمة على عنصرين وهما:

أ. عدم دفع المبلغ المالي كاملا

ب. انقضاء مهلة الشهرين

1- سناء عماري، المرجع السابق، ص109.

2- المرجع نفسه، ص111،112,

2) الركن المعنوي: اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد، فهذه الجنحة هي جريمة عمدية تقتضي قصدا جنائيا يتمثل في الامتناع عمدا عن أداء النفقة مدة تفوق شهرين بشرط عدم الالتزام بما قضى به تبليغ الحكم القضائي بالنفقة تبليغا صحيحا وذلك وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات[1].

3) إجراءات المتابعة والجزاء: يعود الاختصاص بالنظر في جنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها بموجب المادة 03/331 من ق.ع إلى محكمة موطن الشخص المقرر باستحقاق النفقة، وهو الخروج عن القواعد العامة في الإجراءات الجزائية فيما يخص بالنظر في الجنح المعاقب عليها وهي المحكمة التي تقع في دائرتها الجريمة، أو مقر إقامة المتهم، أو المحكمة التي ألقي القبض فيها، وقد خص المشرع الجزائري هذا النوع من الجرائم ولأن المستفيد منها الطفل المحضون ولسرعة إجراءات التقاضي عن طريق شكوى مع الاستدعاء المياسر وتكليف الزوج بالحضور لأقرب جلسة وفقا لنص المادة 337 مكرر من ق.إ.ج[2]، اما جزاء عقوبة الجاني في جريمة عدم تسديد النفقة هي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50،000 إلى 3000،000 دج بالإضافة إلى الحكم عليه بعقوبة تكميلية[3].

الفرع الرابع: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

تنص المادة 64 من ق.أ.ج " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة[4]، وتنفيذا لذلك، نصت المادة 327 من ق.ع.ج على أن "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من 2 إلى 5 سنوات"، وقد جاء في المادة 322 من نفس القانون بأنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطف ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بدون تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني[5].

ولقيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب عدة عناصر أو شروط تتمثل فيما يلي:

1) وجوب حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حاز قوة القضية المقضية

1- المرجع نفسه، ص118.

2- سناء عماري ،المرجع نفسه، ص118.

3- الهاشمي فاطمة الزهراء و غتو سامية، المرجع السابق، ص109،110.

4- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق، ص128.

5- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، دراسة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص201.

2) أن يكون هذا الحكم قد قضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر
3) أن يكون الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب، وفقا لما نصت عليه المادة 328 من ق.ع وتبعا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بين البلدين بتاريخ 21 يونيو 1988[1].

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها

إن موضوع الحضانة بدوره لا يخلو من المشاكل العملية، ويمكن إرجاع هذا النقص إلى قصور التشريع من جهة ومن جهة أخرى إلى التطور السريع الذي شهدته الحياة البشرية في الآونة الأخير وهذا ما أدى بالضرورة إلى ظهور جملة من المشاكل العائلية ويمكن حصر أهم الإشكاليات التي تصادف القضاة في عملهم والتي سنتناولها في ثلاث مطالب: إشكالية الزواج المختلط كمطلب أول، إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون كمطلب ثاني، ثم نتناول إشكالية مراعات مصلحة المحضون على ضوء القضاء كمطلب ثالث.

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها خاصة إذا كان الزواج مختلط، 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، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يكون الرجوع إلى القواعد العامة: في القانون المدني الجزائري، لذلك نتناول في هذا المطلب الفروع الآتية:

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مبرمة مع الجزائر

ينتج عن وقوع علاقات الجزائريين والفرنسيين أبناء، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمنا اتفاقية في 1988/06/21 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين

و الفرنسيين في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم، وكذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعات مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية[2].

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق المرجع السابق، ص129.

2- المادة الأولى، المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 1988/6/26، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 1988/6/21، الجريدة الرسمية رقم 3.

ومن بين الالتزامات ما ورد في المادة 6 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى: بتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين وفي ما بين حدودهما[1].

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند اصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الولد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال المادة 64 من ق.أ.ج، غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها:

في حالة إذا تم إسناد الحضانة للام- لكونها أولى بحضانة الطفل- من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من ق.أ.ج، وهذا بتربية الولد على دين أبيه، خاصة إذا كانت الأم كتابية؟ والإشكال الآخر أنه عند تفحص بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حل، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص او إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

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

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع التنازع بين القوانين حول أي القوانين يطبق الوطني أو الأجنبي، والحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من ق.م.ج، وقد تطرق في المواد من 10 إلى 16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية وفي النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع المقصود بالأحوال الشخصية في ق.م ولا في ق.أ ولكن يفهم من مضمون قانون الأسرة الديباجية الوالد المشروع التمهيدي المقترح من طرف الحكومة و المقدم إلى المجلس الشعبي الوطني في 1981/09/19 أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية العامة وحماية عديمي الأهلية وناقصيها والعلاقات بين أفراد الاسرة كالزواج والمشاركات المالية التي تصحبه وانحلاله وآثاره، والبنوة وإثبات النسب والولاية عن المنفس والنفقة بين الأصول والفروع وبين الأقارب والوقف والميراث والوصية والكفالة[2].

نصت المادة 13 من ق.أ.ج، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند ابرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة واحدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق 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 الولد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي، وبالتالي دائما القاضي أو المشرع يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون"[3].

1- المادة 6، المرسوم رقم 144/88، المؤرخ في 1988/6/26، الجريدة الرسمية رقم 30.

2- الهاشمي فاطمة الزهراء و عتو سامية، المرجع السابق، ص120.

3- ايمان معمري، المرجع السابق، ص128،129.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج

أسند المشرع الجزائري مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، و التطليق و الانفصال الجسماني وذلك حسب نص المادةّ 12 الفقرة 2 من ق.م منه " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

غير أن المشرع قد أورد استثناءات في المادة 13 من ق.م متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي يكون فيها أحد أطرافها جزائريا، يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده بدلا من قانون جنسية الزوج بالتطليق أو التفرقة الجسمانية عند رفع الدعوى.

المطلب الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون

تتعد التزامات الحاضن بالنضر للمهمة التي يقوم بها، فلا تنتهي بمجرد استعمال السكن والنفقة لمصلحة المحضون، بل تتعداها فيقع على عاتق الحاضن الالتزام بالرقابة على المحضون وتحمل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار.

وعليه سنحاول أن نبين الشروط التي تقوم على أساسها مسؤولية المكلف بالرقابة في الفرع الأول، والأساس الذي تقوم عليه في الفرع الثاني، وطرق دفع المسؤولية في الفرع الثالث، وفي الأخير أثار المسؤولية.

الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن

لقد تناول المشرع، مسؤولية متولي الرقابة بنص المادة134 من القانون المدني حيث جاء فيها "كل من يجب عليه قانونا أن يكون ملزما بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

ولتحقق مسؤولية الحاضن يتوجب الشروط التالية:

أولا: التزام بالرقابة

واجب الرقابة هو أساس المسؤولية المدنية عن الفعل الغير، ويتضح من المادة134 من قانون المدني أن واجب الرقابة ملقى على عاتق المسؤول كواجب الرقابة يتحمله الأب الذي يتحمله الأب.

ثانيا: الخاضع لرقابة

هو الشخص الذي يوضع تحت الرقابة، إما أن يكون صغير أو بالغ:

1) -القاصر: لم يحدد المشرع سنه، وإنما ذكر حالة الرقابة، وحددته المادة40 من القانون المدني الجزائري ب19 سنة[1].

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة فإن مدة الحضانة لذكر هي10سنوات قابلة لتمديد ل 16سنة، أما أنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وعليه يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لايزال في سن الحضانة.

2) الرقابة بسبب الحالة العقلية والجسمانية: هذه الحالة تقوم فيها الرقابة، لأن مناط الرقابة هي حاجة الشخص الخاضع لرقابة إلى رعاية، فالمجنون في الحاجة لرقابة بسبب حالته العقلية، والمشلول بالحاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجسمية[2].

ثالثا: إلحاق الخاضع لرقابة ضررا بالغير

لقيام المسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من المحضون فعل غير مشروع، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن، على أساس إهمال الرقابة، لأن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من المحضون.

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن

لقد افترض المشرع بمقتضى المادة134 من القانون المدني، مسؤولية متولي الرقابة، لأنه إضرار بالغير قبل المحضون يرجع إلى إخلاله بواجب الرقابة، وهذا يفيد أن أساس هو الخطأ المفترض، ودفع الحاضن للمسؤولية.

أولا: الخطأ المفترض في واجب الرقابة

الخطأ هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة، فواجب الرقابة هو بذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة لا يعني أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه بل يكون قد وفى بالتزامه[3].

ثانيا: دفع الحاضن للمسؤولية

تنص المادة2/234 (ق.م.ج) على:(...ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)، وعليه يستطيع أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه بوسيلتين وهما: نفي الخطأ عنه، وكذا علاقة السببية.

1- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص300

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، 2011، ص184

3- على فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، 2007، ص124

الفرع الثالث: طرق دفع المسؤولية

متى تحققت شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة أمكن له بمقتضى ما جاء في المادة2/134 من (ق.م)، والتي تنص:(ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)، فمتولي الرقابة يدفع عن نفسه المسؤولية إما بنفي الخطأ أو علاقة السببية[1].

أولا: نفي العلاقة السببية

ليس الخطأ في جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض، بل نفترض معه العلاقة السببية بين الخطأ والعمل غير المشروع الذي صدر ممن هو تحت الرقابة، فإذا لم نفترض علاقة السببية لكان افتراضا عبثا لا يجدي[2] ، ويلاحظ أن قرينة الخطأ لا يحتج بها المضرور إلا في علاقته بمتولي الرقابة، ولذا لا يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة.

ثانيا: نفي الخطأ المفترض

إن لم يستطع الحاضن نفي الخطأ تقوم المسؤولية عليه، لأنها أوجدت حماية لضحية على حساب الحاضن، وتقوم بمجرد إثبات الضحية لضرر الذي أصابها، فيحق للمضرور طلب التعويض من الحاضن، فلا يتصور رجوع المضرور على غير المميز بما وقع[3].

إذا رجع المضرور على من ارتكب الخطأ ضد المحضون واستوفى منه التعويض فليس أن يرجع على الحاضن، وإذا أدى الحاضن التعويض فيجوز له الرجوع بما أداه على المحضون.

الفرع الرابع: أثار المسؤولية

إذا ترتبت مسؤولية المشمول بالرقابة قامت تبعا لها مسؤولية متولي رقابة الحاضن، فهي تقوم إلى جانب مسؤولية الخاضع لها[4].

إذا لم يستطع الحاضن نفي الخطأ أو العلاقة السببية فيحق له طلب التعويض.

أولا: أن يكون المشمول بالرقابة مميزا

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار الاحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص138

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص198

3- المرجع نفسه، ص187

4- حسن على دنون، المبسط في شرح قانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، ج4، دار وائل، عمان، الأردن، 2006، ص206

لقد نصت المادة125 على أنه: (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه، أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا)، وسن التمييز حسب المادة42 المعدلة بموجب القانون10/05 هي13 سنة، فلا شك أن المضرور سيرجع على متولي الرقابة، لكن لا مانع أن يرجع المضرور على متولي الرقابة ومميز معا بالاعتماد على نص المادة128 من القانون المدني، والتي تقضي بالمسؤولية المدنية عن الفعل الضار.

ثانيا: أن يكون المشمول بالرقابة غير مميز

إذا كان الخاضع لرقابة غير مميز فإن مسؤولية متولي الرقابة تقوم بصفة أصلية، ويتصور رجوع المضرور على غير المميز بما وقع عليه من ضرر[1] ، فلأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولي هو تقصير من الحاضن في مراقبة المحضون.

المطلب الثالث: إشكالية مراعات مصلحة المحضون على ضوء القضاء

يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية، وعليه نحاول تحديد معنى هذه القاعدة وما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة وإلى أي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة، وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مبدأ مراعات قاعدة مصلحة المحضون

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مفهوم مصلحة المحضون بل أسس الحماية بناء عليها دون أن يفصل في معاييرها، وإنما اكتفى بالتنصيص عليها بشأن إسناد الحضانة او تمديدها أو إسقاطها.

أولا: تعريف مصلحة المحضون

1) تعريف المصلحة: إن الشريعة الاسلامية ومراعات لمصالح الناس وضعت معايير القاضي وتسهل من مهمته للقضاء و الفصل بما هو أحسن وأصلح وهذا من خلال بيانها في المقصود بالمصلحة مع تحديد ضوابطها بصفة عامة.

أ. التعريف اللغوي: تطلق ويراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، والجد فيه فإنه مصلحة في كونه سبب للمنفعة المعنوية التي تحثل للمتعلم والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذ الصلاح ضد الفساد والمصلحة واحدة، واستصلح ضد استفسد[2].

ب. التعريف الاصطلاحي: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم[3].

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص199

2- عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ-2005م، ص105.

3- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987، ص27.

2) تعريف المحضون: هو القيام برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه تعريف المحضون: هو القيام برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه[1].

3) تعريف مصلحة المحضون قانونا: أشار المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون من خلال لفظ المصلحة أو اشتمال فكرتها دون ذكر المصطلح، إلا أنه لم يعطي لها تعريفا دقيقا وواضحا، تاركا السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه[2].

ثانيا: خصائص قاعدة مصلحة المحضون:

1) إن قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حد أو على هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسةّ او السابعة من العمر.

2) قاعدة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره لحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا، لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا للنقض لضعف التسبيب فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو اسقاطها لأن اساس الحضانة هي مراعات مصلحة المحضون، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص مسائل وظروف الحوادث[3].

وهكذا فإن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل كل حالة على حدى، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية[4].

الفرع الثاني: مصلحة المحضون في قانون الأسرة

أورد المشرع الجزائري قاعدة مراعات مصلحة المحضون في قانون الأسرة، وهذا في المواد المعالجة للحضانة، ويمكن 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 مراعات مصلحة المحضون، وهذا حسب نص المادة 64 من ق.أ، ويكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة، كما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء المدية – غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 2002/6/8

1- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000، ص173.

2- نسرين ايناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمان، 2008-2009، ص80.

3- سناء عماري، المرجع السابق، ص179.

4- زكية حميدو، المرجع السابق، ص78.

تحت رقم 2002/101 وحيث أنه ردا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا، وقانونا وأن مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة، وطالما أن الأم أولى بها من غيرها لأنها أعرف وأرأف وأصبر وأخبر بالمراعات والتربية من غيرها، فكان عندئذ حكم المحكمة تسليم عند إسنادها إليها تماشيا وأحكام الشرع في ذلك[1].

ب. نصت المادة 65 من ق.أ على مدة الحضانة، غير أن الفقرة الثانية من المادة 65 اشترطت في الحكم القضائي بالانتهاء مع مراعات مصلحة المحضون، جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/10/24 أنه " تأييد الحكم القاضي بالطلاق و الحضانة للأم- طعن بالنقض- لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن عشرة وهم تحت رعاية الأب- رفض الطعن، إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعات مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من ق.أ[2].

ج. نجد أن المادة 6 المعدلة تشدد على وجوب مراعات مصلحة المحضون في كل الأحوال وتركز عليها كثيرا، وأرجعت المادة 69 إلى القاضي إيكال حق إسناد حق الطفل[3].

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أنا المشرع جعل قاعدة مراعات مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، ومهما كانت العواقب، غير أن مراعات هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للحضون، كما أن السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث ان لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[4]، ولهذا الغرض أجاز المشرع الجزائري من خلال نص المادة 75 من ق.إ.م.إ للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناءا على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه[5]، وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وحتى قبل مباشرتها فيأمر القاضي بإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، ولهذا يستعين القاضي بآليات من خلالها يقدر مصلحة المحضون ويصدر حكمه، من خلال الخبرة، المعاينة، سماع الشهود[6].

1- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص78.

2- سناء عماري، المرجع السابق، ص182.

3- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 20013، ص140.

4- حسني عزيزة، المرجع السابق، ص79.

5- تنص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأسي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

6- سناء عماري، المرجع السابق، ص201.

الخاتمة

خاتمة

وفي الأخير ومن خلال ما سبق تحليله وذكره في هاته المذكرة تحت عنوان(رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق)، نصل لنقول وكخلاصة عامة لهذا الموضوع الحساس كونه يتعلق بالمصير الطفل فهو بمثابة صورة هشة وضحية في نفس الوقت بسبب انفصال الزوجين، فيصبح الطفل في حيز ضيق، ولهذا السبب نقول بأن موضوع رعاية المحضون من المواضيع الحساسة والمعقدة والمتشعبة، والتي عالجها المشرع الجزائري في العديد من المواد من المادة...إلى المادة، إلا أن بعض الأمور ومسائل الحضانة لم يضع لها المشرع الجزائري نصا خاصا ينظمها ليحمي مصالح الأفراد وحفض حقوقهم، سواء بين زوجين المطلقين، أو المحضون، وإرساء العدل وتحقيق الغاية الإيجابية، والتفكير في مصالحهم دون إخلال بحقوقهم الأساسية.

وما يمكن استخلاصه في الفصل الأول والمتعلق بالإطار لمفاهيمي للحضانة فنقول بصفة عامة ما توصلنا إليه بهذا الفصل، هو تعريف الحضانة والذي نعني به رعاية الطفل وسهر على حمايته وتربيته دينا وخلقا وصيانته ودعمه، كما قد بينت لهذا الفصل الأول الشروط الواجب توافرها لممارسة الحضانة لدى النساء و الرجال، وذلك حسب المادة...من قانون الأسرة الجزائري، فانعدام شرط من هاته الشروط يؤدي إلى نتيجة سلبية، وعدم حصول الحاضن أو الحاضنة على الحضانة الطفل أو الطفلة، هذا لأن شروط ممارسة الحضانة لازمة ليتمكن الحاضن أو الحاضنة من رعاية المحضون.

ولقد بين قانون الأسرة الجزائري أيضا من خلال نصوصه فيما يتعلق بالحضانة، أصحاب الحق في حفض مصلحة المحضون بالمادة....، وقد خيرت الأم بحضانة طفل، لأنها الأجدر بذلك ما بين أشخاص مخولين للحضانة بترتيب تسلسلي بحسب أحقية و أولوية في حضانة المحضون حسب نص المادة64 من قانون الأسرة الجزائري، ومع ذلك فيشوب في هذه المادة بعض الغموض، لأنها لم تحدد من هم الأشخاص الأقربون درجة، فهل هم من الحواشي أو الفروع، فلحل هنا يكمن بالأساس عند المشرع الجزائري، لأنه قصد بالأقربين درجة النساء: كالأخت، والعمة، وابنة الأخت، ومع هؤلاء الأشخاص المستحقون للحضانة فهناك أسباب من شأنها أن تسقط الحضانة عنهم بدليل ما ذكرناه في أسباب سقوط الحضانة، ومع ذلك فيمكن أن تعود لمستحقيها من جديد بسبب وجود عذر، أو زوال المانع والذي عرقل في الحصول على الحضانة، فزوال العارض أو المانع هو سبب كافي لعودة الحضانة إلى مستحقيها، ومما يمكن قوله في الحضانة بخصوص المدة، فنقول بأن معرفة المدة الحضانة ضروري لكل الطرفين المطلقين، لكي يعلمان ولا يجهلان مدة الحضانة المحضون، فعلمهما يزيل عنهم لبس، ويجب عليهم القيام بواجبهم تجاه المحضون، خصوصا إذا تولي أحدهم حضانة الطفل بناء على حكم القاضي بمنح الحضانة، وهذا الأخير يجب على الحاضن أو الحاضنة القيام بالتزاماتهم تجاه المحضون، وتشمل هذه التزامات النفقة و الزيارة المحضون في أوقات منضمة بصفة قانونية، وأهم شيء هو توفير مسكن، فإذا تعذر على زوج توفير المسكن سواء للحاضنة أو المحضون، فعليه دفع بدل الإيجار لكي لا يتعرض لعقوبات جزائية نتيجة إخلال بالتزاماته.

وأما فيما يخص الفصل الثاني في هذه المذكرة والمتعلق بتطبيقات الحضانة على مستوى المحاكم والجهات القضائية، والإشكالات التي تواجه الطرفان عند المطالبة بحقوقهم في الحضانة فنقول، بأن قاعدة رعاية مصلحة المحضون هي قاعدة جوهرية في كل مسائل المتعلقة بالحضانة، هذا لأن القاضي يعمل بهذه القاعدة، لأنه ينضر إلى مصلحة المحضون دائما وأبدا وفي كل الأحوال ومهما كانت الظروف، وهل يا ترى أن القاضي عندما يعمل بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، فهل هي قاعدة ناجحة في كل قضايا الحضانة، وخصوصا جرائم الحضانة ودعاوى الحضانة والمتمثلة في إسناد الحضانة وإسقاط الحضانة وتمديدها فنقول بأن قاعدة رعاية مصلحة المحضون هي قاعدة صائبة، هذا لأن مصلحة طفل لدى القاضي هي فوق كل اعتبار عند إسناد الحضانة لأحد أبوين.

وبخصوص إشكالات التي تواجه المحاكم والمتمثلة في مسؤولية الحاضن تجاه المحضون وكذا إشكالية الزواج المختلط، ومبدأ مراعاة مصلحة المحضون، فهل كل إشكالية من هاته إشكالات لا تصل إلى نتيجة كافية؟، أم أنها تبقى مسائل محيرة في نضر القضاء والقانون، فنقول إن اتفاقيات الدولية لها دور كبير في الحضانة، خصوصا في صد الإشكالية الزواج المختلط، بين زوجين أحدهما يحمل جنسية مغايرة للأخر، وعلى هذا الأساس فهاته اتفاقيات قد أتت بحلول جيدة لوضع حد في قضايا الحضانة، خصوصا إذا كان أحد زوجين أجنبيا عن أخر، فهنا يأتي دور الاتفاقيات الدولية في مواجهة هاته القضايا والمسائل الحضانة.

ومن وجهة نضري الشخصية من خلال النتائج التي توصلت إليها في موضوع الحضانة، فنقول بأن الحضانة هي من الدراسات الهامة والمميزة، لأنها تجمع بين الكيان الأسري والقانون، وكذا الواقع العملي على مستوى المحاكم، وهي من دراسات المهمة وموضوع حساس والجدير بالدراسة، فنجد أن المشرع الجزائري قد قيد نفسه بتطبيق كل المواد المتعلقة بالحضانة، ولكن لم يعط مفهوما لهذا المبدأ وترك المهمة للقاضي.

ولهذا السبب نرجو من المشرع الجزائري إعادة صياغة النصوص القانونية، وخاصة بما تحويه من ثغرات كثيرة، فيتوجب إعادة صياغتها لكي تتوافق مع مصلحة المحضون، وذلك من خلال تبني أليات الاجتهاد القضائي المعتمدة في هذه المسألة

وعليه يجب أن يحظى القاضي بكامل الدعم المادي والمعنوي حتى يقوم بمهمته على أكمل وجه وفي صورة جيدة بعيدا عن سوء تنظيم، ويبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص بمهمته كقاضي، وأن يوضع تحت تصرفه متخصصون نفسيون واجتماعيون وأطباء، من شأنهم أن يوضحوا الواقع الذي ينير الاتجاه الذي يسلكه القاضي بخصوص الطفل، باعتماده على تقاريرهم في مسائل فنية، والتي يصعب عليه معرفتها بنفسه، لأن مهمة القاضي ليست بالبسيطة، بالإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة لكي يتسنى له معالجة إشكالات الحضانة خصوصا في تطبيقها على أرض الواقع.

وأن يراعي مصلحة المحضون بالدرجة الأولى باعتباره أهم عنصر تقوم عليه الحضانة.

وما يمكن معالجته في موضوع الحضانة:

– أن الحضانة يجب أن يضل إطارها مدققا ويضل العمل بها متطورا لاكتشاف عناصر والمسائل جديدة متعلقة بالحضانة، والتي تستوقف القاضي.

– يجب على المشرع الجزائري الإتيان بنصوص منضمة للحضانة، هذا لأن نصوص المعدلة ل(ق أ)02 –05 قد ضهر فيه بعض الثغرات والأخطاء مما يتوجب على المشرع الجزائري إعادة صياغتها لتفادي إشكالات تطبيق العملي للحضانة، ويجب العمل بمبدأ المصلحة، وذلك تبعا للحقائق الاجتماعية، وذلك لا ينجح إلا بفتح مجال واسع لذوي الأفكار النيرة والكفاءات الفقهية والقانونية قصد إمداده بمعلومات كافية وأضواء ساطعة لمحاولة إصلاح المسائل الحضانة من نقص وتغيير ما يمكن تغييره.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

– أحمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الكبير، ج2، دار الفكر لنشر و توزيع، لبنان بيروت.

– عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المقدسي، المغني، وأنضر منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1995.

– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

– مستشار أحمد محمود خليل، الوسيط في التشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، دار الفتح للتجليد الفني، 2008.

– عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

– أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق عبد المحسن التركي، ج4، ط1، دار هجر للطباعة والنشر، 1997.

– باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2012.

– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

– باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

– أحمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 22، مارس 2016.

– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.

- أنضر محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، 1958.

- إمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع.

- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2004.

- محمد بشير الشقفة، فقه الأحوال الشخصية، كتاب الطلاق الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم دمشق، ط2003،1.

- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت،1967.

- التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر،2010.

- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الجزائر2012 .

- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في شريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000.

- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1986م.

- محمد امين بن عمر العابدين، رد المحتار على الدار المختار، ج1، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض، عالم الكتب، 1423هـ -2003.

- حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، دار الهومى، بوزريعة، الجزائر، ج1، 2006.

- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، 2007.

- محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية و الموضوعية بشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2010.

- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002.

- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، 2011.

- على فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، 2007.

- حسن على دنون، المبسط في شرح قانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار وائل، عمان، الأردن، 2006.

- عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ-2005م.

- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987.

- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000.

- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار الاحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

-ثالثا : المقالات

_ عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد15، 2005.

رابعا: الرسائل والمذكرات

_ بن عصمان إيناس، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجيستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

_ بوتريبات عائشة وبوجمعة نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014.

_ عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 2011.

_ سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجيستير، قانون خاص، 2014-2015.

_ حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001.

- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2014-2015.

- الهاشمي فاطمة الزهراء و عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة ماجيستير، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017.

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، دراسة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

- نسرين ايناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمان، 2008-2009.

خامسا: الأحكام القضائية:

_ م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ:1984/07/09، ملف رقم 3391، مجلة قضائية1989، عدد04، ص76.

- م ع، غ أ ش، قرار بتاؤيخ1989/03/13، ملف رقم52221.

- م ع، غ أ ش، قرار ب تاريخ1998/07/21، ملف رقم201336، م ق2001، عدد خاص.

- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ:1998/04/21، ملف رقم189234، م ق2001، عدد خاص.

- م ع، غ أ ش، قرار ب تاريخ25-07-2010، ملف رقم564787، م ق2010، عدد02.

- المحكمة العليا، قرار رقم58812 ب تاريخ05/02/1990.

- قرار رقم581400 الصادر في2010/11/11، م م ع، 2011، ع1.

- قرار رقم622754 الصادر في2011/05/12، م م ع، 2018، ع1.

- م ع، غ أ ش، ملف رقم59784، بتاريخ:1990/04/16، م وع، 1991.

- م ع، غ أ ش، ملف رقم214290، بتاريخ:1998/12/15.

- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/12، ملف رقم 189181، م.ق، 2001، عدد خاص

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18 فيفري 1991، ملف رقم 39203، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1997.

سادسا: القوانين

- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 19 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- الأمر رقم 75 ـ 58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 66 ـ 156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

- القانون 08 ـ 09، المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- الأمر رقم 66 ـ 155، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم.

فهرس المحتويات

فهرس الموضوعات

مقدمة.....أ

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة وآثاره.....ص4

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة.....ص5

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....ص5

الفرع الأول: تعريف الحضانة من الناحية الفقهية.....ص5

الفرع الثاني: تعريف الحضانة من الناحية القانونية.....ص6

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.....ص7

الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال.....ص8

الفرع الثاني: الشروط المطلوبة في النساء.....ص10

الفرع الثالث: شروط الخاصة المطلوبة في الرجال.....ص12

المطلب الثالث: مستحقي الحضانة وكيفية ممارستها.....ص12

الفرع الأول: مستحقي الحضانة.....ص12

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة.....ص14

الفرع الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها.....ص16

الفرع الرابع: مدة الحضانة.....ص17

المبحث الثاني: مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة.....ص19

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الرضاع.....ص20

الفرع الأول: تعريف نفقة المحضون.....ص20

الفرع الثاني: استحقاق النفقة و مشمولاتها.....ص20

الفرع الثالث: تقدير النفقة.....ص21
الفرع الرابع: أجرة الحضانة.....ص22
المطلب الثاني: حق المحضون في السكن.....ص23
الفرع الأول: تعريف سكن المحضون.....ص24
الفرع الثاني: المكلف بتوفير المسكن.....ص24
الفرع الثالث: مكان ممارسة الحضانة.....ص25
الفرع الرابع: مواصفات المسكن.....ص26
المطلب الثالث: حق المحضون في الزيارة.....ص26
الفرع الأول: مدلول حق في الزيارة.....ص26
الفرع الثاني: النظام الزمني لسير الزيارة.....ص27
الفرع الثالث: النظام المكاني لسير الزيارة.....ص27
الفرع الرابع: تدبير المتعلق بالزيارة.....ص28
الفصل الثاني: التطبيقات القضائية لمصلحة المحضون وأهم إشكالاتها.....ص30
المبحث الأول: الدعاوي القضائية للحضانة والحماية الجزائية المخول لها.....ص31
المطلب الأول: الدعاوى المدنية الخاصة بالحضانة.....ص31
الفرع الاول: دعوى تمديد الحضانة.....ص31
الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة.....ص32
الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة.....ص34
المطلب الثاني: الحماية الجزائية الممنوحة للمحضون.....ص35
الفرع الاول: جريمة عدم تسليم المحضون لحاضنه.....ص35
الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه.....ص36

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد نفقة المحضون.....ص37
الفرع الرابع: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.....ص40
المبحث الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها.....ص41
المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط.....ص41
الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مبرمة مع الجزائر.....ص41
الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.....ص42
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.....ص43
المطلب الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون.....ص43
الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن.....ص43
الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن.....ص44
الفرع الثالث: طرق دفع المسؤولية.....ص45
الفرع الرابع: أثار المسؤولية.....ص45
المطلب الثالث: إشكالية مراعات مصلحة المحضون على ضوء القضاء.....ص46
الفرع الأول: مبدأ مراعات قاعدة مصلحة المحضون.....ص46
الفرع الثاني: مصلحة المحضون في قانون الأسرة.....ص47
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....ص48
خاتمة.....ص50
قائمة المصادر والمراجع.....ص54
فهرس الموضوعات.....ص60

الملخص:

لقد أتى المشرع بكل النصوص المتعلقة بالحضانة من ال مادة62 إلى ال مادة72 من قانون الأسرة الجزائري، لتفادي المشاكل المتعلقة بالطفل وصيانة حقوقه، وبالرجوع للقضاء فنجد أن للقاضي السلطة التقديرية في النضر بالمسائل المتعلقة بالحضانة وما يتوجب عليه من مجهود في منح الحضانة بحيث يعمل في كل المسائل الحضانة على قاعدة (مصلحة المحضون)، لأنها قاعدة جوهرية.

ولقد اعتمدت لدراسة هذه المذكرة على اجتهادات قضائية، وهذا لطبيعة التي يتميز بها هذا الموضوع عن غيره، ونضرا لمكانة المحضون بصفته رجل غد، فيجب توجيه النضر إليه.

إذن فدور القاضي في موضوع الحضانة هو لحماية مصلحة المحضون.

Résume :

It est venu législateur tous textes relatifs garde de l’article 62 à l’article 72 de le code algérien da la famille pour éviter problème concernât les enfants et la maintenant leur droit, en référence devant les tribunaux on trouve que le juge pouvoir discrétionnaire a l’examen aux questions relatifs la grade ce que tu as l et tort dans l’octroi la garde donc ça marche dans tous question la garde sur règle(l’intérêt de l’enfant) ,parce qu’ elle règle fondamentale , a adopté pour étudier cette mémoire sur la jurisprudence , c’est caractère qui caractérisent ce sujet qu’ un autre, Thom prestige l’enfant en sa qualité l’homme de demain l’ faut directive regarder, donc le rôle que joue sur le thème garde protection l’intérêt de l’enfant