

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية

كلية : الحقوق والعلوم السياسية

فرع : حقوق

قسم : الحقوق

تخصص : قانون الأسرة

رقم :



مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب : فارس فراحتية

تحت عنوان

استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح

لجنة المناقشة :

رئيسا

جامعة المسيلة

د/ إلياس عجابي

مشرفا ومقررا

جامعة المسيلة

د/ أحمد هلتالي

مناقشا

جامعة المسيلة

د/ وليد ميرة

السنة الجامعية : 2019/2018

شكر وتقدير

بداية أشكر الله عز وجل الذي ألهمني الطموح وسدد خطاي وأعانني على إتمام هذا العمل كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور هلتالي أحمد لتفضله بقبول الإشراف على هذه الدراسة، الذي لم ييخل علي بالنصح والتوجيه والإرشاد أطال الله في عمره ونفعنا بعلمه ومتعته بالصحة والعافية.

كما يطيب لي أن أتقدم بوافي الشكر والتقدير إلى جامعة المسيلة ممثلة في كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، والشكر موصول للأساتذة الأفاضل بالقسم الذين أشرفوا على تدريسنا وتكويننا.

وإلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة من قريب أو بعيد.

فارس فراحتية

قائمة المختصرات :

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

د.م.ن : دون مكان النشر

د.ت.ن : دون تاريخ النشر

ج.ر : الجريدة الرسمية

ط : الطبعة

ج : الجزء

ص : الصفحة

تعتبر تنشئة الطفل وتربيته في حضن والديه الأقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، كونه يتلقى الحنان والعطف من أمه، والرعاية والتأديب من أبيه، إلا أنّ انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، قد يؤدي إلى نزاع حول إسناد أو إسقاط الحضانة والذي يكون الطفل ضحيتها، فينعكس سلباً على مسار نموه ويؤثر على تكوين شخصيته.

ومن أجل التكفل الأمثل للطفل معنوياً ومادياً، كان لزاماً وضعه عند شخص تتوفر فيه مجموعة من الشروط تؤهله لاستحقاق الحضانة تتمثل في الأهلية والسلامة من الأمراض الجسدية والأمانة في الخلق والدين، بحيث إذا اختل أحدها أدى إلى إسقاطها، فاتفق شراح الفقه والقانون على وضع قاعدة "تقديم النساء على الرجال"، لكونهن الأقدر والأصبر على تربية الطفل ورعايته لاسيما خلال فترة طفولته الأولى، واعتبروا الأم هي المستحق الأول للحضانة أما من يليها فاختلف في ترتيبهم بين التقديم والتأخير بحسب جهتي الأم أو الأب.

في هذا السياق، تطرق المشرع الجزائري إلى ترتيب مستحقي الحضانة من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة، حيث اعتمد ترتيباً معيناً قبل تعديل سنة 2005 بتقدم جهة الأم على جهة الأب، وعاد سنة 2005 ليعدّل في هذا الترتيب وذلك بتقدم الأب عن الجدة لأم والحالة يجعله في المرتبة الثانية بعد الأم وهو الذي كان في المرتبة الرابعة، ثم بالتناوب بين قرابتهما من النساء عند اتحاد الدرجة مع تقدم قرابة الأم على قرابة الأب.

وعليه فضماماً لحقوق الطفل المحضون، ربط المشرع الجزائري ترتيب مستحقي الحضانة قبل تعديل سنة 2005 وبعده بمراعاة مصلحة المحضون، مع تغليب تلك المصلحة في أغلبية المواد المتعلقة بأحكام الحضانة لكنه لم يجدد مفهومها، فترك سلطة تقديرها للقضاة عند التطبيق باعتبارها قاعدة مرنة تختلف زماناً ومكاناً، وتختلف حسب سن وجنس الطفل، كما تختلف من قاضي لآخر، إلا أن ذلك لم يمنع القضاة من الاستعانة ببعض المعايير المعنوية المتمثلة في العوامل النفسية والأمنية والصحية أو المادية المتمثلة في نفقة المحضون وحقه في السكن، لكن تبقى أهم وسيلة لتأكيد القاضي من هذه المعايير هو اللجوء إلى مختلف آليات التحقيق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من إجراء للخبرات أو المعاينات أو السماع عند إسناد أو إسقاط الحضانة.

غير أنّ الممارسة القضائية تجاوزت ما هدف إليه المشرع الجزائري لما أقر تعديل سنة 2005، كما أن أحكام الحضانة تأثرت بمستجدات ومتغيرات العصر الفقهي والاجتماعية والدولية، مما طرح عدّة آثار بشأن مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري إن على المستوى المحلي فيما يتعلق بجريمة عدم تسليم قاصر قضى نهائياً في حضنته و مسألة الزواج العربي للأمم الحاضنة للاحتفاظ بالطفل المحضون، أو على المستوى الدولي فيما يتعلق بمسألة الزواج المختلط، الأمر الذي يستدعي البحث عن الحلول والمخارج لها على ضوء الاجتهاد القضائي.

أهمية الموضوع :

- تكمن أهمية موضوع الحضانة في عظم تأثيره على واقع ومستقبل الطفل المحضون باعتباره من أهم آثار انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.
- حماية المشرع الجزائري للطفل المحضون من خلال سنه لمجموعة من النصوص القانونية والاتفاقات الدولية.
- تأثر أحكام الحضانة بمستجدات العصر الفقهية والاجتماعية والدولية باعتبارها قضايا اجتهادية تتغير من وقت لآخر على حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.
- الحاجة إلى معرفة الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري عند إسناد أو إسقاط الحضانة وبيان مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في حل تلك الإشكالات.

أهداف الموضوع :

- إن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يلي :
- التعرف على مبررات التعديلات التي طالت أحكام الحضانة لاسيما المادة 64 من قانون الأسرة الحالي.
- تبيان دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون وإبراز الإشكالات التي تواجهه ومعرفة مدى توافق أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مع التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري.
- التعرف على مدى فعالية آليات التحقيق المختلفة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من طرف القضاء في تحقيق مصلحة المحضون.
- إمكانية مراجعة أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بما يتلاءم مع المبادئ الأساسية في الدستور والاتفاقات الدولية والمذاهب الفقهية والتشريع المقارن في مجال الأحوال الشخصية للدول المغاربية.

أسباب اختيار الموضوع :

- تعود أسباب اختيارنا البحث في هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، يمكن توضيح أهمها فيما يلي :
- أسباب ذاتية :
- بصفتي محام ممارس فإن قضايا الطلاق هي الأكثر تداولاً على محاكمنا ومنها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها تبعية لدعاوى الطلاق.

- الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الحضانة باعتباره مؤثراً على الأسرة والطفل معاً.

- أسباب موضوعية :

- أن موضوع الحضانة مرتبط بتربية وحفظ من لا يستقل بأمرة في سن معينة ألا وهو الطفل.

- أن أحكام الحضانة متجددة في كل وقت وحين، بحيث لا تقبل الجمود عند حدود مذهب معين، فينظر لمصالح المحضون في كل حادثة بشكل مستقل من خلال الاستناد إلى الأحكام الفقهية والنصوص القانونية والاتفاقات الدولية المعززة بالاجتهاد القضائي، مما يؤدي إلى تجديد النظر في مواد قانون الأسرة وبإجراءات التقاضي المتعلقة بالحضانة.

إشكالية الدراسة :

الإشكالية الرئيسية للبحث هي : ما مدى جدوى إعادة النظر في ترتيب مستحقي الحضانة طبقاً لنص المادة 64 من ق.أ. الحالي ؟

وهي الإشكالية التي تتفرع عنها عدة تساؤلات أهمها :

- ما مفهوم الحضانة وشروط استحقاقها ؟

- هل أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري تتماشى مع متغيرات العصر الفقهية والاجتماعية والدولية ؟

- ما هي أهم الإشكالات القضائية المثارة بشأن مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري ؟

منهج البحث :

وقد اعتمدنا في دراستنا لموضوع هذا البحث على عدد من المناهج لتلاؤمها مع طبيعة مضمون هذه الدراسة، ومنها :

- **المنهج الوصفي :** استخدم عند العرض للتعريف الفقهية والقانونية لمفهوم الحضانة وطبيعتها ومن خلال تبيان الشروط الواجب توافرها في مستحقي الحضانة وترتيبهم.

- **المنهج التحليلي :** استخدم من خلال تحليل بعض النصوص القانونية والاتفاقات الدولية المتعلقة بأحكام الحضانة على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري.

- **المنهج المقارن :** استخدم من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية وذكر أدلة كل مذهب ومحاولة الوصول إلى الراجح منها، ومدى توافق قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده معها من جهة، ومن جهة أخرى المقارنة بين قوانين الأسرة المغاربية.

واعتمدنا في سبيل الإجابة على الإشكالية السابقة والتساؤلات الفرعية المرتبطة بها وإعمالاً للمناهج المذكورة أعلاه ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين :

حيث تضمن الفصل الأول دراسة استحقاق الحضانة بين الفقه والقانون، وينقسم إلى مبحثين، الأول حول مفهوم الحضانة، والثاني حول استحقاق الحضانة فقهاً وقانوناً، أما الفصل الثاني فتضمن دراسة مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة، وينقسم إلى مبحثين، الأول حول سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، والثاني حول الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة - المخاذير والحلول -

الفصل الأول

استحقاق الحضانة بين الفقه والقانون

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

المبحث الثاني : استحقاق الحضانة فقها وقانونا

الفصل الأول : استحقاق الحضانة بين الفقه والقانون

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي قررها الفقه الإسلامي وكذا قوانين الأحوال الشخصية العربية، والتي من بينها قانون الأسرة الجزائري، وذلك لأجل توفير الحماية المادية والمعنوية للمحضون نتيجة انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة، والذي من شأنه أن يؤدي إلى نزاع حول مسألة إسناد وإسقاط الحضانة، غير أنني تركت مسألة إسقاط الحضانة، لتكفل شروطها ببيان كثير منها، كما سنشير إلى بعضها الآخر كلما دعت الضرورة لذلك، لأن بحثنا يقتصر على دراسته من ناحية إسناد الحضانة فقط.

وعليه نحاول في هذا الفصل أن نتعرف في المبحث الأول على مفهوم الحضانة من خلال تعريف الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها في مطلب أول، ثم إلى حكم الحضانة وطبيعتها القانونية في مطلب ثاني، أما المبحث الثاني فنخصصه إلى استحقاق الحضانة فقهاً وقانوناً من خلال شروط استحقاق الحضانة في مطلب أول، ثم إلى ترتيب مستحقي الحضانة في مطلب ثاني.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

تعد الحضانة من الجوانب المهمة في حياة الطفل خاصة في مراحل حياته الأولى، لذا لا بد من إحاطتها بسياسات من الحفظ والرعاية، ووضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، حتى يصل إلى مرحلة تمكنه من الاعتماد على نفسه وإدراك مصالحه، ونظراً لاعتبار استحقاق الحضانة جزئية دقيقة في باب الحضانة، فالكلام عنها يقتضي التمهيد لها من خلال تعريفها وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها، ثم معرفة حكمها وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول : الحضانة تعريفها وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها

نعالج في هذا المطلب الحضانة من خلال تعريفها في فرع أول، ثم تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها في فرع ثاني.

الفرع الأول : تعريف الحضانة

لمعرفة مقصود الحضانة يتوجب علينا تعريفها لغة واصطلاحاً (فقهاً وقانوناً) حتى نوضح مدى التطابق أو الاختلاف بينهما إن وجد، وذلك على النحو الآتي :

أولاً- لغة :

يطلق الحضن بكسر الحاء على عدة معان، بعضها قريب من المعنى الفقهي والقانوني، وبعضها يتعلق ببعض أجزاء الجسد وله نوع علاقة أيضاً، ومن تلك المعاني :

- ما دون الإبطن إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته¹.

¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 375.

- الضم : حضنت المرأة ولدها، وكذلك حضنت الحمامة بيضها¹.
- الحفظ والصيانة: الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانه².
- التربية: الحضنة والحاضن وهما اللذان يربيان الصبي³.

ثانياً - فقهاء :

أورد فقهاء المذاهب الأربعة عدة تعاريف للحضانة نذكر منها :

1- الحنفية :

عرف ابن عابدين الحضانة بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة⁴.

2- المالكية :

عرف ابن عرفة الحضانة بأنها حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه⁵.

3- الشافعية :

عرف النووي الحضانة بأنها حفظ من لا يستقل وتربيته⁶.

4- الحنابلة :

عرف البهوتي الحضانة بأنها حفظ صغير ومعتوه - وهو مختل العقل - ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه⁷.

اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة إلى فريقين :

- الفريق الأول (الحنفية والمالكية) : قصر الحضانة على الصغير، لأنهم لاحظوا أن المعنى اللغوي للحضانة واشتقاقها من الحضن يناسب الصغير أكثر، لأنه يتحقق فيه ذلك حقيقة ومجازاً، أما الكبير فاحتضانه مجازي فقط.
- الفريق الثاني (الشافعية والحنابلة) : أطلق الحضانة على من لا يستقل بأمره، لأن الصغير ليس هو المعنى الذي لأجله وجبت الحضانة للطفل، بل المعنى هو للرعاية والحماية، وهي متحققة في الكبير سواء كان مجنوناً أو معتوهاً أو عاجزاً⁸.

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2، دار الفكر، د.م.ن، 1979، ص 74.

² ابن فارس، المرجع نفسه، ص 73.

³ الفراهيدي، كتاب العين، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 328.

⁴ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 5، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 252.

⁵ ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993، ص 324.

⁶ النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ط 1، دار المنهاج، جدة، 2005، ص 464.

⁷ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ط 1، دار عالم الكتب، بيروت، 1993، ص 248.

⁸ عياض بن نامي السلمي، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة مداخله بعنوان الحضانة تعريفها ومقاصدها، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014/12/15، ص 8.

من خلال استعراض تعاريف الفقهاء في المذاهب الأربعة، يتضح لنا أنه وإن أطلال البعض في التعريف، واختصره البعض الآخر، وإن قصرها البعض على الصغير، وأطلقه البعض الآخر على من لا يستقل بأمره، أو تغيرت ألفاظها فإنها تدل على معنى واحد، وهو حفظ الصغير، والعاجز، والمجنون والمعته، مما يضر بقدر المستطاع، والقيام على تربيته ومصالحه، من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته¹.

ثالثاً - قانوناً :

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 01/62 ق.أ بما يلي : « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا²»، وعرفتها المادة 01/163 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بما يلي الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه، وعرفها الفصل 54 من مجلة الأحوال التونسية بأنها حفظ الولد من مبيته، والقيام بتربيته.

وحسب عبد العزيز سعد فإن التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أحكام لم يشملها غيره من القوانين المغاربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية والمادية³.

بالمقارنة بين التعاريف اللغوية والفقهية والقانونية نجد علاقة وطيدة بينهم، فمصطلح الحضانة أخذ جذوره واشتقاقه من المصطلح اللغوي، ولم يختلف التعريف الفقهي عن التعريف القانوني، لأن الأخير استمد أحكامه من الأول، إلا أن التعريف الفقهي أوسع من التعريف القانوني، لأنه من المتعارف عليه أن المشرع عند إعداد القانون غالباً ما يتحاشى التعريفات لأن هذا الأمر من مهام الفقهاء وشرح القانون، لذلك جاءت تعريفات المشرعين المغاربة وخاصة التونسي والمغربي مقتضبة وفيها شيء من الاختصار.

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن المصطلحات المشابهة لها

تطلق الحضانة على معان أخرى في مجالي التربية والطب، كما تختلط بمفاهيم أخرى قريبة منها كالولاية على النفس والكفالة، لذلك سنعالجها تباعاً.

أولاً- إطلاقات الحضانة :

استعمل العلماء المحدثون مصطلح الحضانة في معان أخرى غير معناها اللغوي والفقهي والقانوني، لوجود ملازمة في المعنى بينهما، ومن تلك الإطلاقات ما يلي :

- في مجال التربية : يطلق مصطلح الحضانة على دور الحضانة "روضة الأطفال" التي يربي فيها الأطفال قبل بلوغهم السادسة.

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 520

² قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27/02/2005، ج.ر. العدد 15، بتاريخ 27/02/2005.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 4، دار هوم، الجزائر، 2010، ص 139.

- في مجال الطب : يطلق مصطلح الحضانة على المدة الزمنية التي يبقى فيها الجرثوم الممرض في جسم المريض كامناً قبل ظهور الأعراض عليه، كما يطلق على الجهاز الذي يوضع فيه الطفل غير مكتمل الولادة في الساعات الأولى من ولادته حضانة¹.

ثانياً- المصطلحات المشابهة للحضانة :

من خلال تعريف الحضانة وإطلاقاتها، نجد أنها تختلف مع الأنظمة التي تدخل ضمن النيابة الشرعية على القاصر كالولاية على النفس والكفالة، فهي مصطلحات ذات صلة بالحضانة، ولتوضيح هذه الفروق كان لزاماً التطرق إلى أوجه الاختلاف والتشابه بينهما.

1- الفرق بين الحضانة والولاية على النفس :

أ- أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس :

إن الهدف من الحضانة والولاية على النفس هو تحقيق مصلحة الطفل، لأن حمايته من الضياع ورعاية مصالحه تعد سبباً لقيام هذين النظامين، وهذا ما يدعو إلى القول أنها من النظام العام².

ب- أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس :

- من حيث مصدرها :

الحضانة مصدرها الفقه الإسلامي، بينما الولاية على النفس فمصدرها القانون المدني والأسري.

- من حيث موضوعها :

أن الحضانة ترمي إلى خدمة الطفل بصفة يومية وأنية، مادياً بتلبية حاجياته من تنظيف وملبس ومطعم ومعنوياً بضمه إلى الصدر والحديث معه ومداعبته، بينما الولاية على النفس تتضمن العناية بالقاصر وتربيته وتأديبه عن طريق النصح والتوجيه واتخاذ القرارات الحاسمة بالنسبة لمستقبله.

- من حيث أصحابها :

أن الحضانة تسند للنساء سواءً من جهة الأم أو الأب ثم إلى الرجال، بينما الولاية على النفس فهي من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصابة حسب ترتيبهم في الإرث، هذا في الفقه الإسلامي³، أما في القانون الجزائري، فإن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة هو على الشكل التالي : الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربون درجة، أما الولاية على النفس تكون أصلاً للأب وتحل الأم في حالة وفاته، وأثناء

¹ محمود حامد عثمان، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة مداخلة بعنوان تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، الجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014/12/15، ص 10-11.

² زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص 107.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع نفسه، ص 108-110.

قيام الزوجية في حالة غيابه أو حصول مانع له، وفي حالة الطلاق فلمن أسندت له الحضانة سواءً كان الحاضن أمًا أو أبًا أو غيرهما¹.

- من حيث سن الطفل :

تمارس الحضانة على الطفل في مرحلة طفولته الأولى، أي منذ ولادته إلى غاية استغنائه عن خدمة النساء، ثم يضم الطفل إلى ولي النفس، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الممارس عليه الولاية على النفس فقهاً، وفي ذلك نستشهد بقول عبد الرحمن الصابوني : «... وعلى ولي النفس ضم الولد إليه بعد انتهاء فترة حضانة النساء...»²

- من حيث شرط اتحاد الدين :

لا يشترط أن تكون الحاضنة متحدة في الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة، بينما يشترط في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه³.

- من حيث مدة انتهائها :

تنتهي الحضانة والولاية على النفس ببلوغ الذكر وزواج الأنثى، هذا في الفقه الإسلامي، أما في القانون الجزائري فتنتهي الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى والأنثى ببلوغها سن 19 سنة، بينما تنتهي الولاية على النفس ببلوغ سن الرشد 19 سنة⁴.

2- الفرق بين الحضانة والكفالة :

أ- أوجه التشابه بين الحضانة والكفالة :

للحاضن والكافل الولاية القانونية على القاصر⁵.

ب- أوجه الاختلاف بين الحضانة والكفالة :

- أن الحضانة تتعلق بأولاد أصغر سناً ممن هم في الكفالة، وهذا ما قاله الشافعية بأن جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي 7 أو 8 سنوات، أما الكفالة فهي بعد هذا السن⁶.

- أن الحضانة غرضها تقديم خدمات مادية ومعنوية للمحضون دون إلزام الحاضن بالنفقة عليه⁷، بينما الكفالة تلزم

1 أنظر المادة 64 و87 ق.أ.

2 زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 110-111.

3 زكية تشوار حميدو، المرجع نفسه، ص 112.

4 أنظر المادة 65 و88 ق.أ.

5 أنظر المادة 87 و121 ق.أ.

6 زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 114.

7 الأصل أن نفقة المحضون من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته وهو أبوه، وفي حالة عجزه تنتقل إلى أمه إذا كانت قادرة على ذلك، أنظر المادة 75 و76 ق.أ.

الكفيل بالإفناق على المكفول¹.

- أن الحضانة يجوز فيها للحاضن أن يتقاضى أجرة مقابل خدمة المحضون، بينما الكفالة فهي التزام عقدي يتم بدون مقابل².

- أن الحضانة تسند بحكم قضائي، أما الكفالة فتكون أمام المحكمة أو أمام الموثق³.

- يطلق المحضون على طفل معلوم النسب يكون في حضانة أحد والديه أو غيرهما، بينما المكفول فيطلق على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب يكون عند غير والديه⁴.

- تنتهي مدة الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى والأنتى 19 سنة، بينما تستمر الكفالة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما أو التخلي عنهما، وهذا لإنهاء عقد الكفالة⁵.

- في الحضانة لم يشترط الإسلام في الحاضنة ما لم يكن الحاضن رجلاً، فلا نقاش في أن يكون متحداً في الدين مع المحضون، بينما يشترط في الكافل الإسلام⁶.

المطلب الثاني : الحضانة حكمها وطبيعتها القانونية

نعالج في هذا المطلب الحضانة من خلال حكمها في فرع أول، ثم طبيعتها القانونية في فرع ثاني.

الفرع الأول : حكم الحضانة

أولاً- مشروعية الحضانة :

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع :

1- الكتاب :

- قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَسِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾⁷

هذه الآية وردت في المطلقات اللاتي هن أولاد بدليل السياق، ولأن الخلاف في مدة الإرضاع لا يقع بين الأب والأم إلا بعد الفراق، ولا يقع في حالة العصمة، بدليل قوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁸ فذلك يعني أن المرأة ووليدها بعيدة عن الرجل، لأنه لو كانت معه لكان رزق الوليد وكسوته أمراً مفروغاً منه⁸.

1 أنظر المادة 116 ق.أ.

2 زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 115.

3 أنظر المادة 64 و117 ق.أ.

4 أنظر المادة 119 ق.أ.

5 أنظر المادة 65 و124 ق.أ.

6 أنظر المادة 62 و118 ق.أ.

7 سورة البقرة : الآية 233.

8 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4، ط 2، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005، 288-289.

- قوله تعالى : ﴿ ذَلِكُمْ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُتْلَىٰ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾¹

هذه الآية تحدثت أن الله عز وجل أخبر نبيه صلى الله عليه أنه لم يكن حاضراً في المناقشة بين القوم في شأن كفالة مريم، لدرجة أن أمر كفالتها دخل في خصومة بينهم رغبة في الأجر، وحتى تنتهي الخصومة لجئوا إلى الاقتراع بالأقلام².

2- السنة النبوية :

وردت في السنة النبوية عدة أحاديث تثبت مشروعية الحضانة نذكر منها :

- في حديث عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت : يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحي.

يدل الحديث دلالة واضحة على مشروعية الحضانة، وأن الأم أحق بحضانة ولدها من أبيه ما لم تتزوج.

- في حديث علي رضي الله عنه قال : خرج زيد بن حارثة إلى مكة، فقدم بانه حمزة، فقال جعفر : أنا آخذها، أنا أحق بها، ابنة عمي، وعندني خالتها، وإنما الخالة أم، فقال علي : أنا أحق بها، ابنة عمي، وعندني ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي أحق بها، فقال زيد، أنا أحق بها، أنا خرجت إليها وسافرت، وقدمت بها، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثاً، قال : وأما الجارية، فأقضي بها لجعفر، تكون مع خالتها، وإنما الخالة أم.

الحديث يدل على مشروعية الحضانة، وأن الخالة تقدم على القريبات في حالة النزاع، بدليل قضائه صلى الله عليه وسلم للخالة بأحقيتها للحضانة إذ هي بمثابة الأم بدليل قوله : الخالة بمنزلة الأم.

- في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه، نص الحديث : أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعتني، فقال صلى الله عليه وسلم : إستهما عليه، فقال زوجها : من يُحافني في ولدي ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه، فانطلقت به³.

يدل الحديث على مشروعية الحضانة، وأن الولد يُخَيَّر بين أبويه بعد سن معينة مع اختلاف بين العلماء⁴.

1 سورة آل عمران : الآية 44.

2 ابن كثير، مختصر تفسير ابن كثير، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 225.

3 أبو داود، سنن أبي داود، رقم الحديث 2276 و 2277 و 2278، ج 3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص 588-590.

4 عائدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، 2003، ص 16.

3- الإجماع :

لا خلاف بين أحد من الأئمة على مشروعية الحضانة، ودليل ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة أم عاصم الأنصارية، ثم أتى عليها، وفي حجرها عاصم، وأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال أبو بكر لعمر : «خل بينها وبينه، فإن مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي» فما راجعه عمر، والصحابة رضي الله عنهم حاضرون ومتوافرون ولم ينكر أحد منهم ذلك، فكان إجماعاً¹.

ثانياً- حكم الحضانة :

اختلف الفقهاء حول حكم الحضانة إلى قولين :

- القول الأول :

ذهب المالكية والشافعية إلى القول بأن الحضانة فرض كفاية كالنفقة، إن قام به أحد من مستحقيها سقط عن الباقي، ويتعين الوجوب على الأب وحده، إلا على الأم في حولي الرضاعة إذا لم يكن للولد أب، ولا مال تستأجر منه، أو كان لا يقبل ثدي غيرها، فتجبر على الرضاعة².

القول الثاني :

ذهب الحنابلة إلى القول بأن حضانة الولد فرض كفاية، لأنه يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك³.

الخلاصة :

من خلال ما اطلعت عليه من مراجع للفقه الحنفي لم أعثر على حكم الحضانة لديهم، أما بقية المذاهب فاختلف حكم الحضانة عندهم بين الوجوب وفرض الكفاية، واستدل كلا القولين على صحة ما ذهب إليه بالقياس على النفقة، والتأويل واحد وهو حفظ المحضون من الهلاك.

القول الرابع :

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الحضانة فرض كفاية، لأن المقصود منها تربية الولد لمن توفرت فيه شروط استحقاقها، فإذا فقد الحاضن أياً كانت درجته، ووجد آخرون بإمكانهم تربية الولد وتخلوا عن ذلك، عندئذ يتعين الوجوب كما في القول الثاني، ويلحق الآخريين لتقصيرهم في حق المحضون.

¹ الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 203.

² التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، ط 2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 862، الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص 288، الرافعي، العزيز، ج 10، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 87.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 718، البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، ج 5، دار عالم الكتب، بيروت، 1983، ص 496.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة

أقرّ المشرع الجزائري بالطبيعة المحيطة للحضانة، فاعتبرها حقاً مشتركاً بين الحاضن والمحضون، مع مراعاة مصلحة المحضون بتغليب حقه على حق حاضنه، وهذا ما أكدّه القضاء الجزائري أيضاً.

أولاً - في التشريع الجزائري :

عالج المشرع الجزائري طبيعة الحضانة من خلال المادة 66 ق.أ التي نصت بأنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، فعبارة النص جمعت بين حقين : حق للحضانة سواء كانت أمّاً أو غيرها من النساء الحواضن، وهذا من خلال اللفظ الصريح لكلمة "حق"، ومن جهة أخرى أن هذا الحق يسقط بالتنازل، وحق المحضون الذي اشترط المشرع لصاحبه بأن لا يضر التنازل بمصلحته.

وفي مواد أخرى بيّن أن الحضانة حق للحضانة كالمادة 02/67 التي نصت على عدم سقوط هذا الحق بسبب عملها، وكالمادة 68 التي نصت أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، وكالمادة 71 التي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

إلا أن المشرع تأكيداً منه على حق المحضون، ختم أغلب مواد الحضانة بعبارة مراعاة لمصلحة المحضون في المواد 64 و 65 و 67 و 69 ق.أ، أو ما لم يضر بمصلحة المحضون في المادة 66 ق.أ¹.

ثانياً - في الاجتهاد القضائي :

اتخذ القضاء موقفاً توفيقياً، فاعتبر الحضانة حقاً مزدوجاً للمحضون والحاضن إلا أن حق المحضون في الحضانة أقوى من حق الحضانة، لشدة حاجته للرعاية ولمساس حقه بالنظام العام، لذلك فعند إسقاط الأم حقها في الحضانة فإنها مبدئياً لا تجبر عليها لأن الحضانة أساسها المحبة والشفقة والرحمة على المحضون، إلا أن القاضي يمكنه جبرها عليها إذا لم يوجد غيرها ممن يتوفر فيه الشروط القانونية للحضانة ضماناً لحق الأولاد في تلقي الرعاية اللازمة واعتباراً لمصلحة المحضون في الحفاظ على نفسه وعقله ودينه وماله وحلقه التي هي من مقاصد الشريعة الإسلامية، لذلك وضع المشرع له حماية وصلت حد تجريم إخلال الحاضن بواجباته مثل : جريمة تعريض طفل للخطر وجريمة الإهمال المعنوي للأولاد²، هذا ما أكد القضاء في العديد من قراراته نذكر منها :

حيث قضى المجلس الأعلى في 1968/12/25 على أن الحضانة حق وواجبات في آن واحد، ويفهم من هذا القرار أن المجلس اعتبر الحضانة حق للمحضون وحق للحاضن، إلا أنه غلب الحق الأول على الثاني بلفظ واجبات تأكيداً منه على أن حقوق المحضون أكثر وأغلب من حقوق الحاضن، وقضى في قرار آخر صادر في 1986/05/05 بأنه من المقرر شرعاً بأن الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضون وقضى في 1988/06/06 بأن الحضانة من حق الأم ومصلحة المحضون لا تحقق بصورة كاملة إلا إذا كان عند أمه، وتؤكد

¹ ركية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 515.

² أنظر المادة 314 و 330-03 ق.ع.ج.

هذا المبدأ في القرار الصادر في 2002/07/03 وذلك بقوله : حيث إن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يجرم المحضون من حقه في العناية والرعاية فضلا عن ذلك، أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط وإنما هي حق للمحضون أيضا¹.

المبحث الثاني : استحقاق الحضانة فقهاً وقانوناً

لما كانت الحضانة من المحطات الأساسية التي يعتمد عليها الطفل في مستقبله، ولها شأن في تكوين شخصيته، كان لا بد من توفر شروط تؤهل الشخص للحضانة، إذا اختل أحدها أدى إلى إسقاطها، فاتفق الفقه والقانون من حيث الجملة أن النساء أحق بالحضانة من الرجال لاسيما إن كان الطفل في مراحل حياته الأولى، واعتبروا الأم هي المستحق الأول للحضانة أما من يليها في هذا الاستحقاق فاختلف في ترتيبهم بين التقديم والتأخير بحسب جهة الأم أو الأب، إلا أن بروز مستجدات في عصرنا الحاضر سواء كانت فقهية أو اجتماعية أو دولية أثر على أحكام الحضانة، جعل من المهم إعادة النظر والبحث في مبررات إعادة ترتيب مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري.

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة

نظراً لارتباط أحكام الحضانة بمصلحة المحضون، فقد وضع الفقه والقانون شروطاً لاستحقاق الحضانة، إذا اختل شرط منها أدى إلى إسقاط الحضانة لصاحبها، لذلك سنعالج في هذا المطلب الأهلية المشتركة في مستحق الحضانة وخلوه من الأمراض الجسدية والأمانة في الخلق والدين تبعاً.

الفرع الأول : الأهلية

أولاً - فقهاً :

1- العقل :

اتفق جمهور الفقهاء على اشتراط العقل في مستحق الحضانة إلا أنه لم يقع بشأن تأثير درجة المرض العقلي على إسناد الحضانة، فاكتمت الحنفية باشتراط العقل دون تفصيل، واتفق المالكية والحنابلة في جعل الجنون المطبق والمتقطع في مرتبة واحدة، فكلاهما يعد مانعاً لممارسة الحضانة، وذهب الشافعية إلى إمكانية إسناد الحضانة للمجنون جنوناً متقطعاً (إذا كان جنونه نادراً كيوم واحد في السنة)، كما استثنى الحنابلة والشافعية العته من المرض العقلي². من هذه الآراء يتبين أن إسناد الحضانة لمعتوه حسب المذهب الحنبلي والشافعي، سيعرض المحضون للخطر فهو لا يقدر على تدبير أموره فضلاً عن غيره، فهذا المرض لا يقل عن الجنون بالشيء الكثير، كما أن إسناد الحضانة لشخص مصاب بالجنون المتقطع حسب المذهب الشافعي معناه وضع نظام الحضانة المتقطعة، أي سقوط الحضانة تلقائياً في حالة نوبته وعودتها تلقائياً عند إفاقته، وهذا لم ينص عليه أي قانون من قوانين الأسرة المغاربية، ولا يقبله العقل والمنطق، إلى جانب هذا أنه لا يصلح لحل مشكلة الحضانة في حالة نوبة المصاب بالجنون، ولتجنب كل هذا

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 516-517.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 522-523.

فإن الرأي الراجح هو رأي المالكية لإبعاده كل حالات الجنون والعتة، لأن مصلحة المحضون لا تتحمل المخاطرة بتكوينه النفسي والعقلي والصحي حتى ولو كان الجنون نادراً¹.

وأضاف المالكية عدم صحة حضانة السفية المبذر لغيره، لئلا يتلف مال المحضون إن كان له مال².

2- البلوغ :

يعرف بلوغ الصغير بظهور علامات طبيعية تختلف في الجنسين، فهي عند الذكر : إنزال المني وإحبال المرأة، وعند الأنثى : الحيض والثديين والحمل، واشترأكهما في علامات أخرى : غلظ الصوت و إنبات شعر العانة وفرق أرنبة الأنف، أما إذا تأخر ظهورها فيجوز إثبات البلوغ بالسن أو ما يسمى بالسن التقديري، حيث حدده المالكية بـ 18 سنة، وبهذا قال أبو حنيفة للذكر دون الأنثى والتي حدد سن بلوغها بـ 17 سنة، بينما الشافعية والحنابلة فقالوا أن سن البلوغ هو 15 سنة للجنسين معاً، كما أن البلوغ الطبيعي يعتبر حدًا للبلوغ الشرعي³.

ثانياً - قانوناً :

المشروع الجزائري في المادة 02/62 ق.أ لم يحدد الشروط الواجب توافرها في المرشح للحضانة، وإنما أوجدها في عبارة واحدة أن يكون أهلاً للقيام بذلك دون أن يفصل في ذلك، لكن يمكن استخلاص بعضها بربط نصوص القانون المدني وقانون الأسرة الخاصة بالأهلية ببعضها وفي حالة غموضها نرجع فيما بقي لأحكام الفقه الإسلامي استناداً إلى المادة 222 ق.أ⁴، لاسيما وأن المشروع الجزائري حذف لفظ شرعاً من المادة 01/67 ق.أ بعد تعديلها⁵.

1- العقل :

لا تصح الحضانة من مجنون أو معتوه عملاً بالمواد 81 و 82 و 83 ق.أ والمواد 42 و 43 و 44 ق.م.ج لأنهما لا يستطيعان إدارة شؤونهما كما أنهما يشكلان خطراً على المحضون، وأن العبرة بالسلامة العقلية للحاضن بوقت استحقاقها وليس قبلها والتي يجب إثباتها بخبرة طبية متخصصة⁶، وهو الرأي المعمول به في القضاء الجزائري، حيث جاء في تسبيب قرار المحكمة العليا الصادر في 13/02/2002 أنه يتبين من التقرير الطبي المبرز في ملف الدعوى أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي بسيكاتري وإنما من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكماً على القدرة العقلية لفرد ما طالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم النفس الإكلينيكي فيما يتعلق بالأمراض العقلية النفسية⁷.

¹ زكية تشوار حميدو ، المرجع السابق، ص 274-275.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 726، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 523.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 2، ص 313-315.

⁴ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 246-247.

⁵ المادة 01/67 ق.أ قبل تعديل سنة 2005 : «تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعاً في المادة 62»

⁶ سارة مقدم، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2016، ص 142.

⁷ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1194.

كما أنه لا تصح حضانة السفهه لأن مصلحة المحضون تقتضي حفظ ماله من التبديد، بل كيف يمكن إسناد حضانته إلى شخص يمكن أن يكون محل حجر، ومن ثم كل تصرفاته المالية باطلة طبقاً للمواد 85 و 101 و 107 ق.أ¹.

2- البلوغ :

حددت المادة 40 ق.م.ج سن أهلية الأداء ببلوغ الشخص 19 سنة، شريطة أن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وهذا ما أكدته المادة 86 ق.أ، وهي نفس السن المنصوص عليها في المادة 01/07 ق.أ المتعلقة بأهلية الزواج، إلا أن التساؤل الذي يطرح حول إمكانية إسناد الحضانة لأم أو لأب سنهما أقل من 19 سنة، وخاصة أن المادة 01/07 ق.أ لم تحدد الحد الأدنى لسن الزواج ؟ بالرجوع إلى نص المادة 01/07 ق.أ فإنه يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، كما أن المادة 02/07 ق.أ منحت الزوج القاصر المرخص له بالزواج أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج والتي من بينها الحضانة، فإذا كان القانون يمنح إمكانية الترخيص بالزواج قبل 19 سنة فإن المنطق يملي منح الحضانة للأم أو للأب حتى ولو لم يبلغ سنهما 19 سنة، لأن أحكام الحضانة تخرج عن إطار المعاملات المالية، ونظراً لارتباط نظامي الزواج والحضانة ببعضهما، لأنهما شرعا لحماية الطفل والأسرة معاً، وبالتالي اشتراط سن لممارسة الحضانة أو عدم اشتراطها لا يكون إلا طبقاً لمصلحة المحضون، هذا إذا كان الحاضن أحد الوالدين، فما هو الشأن بالنسبة لباقي الحواضن المنصوص عليهم في المادة 64 ق.أ ؟ فإذا كان صغر السن بالنسبة للجددة لأم أو للجددة لأب لا يشير أي إشكال من الناحية العملية، لأنه أمر لا يتصور وقوعه، فإنه يثور عندما يتعلق بخالة المحضون وعمته والأقربون درجة له، لذا يجب توحيد السن للمرشح للحضانة.

بالمقارنة بين الفقه والقانون نجد أنهما اتفقا حول مصطلح العقل في عدم جواز حضانة الجنون والمعتوه والسفيه، فمن لا يستطيع القيام بتدبير نفسه، لا يفوض له أمر تدبير غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، واختلفا حول مصطلح البلوغ، فالبلوغ الفيزيولوجي المحدد بعلامات طبيعية ليس مرادفاً للبلوغ القانوني المحدد بسن الرشد القانوني، وإنما البلوغ الطبيعي شرط مبدئي للبلوغ القانوني، لأن التكوين الطبيعي للشخص وخبرته في شؤون المال والمحيط الذي يعيش فيه تختلف في الواقع من شخص لآخر، وبما أن القانون عام ومجرد، فلا يمكن أن يركز على التحديد الذاتي، فحماية العلاقات بين الأشخاص تتطلب من القانون توحيد سن المرشح للحضانة، وخاصة وأن الفقه الإسلامي اتفق حول اشتراط البلوغ الطبيعي في المرشح للحضانة إلا أنه لم يحدد كقاعدة عامة سناً معينة تؤهله لممارسة الحضانة، وبالتالي يجب اشتراط سن الرشد القانوني 19 سنة في المرشح للحضانة باستثناء والذي المحضون كما فعل المشرع المغربي بدلاً من البلوغ الطبيعي، لأنه يحقق عدة فوائد تطبيقية للحاضن والمحضون معاً ويجنب وقوع النزاع بين مستحقي الحضانة وأي اختلاف يطرأ بين القضاة².

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 278-279.

² زكية تشوار حميدو، المرجع نفسه، ص 264-270.

الفرع الثاني : الخلو من الأمراض الجسدية

يشترط في المرشح للحضانة أن يكون سالماً من كل مرض جسدي مضر بصحة المحضون، وبما أن المشرع الجزائري أشار ضمناً في المادة 62 ق.أ إلى هذا الشرط بقوله أن يكون أهلاً للقيام بذلك أي أهلاً للسهر على حماية المحضون وحفظ صحته، وبالتالي لا بد من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي استناداً إلى المادة 222 ق.أ لتفسير تلك العبارات العامة.

- الحنابلة :

أن لا يكون الحاضن كفيفاً أو ضعيف البصر، وأن لا يكون أبرص أو أجذم، وإلا سقط حقه في الحضانة¹.

- الشافعية :

أن لا يكون الحاضن أعمى أو أبرص أو أجذم، بالإضافة إلى المرض الذي لا يرجى شفاؤه كالسل².

- المالكية :

فلا حضانة للعاجز لكبر سن إلا أن يكون عنده من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافه، ومثلها الأعمى والأصم والأخرس والمريض والمقعّد³، وخلو الحاضن من الأمراض المعدية والمنفرة، التي يخشى على الولد منها كالجدام والبرص، ولو كان بالمحضون من المرض مثل ذلك، لأنه لا يؤمن على الطفل ولو كان مريضاً أن تزداد حاله سوءاً بمخالطة صاحب المرض المعدي، لأن الوقاية خير من العلاج، ومن مقاصد الشريعة حفظ الصحة⁴.

إزاء هذه الآراء، ونحن بصدد دراسة شرط الخلو من الأمراض الجسدية، ينبغي التطرق بشيء من التفصيل

للنقاط الآتية :

- عدم إبطار الحاضن : لا بد من التمييز بين الكفيف وضعيف البصر، فالأول لا نقر بحضاناته لتأكد عجزه لفقدان بصره كلياً، فهو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده، أما الثاني فلا بد من ضرورة الاستشهاد بخبرة طبية، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر في 1984/07/09 أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعّد والحاضنة هنا فاقدة للبصر فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها⁵.

- إمكانية ممارسة العاجز لكبر سن للحضانة بوجود شخص تحت إشرافه يمكنه القيام به: وهذا يعد إنكاراً لواجب ممارسة الحضانة من قبل الشخص المسندة إليه وقبول فكرة تجزئة هذا الواجب أو ممارسة هذا الواجب من قبل شخصين في آن واحد، وهذا يمس بمصلحة المحضون ويترتب عليه أن يجد المحضون نفسه خاضعاً لتربية شخص حيناً ومفروضاً عليه تربية أخرى حيناً آخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن بلوغ سن الشيخوخة أمر نسبي يختلف من

1 عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 523.

2 ابن القاضي شعبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج 3، ط 1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011، ص 433.

3 عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 523.

4 الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002، ص 158.

5 جمال سايس، المرجع السابق، ص 305.

شخص لآخر، وهذا الموقف تبناه المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر في 1994/02/04، حيث قضي بأن كبر السن بدون عجز لا يبرر إسقاط الحضانة¹.

- أن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري سار على منوال المذهب الحنفي الذي لم يتطرق بالحديث عن شرط الخلو من الأمراض الجسدية في أحكام الحضانة².

الفرع الثالث : الأمانة في الخلق

اكتفى المشرع الجزائري بالتلميح إلى شرط الأمانة في الخلق، ونستشف ذلك من خلال تنسيق الفقرتين الأولى والثانية من المادة 62 ق.أ، حينما عرفتها الأولى بالسهر على حماية الولد وحفظه صحة وخلقاً، واشترطت الثانية في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك، كما نستخلص ذلك الشرط من المادة 03/36 ق.أ التي جاء فيها، يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، إلا أنه رفعاً للغموض لا بد من ربط مفهوم الأخلاق بالمفهوم الوارد في الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 ق.أ، لأن مفهوم الأخلاق يختلف من مجتمع لآخر، والأسرة الجزائرية تستلهم تربيتها وأخلاقها من دينها³.

لقد أورد الفقه الإسلامي مصطلح الأمانة ضمن عدة أوصاف، من بينها عدم الفسق والعفة والعدالة والاستقامة إلا أنهم أجمعوا على أن شرط الأمانة لازم في الحاضن⁴، فحالة السكر بسبب الإدمان على الخمر أو الإدمان على المخدرات تجعل الحاضن في حالة غيبوبة، يفقد قوة التمييز والإدراك، وبالتالي ينشغل عن المحضون، وهذا يعرض المحضون للخطر لا محال، كما أن المشتهر بالزنا يؤثر على تكوين الطفل، لأنه ينشأ على ما عوَّده المربي في صغره، وهذا طبقاً للقاعدة التي تقول من شب على شيء شاب عليه، فالدراسات النفسية أثبتت أن شخصية الإنسان تتكون في الخمس أو السبع سنوات الأولى من عمره، وما يكتسبه من بعد من معارف وتجارب ما هي إلا مكمل لها⁵، إلا أن ابن القيم قيّد شرط الأمانة في الخلق بقوله: «مع أن الصواب أنه لا تشترط العدالة في الحاضن قطعاً وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعي وغيرهم، واشترطها في غاية البعد، ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة، واشتد العنت ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم، لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم هم الأكثرين، ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه ... ، ولم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة فاسقاً في تربيته ابنه وحضانته له، ولا من تزويج موليته»⁶.

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 291-292.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 522.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 295-300.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 522-523.

⁵ بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص 527.

⁶ السيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط 1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 2000، ص 219-220.

لعل ما يؤكّد شرط الأمانة في الحاضن هو ما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار صادر له في 1989/05/22 بأن إسناد حضانة بنات لأمهّن ثبت سوء خلقها هو خرق للقانون، ومن ثم رفض تسبب قضاة الموضوع القائم على الاعتبار العاطفي بحجة أن هذا الخرق يتمثل في عدم تطبيق قضاة الموضوع القانون الذي نص صراحة على مصلحة المحضون التي طغى فيها حقه في اكتساب أخلاق حسنة على حق أمه في حضانته، كما ذهب المجلس ذاته أبعد من ذلك في قرار صادر في 1984/01/09 جاء فيه ما يلي : من المقرر شرعاً أن إسقاط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة والأمانة فيهما معاً، لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضاً على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وفي قرار آخر صدر في 1997/09/30 أكد بعبارات واضحة بقوله، من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون¹.

الفرع الرابع : الدين

إن المبدأ القانوني الذي تركز عليه الأسر المغاربية ومن بينها الجزائر، أن الولد ينشأ على دين أبيه وليس دين والديه عملاً بنص المادة 62 ق.أ، فإن هذا الحكم يُعد من النظام العام، أي من القواعد الآمرة التي تتضمن قاعدة ملزمة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وباعتبار الجزائر دولة مسلمة، فإنه ليس من صلاحية القاضي التدخل في اختيار دين المحضون، بخلاف القضاء الفرنسي الذي يأخذ باختلاف عقائد الوالدين، الذي يشكل خطراً على مصلحة المحضون ويجزئه إلى ما يسمى بحرب الديانات²، وبناءً على ذلك يجوز لنا أن نتساءل، هل يشترط أن يكون المرشح للحضانة على دين أبي المحضون ؟ ومتى تثار مسألة الردة بالنسبة للمرشح للحضانة ؟ وهل اشترط المشرع الجزائري الحرمة في مسألة الحضانة ؟

أولاً - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون :

لا يشترط في الحضانة أن تكون متحدة الدين مع محضونها، فالكثايبية أو الكافرة تصح حضانتها، لأنها تقوم على أساس عنصر شفقة الحضانة وحنانها، وهو مفترض في الحضانة أمماً كانت أو غيرها، وهذا يكفي لتحقيق مصلحة المحضون ولللاطمئنان على أنه في يد أمينة تحافظ عليه وتعمل على مصالحه، ورغم عدم وجود نص في قانون الأسرة يشير إلى اتحاد الدين بالنسبة للمرأة إلا أن الاجتهاد القضائي قضى بأحقية الأم حتى وإن كان الاختلاف في الدين، شريطة أن لا تلقنه مبادئ دينها، وإن ثبت ذلك وجب لأب المحضون أو غيره إسقاط الحضانة على الأم، إلا أن تمتعها بهذا الحق مرتبط مع شرط الإقامة في الجزائر³.

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 519 و208 و1067.

² زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 335-338.

³ عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 15، ديسمبر 2015، ص 186.

وقد طَبَّقَ القضاء الجزائري قاعدة اتحاد الدين في الحضانة في كثير من قراراته، ومنها قرار المجلس الأعلى الصادر في 16/04/1979 في قضية تتلخص وقائعها في أن أماً حاضنة حاولت تربية ولدها على دينها المسيحي، متجاهلة دين أبيه فقضت بأن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم.

وفي قرار آخر صدر في 13/03/1989 جاء فيه : من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه.

كذلك قرار صادر في 02/01/1989 جاء فيه : من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصماً على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة.

وفي قرار آخر صدر في 19/02/1990 جاء فيه : من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءً مخالفًا للشرع والقانون¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري سار على منوال الحنفية والمالكية في عدم اشتراط الإسلام في الحاضن بخلاف الحنابلة والشافعية².

كما تجدر الإشارة أيضاً أن الأم خشية إسقاط حضانة ولدها عنها ستعمل كل ما في وسعها على تربية الولد على دين أبيه، شأنه في ذلك شأن عدم الارتداد³.

ثانياً - الردة :

إن مسألة الردة تثار إذا كان المرشح للحضانة مسلماً واعتنق ديناً آخر، أما إذا كان يهودياً وأصبح مسيحياً أو العكس، فإنها لا تثار بشأنه، لأن إمكانية تعرض المحضون لضرر ديني قاصر على الخروج على الديانة الإسلامية لا غيرها من الديانات الأخرى.

غير أن المرتدة لا يتصور أن تكون حاضنة، لأن ردتها عن الإسلام تستوجب تطبيق العقوبة لذلك شرعاً وهو الحبس حتى تتوب أو تقتل، وإذا كان فسقها يسقط حق الحضانة فمن باب أولى ردتها عن الإسلام، كما لا يمكن قياس أحكام المرتدة بالأحكام التي تخضع لها الكتائية، فإذا كان الأمل نحو هذه الأخيرة في اعتناقها الديانة الإسلامية فإن الأولى أصبحت مبغضة لهذه الديانة، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على تجريم الردة في قانون العقوبات، ومن ثم لا يمكن تسليط العقوبة الجزائية على المرتدة، غير أن ذلك لا يمنع إسقاط حقها في الحضانة إلا إذا كان المحضون في فترة الرضاعة وكانت الحاضنة أمه ولم يقبل غيرها، فينبغي بقاء المحضون معها حفاظاً على حياته ورعاية له أخذاً

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 137 و 644 و 433 و 530.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 522-523.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 356.

بالاستنتاج عن طريق القياس من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم لما حكم بتأخير عقوبة الرجم للزانية الحامل حتى يمكن استغناء الولد عنه¹.

ثالثاً - المحرمية :

اشترط المشرع الجزائري المحرمية في مسألة الحضانة، من خلال المادتين 66 و 70 ق.أ، فنصت الأولى على إسقاط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، ونصت الثانية على إسقاط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، مما يؤدي بنا إلى الاستنتاج بمفهوم المخالفة أن الحاضن يجب أن يكون محرماً للمحضون.

إن شرط المحرمية مرتبط بشرط الأمانة في الخلق، لأن غير المحرم تارة قد يفتن بالمحضون، وتارة لا يشفق عليه، ولتفادي ذلك، ودرءاً لأي فساد محتمل قد يقع للمحضون، تطلب في الحاضن الرجل أن يكون محرماً للمحضون الفتاة، والحاضن المرأة محرماً للمحضون الفتى، إلا أن المشرع الجزائري سكت عن ذكر حالة إذا كان الحاضن ذكراً، وذلك باستعماله عبارات كلها تتحدث عن الحاضنة دون الحاضن، في المادتين 65 و 66 ق.أ على التوالي بقوله "إذا كانت الحاضنة أمماً لم تتزوج ثانية" أو "يسقط حق الحاضنة"، وزيادة على ذلك، فإن مصطلح محرم الذي جاء به المشرع الجزائري في المادتين 66 و 70 ق.أ يعني أن العائق الذي يجب أن يتنازه أم المحضون أو الجدة لأم أو الخالة لكي يحصلن على الحضانة هو إذا أردن الزواج أن يتزوجن مع محرم للمحضون، وإلا سقط حقهن في الحضانة، لأنه لم يرد أي استثناء بشأن السبب المانع للحضانة².

وتطبيقاً لتلك النصوص القانونية قضى المجلس الأعلى في قرار صادر له في 1986/05/05 على أنه، متى كان مقررراً في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمماً فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ... لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة.

وفي قرار آخر صدر في 1988/06/20 أكد المجلس ذاته هذه القاعدة بقوله من المقرر شرعاً أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ... وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبباً كافياً³.

وينبغي التنبيه إلى أن صياغة المادة 66 جاءت بقاعدة أمرّة مقارنة مع بعض المواد المتعلقة بمسقطات الحضانة، لأنه لم يعلّق الإسقاط بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، إلا أنه ذكرها في المواد الأخرى التي لا يمكن أن نعزلها عن

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 358-360.

² زكية تشوار حميدو، المرجع نفسه، ص 361-364.

³ جمال سايس، المرجع السابق، ص 257 و 468.

هذه المادة، فكل أحكام الحضانة مرتبطة ببعضها، وبالتالي فإن زواج الحاضنة بغير قريب محرم لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم بموجب حكم قضائي يراعي فيه القاضي مصلحة المحضون بالدرجة الأولى¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء في أن زواج الأم بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة²، إلا أنه ركز على اشتراط المحرمية في مسألة الحضانة دون مراعاة الأحكام الواردة في مسائل الزواج، ومن ذلك أن زوج الأم يعد محرماً بمجرد الدخول بها بل ومحرمًا مؤبداً طبقاً للمادتين 02/24 و 02/26 ق.أ³، كما أن قول الرسول صلى الله "أنت أحق به ما لم تنكحي"، لا يفهم منه بحسب الصيغة منعها بالكلية من الحضانة إذا كانت متزوجة، بل غاية ما يدل عليه سلبها للأحقية المقتضية تقديمها على غيرها، ولهذا إذا تعيّنَت الأم للحضانة بأن كان المحضون رضيعاً ولا يقبل بغير أمه، أو يخشى عليه من المرض، أو لم يوجد غيرها لحضانتها، فقد قرر العلماء رعاية لمقاصد الشرع أن حقها لا يسقط بنكاحها، بل يتعين عليها القيام بهذا الواجب، ويلتحق بذلك إذا رضي الزوج بأن تحضن زوجه ولدها، كيف وقد وردت آية المحرمات من النكاح في قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾⁴، ويتضح من هذه الآية أنه لو كان الزواج يسقط حق المرأة في الحضانة ما كانت الربيبة في حجره، مما يدل على أن المحضون يكون مع أمه في بيت زوجها سواءً كان قريباً لها أو بعيداً عنها، كما أن حضانة المرأة المتزوجة لولدها من غير زوجها معهود مألوف، لم تنكره الشريعة، ولم تمنع منه، بل أقرته، فقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم بأُم المؤمنين أم سلمة رضي الله عنها، وكان في حجره أبنائها من أبي سلمة، مع وجود أقارب لهم، وكذلك ما ثبت من زواج أبي طلحة من أم سليم وكان في حجره أنس بن مالك خادم رسول الله، وبالتالي فإن شرط عدم زواج الحاضنة بقريب محرم، يشترط في حق غير الأم، أما الأم فإن زوجها إذا رضي فإنه تثبت لها الحضانة للمحضون ذكراً كان أو أنثى لحصول المحرمية بينهما⁵.

وفي الأخير لا يفوتنا أن نذكر بشرط خاص يتعلق بالحاضن إذا كان رجلاً، أن المشرع الجزائري لم يربط إسناد الحضانة إلى الأب بسن المحضون إذا كان المحضون صغيراً، إضافة إلى شرط وجود امرأة مع الأب، وإن كان يمكن استخلاص ذلك الشرط بصفة ضمنية من خلال تعليق المشرع الجزائري إسناد الحضانة بمصلحة المحضون، غير أن العمل بالقواعد الضمنية لا يزيل الإبهام ولا يوحد الأحكام⁶.

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 573-574.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 522-523.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 366.

⁴ سورة النساء : الآية 23.

⁵ حمزة بن حسين الفعر الشريف، المرجع السابق، ص 23-24.

⁶ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 422.

المطلب الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة

نعالج في هذا المطلب ترتيب مستحقي الحضانة فقهاً وقانوناً في الفرع الأول، ثم نتعرض لترتيبهم على ضوء تغيرات العصر في الفرع الثاني.

الفرع الأول : ترتيب مستحقي الحضانة فقهاً وقانوناً

إذا كانت الحضانة حقاً للأم دون الأب استناداً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم أنت أحق به، فيقتضي القياس تقديم جهة النساء على الرجال، وهذه قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المرحلة الأولى من الطفولة بصفة خاصة، وهذا ما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية مع بعض الاختلافات في ترتيب النساء حسب قرابتهن أو شفقتهم، ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث، ومن هنا أخذ المشرع الجزائري بحسب ما يتناسب مع طبيعة المجتمع، بهذا المذهب أو بذلك، وستتطرق إلى ترتيب مستحقي الحضانة فقهاً ثم قانوناً.

أولاً - ترتيب مستحقي الحضانة فقهاً

تعتبر مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من المسائل التي فصل فيها الفقهاء تفصيلاً يكاد يشمل كل الحالات والاحتمالات، وتجدر الإشارة إلى أن تحديد أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم فيما عدا الأم لم يرد النص عليه لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية، وإنما هو خلاصة اجتهاد فقهي، فاتفقت المذاهب الأربعة على أن الأم في المرتبة الأولى وتليها أمها (الجدة لأم) واختلفوا في الترتيب الذي يليهما كما يلي :

- الحنفية :

الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصباء بترتيب الإرث¹، ثم المحارم من الرجال غير العصباء².

- المالكية :

الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم خالة المحضون، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه ثم أم أبيه، ثم الأب، ثم أخت المحضون، ثم عمته، ثم عمه أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخي المحضون، شقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت أخته...³

¹ العصباء بترتيب الإرث (العصباء المحارم من الرجال) وهم : الأب، ثم أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، بشرط أن يكون المحضون ذكراً، أما الأنثى فلا تدفع إلى أبناء الأعمام، لأنها ليست محرماً لهم، فإذا لم يكن للصغيرة إلا أبناء الأعمام فالنظر في ذلك للقاضي، فإن شاء دفعها إليهم وإلا دفعها عند امرأة أمينة. انظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 520-521، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص 195.

² المحارم من الرجال غير العصباء هم : الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم. انظر، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 521، عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 195.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 521.

- الشافعية :

قالوا للمستحقين للحضانة ثلاثة أحوال :

- الحالة الأولى : أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، فتقدم الأم على الأب، ثم أم الأم وإن علت، بشرط أن تكون وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم، لأنها غير وارثة، ثم بعدهن الأب، ثم أمه، ثم أم أمه وإن علت، إذا كانت وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم أب، لأنها لا ترث، فإذا عدت هذه الأربعة وهي الأم وأمهاتها والأب وأمهاته، وإذا اجتمع ذكور وإناث، قدم الأقرب من الإناث ثم الأقرب من الذكور.

- الحالة الثانية : أن يجتمع الإناث فقط، فتقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم أمهات الأب، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت الخالة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات، وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم.

- الحالة الثالثة : أن يجتمع الذكور فقط، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ الشقيق أو لأب، ثم العم لأبوين، ثم العم لأب ثم ابن العم كذلك ولكن لا تسلم له مشتهة لأنه غير محرم، وإنما تسلم لثقة يعينها هو، كبنته فإن كانت مجنونة كبيرة، فإنها تقدم بعد الأم على الجدات، وإن كانت صغيرة لها زوج، فإنه يقدم في الحضانة على كل هؤلاء، بشرط أن تكون مطيقة للوطء¹.

- الحنابلة :

قالوا أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها وإن علت، ثم الأب، ثم أمه وإن علت، ثم الجد، ثم أمه، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم خالات أمه، وتقدم الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات إخوته، ثم بنات أخواته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه كذلك، فتقدم في ذلك كله الأشقاء، ثم الذين لأم، ثم الذين لأب، ولا حضانة عليها لمحرم، كابن العم، وابن عم الأب، وكذا لا حضانة عليها لمحرم برضاع².

- ضوابط ترتيب مستحقي الحضانة

من خلال القراءة في الجزئية المتعلقة بترتيب مستحقي الحضانة فقهاً، نستطيع الخروج بعدد من الضوابط، قد تساعد على فهم سبب الخلاف الدائر بين المذاهب الأربعة حول ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم وأم الأم، ويمكن إيجاز تلك الضوابط دون التطرق للتفاصيل الدقيقة كما يلي :

- إذا اجتمع الأم والأب، قدمت الأم على الأب، لأن الاعتبار في الحضانة بالولادة المتحققة وهي الأمومة ثم بالولادة الظاهرة وهي الأبوة.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 521-522.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص 522.

- إذا اتفقت القرابة والدرجة من الذكور والإناث، قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ، والعمة على العم والخالة على الخال، وأصله تقديم الأم على الأب.
- إذا استوى اثنان أو ثلاثة في القرابة والإدلاء للأم ذكوراً أو إناثاً، كالإخوة لأم، أو الأخوات لأم، أو الخالات أقرع بينهما أو بينهم عند الشافعية والحنابلة.
- إذا استوى اثنان أو ثلاثة في القرابة والإدلاء للأب ذكوراً أو إناثاً، كالإخوة الأشقاء أو لأب، أو الأخوات الشقيقات أو لأب، أو الأعمام وأبنائهم، أو العمات أقرع بينهما أو بينهم عند الشافعية والحنابلة.
- إذا اجتمعت الأخت لأم مع الأخت لأب : قدم الجمهور (الحنفية والحنابلة والمالكية) الأخت لأم على الأخت لأب، لأنها تدلي إلى المحضون من جهة الأم فتكسب من شفقة الأم وحنانها، بينما قدم الشافعية الأخت لأب على الأخت لأم، لاشتراكها مع المحضون في النسب ولقوة إرثها فإنها قد تصير عصة.
- إذا اجتمعت الأخوات والخالات والعمات : قدم الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) الأخوات على الخالات والعمات، لأنهن أقرب للمحضون وأهن أولاد الأبوين لذا قدمن في الميراث، بينما قدم المالكية الخالات على الأخوات والعمات¹.

ثانياً - ترتيب مستحقي الحضانة قانوناً

1- ترتيب مستحقي الحضانة قبل تعديل سنة 2005

نص المشرع الجزائري في المادة 64 قبل تعديلها بالأمر 05-02 على أن : « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ... » يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلاً، لكونهن أقدر وأصبر على تربية الطفل والعناية به، كما يتضح لنا أن المشرع الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم، رتب المستحقين لها مبتدئاً بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب².

2- ترتيب مستحقي الحضانة بعد تعديل سنة 2005

نص المشرع الجزائري في المادة 64 بعد تعديلها بالأمر 05-02 على أن : « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك » يتبين لنا من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم، ثم رتب مستحقي الحضانة بعدهما بالتناوب بين قرابة الأم وقرابة الأب عند اتحاد الدرجة مع تقديم النساء من جهة الأم على النساء من جهة الأب.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 721.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 380-381.

إن الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ أصله مراعاة مصلحة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون متوافرة مع الشخص الأول في القائمة، أسندت إليه الحضانة، أما إذا لم تتوفر معه المصلحة، فتسند إلى الذي يليه، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن هذا الترتيب ما هو إلا مجرد اقتراح ويمكن عدم احترامه إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

وفي حالة استثناء الأشخاص المذكورة كلهم نفس الشروط، فيجب على القاضي البحث عن من يحقق مصلحة أكبر للمحضون، وبالتالي فإن الترتيب الوارد في المادة 64 ليس إلزامي للقاضي ولا من النظام العام، هذا الاستنتاج يجزنا لطرح التساؤل حول فائدة الترتيب الذي جاءت به م 64 ق.أ ؟

إن هذا الترتيب ليس إلزامياً للقاضي إلا أنه ضروري، لأنه يصلح كموجه لكشف الأشخاص المؤهلين على الحضانة، فإذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل ليست مع أمه بالرغم من أنها أولى، فإنه لا يقضي لها بالحضانة، ويطبق نفس الحكم بالنسبة للحواضن الآخرين، وبالتالي تكمن فائدة نص المادة 64 ق.أ في تبيان من هم أصحاب الحق في الحضانة، أما ترتيبهم فيكون على أساس مصلحة كل محضون¹.

ولقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على ضرورة أن تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ، ويمكن أن نذكر بعض القرارات :

حيث جاء في قرار صادر للمحكمة العليا في 2011/03/10 أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة لأم وترجيحهم بأن مصلحة البنت بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها سنة 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليه تطبيقاً سليماً.

وقضى في قرار آخر صادر في 2003/05/21 بأنه كان من المفروض تعيين مرشدة اجتماعية في دعوى الحال لزيارة مسكن الحاضنة والحالة التي يوجد عليها الأولاد وكذلك زيارة مسكن والدهم ومن يقيم معه وأين تكمن مصلحة هؤلاء المحضون لدى والدتهم أم عند والدهم².

وتأكد هذا المبدأ في القرار الصادر في 2009/05/13 وذلك بقوله أن قضاة الموضوع اكتفوا في أسباب قرارهم المنتقد الذي بموجبه أسقطوا الحضانة عن الأم وإسنادها من جديد للأب مستندين في ذلك على الترتيب الوارد بالمادة 64 ق.أ متناسين المصلحة التي هي الأساس في إسناد الحضانة، ومتى أسس قضاة الموضوع قضاءهم على الترتيب الوارد في 64 ق.أ دون البحث في من هو الأجدد وأين تكمن مصلحة البنين يكونون قد قصرنا في قضائهم³.

¹ ركية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 423-424.

² جمال سايس، المرجع السابق، ص 1594 و 1320.

³ مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الأبيار الجزائر، عدد 01، 2009، ص 300.

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة على ضوء متغيرات العصر

سنتطرق في هذا الفرع إلى بعض الملاحظات حول المادة 64 من ق.أ. ثم إلى مبررات إعادة ترتيب مستحقي الحضانة بين الفقه ومتغيرات العصر.

أولاً - ملاحظات حول المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري

من جملة الملاحظات التي يمكن إبدائها حول المادة 64 ق.أ. التي مسّها التعديل الذي طال قانون الأسرة سنة 2005 ما يلي :

- أن الحضانة تستحق بالتحلل الزواج سواء بالطلاق أو بالوفاة طبقاً لنص المادة 47 ق.أ، إلا أن المشرع الجزائري ذكر الحضانة كأثر من آثار الطلاق وليس الوفاة، لذلك يستحسن إضافة عبارة الوفاة لعنوان الفصل الثاني الوارد تحت تسمية آثار الطلاق ليصبح آثار الطلاق والوفاة، وإن كان الطلاق هو الغالب في النزاعات المتعلقة بإسناد الحضانة، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر في 2005/11/16 أن قضاة المجلس ذهبوا في حثيائهم إلى القول أن النزاع الذي يدور حول حضانة الولد الذي توفيت أمه يسلم لأبيه تلقائياً لكونه الولي الشرعي إلا أنه لا يستشف ذلك من مقتضيات المادة 47 ق.أ التي تقول بالتحلل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وأن الحضانة تستحق بعد وقوع إحدى الحالتين للأشخاص الواردة بالمادة 64 ق.أ¹، وقد كان المشروع التمهيدي الأول للقانون المعدل رقم 84-11 قد أضاف المادة 65 مكرر التي كانت تنص على أنه : « في حالة انحلال عقد الزواج بوفاة الزوجة، تعود الحضانة للأب مع مراعاة مصلحة المحضون ».

- الإبقاء على أولوية الأم في حضانة ولدها باعتبارها الأصل، تفرضها الطبيعة قبل أن تفرضها قاعدة قانونية، لأن علاقة الأم بالولد هي ارتباط بالحاجات البيولوجية والعاطفية خاصة في مراحل عمره الأولى، لأن الأمهات أقدر وأشفق وأصبر من الرجال في تربية المحضون ورعايته، وهذا ما يبرر إعطاء الأفضلية لقرابة الأم على قرابة الأب².

- تغيير مرتبة الأب من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية بعد الأم هو ذات الترتيب في القانون المغربي طبقاً لنص المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية³.

- عدم تقييد منح الأب حق الحضانة بأي قيد أو شرط يتعلق بسن المحضون أو بوجود حاضنة معه، فاشتراط المالكية أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة، إذ لا قدرة للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء⁴، وقد سارت المجلة التونسية على ذلك فنص الفصل 58 على أنه ويزاد إذا كان الحاضن ذكراً أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرماً بالنسبة للأنثى، حيث إن شرط المالكية يبدو

1 جمال سايس، المرجع السابق، ص 1528.

2 زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 380 و392.

3 ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 2004/02/03 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر. رقم 5184 الصادر في 2004/02/05.

4 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 730.

سليماً بالنسبة للسنتين الأولى للمحزون لأنه في أشد الحاجة إلى أمه، وأن بعد مرور هذه السن يبدأ عن الانفصال عن أمه تدريجياً واختلاطه بالأشخاص الآخرين ليقترن العلاقات الاجتماعية، ويكون عندئذ الأب أول من يدمج فيها¹.

- لم يربط المشرع الجزائري استحقاق الحضانة بمصالحتي المحزون والحاضن معاً، بل غلب مصلحة المحزون وجعلها أساس إسناد وإسقاط الحضانة، بخلاف المشرع السوداني الذي أحدث نوعاً من التوازن بين مصالحتي المحزون والحاضن، بما يفيد المساواة بين حقوق المحزون وحقوق الحاضن كضابط لغايات الحضانة².

- بعد تعديل المادة 64 ق.أ أصبح الأب بعد الأم وبعدها تناوبت جهة الأم على جهة الأب، فصار الترتيب كالتالي : الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة، فالمشرع الجزائري أراد إعطاء الأسبقية للنساء من جهة الأم قبل النساء من جهة الأب، لأن القربيات من جهة الأم أرحم إلى المحزون من القربيات من جهة الأب.

- إسناد الحضانة بعد الأبوين إلى الجدات أمر منطقي ينسجم مع طبيعة المجتمع الجزائري، فالولد غالباً ما تكون علاقته بجداته من الجهتين وثيقة، كما أنه ذكر الخالة والعمّة دون أن يفصل في مسائل كالسن أو كونها متزوجة أو غير متزوجة، فهذه الاعتبارات لها أهمية بالغة في مسائل إسناد الحضانة.

- أن المادة 64 ق.أ شملت فئة أخرى من مستحقي الحضانة وذلك بقولها ثم الأقربون درجة دون ذكرهم أو تحديدهم، ومن ثم نلجأ إلى نص المادة 222 ق.أ الذي يميلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص ما، وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص.

- يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه ذلك، ولم يشر المشرع الجزائري إلى مصلحة المحزون، لأن عبارة مع مراعاة مصلحة المحزون المنصوص عليها في المادة 64 ق.أ مرتبطة بالشطر الأول المتعلق بترتيب مستحقي الحضانة وليس بحق الزيارة، لذلك يستحسن وضعها في آخر المادة.

- تأثر المشرع الجزائري في صياغة المادة 64 ق.أ بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع الفرنسي، فأخذ من الفقه الإسلامي ترتيب مستحقي الحضانة، وأخذ بمنهجية المشرع الفرنسي في تقنين عبارة مصلحة المحزون وجعلها محور الحضانة، بل يمكن القول أن تأثيره بهذه المنهجية مصدره الاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية حقوق الطفل³.

ثانياً - مبررات إعادة ترتيب مستحقي الحضانة

يظل البحث عن أسباب تعديل نص المادة 64 ق.أ بالشكل الذي صارت عليه متواصلاً، لذا يستوجب علينا الرجوع إلى المشروع التمهيدي الأخير لتعديل قانون الأسرة، الذي اقترح تعديل المادة 64 على النحو التالي :

« الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحزون في كل ذلك ... » وهو ما تمّ تبنيه فعلاً، وإبقاء مرتبة الأب بعد الأم مع تعديل ترتيب الحواضن الآخرين،

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 399-400.

² بوبكر خلف، المرجع السابق، ص 523.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 103.

فقدّم الجدة لأب على الخالة ثم أضاف بعد هذه الأخيرة العمّة¹، حيث نصت المادة 64 المعدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة على ما يلي : « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك... » إلا أن غياب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المعدل لقانون الأسرة لسنة 2005، يدفعنا إلى صياغة مجموعة من الافتراضات التي يمكن أن تكون مبرراً وراء إعادة ترتيب مستحقي الحضانة، سواءً تعلق بالبعد الفقهي أو البعد الاجتماعي أو البعد الدولي.

1- البعد الفقهي :

إن تحديد المرجعية الفقهية المعتمدة للمادة 64 ق.أ المعدلة، يجزنا إلى طرح الافتراض الآتي : قد يكون المشرع الجزائري قد استند فيما ذهب إليه من جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم ربما إلى الرأي غير المشهور في المذهب الحنبلي والمالكي أو إلى المذهب الجعفري، لاسيما وأن ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم يخضع للاجتهاد الفقهي :

أ- المذهب الحنبلي :

حيث جاء في المغني لابن قدامة : ولا يشاركها - الأم في الحضانة - في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى من امرأة أبيه.

وجاء في موضع آخر منه عن أحمد روايتين إذا عدت الأم : الأولى أن أم الأم وإن علت أولى بحضانتها وهو المشهور، والثانية أن أم الأب وأمهاها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقدم، لأنهن يدلن به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته.

وجاء في موضع آخر منه أيضاً : وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان : أحدهما تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها، والثاني تنتقل إلى أمهاتها وهو الأصح لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه².

ويرى محفوظ بن صغير في تأسيسه لرأي المشرع في جعل الأب في المرتبة الثانية أنه يمكن القول أن المشرع أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك³.

ب- المذهب المالكي :

حيث جاء في البيان والتحصيل لابن رشد : اختلف في الأب بعد الإجماع على أن الأم أحق منه على أربعة أقوال، أحدها : أنه أحق من قراباته وقرابات الأم، والثاني : أن قراباته وقرابات الأم أحق منه، والثالث : أنه أحق من

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 392-393.

² ابن قدامة، المغني، ج 11، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 414 و422 و426.

³ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009، ص 678.

قرباته وأن قربات الأم أحق منه، وهو الرأي المشهور، والرابع : أن قربات الأم وبعض قرباته أحق منه، وأنه أحق من بعض قرباته¹.

من خلال الأقوال الأربعة نستخلص أن القول الثالث المشهور في المذهب المالكي جاء مطابقاً للمادة 64 ق.أ قبل التعديل، والقول الأول غير المشهور في المذهب المالكي جاء مطابقاً للمادة 64 ق.أ بعد التعديل. لذلك يمكن القول أن المرجعية الفقهية المعتمدة للمادة 64 ق.أ المعدلة في جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم، هو الرأي غير المشهور عند الحنابلة والمالكية، إلا أن المشرع الجزائري جعل المعيار الأساسي في ترتيب مستحقي الحضانة مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال.

ج- المذهب الجعفري :

حيث جاء في الفقه على المذاهب الخمسة لمحمد جواد مغنية أن الإمامية قالوا في ترتيب مستحقي الحضانة : الأم ثم الأب - وعندهم إذا كان أحد الأبوين موجوداً لا حضانة لأحد سواهم - ثم بعدهم الجد لأب وبعده يرتب أصحاب الحضانة كترتيب الإرث².

2- البعد الاجتماعي :

- إن التعديل الذي طرأ على ترتيب مستحقي الحضانة في المادة 64 ق.أ، مفهوم وله حكمة، إذ يهدف إلى رعاية ما أصاب المجتمع المغاربي - الجزائري - من تطور وتفكك الأسرة الكبيرة، ويعني بهذا أن إعطاء الأولوية للأب في الحضانة بعد الأم، يعود سببه إلى تراجع دور الأسرة الكبيرة المتكونة من الأبوين والأولاد والأقارب، فالظروف التي وضع فيها الفقهاء ذلك الترتيب والذي اعتمده المشرع فيما سبق قد تغيرت، فالروابط العائلية من جهتي الأم والأب كانت متماسكة، لكن اليوم تفككت الأسرة الكبيرة (التقليدية الممتدة) إلى أسر صغيرة (الحديثة النووية) تتألف من الأبوين والأولاد في أغلب الأحيان، مما انعكس على النزاعات المتعلقة بالحضانة، إذ أصبحت تدور بين الأم والأب في غالبها، وبالتالي فإن تقديم قربات الأم على الأب أصبح غير مبرر كما كان قبل تعديل سنة 2005³.

حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر في 1989/07/03 أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة بنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضاءهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

¹ أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه، ج 5، ط 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988، ص 414.

² محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط 5، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، د.ت.ن، ص 378.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 393-395.

وأكدت المحكمة العليا في قرار صادر لها في 18/02/1997 أنه بما أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسלטتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون¹.

- قد تكون التغييرات التي طرأت على المجتمع الجزائري وعلى الأدوار التقليدية والنمطية التي كان يساهم فيها كل من الأب والأم، من بين المبررات التي جعلت المشرع يعتقد أن الأب بإمكانه ممارسة حقه في الحضانة مثله مثل الأم، إذ في المقابل تغير دور المرأة وخروجها من البيت لتصبح المعيل المادي للأسرة، أصبح الأب يشارك الأم في التربية والقيام بمسائل كانت تعتبر في وقت سابق منوطة بالنساء فقط، حيث صار بوسع بعض الآباء القيام بما في ما تعلق بتربية الصغير من إعداد الرضاعة و الطعام وتنظيف وتغيير الملابس ...

- كما يمكن أن نصوغ مبرراً آخر أنه بإسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها مثلاً بغير قريب محرم، فيمكن أن يكون الحكم القاضي بإسناد الحضانة شكلياً أما واقعياً فالمحضون يبقى مع أمه باتفاق بين الأم وقرباتها (جدة لأم أو خالة)، لذلك قد يكون المشرع رأى أنه إذا تم إسقاط الحضانة عن الأم فلا بد من إسنادها إلى الأب لأن إسنادها إلى قريبات الأم (جدة لأم أو خالة) أمر قد لا ينفذ على أرض الواقع².

- كما أن التعديل الجديد يعد أقرب إلى المعيشة في المجتمع الجزائري، لأن غالبية الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع الأبوين من جانب الزوجة، ولهذا ينبغي عند إسناد الحضانة مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع، وهناك اعتبار مصلحي ومادي في تقديم الجدة لأب على الخالة، فإسناد الحضانة للجدة لأب يفيد باطلاع الأب على أحوال المحضون دون صعوبة تذكر، كما أنه في الغالب يكون المحضون قد تعود على العيش مع جدته لأب، بالإضافة لخبرتها مقارنة مع الخالة، كما أن مسألة النفقة وتوفير سكن قد لا تطالب بها الجدة لأب خصوصاً إذا كانت قادرة على ذلك وكان الأب قليل الدخل³.

- بما أن ترتيب مستحقي الحضانة قبل تعديل سنة 2005 وبعده ليس إلزامي للقاضي لأن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة، فإن ترتيبهم حسب المادة 64 من القانون 84-11 لا يقوم على مبرر فقهي بقدر ما يتعلق بواقع مجتمعي، رأى في فترة التعديل وما قبلها بأن تغليب الإسناد للنساء على الرجال فيه إجحاف في حق الأب، فكيف يُنسب المحضون لأبيه وتلقى على عاتقه تبعات الحضانة من نفقة وبدل إيجار في حين يوجد المحضون لدى قريبات الأم (جدة لأم أو خالة)، ما أثار حينها مسألة وأن الأم بهذا الترتيب لها أن تتزوج، وفي الوقت ذاته

1 جمال سايس، المرجع السابق، ص 565 و 866.

2 أنيسة لشهب، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيبي علي البليدة، العدد 13، ماي 2018، ص 284-285.

3 ريحة إغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 2، العدد 27، 2015، ص 40.

تحتفظ بحضانة الطفل بطريقة غير مباشرة¹، كما أن هذا التعديل جاء إرضاءً لفئة الرجال مقابل تمرير حزمة من المواد التي جاءت خدمة لحقوق المرأة بالموازاة مع الرجل تكريساً لمبدأ المساواة.

3- البعد الدولي :

- إن التعديل الذي جاءت به المادة 64 ق.أ يطابق ما جاءت به اتفاقية سيداو والتي طالبت بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحضانة مع ترجيح مصلحة المحضون في كل الحالات، وذلك بنصها في المادة 16 فقرة 01 حرف "و" : «... تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة... نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة»².

وبالتالي فإن المشرع الجزائري بنصه الجديد في إعادة ترتيب مستحقي الحضانة، وجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم، قد خرج عن الترتيب الوارد في النص القديم وعمما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تقديم النساء على الرجال في الحضانة، وغرضه من ذلك تحقيق نوع من الموازنة بين الأم والأب في الحضانة مع إعطاء الأولوية للأم - بسبب طبيعتها وليس أولوية تمييز ضد الرجل - مع ترجيح مصلحة الطفل في جميع الأحوال، تكريساً لمبدأ المساواة الذي أصبح التزاماً دولياً يفرض على المشرع الأسري بعد انضمام الجزائر لاتفاقية سيداو سنة 1996، وكما فعل المشرع التونسي لينال رضا واستحسان المجتمع الدولي راح يؤسس الحضانة على أساس المساواة بين الرجل والمرأة في الفصل 67 من المجلة : « وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو غيرها»³.

من خلال هذا الفصل يتبين أنه إذا كان ترتيب مستحقي الحضانة المنصوص عليه في الشطر الأول من المادة 64 ق.أ قبل التعديل وبعده ليس إلزامياً للقاضي ولا من النظام العام، باعتباره مسألة موضوعية تخضع لاجتهاد قاضي الموضوع وتقديره، وإنما يعتبر كموجه له لكشف الأشخاص المؤهلين للحضانة، وبالتالي فهل تعتبر مصلحة المحضون هي الضابط الأساسي عند إسناد الحضانة من طرف القاضي ؟

¹ أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومخاير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، العدد 11، سبتمبر 2018، ص 382.

² اتفاقية سيداو، هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة في 18/12/1979، انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22/01/1996 وتحفظت على بعض المواد والتي من أهمها المادة 16 التي تتعلق بفرض المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الأحوال الشخصية.

³ أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص 285.

الفصل الثاني

مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة

في التشريع الجزائري

المبحث الأول : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة

- المحاذير والحلول -

الفصل الثاني : مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة في التشريع الجزائري

إن انحلال الزواج من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد مستحقيها سواء أحد الأبوين أو غيرهما، وضمناً لحقوق الطفل أوجد الفقه القانوني قاعدة أسماها مصلحة المحضون، من أجل حماية الطفل الذي يكون محل نزاع، هذا المبدأ كرسه المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة في أغلبية المواد المتعلقة بأحكام الحضانة.

غير أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً لمصلحة المحضون، وإنما ترك تحديدها إلى اجتهاد قاضي الموضوع عند التطبيق، بالاستعانة ببعض الضوابط الموضوعية والإجرائية التي يمكن من خلالها تقدير تلك مصلحة.

كما أن الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة لا تخلو من المشاكل العملية التي تعترضه بعد الطلاق، إن على المستوى المحلي أو الدولي، لذلك لا بد من إيجاد حلول لمعالجتها.

وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نتعرف في المبحث الأول على سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون من خلال الضوابط الموضوعية في تقدير مصلحة المحضون في مطلب أول، ثم إلى الضوابط الإجرائية في تقدير مصلحة المحضون في مطلب ثاني، أما المبحث الثاني فنخصصه إلى الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة من خلال محاذير إسناد الحضانة في مطلب أول، ثم إلى الحلول المقترحة لمعالجة محاذير المنح في مطلب ثاني.

المبحث الأول : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

إن المشرع عند صياغته للقوانين يضع قواعد عامة ومجردة، والقاضي يفصل حسب كل حالة، لذلك انحصر دور المشرع في تذكير القاضي بتغليب مصلحة المحضون لصعوبة إفرانها في نص قانوني، شأنها شأن قواعد النظام العام والآداب العامة وحسن النية، فهي قواعد متعارف عليها، لذلك اختلفت مصلحة المحضون حسب الأزمنة والأمكنة، وحسب جنس وسن الطفل المحضون، وحسب القاضي المعروض عليه النزاع، لاسيما وأن أغلبية أحكام الحضانة أحكام اجتهادية قابلة للتغيير¹، ولهذا فعلى القاضي أن يبحث عن الضوابط الموضوعية والإجرائية لتقدير تلك المصلحة، وهذا ما سنتطرق إليه تباعاً في هذا المبحث.

المطلب الأول : الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون

إن المعايير التي يعتمد عليها القاضي في أحكامه، لا يجب تحديدها من خلال الشروط الواجب توافرها في الحاضن أو على أسباب إسقاطها في حالة انعدامها فحسب - إنما يتأكد من تجاوب المحضون معها - بل يتعدى تحديدها وفقاً لمعايير موضوعية يقدرها القاضي، وذلك بالوقوف على اعتبارات معنوية ومادية.

الفرع الأول : المعيار المعنوي

نظراً لأهمية المعيار المعنوي في حياة المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، فإن القاضي يسعى للتأكد من مدى حرص الحاضن بإمداد المحضون بالوسائل الكفيلة التي تحفظه نفسياً و أمنياً وصحياً واجتماعياً.

¹ سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014/2015، ص 179-180.

أولاً- العامل النفسي :

إن طبيعة الموضوع المتعلق بمصلحة المحضون تستدعي من القضاء الاستعانة بالنتائج الطبية والنفسية لسد ثغرات سكوت القانون، وذلك لتوضيح العنصر النفسي والروحي في حياة الطفل.

بالتأكيد أن دور الوالدين والأم على الخصوص في مد أبنائهما الحنان والعطف لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، ولهذا حرص علماء النفس والأطباء على توفيرهما للطفل خاصة في حياته الأولى، فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى، أثر هذا الحرمان على تكوينه الخلقي وتوازنه النفسي والعقلي، وهذا ما يبرر تقديم النساء على الرجال في ترتيب مستحقي الحضانة فقهاً وقانوناً، لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية، ويوضح محمد فتحي أن إهمال الطفل من جانب والديه وحرمانه من رعايتهما لأي سبب يسلب من نفسه عاطفة الحب¹.

هذا ما جسد في العديد من قرارات المحكمة العليا باعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها، والتي من بينها :

حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2008/02/13 أنه يجب عند إسناد حضانة الأولاد الثلاثة للجدة من الأم، تبيان معايير مصلحة المحضون².

وكذلك القرار الصادر في 2006/06/04 الذي قضى بأنه من المستقر عليه قانوناً أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل أرزقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن³.

إن الحرمان العاطفي ينعكس سلباً على سلوك الطفل، ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح ووقوفه ضد مجتمعه، وفي ذلك يقول محمد فتحي أن سلوك المنحرف هو تعبير رمزي للانتقام لما سلب منه من حب وحنان، ويشهد علماء الاجتماع والإجرام وهم في صدد البحث عن جرائم الأحداث، أن الأطفال هم دائماً ضحايا الطلاق، فكلما اختل توازن الأسرة بسبب الطلاق كلما تهيأت عوامل انحراف الأطفال، وهذا ما أكده الرسول صلى الله عليه وسلم بحديثه كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه⁴.

إن المشرع الجزائري سداً لجنوح الأطفال وحماية لهم من الانحراف، نص على عقوبة تسلط على أحد الوالدين في حالة إهماله معنوياً للأولاد في نص المادة 330-03 ق.ع.ج بقوله: « يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج، أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 124-125.

² جمال سايس، المرجع السابق، ص 1445.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/06/04، رقم الملف 368395، نقلاً عن سناء عماري، المرجع السابق، ص 187.

⁴ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 126-127.

أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها»¹.

ثانياً- عامل الاستقرار والصحة :

كما يعتبر الاستقرار النفسي للمحضون جانباً مكملاً للجانب العاطفي، فكلما أمد الحاضن العطف والحنان للمحضون، كلما وقّر له وسائل الأمن والراحة النفسية، وبالتالي يكون أكثر قدرة على التكيف مع مطالب الحياة، لذلك يعتبر معيار الاستقرار والأمن موجهاً يمكن للقاضي الاستعانة به لتقدير مصلحة المحضون، فالعجز عن توفير ما يحتاجه الطفل من الاستقرار بسبب الانفصال العائلي قد يكون عاملاً في تفسير ارتفاع ظاهرة جنوح الأطفال.

وقد أكدت الدراسة التي قام بها العالم النفساني بولباي سنة 1946 تحت إشراف منظمة الصحة العالمية والتي بيّن فيها أن الأولاد الذين يفصلون عن أمهاتهم في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى من حياتهم غالباً ما يكونون أشخاصاً بلا عطف أو حنان، وبالتالي قابلين لأن يكونوا سارقين.

كما أن النظرية التعليمية الاجتماعية المقدمة من طرف تريسلر سنة 1962 تنبأ بأن الصغار الذين يتعرضون في حياتهم للانفصال هم أكثر قابلية لأن يكونوا جانحين، وهذا بسبب أن الانفصال بين الأم والأب يؤثر على عملية التربية².

كما أن الاستقرار والأمن ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين سيعيش معهم المحضون، لذلك لا بد من معرفة من يعيش في البيت الذي تمارس فيه الحضانة، لأخذه كعامل في تقدير مصلحة المحضون، لتأثر المحضون بالوسط العائلي الذي سيعيش فيه إيجاباً أو سلباً³، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر في 2005/07/13 الذي جاء في معرض تأسيسه بدعوى أن القرار المطعون قد أخطأ في تطبيق المادة 64 ق.أ عندما قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدّة لأم دون مراعاة لمصلحة المحضون مع أن الخبر الطبي قد توصل إلى أن المحضون يشتكى من معاناة نفسية عبر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة كما أن التحقيق الذي أجرته المساعدة القضائية ذكرت في تقريرها أن خال الولد الساكن مع الجدّة لأم قد حكم عليه جزائياً من أجل استهلاك المخدرات⁴.

¹ أمر 66-156 المؤرخ في 2006/06/08 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، ج.ر عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

² سناء عماري، المرجع السابق، ص 189-190.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 133.

⁴ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1324.

كما أن تغير محل إقامة الطفل يؤدي إلى اضطراب مجرى حياته، فالتغيرات التي تحدث في حياته قد تسبب له اضطراباً في دراسته، ويشرح بلانت أن ظاهرة تردد الأطفال المهاجرين على العيادات النفسية، نتيجة لتكرار تغيير مواطن إقامتهم، تؤدي إلى مظاهر عدم الأمن لديهم، وبالتالي تظهر في تصرفات الطفل من خلال القلق والرعب¹. كما قررت الحضانة لحماية المحضون صحياً، من خلال تعهده بالتغذية الصحية السليمة ووقايته من الأمراض وتحصينه وتطعيمه منها، وتحقيقاً لذلك أعلنت الجزائر في دستورها أن الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها²، كما تضمن قانون الأسرة في المواد 62 و78 منه الحق في الصحة.

ثالثاً- حق الزيارة :

إن أحقية الأم في الحضانة بعد الطلاق لا يعني إطلاق يدها للنيل من عواطف الأب، لأنه لا يقل شفقة على ولده المحضون منها، إنما عليها تمكينه من حقه في زيارة المحضون ليتواصل في تربيته وتعليمه في مكان ووقت محدد. كما أن تبادل الزيارات بين الأشخاص، كما هو مسطر في باب المحاملات حرية لا يمكن لأحد أن يفرضها على الآخر، فهي التزام أدبي أو ديني يخرج عن كل جزاء قانوني، إلا أن هذه الحقيقة لا يمكن تطبيقها على المحضون الذي هو بأمس الحاجة إلى رؤية والديه وأقاربه، هذه الزيارة تعتبر بالنسبة إليه مصدراً للحنان والعطف، لأن حق الزيارة مؤسس للحفاظ على علاقات القرابة³.

إن المشرع الجزائري بإقحامه حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لمستحقي الحضانة، يدل على أن كل من ذكر فيها له الحق في زيارة المحضون، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فإنه يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن، لذلك فإن حق الزيارة المنصوص عليه في المادة 64 ق.أ لا يقتصر على الأب أو الأم بل يتعدى إلى كل من لهم مصلحة من مستحقي الحضانة، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1969/10/08 عندما قرر أنه من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمّن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل⁴، وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا في 1998/04/21 جاء فيه أنه من المقرر شرعاً أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضاً⁵، وكذلك في قرار آخر صادر في 2001/01/23 بأن للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى.

¹ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 134.

² المادة 66 قانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14، بتاريخ 2016/03/07.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 212.

⁴ المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1969/10/08، النشرة السنوية، 1969، ص 327، نقلاً عن زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 215-216.

⁵ العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 343.

إن المادة 64 ق.أ.ج أوجبت على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، إلا أن المشرع لم يعط أي توجيه للقاضي في كيفية ممارستها سواء من حيث مدة الزيارة أو مكانها، ولم يشر إلى مصلحة المحضون عند منح هذا الحق لصاحبه، لذلك حددتها المحكمة العليا بمرّة في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر في 16/04/1990 الذي جاء فيه : متى أوجبت أحكام المادة 64 ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

وقد قررت المحكمة العليا في 30/04/1990 بأن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر مسكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون و الشرع¹.

ومن شراح القانون من يرى أنه لا ضير في زيارة الأم لولدها إذا ما اصطحبت أحد محارمها معها في بيت طليقها أب المحضون، وهو مكان مناسب ليشعر فيه الولد بالأمان، ومن يدري قد تكون في هذه الزيارة بادرة لصفاء القلوب وعودة الحياة الزوجية بين الطرفين يكون سببها المحضون، ولكن ليس لها أن تطيل في وقت الزيارة لأنها أصبحت أجنبية عن أب المحضون.

إن تنظيم حق الزيارة ليس غرضه تقييد حرية الأشخاص، وإنما تسهيل ممارسة الزيارة، فإذا اتفق الحاضن وصاحب حق الزيارة على مكان الزيارة ووقتها، فإنه ما على القاضي إلا المصادقة على هذا الاتفاق مادام يخدم مصلحة المحضون، أما في حالة عدم اتفاقهما حددهما القاضي بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ.

كما أن اصطحاب المحضون من مكان إلى آخر مرتبط بسن المحضون، فإذا لم يبلغ الطفل الثالثة من عمره فإن القاضي لا يجوز صاحب حق الزيارة مشاهدة المحضون إلا في أوقات محددة وبدون اصطحاب، وأما إذا تجاوز سنه ثلاث سنوات فإن القاضي يمكن صاحب حق الزيارة من اصطحابه وحتى المبيت لديه خلال عطلة آخر الأسبوع وأيام الأعياد الدينية والوطنية وخلال العطل المدرسية في النصف الأول منها أو في النصف الأخير، لتوطيد وتمتين العلاقة بينهما، لأن الزيارة ليس القصد منها مشاهدة المحضون فحسب، إنما متابعة شؤونه وتأديبه وتفقد أموره الشخصية².

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1001 و 549 و 571.

² نواف حازم خالد، مشاهدة المحضون دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل، العراق، د.ت.ن، ص 400-402.

الفرع الثاني : المعيار المادي

إن توفير العنصر المادي للمحضون بتغطية احتياجاته من مأكل وملبس وسكن وغير ذلك، تجعل المحضون يحس براحة نفسية تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن، وبالتالي فإن أهم العوامل المساعدة في تحديد المصلحة المادية للمحضون تتمثل في نفقة المحضون وحقه في السكن.

أولاً- نفقة المحضون :

إن حق النفقة من أهم الحقوق التي قررها القانون لحماية للطفل خاصة في حال انفصال الزوجين، فألزم المشرع الجزائري الأب بالإففاق على ولده إن لم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب¹. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 17/02/1998 بقولها من المقرر قانوناً أنه يلزم الأب بالإففاق على الولد الذي ليس له كسب، ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها لا تعتبر كسباً بل هي مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 16/02/1999 قضت بقولها : من المقرر قانوناً أن الأنتى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب، ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنيتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 ق.أ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص النفقة².

وجاء في تسيب قرار المحكمة العليا الصادر في 12/02/2001 أنه بالرجوع إلى مستندات الملف والقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد الإطلاع على هذا الأخير تبين أن قضاة المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإففاق على محضونين أحدهما أثبت قاضي أول درجة بأنه لازال قاصراً والآخر معوقاً بإعاقه كاملة والهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحضانة بالإضافة إلى أن البنات البالغات سن الزواج حسب المادة 07 من ق.أ ملزم بالإففاق عليهن حتى الدخول وذلك طبقاً للمادة 75 من ق.أ.

حيث إنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الذي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة إلى حين سقوطها فعلاً ومادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون.

¹ المادة 75 ق.أ.

² جمال سايس، المرجع السابق، ص 1096 و1101.

وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة عملا بالمادة 76 من ق.أ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها في 16/03/1999 أنه من المقرر قانونا في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين وأجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب اتجاه ابنه المحضون وأن شهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية لا يمكن الأخذ بها كدليل عن وضعية الطاعن لأن هذه الشهادة تصادق فقط على إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

وفي قرار آخر صادر في 21/01/2004 جاء فيه أنه لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون.

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتعذر بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد.

أما فيما يخص مشتملات النفقة، فقد نصت عليها المادة 78 من ق.أ بقولها تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات والعادة، ومن خلال هذه المشتملات يتضح أنه لم تأت على سبيل الحصر وإنما فقط على سبيل المثال، ودليل ذلك إقحامه لعبارة وما يعتبر من الضروريات، وهذا ما أكدده قرار المحكمة العليا الصادر في 15/11/2006 يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية.

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع فإن القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون مما يجعل مبلغ النفقة الغذائية الشهرية للبنات المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار ضمن القرار محل الطعن لا يعتبر قصورا في التسبيب، حسب زعم الطاعن، باعتبار أن الطاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران كما هو ثابت من سجله التجاري، وكذا امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدار البيضاء في المغرب، حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى الحكم على الطاعن بمصاريف علاج البنات المحضون (أ) فذلك لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية التي تثبت تعرض البنات المحضون لأمراض مختلفة، الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين¹.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر في 21/05/1991 قضى بأن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضون، وحق الحضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك².

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1096 و1099 و1261 و1395.

² العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، المرجع السابق، ص 416.

ثانيا- حق المحضون في السكن :

حيث أنه نظراً لافتقار قانون الأسرة للمذكرة الإيضاحية لم نستطع كشف سبب أفراد السكن بالذكر في المادة 72 من ق.أ مع أنه اعتبره من مشتملات النفقة في المادة 78 من ق.أ خاصة وأن المحكمة العليا في الجزائر قد أكدت في 1998/07/21 بأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصراً من عناصر النفقة ومنها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و لا رقابة عليهم في ذلك. إلا أن القضاء الجزائري تراجع عن هذا الموقف، واعتبر تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة، وألزم الأب بأن يهيء لأولاده محلاً لسكنائهم أو يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لإيجاره حسب يسره أو عسره وظروفه الاجتماعية.

وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2010/10/15 بأن السكن وأجرته يعدان طبقة لأحكام المادة 78 من ق.أ من مشتملات النفقة، ومن ثم فإن المطالبة بأحدهما مع المطالبة بمراجعة النفقة الغذائية للبنات المحضونة بموجب دعوى واحدة لا يشكل أية مخالفة للقانون، كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقاً لأحكام المادة 57 مكرر من ق.أ من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت، وفي أية مرحلة من مراحل التقاضي. بالرجوع للمادة 72 من ق.أ يتضح أن الأصل هو إلزام الأب بتوفير مسكن ملائم للممارسة الحضانة، وهذه الملائمة متزوك تقديرها للقاضي الذي ينظر النزاع حول مسكن الحضانة وحسب عرف والعادات السائدة، واستثناءً عند تعذر الأب عن ذلك، يتم الانتقال للالتزام الثاني وهو دفع بدل الإيجار، ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/31 بقولها لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحضانة سكن. كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر لها في 2010/09/16 بأن توفير سكن ملائم للأب لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار¹.

إن النفقة التي أقرها قانون الأسرة للمطلقة وأولادها بالجزائر لا تتناسب تماماً مع الواقع الاقتصادي، فمبلغ 4000 دج يعد مبلغاً ضئيلاً، يضاف إليه بدل الإيجار ويقدر تقريباً بـ 5000 دج مع ما تشهده البلاد من ارتفاع للأسعار يوماً بعد يوم، فالقانون رغم كل التعديلات المدخلة لا يخدم المرأة كثيراً، وبالتالي ينعكس سلباً على الأطفال، وعلى الرغم من هذه المعطيات فإنه بمجرد أن يطلق الرجل زوجته يتخلى نهائياً عن أولاده ويتوقف عن دفع النفقة، فتلجأ المرأة المطلقة إلى اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده بجنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها في المادة 331 من ق.ع.ج، إلا أن هذا الإجراء لم يعد كافياً لأن أقصى ما يمكن أن يقدمه جهاز العدالة إذا أصر المدين بالنفقة - الأب - على الامتناع عن دفعها هو إدانته بعقوبة الحبس، ومن أجل معالجة هذا الوضع جاء إصدار القانون رقم 01-15 المؤرخ في 2015/01/04 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة، الذي استند المشرع فيه لمبدأ مسؤولية الدولة

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 945 و 1495 و 1239 و 1508.

لتوفير النفقة باعتبارها حقاً من الحقوق الأساسية للمواطنين، بحيث يحل صندوق النفقة محل الملزم بدفعها في حالة امتناعه عن التسديد أو لعدم معرفة محل إقامته¹.

من خلال ما سبق نستخلص أن المعيار المعنوي غير كاف إذا لم يرافقه المعيار المادي لتقدير مصلحة المحضون، إلا أن أهم وسيلة لتأكد القاضي من هذه المعايير هو الاستعانة بالتحقيق كآلية لتقدير تلك المصلحة.

المطلب الثاني : الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون

لقد جعل القانون مصلحة المحضون العمود الفقري في تحديد الأحكام الخاصة بالحضانة، وقد ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي الموضوع في تقدير تلك المصلحة، إلا أن اختلاف القضايا التي تطرح عليه قد يؤثر في تقديرها، إلا أن المشرع لم يحدد إجراءات التحقيق التي يلجأ إليها القاضي عند إسناد الحضانة أو إسقاطها في قانون الأسرة باعتباره يتضمن أحكام موضوعية لا إجرائية، مما يدفع القاضي بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية².

لذلك فإنه بالرجوع لنص المادة 75 و76 من ق.إ.م.إ فإنه يجوز للقاضي اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق سواء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، أي أمام المحكمة وكذا المجلس القضائي، وبالطبع فإن إجراءات الطعن بالنقض غير معنية بها، ذلك أنها تتعلق بالوقائع³، ومن خلال آليات التحقيق المتخذة من طرف القاضي يقدر ويصدر حكمه.

الفرع الأول : الخبرة

إذا كان يفترض في القاضي إلمامه بالحد الأدنى من أمور الحياة بما في ذلك ما يتعلق بعلم النفس والاجتماع والطب وغيرها، فإنه لا مناص إذا انصب نزاع حول ميدان علمي أو تقني بدرجة من التعقيد خارج عن دائرة اختصاصه أن يسترشد بتقارير أهل الخبرة من أجل تأسيس حكمه طبقاً لنص المادة 125 ق.إ.م.إ.

لذا نصت المادة 126 ق.إ.م.إ على أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، كما جاء في نص المادة 425 من ق.إ.م.إ. يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، وهذا ما أكدته المادة 03/454 ق.إ.م.إ بشكل واضح بأنه يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة بالأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي، وإن جاء هذا النص في القسم المتعلق بإجراءات الولاية.

¹ سناء عماري، المرجع السابق، ص 196-197.

² فاطمة الزهراء نجاة الهاشمي وسامية عتو، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة ماستر، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2017، ص 52.

³ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 143.

كما يمكن للقاضي بعد الاطلاع على الخبرة، وإذا تبين له أنها غير كافية، أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، باستكمالها أو الأمر بحضور الخبير أمامه لتلقي الإيضاحات والمعلومات الضرورية، وهذا يغني للجوء إلى تعدد الخبرات وتضاربها غالباً¹.

كما يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة طبقاً لنص المادة 01/144 ق.إ.م.إ باعتبار المسألة فنية من اختصاص الخبير، إلا أن القاضي غير ملزم برأي الخبير طبقاً لنص المادة 02/144 ق.إ.م.إ باعتبار المسألة قانونية من اختصاص القاضي².

وبالتالي فإنه يمكن للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون المعنوية والمادية قبل الفصل في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة، وهذا ما أكدته العديد من قرارات المحكمة العليا، والتي من بينها ما يلي:

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر في 18/02/1997 أنه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسלטتهم التقديرية فقد طبقوا القانون.

حيث جاء في تسيب قرار للمحكمة العليا صادر في 18/05/2005 أن المادة 64 من ق.أ ترتب درجات استحقاق الحضانة لكن وفي كل الأحوال توصي هذه المادة بمراعاة مصلحة المحضون وبعبارة أوضح تسند الولد للحاضن الذي تتوفر فيه أو لديه مصلحة المحضون، ولما قضى قضاة مجلس باتنة في قضية الحال برفض طلب الطاعنة بإسناد حضانة ابن ابنتها لها دون الرد على دفعها المتعلق بإقامة الولد محل الخلاف بعيداً عن والده الحاضن ودون مراعاة مصلحة هذا الأخير فإن قضاءهم جاء مشوباً بالقصور ومخالفاً للقانون مما يجعله عرضة للنقض والإبطال.

وفي قرار آخر صادر في 13/07/2005 - والذي ذكرناه سابقاً - أكد بأن إسناد حضانة الولد للجددة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقارير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصوراً في التسيب³.

وفي قرار آخر صادر في 17/05/2006 قضى بأن يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون.

وفي معرض تأسيسه خالص القرار بأن النقطة التي تمحور حولها النزاع تدور حول تثبيت الحضانة للطاعن بموجب عقدي كفالة ومحضر تنازل رسمي محرر من طرف المطعون ضدها، وأن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة لم يراعوا مصلحة المحضون وأيضاً المدة المنصوص عليها في المادة 68 من ق.أ المحددة لفترة طلب الحضانة بسنة رغم أن في قضية الحال الجدة للأُم المطعون ضدها كبيرة السن ومريضة غير قادرة على القيام بشؤون الطفل محل النزاع وأن

¹ أنظر المادة 141 ق.إ.م.إ.

² سناء عماري، المرجع السابق، ص 198.

³ جمال سايس، المرجع السابق ص 866 و 1275 و 1324.

مصلحة الطفل تقتضي بقاءه عند خاله الطاعن لكون هذا الأخير هو الذي احتضنه وكفله منذ أن كان عمره سنة ونصف.

وفي قرار آخر صادر في 2005/11/16 قضى بأنه إذا كان من المقرر قانوناً أن الحضانة تستحق بالتحاليل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة، فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين¹.

من خلال ما سبق نستخلص أن المحكمة العليا قد استقرت على ضرورة الاستعانة بمرشدة اجتماعية تحقيقاً لمصلحة الطفل الفضلى، والتأكد من صلاحية الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، خاصة أنه ينعكس سلباً على تنشئته.

الفرع الثاني : المعاينة

إذا لم يقتنع القاضي بما توصل إليه الخبير، فيمكنه اعتماد أسلوب آخر في إصدار حكمه يتمثل في الانتقال لمعاينة مكان ممارسة الحضانة شخصياً لمعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، كمرعاة مدى ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة والمرافق الضرورية، وحالة الحي الذي يعيش فيه، كل هذه الظروف يدخلها القاضي في الحساب لتقرير إسناد الحضانة لأحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون، وذلك طبقاً للمادة 146 من ق.إ.م.إ التي نصت على أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك، كما أن نص المادة 147 من ق.إ.م.إ أعطى للقاضي صلاحية اصطحاب أي شخص من ذوي الاختصاص لمساعدته².

من خلال ما اطلعت عليه من قرارات للمحكمة العليا، لم أعر على قرار يتعلق بالمعاينة الشخصية للقاضي أو اصطحابه لذوي الاختصاص لمكان ممارسة الحضانة، إلا أننا سنستعين بتسيب لقرار للمحكمة العليا يؤكد دور المعاينة الميدانية لمكان ممارسة الحضانة من طرف المرشدة الاجتماعية الصادر في 2003/05/21 الذي جاء فيه : أن القرار محل الطعن لم يشر إلى سن كل ولد من الأولاد الستة على حدة، إضافة إلى ذلك كان المفروض تعيين مرشدة اجتماعية في دعوى الحال لزيارة مسكن الحضانة والحالة التي يوجد عليها الأولاد وكذلك زيارة مسكن والدهم ومن يقيم معه وأين تكمن مصلحة هؤلاء المحضون لدى والدتهم أم عند والدهم أم من الأحسن اقتسامهم، ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء باتنة من دون مراعاة ما أشير إليه أعلاه فإن قرارهم جاء مشوباً بالقصور وانعدام الأساس مما يتوجب معه نقض القرار³.

¹ جمال سايس، المرجع السابق ص 1408 و1527.

² سناء عماري، المرجع السابق، ص 200، بوبكر خلف، المرجع السابق، ص 529-530، محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، العدد 17، جانفي 2014، ص 191.

³ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1320-1321.

الفرع الثالث : الاستماع

من القواعد الإجرائية المخولة للقاضي عند تقدير مصلحة المحضون، الاستماع إلى طرفي النزاع أو أقاربهم أو الاستماع للمحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 454 من ق.إ.م.إ بأنه يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة :

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

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

أولاً- الاستماع إلى طرفي النزاع :

يمكن للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون الاستماع إلى طرفي النزاع سواء الأم أو الأب أو غيرهما من أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليهم في المادة 64 من ق.أ، كما له في ذلك الاعتماد على وثائق الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

ثانياً- الاستماع إلى أقارب الخصوم :

أجازت المادة 153 من ق.إ.م.إ للقاضي إمكانية طلب حضور أقارب الخصوم لسماعهم وهم زوج أحد الخصوم والإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، وذلك من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي تعني حالة وأوضاع عائلة القاصر في مختلف النواحي، سيما ما تعلق منها بسلوك الوالدين عموماً، بمناسبة إقرار الحضانة لأحد مستحقيها¹.

ثالثاً- الاستماع إلى المحضون :

بتحليل المادة 64 من ق.أ نجد أن موقف المشرع الجزائري لا يبدو مؤيداً لاستماع المحضون وأخذ رأيه في حاضنه، لأن مراعاة مصلحة المحضون المنصوص عليها في هذه المادة فرض تحقيقها من بين مستحقي الحضانة المحددين قانوناً، يختار القاضي من بينهم الأصلح ولا يؤخذ برأي المحضون لأن مصلحته لا تتطابق مع اختياراته الشخصية. وإذا افترضنا إقرار المشرع الجزائري بتخيير المحضون لحاضنه، بالنظر إلى أن الأصل جواز سماع الأولاد القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال طبقاً للمادة 05/153 ق.إ.م.إ، فإن الاستثناء الذي جاءت به المادة 04/153 ق.إ.م.إ فإنه لا يجوز سماع الأولاد القصر - الفروع - في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق². وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى الصادر في 1970/10/21 الذي قضى بأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع.

¹ سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج 1، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011، ص 634.

² زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 200 و 201، سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 245.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى صادر في 11/01/1982 أقر بأن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن، ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه¹.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى صادر في 14/12/1981 قضى بأنه يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماع الزوج ... ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس وبحسبه، فإنهم اعتمدوا على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم². من خلال ما سبق نستخلص أن القضاء الجزائري لم يكن موقفه مستقراً في مسألة الاستماع للمحضون وتخييره لحاضنه، فتارة يأخذ برأي المحضون وتارة يرفضها، وذلك راجع لتغير ظروف كل قضية ومراعاة لمصلحة المحضون. ولهذا ينبغي أن يخضع استماع المحضون إلى عدة شروط، من بينها أن يكون استماع المحضون جوازياً بالنسبة للقاضي، وأن يكون استماعه للضرورة بمكتب القاضي دون حضور المعنيين، وأن يكون التخيير من بين مستحقي الحضانة المحددين قانوناً، وأن يكون الطفل ناضجاً ومميزاً، وأن يؤخذ برأي المحضون على سبيل الاسترشاد لأن مصلحته هي الموجه³.

لم يحدد المشرع الجزائري آليات التحقيق ضمن مسائل الحضانة في قانون الأسرة باعتباره قانون موضوعي، مما يدفع القاضي بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره قانون إجرائي، إلا أن آليات التحقيق جاءت بصيغة جوازية وليس بصيغة إلزامية للقاضي، وكتيجة حتمية لذلك فإن الممارسة القضائية أثبتت أن نسبة اللجوء إليها قليل جداً، مما يؤدي إلى عودة قضاة الموضوع إلى التطبيق الحرفي للشطر الأول من المادة 64 من ق.أ المتعلق بترتيب مستحقي الحضانة، وبالتالي فإن النص على آليات التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة، في واقع الحال، وإن كانت قواعد إجرائية، إلا أن مكانها قانون الأسرة، باعتبار أن طبيعة الحضانة من النظام العام، ولهذا يستوجب على المشرع الجزائري أن يجعل من آليات التحقيق في مسائل الحضانة إلزامية للقاضي لأنه من النظام العام أيضاً، ذلك أن الواقع العملي في مسائل الحضانة أفرز مجموعة من المحاذير عند إسناد الحضانة فما هي هذه المحاذير⁴ ؟

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة - المحاذير والحلول -

بعدما تعرضنا لمستحقي الحضانة وترتيبهم فقهاً وقانوناً، ثم إلى الضوابط الموضوعية والإجرائية في تقدير مصلحة المحضون من طرف القاضي، توصلنا إلى أن الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة وفقاً لنص المادة 64 من ق.أ الحالي، أفرز مجموعة من المحاذير والإشكالات القانونية والعملية، إن على المستوى المحلي فيما يتعلق بجريمة عدم تسليم قاصر قضى

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 73 و145.

² المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 14/12/1981، ملف رقم 26225، غير منشور، نقلاً عن زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 209.

³ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 209 و210، بوكرك خلف، المرجع السابق، ص 530.

⁴ أحمد هلثالي، المرجع السابق، ص 384.

في شأن حضانته، والزواج العربي للحاضنة حفاظاً على الطفل المحضون، أو على المستوى الدولي فيما يتعلق بالزواج المختلط، الأمر الذي يستدعي معالجة محاذير المنح عن طريق إيجاد حلول ومخارج لها.

المطلب الأول : محاذير إسناد الحضانة

سنعرض في هذا المطلب إلى الإشكالات المثارة عند إسناد الحضانة من خلال دراسة النقاط التالية : جريمة عدم تسليم قاصر قضى في شأن حضانته في الفرع الأول، فالزواج العربي للحاضنة حفاظاً على الطفل المحضون في الفرع الثاني، ثم إلى الزواج المختلط وتأثيره على إسناد الحضانة في الفرع الثالث.

الفرع الأول : جريمة عدم تسليم قاصر قضى في شأن حضانته

حماية لمصلحة المحضون وضمناً لاحترام تنفيذ الحكم القاضي بإسناد الحضانة والزيارة، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 328 من ق.ع.ج على حالة الامتناع عن تسليم قاصر قضى في شأن حضانته بقوله : « يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى بشأن حضانته بحكم مشمول النفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به... » وإن كان نص المادة 328 من ق.ع.ج يمثل الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر إلى حاضنه، فسنستطرق فيما يلي إلى كل من الركنين المادي والمعنوي وكذا عقوبة هذه الجريمة.

أولاً- الركن المادي :

تقوم هذه الجريمة على عمل سلمي من الجاني الذي صدر ضده الحكم بالحضانة، وهو الامتناع عن تسليم قاصر امتثالاً لما جاء في الحكم القاضي بإسناد الحضانة، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة المتجددة، وبالتالي يجوز محاكمة الممتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع عن تسليم قاصر، وبالتالي الدفع بعدم جواز النظر لسبق الفصل فيها لا يجدي المتهم، كما تعتبر هذه الجريمة من الجرائم السلبية البسيطة التامة، أي أن ركنها يقوم بمجرد امتناعه حتى ولو لم تعقبه نتيجة إجرامية¹.

إلا أن المادة 328 من ق.ع.ج نصت على شروط أولية لا بد من توافرها وهي :

1- صفة الجاني في جريمة عدم تسليم قاصر

جاء في نص المادة 328 من ق.ع.ج التأكيد على صفة الجاني في جنحة عدم تسليم قاصر إلى حاضنه وهم الأب و الأم أو أي شخص آخر، إلا أن عبارة أو أي شخص آخر تجعلنا نتوقف عندها لمعرفة الأشخاص الآخرين الذين يطالهم هذا النص، هل هم أقرباء القاصر من مستحقي الحضانة المنصوص عليهم قانوناً؟ أم أي شخص لا صلة له به ولا حق له بحضانته؟

¹ حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد 07، 2010، ص

للإجابة على هذا السؤال لابد من الرجوع إلى نص المادة 327 من ق.ع.ج التي جاء فيها : « كل من لم يسلم طفلاً موضوعاً تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ».

بمقارنة المادتين 327 و328 من ق.ع.ج يتبين أن الفرق بينهما يكمن في أن الأولى تنطبق على كل شخص وضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن التسليم، وعادة ما يكون من غير أقربائه كمرئته أو معلمته أو مرضعته، أما الثانية فتتطبق على مستحقي الحضانة المنصوص عليهم في المادة 64 من ق.أ في حالة امتناعهم عن التسليم، لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بإسناد الحضانة للمطالب بما على العكس من الحالة الأولى التي لا يشترط فيها ذلك¹.

2- صفة المجني عليه المحضون القاصر

جاء في المادة 328 من ق.ع.ج " لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته "، وبالرجوع إلى المادة 02 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل فقد نصت على أن الطفل كل شخص لم يبلغ 18 سنة²، وبما أن موضوعنا يتعلق بالحضانة، فالمرجع يكون لقانون الأسرة - الخاص يقيد العام - لتحديد مفهوم القاصر استناداً إلى انقضاء مدة الحضانة، وبالرجوع إلى نص المادة 65 من ق.أ يمكن القول بأن القاصر هو الذكر الذي لم يتجاوز 16 سنة والأنتى التي لم تتجاوز 19 سنة³.

كما يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلاً تحت سلطة ورعاية المتهم الممتنع عن التسليم.

3- صدور حكم قضائي

يشترط في الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نهائياً أو مشمولاً بالنفذ المعجل، وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين، لأنه غير مشمول بالنفذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف⁴.

كما أن الطعن بالنقض لا يبرر رفض الأب تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة، إذ ليس للطعن بالنقض أثر موقوف طبقاً للمادة 361 من ق.إ.م.إ.

إلا أن الإشكال المطروح يتعلق بمسألة حق الزيارة المقررة بموجب الحكم القاضي بإسناد الحضانة وفقاً لما جاء في نص المادة 64 من ق.أ، حيث أنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإذا كان عدم تسليم قاصر إلى حاضنه الذي صدر حكم لمصلحته يعد جريمة معاقباً عليها، فهل يعد تعسف الحاضن وامتناعه عن تسليم الطفل إلى صاحب حق الزيارة مرتكباً لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر؟

1 حسينة شرون، المرجع السابق، ص 24.

2 قانون رقم 15-12 مؤرخ في 2015/06/15 يتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد 39، بتاريخ 2015/06/19.

3 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 1، ط 6، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 176-177.

4 المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية قرار بتاريخ 2016/06/16، ملف رقم 132607، غير منشور نقلاً عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، برقي للنشر، الجزائر، 2013، ص 135.

بالرجوع إلى المادة 328 من ق.ع.ج نجد أنها تنص على الحضانة فقط، إلا أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها ذهبت إلى أن عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية، كما أن شراح القانون يرون أن مصطلح الحضانة يأخذ مدلولاً واسعاً يشمل حق الزيارة، لأنه لا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة، فكلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ومعاينة من يخل بها أو يعتدي عليها، كما أن الامتناع في الحالتين يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي، وهذا ما أكدته المادتين 06 و 07 من الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1988/06/21 المتعلقة بأطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيين.

وإذا كان كل حكم يقضي بالحضانة يشتمل وجوباً على حق الزيارة، فإن جعل حق الزيارة في مرتبة الحضانة يعد منطقياً وقانونياً، لأنه انتهاك لحقوق الطفل المحضون وانتقاصاً للرعاية التي يحتاجها معنوياً ومادياً، فليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بحضانة ابنه طيلة أيام السنة، فيما يحرم صاحب حق الزيارة منه حتى في الأيام القليلة المقررة بموجب حكم قضائي، وعلى الرغم من هذه المبررات المقنعة على تساوي حقي الحضانة والزيارة، فإن التحريم يحتاج إلى وضوح وتفصيل بإزالة كل غموض في تفسير النص وذلك بإضافة عبارة " أو حق الزيارة " لنص المادة 328 من ق.ع.ج¹.

ثانياً- الركن المعنوي :

يتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني بصدور حكم قضائي نافذ بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تنصرف نيته في الامتناع عن تسليم الطفل بمعارضة تنفيذ هذا الحكم، إلا أن مسألة القصد الجنائي تطرح عدة إشكالات عملية، من بينها تمسك الممتنع عن تسليم الطفل، بأن الطفل هو الذي يرفض الالتحاق بحاضنه، إلا أن المحضر القضائي عند تحريره لمحضر الامتناع عن التنفيذ لا يأخذ بعين الاعتبار عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه، مما يؤدي إلى متابعة صاحب حق الزيارة جزائياً بموجب المادة 328 من ق.ع.ج، كما تنطبق هذه الحالة على المستفيد من الحضانة الذي يمتنع عن الوفاء بحق الزيارة، حيث قضت المحكمة العليا بأنه تقتضي الجنحة بالضرورة توافر ركن أساسي يتعين على قرار الإدانة إبرازه وهو امتناع المحكوم عليه عن تسليم القاصر، ويتم إثبات ذلك بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ².

كما أن القضاء الفرنسي استقر على اعتبار أن الملزم بالتسليم يعتبر مذنباً ويستحق العقاب، وقضى بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذاً لحكم قضائي يقضي له بحق الزيارة³.

¹ حسينة شرون، المرجع السابق، ص 25-27.

² المحكمة العليا، الغرفة الجزائية قرار بتاريخ 1997/04/14، ملف رقم 145722، غير منشور نقلاً عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 135.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 178.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أقر حماية جنائية للطفل المحضون في مواجهة مستحقي الحضانة المنصوص عليهم قانوناً عندما نص على تجريم الامتناع عن تسليم القاصر إلى حاضنه المحكوم له بذلك، فإنها لا تعتبر سبباً من أسباب إسقاط الحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب عليه جزائياً بعقوبة الحبس من شهر إلى سنة، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 14/05/1969 بقوله من المقرر شرعاً أنه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعاً ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة إلى أبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر، وحيث فضلاً عن ذلك أن عدم تسليم الولد المحضون في مثل هذه المادة جنحة ربما أدت إلى عقاب جنائي لا إلى سقوط الحق في الحضانة، وعليه فإن مجلس قضاء الجزائر إذا قضى على ذلك الوجه لم يبرر قراره تبريراً قانونياً مما يترتب عنه النقض والإلغاء¹.

الفرع الثاني : الزواج العرفي للحاضنة حفاظاً على الطفل المحضون

الأصل أن الحضانة حق للأم طبقاً لنص المادة 64 من ق.أ، واستثناءً فإن هذا الحق يسقط إذا ما تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم طبقاً لنص المادة 66 من ق.أ²، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19/04/1994 أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 66 من ق.أ³، وهو ما لا ترضاه الحاضنة، فتلجأ إلى الزواج العرفي كمنفذ للاحتفاظ بالمحضون معها، وبالتالي ضمان نفقة المحضون وفي الوقت ذاته مسكن الحضانة أو بدل الإيجار من فقدان، وبذلك فإن القيود القانونية الواردة بالمادة 66 من ق.أ تعد عاملاً قوياً لدفع المرأة الحاضنة نحو التهرب من توثيق عقد الزواج، مما يجعلها من بين الأسباب التي أدت إلى تنامي ظاهرة الزواج العرفي في الجزائر⁴.

وإن كان الزواج العرفي يحقق بعض المكاسب الآنية للمرأة الحاضنة في الاحتفاظ بمسكن الحضانة ونفقة المحضون معاً إلا أن المفاصد المترتبة عنه تنعكس سلباً عليها وعلى الأولاد وعلى القضاء.

أولاً- انعكاسات الزواج العرفي على المرأة الحاضنة :

إن المرأة الحاضنة المتزوجة عرفياً تشعر بأنها أقل قيمة وشأناً من المرأة المتزوجة بعقد رسمي، ويتبين ذلك من خلال تصرفات وسلوكيات زوجها فهو يستغل هذه الوضعية، للقيام بابتزازها وتهميشها وما إلى ذلك، ومما يزيد في

¹ العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، المرجع السابق، ص 335.

² صرح وزير العدل حافظ الأختام بتاريخ 14/12/2014 أن عدد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية عبر الوطن المتعلقة بإسقاط الحضانة عن الأم المطلقة لدى زواجها من غير قريب محرم خلال الفترة الممتدة ما بين شهر جانفي 2012 وسبتمبر 2014، قد بلغ 2692 قضية وأنه تم الفصل النهائي في إسقاط الحضانة بسبب زواج الأم بأجنبي عن المحضون في 1455 قضية، بينما رفض القضاء إسقاط الحضانة للأم في 1237 قضية، أنظر موقع الإذاعة الجزائرية www.radio.algerie.dz

³ جمال سايس، المرجع السابق، ص 856.

⁴ كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد 39، جوان 2013، ص 139.

اضطرابها نظرة المجتمع إليها باحتقار، وفتح منافذ الظن السيئ والخوض في الأعراض والقذف بالزنا، كل هذا يؤثر على نفسياتها وبالتالي سينعكس سلباً بدوره على تكوين شخصية الأولاد¹.

كما أن الزواج العرفي يضيع حقوق المرأة معنوياً ومادياً في حالة الطلاق، إذ لا يمكن رفع دعوى طلاق إلا بعد تثبيت الزواج العرفي بموجب حكم قضائي، لأنها لا تملك الصفة كزوجة - التي هي من النظام العام - طبقاً لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا صادر في 1978/02/07 : طالما لم تثبت علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسوسة إذا طالبت بإثبات الزوجية والنفقة وفشلت في إثبات عقد زواجها².

كما أن الزواج العرفي يمنع المرأة الحاضنة من متابعة زوجها جزائياً في عدة جرائم من بينها، جرائم الإهمال العائلي المنصوص عليها في المادة 330 من ق.ع.ج أو بجرمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من ق.ع.ج.

ثانياً- انعكاسات الزواج العرفي على الأولاد :

من أخطر المفاسد التي يخلفها الزواج العرفي، ضياع حقوق الأولاد في النسب، نتيجة عدم تسجيلهم بسجلات الحالة المدنية، مما تسبب في العديد من المشاكل الإدارية، فيصبح الطفل بلا هوية فيفقد مكانه في المجتمع ويفوت عليه الكثير من الفرص، فلا يستطيع الالتحاق بالمدرسة أو السفر أو الالتحاق بالوظائف الحكومية وما إلى ذلك، مما ينعكس سلباً على نفسيته، فينحرف سلوكه بسبب شعوره بأنه ابن زنا غير مرغوب فيه داخل مجتمعه وإن كان ابناً شرعياً، مما يدفعه إلى التحايل على القانون لاسيما تزوير الوثائق الرسمية، كاستخراج شهادة ميلاد أو بطاقة هوية أو جواز سفر أو رخصة سياقة وغيرها من الوثائق عن طريق التزوير، لأنه لا يمكن استخراجها إلا بعقد زواج رسمي.

ثالثاً- انعكاسات الزواج العرفي على القضاء :

إن الإشكال الذي يثيره الزواج العرفي هو أنه يحول دون إعطاء التكييف الصحيح للجريمة وبالتالي العقوبة، لاسيما إذا كانت صفة الجاني والمجني عليه محل اعتبار، فمثلاً :

- في جريمة الضرب والجرح العمدي الواقعة من الفروع على الأصول المنصوص عليها في المادة 267 من ق.ع.ج، يتغير الوصف الجزائري، وتصبح هذه الصفة ظرفاً مشدداً في العقوبة، إلا أنه في غياب وثيقة الزواج الرسمي يؤدي إلى عدم وجود صفة الأب أو الابن، وبالتالي ستكيف على أساس أنها جريمة ضرب وجرح عمدي و بالتالي عقوبة أخف.
- في جريمة السرقة بين الأصول والفروع المنصوص عليها في المادة 369 من ق.ع.ج، قد يسرق ابن والده، فيقوم الأب بتحريك الدعوى العمومية عن طريق تقديم شكوى بالسرقة ضد ابنه، وفي حالة تحريكها يجوز له التنازل عنها، إلا أنه في غياب وثيقة الزواج الرسمي يحول دون استعمال هذا الحق³.

¹ جريمة محروق، المرجع السابق، ص 143.

² المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص 65، نقلاً عن جريمة محروق، المرجع السابق، ص 144.

³ جريمة محروق، المرجع السابق، ص 144-148.

الفرع الثالث : الزواج المختلط وتأثيره على إسناد الحضانة

تثير مسألة إسناد حضانة الأولاد وما ينجر عنها من ممارسة حق الزيارة بعد الطلاق في الزواج المختلط عدة مشاكل قانونية وقضائية، إن على الصعيد الوطني من خلال انتقال الحاضن بالمحضون خارج الجزائر أو على الصعيد الدولي من خلال إبرام الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة، باعتبار القانون الواجب التطبيق يختلف حسب اختلاف جنسية الأطراف، وقد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، وتزداد صعوبة في حالة عدم وجود اتفاقية بين الدول.

أولاً- على الصعيد الوطني :

نصت المادة 69 من ق.أ.على أنه : «إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون».

وانطلاقاً من هذا النص، فإن انتقال الحاضن سواء كان رجلاً أو امرأة بالمحضون إلى بلد أجنبي غير مسلم¹ يخضع لرقابة القاضي في منح الترخيص من عدمه، لذلك لا بد من مراعاة مصلحة المحضون من حيث خشية تأثره بدين الغرب وعاداتهم وتقاليدهم²، وهذا ما أكدته العديد من قرارات المحكمة العليا، والتي من بينها ما يلي :

حيث قضت المحكمة العليا في قرار صادر لها في 2005/10/12 أنه من المقرر قانوناً وشرعاً أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيداً عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي.

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى في 1989/01/02 جاء فيه أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصماً على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتحالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه³.

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى في 1987/03/09 جاء فيه أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمضى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة⁴.

¹ مصلحة المحضون لا تصطدم مع انتقاله إلى بلد أجنبي مسلم من حيث عدم الخشية على فساد دينه وخلقه، إلا أن الإشكال يبقى متعلقاً بالمسافة فقط.

² سناء عماري، المرجع السابق، ص 150.

³ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1467 و433.

⁴ العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، المرجع السابق، ص

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 26/12/2001 قضى بإسقاط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر¹.

ثانيا- على الصعيد الدولي :

نتعرض في هذه الجزئية إلى الإشكالات التي تعترض حضانة الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر من عدمه تباعاً.

1- حالة وجود اتفاقية مع الجزائر :

لقد سادت بعض الظروف التي دفعت الدولتين الجزائرية والفرنسية إلى إبرام اتفاقية ثنائية متعلقة بأطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال²، فما هو مجال تطبيق هذه الاتفاقية؟ وما هي الجهات القضائية المختصة في ذلك؟

- مجال تطبيق الاتفاقية :

تتعلق الاتفاقية بحماية الأطفال الشرعيين الناتجين عن علاقة زواج شرعي مختلط فقط، وبالتالي تستبعد الأطفال الطبيعيين الناتجين عن علاقة غير شرعية، كما أن الأطفال المتبنون مقصون أيضاً من الحماية التي تفرضها هذه الاتفاقية، وهذا تماشياً مع أحكام المادة 46 من ق.أ التي تمنع التبني شرعاً وقانوناً، بالرغم من أن التبني معترف به في القانون الفرنسي، أما بالنسبة للآباء فتطبق الاتفاقية على الأطفال الناتجين عن زواج شرعي مختلط جزائري فرنسي، أي جزائري بفرنسية أو جزائرية بفرنسي، وتستبعد التطبيق إذا كان أحد الزوجين جزائري أو فرنسي والآخر من جنسية أخرى، أو إذا كان الزوجين فرنسيين مقيمان بالجزائر أو زوجين جزائريين مقيمان بفرنسا، فإنهم يخضعون للاتفاقية القضائية المبرمة سنة 1964 التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية³، وهذا ما ينطبق على الأطفال مزدوجي الجنسية (نسباً ومكان ميلاد)⁴.

- الجهات القضائية المختصة :

ألزمت المادة 02/06 من الاتفاقية الثنائية القضاة عند إصدار حكم قضائي يقضي بإسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 64 من ق.أ، ورغم محاولة الدولتين لإيجاد حلول توافقية بينهما تصب في مصلحة الطفل الناتج عن الزواج المختلط بعد طلاق والديه، إلا أن الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية، قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، لاسيما وأن المادة 05 من الاتفاقية الثنائية نصت على أن الاختصاص القضائي ينعقد للجهة القضائية الواقع بدائرتها

¹ جمال سايس، المرجع السابق، ص 1229.

² الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال والموقعة في مدينة الجزائر في 21/06/1988، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 88-144 المؤرخ في 26/07/1988، ج.ر عدد 30، بتاريخ 27/07/1988.

³ أمر 65-194 مؤرخ في 29/06/1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي المؤرخ في 28/08/1962، ج.ر عدد 67، بتاريخ 13/08/1965.

⁴ غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، الجزائر، العدد 09، ديسمبر 2009، ص 151-153.

مسكن الزوجية، وطبقاً لذلك فإن القاضي المختص هو بالطبع وفي جميع الحالات القاضي الفرنسي¹، مما يدفعنا إلى طرح السؤال الآتي : هل يمكن للأُم الكتابية ممارسة الحضانة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ وهذا بتربية الولد على دين أبيه ؟ وبتصفح بنود الاتفاقية لا نجد أنها تنص على حل، مما يؤدي إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي الفرنسي لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

إن الاتفاقية الثنائية رغم معالجتها لحق الزيارة، إلا أن بنودها لا تخلو من القصور، فقد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضر، ورغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تحتاج إلى تفعيل من طرف الدولتين، لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضر بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، والذي يقوم بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري لضمان رجوع الطفل إلى التراب الذي غادره، فإن كل ذلك لا يطبق لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، مما يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج طلب مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ما ظهر ما يدفع إلى مراجعتها، وبالتالي هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أولاده على دينه، مستنداً على أحكام المادة 62 من ق.أ ؟ إن إشكالية عدم إمكانية المراجعة ليس لها حل في بنود الاتفاقية الثنائية، لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على القضاء الجزائري، والعكس صحيح إذا عرض النزاع على القضاء الفرنسي².

من خلال ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق الاتفاقية الثنائية يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص، وهذا ما يعني الرجوع إلى حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

2- حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر :

قد يحدث عند انحلال الزواج المختلط الجزائري الأجنبي وقوع تنازع للقوانين من حيث المكان، حول أي القانونين يطبق الجزائري أم الأجنبي لعدم وجود اتفاقية بينهما، ولحل هذا الإشكال تطبق قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع إلى المادة 02/12 من ق.م.ج والتي نصت على أنه يطبق على انحلال الزواج المختلط في غياب اتفاقية بين الدولة الجزائرية والدولة الأجنبية، قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن المادة 13 من ق.م.ج ساوت بين الرجل والمرأة الجزائريين في تحديد القانون الواجب التطبيق، فنصت على أنه يطبق القانون الجزائري على انحلال الزواج المختلط متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام الزواج، لكن لو طرح أمام جهة قضائية أجنبية فإنه

¹ غالي كحلة، المرجع السابق، ص 153.

² إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014، ص 125-127.

حتماً لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيلاً من طرف قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي إلى عدم تربية الولد على دين أبيه كما نصت المادة 62 من ق.أ.

كما اعتبر البعض أن اختيار المشرع الجزائري لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الزواج المختلط يعد تعسفياً في حق الطرف الآخر الأجنبي مادام قانون جنسية الزوج ليس محايداً خاصة إذا كان الزوجين من جنسيتين مختلفتين، مما يجعله محلاً بمبدأ المساواة بين الزوجين نظراً لتفضيل جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 02/12 من ق.م.ج، إخضاع انحلال الزواج وآثاره لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى يعني تطبيق قانون تجهله الزوجة وقت إبرام الزواج، وهذا يؤدي إلى تأثير مركزها وتضررها، كما أن معناه أيضاً تطبيق قانون قد يكون مجهولاً لكلا الزوجين وقت إبرام الزواج، فقد يغير الزوجين جنسيتهم بعد إبرام الزواج ويسمح له القانون الجديد بإجراء الطلاق بينما قانون الجنسية السابق كان لا يسمح بفك الرابطة الزوجية أو العكس.

وبالتالي فإن القاضي الجزائري عند تمييزه في إسناد الحضانة لأحد الأبوين الذي يقيم بالجزائر، وغالباً ما يكون الأب، يخالف ترتيب مستحقي الحضانة الوارد في المادة 64 من ق.أ، ويعمل على تطبيق قواعد النظام العام مراعاة لمصلحة المحضون¹.

المطلب الثاني : الحلول المقترحة لمعالجة محاذير المنح

ستعرض في هذا المطلب إلى الحلول والمخارج الكفيلة لمعالجة الإشكالات والمحاذير عند إسناد الحضانة، من خلال إنشاء مكاتب للصلح وتعديل تشكيلة قضاء شؤون الأسرة في الفرع الأول، ثم إلى إلزامية التحقيق عند إسناد وإسقاط الحضانة في فرع ثاني، وأخيراً إلى تفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليها في قانون حماية الطفل في فرع ثالث.

الفرع الأول : إنشاء مكاتب للصلح وتعديل تشكيلة قضاء شؤون الأسرة

تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي حثت على إصلاح ذات البين، انطلاقاً من قوله تعالى : ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾²، والتي تؤكد على نبذ أسباب الخصام، وتدعو لنشر مبادئ السلام والوئام بين الأزواج حفاظاً على كيان الأسرة وتفككها.

وأمام تفاقم قضايا الطلاق المنظورة أمام القضاء، والتي تشير الدراسات أن غالبيتها راجع لأسباب غير مبررة، تتعلق بانعدام ثقافة التواصل والحوار بين الزوجين والعناد والإصرار على المواقف وتدخّل الأهل وتراجع القيم الأخلاقية والدينية وانعدام المسؤولية لدى الشباب المقبل على الزواج وما إلى ذلك³، وللوصول إلى حل يرضي أطراف النزاع قبل

¹ غالي كحلة، المرجع السابق، ص 163-168.

² سورة النساء : الآية 128.

³ هند غدايفي وهشام خنفور، ارتفاع نسبة الطلاق بالوادي (الأسباب والدوافع)، مجلة الساورة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، العدد 04، مارس 2017، ص 161.

رفع دعاوى الطلاق، فإن اللجوء إلى الطرق البديلة - المفضلة - لحل النزاعات الأسرية عن طريق إحداث مكاتب للصلح خارج قضاء شؤون الأسرة، أسوة بمكاتب الصلح في القضايا الاجتماعية، يعد أفضل السبل لتخفيف الضغط المتزايد على الجهات القضائية، وبالتالي تفادي المضاعفات الخطيرة المترتبة عن الطلاق والتي يكون الطفل ضحيتها، ويبقى المثل قائماً " أسوأ صلح أفضل من أحسن حكم "، لأنه غالباً ما يخرج أحد طرفي الخصومة من المحكمة وهو راضٍ والآخر غير راضٍ بخلاف مكاتب الصلح.

إن إحصائيات الصلح في قضايا شؤون الأسرة أمام المحاكم، تشير أن الإجراء نادراً ما وصل إلى لم تشمل الأسرة من جديد¹، ويعد من بين أسباب عدم نجاحه، إسناد الصلح لقاضي ذو اختصاص مزدوج - قاضي صلح وحكم في نفس الوقت - مما يؤدي إلى تعطيل هذا الإجراء وعدم فعاليته، لأن القاضي وهو يدفع الطرفين إلى التصالح يتخذ الحيطة والحذر، خوفاً من اتهامه بالانحياز لأحدهما، وبالتالي يتجنب طرح الحلول والاقتراحات على الخصوم للوصول إلى الحل الاتفاقي الذي يستوجب تنازل كل طرف عن جانب من ادعاءاته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كثرة القضايا المعروضة عليه تمنعه من إعطاء الوقت الكافي لسماع الأزواج بتأني ومحاولة فهم سبب النزاع ومعالجته، كما أنه عند فشل محاولة الصلح في أول جلسة بعد حضور الزوجين، يجرى القاضي محضراً بفشل الصلح دون إعطاء فرصة لهما بعقد جلسات أخرى رغم أن المشرع لم يمنعه من ذلك، لذلك نادى بعض شراح القانون أن يكون القاضي مختصاً بإجراء الصلح فقط²، ولماذا لا نأخذ بالتجربة الناجحة من بعض الدول العربية، فمكاتب الصلح في المحاكم السعودية مثلاً، حققت نتائج إيجابية بوضع الحلول بين المتخاصمين وساهمت في تقليل القضايا المطروحة على المحاكم³.

لذلك نقترح إحداث مكاتب للصلح خارج قضاء شؤون الأسرة، تكون تابعة لوزارة العدل، كإجراء إلزامي قبل اللجوء إلى رفع دعاوى الطلاق، تتشكل من كوادر مختصين : إمام ومختص نفسي أو اجتماعي، يكون دورها تقريب وجهات النظر بين الزوجين المتخاصمين، وإعطاء الفرصة لهما للتكلم بأريحية، عن طريق مخاطبة الصفات الطيبة داخل النفس البشرية وتحفيزها بطرق نفسية معينة، ومن بينها النواحي الدينية والروحانية، ومعرفة الحاجات الاجتماعية لكل منهما، للمساعدة في إيجاد الحلول للخلافات الأسرية قبل الوصول إلى الطلاق كحل أخير، لتصل إلى القضاء بعد أن يكون أمام القاضي الملف كاملاً بالأسباب الحقيقية للنزاع.

كما نقترح ضرورة تعديل تشكيلة قضاء شؤون الأسرة يجعله تشكيلةً جماعيةً مختلطاً يتكون من قاضي مختص في القضايا الأسرية وغير حديث عهد بمهمة القضاء وإمام ومختص نفسي أو اجتماعي، أسوة بتشكيلة القسم الاجتماعي والتجاري والأحداث⁴.

1 أحمد هلثالي، المرجع السابق، ص 388 و392.

2 أمال حبار، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لوينسي علي البلدية، الجزائر، العدد 12، جوان 2017، ص 449.

3 هيفاء صفوق، دور مكاتب الصلح في المحاكم، جريدة الحياة، السعودية، بتاريخ 2016/08/16.

4 أنظر المواد : 502 و 533 من ق.إ.م.إ و 80 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة تفعيل دور الحكّمين في إحلال الصلح بين الزوجين من طرف القضاة - الصلح الأهلي - المنصوص عليه في المادتين 56 من ق.أ و 446 من ق.إ.م.إ. ، لأن تعطيل هذه النصوص هو تعطيل وهجر لكتاب الله الأمر ببعث الحكّمين¹ مصداقاً لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾²، بالإضافة إلى إلزام المقبلين على الزواج الأول لأخذ دورة تأهيلية عن الحياة الزوجية وجعله شرطاً لإتمام الزواج أسوة بالفحص الطبي الإلزامي للزوجين قبل إبرام الزواج³.

الفرع الثاني : إلزامية التحقيق عند إسقاط الحضانة

بما أن فائدة الشطر الأول من نص المادة 64 من ق.أ تكمن في تبيان أصحاب الحق في الحضانة، فإن ترتيبهم ليس إلزامياً لقاضي الموضوع ولا من النظام العام، هذا الطرح يجزنا إلى الشطر الثاني من نص المادة 64 من ق.أ، والقول أن مصلحة المحضون هي الضابط الأساسي المحدد لإسناد أو إسقاط الحضانة، وباعتبار أن آليات التحقيق من إجراء للخبرات أو المعاينات أو السماع، تعتبر جوازية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مما يؤدي إلى عودة قاضي الموضوع تلقائياً إلى التطبيق الحرفي للشطر الأول من نص المادة 64 من ق.أ المتعلقة بترتيب مستحقي الحضانة، إلا أن المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها نقضت الأحكام والقرارات المتعلقة بمسائل الحضانة بسبب ترك خيار اللجوء إلى إجراءات التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لأن فيه إحلال بطبيعة الحضانة وكونها من النظام العام، لأن القاعدة الفقهية تقول بأن ما لا يتم الواجب به فهو واجب⁴، و كما هو معروف في الفقه القانوني فإن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية ولا تستطيع القاعدة الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تعصي القاعدة الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة، الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع الجزائري بالنص على إلزامية إجراء التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة وجعلها قاعدة آمرة من النظام العام، تتضمن جزاءً عند عدم مراعاة أحكامها، لذلك لا بد من إدراجها ضمن المادة 64 من ق.أ إلى حين سن قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة بدلاً من البحث في إجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية المثقلة بالقوانين المختلفة، كما فعل المشرع في المواد 49 ق.أ المتعلقة بإجراءات الصلح و57 مكرر ق.أ المتعلقة بالدعاوى الاستعجالية المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

¹ أمال حبار، المرجع السابق، ص 450.

² سورة النساء : الآية 35.

³ أنظر المادة 07 مكرر من ق.أ.

⁴ أحمد هلنالي، المرجع السابق، ص 389.

كما أنه من بين الحلول الكفيلة للحد من مخاطر الزواج العربي للأم الحاضنة للاحتفاظ بالمحضون، هو إلغاء القيد المتعلق بإسقاط حضانتها إن تزوجت بغير قريب محرم¹، لاسيما وأن القاعدة الفقهية تقول بأن المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجة بمجرد العقد وفروعها بشرط الدخول بها²، وذلك لتحقيق التوازن بين الرجل المطلق والمرأة المطلقة في تجديد الحياة الزوجية مع الحفاظ على مصلحة الطفل المحضون في الوقت ذاته.

إن إشكالات التطبيق بخصوص حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط تبقى قائمة سواء في حالة وجود اتفاقية من عدمه، لأن كل قاضي يتمسك بتطبيق قانونه الوطني ويعتبرها مسألة سيادية، وهنا القاضي الجزائري يحاول قدر الإمكان تطبيق قواعد القانون الجزائري في مسائل الحضانة، فيربط مصلحة الطفل بتربيته على دين أبيه ويعتبر ذلك من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، إلا أن ذلك لا يمنع من تدخل المشرع الجزائري بوضع ضوابط اختيارية تطبق القانون المختار من طرف الزوجين أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى أو قانون موطنه المعتاد مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، كما ندعو المشرع الجزائري لتعديل المادة 13 من ق.م.ج التي يطبقها القاضي في الدعوى المعروضة أمامه متى كان أحد الأطراف جزائرياً دون تحديدها بفترة انعقاد الزواج³، بالإضافة إلى تفعيل حق الزيارة المنصوص عليه في المادة 11 من الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، مع ضرورة دمج هذه الاتفاقيات ضمن تشريع قانون الأسرة.

كما نقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة في باب الحضانة وجعلها من مسقطات الحضانة بالنسبة لمرتكب جنحة عدم تسليم قاصر قضى في شأن حضانته المنصوص عليها في المادة 328 من ق.ع.ج.

الفرع الثالث : تفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليها في قانون حماية الطفل

لا يعتبر النزاع بين مستحقي الحضانة حول حضانة الطفل المشكل الوحيد، إنما هناك مشكل آخر وهو عدم النزاع، أي عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها، ويعجز الأب عن توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل، ولا يتقدم أحد من أصحاب الحق في الحضانة الآخرين ليطلب به.

إن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون يقضي بإجبار الأم على حضانة ولدها إذا تخلت عن ذلك ولم يوجد حاضن آخر أكثر منها رعاية للطفل أو إجبار من يليها درجة إذا لم تتوفر في الأم الشروط الأساسية للحضانة.

إن معالجة تخلي من له الحق في الحضانة عن هذا الحق عاجله المشرع من خلال قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، حيث عرفت المادة 02 منه الطفل في خطر كما يلي : « الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر

¹ أنظر المادتين 65 و66 من ق.أ.

² أنظر المادة 26 من ق.أ وسورة النساء : الآية 23.

³ غالي كحلة، المرجع السابق، ص 174-175.

بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر، ومن بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر، فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي ... »
 وبإسقاط المادة 02/02 من القانون 15-12 على حالة الطفل الذي تخلى أصحاب الحق في حضانته عنه، نستخلص أنه يعتبر الطفل في حالة خطر، إذا ما سلمنا أن حالة فقدان التي نص عليها المشرع تشمل تخلي والدي الطفل عن حضانته.

إن نص المادة 32 من القانون 15-12 منح صلاحية حماية الطفل في خطر لقاضي الأحداث، وبيّنت كيفية مباشرة مهامه المتعلقة بحماية الطفل عن طريق عريضة ترفع إليه من الأشخاص المذكورين في المادة السالفة ومن بينهم مصالح الوسط المفتوح، إلا أن السؤال الذي يطرح، إذا كان النزاع معروض على قاضي شؤون الأسرة، فهل يمكن لقاضي الأحداث أن يتدخل لحماية الطفل المتخلى عن حضانته، وهل يتم إخطاره عن طريق قاضي شؤون الأسرة أم من طرف وكيل الجمهورية؟ وفي غياب نص لحل هذه الإشكالية يبقى على المشرع الربط بين ما جاء في قانون الأسرة من حماية لمصلحة المحضون وبين ما جاء في قانون حماية الطفل عن طريق التنظيم، ويحدد الكيفية التي يتم فيها إخطار قاضي الأحداث في مثل هذه المسائل¹.

إن التدابير المؤقتة التي يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذها هي وضع الطفل بصفة مؤقتة في مركز متخصص في حماية الأطفال في خطر أو مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة²، أو تسليم الطفل إلى أحد أقاربه أو عائلة جديدين بالثقة، ويجوز لقاضي الأحداث أن يكلف مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً له حول تطور وضعية الطفل³.

لذلك ندعو المشرع لإضافة فقرة لنص المادة 64 من ق.أ. تعالج مشكلة تخلي من له الحق في الحضانة عنه، بحيث يبين المشرع لقاضي شؤون الأسرة تطبيق القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل وضرورة الإسراع بإصدار النصوص التنظيمية المحددة لكيفية تطبيقه⁴.

من خلال هذا الفصل يتبين أن تطبيق نص المادة 64 من ق.أ. الحالي رتب عدّة آثار محلية ودولية تجاوزت ما يتطلبه الواقع الاجتماعي حتى بعد تعديل قانون الأسرة، رغم ربط المشرع الجزائري ترتيب مستحقي الحضانة قبل تعديل سنة 2005 وبعده بمراعاة مصلحة المحضون، الأمر الذي يستدعي سدّ هذا القصور التشريعي بالنص على إلزامية إجراءات التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة.

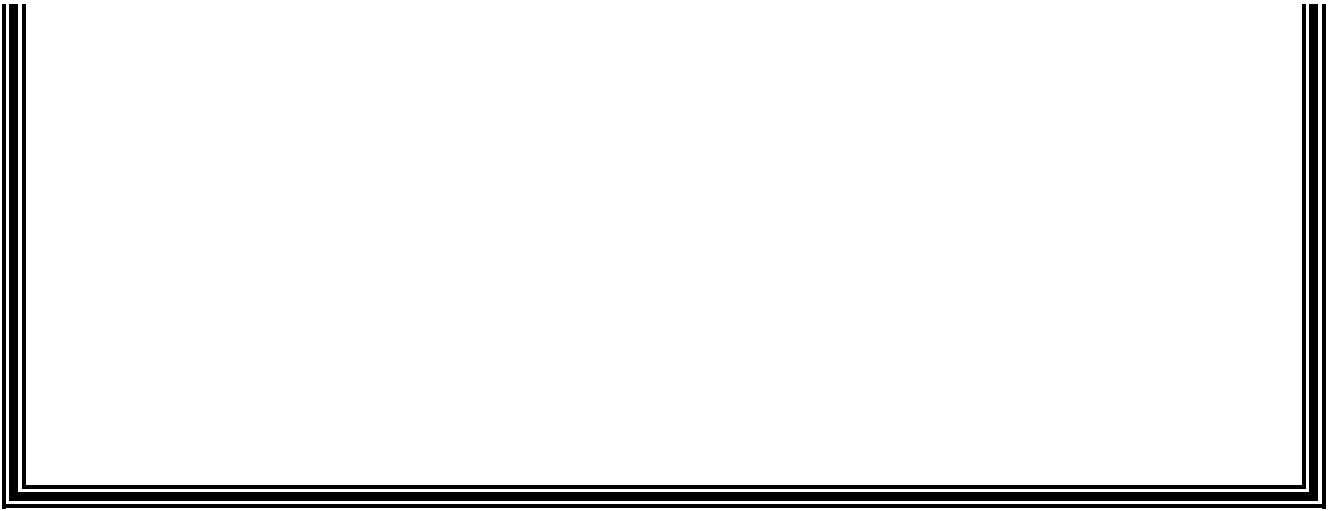
¹ أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص 293-294.

² أنظر المادتين 36 و41 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

³ أنظر المادة 40 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

⁴ أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص 296.

خاتمة



خاتمة

نظم المشرع الجزائري أحكام الحضانة في 10 مواد (72-62 ق.أ)، واعتبر الأم هي الأحق بحضانة أطفالها بعد وقوع الطلاق ما لم يكن ثمة مانع صحي أو أخلاقي أو قانوني في المادة 62 ق.أ.

غير أنه وقع تغيير في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم، بحيث انتقل الأب من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية، فاقترست المواقف حول مبررات هذا التعديل بين من يرى أن أسبابه اجتماعية ودولية ومن يعتبره منعدم الأسباب لغياب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المعدل لقانون الأسرة سنة 2005.

كما أن المشرع حمى لطفل المحضون مادياً ومعنوياً، ربط ترتيب مستحقي الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون إلا أنه لم يحدد المعايير التي يستعين بها القاضي عند تقدير مصلحة المحضون، لذلك تبقى أهم آلية لإسناد أو إسقاط الحضانة هو اللجوء إلى إجراءات التحقيق لضبط السلطة التقديرية للقاضي عند التطبيق من خلال تعيين مرشدة اجتماعية أو طبيب نفسي وعقلي أو المعاينة الميدانية للقاضي أو الاستماع لأطراف النزاع والمحضون وأقربائهم.

إلا أن الممارسة القضائية طرحت عدة إشكالات بشأن مستحقي الحضانة إن على المستوى المحلي فيما يتعلق بالزواج العرفي للحاضنة للاحتفاظ بالمحضون وجنحة عدم تسليم قاصر قضى نهائياً في حضنته أو على المستوى الدولي فيما يتعلق بالزواج المختلط.

من خلال دراسة موضوع استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات المتعلقة بالمادة 64 من ق.أ والنصوص القانونية المرتبطة بها لتجاوز الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة نجملها فيما يلي :

النتائج :

- تقديم وتغليب النساء على الرجال في حضانة الأطفال لكونهن الأقدار والأصبر على تربية الطفل المحضون ورعايته.
- لا يمكن اعتبار المشرع خالف الشريعة الإسلامية في ما ذهب إليه من إعادة ترتيب لمستحقي الحضانة، باعتبارها مسألة اجتهادية تخضع لتغيرات العصر، لاسيما وأن المقصد من ورائها تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المحضون.
- عدم تقييد إسناد الحضانة للأب بسن الطفل المحضون أو بوجود امرأة معه، فالطفل الحديث بالولادة يحتاج غالباً لرعاية خاصة من النساء.
- إسقاط الحضانة بسبب زواج المرأة الحاضنة بأجنبي عن المحضون لا يسقط بقوة القانون وإنما بموجب حكم قضائي، بحيث إذا لم يتقدم من يلي الحاضنة بطلب إسناد الحضانة إليه بقيت الأمور على حالها.

الاقتراحات :

- ضرورة النص على إلزامية إجراءات التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة وإدراجها ضمن المادة 64 من ق.أ إلى حين سن قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة.
- إنشاء مكاتب للصلح خارج قضاء شؤون الأسرة تابعة لوزارة العدل، كإجراء إلزامي قبل اللجوء إلى رفع دعاوى الطلاق.
- إعادة النظر في تشكيل قضاء شؤون الأسرة بجمعه تشكيلاً مختلطاً، يتشكل من قاضي مختص في القضايا الأسرية وإمام ومختص نفسي أو اجتماعي، وتفعيل دور الحكّمين في إحلال الصلح بين الزوجين من طرف القضاة المنصوص عليه في المادتين 56 من ق.أ و 446 من ق.إ.م.إ.
- إسقاط حضانة الأم الحاضنة عند زواجها بأجنبي عن المحضون المنصوص عليه في المادة 66 من ق.أ لا يتم إلا بعد إجراء تحقيق قضائي.
- إدراج النصوص القانونية المتعلقة بصندوق النفقة والاتفاقات الدولية المتعلقة بالزواج المختلط ضمن قانون الأسرة، والانسحاب من اتفاقية سيداو المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.
- إضافة فقرة لنص المادة 64 من ق.أ لمعالجة مشكلة تخلي من له الحق في الحضانة عنه، بحيث يبين المشرع كيف يمكن لقاضي شؤون الأسرة تطبيق قانون حماية الطفل، وتفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليها في هذا القانون من خلال المتابعة المستمرة للطفل المحضون.
- إضافة مادة في باب الحضانة وجعلها من مسقطات الحضانة بالنسبة لمرتكب جنحة عدم تسليم قاصر قضى في شأن حضنته طبقاً لنص المادة 328 من ق.ع.ج.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

- الأحاديث النبوية :

- أبو داود، سنن أبي داود، ج 3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.

قائمة المصادر

أولا - المعاجم :

1- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2، دار الفكر، د.م.ن، 1979.

2- الفراهيدي، كتاب العين، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

3- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008.

ثانيا - الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية :

4- الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال والموقعة في مدينة الجزائر في 1988/06/21، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 88-144 المؤرخ في 1988/07/26، ج.ر عدد 30، بتاريخ 1988/07/27.

5- اتفاقية سيداو، هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة في 1979/12/18، انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 1996/01/22.

6- أمر 65-194 مؤرخ في 1965/06/29 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي المؤرخ في 1962/08/28، ج.ر عدد 67، بتاريخ 1965/08/13.

7- أمر 66-156 المؤرخ في 2006/06/08 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، ج.ر عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

- 8- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 2004/02/03 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر رقم 5184 الصادر في 2004/02/05.
- 9- قانون رقم 09-09 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، بتاريخ 2008/04/23.
- 10- قانون رقم 12-15 مؤرخ في 2015/06/15 يتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد 39، بتاريخ 2015/06/19.
- 11- قانون رقم 01-16 مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14، بتاريخ 2016/03/07.
- 12- قانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 2005/02/27، ج.ر العدد 15، بتاريخ 2005/02/27.

قائمة المراجع

أولا - الكتب الفقهية :

- 13- ابن القاضي شهبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج 3، ط 1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011.
- 14- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 5، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 15- ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993.
- 16- ابن قدامة، المغني، ج 11، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 17- ابن كثير، مختصر تفسير ابن كثير، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 18- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه، ج 5، ط 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988.
- 19- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ط 1، دار عالم الكتب، بيروت، 1993.
- 20- البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، ج 5، دار عالم الكتب، بيروت، 1983.

- 21- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، ط 2، دار الوعي، الجزائر، 2010.
- 22- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4، ط 2، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.
- 23- الرافي، العزيز، ج 10، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 24- السيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط 1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 2000.
- 25- الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002.
- 26- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 27- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
- 28- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 29- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط 5، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، د.ت.ن.
- 30- النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ط 1، دار المنهاج، جدة، 2005.
- 31- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985.

ثانيا - الكتب القانونية :

- 32- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 1، ط 6، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 33- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، برقي للنشر، الجزائر، 2013.
- 34- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 35- زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- 36- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج 1، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011.
- 37- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

38- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2010.

ثانيا - المقالات :

39- أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، العدد 11، سبتمبر 2018.

40- أمال حبار، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لوئيسي علي البلدية، الجزائر، العدد 12، جوان 2017.

41- أنيسة لشهب، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لوئيسي علي البلدية، العدد 13، ماي 2018.

42- بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016.

43- حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد 07، 2010.

44- ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 2، العدد 27، 2015.

45- عيسى حداد ، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 15، ديسمبر 2015.

46- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه بغيليزان، الجزائر، العدد 09، ديسمبر 2009.

47- كريمة محروق، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد 39، جوان 2013.

48- محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، العدد 17، جانفي 2014.

49- نواف حازم خالد، مشاهدة المحضون دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل، العراق، د.ت.ن.

50- هند غدايفي و هشام خنفور، ارتفاع نسبة الطلاق بالوادي (الأسباب والدوافع)، مجلة الساورة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، العدد 04، مارس 2017.

رابعاً - المداخلات العلمية :

51- حمزة بن حسين الفعر الشريف، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة مداخلتة بعنوان أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطه بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة ، 2014/12/15.

52- عياض بن نامي السلمي، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة مداخلتة بعنوان الحضانة تعريفها ومقاصدها، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطه بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة ، 2014/12/15.

53- محمود حامد عثمان، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة مداخلتة بعنوان تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطه بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014/12/15.

خامساً - الأطروحات والمذكرات الجامعية :

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

55- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

56- سارة مقدم، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2015.

57- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

58- عايدة سليمان أبو سالم، الحضارة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، 2003.

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

سادسا - الاجتهادات القضائية :

60- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

61- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1 و 2 و 3، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

62- مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الأبيار الجزائر، عدد 01، 2009.

سابعا - الجرائد والمواقع الالكترونية :

63- هيفاء صفوق، دور مكاتب الصلح في المحاكم، جريدة الحياة، السعودية، بتاريخ 2016/08/16.

64- موقع الإذاعة الجزائرية www.radio.algerie.dz

فهرس الموضوعات

5-1 مقدمة
6 الفصل الأول : استحقاق الحضانة بين الفقه والقانون
7 المبحث الأول : مفهوم الحضانة
7 المطلب الأول : الحضانة تعريفها وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها
7 الفرع الأول : تعريف الحضانة
9 الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن المصطلحات المشابهة لها
12 المطلب الثاني : الحضانة حكمها وطبيعتها القانونية
14 الفرع الأول : حكم الحضانة
15 الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة
16 المبحث الثاني : استحقاق الحضانة فقها وقانونا
16 المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة
16 الفرع الأول : الأهلية
19 الفرع الثاني : الخلو من الأمراض الجسدية
20 الفرع الثالث : الأمانة في الخلق
21 الفرع الرابع : الدين
25 المطلب الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة
25 الفرع الأول : ترتيب مستحقي الحضانة فقها وقانونا
29 الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة على ضوء متغيرات العصر
35 الفصل الثاني : مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة في التشريع الجزائري
36 المبحث الأول : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

36.....	المطلب الأول : الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون
36.....	الفرع الأول : المعيار المعنوي
41.....	الفرع الثاني : المعيار المادي
44.....	المطلب الثاني : الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون
45.....	الفرع الأول : الخبرة
46.....	الفرع الثاني : المعاينة
47.....	الفرع الثالث : الاستماع
48.....	المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة - المحاذير والحلول -
49.....	المطلب الأول : محاذير إسناد الحضانة
49.....	الفرع الأول : جريمة عدم تسليم قاصر قضى في شأن حضانته
52.....	الفرع الثاني : الزواج العرفي للحاضنة حفاظا على الطفل المحضون
54.....	الفرع الثالث : الزواج المختلط وتأثيره على إسناد الحضانة
57.....	المطلب الثاني : الحلول المقترحة لمعالجة محاذير المنح
57.....	الفرع الأول : إنشاء مكاتب للصلح وتعديل تشكيلة قضاء شؤون الأسرة
59.....	الفرع الثاني : إلزامية التحقيق عند إسناد وإسقاط الحضانة
60.....	الفرع الثالث : تفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليها في قانون حماية الطفل
62.....	خاتمة
65.....	قائمة المراجع
72.....	فهرس الموضوعات

ملخص :

لقد خُلف تطبيق نص المادة 64 من القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة عدّة إشكالات محلية ودولية، تجاوزت ما يتطلبه الواقع الاجتماعي لما أقرّ المشرع الجزائري هذا التعديل، رغم ربطه ترتيب مستحقي الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون.

لذلك جاءت هذه الدراسة للبحث في مدى إمكانية مراجعة أحكام المادة 64 من قانون الأسرة الحالي، بتحليل الآثار المترتبة عن إعادة ترتيب مستحقي الحضانة بما يتوافق والمصلحة الفضلى للطفل من خلال النص على إلزامية إجراءات التحقيق عند إسناد أو إسقاط الحضانة.

Résumé :

L'application du texte de l'article 64 de la loi n° 84-11 modifiée et complémentaire de l'ordonnance n° 05-02, qui contient le Code de la famille, a laissé plusieurs problèmes nationaux et internationaux dépassant la réalité sociale requise par le législateur algérien, même si la disposition des ayants droit est subordonnée à l'intérêt de l'enfant.

Par conséquent, l'étude a examiné dans quelle mesure les dispositions de l'article 64 du Code de la famille en vigueur pouvaient être révisées en analysant les effets de la réorganisation des enfants admissibles en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, en précisant que les procédures d'enquête devaient être imposées lors de dévolution ou de déchéance de la garde.