جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

جامعة المسيلة **كلية الحقوق والعلوم السياسية**

مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة

مصلحة المحضون في قانون الاسرة الجزائري

إعداد الطالبان :

1- دغنوش انيس

2- ميهوبي محمد العيد

تحت اشراف الاستاذ :

عجابي إلياس

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
		رئيسا
		مشرفا ومقررا
		مناقشا

السنة الجامعية

2021/2020

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي أسفله،

السيد(ة): دغنو بن أنيس الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200614290 والصادرة بتاريخ: 2016/10/24

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

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

عنوانها: صلاحيات القاضي في قانون الاسرة الجزائري

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

التاريخ: 09 جوان 2021

توقيع المعني (ة)

ملحق بالقرار رقم ....1088.... المؤرخ في .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة) ميصوني محمد العربي ولد ... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ... طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 570686 والصادرة بتاريخ: 2015/02/03

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

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

عنوانها: صلاحية المحامون في قانون الاسرة الجزائري

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

التاريخ: 09 جوان 2021

توقيع المعني (ة)

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب.

يسرني أن أوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هاته المذكرة بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله، وأشكر على وجه الخصوص استاذي الفاضل الدكتور عجابي الياس على الثقة التي وضعها فينا من اجل انجاز هذا العمل المتواضع

إهـــداء

اهدي هذا العمل إلى من قرن الله طاعته بطاعتهما،

إلى من حفة الجنة برضاهما إلى الوالدين الكريمين

العزيزين، أعانهم الله وسدد خطاهما وأثابهما من الأجر ما

إلى إخوتي .هما اهله إلى كل الأهل والأقرباء والأصدقاء

الأعزاء إلى أصدقائي الأعزاء وإلى كل من تذكره قلبي

ونسيه قلمي لهم إهدائي الخاص

دغنوش انيس

إهـــداء :

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز ما يملك المرء إلى الكوكبين اللذان

أضاءا دربي، إلى من كانا سبب وجودي و كرسا حياتهما لخدمتي و نجاحي إلى

الوالدين الكريمين".

إلى الذي بفضله رعاني و على الخير رباني و إلى طريق المعالي هداني و

زرع الأمل في فؤادي أبي الغالي

الى من اشتقت لها وهي تفترش التراب،الى ريح من رياح الجنة

اختي الغالية ، رحمك الله يا قطعة من القلب فارقتني

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

أمي الحبيبة

إليكم يا إخوتي قرة و فرحة أملي

ميهوبي محمد العيد

مقـــدمـــة

مقدمة

تعتبر الاسرة الخلية الأولى في المجتمع فإذا صلح افراد هذه الخلية صلح المجتمع كله وإذا فسد افرادها فسد المجتمع كله ، فهي البيئة الأولى التي ينشأ فيها الولد الصغير تحت اجنحة والديه، فمنها تأتي الاخلاق ويتعلم من افرادها مكارم الاخلاق او مساوئها في المراحل الأولى من حياته ، فالطفل الصغير يتأثر بما يحيط به ويتعلمه بسرعة سواء داخل الاسرة او خارجها ، فهو يولد على الفطرة كصفحة بيضاء فكما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :**{ كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه**[1]**}** أي انه اذا وجد البيئة الملائمة ليصبح فردا صالحا في المجتمع سيغدو كذلك، والعكس صحيح.

لذلك وجبة تربية الأبناء تربية حينة و سوية في جو من الطمأنينة لينمو نموا سليما من اجل ان يصبح رجل المستقبل، ولذلك وجب تدخل الوالدين من اجل توفير الجو المناسب لذلك من توجيه وارشاد وتلقين لمكارم الاخلاق وعدم تحسيسه بطعم الحرمان فهو في مرحلة حساسة من عمره، خاصة السنوات الأولى من طفولته، لذلك فهو واجب على الوالدين الحفاض على تماسك الاسرة و حمايتها من جميع الاخطار التي قد تمس اطفالهما الصغار

لكن قد تأتي الرياح بما لا تشتهي السفن، فتحدث مشاكل بين الزوجين، وتنافر وعدم اتزان وتوافق في علاقتهما الزوجية وهو الامر الغير مرجو من العلاقة ، ولكي يتجنب كل من

[1]رواه أبو هريرة

الطرفان العيش عيش مريرة ملؤها الصراع وعدم الاتزان، ولكي لا يهضم احد حق الآخر اباح الإسلام الطلاق ، مع انه يعتبر ابغض الحلال لكنه الدواء الوحيد لهذه المعضلة الاسرية ولا يلجئ اليه الا في الحالات التي تستوجب ذلك

ومن اهم توابع ونتائج فك الرابطة الزوجية مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج ، وتعتبر هذه المسألة من المسائل التي اولاها كل من ديننا الاسلامي الحنيف والقانون أهمية مطلقة وعناية خاصة لما لها من اثار إيجابية وسلبية في حياة الفرد والاسرة والمجتمع

لأنها تخص الطفل الصغير الذي سيكبر ويغدو شخصا مؤثرا في المجتمع مستقبلا، وبالتالي اذا كان الزواج قائما بصورة سليمة فإن موضوع الحضانة غير مطروح كون كلا الوالدان مشرفان على حماية وتربية ورعاية الطفل الصغير .

ولكن في حال فك الرابطة الزوجية بين الزوجين فإن اشكال الحضانة يعود الى الطاولة، وكثيرا ما يكون محل نزاع حاد بين الزوجين السابقين، فكل منهما يسعى الى الاحتفاض بحضانة الصغير.

والحضانة واحدة من المشاكل التي تطرح بشدة بعد الطلاق باعتبارها عامل ماديا يتميز بصفتين متضادتان ومكملتان لبعضهما البعض الا وهما كون الحضنانة حقا وواجبا في ان واحد فهي من جهة حق للحاضن وحق للمحضون، ومن جهة أخرى واجب والتزام من الحاضن، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه يقع مباشرة حق للزوجة في حضانة ولدها الصغير كما ينتج

عنه حق للولد في حضانة امه له. لذلك فالحضانة من اعقد الأمور التي يمكن للقاضي مواجهتها في مجال الأحوال الشخصية لتحديد وتكيف مصلحة المحضون وذلك عن

طريق تحديد ضوابط ومعاير لتلك المصلحة سواء كانت من جانبها المادي ام المعنوي او الصحي او الرقابي من خلال دراسة وتحليل عدة قوانين اسرية من اجل ضبط مصلحة الطفل المحضون ، فمسائل الحضانة عادة ما تكون مرتبطة بالعديد من الحقائق الاجتماعية ولذلك وجبة على القاضي تنظيم هاته المسألة من حيث صياغة النصوص القانونية وحسن تطبيقها وذلك من اجل حماية مصالح الطفل البريء، خاصة وأن القواعد المؤكدة الموجودة في الفقه الإسلامي جد ضئيلة في ضل هاته الإشكالية ، لذلك فتح الباب امام المشرع من اجل الاهتمام بمصلحة المحضون و اهتمامه بموضوع تربية الأطفال وحماية حقوقهم وجعل من مصلحة الطفل المحضون العمود الفقري في مسائل الحضانة سواء تعلق الامر بأحكام إسنادها او إسقاطها او التنازل عنها .

والسبب في تناولنا هذا الموضوع: كونه موضوعا حساسا ويمس احد اللبنات الأساسية في الاسرة خاصة والمجتمع عامة الا وهو الطفل الصغير، فهو يحتاج الى بيئة ورعاية خاصتين في هاته الفترة من حياته ، فموضوع حضانة الصغار من اكثر المواضيع تداولا وتشعبا بعد حدوث الطلاق، وتعتبر دراسة هذا الموضوع من احد الدراسات الهامة والمتميزة في قضايا شؤون الاسرة والاحوال الشخصية لانها تجمع بين كيان الأسرة والقانون ، ولها صلة وطيدة ببقية فروع علوم الاجتماع ، والهدف من هاته الدراسة هو حماية الأطفال الأبرياء و

وتوضيح ولو بسيط حول أهمية حمايتهم بالنسبة لكل من علماء الفقه والمشرع الجزائري في هته المسألة .

وتهدف دراستنا الى:

مدى تغطية المشرع الجزائري لموضوع الحضانة وحماية مصلحة الطفل المحضون في قانون الاسرة الجزائري، ومدى جودة الاليات القانونية التي وضعها من اجل توفير الحماية اللازمة له.

اكتشاف دور قاضي الأحوال الشخصية ومدى صلاحياته في اسناده للحضانة مع مراعاة مصلحة الطفل المحضون.

ومن هنا نطرح الإشكالية : **هل وفق المشرع الجزائري من خلال قانون الاسرة في توفير الحماية القانونية اللازمة للطفل المحضون ؟**

وعليه نتدرج في طرح الإشكالات التالية :

-ماهو الاطار المفاهيمي للحضانة وماهي احكامها ؟

-ماهي الشروط التي وضعها المشرع الجزائري من اجل استحقاق الحضانة ؟

-مالمقصود بمصلحة الطفل المحضون ؟

- ماهي المعاير التي وضعها المشرع الجزائري في ضبط هاته المصلحة ؟

اما بشان المناهج المتبعة في انجاز هاته المذكرة فلقد اتجهنا الى المنهج المقارن من اجل مقارنة احكام واراء واجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع الحضانة بالنصوص القانونية التي ضبط بها المشرع الجزائري موضوع الحضانة بصفة عامة .

من ثم الإعتماد على المنهج الوصفي في لإعطاء الصورة الحقيقة للحضانة في ظل قانون الاسرة الجزائري .

وكذلك المنهج التحليلي في مدى توفيق المشرع الجزائري في ضبط المعايير الازمة من اجل حماية مصلحة الطفل المحضون .

من خلال دراستنا للموضوع وقفنا على بعض الدراسات السابقة والتي كانت مرجعا مهما لنا في بحثنا هذا والتي نذكر منها ما يلي:

– برقوق نسرين :مصلحة المحضون بيه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر ،بسكرة ، 2015

–بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007 .

– كربال، سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013 .

ومن الصعوبات التي واجهتنا في هادا البحث هو شح المراجع وذلك راجع الازمة الصحية التي تمر بها البلاد والعالم باسره بسبب تفشي فايرس كورونا ، فلقد اغلقت جميع الفضاءات التي من خلالها يمكن الحصول على المراجع والصادر اللازمة من انجاز هاته المذكرة .

ولقد قسمنا بحثنا هذا الى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول الحضانة واحكامها، وقسمناه الى مبحثين المبحث الأول تناولنا فيه ماهية الحضانة واما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه احكام الحضانة اما الفصل الثاني فكان حول مبدأ مصلحة المحضون لاسناد الحضانة

وقسمناه الى مبحثين المبحث الأول يتكلم عن ماهية مصلحة المحضون والمبحث الثاني حول سلطات القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

الفصل الأول

الحضانة واحكامها

تمهيد:

من الحقوق الواجبة للطفل في هذه الشريعة الغراء حق الحضانة وذلك لكي ينشأ الطفل ويتربى في حضن ابويه وهذا في حالة وجود الوفاق بينهما او في حضن أحدهما في حال وجود انشقاق بينهما او وفاة أحدهما او في حضن من له الحق في الحضانة عند عدم وجودهما ممن توفر فيه الشفقة والرحمة وذلك بناء على ترتيب الفقهاء للمستحقين للحضانة بغد الام.

والحضانة حق مشترك بين المحضون، والحاضن كما انها تتعلق ايضا بحق الله تعالى على عباده الذي امر بحفض الانفس من الضياع، وعدم القائها الى التهلكة.

والطفل في سن الحضانة احوج ما يكون الى من يتولى امر حضانته، وليس أحد أحق ولا أولى ولا أجدر من الام بالاضطلاع بهذه الحضانة دون غيرها لأنها للطفل أقرب وبه الصق وبولاية الحضانة عليه أقدر من غيرها.[1]

وللحضانة شروط لابد من توافرها في الحاضن حتى يكون اهلا للقيام الحضانة التي هي نوع من انواع الولاية فإذا فقدت هذه الشروط او أحدها في الحاضن فليس كفؤا لها، وبالتالي تنتقل بعد ذلك الى من هو اهل وأحق بها[2]

المبحث الاول: ماهية الحضانة:

من بين الآثار التابعة لانقضاء الرابطة الزوجية، والتي كثيرا ما نواجهها في محاكمنا في القضايا المتعلقة بالطلاق، نجد ان الحضانة من أكبر وأكثر المشاكل تداولا في القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، بل نستطيع القول إنها من أهم تلك الآثار خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتبة عن إسنادها لطرف دون الأخر وذلك لأنها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج وبتربيتهم ورعايتهم، وبالنظر إلى أهمية الموضوع سنحاول من خلال هذا المبحث وضع تعريف للحضانة مع تحديد خصائصها في كل من الفقه والقانون

[1] ياسر احمد عمر الدمهوجي ،حقوق الطفل واحكامه في الفقه الاسلامي الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية 2012،ص460

[2] انظر المرجع نفسه ص 461

المطلب الاول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وقانونا

الاسرة هي الحاضنة الاولى التي نشأ الطفل في كنفها ويتفاعل مع اعضائها، وهي التي تسهم بأكبر قدر من الاشراف على نمو الطفل وتكوين شخصيته وتوجيه سلوكه، وتسعى الاسرة الى تحقيق الطمأنينة لأفرادها. وفي هادا الجو الامن تبدأ العلاقات الاجتماعية للطفل فيكتسب الشعور بقيمته وبذاته مع افراد اسرته، وفي هذا الجو تتكون خبراته الاولى بالحب والحماية والامن والطمأنينة فيزداد وعيه بذاته كما يزداد تفاعله مع الاسرة المحيطة به.

وهكذا ينمو الطفل وينشأ في ظروف عائلية متزنة وصحية دون ضغوطات او احساس بالحرمان، لكن هنالك بعض الحالات التي تجعل الطفل يحرم من العيش في هذه البيئة المتزنة وذاك في حال فقدانه او حرمانه لاحد والديه او كلاهما، وذلك لأسباب طبيعية كالوفاة، او بسب قرارات اتخذها أحد الابوين او كلاهما ايضا، فلذلك وجب توفير الرعاية الازمة من اجل خلق جو أفضل وتعويض هذا الصغير عن هذا الحرمان الذي حل به لأسباب خارجة عن ارادته.

ومن هنا نتطرق الى تعريف مفهوم الحضانة في اللغة والاصطلاح في كل من الفقه والقانون وقد قسمنا ذلك الى فرعين

الفرع الاول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا:

أولا: لغة:

الحضانة مصدر للفعل الثلاثي "حضن" وهو من باب ضرب يقال حضن يحضن بضم الضاد في المضارع وكسرها، والحضانة بفتح الحاء وهو الاشهر وكسرها جائز.

وهي مشتقة من الحضن وهما العضدان وما بينهما من الصدر وقيل هو ما دون الاط الى الكشح.

والاحتضان هو احتمالك للشيء وجعله حضنك

وحضان، جمع حاضن لان المربى والكافل يضم الطفل الى حضنه.

ويقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه الى نفسه تحت جناحه بمعنى رقد على للتفريخ، وحضن الطائر افراخه اذا غطى عليهم بجناحيه.

والحضن الجنب وللمرء حضنان وحضنا اليل جانباه وحضن الجبل ما يطبق به.

والمحضنة المعمولة للحماية كالقطعة الروجاء من الطين.

واما الحضن فجبل بنجده وهو اول نجد والعرب تقول: انجد من رأى حضنا ويقال امرأة حضون بينة الحضان.

وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها حضانة إذا ضمته اليها وكذلك تسمى المرأة حاضنة الجل حاضن.[1]

ومنه يعلم أن حاضنة الصبي هي القائمة على تربيته والتي تسهر على رعايته.

فالحضانة هي الرعاية والولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه يقال حضن الرجل الصبي اي رعاه او رباه فهو حاضن واحتضن الشيء حضنه.

واحتضن هذا الامر، اي تولى رعايته والدفاع عنه.

ودور الحضانة مدارس ينشأ فيها صغار الاطفال.[2]

ومن هذا العرض يتضح ان الحضانة في اللغة تطلق على الضم الى الجنب، الحاصل بكل ضام بحسب حاله فالأم تحضن ولدها فتحمله الى أحد شقيها فحضانة الأم ولدها هي ضمها الاه الى جنبها واعتزالها اياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفضه وامساكه وغسل ثيابه.

والطائر يحضن بيضه وهكذا.

والمربي يحضن ولده اي يتخذه في حضنه والى جنبه لان الصغير لما كان عاجزا على النضر في مصالح نفسه جعل الله ذلك على من هو أقدر واهل ففرض الولاية فالمال والعقود الى الرجال لأنهم بذلك اقم وأقدر على التربية من النساء واقوى.[3]

ثانيا: اصطلاحا:

[1] رشدى شحاته ابو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانةفي الفقه الإسلامي والقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى 2012 ص 15

[2] انضر المرجع نفسه ص16

[3] المرجع نفسه ص17

عرفت الحضانة عند فقهاء الشريعة عدة تعريفات استخدمت فيها ألفاظ تختلف في دلالتها، فقد عرفها الكاساني بأنها "حضانة الأم لولدها ووضعها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها، تقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه"[1].

وعرفها فقهاء المالكية بأنها الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون، ومصالحه وهي فرض كفاية، ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة.[2]

والحضانة نوع من الولاية والسلطة، ولكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة كان الحق في تربيته للرجل لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء[3]. وهي حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه وهي حفظ من لا يستقل بما يصلحه[4].

كما عرفها الشافعية بأنها: هي تربية من لا يستقل بأموره وبما يصلحه، وقال الحنابلة : هي حفظ صغير عما يضره وتربيته بالقيام بمصالحه[5].

ومن هذه التعاريف نستطيع أن نعرف الحضانة بأنها هي القيام بحفظ الصغير والصغيرة الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والقيام بمسؤولياتها.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ،ص356

[2] . المرجع نفسه ، ص 357.

[3] رمضان علي الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأقوال الشخصية" ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2012 ،ص170.

[4] نور الدين أبو لحية ، الزواج وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث ، 2009 ، ص102.

[5] أحمد ناصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ،ص 586.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة قانونا:

لم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرفتها المادة 62[1] بأنها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويرى الأستاذ عبد العزيز أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف للحضانة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره، حيث أنه تعريف يتسم بالعمومية، ويجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[2].

وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها فهي:

اولا: تعليم الولد:

يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا"[3]، إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[4].

ثانياً: تربيته على دين أبيه:

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في م 30 ق أ ج المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت، ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعا وقانونا[5].

---

[1] قانون رقم 11-84مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر06-02

[2] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر،1996 ،ص21

[3] ديابي، باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، 2012 ،ص 125 .

[4] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ،2009، ص 113

[5] ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، 2012 ،ص 125 .

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 ق أج بقوله أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه[1]"...

أي أن الحضانة للأم وقد تكون كافرة؛ ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي[2].

والقرار الصادر في 1989 /13/03: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت،خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أج.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[3].

ثالثاً: السهر على حمايته:

[1] المادة 62 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر

[2] قرار رقم457038 صادر في 2008/09/10 ، م م ع ، 2008 ،ع 2 ،ص313 ،عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزائر، منشورات كليك، ط 1 ،ج 3 ،2013 ،ص 1462.

[3] قرار رقم52221 صادر في 1989/03/13 ، م ق ، 1993 ،ع 1 ،ص48 ،عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر ، منشورات كليك، ط 1 ،ج 2 ،2013 ،ص 644.

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي مما ينجم عنه اضطرابه نفسيا أو عقليا
كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير.

رابعاً: حمايته صحيا:

التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية مند الأشهر الأولى للطفل وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك[1].

خامسا: حمايته خلقيا:

الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا، وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

وتدعيما لحقوق المحضون وصونا لها عن أي تهديد، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية[2]، وذلك من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 09/01/ 1984 والذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا".

[1] ديابي باديس،المرجع سابق،ص 126
[2] المرجع نفسه، ص 126

والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"[1].

وبناء على ذلك ومراعاة لحاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية يتعين على المحكمة أن تراعي كل الأهداف التي تضمنتها المادة 62 ق أج لما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه

النفسي والصحي، وذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب، وتفصل في حق الحضانة[2].

المطلب الثاني: خصائص الحضانة

يترتب عن ما ورد بالمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري نتيجة حتمية تستدعي التطرق إلى خصائص الحضانة.

ان حضانة الطفل واجبة شرعا لحفظه من الهلاك[3]، حيث تقتضي مصلحة المحضون من مستحقها حفظ وتربية الولد في ذاته وطعامه وشرابه وكسانه وسكنه ودفع ما يضره، فإنه لا يجوز البتة الإخلاء بحق الحضانة ولا بما يتعلق بها في جانب المحضون لأنه عاجز عن رعاية نفسه.

فالهدف من الحضانة هو نفع الولد، لذا كانت الحضانة واجبة فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة فهذا يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجده حقا مشترك[4].

---

[1] قرار رقم31997 صادر في 1984/01/09 ،م ق ، 1989 ،ع 1 ،ص73 ،عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة 1الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك،ط 1 ،ج 1 ،2013 ،ص 208.

[2] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الج ازئري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الج ازئر، دار هومة، ط 3 ،،1996

[3] العبادي، محمد حميد الرصيفان، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، الأردن، دار وائل للنشر، ط1 ،2013 ،ص 107.

[4] كربال، سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013 ،ص 10.

الفرع الاول: الحضانة من النظام العام:

يرى جانب فقهي أن الحضانة من النظام العام، فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها، وقد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى و إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها، وقد يكون تنازل الأم عن حضانة طفلها مقابل خلع نفسها ،والخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى، ومقابل الخلع قد يكون قيميا أو مثليا أو منفعة مقدرة بمال، فكل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا في الخلع، فإذا خلعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها فإن الخلع يظل صحيحا وتبقى حضانتها مستمرة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل هي حق للطفل فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق قائما.

وحتى وإن كان مقابل التنازل عن الحضانة صلحا وليس خلعا، كأن تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تترك له الطفل فإن هذا لا يصح، لأن الصلح يكون على ما تملكه والحضانة حق لغيرها، أي هو حق خالص للطفل[1].

مقابل ذلك، هناك رأي آخر يرى أن الحضانة حق للحاضنة لها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي". وهذا دليل على أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66[2] من قانون الأسرة05-02، حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها، لكنه قيد ممارسة هذا الحق مع مراعاة

---

[1] بعاكية كمال، حبار أمال، الحضـانة وشروطها بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، جامعة وهران 1 ، وهران ،الجزائر المجلد7،العدد6، 2018، ص 419

[2] قانون رقم 11-84مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر06-02

[3] بعاكية كمال، حبار أمال المرجع السابق ص 419

مصلحة المحضون، أي أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يحق لها أن تتنازل عنها، والتنازل قد يكون باللفظ الضريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، وقد يكون التنازل ضمنيا وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة، ومن قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته.

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن الشخص المتنازل عن الحضانة لا يمكنه استرجاعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية للسقوط[1].

إن في ترك الحضانة تضييع للطفل وهلاك له، لذا هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية والفطرة، وهي واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من ذلك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاءه[2]

واعتبرت الحضانة لازمة كون الصغير يولد عاجزا عن تولي شؤون نفسه، فيكون بأمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ويقوم بتربيته ويتكفل به، وعليه من الضروري أن يجد من يقوم بذلك، فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فإنه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة الذي يؤهله لأن يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته التي ينشأ فيها .والحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي وحتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، وكذلك حتى لا يختل التوازن في الجانب القيمي والاجتماعي

[1] بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1 ،2007 ،ص 350.

[2] بن قوية، سامية، "آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دؤاسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1 ،2010 ،ص 141.

للطفل[1]، وذلك في غياب من يرعاه ويوجهه ويربيه في أهم مرحلة في حياته، والتي يكتسب فيها المبادئ الأخلاقية والسلوكية لكي يكون مقبولا في مجتمعه، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية مقدرة يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي[2].

الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك:

تعتبر الحضانة حقا مشتركا، أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، وكذا لأمه حق الاحتفاظ به واحتضانه لقوله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي"، أي أن للأم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته .وإذن، إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها فإن ذلك لا يسقط إلا حقها ويبقى حق الطفل قائما، وبناء على ذلك فإنها تجبر على حضانته إن كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها، وتنازلها هذا لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها.[3]

الحضانة عمل مادي ايضا يتصف بصفتين متقابلتين، هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته، لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه[4].

فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة، لكي لا يضيع حقه

---

[1]طعيبة، عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011 ، ص42

[1]بعاكية كمال، حبار أمال المرجع السابق ص419

[3]. ياغي، أكرم، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء، لبنان، منشورات زين الحقوقية، ط 2 ،2008 ،ص 180.

[4] كربال، سهام، مرجع سابق، ص 12.

في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبدا[1].

لذلك فإن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة66 من قانون الاسرة الجزائري فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب ظروف ومصلحة الطفل وقد أحسن المشرع في ذلك ويترتب على كون الحضانة حقا للصغير ما يلي[2]:

- أن الأم التي تخالع زوجها بمقابل خلع يتمثل في ترك حقها في الحضانة، فإن الخلع لا يبطل، ولكن البدل يبطل
- لا يجوز للأم مصالحة زوجها بإسقاط حقها في حضانة الطفل في مقابل بدل تأخذه منه.
- لا يجوز للحاضنة أن تمتنع عن حضانة الولد إن لم تتوفر في غيرها شروط الحضانة

ويترتب على كون الحضانة حقا للحاضن ما يلي[3]:

- إذا أعطيت حضانة الطفل لشخص توفرت فيه شروطها فلا يحق للأب أن ينتزع الصغير من حاضنه، ليعطيه لمن هو أقل درجة.
- لا يجوز للأب نقل المحضون من بلد إقامة الحاضنة، لأنه بفعله هذا يكون قد ضيع لها حقها في الحضانة.
- ذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة، وجب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظا لحق الحاضنة من الضياع.
- ومنه نستنتج ان الحضانة حق وواجب في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة، لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن

---

[1] نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001 ،ص 93.

[2] دران أبو العينين بدران:" الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ج1 ، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 ،ص 544

في طلب الحكم له بحضانة الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على حاضنه سواء كانت الأم أو غيرها يتعلق بحضانته.

- وعلى اعتبار أن الحضانة حق للحاضن من وجه وللمحضون من وجه آخر، فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون[1].

المبحث الثاني:احكام الحضانة

اتفق كل من المشرع الحكيم وفقهاء الشريعة الإسلامية ان الحضانة حق يجب ان ينعم به الصغير، والحضانة هي رعاية الصغير وحمايته لينعم بحياة ملؤها الحب والسكينة وحنين الوالدين الا انه في حال فك الرابطة الزوجية يجب على الحاضن ان يكون مؤهلا لحضانة الطفل من جميع النواحي.

فالحضانة للأطفال الصغار من الذكور والإناث تدور في الأغلب على رعاية المصلحة للطفل سواء كانت المصلحة في جانب الأم أو في جانب الولي الذي هو من جهة الأب، والقاضي هو الذي ينظر في هذه المسائل ويقدر المصلحة للطفل لذلك سنعالج في هادا المبحث ونوضح كلا من الشروط الوجب توفرها في الحاضن لإستحقاق الحضانة {المطلب الأول} وسنتحدث ونوضح اكثر في مسألة من الأكثر استحقاقا لها مع ترتيب الحاضنين قبل وبعد التعديل في {المطلب الثاني}.

المطلب الأول: شروط إستحقاق الحضانة

الحاضن هو من يتولى شئون الصغير، تبرعا ومعاوضة، بإذن الشرع او يأمر القاضي، انثى او ذكر، حيث يتساوى الرجال والنساء في اهليتهم للحضانة، مع اختلاف في الأولوية ، وتباين في الترتيب ، وقد تساءل الفقه عن صاحب الحق في الحضانة ، فقيل هو الحاضن فلا يجبر عليها وله اسقاط ولو بغير عوض، وقيل هي حق للصغير يؤيده الحاضن بالتراضي او بالتقاضي ، فرأي الشخصي ان الحضانة تتكون من ثلاثة اطراف، فحتى الطفل المحضون له

[1] .بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007.ص69 .

فيها حق ، وللوالد فيها حق وللحاضنة فيها حق، لذلك وجب التوفيق بين هاته الحقوق هو الذي يلبي الوضائف الشرعية للحضانة

ولاتثبت الحضانة الا لمن توافرت فيه الشروط اهليته لها سواءا كان رجل ام امرأة.

فالاهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقدمت حضانة النساء على الرجال، لان المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الاقدر على رعاية صغيرها، والأكثر صبرا وعطفا عليه وهناكة شروط عامة لابد من توفرها في الرجال والنساء حتى تثبت أهلية الحضانة، بالإضافة الى شروط يختص بها الحاضن من الرجال، والحاضنة من النساء.[1]

وهنالك شروط يجب على الحاضن ان تتوفر فيه سواء من الرجال او من النساء وبتوفر تلك الشروط في الحاضن او الحاضنة تثبت الحضانة.

وهي ما أشار اليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري

الفرع الأول :الشروط العامة في الحضانة

اتفق الفقهاء على شروط خمس يجب توافرها فالحاضن امرأة كانت او رجلا الا وهي:

- العقل ، البلوغ ، الأمانة، القدرة على الحضانة.[2]

أولا:العقل:

وذلك ان الحضانة تعتبر نوع من أنواع الولاية، فمن كان ليس عاقلا كيف له التعامل والاعتناء بشخص اخر والالتزام به وذلك ما جاء في نص المادة[3]81 من قانون الاسرة الجزائري وكذلك المواد من 42الى [4]44 من القانون المدني حيث تبطل جميع تصرفات من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه بعد

---

[1]محمد كمال الدين امام احكام الاسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية دار الجامعة الجديدة للنشر2007ص147

[2] ياسر احمد عمر الدمهوجي المرجع السابق ص476

[3]– المادة 81 من قانون الاسرة الجزائري من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

[4]– المواد 42 إلى 44 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر رقم 78 المؤرخة في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07 –05 ،المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر رقم 31 المؤرخة في13 ماي 2007

*المادة 42" لا يكون أهلا لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

ثانيا: البلوغ

بما أن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه، فلا يصلح لرعاية غيره لذلك لا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه،[1]وبما ان الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية وبغير البلوغ لا تصلح الحضانة،[2]وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة[3]

ثالثا: الأمانة

والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون به املا للحضانة، وبيئة مصاحبة تضمن حداً أدنى من التربية السليمة الصغير، ولا يعد العمل ذاته مسقطاً للحضانة، بل تسقط الحضانة إذا كان عمل الحاضنة ضاراً بالصغير، أو يلقى به في بيئة مصاحية تؤثر عليه سلبياً، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغيرة وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال.

المشين وهو سلوك اختياري برتب سقوط الحق في الحضانة، والأصل في ذلك ليس مشروعية العمل، بل إضراره بالصغير حتى قال الفقهاء إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوقه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت عنها الحضانة ولا يرى الأحناف والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلماً لأن الشفقة اساس رعاية الصغير وهو فطرة انسانية لا تختلف بتنوع الأديان، ويخالف في ذلك الشافعية والحنابلة، لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم .والأرجح رأي الأحناف والمالكية، وهو ما عليه العمل به أمام القضاء[4].

*المادة 43" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".
*المادة 44" يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الج ازئر، دار الخلدونية، ط4 ،ج1 ،2005 ،ص383.
[2]، أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009 ،ص152
[4]بلحاج العربي المرجع السابق ،ص383.

يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفض المحضون صحة وخلقا،وهذا شرط يتعين مراعاته.حيث لاتثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[1].

واسناد الحضانة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون[2]

رابعا: القدرة على الحضانة

اتفق الفقهاء على اشتراط الكفاءة في الحاضن بمعنى أن يكون مستطيعاً أي قادراً على أن يقوم بأعباء الحضانة وما تتطلبه من وسائل للنهوض بتحقيقها، وعليه فمن لم يكن قادرا على النهوض بهذه الأعباء فلا يحق له طلب الحضانة، ذلك لأن الحضانة ولاية حفظ ورعاية للمحضون، وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون وشرط تحقق الولاية هو تحقق الحفظ فيها، وعلى ذلك لا حضانة لأعمى إذا كان غير أهل لحفظ المحضون، ولا أصم، ولا أخرس، ولا مريض مقعد وعاجز لكبر سنه، وذلك لعجزهم في حق أنفسهم، إذا لم يتبر لهم الاستعانة بمن يقوم بهذا الواجب على وجهه الصحي[3].

ولا يهم أن يكون العيب في الحاضن أساسه الاختيار أو مصدره الإجبار، فالكبر أي التقدم في السن قد يكون سبباً في سقوط الحضانة ولا ذنب للإنسان في تقدم عمره، والعمل

يعبر المالكية عن القدرة على الحضانة بالكفاءة فيقولون ، فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون كمسن، ي من بلغت سنا لا يمكنها أن تتعهد محضونها وتحفظه ، وكذلك المريضة التي يعجزها مرضها عن رعاية محضونها.[4]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للحضانة في النساء والرجال

[1]أحمد نصر الجندي مرجع سابق، ص 519.

[2]قارر رقم53578 صادر في 1989/05/22 ،م ق ، 1991 ،ع 4 ،ص99 ،عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية جزء 1 ،

[3]احمد نصر الدين الجندي، النفقات والولاية على المال في الفقه المالكي،دار الكتب القانونية،2006،ص106

[4]ياسر احمد عمر الدمهوجي المرجع السابق ص480

إن الشروط العامة المطلوبة في الحاضن ليست كافية لهذه المهمة الحساسة وانه يجب أن تتوفر شروط خاصة بمن يتصدى للممارسة الحضانة وهي من الرجال تختلف إلى النساء

أولا:الشروط الخاصة المطلوبة في النساء

1- أن لا تكون مرتدة فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة لأن المرتدة تحبس فيتضرر بذلك الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع.

2- ان لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة

أ- الدليل على ذلك من السنة

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي"

ب- من الإجماع

روى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضي الله عنه ام أبنه عاصم رضي الله عنه فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفع إلى آبي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهم لامه ما لم يشب أو تتزوج وقال : " إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج " " وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم.[1]

ولو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة.

ج-من المعقول

أما من ناحية المنطق والمعقول فلقد أثبتت الدراسات بان الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و العطف والطمأنينة ، وهي قواعد أساسية لنشأته سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته

[1] برقوق نسرين :مصلحة المحضون بيه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر ،بسكرة ، 2015 ص 22

حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية او الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[1]، فقد جاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في نص المادة 66 : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضرب مصلحة المحضون

3- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته ، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية.

4- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه.

5-أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، فإن كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا ، سقط حق الأولى في الحضانة.[2]

ثانيا:الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال

إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط المطلوبة للرجال لاستحقاق رعاية المحضون وذلك عملا بأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222[3] من قانون الأسرة الجزائري. إذ ومن خلال نص المادة السابقة التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لا يرد النص عليها في القانون نجده لم يخرج عن الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية وباختصار يمكن أن نجمل الشروط الخاصة بالرجال فيما يلي :

1-أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محروميته لها ولأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد، فقالوا لا يثبت ذلك سدا للذريعة غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ، فللقاضي أن يبقيها عنده ، إذا كان مأمونا عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم وحصر بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم ، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب ، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين،اما جمهور الفقهاء يقولون

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، 1996 ص 7308

[2] وفبة الزحيلي المرجع السابق ، ص7308

[3] المادة 222 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيبراير 2005

بأن الحضانة مبنية على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين ، فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم والأخر غير مسلم ، والطفل مسلم فحضانته لأخيه المسلم هذا وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحدا كما في الميراث.[1]

3-ان لا يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة أو أم أو خالة أو عمة إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية.[2]

تسقط الحضانة بوجود مانع منها أو زوال شرط من شروط استحقاقها أما فيما يخص عودتها فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بينها إذا كان سبب السقوط اضطراريا أو اختياريا فإذا كان اضطراريا أي لا دخل للحاضنة فيه هنا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع أما إذا كان المانع اختياريا فلا يعود لها الحق في الحضانة حتى بزوال المانع ويسقط حقها فيها نهائيا وتنتقل إلى غيرها. واشترط المالكية أيضا أن لا يسافر عن المحضون أو تسافر الحاضنة بسفر تنقله، فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه، بشرط كون السفر لموضع مأمون وامن الطريق، وهو شرط بقيد شروط الحضانة للنساء[3].

4- القدرة على المحافظة على المحضون وتربيته ورعاية مصالحة ، فإن كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو عمى أو كبر سن أو شغل يمنع همن القيام بشؤون المحضون فلا يثبت له الحضانة ، فإن كان العمل لا يمنع من القيام بشؤون المحضون. فلا يثبت له الحضانة ، فإن كان العمل لا يمنع من القيام بشؤون الصغير وتدبير أموره و فلا يسقط حقه في الحضانة[4].

المطلب الثاني : مستحقي الحضانة

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيئ، فيحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن بقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والصيانة عن الفساد، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة، ولما كان النساء

[1] بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية، بيروت، ص 555

[2] وهبة الزحيلي ، المرجه السابق ص 7809

[3] المرجع السابق ، الصفحة نفسها

[4] برقوق نسرين ، المرجع السابق،ص 25

أقدر على النوع الاول لما لهن من الخبرة في هذه الامور والصبر عليها ، جعله الشارع إليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

لقد نظم المشرع الجزائري أحكاما تتضمن تحديد أصحاب الحق في الحضانة، وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري انتهج ترتيبا معينا لأصحاب الحق في الحضانة حسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها سنة 2005 وعمد إلى تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد 2005 وإلى جانبه اعتمد الفقه الإسلامي إلى دقة تحديد هؤلاء، وكل منهما يسعى إلى حفظ مصالح المحضون حتى ينشأ تنشئة سليمة، ولعل تحديد أصحاب الحق في الحضانة من أهم المحاور التي تدور حولها مصلحة المحضون، مما يستوجب علينا البحث عن وضعية الطفل قصد حفظه من الضياع، آخذين بعين الإعتبار الحقائق الإجتماعية المعاشة، مع أهمية التساؤل عن الأساس المعتمد في الحكم بضم الولد إلى حاضنه، وحول مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، ولمعالجة هذه المسائل سنتطرق إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ، وتكريس مبدأ مصلحة المحضون في الترتيب في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الاول: مستحقي الحضانة من النساء

إتفق الفقه الإسلامي على أن الأم أحق بالولد من غيرها سواء كانت متزوجة بأب الصغير ، أو مطلقة في عدة أو منقضية عدتها متى كانت أهلا للحضانة ، ومن ثم يثبت لها حق التقدم لكونها أرفق الناس بالصغير[1] .

وعليه فلا يحق لأحد حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق[2] ، ثم تأتي النسوة اللواتي هن قريبات الأم لأنهن أرحم بالمحضون ، فإن لم تكن الأم أهلا

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام " الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب "، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1988 ص224

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق. ص 225

للحضانة تليها مباشرة أمها، وهي أقرب وأكثر شفقة على المحضون من غيرها. وإذا لم توجد أو لم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة للأخوات، ويكن أحق من الخالات والعمات، وإذا لم يكن للصغير أو الصغيرة أخت انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات والأخوات لأم[1] ويختلف الفقهاء في ترتيب المحارم وتفضيلهم عن بعض حسب مايلي :

أولا: القريبات من المحارم في المذهب المالكي :

يرتب القريبات من المحارم ابتداء من الأخت الشقيقة على التي لأم ، وهذه الأخيرة على التي لأب ، ثم عمته أخت أبيه ، ثم عمة أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم التي لأم ، وبعدها التي لأب ، ثم التي لام وتليها التي لأب ، وإذا اجتمعن رجح بنات الأخ على بنات الأخت ، وغن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا فإن تساوين من كل جهة تقدم دوما الشقيقة على التي لأم ، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب[2].

ثانيا: القريبات من المحارم في المذهب الشافعي : القريبات من المحارم هن : الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ثم العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال ، وتقدم الشقيقات على غيرهن ، والتي لأب تقدم على التي لأم[3] ،على خلاف المذهبين المالكي والحنفي

ثالثا: القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدءا بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ، فالخالة الشقيقة ، ثم الخالة لام ، ثم الخالة لأب ، فالعمة ، ثم خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات أبيه ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي الأم وهو من ذوي الأرحام وعمات الأب يدلين بالأب وهو من أقرب العصبات ، ثم أخواته ، ثم بنات أخوته ، ثم بنات أعمامه ، ثم بنات عماته ، ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه.[4]

---

[1] أحمد فراج حسين،مرجع سابق ص224

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص724

[1] كربال سهام، المرجع السابق، ص 44

[2] نفس المرجع ص28

[3]عادل شباب حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص : شريعة وقانون ادرار 2011 ص 58

[4] المرجع السابق ص 59

1-ترتيب الحاضنات قبل تعديل 2005

أ- الأم: أولى بحضانة ولدها المسلم حتى ولو كانت على غير دينه، إلا إذا خيف على دينه[1]

ب -أم الأم (الجدة)

ج -أم الأب

د-الأقرب درجة.

هذا الترتيب الذي كان معمولا به قبل تعديل 2005، ونلاحظ أن المشرع لم يخالف فقهاء الشريعة في الحفاظ على ترتيب أم الأم (الجدة) باعتبارها تقاسم أم المحضون العطف والحنان وكل ما هو معتبر لاستحقاق هذا الحق، إلا أن المشرع سكت عن تعريف الأقرب درجة ولم يوضح معالمها، فكان لزاما توضيحها لأن الأمر متعلق بمصالح الغير وهو حضانة الطفل وصيانته؛ فهناك مخرج من ذات القانون نفسه، فقد نص المشرع في حالة وجود نص مبهم أو غير واضح كما هو الأمر في قضية الحال- بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما جاء في الأحكام الختامية في المادة 222 من الفصل الرابع من قانون الأسرة بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

وبتطبيق المادة المذكورة نرجع إلى ما ذكرناه من آراء للمذاهب الفقهية في مسألة ترتيب الحاضنين.

2- ترتيب الحاضنات بعد تعديل 2005

أ-الأم: أبقى المشرع على مرتبة الأم حيث أولاها الحضانة قبل الجميع

ب-أم الأم (الجدة)

ج -أم الأب

د-الخالة

هـ -العمة

و-الأقرب درجة.

نلاحظ أن المشرع في تعديل 2005 أبقى على ترتيب النساء الذي كان قبل التعديل، كما أبقى على الدرجة المبهمة وهي الأقرب درجة، مما يحيلنا إلى تطبيق المادة 222 ؛ إلا أن الجديد الذي جاء به وهو ذكر الخالة والعمة حيث أخرجهم من مرتبة الأقرب درجة، في السابق أي قبل التعديل كان الترتيب صعب حيث يتم بعد الرجوع إلى المادة المذكورة والتي بدورها تحيلنا إلى ماجاء في أحكام الشريعة الإسلامية، وما قاله الفقهاء لكن التعديل الجديد سهل العملية وهو التطبيق المباشر الذي نص عليه المشرع، وهذه ممنوحة[1].

الفرع الثاني : مستحقي الحضانة من الرجال

إن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة ، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبات على حسب ترتيبهم في الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب ، وإن علا ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلام، فإن كانت أنثى لم يكن لأبن العم الحق في حضانتها سواء كانت صغيرة غير مشتهاة أو لا، وسواء كان ابن العم مأمونا عليها أو غير مأمون لأنه ليس بمحرم لها فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة

على الترتيب الآتي:

الجد أبو الأم، ثم الأخ لام ، ثم ابن الأخت الشقيقة ، ثم ابن الأخت لأب ، ثم ابن الأخت لام ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم ، وهذا عند الحنيفة لان هؤلاء الأقارب ولاية الزواج فيكون لهم حق الحضانة.

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضا لرأي القاضي، فيضع الولد عند من يثق به من الرجال أو من النساء، وحين يوجد مستحقون للحضانة متعددين، كلهم أهلا للحضانة، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء، أو أخوات شقيقات، أو إخوة لأب، يقدم أصلحهم

[1] عادل شباب مرجع سابق ص 60

لتربية الولد فإن تساووا في الأصلحية ، قدم من كان أكبر سنا ، لأنه في الغالب عنده دراية بما فيه المصلحة للصغير ، وأكثر تجربة ، وإلا فيختار القاضي منهم من يشاء

المالكية :

فذهبوا للقول إن لم يكن واحدة من الإناث السابقات ذكرهن تنتقل الحضانة لأب، ثم للأخ الشقيق أو لأم أو لأب ثم للجد لأب الأقرب فالأقرب ثم إبن الأخ المحضون ، ثم العم فإبنه ، ولا حضانة لجد الأم ولا خالها . ويقدم عند المالكية في حالة تساوي درجة إلى الأسن[1]

الشافعية :

وأخذ الشافعية و الحنابلة أن الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام ، وأولاهم أبو الأم فأمهاته ، فأخ لأم ، فخال ،ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره[2]

بعدما بينا الترتيب الفقهي لإستحقاق الحضانة سنتطرق للترتيب الذي أورده المشرع الجزائري حيث إسناده للحضانة ، وعليه سنتطرق لهذا التتريب إلى مرحلتين أي قبل التعديل الذي مس قانون الأسرة و هو ما جاء في القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 ثم للترتيب الذي أورده المشرع في الأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 –فبراير 2005.

أولا:قبل تعديل 2005

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها ، والهدف من وجودها ، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك.

[1] بو الوليد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار المغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، سنة 1988 ، ص 568

[2] شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر، بدون طبعة، سنة 1994.ص200

[3]-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم

إلا أننا نجد الاستثناء في هذا المبدأ وهو تقديم الأب على بعض النساء حيث سبق الأب أم الأب[1]، يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له.

غير أن الذي يلي الأب في الترتيب لم يصرح به وبالتالي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، بتطبيق أحكام المادة 222، كما ذكر سابقا، ثم جاءت عبارة الأصلح وفقا لمصلحة المحضون ، فهنا يحرص القاضي في مراعاة تلك المصلحة إلى من يراه أهلا للقيام بها.

فالحديث عن مصلحة المحضون يقودنا بصفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام وبالتالي يمكن مخالفته غذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها[2] ، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه ، لتبقي مسألة إثبات الأجدر الأكفأ للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

ثانيا: بعد تعديل 2005

أحدث المشرع الجزائري تعديلا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ نص على ما يلي:

"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[3]

من النص نستنتج أن المشرع الجزائري جعل حق الحضانة: الأم بالدرجة الأولى، ثم الأب، ثم... حتى نهاية الحاضنين.

من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في التعديل بالنسبة لدرجة الأب، نخلص إلى أن المشرع جعل الأب مساوي لدرجة الأم في الترتيب إلى حد ما، كما أن المشرع لم يغفل عن

[2] عادل شباب مرجع سابق ص65

[3] قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

مصلحة المحضون في ذلك وجعل للقاضي دورا في هذه المسالة. غير أن المشرع لم يضع حدود للقاضي في إسناد الحضانة وإبراز المصلحة للمحضون، بل جعل للقاضي كامل السلطة التقديرية في ذلك، لأنه يرجع تقديره حسب المكان والزمان وظروف كلا من الأم والأب وكذا المحضون.

وقضت المحكمة العليا " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة من جديد و إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوصهم الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطؤوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري"[1]

كما قضت في حكم آخر أن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح[2].

كما قضت في حكم آخر أن " الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر وأن الأولاد الأربعة هم صغار السن وغير مميزين وضمهم لأمهم أولى ، وأحق من تجزئة الحضانة بين الأم والأب ، وهذا ملائمة للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب [3]"

[1] ملف رقم 5221 قرار بتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائة، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا العدد 01 ، لسنة 1993، ص48

[2] ملف رقم 153640، قرار بتاريخ 18-02 - 1997 ، المجلة القضائية ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر المحكمة العليا ، العددة ، لسنة 1997 ، ص39

[3] شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010ص309

الفصل الثاني

مبدأ مصلحة المحضون لاسناد الحضانة

الفصل الثاني: مبدأ مصلحة المحضون لاسناد الحضانة

سنتطرق في هذا الفصل إلى كل من ماهية مصلحة المحضون وسلطات تقدير القاضي وكذا أهم التطبيقات القضائية لها في مبحثين على النحو الآتي.

المبحث الأول: ماهية مصلحة المحضون

لقد حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه، التشريع، والقضاء، لما يمثله هذا المبدأ من أهمية في حياة الأسرة والمجتمع، وعليه فإن تعريف مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف الطفل المحضون من جهة باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة ، ثم البحث في تعريف مصلحة المحضون وبيان أهم المفاهيم

المطلب الأول: تعريف مصلحة المحضون

ما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا[1]، لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء، وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية: "درأ المفسدة مقدم على جلب المصلحة[2] .

ان "مصلحة المحضون" أو "مصلحة الطفل اعتبار فقهي يصعب إفراغه في مادة قاعدة قانونية شأنها شأن كثير من القواعد والمبادئ (النظام العام،الآداب العامة،حسن النية .....الخ)، فهي أمور متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا.

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية وتطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية، ولا تعني مصلحة مالية وحسب، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع، ومع أن قاعدة مصلحة الطفل لم يضبط لها تعريفا إلا أننا يمكن إن ننظر لها من عدة زوايا تميزها[3]، فهي قاعدة متغيرة غير ثابتة، ذلك أن حاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، كما تعتبر قاعدة ذاتية

---

[1] بوغرارة، صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007.ص108

[2] طعيبة، عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2011 ص 60

[3] حسيني، عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000. ص 77

أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضـي ينظر إلى الظروف الخاصـة بكل طفل من حيث السـن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه، فمصـلحة البدو الرحل وبعض المناطق النائية تختلف عن مصلحة أطفال المدن الكبرى،فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن هذه المناطق لا تهتم بالدراسة، فإن ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المدن الكبرى (المناطق الشمالية) باعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة تعليمه[1]

يتضـح بما أن قاعدة مصـلحة الطفل قاعدة مرنة و واسـعة، تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكـانيـة، فهي تختلف من زمـان إلى آخر، ومن طفـل إلى آخر، فتنوع وتختلف بـاختلاف الأطفال وتنوعهم، كما أنها تختلف من قاض إلى آخر حسـب قناعته الفكرية، وطريقته في التربية[2]

الفرع الاول : طبيعة مصلحة المحضون

لقد كان موضـوع الطفل محل إعتبار وعناية الفقه و التشـريع و القضـاء ، و أجمع كلهم على إعتبار مصـلحة الطفل و العمل بها و هذا ما تجسـد على المسـتويين ، الخارجي لما عكسـته إتفاقية حقوق الطفل[3] من حماية لهته الفئة ، و على المسـتوى الداخلي و هذا لم يكتنف من أهمية في حياة الأسـرة و المجتمع و إذا كان الأمر هكذا بالنسـبة للفقه ، فإن الأمر بالنسـبة للتشريع الوطني لا يختلف عنه

و إن لم يعطي المشرع الجزائري في قانون الأسرة مفهوما للمصلحة ، إلا أنه أدلى بها في عدة مواد[4]

أما الإجتهاد القضـائي ظل و ابقى مفهوم مصـلحة الطفل شـغله الشـاغل ، إلا أنه لابد عليه تكريسه في الواقع ، إعمالا لما جاءت به النصوص القانونية .

أما الشـريعة الإسـلامية فكانت السـباقة في معالجة مصـالح الناس و حماية الطفل ، و في ظل الفراغ التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري في تحديد المصلحة والمعايير الضابطة لها ،

---

[1] سلامي، دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعةالجزائر، 2008.ص49

[2] حسيني، عزيزة، المرجع السابق، ص80

[3] عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، الجزء 1 ، مكتبة الدعوة للنشر ، الطبعة الثامنة ، بدون سنة نشر ص 85 .

[4] بن عصمان نسربن إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون الأسرة المقارن ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2008 -2009 ص65

لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و هذا بإحالة المادة 222 من قانون الاسرة التي احالتنا إحالة صريحة .

فلما كان المحضـون لصـغر سـنه لا يعرف مصـلحته ، كان من الواجب على الأولياء مراعاتها وحمايته من كل ما من شأنه أن يمس مصالحه ، و لكن قد تتعارض مصالح الآباء خاصة بعد إنحلال الرابطـة الزوجيـة ، التي يتقرر بموجبها بقاء الأولاد عند أحدهم و يبقى للطرف الآخر حق الزيارة ، فلابد أن يكون هناك طرف ثالث خارج عن العلاقة يعهد لـه تقدير مصـــلحة المحضون و هو القاضي ، وهذا ما تتسم به من طبيعة مما تجعلها متغيرة

الفرع الثاني : مميزات مصلحة المحضون

إن قاعدة مراعاة مصـلحة المحضـون هي قاعدة قديمة أخذت بها الشـريعة الإسـلامية ، وكان العمل بها على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة رضوان الله عليهم ، فمن المواقف الإســـلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصـــديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصـم فرآه في الطريق فأخذه ، فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه وقال لعمر :"ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك "[1]

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة بالنســبة للشــريعة الإســلامية إلا أنها جديدة في القوانين العربية الحديثة ، ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشـــرعين ، وهذا لأجل ضـــمان حقوق الطفل والتكفل به ، واعتبروها أهم طريق أو منفذ يسـتطيع القاضـي من خلاله أن يحمي الطفل ويرعى مصـالحه دون التقيد بالنص القانوني ، حيث يفصـل في موضـوع الحضـانة حسـب سـلطته التقديرية حسـب كل قضـية وعليه سـنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم قاعدة مراعاة مصـلحة المحضون ، كما سنبين خصائص الحضانة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة .

[1] جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج3، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ومن أحق به ، ط1 ، مؤسسة الريان لبنان ، 1999 ، ص 266

خصائص المصلحة

تتميز المصلحة بخصائص ثلاث :

الخاصية الأولى : أن الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة و المفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها ، بل مكون من الدنيا و الآخرة معا ، و هذا لإرتباط الإنســـان بالدارين معا إرتباط السبب بالمسبب ، إذ أمره الله تعالى بإتخاذ الحياة الدنيا وسيلة للسعادة في الحياة الآخرة ، وذلك لقوله تعالى « **و إتبع فيما أتاك الله الدار الآخرة** »[1].

الخاصـية الثانية : أن قيمة المصـلحة الشـرعية لا تنحصـر فيما تنطوي عليه من لذة مادية بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسـم و الروح في الإنسـان فالمصـلحة في الشـريعة الإسـلامية تنظر بعدالة إلى نوازع كل من الجسد و الروح.

الخاصية الثالثة : أن مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى و مقدمة عليها ، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضـها من المصـالح الأخرى إبقاء لها و محافظة عليها لإحراز مرضـاة الله و الخلود في جنته[2]

المطلب الثاني :معايير تقدير مصلحة المحضون

سنخص دراستنا في هذا المطلب عن المعايير القانونية لإسناد الحضانة و إن لم يحددها المشرع الجزائري في نصـــوص قانون الأســرة ، تاركا تقديرها من طرف القاضـــي ، إلا أنه لا يمنع من إستنباط بعض المعايير و هذا لصعوبة حصر مصلحة المحضون لطبيعته المرنة المتغيرة التي تحكم ظروف كل قضية

لدراسة الموضوع يتوجب الأخذ بعين الإعتبار مصلحة المحضون و المعايير التي تتبع لها هذه القاعدة هذا من جهة و من جهة دور القاضـــي في تقدير مصـــلحة المحضـــون و الضـــمانات القانونية المخولة له لتحقيق هذه المصلحة

فرع الاول : المعيار المعنوي والمادي

أولا: المعيار المعنوي

أول ما يعتمد عليه القاضـي لكشـف موقع مصـلحة المحضـون هو العنصـر المعنوي والروحي، الذي يشـكل حجر زاوية تلك المصـلحة، ولا شـك أن معظم الفقهاء لا يعترضـون على العنصـر

[1] سورة القصص ، الآية 77

[2] بن عصسان نسرين ، المرجع السابق ، ص 29

المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصـصـين في علم النفس، وليس للقضـاة في هذا الموضوع إلا إن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون[1]

فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما –ومن الأم على الخصـوص– لا بديل لهما؛ فهذين العنصـــرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجســمية، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشـــد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى. فإذا فقد الطفل أمه وهو في شـــهوره الأولى[2]، ترك هذا الحرمان آثارا ســـلبية منها تعطيل النمو الجســـمي والعقلي والاجتماعي للطفل[3]، ولعل أهمية هذا المعيار بالإضـــافة إلى ما قيل أعلاه، تكمن في درء المخاطر عن المجتمع ككل؛ فالحرمان العاطفي يؤثر على ســـلوك الطفل ويؤدي بـه إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال؛ لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية. [4]

وأن حرمان الطفل الصـــغير لفترة طويلة من عناية الأم قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على خصائصه وشخصيته، وبالتالي على مستقبل حياته[5].

ومنه يقتضـي الأمر على الحاضـن أن يهتم بالمحضـون أحسـن اهتمام، ويعوضـه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يراعيه ويعتني به ويحسن معاملته. ويجب على القاضـي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن[6].

ثانيا: المعيار المادي

إن إسـهام العنصـر المادي في حضـانة الطفل أمر واضـح؛ لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضـــرورية، وهي تكاليف لابد منها. فيتولد الاســـتقرار والدوام في التصـــرفات المعتادة في الحياة.

وعليه، فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه

---

[1] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص418.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2005، ص105

[3] بأسر، يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009، ص53.

[4] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص105-106.

[5] ياسر، يوسف إسماعيل، مرجع سابق، ص53

[6] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق،ص420.

والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن، به يحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن[1].

ثالثا: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إذا كانت مصـلحة المحضـون العمود الفقري للحضـانة؛ فإنه ينبغي دراسـة كل اقتراح يمكن أن يسـاعد على تحقيقها؛ ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضـون فرصـة الإسـهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لاشك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية؛ فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته.

الفرع الثاني : معيار الامن والصحة

تعتبر هذه المعاير هي الأخرى من أهم المعايير التي ترتكز عليها مصـلحة المحضـون ، إذ أن وجودها أمر إلزامي لا يمكن الإستغناء عنه .

إذ راعت الشـريعة الإسـلامية هذه المعايير وأولت أهمية كبرى للمصـلحة المعنوية والإسـتقرار النفسي على المصلحة المادية ، وإن كانت هذه الأخيرة لها أهميتها أيضا ، وهذا ما ثبت عن أبا بكر لما قضى لجدة عاصم ابن عمر رضي الله عنه بحضانته قال " خل بينه وبينها ، فأن ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر[2],

وقد عزز ،علماء النفس ما جاء به الفقه الإســـلامي ، إذ أثبت أطباء علم النفس أن التركيب النفسي للطفل الذي سيحدد شخصيته عندما يصبح رجلا يتكيف بطريقة لا شعورية
خلال سنواته الأولى و ما يلقاه من أمن أو عدم امن[3].

كنا قد أشرنا أعلاه أن المشرع الجزائري لم ينص على شروط الحاضن و إكتفى في النص المادة 62 قانون الأسـرة على شـرط الأهلية ، ليحيلنا بنص المادة 222 من نفس قانون الأسـرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وإعتمدنا على الشروط التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية ، وللقاضي واسع النظر بأن يأخذ بأي مذهب شاء مادام لم يرد تقييد.

---

[1] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص112-116-117

[2] أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة،الجزء الثاني،المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر،90

[3] خليل معن ، علم إجتماع الأسرة ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ،بدون تاريخ نشر.ص214

ولما كانت الشـــريعة الإســـلامية هي الأولى في ترتيب الأحكام دون أن تغفل أي مســـألة على عكس القصـور الذي عرفه القانون الوصـعي ، فقد قضـت بإسـقاط الحضـانة على كل مجنون ، ولو يفيق في بعض الأحيان ، و الطائش لعدم قدرته على القيام بشـأن المحضـون ، والمسـن ، الأعمى والصمم والخرس وكل مرض إقعاد [1] .

كما أسـقطت حضـائة كل من أصـابه مرض منفر أو معدي الذي يعرض به الحاضـن للخطر، كجذام مضـــــر. و إن كانت الأمراض لا تعدي بطبعها لكن الله تعالى جعل مخالطة المريض للصحيح سببا لإعداء مرضه [2]

المبحث الثاني: سلطات القاضي في تقدير مصلحة المحضون

لقد أولى قضـاء المحكمة العليا عناية كبيرة لمادة الحضـانة، سـواء على ضـوء التشـريع أو من خلال أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي، واضعا نصب أعينه مصلحة الطفل، وباعتبار أن المحكمة العليا هي هرم النظام القضـائي العادي والتي أعطاها القانون سلطة الرقابة القضـائية على مدى تطبيق القانون تطبيقا سليما فهي محكمة كأصل عام لا يعنيها إلا حكم القانون وحمايته، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض وتنقض الحكم أو القرار المطعون فيه بعد أن تكتشـــف الخلل ومخالفة القانون.

وعليه فإن المشرع وعلى الرغم من إعطائه للقاضي كافة الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضـون، إلا أنه لم يقدم له المعايير التي تسـاعده في تقدير المصـلحة وتواجدها من عدمها، وهذه المسـألة لم تكن مثبطة لجهود القضـاء بل بالعكس دفعته بأن يجتهد في كل موضـوع من مواضيع الحضانة المتعددة ليجد مصلحة المحضون ويقرها[3]

ونكون أمام سلطة تقديرية إذا ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع، ويترك له الحرية كذلك بالنســـبة لكيفية وفحوى القرار المتخذ. والحدود الخارجية للسـلطة التقديرية للقاضـي هي فكرة مصـلحة المحضـون وعناصـرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل وكيفية مواجهة كل حالة على حدى من قبل القاضي.

فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون، ولذلك كان لابد من

---

[1] ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،بدون سنة نشر.ص532

[2] ممدوح عزمي نفس المرجع 533

[3] طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص79-80,

إعطاء القاضـي سلطة تقديرية، يستطيع من خلالها أن يواجه الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها وأن يضع الحلول المناسبة لها. و في هذا المبحث سوف نتطرق في الحديث فيه عن سلطات القاضي و مجالاته و ايضا ان نتحدث عن مدة الحضانة وسقوطها و لا ننسى في الأخير الكلام عن جرائم المتعلقة بالحضانة

المطلب الاول: آليات و مجال السلطة التقديرية للقاضي

إن الاتجاه الحديث في أغلب التشـريعات يسـير نحو توسـيع سـلطة ودور القاضـي في تسـيير الدعوى والوصـــول إلى العدالة بإعطائه دورا إيجابيا، ســـواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون، وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبق مكتوف الأيدي أمام القضية المطروحة أمامه. وهذا ما ســـوف نتطرق اليه في هذا المطلب ينطلق بالتحدث عن اليات و المجالات المخولة للقاضي

الفرع الاول: الآليات المخولة للقاضي

إن القاضي ملزم بأن يفصل في الدعوى المطروحة أمامه ، متوخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على اســتقرار المعاملات والحقوق المكتســبة ، فإن مختلف التشــريعات أدخلت ضـــمن قوانينها ما يخول القاضـــي باتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يقدر ويصــدر حكمه في الدعوى المثارة إمامه . ســاير المشــرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]هذا التطور ، فأجاز للقاضـــي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصـــوم أو من تلقاء نفســـه [2]، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى[3]، وحتى قبل مباشـرتها ، فيأمر القاضـي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضـة أو عن طريق الاستعجال

التحقيق و المعاينة .

لقد خول القانون للقاضـي بعض الحقوق التي يسـتند إليها أثناء النزاع من بينها الاسـتماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم و تحديد أيهما أصلح لحماية المحضون ، بما في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدم لهما من كلتا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات ،كما له أيضا

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بجريدة رسمية عدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

[2] تنص المادة 75 ق ! ج : " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون

[3] تنص المادة 76 ق إ ج : " يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى

بعض الوسائل و الإجراءات القضائية التي يتم اللجوء إليها للفصل في النزاع لما هو أصلح و أهدى للطفل صاحب المصلحة[1]

و لقاضي شؤون الأسرة أن يلجأ إلى طلب إجراء تحقيق مدني إذا رأى أن ملابسات القضية تستدعى ذلك طبقا لنص المادة 26 و 27 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2].

و من هنا يتضح أن القانون حول للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه القيام بأي إجراء من إجراءات التقاضي و المقصود بها هنا إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد من 57 إلى 193 من ق.إ.ج.م. كسماع الشهود ، و اجراء الخبرات و غيرها مما تمت الإشارة إليه دون القول ما إذاكانت هذه الإجراءات ، قد وردت على سبيل الحصر أو المثال ،إلا أنها قد يلجأ إليها قاضي شؤون الأسرة للتحقيق فيما غمض و لم يتضح من أجل التمكن من أجل التطبيق الصحيح للقانون [3]

غير أنه و باعتبار القانون قد خول للقاضي الحق في إجراء تحقيق مدبي و سماع الطفل المحضون و الاعتداد به في تسبب حكمه أو قراره و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها و التي أسست قرارها المعرض للنقض و الإحالة على أساس عدم مناقشة القاضي للدفوع المثارة من طرف الخصوم و دون التأكد من الوضعية المادية و الحالة النفسية للطفل المحضون عن طريق الوثائق المدرجة بالملف بما في ذلك عدم الإشارة إلى ما وصلت إليه المرشدة القض الية في تقريرها وبالتالي فالقرار المطعون فيه بعد مناقشة الدفوع المشارق و عدم مراعاة مصلحة المحضون في ذلك يعتبر منشوبا بالقصور في التسبيب و مخالفة القانون مما يجعل الوجهين مؤسسين نقض القرار المطعون فيه[4].

حيث و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا يوجد أي نص يعبر صراحة عن ذللك خاصة و أنه يتضمن أحكام موضوعية لا إجرائية مما يدفع القاضي إلى الرجوع إلى أحكام إجرائية للفصل في قضية استلزمت في طياتها اللجوء إلى إجراءات التحقيق و المعاينة ،إلا أن الإشكال لا يقوم

---

[1] تنص المادة 27 من ق..أ. ج.م... د."يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتحاد أي إجراء من إجراءات التحقيق المحولة قانونا

[2] بوضياف عادل ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ،كليات للنشر ،طليعة 2011، ج1 ،ص 65

[3] ق.م.ع . غ.أ.ش . م قرار بتاريخ 11/10/ 2006 تحت رقم 743 ،ق ، غ.م.م مما جاء فيه " حيث أن نص المادة 64 من ق.أ. ج و إن ذكرت ترتيبا للحاضنين إلا أنها لم تجعله حسرا يقتضي إتباعه في كل الحالات بل جعلت دناك مرهونا بمصلحة المحضون التي وجب مراعاتها بالمقام الأول ، و في جميع الحالات و هو ما أسس عليه قضاة مجلس قضاء بائنة قضاءهم و أبرزوا دلاك في حيثياتهم المرتكرة على الوثائق المقدمة قائلين بأن المحسونة مند طلاق أمها و هي عند جدتها من جهة الأم ، و ذلك تحقيقا لمصلحتها و حفاظا على إستقرارها و من ثم فإن قضاة المجلس قد طبقو صحيح القالون"

[4] ق.م. ع. غ.أ.ش.م.م ملف رقم 332324 بتاريخ 13 يوليو 2005 ، ،ن، عدد59 ، 2006 ،س238

هنا فيما يخص أحقية إجراء التحقيق المدني قياسا على أحكام الحضانة و إنما المسألة تثار هل يجوز للقاضي الاعتداد برغبة الطفل و اعتبارها سببا موجبا لإسناد الحضانة ؟.

حيث أن المحكمة العليا و من خلال اجتهاداتها و الفصـــل في العديد من قراراتها نجد أنها استقرت على أنه لا يعتد برغبة الطفل عند إسناد الحضانة بل ينبغي أن تراعى في ذلك مصلحة المحضون[1]

و من القواعد الإجرائية المخولة للقاضـــي عند تقدير مصـلحة المحضـون الإسـتماع إلى أفراد عائلته ، بما في ذلك أن يطلب حضـور أقا رب الخصـوم أو زوجه أو أصـهاره ،أو إحوته، و أبنـاء عمومتـه، و أخواتـه وهذ كلـه من أجل جمع أكبر قدر ممكن من المعلومـات ، و التي يســتطيع بها القاضـــي ترجيح رأيه[2]، و هذا ما أكدته نص المادة 454[3] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي خولت للقاضـي حق السماع أطراف النزاع سواء الوالدين أو القاصر إذا دعت الضرورة إلى ذلك .

و في هذا السياق ، و في قرار صادر عن مجلس قضاء مستغام بتاريخ :18/03/ 1980 جاء فيه " رفض قضـاة الموضـوع التلفظ بإسـقاط الحضـانة عن الأم رغم زناها أخدين في الاعتبار عفو الروج ، و رغبة الأطفال الذين صـرحوا في مواجهة أمام المجلس القضـائي بأنهم يفضـلون البقاء عند أمهم[4]

و قد أيدهم في ذلك المجلس الأعلى في قراره الصـــادر بتاريخ :14/12/ 1981 " يظهر من تحريك قضـاة الموضـوع و من تقدم واتهم ،أن الحضـانة تبقى حق للزوجة و مراعاة لحال الزوج و رغبة الأطفال أنفسهم الدين فضلوا البقاء مع أمهم حينا الماجهة أمام المجلس و بخسبه فإنهم اعتمدوا في تأسـيس قرارهم على الفقه الإسـلامي و على مصـلحة الأولاد أنفسـهم مما يسـتوجب رفض طلب الطعن[5].

---

[1] م.ع.ع.أ.ش ملف رقم 78882 ، بتاريخ 14/02/ 2013 عمق ، عدد 1 ، 2014 ص77.

[2] بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص166

[3] تنص المادة 454 من ق... ج.م... د يجوز للقاضي تلقائيا أو يطلب من أ أحد الوالدين أو ممثل النيابة : سماع الأب و الأم و سماع كل شخص آخر يرى فيه فائدة لسماعه ، سماع القاصر ما لم يكن منه أو حالته لا تتيح ذلك ، الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص علي أو نفساني أو طبي .

[4] م.أ. غ . ق. خ ،قرار بتاريخ 14/12/ 1982 ، في الملف رقم 26225 ، غير منشور . "حيث بالفعل و بعد الإطلاع محددة على القرار المطعون فيه منه يتضح أن قضاة الموضوع اكتفوا في أسباب قرارهم المنقض الذي يموجيه أسقطوا الحضانة عن الأم و اسنادها من جديد إلى الأب مراعاة لترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ. ج دون البحث في من هو الأجدر و أين تكمن مصلحة البنتان ، فإنهم قد فسروا في قضائهم مما يتعين مقص القرار " م، ع، غ،ش،أ ملف رقم 497457، بتاريخ 13/ 05 / 2009 ، ،م.ق، عدد 1 لسنة 2009 ، ص300

[5] م .ق. غ .ش.أ ، محكمة معسكر بتاريخ :09/03/ 2015 حكما يقضي برفض الدعوى بعد القيام بإجراء تحقيق المدبي المأمور به من طرف المحكمة يتاريخ :23/02/ 2015 ،و يعد سماع الأم الحاضنة و الزوج عن واقعة بقاء البنت المحصونة بعد زواجها بقريب غير محرم . حيث أسس القاضي بعد واقعة تحقيق بأن البنت المحضونة لازالت صغيرة و بحاجة إلى عطف والدتها و الصغر سنها مراعاة ذلك لمسلحة المحضون ،و أن طلب الزوج

الخبرة

تنص المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج على:<< يجوز للقاضـــي من تلقاء نفســـه أو بطلب أحد الخصـــوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصـــص أو من تخصـــصـــات مختلفة.>> فباستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشـــخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات العلمية في المجالات التي تتوافر عند القضاة بحكم التخصص العلمي، إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة التي يقوم بها الخبير، باعتباره صـاحب دراية خاصـة بالمسـائل لا تتحقق في المحقق أو القاضـي، ومن هذه المسائل الطب، الهندسة وغيرها من المجالات.

فللقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية. وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997 /18/02 تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[2]

التحقيق للقاضي

الاســتماع إلى أطراف النزاع، ســواء الأب أو الأم و تحديد أيهما أصــلح لمراعاة مصــلحة المحضـــون، كما له أن يعتمد على نص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و ذلك بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم

الانتقال للمعاينة

هي إحدى الســلطات الممنوحة للقاضـــي طبقا للمادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيجوز للقاضـي من تلقاء نفسـه أو بطلب من الخصـوم القيام بإجراء معاينات و ذلك في المكان الذي تمارس فيه الحضـانة و معرفة الوسـط الذي يعيش فيه المحضـون كضـيق المسـكن أو اتسـاعه و مدى قرب السـكن من المدرسـة و بعده قد لا يكتفي القاضـي في بعض القضـايا بما يقدمه الخصـوم من أدلة وتقارير لذلك قد يرى ضـرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشـاهدة محل النزاع واسـتخلاص الدليل وفق السـلطة الممنوحة له بإجراء المعاينات أو الانتقال إلى الأماكن طبقا لنص المادة 146 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص:<< يجوز للقاضـي من

الرامي إلى إسقاط الحضانة غير مؤسس قانونا 2-ملف رقم 256629، صادر بتاريخ 12/02/ 2001، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2، ص 421،

تلقاء نفســه أو بطلب من الخصــوم، أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى
عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.>>

وللقاضـي أن يأمر باستصـحاب من يختاره من ذوي الاختصـاص، كما له سلطة تقديرية واسعة في سـماع شـهادة أي شـخص في نفس الظروف إذا كان ذلك ضـروريا، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية[1].

عملا بهذا، وتقديرا لمصــلحة المحضــون يمكن للقاضــي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضــانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوســط الذي يعيش فيه المحضــون. ومن هذه الظروف: حسن معاملة الحاضن للمحضون، الظروف الاقتصادية، ضيق المسكن أو اتساعه، أو قربه أو بعده عن المدرسـة فهذه الظروف كلها يدخلها القاضـي في الحسـبان عند تقريره إسـناد الحضـانة إلى أحد مســتحقيها، كما له أن يوازن بين الوثائق المقدمة إليه والاعتماد عليها حتى يســتطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

- الاستماع إلى أحد أفراد العائلة

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم، كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات للتحديد الأمثل لمصلحة المحضون، و هذا عملا بأحكام المادة 03 /153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2]

و يمكن الاستماع إلى الأطفال المحضونين لكن على سبيل الاستثناء لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف و تحت تأثير الضغط، و هذا قد يؤثر على الاختيار الموفق للقاضــي كما أنه لو أخذ القاضــي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب[3]

و في هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982 /21/10، نقض القرار الصادر عن مجلس قضــاء قســنطينة و الذي اعتمد على رفض المحضــونين الالتحاق بأمهما، و على

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 75

[2] - قانون رقم 08-09، مرجع سابق

[3] قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر05 - 02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010.

رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون" [1]

و أضاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المادة 425 سلطة أخرى للقاضي في إطار التحقيق و ذلك بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة[2]، و على كل المشرع ترك الباب واسعا للقاضي في اتخاذ أية وسيلة تسهل عليه تقدير مصلحة المحضون

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي

يعد مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوما نسبيا يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة ، فما كان يمثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم ، لان المصلحة تتوقف على الظروف الخاصة بكل طفل على انفراد من حيث جنسه ، سنه ، محيطه ودرجة حساسيته ، كما أنه مفهوم شخصي أيضا .

لذلك فإن مسألة الحضانة هي في الأصل هي مسألة قضائية بالأساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك لكون تدخل القاضي حتمي ، وله كامل الحرية في التصرف عند ممارسة السلطة[3]

حرية القاضي عند ممارسة سلطته :

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

ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين حكم القضاة بإسناد الحضانة إلى الجدة للام تطبيقا صحيحا للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها ، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[4] .

---

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982 /21/10، ملف رقم 32594، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 77.

[2] قانون رقم 08-09، مرجع سابق

[3] محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق الاجتهاد الفقهي و ق ج ، 02-05 ، دار الوعي 2012 .

[4] المحكمة العليا ، قرار رقم 178086 بتاريخ 1997 /23/12

غير انه في قضـــية أخرى اعتبرت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشـــخصـــية ، أن إســـناد الحضـانة للأب بعد وفاة الأم كون مصـلحة المحضـون تقتضـي ذلك بعد تطبيقا صـحيحا للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من أثار الطلاق ، وليست من آثار الوفاة.

وأن مصـــلحة البنت المحضـــونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها مبيئين أن الطاعنة مســـنة وتســـكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضـــانة حسب مقتضيات المادة 2 /62 من قانون الأسرة [1]

المطلب الثاني: مدة الحضانة و سقوطها

إن حماية المحضـون لا تقتضـي فقط اختيار الحاضـن المناسب والملائم له، كما ذكر سابقا، إذ لا بد أن تكون هذه الحماية طيلة المدة اللازمة التي يكون فيها المحضـون محتاجا لهذه الرعاية، كما أن عدم قيام الحاضن بواجبه كما ينبغي يؤدي لإسقاط الحضانة عنه ومنحها لمن يستحقها، حتى ولو كانت مدة الحضـانة لم تكتمل بعد. سـوف نفصـل ذلك في دراسـتنا بالحديث عن مدة الحضانة المقررة قانونا و في الفقه (الفرع الاول) و نتطرق ايضا الى سقوط الحضانة في (الفرع الثاني)

الفرع الاول: مدة الحضانة

إن الحضانة واجبة للصغير للقيام بحاجيات الأولية من أكل ولباس ونظافة، فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي انبنى عليه، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يســتطيع أثناءها الصـــغير القيام بشـؤونه، ولى متى تمتد حضـانة الصـغير ، كما أن المشـرع الجزائري كان له موقف في هذا الشأن.

أولا: مدة المقررة قانونا للحضانة

نصـت المادة 65 على أنه : " تنقضـي مدة حضـانة الذكر ببلوغ 10 سـنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصـلحة المحضـون » وعلى ذلك فإن حضـانة الصـــغار تبدأ منذ الولادة ، والمقرر أن النســاء أحق بالحضـــانة من الرجال ، وإنتهاء حضـــانة النساء للصـغار حال إفتراق الزوجين، فيفهم من هذا النص أن الحضـانة لها مدة معينة لا يمكن أن شـستمر وقتا طويلا، كما أن المشـرع قد فرق بين مدة حضـانة الذكر والأنثى، وهذا شـيء

[1] المحكمة العليا ، قرار رقم 256629 بتاريخ 12/02/ 2001 في العدد الثاني ، سنة 2002 ، ص 421،

منطقي نظرا لتباين التكوين النفســـي والعقلي والجســـدي لكل منهما ، فقرر أن حاضـــنه الذكر تنقضي مدتها بعشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي ببلوغها 19 سنة طبقا لنص المادة 07 من (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة[1]

ومعنى ذلك أن في التشريع الجزائري حق المطالبة بحضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة ففي هذه الســـن تنتهي الحضـــانة بقوة القانون، هذا كأصـــل عام[2]. إلا أنه بالرجوع إلى المادة السـالفة الذكر، نجد أن المشـرع الجزائري أورد اسـتثناء لهذا المبدأ وهو تمديد الحضـانة حسـب مقتضيات مصلحة المحضون[3].

وبالتالي فيكون للقاضـي سلطة تقديرية في تمديد مدة الحضـانة، إلا أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية[4]:

يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضـــــانة الفتاة لا يحق أصـــــلا لأي من الحواضن تمديدها.

- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، وبالتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سـن أقل من 16 سـنة وهذا حسـب ما تتطلبه مصـلحة المحضـون، ولكن لا يمكن له تجاوزها، فبالنسـبة لهذا الشـرط فكان من الأجدر على المشـرع أن يترك تحديد هذه المدة للقاضـي، لأن الأطفال وإن كانوا في نفس السـن إلا أنهم يختلفون عن بعضـهم البعض، والقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

- أن تكون الحاضنة هي الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.
- أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة
- أن يكون طلب تمديد الحضـانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا مرت هذه المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها ســـقط حقها في المطالبة بالتمديد وبالتالي فإنه كما

[1] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص25.

[2] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2007.ص296

[3] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص126

[4] عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري "، المرجع السابق، ص299.

سلف الذكر، أن الأصل في الحضانة أنها تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضـــون حق اختيار مع من يريد العيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من (ق.أ.ج)[1].

وعليه فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تســـتطيع أن تقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضائة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضـنة للطفل ليسـت أمه التي تزوجت بشـخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة[2].

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضـى بالطلاق واسـناد الحضـانة للأم، وتم الطعن فيه بالنقض لأن سـن الأبناء المحضـونين تجاوز سـن العاشـرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء فيه: " إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري[3]. وبالتالي يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 65 من (ق.أ.ج) المذكورة أعلاه أنه لا يجوز لا للأم حاول الفقه الإســـلامي بمختلف مذاهبه بيان مصـير المحضـون بعد نهاية مدة الحضـانة على خلاف ولا لغيرها طلب تمديد حضـانة الأنثى مطلقا، وانما يقتصر طلب تمديدها على الذكور فقط

مدة الحضانة في الفقه الإسلامي:

عند التحدث عن اراء الفقهاء بخصـوص مدة الحضـانة فنجد انهم فاتفقوا على أن الحضـانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، إلا أنهم اختلفوا في بقاءها، من هنا سوف نتطرق لكل رأي

فرأي فقهاء الحنفية قسـم أنصـاره إلى اتجاهين، فمنهم من قدر انتهاء مدة الحضـانة الذكر ب 7سنوات، ومنهم من قدرها ب9 سنوات، فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنه .

[1] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق ص142

[2] م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999 /10/12، ملف رقم 25566، المجلة القضائية، . عدد خاص، 2001، ص76.

[3] م ع ، غ أش، قرار صادر بتاريخ 1995 /10 /24، ملف رقم 123889، المجلة القضائية ، عدد52، ن ق، ص111.

ذهب الحنفية إلى القول بأن حضانة الغلام تنتهي متى استقل بنفسه فأكل بنفسه[1] ولبس بنفسه واستنجي بنفسه، وقد روى ذلك ببلوغه سبع سنين وهو رأي الخصاف وغيره وقيل تسع وهو قول أبي بكر الرازي وحضانة الفتاة تنتهي ببلوغها تسع سنين وقيل إحدى عشرة سنة، ثم يكون الأب أحق بها[2]

راي فقهاء المالكية إلى أن حضـــانة الغلام تســتمر إلى بلوغه و تنقطع حضـــانته بالبلوغ ولو مريضــا أو مجنونا على المشـهور ، و أما حضــانة الأنثى فتسـتمر إلى زواجها و دخول الزوج بها[3]

رأي فقهاء الشافعية

يرون أن أحقية المرأة الحاضــنة للحضــانة ســواء كان المحضــون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية بلوغه سن التمييز وهو سبع سنوات او ثمان سنوات ، اذا انتهت حضانته فانه يختار بين ابويه فايهما اختار ضم اليه[4]

راي فقهاء الحنابلة أنه إذا انتقل أحد الطرفين لمكان آخر، وكان الانتقال بقصـــد النقلة، وكان الطريق و المكان مأمونين، فهنا الأب أولى بحضـــائة الطفل، لأن الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم

الفرع الثاني: سقوط الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضـرورة مراعاة مصـلحة المحضـون عند إسقاط الحضـانة، ولهذا يجب أن يكون للحاضن شروطا لتحقيق الهدف الذي لأجله شرعت الحضانة.

واذا اختل أحد الشـروط فإن مصـلحة المحضـون تصـبح مهددة ، لذا يجب إسـقاطها وتسـليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط . و من خلال دراستنا سنتكلم على الفقه الاسلامي و ماجاء في قانون الاسرة الجزائري

---

[1] المبسوط للامام السرخسي5/ 207

[2] شرح فتح القدير: لكمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، 188 /4 طر، دار الكتب العلمية 1424/2003

[3] العربي بختي:" أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري"، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013.ص262

[4] التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010.ص870

اولا: سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي

تسقط الحضانة عند الفقه الإسلامي بأربع أشياء ، الأول سفر الحاضن إلى مكان بعيد فقيل بريد و قيل ستة برد وقيل مسافة يوم ، والثاني ضرر في بدن الحاضن كالجنون و الجذام و البرص ، والثالث قلة دينه و صونه ، الرابع تزوج الحاضنة و دخولها إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده لم تسقط خلافا لإبن وهب و إذا تزوجت ثم طلقت لم تعد حضانتها في المشهور و قيل تعود وفاقا لهما[1]

ثانيا: سقوط الحضانة في قانون الاسرة الجزائري

أما من الناحية القانونية فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 66 قانون الأسرة على أن يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و هذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه [2]

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

- و ما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال مادة66 قد اخذ بموقف المالكية والحنفية.
- ومن بين الاستثناءات المتعلقة بسقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب حرم يمكن حصرها كالتالي :
- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم.
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون.
- ألا ينازع الأم في المحضون أحد بعد زواجها.

[1] أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، الجزء الأول ، بدون دار نشر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ص149
[2] عبد العزيز سعد مرجع سابق ص300

- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراضي[1]، ومما لاشـك فيـه عنـد زواج الحاضـنة بأجنبي تسقط حضـانتها، وهذا ما جاءت به المحكمة العليا، واعتبرت أن زوال سـبب سـقوط الحضـانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضـانة، حيث جاء في قرارها المؤرخ في: 1983 /07 /21،[2] ما يلي: (من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضـانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين في قضـية الحال أن المطعون ضـدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطالب فيها باسـتعادة حقها في الحضـانة فإن قضـاة المجلس بقضـائهم حقها في الحضانة طبقا للأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون).
- كما نصت المادة 66 من قانون الاسرة، على أنه تسقط الحضانة بالتنازل عنها[3] .
- ولكن أصـاب المشـرع عندما خول للقاضـي حق إختيار الأصـلح إنطلاقا من مصـلحة المحضـون التي ركز عليها كثيرا . و عليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضـي بإجبار الأم على الحضـانة حتى ولو كانت تنقصـها بعض شـروط الحضـانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون
- إن التنازل عن الحضـانة مسـموح به وجائز لدى الحاضـن، فلو مثلا تنازلت الأم عن طفلها لأجل الأب، فلا يمكن هنا للمحكمة أن تستجيب لها، وهذا ما صرحت به المحكمة العليا في قررها المؤرخ في: 1998 /04 /21:(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضـانة إذا أضـر بمصـلحة المحضـون، ومن ثم فإن القضـاة لما قضـوا بإسـناد الحضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عند مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون) .

ثالثا: سقوط الحضانة عند الاستطان في بلد اجنبي

كما أنه يسقط كل حق كل من وكلت إليه الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي

رجع الأمر للقاضـي إثبات الحضـانة أو إسـقاطها عنه ، على أن يكون القاضـي مقيد بقاعدة مصلحة المحضون في سلطته التقديرية ، وذلك طبقا لأحكام المادة 69 من نفس القانون .

---

[1] محمد لمين لوعيل، المركز القانوبي للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر ، 2004، ص 113

[2] المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998 /21/07 ملف رقم 201336،م ق 2001، عدد خاص، ص178، مذكره صابح بوغرارة،المرجع السابق، من 90

[3] االمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1998 /21/04، ملف رقم189234، م في2001، عدد خاص، ص 175، ذكره صالح بوغرارة، المرجع السابق، مس 91.

ومتى سكنت الجدة أو الخالة بالمحضـون مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم سقطت وهذا ما نص عليه المشـرع في نص المادة 70 ويقصـد بالمسـاكنة هنا، المسـاكنة التي تسـقط بها حق الحضـانة متى كانت مع من سقطت عليها الحضـائة بسـبب تزوجها بغير قريب محرم ، والعلة في ذلك إمساك المحضون في بيت المبغضين له ومنه إسقاط الحضانة عن صاحبتها[1]

رابعا :سقوط الحضانة بسبب الزنا:

من قانون قرارها المؤرخ في:15/07/ 2010 والذي جاء فيه: (إن قضـــاة المجلس بقضـــائهم بإسـناد الحضـــانة البنت(س) إلى والدتها المطعون ضـــده بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضـــانة وإذا كانت فعلا تســـقط طبقا للأحكام المادة 67 الأســـرة باختلال أحد الشـــروط المنصـوص عليها في المادة62 من نفس القانون، إلا أن المادة سالفة ذكر قد نصـت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في كل الحالات مراعاة مصـــلحة المحضـــون وأن مصـــلحة البنت (س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها .

ذلك لأنها طفلة صـغيرة لم تسـتغن عن خدمة النسـاء، ومن ثم فإن قضـاة المجلس بقضـائهم تعتير جريمة الزنا من مسـقطات الحضـــانة، فحريمة الزنا من الجرائم الأخلاقية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بالمصـادقة على حكم المسـتأنف بإسـنادها إليها على هذا الأسـاس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما)[2].

خامسا :سقوط الحضانة بعدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة

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

المطلب الثالث: الجرائم المتعلقة بالحضانة و المحضون

نص قـانون العقوبـات الجزائري على مجموعـة من الجرائم تتعلق بمخـالفـة أحكـام الحضـــانـة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، ومنه سنتناول في هذا الموضوع الفروع الثالية:

[1] حميدو زكية مرجع سابق ص 545

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 25-07-2010،ملف رقم564787،م ق2010عدد 02، ص266

الفرع الاول و الذي يتطرق الى جريمة المتناع عن تسليم المحضون الى حاضنه ، الفرع الثاني و فيه جريمة اختطاف المحضون من حاضنه و في الاخير الفرع الثالث جريمة منع الزيارة

الفرع الاول: جريمة الامتناع عن تسليم المحضون الى حاضنه

وهي الصورة المنصوصة والمعاقب عليها بموجب المادة 328 من قانون العقوبات التي تنص على أنه :" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من20.000 إلى 100.000 دينار للأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل[1] أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و معنوي ..

أولا: الشروط الأولية :

1-**المحضون القاصر** يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر ، الأصل أنه من لم يبلغ سن الرشد المدني المحدد بـــ :19 سنة لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور، والثامنة عشر للإناث[2] القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و تحديدا إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة، الذي أصبح بعد توحيد سن الرشد بين القانون المدني وقانون الأسرة وكذلك بعد التعديل، فإن سن انتهاء حضانة الذكر من 10س إلى 16سنة، وأما الأنثى فببلوغها سن الزواج.

2-حكم قضائي

و هذا الحكم قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا، كما هو الشأن بالنسبة إلى الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، وهكذا قضت المحكمة العليا قيام الجريمة في حالة عدم شمول الحكم القضائي بالنفاذ المعجل و عدم صدور حكم نهائي فيه

ثانيا عناصر الجريمة :

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

[1] لم يورد المشرع الجزائري حكم الحضانة ضمن حالات النفاذ المعجل التي نص عليها في نص المادة 323 ق.ا.م.! ، أنه نص عليها في نص المادة 328 من ق.ع على إمكانية صدور حكم بإسناد الحضانة معجل النفاذ

[2] الوجيز في القانون الجنائي الخاص د. أحسن بوسقيعة، 1/ 174. وهذا قبل تعديل 2005

إجراءات التنفيذ[1]

إضـافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسـليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سـلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضـــون يوجد في منزل الأســـرة التي هو أحد ســـاكنيه،ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل.

وعليه إذا كان الطفل محل الحضـانة موجودا عند شـخص معين و تحت سـلطته كان يكون أبوه أو جده أو عمه ، و أنه قد صـــدر قرار أو حكم قضـــائي يمنح حق حضـــانة هذا الطفل إلى شـــخص ثاني هو أمه مثلا أو خالته أو جدته ، و عند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم و امتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرر امتناعه بمبزر شرعي أو قانوني ، فإنه يقع تحت طائلة هذه الجريمة.

وبالإضـــافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة ، فهي تقتضـــي توافر قصـــدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم،وتطرح هذه المسألة عدة إشكالات ، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه .

و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة ، و قضي بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا و لا عذرا قانونيا[2]

أوضحت المادة 328 من قانون العقوبات أن هذه الجريمة تقوم حتى و لو وقعت بغير تحايل و لا عنف و يأخذ الركن المادي للجريمة أربعة أشكال هي:

1. امتناع من كان الطفل موضـوعا تحت رعايته عن تسـليمه إلى من وكلت إليه حضـانته بحكم قضائي
2. إبعاد القاصر، و يتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فيستغل فرصة وجود القاصر معه لأخذه و احتجازه
3. خطف القاصر، و يتمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيه

[1] بن عصمان نسرين مرجع سابق ص101

[2] الوجيز في القانون الخاص مرجع سابق ص176

4. حمل الغير على خطف القاصر و إبعاده

ثالثا :الركن المعنوي

بالإضـــافة إلى الركن المادي يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضـــي توفر قصـدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضـائي و نية معارضـة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدة إشكالات فكثيرا ما يتمسك من يمتنع تسليم طفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه [1]

ونجد المادة 329 مكرر من قانون العقوبات تنص على أنه « لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناءا على شكوى الضـحية، و إن صـفح الضـحية يضـع حدا للمتابعة الجزائية »[2]

يبدو من النص أن المشـــرع الجزائري قد قيد هذه الجريمة بشـــكوى، و باعتبار أن جريمة عدم تسـليم محضـون أو إبعاده أو خطفه أصـبحت جريمة مقيدة بشـكوى، فإن النيابة العامة لا يمكن لها أن تتصـرف من تلقاء نفسـها إذا وصـل إلى علمها خبر وقوع الجريمة، اب الأمير عليها أن تنتظر أن يتقدم الضـحية بشـكوى أمامها أو أمام الضـبطية القضـائية أو أمام التحقيق، لأن هذه الجريمة تمس بنظام الأســرة وبالتالي لا يجوز لأحد غير أفراد عائلة أن يحركها حتى ولو كانت النيابة العامة.

و بمجرد أن يتقدم المجني عليه بشـكوى فإن النيابة العامة تسـترد حريتها في المتابعة ، و تملك حفظ الدعوى إذا رأت أن أركان الجريمة غير متوفرة

و يمكن للمجني عليه أن يســحب شــكواه متى ترجح له ذلك حفاظا على الروابط الأســرية و مصـلحة المحضـون، وإذا تم صـفح الضـحية عند سـير النيابة العامة في الدعوى، فعلى هذه الأخيرة أن تأمر بحفظ الملف، وإذا كان الملف مطروح على مسـتوى قاضـي التحقيق فيصـدر أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كان الملف أمام قاضـي الحكم فيصـدر حكم بانقضـاء الدعوى العمومية

[1] الوجيز في قانون الخاص مرجع سابق ص 171-173

[2] أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج ر عدد 84 مؤرخة في 24ديسمبر 2006

إلا أن الصفح الصادر من المجني عليه يمنعه من إعادة رفع الدعوى على نفس الموضوع حتى لا يتم التلاعب بأحكام القضاء غير أنه و إذا قام المتهم من جديد برفضه تسليم المحضون أو أبعده أو خطفه فيكون مرتكبا للجريمة المنصـــوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، ويحق للمجني عليه من جديد تقديم شكوى أخرى على الوقائع الجديدة[1]

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إن هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة ، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف ، و لما لهما من اشـــتراك في الخضـــوع إلى عقوبة موحدة بالإضـــافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن.

والأصـــل أن هذه الجريمة في مختلف أشـــكالها تتطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند إلى آخر ، وتنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة عدا الوالدين ممن له الحق في الحضانة طبقا لنص المادة 64 قانون الأسرة.

و لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية :

1-العنصر المادي للإختطاف:

أوضحت المادة 328 أن هذه الجريمة تقوم حتى ولو وقعت بغير تحايل ولا عنف ، ويأخذ هذا الركن عدة أشكال و يكفي لقيام هته الجريمة توافر حالة من هته الحالات:

- إختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته
- إختطاف من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ،ودار الحضانة وما شابههما.
- حمل الغير على خطف المحضون أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب .
- وصـورة تكليف الغير حمل المحضـون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسـبب من الأســـباب، ولا يتم توافر هذا العنصـــر إلا يتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير.

[1] خلفي عبد الرحمان، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، امعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2008، ص 196- 198

- فإن الشـخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناء على طلبه يعتبر هو الفاعل الأصـلي، وأن الشـخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه، يكون شـريكا في الجريمة، بسـبب انه قد جعل من نفسـه أداة ووسـيلة لتنفيذ الجريمة لصـالح شـخص آخر مجانا أو مقابل أجر[1]

2-عنصر توفر الحكم القضائي:

لابد من توفره في هذه الجريمة، وذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن الطفل له حق حضـانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني بدعمه حكم قضالي قابل للتنفيذ[2]

3-عنصر القصد أو النية الجرمية:

إن هذا العنصـــر هو من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي. و أن قانون العقوبات لم يذكره ضـمنا و لا صـراحة كعنصـر من عناصـر تكوين هذه الجريمة، و إنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية[3].

فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضـون ممن وكلت إليه حضـانته، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسـائل التي تتم بواسـطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، و تبقى النية هنا مفترضـة و مسـتخلصـة من تجاوز المتهم لحكم الحضـانة و تحديه له.

الفرع الثالث : جريمة منع الزيارة

يعتبر حق زيارة المحضـــون من الحقوق التي حماها القانون، ورتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به، وتنفيذا لذلك نصـــت المادة 1 /328 من (ق.ع.ج) على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الأب أوالأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسـليم قاصـر ي في شـأن حضـانته بحكم مشـمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به".

---

[1] عبد العزيز سعد مرجع سابق ص 126

[2] إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2014-2015.ص112-113

[3] سعد عبد العزيز,الجرائم الواقعة على نظام الأسرة,دار هومة,الجزائر,2013. ص127

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها يحكم في نفس الوقت بحق الزيارة للطرف الآخر[1]، تقوم جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة في حال توفر ركنيها المادي والمعنوي :

اولا-الركن المادي:

يتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر:

1. وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حاز قوة الشيء المقضي فيه و قضت المحكمة العليا على أنه: "لا يمكن الاعتماد على أمر على ذيل عريضة في إثبات جنحة عدم تسليم قاصر فيما يخص الزيارة، دون توافر حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو حكم نهائي[2]
2. أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وتمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر
3. أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابتا بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابتا بواسطة شهادة الشهود أو بإعتراف الممتنع نفسه[3]، ومنه إذا توافرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته وبالتالي أصبح عرضة للمتابعة والعقاب[4].

فنص المادة 328 من (ق.ع.ج) يطبق على من له حق الحضانة إذا منع الطرف الذي له حق الزيارة من حقه، كما يطبق على من له حق الزيارة إذا امتنع عن إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد انتهاء أجل الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين حق الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية الطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها[5]

---

[1] جاءت المادة 78 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بحالة الزواج المختلط: " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة ة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.
يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر التابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة" .

[2] قرار رقم 941920 المؤرخ في 27/03/ 2014، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.

[3] عبد العزيز سعد مرجع سابق ص124-125

[4] حسن بوسقيعة مرجع سابق ص 156

[5] مكي دردوس :" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،ص150

وعليه وكلما توفرت هذه الشـروط، يكون الممتنع قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسـليم طفل إلى من له حق زيارته ويستحق المتابعة والعقاب.

وقد قضت المحكمة العليا في قراراتها بأن: امتناع المتهمة ورفضها لأخذ المتهم (الأب) لإبنه، وإنما توافق فقط على زيارته بالبيت، مما يجعل جرم عدم تسـليم الطفل لأبيه ثابت كونها خالفت منطوق الحكم النهائي فيما يخص حق الزيارة، مما يجعل تطبيق قص المادة 328 من قانون العقوبات عليها تطبيقا صحيحا للقانون[1].

كما أن: "امتناع المتهم على تسليم الأبناء للأم صاحبة الحق في الزيارة، بناء على تنازلها بتصـريح شـرفي، يجعل أركان جنحة عدم تسـليم طفل محضـون لمن له الحق في الزيارة قائمة طبقا لأحكام المادة 328 من قانون العقوبات، لأن تنازل الأم عن الحضانة لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي[2]

كما أن :"الاعتماد على حيثية واحدة في إدانة الطاعنة والتي مفادها أن إنكار المتهمة لا ينفي عنها قيام المسـؤولية في ارتكاب جرم عدم تسـليم طفل من أجل الزيارة، دون تبيان أركان الجريمة، يعد قصور في التسبيب[3]

وتشير أنه عند قيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحكوم في زيارته ، يمكن للطرف المدني المضرور أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة، ويكلف خصمه بالحضور أمام المحكمة، بعد أن يدفع مبلغ الكفالة الذي يحدده وكيل الجمهورية بناء على أحكام المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء فيها ما يلي

تنص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يمكن المدعى المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات التالية:

ترك الأسرة،عدم تسليم طفل، إنتهاك حرمة منزل،القذف ،إصدار شيك بدون رصيد.

وفي الحالات الأخرى ينبغي الحصـول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشـر بالحضور، ينبغي على المدعي المدني الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا بالحضور أمام المحكمة أن يودع مقدما لدى كتابة الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية.

[1] قرار رقم 531619 المؤرخ في 24/12/2009، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.
[2] قرار رقم 522468 المؤرخ في 29/04/2010، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.
[3] قرار رقم 611153 المؤرخ في 2011 /28/04، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، غير منشور.

وأن ينوه في ورقة التكليف بالحضـــور عن إختيار موطن له بدائرة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ما لم يكن متوطنا بدائرتها، ويترتب البطلان على مخالفة شيء من ذلك".

ثانيا-الركن المعنوي:

يتضمن الركن المعنوي في عنصر علم الجاني بصدور حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه، وعنصـر رفض الجاني تسـليم الطفل، فهي جريمة عمدية تسـتوجب العقاب في حالة توافر أركانها.

الخـــاتـــمة

الخاتمـــة

و من خلال دراستنا التي قمنا بها في هذا البحث المتواضع ، المتمثل في مصلحة المحضون في قانون الاسرة الجزائري، الذي يعتبر من المواضيع الدقيقة والحساسة لكونه يمس حياة الإنسان,لا سيما في مراحل حياته الأولى والتي يكون محتاج فيها إلى رعاية خاصة ، التي هي تحدث او تنجر عن التفكك الأسري ،لذلك نجد كل من الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة الجزائري انه جعل من قاعدة مراعات مصلحة المحضون الأسمى وفوق كل اعتبار حيث جعل المشرع موضوع الحضانة قائم على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون المصطلح الذي ذكره المشرع تقريبا في جميع مواده المتعلقة بالحضانة، فإن تعريف قانون الاسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على اهداف الحضانة و اسبابها يعتبر احسن تعريف من حيث شمول، حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية. لذالك فإن يعتبر من نافلة القول انه يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق ويفصل في حق الحضانة والزيارة ان يراعي هذه العناصر كلها .ومن اهمها حاجيات المحضون ومصلحته.

مع ذلك فنجد ان المشرع قد كان شحيحا في سن النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم مصلحة المحضون، حيث ان السلطة التقديرية للقاضي التي تختلف على حسب كل محضون، لذلك فإذ اغفل القاضي بيان مصلحة الطفل بدقة وضوح في حيثيات حكمه يمكن ان يكون معيبا بنقص او عدم كفاية التسبيب و يتعرض للإلغاء

وفي الختام يمكننا أن نتوقف عند أهم نتائج هذ البحث، حيث يتبين من كل ما سبق أن :

- ✓ المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا لمصلحة المحضون وترك الأمر في ذلك للقضاء، يرجع السبب في ذلك لتوسع فكرة مصلحة المحضون والظروف التي يعيشها كل طفل محضون.
- ✓ بالنسبة لشروط ممارسة الحضانة فإن المشرع الجزائري لم يحددها في قانون الأسرة وترك ذلك للفقه الإسلامي من خلال الرجوع إلى المادة 222من ق أ ج.
- ✓ نلاحظ أن المشرع في المادة 64، تحدث عن الأقربون درجة دون أن يحدد من هم الأقربون درجة ، وترك أشخاص عديدة في نفس المرتبة لاستحقاق الحضانة، وهذا ما يشكل صعوبة للقاضي في اسناد الحضانة
- ✓ كما أن المشرع لم يحدد لنا أوقات الزيارة والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط الحق في الزيارة
- ✓ أن الحضائة حق للحاضن كما أنها حق للمحضون لأنها شرعت لمصلحته أصلاً
- ✓ في كل الأحوال لابد للقاضي عند إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى
- ✓ يرجع القاضي عند اجتهاده لما يراه أصلح من أقوال الفقهاء لصالح المحضون
- ✓ للقاضي سلطة نوعية في تقدير مصلحة المحضون
- ✓ يمكن أن تسقط الحضانة أو تنتهي مدتها واسترجاعها بزوال سبب سقوطها
- ✓ كل الوسائل والآليات القانونية والإجرائية بيد القاضي لإعمال سلطاته في تقدير المصلحة

و من خلال النتائج المستخلصة يمكن اعطاء بعض الاقتراحات او التوصيات و التي نوجزها في :

- ضرورة تعديل المادة 62 من (ق.أ.ج) وتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن عمليا، واعطاء دقة أكبر لهذه الشروط
- وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون وتحديد معاييرها والتي يمكن للقاضي الإستنجاد بها للفصل في مسائل متعلقة بالأطفال .
- إعادة صياغة مضمون المادة 62 من قانون الأسرة بتحديد وحصر الشروط الواجب توافرها في الحاضن تحقيقا لأهداف الحضانة

ضرورة التفكير في إعادة صياغة تشريعات الأحوال الشخصية وأقلمتها حسب الاتفاقيات والمواثيق الدولية من أجل تحرير أيدي القضاة عسى أن تجود أقلامهم بأحكام رائدة راعية للمحضون ومقدمة لمصلحته.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

الكتب

1. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، الجزء 1 ، مكتبة الدعوة للنشر ، الطبعة الثامنة ، بدون سنة نشر
2. جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج3، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ومن أحق به ، ط1 ، مؤسسة الريان لبنان ، 1999
3. أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة،الجزء الثاني،المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر،
4. خليل معن ، علم إجتماع الأسرة ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ،بدون تاريخ نشر.
5. ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،بدون سنة نشر.
6. عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2007.
7. 7عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر،1996 ،
8. شرح فتح القدير: لكمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، 188 /4 طر، دار الكتب العلمية1424/2003
9. العربي بختي:" أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري"، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013
10. التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010.
11. أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، الجزء الأول ، بدون دار نشر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر

12. محمد لمين لوعيل، المركز القانوبي للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر ، 2004
13. الوجيز في القانون الجنائي الخاص د. أحسن بوسقيعة، 1/ 174. وهذا قبل تعديل 2005
14. سعد عبد العزيز الجرائم الواقعة على نظام الأسرة,دار هومة الجزائر2013.
15. مكي دردوس :" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
16. ياسر احمد عمر الدمهوجي ،حقوق الطفل واحكامه في الفقه الاسلامي الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية 2012
17. رشدي شحاته ابو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى 2012
18. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007
19. رمضان علي الشرنباصي أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأحوال الشخصية" دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2012.
20. نور الدين أبو لحية ، الزواج وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث ، 2009
21. أحمد ناصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر، 2004
22. ديابي، باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، 2012
23. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري(مدعم بالاجتهادات القضائية)، دار هومة، ط 3 ،،1996
24. العبادي، محمد حميد الرصيفان، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية المواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، الأردن، دار وائل للنشر، ط1 ، 2013

25. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1 ،2007
26. ياغي أكرم قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء، لبنان، منشورات زين الحقوقية ط 2 ،2008 ،
27. دران أبو العينين بدران:" الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ج1 ، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967
28. محمد كمال الدين امام احكام الاسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية دار الجامعة الجديدة للنشر 2007
29. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الج ازئر، دار الخلدونية، ط4 ،ج1 ،2005
30. أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009
31. احمد نصر الدين الجندي، النفقات والولاية على المال في الفقه المالكي،دار الكتب القانونية، 2006
32. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، 1996
33. بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية، بيروت
34. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام " الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب "، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1988
35. بو الوليد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار المغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، سنة 1988
36. شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر، بدون طبعة، سنة 1994.

37. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة2010.

مذكرات

1. خلفي عبد الرحمان، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، امعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2008
1. بوغرارة، صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر
2. طعيبة، عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2011
3. حسيني، عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.
4. سلامي، دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعةالجزائر، 2008.
5. إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2014-2015.
6. بن عصمان نسربن إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون الأسرة المقارن ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2008 – 2009
7. حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2005
8. بأسر، يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009
9. قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر05 – 02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010.

10. كربال، سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013
11. نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 2001
12. برقوق نسرين :مصلحة المحضون بيه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر بسكرة ، 2015
13. عادل شباب حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص : شريعة وقانون ادرار 2011

نصوص قانونية و قررات

1. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بجريدة رسمية عدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.
2. قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005
3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر 06-02
4. تنص المادة 75 ق ! ج : " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون
5. تنص المادة 76 ق إ ج : " يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى
6. تنص المادة 27 من ق..أ. ج.م... د."يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتحاد أي إجراء من إجراءات التحقيق المحولة قانونا

7. المادة 222 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيبراير 2005: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
8. المادة 62 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .
9. المادة 81 من قانون الاسرة الجزائري من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون .
10. المادة 43" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".
11. المادة 44" يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".
12. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية . م قرار بتاريخ 2006 /11/10 تحت رقم 743 "
13. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 332324 بتاريخ 13 يوليو 2005 ، ،ن، عدد59 ، 2006 ،س238
14. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 78882 ، بتاريخ 2013 /14/02 عمق ، عدد 1 ، 2014 ص77
15. تنص المادة 454 من ق... ج.م... د يجوز للقاضي تلقائيا أو يطلب من أ أحد الوالدين أو ممثل النيابة : سماع الأب و الأم و سماع كل شخص آخر يرى فيه فائدة لسماعه ، سماع القاصر ما لم يكن منه أو حالته لا تتيح ذلك ، الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص علي أو نفساني أو طبي .
16. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ،قرار بتاريخ 1982 /14/12 ، في الملف رقم 26225 ، غير منشور .

17. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 497457، بتاريخ 2009 / 05 /13 ، ،م.ق، عدد 1 لسنة 2009 ، ص300

18. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية محكمة معسكر بتاريخ :2015 /09/03 حكما يقضي برفض الدعوى بعد القيام بإجراء تحقيق المدبي المأمور به من طرف المحكمة يتاريخ :2015 /23/02 ،و يعد سماع الأم الحاضنة و الزوج عن واقعة بقاء البنت المحصونة بعد زواجها بقريب غير محرم . حيث أسس القاضي بعد واقعة تحقيق بأن البنت المحضونة لازالت صغيرة و بحاجة إلى عطف والدتها و الصغر سنها مراعاة ذلك لمسلحة المحضون ،و أن طلب الزوج الرامي إلى إسقاط الحضانة غير مؤسس قانونا

19. قرار رقم457038 صادر في 2008/09/10 ، م م ع ، 2008 ،ع 2 ،ص313 ،عن 14سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1 ،ج 3 ،2013 ،ص 1462.

20. قرار رقم52221 صادر في 1989/03/13 ، م ق ، 1993 ،ع 1 ،ص48 ،عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر ، منشورات كليك، ط 1 ،ج 2 ،2013 ،ص 644.

21. قرار المحكمة العليا ملف رقم 256629، صادر بتاريخ 2001 /12/02، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2، ص 421،

22. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982 /21/10، ملف رقم 32594، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 77.

23. المحكمة العليا ، قرار رقم 178086 بتاريخ 1997 /23/12

24. المحكمة العليا ، قرار رقم 256629 بتاريخ 2001 /12/02 في العدد الثاني ، سنة 2002 ، ص 421،

25. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 1999 /10/12، ملف رقم 25566، المجلة القضائية، . عدد خاص، 2001، ص76.

26. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 1995 /10 /24، ملف رقم 123889، المجلة القضائية ، عدد52، ن ق، ص111.
27. المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998 /21/07 ملف رقم 201336،م ق 2001، عدد خاص، ص178
28. االمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1998 /21/04، ملف رقم189234، م في2001، عدد خاص، ص 175
29. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 25-07-2010،ملف رقم564787،م ق2010عدد 02، ص266
30. لم يورد المشرع الجزائري حكم الحضانة ضمن حالات النفاذ المعجل التي نص عليها في نص المادة 323 ق.ا.م.! ، أنه نص عليها في نص المادة 328 من ق.ع على إمكانية صدور حكم بإسناد الحضانة معجل النفاذ
31. أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج ر عدد 84 مؤرخة في 24ديسمبر 2006
32. جاءت المادة 78 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بحالة الزواج المختلط: " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة ة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر. يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر التابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة" .
33. قرار رقم 941920 المؤرخ في 2014 /27/03، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.

34. قرار رقم 531619 المؤرخ في 24/12/2009، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.
35. قرار رقم 522468 المؤرخ في 29/04/2010، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، غير منشور.
36. قرار رقم 611153 المؤرخ في 2011 /28/04، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، غير منشور.
37. ملف رقم 5221 قرار بتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائة، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا العدد 01 ، لسنة 1993، ص48
38. ملف رقم 153640، قرار بتاريخ 18-02 - 1997 ، المجلة القضائية ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر المحكمة العليا ، العددة ، لسنة 1997 ،

الفهرس

المحتويات

بيانات	العنوان	الصفحة
المقدمة	.....	7
الفصل الاول	الحضانة واحكامها	14
المبحث الاول	ماهية الحضانة	14
المطلب الأول	تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وقانونا	15
الفرع الاول	تعريف الحضانة لغة واصطلاحا	15
الفرع الثاني	تعريف الحضانة فانونا	18
المطلب الثاني	خصائص الحضانة	21
الفرع الأول	الحضانة من النضام العام	22
الفرع الثاني	الحضانة حق مشترك	24
المبحث الثاني	احكام الحضانة	26
المطلب الأول	شروط استحقاق الحضانة	26
الفرع الأول	الشروط العامة في الحضانة	27
الفرع الثاني	الشروط الخاصة للحضانة في النساء والرجال	29
الفصل الثاني	مبدا مصلحة المحضون لاسناد الحضانة	41
المبحث الأول	ماهية مصلحة المحضون	41
المطلب الأول	تعريف مصلحة المحضون	41
الفرع الأول	طبيعة مصلحة المحضون	42
الفرع الثاني	مميزات مصلحة المحضون	43
المطلب الثاني	معايير تقدير مصلحة المحضون	44
الفرع الأول	المعيار المعنوي والمادي	44
الفرع الثاني	معيار الأمن والصحة	46
المبحث الثاني	سلطات القاضي في تقدير مصلحة المحضون كاسناد للحضانة	47
المطلب الاول	آليات و مجال السلطة التقديرية للقاضي	48
الفرع الأول	الآليات المخولة للقاضي	48
الفرع الثاني	مجال السلطة التقديرية للقاضي	53
المطلب الثاني	مدة الحضانة و سقوطها	54
الفره الأول	مدة الحضانة	54

الفرع الثاني	سقوط الحضانة	57
المطلب الثالث	الجرائم المتعلقة بالحضانة و المحضون	60
الفرع الاول	جريمة الامتناع عن تسليم المحضون الى حاضنه	61
الفرع الثاني	جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	64
الفرع الثالث	جريمة منع الزيارة	65
الخاتمة	.....	70
قائمة المصادر والمراجع	.....	74

الملخص

و من خلال ما تطرقنا اليه في هذا الموضوع نستخلص ان الحضانة تعتبر واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الاسلامية وكذا قانون الاسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار .وذلك نتيجة للوفاة او الطلاق الذي يمكن ان يحدث بين الزوجين في مسألة الحضانة بالنسبة الصغار والذي من شأنه ان يؤدي الى التنازع

أن المشرع الجزائري وضع جملة من الضمانات، اعتبرها كافية لحماية مصلحة المحضون و يمكن تلخيص هذه الضمانات في مايلي : انصب التعديل قانون الأسرة على إعادة ترتيب من لهم الحق في الحضانة و ذلك بجعل حق الأب في الحضانة بعد الأم. إسناد الولاية لمن لهم الحق في الحضانة،لا يعتبر عمل المرأة من مسقطات الحضانة، يعد زواج المرأة بغير محرم من مسقطات الحضانة حماية لأخلاق الطفل فإن الاجتهاد القضائي ذهب إلى إسقاط الحضانة إذا كان الحاضن مقيم في بلد أجنبي .

نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام

الكلمات المفتاحية: المحضون،القاضي، الحضانة،الحاضن،حق الزيارة

Résumé

À travers ce que nous avons discuté dans ce sujet, nous concluons que la garde est l'une des questions les plus importantes décidées par la charia islamique, ainsi que par le droit de la famille, afin de fournir une protection et des soins matériels et moraux aux jeunes. de décès ou de divorce pouvant survenir entre époux, ce qui entraînerait des conflits En matière de garde des jeunes enfants

Le législateur algérien a établi un ensemble de garanties qu'il a jugées suffisantes pour protéger les intérêts de l'enfant en détention. Ces garanties peuvent être résumées comme suit : le droit de garde du père après la mère. Attribution de la tutelle à ceux qui ont le droit de garde. Le travail d'une femme n'est pas considéré comme une renonciation à la garde. Le mariage d'une femme sans mahram est considéré comme une renonciation à la garde pour protéger la moralité de l'enfant. La jurisprudence judiciaire a conduit à l'abolition de garde si le dépositaire .réside dans un pays étranger

Le Code pénal algérien stipulait un ensemble de délits liés à la violation des dispositions relatives à la garde à vue et prévoyait des mesures d'accompagnement pour assurer le respect .de ces dispositions

Mots-clés : l'enfant sous garde, le juge, la garde, le gardien, le droit de visite