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

كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

ميدان: الحقوق والعوم السياسية
تخصص قانون اسرة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر الأكاديمـــي

بعنوان:

منازعات الحضانة في قانون الاسرة الجزائري

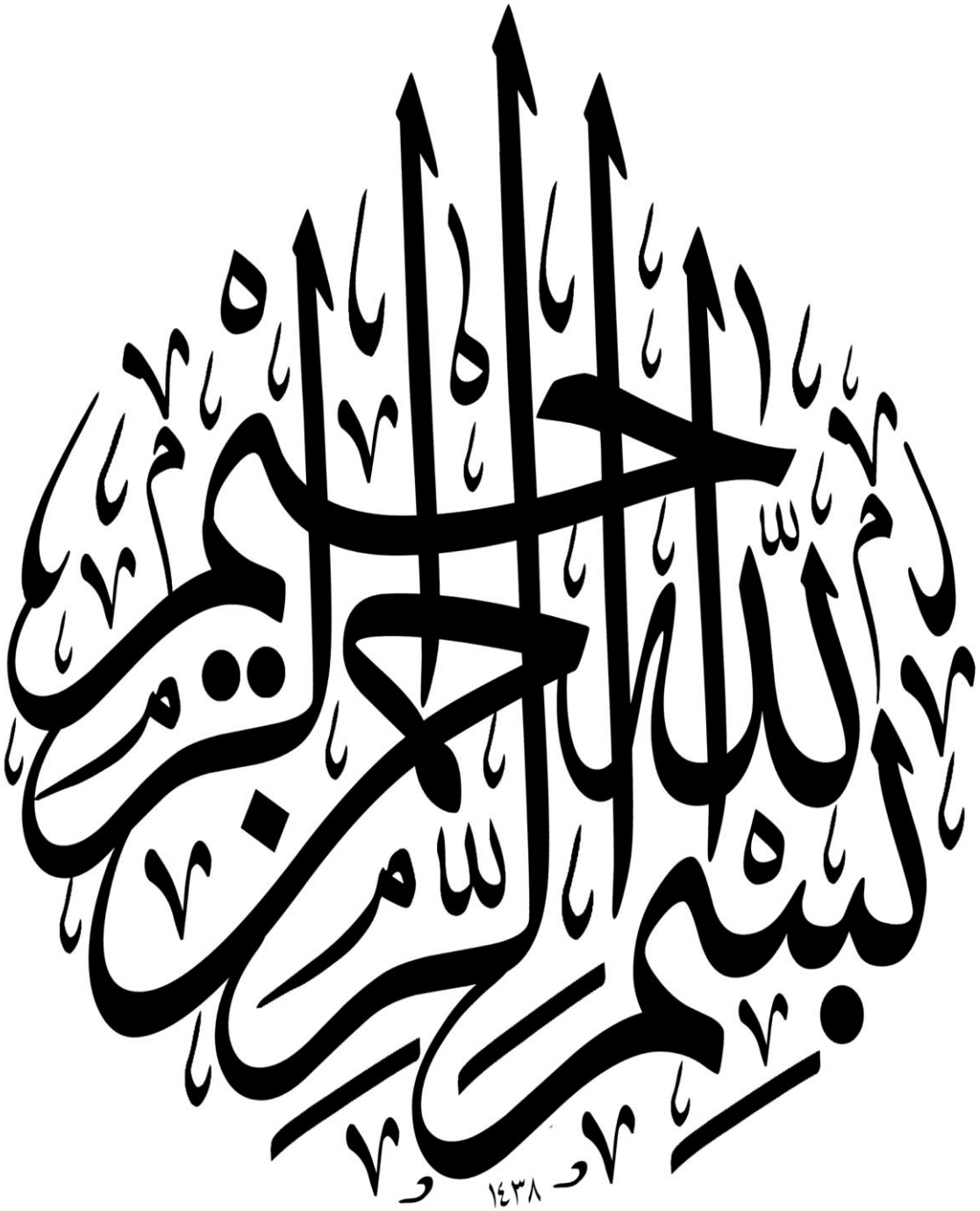
اعداد الطلبة
- مقيطيف نوارة

الأستاذ المشرف:
- ميمون جمال

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د. مقيرش محمد	أستاذ محاضر	رئيســا
د. ميمون جمال الدين	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
د. لعمار عبد الرزاق	أستاذ محاضر	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وعرفان

أولا وقبل كل شيء الحمد لله وكفى الذي أعاننا على إتمام هذه المذكرة، والصلاة والسلام على نبيه المصطفى.

نتوجه بالشكر وخالص العرفان لأستاذنا الفاضل

د .ميمون جمال الدين

الذي تكرم علينا بقبوله الإشراف على مذكرتنا، فكان نعم المشرف

نشكر كل من مد لنا يد العون والمساعدة من قريب أو بعيد.

إهـــداء

احمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث الى الذي وهبني كل ما يملك حتى احقق له اماله الى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، الى الانسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، الى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى ابي الغالي على قلبي. الى التي وهبت فيها كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعني خطوة خطوة في عملي الى ما ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان امي اعز ملاك العين جزاها الله عين خير الجزاء في الدنيا والآخرة.

... الى اخوتي وأخواتي وكل الأهل والأقارب

الى الدكتور ميمون جمال الدين الذي كان لنا رفيقا في مشوار لانجاز هذا العمل والذي قاسمنا جميع لحظاتها خطوة بخطوة رعاه الله ووفقه.

الى كل من كان لهم أثر في حياتي ولم تسعهم ورقتي أهديكم ثمرة جهدي

مقدمة

يعتبر الفرد الصالح أساسًا لتكوين الأسرة الفاضلة، وتُعد الأسرة الفاضلة نواة المجتمع الخير. وبناءً على ذلك، يولي الإسلام اهتمامًا كبيرًا للفرد منذ صغره، حيث يُوجَب عليه اختيار شريك حياة صالح ويُعنى بالتنشئة الحسنة للطفل، فالبيت يُعتبر الركيزة الأساسية للتربية والتأثير الأول على الطفل، حيث ينشأ ويكبر تحت ظله خلال أولى سنوات حياته، والوقت الذي يقضيه الطفل في المنزل هو الأطول مقارنة بأي وقت آخر. ومع ذلك، لا يمكننا إغفال دور المدرسة والشارع في التربية، حيث يتعاون المتكون بينهما لتشكيل بناء تربوي متكامل.

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

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

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

يعتبر الحفاظ على تماسك الأسرة من قبل الوالدين أمرًا حاسمًا في تأثير سلوك وتكيف الأبناء وتحقيق توافقهم النفسي والعقلي. ومع ذلك، فإن الحفاظ على التماسك والمودة والرحمة والتفاهم في العلاقة الزوجية ليس أمرًا سهلاً، حيث قد تعاني مشاكل الحياة من بناء الأسرة وتؤدي إلى الاختلافات وتفقد الهدف المرجو من الزواج. ولتجنب أن يصبح الحياة مستحيلة ولكي لا يتم التضحية بحقوق طرف على حساب طرف آخر، فإن الإسلام قد أباح الطلاق ولكنه اعتبره من

[1] سورة الروم الآية 21 .

أبغض الحلال إلى الله، وذلك لظروف استثنائية وضرورة ملحة تجعله العلاج للتخلص من الشقاء المحتم الذي قد يشمل جميع أفراد الأسرة. وإذا لم تكن هناك وسائل للإصلاح والتوفيق بين الأزواج، يختار كل منهما السعي لبداية حياة جديدة.

إشكالية الدراسة:

من خلال ما سبق التطرق اليه يمكننا طرح الاشكالية التالية:

- **ما مدى نجاعة الأسس القانونية والإجراءات المتعلقة بالحضانة؟**

التساؤلات الفرعية:

- ماهي ابرز الإشكالات التي تطرح حول الحضانة؟
- هل للقاضي السلطة الكاملة في تقدير مصلحة الطفل ام أنه مقيد بالنصوص؟

أهمية الدراسة:

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

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

- بتوفير تشريعات دقيقة وشفافة لحل النزاعات المتعلقة بالحضانة، من اجل تعزيز الثقة في النظام القضائي وتوفير إجراءات قانونية عادلة وفعالة لحماية حقوق الأطفال ووالديهم.

أهداف الدراسة:

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

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

أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار الموضوع إلى:

- ارتباط الموضوع بتخصص الدراسة.
- الرغبة الشخصية في دراسة موضوع منازعات الحضانة من وجهة نظر التشريع الجزائري.
- عدم تناول الموضوع كثيرا من قبل الباحثين في المجال.

- الاطلاع على الجوانب القانونية للحضانة في التشريع الجزائري من خلال القوانين والمراسيم التنفيذية التي تم التطرق اليها في قانون الاسرة.

منهجية الدراسة:

تم استخدام في هذه الدراسة كل من:

- **المنهج الوصفي** والذي يخص الجانب النظري ويتم من خلاله معرفة المفاهيم المتعلقة بمتغيرات الدراسة والتي تتمثل في الحضانة وشروطها وباقي المباحث.
- **الأسلوب التحليلي** وتم استخدامه في الفصلين والمتعلق أساسا بموضوع دراستنا وذلك بالرجوع الى المراجع الخاصة بمنازعات الحضانة وكذا تحليل النصوص التشريعية التي جاءت في هذا السياق.

صعوبات الدراسة:

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

الدراسات السابقة

1. دراسة: "منازعات الحضانة في القانون الجزائري: التحديات والحلول"، منشورة في مجلة قانونية محكمة، استكشفت هذه الدراسة التحديات القانونية والاجتماعية التي تواجه الأسر المنفصلة في الجزائر وتقدمت ببعض الحلول المقترحة لتسوية منازعات الحضانة بشكل فعال.

2. دراسة: "حقوق الطفل في الحضانة في القانون الجزائري: تحليل قانوني واقتراحات للتحسين"، نشرت في مجلة الأسرة والقانون، ركزت هذه الدراسة على تحليل حقوق الأطفال في قضايا الحضانة ورصدت بعض النقاط التحسينية في التشريع الجزائري لحماية حقوق الأطفال بشكل أفضل.

3. دراسة: "تحليل قرارات المحاكم في قضايا الحضانة في الجزائر"، نُشرت في مجلة القانون والعدل، قامت هذه الدراسة بتحليل عدد من القرارات القضائية المتعلقة بقضايا الحضانة في الجزائر، واستنتجت بعض الاتجاهات والمبادئ التوجيهية التي يعتمدها القضاة في تلك القضايا.

هيكل الدراسة:

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

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

الفصل الأول

ماهية الحضانة

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

تشكل الحضانة إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق المحضون والسهر على مصالحه وتنشانه تنشئة سليمة وفق أسس متينة، فمداها تحقيق المصلحة والنفع للطفل بالدرجة الأولى. لأجل الوقوف على مضمونها سنحاول تعريفها وطبيعتها الشرعية (المطلب الأول) ومصلحة المحضون (المطلب ثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية

تعد الحضانة من الحقوق المهمة التي أولاه الفقه والتشريع أهمية كبيرة، كما أنها كانت ولا تزال من المسائل المعقدة التي تثار أمام القضاء، مما يدفع بنا في البداية التطرق إلى تعريفها بحسب ما أورده الفقهاء، ثم التطرق إلى تحديد طبيعتها وان كانت هذه الأخيرة محل خلاف بين الفقهاء بين من اعتبرها حق ومن اعتبرها تكليف.

لذلك سنحاول البحث عن تعريف لها (الفرع الأول) ثم التطرق إلى الآراء المختلفة حول طبيعتها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الحضانة

يقصد بالحضانة لغة الضم مأخوذة من الحضن وهو الصدر، فالحاضن يضم المحضون إلى نفسه[1] فكأنه يضمه إلى صدره ويحميه، أما اصطلاحا الحضانة هي رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايته ولباسه وتنظيفه وقيمه ونومه[2].

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

عرفها فقهاء المالكية: فعرض لها العدوي بقوله: " هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة"[3].

عرف الحنفية الحضانة " بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة"[4].

1 ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990، ص122.
2 بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 112.
3 محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010، ص30.
4 صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2004، ص09.

عرفها الشافعية: " بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته"[1] .

كما عرفها الفقه الحنبلي فقال ابن قدامه: "هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وانجازه من المهالك"[2].

إن الظاهر من هذه التعريفات الفقهية أنها تتفق في مدلولها حول الحضانة وتتماشى مع الحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة وهي حفظ المحضون من الهلاك والضياع، وان اختلفت في العبارات على أن هذه التعريفات لا تختلف عما ورد في قانون الأسرة الجزائري، فقد نص في المادة 62 من قانون الأسرة جزائري بقولها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته: على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

الملاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها أهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا. ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه استخدم مصطلح الولد من دون أن يشير التعريف لا من بعيد ولا قريب إلى مصلحة الولد المحضون ذكر كان أو أنثى[3].

أما القانون العراقي نص على أنه: " يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"[4].

كما عرفه المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بنصه:" حفظ الولد مما يضره والقيام بتربيته ومصالحه"[5].

كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 27 لسنة2005 في مادته 143 عرف الحضانة بأنها: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس، إذن الحضانة تعني وجود علاقة شخصين الأول المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة والثاني الحاضن.

---

[1] نشوان زكي سليمان الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة) ، مجلة الرافدين ، المجلد 16 ، العدد 59 ، السنة 18 ، جامعة الموصل ، العراق ، ص 63.
[2] نشوان زكي، المرجع السابق ، ص63.
[3] المرجع نفسه، ص22.
[4] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة ، رابعا 2 ،ص17.
[5] ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424) 03 فبراير (2004) بتنفيذ القانون رقم 03.07بمثابة مدونة الأسرة.

في هذا الشأن يرى الأستاذ "عبد العزيز سعد "[1] أن التعريف الوارد في المادة 62 ق. أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للحضانة.

إذا كانت تعريفات الحضانة تتفق في مدلولها على حفظ المحضون من الهلاك والضياع، فهي حق للصغير في أن يكون له من يتولها ويقوم بشؤونه، وواجب لما في ذلك من أعباء القيام. لذلك تباينت الآراء حول تحديد طبيعة الحضانة من حيث كونه الحق أو الواجب، وما يترتب على ذلك من مدى إمكانية صاحب الحق في التنازل عنه وبين من اعتبرها واجب وعليه لا يمكن التنازل عنها.

اتجهت أراء فقهاء الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية إلى القول إن الطبيعة الحضانة إما كونها حق للحاضن وأما حق للمحضون ورأي توفيقي هي حق مشترك بين الحاضن والمحضون وكل رأي له حجته الشرعية هذه الآراء هي على النحو التالي:

أولا: الحضانة لله تعالى: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق الله تعالى فإذا أسقطتها الحاضنة لا تسقط ولا تجبر عليها، إلا إذا وجد عذر عن الوفاء بها، مستدلين في ذلك إلى أن الحضانة شرعت لحفظ النفوس وحفظها فهي حق من حقوق الله تعالى، وفي هذا قال المالكية في إحدى الروايتين والاباضية في قول لهم[2].

ثانيا: الحضانة حق للمحضون: يرى القائلون بهذا الاتجاه أن الحضانة حق للمحضون فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء الطفل الصغير، وليس للحاضن الامتناع عنها إنما تجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه[3]، إي لا يجوز بناء على ذلك الامتناع عن القيام بهذا الواجب، فإذا امتنعت من لها الحق في الحضانة أجبرت عليها، ولا يجوز لها إسقاط حق غيرها، وهذا القول لبعض الفقهاء في المذهب المالكي والحنفي و الاباضي[4].

1 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة ، الجزائر ، 2007، ص 293.
2 نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص59.
3 نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص67.
4 مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، الجزائر ، 1978، ص 27.

يقول أبو زهرة: " إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن[1] . " لذلك الحضانة حق للصغير أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطيء وعجزه عن القيام بشؤونه، وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره[2].

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين. "[3]أمر والأمر يفيد الوجوب فلا يصح إسقاط الحضانة لأن مدار الحضانة على النفع، ونفعه لا يتحقق إلا عند أمه ما كان بحاجة إليها لما لها من كمال الشفقة التي لا تتوفر لدى غيرها.

ويترتب على كون الحضانة حق للمحضون ما يلي:

- أنه لا يجوز لأم المحضون المستحقة لحضانته أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه، منه لما في ذلك من تفويت لحق المحضون وهي لا تملك إسقاط حقه فان فعلت ذلك لم يصح الصلح ، ولم تستحق البدل الذي تصالحت عليه لان الحاضن يملك حقه ولا يملك إسقاط حق غير[4]..
- إذا ما خلعت أم المحضون أباه على أن تترك حقها في حضانته مدة الحضانة، فان الخلع يصح، ولكن البدل يبطل لأنها فوتت حق المحضون وهي لا تملك هذا الحق.

ثالثا: الحضانة حق للحاضن: يرى أن الحضانة هي حق للحاضنة (الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت عن حقها، إلا إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها، أو لم يكن للأب أو الصغير مال يكفي لاستئجار الحضانة[5].

بناء على ذلك إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة من غير عذر – فلا تعود الحاضنة إن أرادت العودة إليها لأن من أسقط حقه لا يجوز أن يرجع عليه – وبهذا الرأي هو المشهور عند المالكية وقال به أحمد والشافعي والبعض من الحنفية والحنابلة والأمامية"[6].

[1] المصري مبروك ، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، 2010، ص507
[2] أحمد نصر الجندي ، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004، ص 12.
[3] الآية 233 سورة البقرة
[4] نشوان زكي سليمان ، المرجع السابق ، ص67.
[5] صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات الحضانة .... المرجع السابق، ص.108
[6] عبد الرحمان مرنان ، المرجع السابق ، ص27.

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

- لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلدة التي تقيم فيها الحاضنة، لأنه إن فعل ذلك ضيع عليها حقها.
- كما لا يجوز للأب أيضا أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هو دونها في الدرجة لأن في ذلك تفويت لحق الحاضنة.
- كذلك لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فانه يجب على هذه المرضعة ان تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة حتى لا تفوت حقها في حضانته.

إلا أنه انتقد هذا الرأي على انه إجهاد فقهى يمثل خطر على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية التي شرعت لأجلها الحضانة[1].

رابعا: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون: يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية أن الحضانة حق للام الحاضنة والمحضون فان وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها وحق المحضون أقوى، لان مصلحة الصغير مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصل له [2].

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بان الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه، أو حضانة النساء عموما في هذه الفترة من حياته إذ النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال ومن ناحية أخرى حق للحاضن لان الشارع جعل لها ذلك وتجتمع المصلحة في أن يثبت المحضون على الجادة وأن يبتعد عما هو شائن[3].

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

---

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،2005، 2004، ص453.

[2] نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص70.

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

خامسا: الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير حق الحاضنة وحق الأب: هذا الاتجاه الأخير يرى بأن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الحاضنة وحق للأب ، والتوفيق بينهما واج متى أمكن الوصول إليه و إلا فمصلحة الصغير هي المقدمة ، لان مدار الحضانة على نفع المحضون ، كما أنه لا يضار الأب بولده و الأم بولدها ، وهذا الرأي استقر على القضاء المصري[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

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

وفي مواد أخرى من ذات القانون بيّن أن الحضانة حق للحاضنة كنص المادة 67 فقرة2 التي نص على عدم سقوط حق الحاضنة بسبب عملها وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح مطالبتها في ظرف سنة، ونص المادة 71 الذي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الشرعي كما أن المشرع الجزائري أبرز حق المحضون والدعوة إلى تعاليه على أي حق آخر بحيث أضاف عبارة مصلحة المحضون في المواد 62 ، 67 ، 60 أو ما يماثلها كعبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون ". مما يتقدم يظهر أن المشرع الجزائري يرى بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا ، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى في 25 ديسمبر 1968 على أن [2]"الحضانة حق وواجبات في آن واحد"

كما قضى في قرار صادر بتاريخ 21/04/1998 بأن : "من المقرر أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون"[3].

---

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

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

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

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

أيضا تأكد هذا المبدأ كذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 وذلك بقولها :" حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط ...... فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حق للحاضنين فقط وإنما هي حق للمحضون أيضا. ".[1]

من خلال ما سبق بيانه من قرارات للمحكمة العليا والمجلس الأعلى الجزائري فان موقفه يتماشى مع الرأي الراجح في الفقه الشرعي ، الذي يرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة إليه ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصونه بما تقتضي مصلحته في ذلك.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

الولايات الخاصة، والهدف منها صيانة المحضون ورعايته وتربيته والسهر على حمايته، و أن يكون الحاضن قادرا ماديا و قانونيا من أجل توفير و تولي شؤون المحضونبالتراضي أو التقاضي، وكذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع الشروط العامة في النساء والرجال ، والشروط خاصة بالنساء ،والشروط الخاصة بالرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة في النساء والرجال.

أولا. البلوغ والعقل: يجب أن يكون من أسندت له الحضانة بالغا و راشدا كون أن الحضانة مهمة صعبة فلا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار ، لأن الصغير و إن كان مميز فهو حاجة إلى من يتولى أموره ،فلا يتولى هو أمور غيره[2].

وسن الرشد الواجب توفرها في الحاضن حسب القانون الجزائري هي سن 19 سنة كاملة وهذا طبقا للمادة40 من القانون المدني[3].

بالإضافة إلى بلوغ الحاضن يشترط فيه أيضا أن يكون عاقلا، وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة، فهو لا يحسن القيام بشؤون نفسه فكيف القيام بشؤون غيره[4].

---

1 قرار رقم 274207، بتاريخ 03/07/2002، غ.ش.ا، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 2004، ص263.
2 الشرنباصي رمضان علي السيد ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،(دط)، منشورات الحلبي الحقوقية،الإسكندرية ،2002.
3 أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 1975، متضمن القانون المدني، معدل بالأمر رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 31، صادرة في 13 ماي 2007
4 الشرنباصى رمضان على السيد ، المرجع السابق ، ص. 401.

ونفس الحكم بالنسبة للمعتوه، فهو يأخذ حكم المجنون لأنه أيضا بحاجة إلى من يرعاه فلا تكون له القدرة على رعاية شؤون غيره[1].

كما لا يمكن أن تسند الحضانة الى سفيه مبذر، فهو في نظر الفقه الإسلامي يعتبر محل حجر على أمواله، فلا يمكن جعله قيما على أموال المحضون[2].

كما نصت المادة 85 من قانون الأسرة تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته، او السفه[3].

ثانيا: الأمانة على الأخلاق: الامانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الاهمال، حتى قال بعض الفقهاء: " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها. عن الولد ولزم ضياعه نزع منهاو سقطت الحضانة عنها"[4].

ثالثا–القدرة على الحضانة: من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو تقدم في السن فلا تكون أهلا ويرى غالبة الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة ولا للمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا متقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها[5].

---

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

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

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

ثانيا– إن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

إن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى الهلاك، فشرط السكن اللائق والملائم شرط ضروري كي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة وصحته وخلقه لان التربية السليمة لا تقم بغذاء البدن فقط، بل سلامة الروح أيضا[2] .

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

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

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

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

1– ان يكون محرما للمحضون إذا كانت انثى مشتاهة، وهي التي حدد الحنابلة والحنفية منها سبع حذرا من الخلوة بها لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة اعطيت له بالاتفاق، لأنه لا فتنة، فلا يكون لابن العم حضانة

[1] الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص.592.

[2] محمد كمال الدين إمام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع ، بيروت1996، ص ص492-493.

[3] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق ،ص.493.

ابنة عمه المشتاهة . واجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه. وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره. وأجاز الشافعية تسليمها لغير المحرم إن رافقته بنته او نحوها كأخته الثقة، وتسلم لها لا له، إن لم تكون في رحله، كما لو كان في الحضر، أو لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنها تسلم إليه، فتؤمن الخلوة.

2- أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة او أم أو خالة أو عمة إذا لا قدر ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما النساء.

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

إن قانون الأسرة الجزائري والمعدل سنة 2005 معظم أحكامه مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية حيث ترك المشرع الجزائري المجال مفتوحا للبحث في أحكامه حالة عدم وجود نص في القانون على مسالة معينة.

المبحث الثاني: آثار الحضانة.

إذا ما ثبت للقاضي إسناد حضانة الأولاد لأحد الأطراف المتنازعة سواء كان الزوجين أو غيرهما لما ثبت له من توفر الشروط الخاصة بالحضانة وتأكدت مصلحة المحضون عنده نتج عن ذلك آثار تتطلبها مصلحة المحضون، وتتجلى هذه الآثار فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون، بالإضافة ذلك إن الحاضنة تبذل مجهدات ماديا ومعنويا مضنية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه فهل تستحق أجرا على ذلك؟ كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف ينمو في دفئه المحضون كما أن تولي الحاضن لشؤون المحضون لا يعني انقطاع هذا الأخير عن بقية أهله، بل لابد على القاضي. أن يحكم إلى جانب إسناد حق الحضانة، بحق الزيارة هذه مجمل الآثار التي تترتب عن الحضانة.

المطلب الأول: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة

لا أحد ينكر بأن المشرع الجزائري قد استهدى في تسطير قانون الأسرة باجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية عموما، وهو ما تؤكده الأحكام الواردة في مجمل ثنايا النصوص القانونية، وبالرجوع إلى التطور التشريعي لقانون الأسرة، يلاحظ أيضا اختلاف هذه التشريعات المنظمة لترتيب مستحقي الحضانة بين قانون 11/84 والأمر 05/02،

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

الأمر الذي أطلق العنان لدى البعض لبث التشكيك في خروج المشرع الجزائري في هذه الجزئية وغيرها على أحكام الشريعة الإسلامية.

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

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

من خلال النظر في هذه المادة يظهر مدى تأثر المشرع الجزائري باتجاه الفقه المالكي، الذي يقدم الإناث من جهة الأم على الإناث من جهة الأب، كما أنهم دون سواهم من يقدمون الخالة على الأب، ولم يخالف المشرع الجزائري المالكية إلا في حالة واحدة وهي تقديم الجدة لأب على الأب.

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

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

وعلى الرغم من عدم موافقة هذا الترتيب لاتجاهات المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي من حيث التفصيل —كما اختلفوا هم كذلك في التفاصيل – إلا أن ترتيب المشرع لمستحقي الحضانة في مجمله منسجم مع بعض الاتجاهات الفقهية وغير شاذ عنها، فمن حيث تقديم الأم على سائر المستحقين قدمها، كما قدم الجدات لأم على الجدة لأب وهو اتجاه كل من الحنفية والمالكية والشافعية، كما قدّم الجدات مع بعض على الخالات والعمات وهو اتجاه كل من الحنفية والشافعية والحنابلة، ويبقى الإشكال يثور في تقديم الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة.

---

[1] قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق، لـ09 يونيو 1984، ج ر، عدد 24.

[2] نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

[3] نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

حقيقة لقد أثار هذا التعديل في ترتيب مستحقي الحضانة فضول بعض الباحثين، خاصة ما تعلق منه بتقديم منزلة الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم ، الأمر الذي دفعهم إلى البحث عن مفترضات لمبررات هذا التقديم، فافترض البعض أن المبرر يعود إلى التغيرات التي طرأت على المجتمع الجزائري، خاصة ما تعلق منها بخروج المرأة لميادين العمل، كما افترض البعض الآخر تأثير التطورات والاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية، والرامية لحماية المرأة من كل أشكال التمييز ضدها والدعوة إلى المساواة بينها وبين الرجل على غرار المشرع التونسي [1] ، ومما يزيد في تأكيد هذا الافتراض حسب رأيهم – مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو [2].

إن هذه الافترضات وإن كانت تبدوا أحيانا منطقية ومناسبة في بعض القوانين، إلا أنه لا يسلّم بها خاصة في مجال الأحوال الشخصية من عدة وجوه، أما بالنسبة للافتراض الأول المتعلق بخروج المرأة لميادين العمل فهو ليس بحدث جديد فالمرأة الجزائرية كسائر نساء العالم العربي والإسلامي مشهود لها بمشاركة الرجل في العمل منذ القديم، وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية تحدثوا عن عمل المرأة قديما من غير أن يمنعوها من الحضانة، كما اعترف لها البعض باستحقاق المحضون أحيانا حتى فيما هو أشد من العمل كما هو الشأن في السفر بالمحضون على خلاف بينهم، ولكن على الرغم من ذلك لم يقدموا مرتبة الأب لهذا المبرر ، وحتى ولو افترضنا أن عمل المرأة سبب في تقديم مرتبة الأب لانشغالها بالعمل، فإن الأب مشغول أكثر منها ، فمن المنطق وحسب الترتيب أن يسند المحضون للجدات على افتراض عدم شغلهن.

أما الافتراض الثاني المتعلق بتأثر المشرع بدعوات المساواة الصادرة عن الاتفاقيات الدولية، فلو كان هذا الافتراض صحيحا، لمس هذا التعديل كل أو بعض النصوص الأخرى الأكثر ظهورا في مساسها بمساواة الرجل مع المرأة بطريق الأولى كما هو الشأن في الميراث.

ومن خلال تفنيد هذه الادعاءات فإن الافتراض المناسب، هو أن المشرع الجزائري قد تحول في ترتيب مستحقي الحضانة إلى بعض الاجتهادات الفقهية التي خالها نظريا وتجريديا تناسب المصلحة الشرعية للمحضون بالنظر إلى ظروف الزمان والمكان وبكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى[3].

---

[1] لشهب أنيسة: إشكالات المثارة بشأن ترتيب مستحقي الحضانة مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، عدد 13، ص 285/ حميدو زكية : مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة تلمسان، 2004 -2005، ص 337.

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

[3] حميدو زكية : المرجع السابق، ص 351.

وإضافة إلى كل هذا فإن دلالة نص المادة 64 على الترتيب من خلال صياغته لا تفيد اللزوم، فالتقديم والتأخير موكول للنظر بحسب تحري مصلحة المحضون بالنظر إلى ظروف الزمان، وعلى هذا فإن الترتيب في ذاته مبني على تصور تشريعي لمصلحة المحضون من الناحية النظرية المجردة، ولكن تبقى هذه القاعدة مكملة وليست آمرة ملزمة[1]، فمتى رأى القاضي بأن المصلحة المقصودة للمشرع لا تتحقق مع الافتراض الذي تصوره المشرع ، فيجب أن يسير إليها أينما وجدها تتحقق ولو في غير هؤلاء كلهم، وهذا هو المنطق الذي يناسب التقييد الذي أورده المشرع في نص المادة حين صرح بحد قوله " مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعلى أية حال فإن عدم ورود النص في الشريعة الإسلامية لترتيب الحاضنين بعد الأم، يفتح الباب على مصراعيه للاجتهاد من جهة، ومن جهة أخرى فإن تراثنا الفقهي قد ناقش فرضية تقديم الأب على باقي المستحقين للحضانة بعد الأم بل وُجِد من الفقهاء من اعتبر صلاحية وأحقية تقديم الأب ثابتة هي بالنص كذلك وبدلالة المفهوم، وهذا الذي أشار إليه شارحو الدور الذهبية كل من الفقيه الشوكاني والفقيه القنوجي حينما شرحا متن الدرر، حيث قال الشوكاني: "ثم الأب وأما إثبات حق الأب في الحضانة فهو وإن لم يرد دليل يخصه لكنه قد استفيد من قوله صلى الله عليه وسلم للأم أنت أحق به ما لم تنكحي" فإن هذا يدل على ثبوت أصل الحق للأب بعد الأم ومن بمنزلتها, وهي الخالة, وكذلك إثبات التخيير بينه وبين الأم في الكفالة, فإنه يفيد إثبات حق له في الجملة"[2] .

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

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

[1] عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة 1989، ط2، ص293.
[2] الشوكاني محمد بن علي، الداري المضية ، شرح الذرر الهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م، ص396.

المطلب الثاني: الحقوق المادية للمحضون

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

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة.

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

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

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

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

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

---

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

أما بخصوص نفقة المحضون فان المشرع الجزائري استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، وهو ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب[1]، حيث تنص المادة 75 من ق. أ. ج على:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور حتى سن الرشد، والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عن الكسب".

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

بينما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج، هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 506369بتاريخ2009/07/08 بقولها: " حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون، وأساء تطبيقه ذلك لان المطعون ضدهما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد وليس لهما دخل ويواصلان دراستهما"[2] .

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

ويلاحظ بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة " عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو لتقاعس[3]، وإلا لتقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون، فلابد أن يقوم الدليل على العجز وقدرة الأم على الإنفاق.

---

[1] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص431.

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

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

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

أورد المشرع الجزائري مسألة تقدير النفقة في نص المادة 79 ق.أ.ج التي نصت كما يلي: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم." الملاحظ في نص هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين وركن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحيد نفقة المحضون[1] ، في إطار احتياجات هذا الأخير من اجل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وتحقيق الحماية الصحية والخلقية له، من خلال تلبية حاجاته المعيشية من مأكل وملبس وكسوة وعلاج ومسكن ودراسة، كما أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة النفقة إلا بعد مرور سنة من الحكم بها، ويجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي كل المعايير السابقة.

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

لذلك ومسايرة للتطور العالمي انشأ المشرع الجزائري ما يسمى بصندوق النفقة [2]الذي جاء من اجل التخفيف من معاناة المطلقات فهذا الصندوق الذي تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة و رفع الاحتياج عن المحضونين مع العلم أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على هذه الوسيلة لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا، على أن يحل الصندوق محل الدائن بالنفقة و تخوّل له جميع الطرق والوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة.

ثالثا. أجرة الحضانة: أجرة الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابلة حضانتها للصغير وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجر، فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، وله شبه بالأجر لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته[3].

---

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

[2] قانون رقم 0115 المؤرخ في 4 يناير 2015. عدد 01 ، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بانشاء صندوق النفقة.

[3] عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 2005، ص194.

لم يعالج المشرع الجزائري مسألة أجرة الحضانة بخلاف المشرعين التونسي والمغربي[1]، أمام سكوت المشرع الجزائري سنحاول دراسة المسالة من خلال تطبيق نص المادة من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي الذي يعد العلاج لسد هذا الفراغ القانوني.

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

- يرى المالكية بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غير ذلك، وبغض النضر عن حالتها المادية موسرة أو معسرة، فان كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس الحضانة، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد[2].
- بينما يرى الحنفية والحنابلة والشافعية أن الأم لها طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق وبعد انتهاء العدة ، معنى ذلك مادامت النفقة ثابتة لها بناسبة الزوجية أو لوجودها في حالة العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وان تعدد السبب وماعدا هؤلاء فان باقي الحاضنات يأخذن أجرة فان الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أو هي غير الأم ، و هي غير أجرة الرضاعة ، فان كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاعة أجيبت ، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته وبقدر لها كفايتها بحسب الحال.

وبالتالي للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا [3].

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

[1] المادة 167/2 من مدونة الأسرة: "لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي".
[2] مدونة الإمام مالك، المرجع السابق ، ص546.
[3] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص ص.768.767.

في هذا المجال نجد موقف رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ أنه: " لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء. "[1] علما أن الحكم أجنبي ويراد مهره بالصيغة التنفيذية

الفرع الثاني: سكن المحضون.

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

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

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

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

- أن يصدر حكم قضائي نهائي يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النضر عن كون المحضون واحد أو أكثر.
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون.

---

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

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه المطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده وإذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فيجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار السكن لمثل حالة زوجها ومثلها[1].

غير أن المادة 72 ق. أ. ج المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص: "... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك لعدة اعتبارات أهمها[2]:

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

المطلب الثالث: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الأول: المعيار المعنوي النفسي

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

من المعلوم أن الحنان والعطف اللذان يمنحانهما الوالدان لأبنائهما والأم على وجه الخصوص لا بديل لهما، وقد أجمع علماء النفس أن أقوى العناصر في توفير أمن الطفل ونموه هو حب وحنان الأم وأن حاجة الطفل لهذا الحب كحاجته للغذاء، لهذا يحرص علماء النفس والأطباء على توفير الاستقرار والآمان النفسي وبالأخص في المرحلة الأولى من

---

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

2 المواد "64. 65. 66. 67. 69 من قانون الأسرة الجزائري.

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

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

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

حياة الطفل، فإذا فقد الطفل أمه وهو رضيع ترك هذا الحرمان آثارا سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي[1].

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

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

الفرع الثاني: المعيار المادي

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يرجحون المصلحة المعنوية على المادية فان ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية المصلحة المادية، وذلك لأن العنصر المادي في حضانة الطفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها [2]، وعليه فإذا ما وفر العنصر المادي للمحضون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه يجعل المحضون يحس براحة إلى جانب الشعور بالحماية والأمن فالمشرع الجزائري أورد مجموعة من الحقوق المالية للمحضون كحقه في النفقة الغذائية المنصوص عليها في نص المادة 78 من ق. أ. ج، وان كان سكت عن حقوق مالية أخرى أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية وان كانوا اختلفوا بشأنها كأجرة الحضانة وأجرة الرضاعة، إلى جانب حق السكن والذي يعد ضرورة لممارسة الحضانة.

إذا كان المشرع الجزائر جعل قاعد مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار ،فانه في بعض الحالات يصعب الوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، و على هذا أعطى للسلطة التقديرية للقاضي كل الصلاحيات في تحديد هذه المصلحة من خلال التحري والبحث عن أكثر الأشخاص قرابة وأفضلية للمحضون ، فمصلحة المحضون تختلف في نسبة تقديرها من طفل إلى طفل ومن قضية إلى أخرى ، وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته التامة

[1] حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 07.
[2] شامي أحمد، المرجع السابق، ص 420.

وتقدير مصلحته بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يمكنه إصدار الحكم في النزاع ومن هذه الوسائل :

أولا: التحقيق والمعاينة[1]: يجوز للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده ، ويلاحظ كل ما يلزم لممارسة الحضانة ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينها في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون وللقاضي أيضا الاعتماد على نص المادة 425 من ق. أ. م. أ. ج التي تنص على ما يلي : "يمارس ق.أ.م.أ. رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ...."

ثانيا. الاستماع إلى أحد أفراد العائلة: يجوز أيضا للقاضي وفي إطار بحثه عن مصلحة المحضون أن يطلب حضور الخصوم أو أصهارهم أو إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم وكل هذا من اجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي ستطيع بها ترجيح حكم ما في النزاع ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى انه قد تدلي شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط ، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فانه عادة ما يختار الأطفال من يساعدهم على اللعب وعدم الاكتراث ، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ1982/10/12 ، نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما ، وعلى رغبتهما في البقاء مع جدتهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف للشريعة الإسلامية[2] .

[1] صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013، ص 159.
[2] أنظر ، ملف رقم 32594 ، بتاريخ 1982/10/21، غ. أ.ش.م ، مجلة قضائية سنة 1989، عدد 01 ، ص77.

الفصل الثـــــــــاني:

التطبيقات القضائية

للحضانة وإشكالياتها

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان لا سيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب من مهمة القاضي.

إلا أن ما يجدر ذكره أنه في الغالب الأعم سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء، لا بد من مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها بممارسة دعاوى مدنية بل أبعد من ذلك هناك متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون وعليه سنتناول في هذا الفصل التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها والذي تم

تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بالحضانة

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

صاحب دعوى الحضانة لا يخلوا أمره عن أحد الفرضيات الآتية:

فهو إما مطالب بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى وتطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له، تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم الأول باتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة.

ومنه سنتناول في هذا المبحث في المطلب الأول الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في الإسناد والتمديد والإسقاط، وفي المطلب الثاني نتناول الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخالفي الأحكام الخاصة بالحضانة.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية.

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

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

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

أولا: حالة الطلاق وما في حكمه:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون؛ ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى. ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون.

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الإمتياز والمحددة قانونا وشرعا.

حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية عندما ألغت حكم درجة أولى قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من سكن الوالد، وحتى لا يقع له ارتباك في الدراسة، إلا أن الغرفة رأت أن هذا التبرير غير مقنع ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس[1].

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

وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث جاء فيه: " 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 للأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت"[3].

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: " من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى

[1] قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1159/ 01 - فهرس : 48/2002 بتاريخ : 06/04/2002
[2] قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1301 / 2001 - فهرس : 51/2002 بتاريخ 06/04/2002
[3] أنظر قرار المحكمة العليا : رقم 52221 تاريخ 13 مارس 1989 - ص 48 - م ق : 1993 عدد 01 - - المحكمة العليا .غ. أ . ش ملف رقم 153640 قرار مؤرخ في 18/02/1997م . ق العدد 1 لسنة 1997 ص 37.

الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1].

ثانيا: حالة الوفاة أو الفقدان:

رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له. لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.

الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة المؤقتة

تنص النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"[2]، فبالتالي له كل الصلاحيات والحرية من أجل تقدير صحة الطلب من عدمه بعد أخده بعين الإعتبار عدة معايير.

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

أولا: عنصر الاستعجال: إن عنصر الاستعجال من العناصر الجوهرية التي تتميز بها الدعوى الاستعجالية والتي تخول الاختصاص للقاضي الاستعجالي، ونظرا لأهمية هذا العنصر لم يحصره المشرع في مفهوم محدد وإنما أعطى الحرية التامة للقاضي للاستعجالي في تحديده نظرا لكونه يختلف من قضية إلى أخرى ومتغير بتغير الزمان والمكان والظروف[3].

ثانيا : عنصر عدم المساس بأصل الحق: إن الهدف من دعوى إسناد الحضانة المؤقتة إلى إتخاد تدابير تحفظية مؤقتة مفادها حماية الأبناء القصر ومصالحهم إلى غاية الفصل في الموضوع، فمسألة المساس بأصل الحق مسالة جوهرية إلى

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

[2] م. 57مكرر منق. أ. ج.

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

جانب عنصر الإستعجال إذ لا بد على القاضي المختص عدم المساس به[1]، من أي ناحية كانت سواء من ناحية تفسير أو تأويل الحقوق والإلتزامات نظرا لكونه من المسائل التي تعتبر من اختصاص قاضي الموضوع دون سواه[2].

ثالثا : إثبات صفة الحاضن والمحضون: تنص الأحكام العامة على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "[3]، فعلى رافع الدعوى الإستعجالية إثبات صفته على أنه من بين الأشخاص الذين يمنحهم القانون صفة الحاضن، فإذا لم يكن ضمن المجموعة التي حددتها صراحة المادة 64 من قانون الأسرة إلا وهي" الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة، ثم الأقربون درجة "فإنه يترتب عن ذلك رفض طلبه القضائي. إلى جانب إثبات صفة الحاضن لا بد من إثبات صفة المحضون أي على أنه يوجد طفل قاصر محل الحضانة"[4].

رابعا: وجود دعوى في الموضوع: من أهم الأسباب التي من أجلها أوجد المشرع الجزائري الدعوى الإستعجالية المتعلقة بإسناد الحضانة المؤقتة هي طول أمد الدعاوى الطلاق والحضانة والتي في كثير من الأحيان سبب في ضياع حقوق الأطفال، مما أدى إلى وضع هذا التدبير المؤقت إلى حين الفصل في دعوى الموضوع.

الفرع الثالث: دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة. وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة:" تنقض حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..."، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل، عندما أضافت: "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ".

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

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

[3] م. 13 من ق.إ.م.. إ. ج

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

إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

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

وجاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تعطي لرئيس المحكمة إمكانية الفصل على **وجه** السرعة وبموجب أمر على ذيل عريضة في المسائل المتعلقة بالنفقة وحضانة الأطفال والزيارة والمسكن وهي الأمور التي تقتضي السرعة للفصل فيها.

قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق، تطليق أو خلع. حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

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

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

هناك إتجاه موحد بين القضاة في لحل هذه الإشكالية؛ فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه ومتى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به وإلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

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

وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي أيضا واجب و المحكمة مكلفة بأن تحمّل صاحب الواجب واجبه و هيمن النظام العام، و على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، و إلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانته؟

الفرع الرابع: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق. كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

الحالة الأولى: نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مل لم يضر بمصلحة المحضون..

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

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

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

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

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

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

ثانيا: التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه ، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها الرضيع.

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

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

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقا ما يمنع الاستجابة إليه[3].

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

[1] أنظر قرار محكمة عليا ملف رقم : 51894 - ص 70 بتاريخ : 19/12/1988
[2] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 189234 - غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 21/04/1998
[3] أنظر قرار : غ . ا . ش لمجلس قضاء المدية - رقم الجدول 175/2002 - فهرس 79 / 2002 بتاريخ 11/05/2002
[4] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 220470 غ . أ . ش . عدد خاص 2001 ص 181 بتاريخ : 20/04/1999

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

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

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

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

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

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

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

[1] أنظر عبد العزيز سعد - المرجع السابق ص 295
[2] أنظر عبد العزيز سعد - نفس الرجع ص 300

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

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

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

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

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

ب – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة:

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

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

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

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

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

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

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

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

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة[5] وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه: " أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود[6] كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي[7].

[1] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50270 بتاريخ : 07/11/1988
[2] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 33921 بتاريخ : 09/07/1984
[3] انظر الدكتور العربي بلحاج - المرجع السابق . ص 389
[4] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب : 23/06/1993
[5] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ : 21/11/1995
[6] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 43594 - نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ : 22/09/1986
[7] أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 32594: بتاريخ : 02/04/1984

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

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

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

ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون[1].

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

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

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

أ- الشروط الأولية

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

لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاص استنادا إلى انقضاء الحضانة و تحديدا إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة ، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور و الثامنة عشر للإناث[2].

[1] انظر د . عبد العزيز - الجرائم الواقعة على نظام الأسرة . - ص 124 - طبعة 2002
[2] أنظر د احسن بوسقيعة - الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجزء الأول - - ص 174

2 حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه ، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل . وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[1].

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

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

ب عناصر الجريمة :

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الإمتناع 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 و لا معاقبته بشأنها ، و الإمتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد اتباع إجراءات التنفيذ.

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

و بالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نية معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه . و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، و قُضِيَ بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا و لا عذرًا قانونيًا[2]. وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم ، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها ، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنه:

[1] المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - ملف رقم 132607 مؤرخ في 16/06/1996
[2] أنظر د. احسن بوسقيعة - المرجع السابق ص 176

"متى كان مؤدى نص المادة 328 من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من لـه الحق في المطالبة، و من ثم فإنّ أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، و أنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون "[1].

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

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

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

1- العنصر المادي للاختطاف:إن العنصر المادي الجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي ، و هذه الصور أو الحالات هى صورة اختطاف المحضون ممن اسندت إليه مهمة حضانته ، و صورة اختطافه من الأماكن التى يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل : المدرسة ، و دار الحضانة و ما شابههما ، وصورة تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب ، ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة و هي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير[2].

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

3 عنصر القصد أو النية الجرمية : يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي ، و يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية ، و لهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وكلت

[1] المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - نشرة القضاة - العدد 4 لسنة 1986 ص 39 قرار مؤرخ في 12/10/1982
[2] عبد العزيز سعد - المرجع السابق ص 126

إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه و إبعاده، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الإختطاف أو الإبعاد ، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحدّيه له ، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة و العقاب إلا أن يثب حسن نيته و عدم توفر عنصر القصد السيء، و لا فعل الإختطاف أو الإبعاد.

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

أولا: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :من خلال قراءة نص المادة 64 من قانون الأسرة تنص على أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر ، و من خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيات[1]، نلاحظ أن المادة 07 من الاتفاقية جاء فيها : " أن الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين ، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي ، و يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري . و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر.

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

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

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

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

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

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

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

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

في النفقة الغذائية دون سواها، علما أنّ النفقة كما هي معرفة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و منه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل و بعد انقضاء مهلة شهرين مـن التبليغ، و عند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة[1].

[1] د. احسن بوسقيعة - المرجع السابق ص 159.

المبحث الثاني: أبرز الإشكاليات المطروحة في مجال الحضانة

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

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

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنّه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها[1]،خاصة إذا كان الزواج مختلطا. لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال ، لأنه يكون الأطفال هم الضحايا، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم ، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات ، و من أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر ، "إتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر " و الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 88/144

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

لذلك نتناول موضوع الزواج المختلط في الفرعين الآتي ذكرهما :

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

[1] د . زروتي الطيب - القانون الدولي الخاص الجزائري - الجزء 1 : تنازع القوانين – ص 127

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

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

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

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

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للولد الآخر ، و رغم معالجة الإتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة[3] إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة ، ، فلا يُرَدُّ الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ، و رغم ما نوهت عليه الإتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة ، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة ، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري ، فإنّ كـل ذلك يبقى مجرد حبر على

[1] الإتفاقية الجزائرية الفرنسية - المرجع السابق - المادة 1
[2] تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري : " ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.
[3] الإتفاقية الجزائرية الفرنسية - المرجع السابق - المادة 7 منها.

ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها ،و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية ، و بالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون .

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

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

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

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

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

[1] د. الطيب زروتي - المرجع السابق -- ص 126
[2] د. الطيب زروتي - المرجع السابق . - ص 135
المحكمة العليا - قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990م . ق لسنة 1991 . العدد الرابع ص 116

لاسيما المادة 69 منه. بل أنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

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

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

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

المطلب الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون:

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

[1] المحكمة العليا - قرار رقم 52207 بتاريخ : 02/01/1989
-المحكمة العليا قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990 . م . ق لسنة 1991 . العدد 4 ص 116
[2] المحكمة العليا - المجلة الجزائرية - سنة 1993 - العدد الرابع ص 952

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

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

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

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

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

والمشرع الجزائري إستقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامبية لذلك نجد المادة 222 منه تحيلنا على أحكام الشريعة إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما ، وهذا دون تقييد بمذهب معين ، أي أنه أخذ بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل ترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة[2]. وما نلاحظه من نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام ، 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[3].

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

[1] ابن القيم الجوزية - المرجع السابق . - ص 134
-وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 7299
[2] موسوعة الفكر القانوني - العدد الرابع - - ص 99
[3] رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة ص 76

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

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

أولهما : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية .

ثانيهما : تحقيق الأمن والإستقرار النفسي و العاطفي للطفل[1].

و هي العناصر التي احتكم إليها القضاء الجزائري ، من ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا) بتاريخ 03/07/1989م ، تحت رقم : 54353 و تما جاء في حيثياته : " أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ."[2]

كما ورد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ :

18/02/1997م تحت رقم : 153640 :" أنه من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[3].

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

[1] رسالة الماجستير حسيني عزيزة - المرجع السابق - ص 78
[2] المجلة العربية للفقه و القضاء - العدد 18 الصادرة في سبتمبر 1997 - ص 198
[3] المجلة القضائية لإجتهادات المحكمة العليا - العدد الأول لسنة 1997 . ص 39

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة

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

أ- عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا وفق ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة ، و يكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة ، و على سبيل المثال لا الحصر ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا [1]، بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدية ، غرفة الأحوال الشخصية ، ففي القرار رقم : 15/2002 الصادر بتاريخ : 26/01/2002 أسس القضاة قرارهم على ما يلي "حيث أنه في الحكم بإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون و كذا النص القانوني، و حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن الأم أولى بحضانة أولادها . و حيث أن بقاء الطفل عند أبيه المستأنف لا يعطيه الحق في حضانته التي تبقى من حق الأم لعدم قيام مسقطاتها ..."

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

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

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

[1] المحكمة العليا : قرار رقم 153640 بتاريخ 18/02/1997 . السابق الذكر.
-المحكمة العليا قرار رقم 178086 بتاريخ 23/12/1997 - نشرة القضاة - العدد 56 سنة 1997 - ص 33.

القرار المطعون فيه، و بدون إحالة و القول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة"[1].

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

د- كما أن نص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا ، مراعاة مصلحة المحضون ، و معنى هذا أنه حتى و لو اختلت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لا تسقط الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط ، و هو الهدف الذي يسعى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، و ورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : " أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أنّ الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 سنة 1988م لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ، و لم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد 05 سنوات ، فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون"[3].

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

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الثاني - سنة 2002 ص 436
[2] المجلة القضائية للمحكمة العليا - الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 – ص 175
[3] المحكمة العليا قرار رقم 134951 بتاريخ 21/05/1996 المجلة القضائية العدد الثاني - سنة 1997 - ص 86

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

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، و مهما كانت العواقب ، غير أنّ مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أنّ هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير الأمثلة على ذلك ما ورد في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر القضاة المصلحة ، و من إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها ، و مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[1].

غير أنه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، أن اسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق ، و ليست من آثار الوفاة ، أن مصلحة و البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قيلت أن ترعاها و تربيها مبينين أن الطاعنة مسنة و تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 62/2 من قانون الأسرة " [2].

و حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدّر و يصدر حكمه و من ذلك : التحقيق والمعاينة : للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، و تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الإعتماد على نص المادة : 43 من قانون الإجراءات المدنية ، و هذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق

[1] المحكمة العليا - قرار رقم 178086 بتاريخ 23/12/1997 السابق الذكر
[2] المحكمة العليا - قرار رقم 256629 بتاريخ 12/02/2001 -م . ق . العدد الثاني - سنة 2002 - ص 421

أو تقديم وثيقة، و كما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الإجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[1].

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

– الإستماع إلى أفراد العائلة : للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم ، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط و هذا بدوره قد يؤثر على الإختيار الأصوب[2]، كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب و عدم الإكتراث ، و في هذا صدر نقض من المجلس العلى (المحكمة العليا (حاليا) ، في قرار صادر بتاريخ : 21/10/1982 عن مجلس قضاء قسنطينة، و الذي اعتمد على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما و على رغبتهما في البقاء عند جدّتهما لأبيهما ، فإعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي[3].

و عليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل ، و على الرغم من الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي . بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب ، و هذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته ، و من هذه المشاكل ما لاحظناه على مستوى مجلس قضاء و محكمة المدية هذا في حالة تعدد الأطفال المحضونين ، لكن عدم تجزئتهم بل إسنادهم إلى حاضن واحد ، أو إلى طالبها ، و ما نراه في هذا أن اسناد حضانة كل الأولاد لطالبها غير سديد.

و يمكن إرجاع ذلك إلى كون مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل الصغير البالغ من العمر سبع سنوات ، لأن مصلحة الرضيع هي مع أمه إلى غاية بلوغ أمه إلى غاية بلوغ

[1] المحكمة العليا - قرار رقم 153640 بتاريخ 18/02/1997 السابق الذكر
[2] رسالة ماجستير للطالبة حسيني عزيزة - المرجع السابق - ص 86
[3] قرار المحكمة العليا - رقم 32594 الصادر بتاريخ 02/04/1984.

سن الفطام على الأقل ، في حين أن الطفل الصغير قد تكون مصلحته مع أبيه ، و مثال ذلك إذا كان أبوه جزائري و أمه أجنبية .

لكن لوقلنا أنّ الحضانة لا تقبل التجزئة فما هي مصلحة المحضونين هنا ، هل مع أمهم أو مع أبيهم ؟ وقد لاحظنا على مستوى غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية صدور قرار قضى بإسناد حضانة الأبناء كلهم إلى أمهم مخالفا في ذلك حكم الدرجة الأولى الذي أسند إلى الأم بنت واحدة مؤسسين قرارهم على أنّ مصلحة الأبناء تقتضي ذلك [1].

إن الإشكالات المتعلقة بالحضانة لا تثار إلا عند إسنادها أو إسقاطها فقط، بل حتى في وقت ممارستها قد تثار إشكالات أخرى و من أبرزها إشكالية مسؤولية الحاضن عن المحضون الضارة، و هي النقطة التي يتم معالجتها في المطلب التالي .

.

[1] قرار مجلس قضاء المدية - غرفة الأحوال الشخصية - رقم 31/2002 بتاريخ 30/03/2002.

الخاتمة

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

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

من رأي الخبراء المتخصصين للوفاء بمهامه على أكمل وجه وضمان حماية المحضون. عند دراسة المواد المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري، يتبين لنا أن المشرع الجزائري ركز على تعريف الحضانة وأهدافها من خلال المادة 62 من القانون. من خلال ذلك، حُدد نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية التي يجب أن تراعيها المحكمة عندما تقرر منح الحضانة. تشمل هذه الوظائف رعاية الطفل وتعليمه وتربيته على دين والسهر على حمايته وصحته وسلامته النفسية.

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

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

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

نتائج الدراسة:

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

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

الاقتراحات والتوصيات:

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

- نوصي بتحديد الشروط المحددة والمعايير الواضحة لمن يكون "أهلاً" للقيام بالحضانة، كما يمكن تحديد المعايير اللازمة لتقييم القدرة على توفير رعاية وتربية ملائمة للطفل.
- ينبغي توفير توجيهات وإرشادات واضحة للقضاة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الحضانة، بما في ذلك تعريف الزيارة وتحديد الحالات التي يمكن فيها سقوط حق الزيارة.

- يجب أن تكون مصلحة الطفل هي العامل الأساسي الذي يوجه قرارات الحضانة، وينبغي على المشرع الجزائري أن يضمن وجود آليات لتقييم مصلحة الطفل بشكل منتظم وتحديثها حسب الظروف الفردية لكل حالة.
- يجب توفير آليات فعالة لمراقبة تنفيذ حقوق الحضانة وتربية الطفل على دينه. يمكن الاستعانة بفرق متخصصة من أطباء ومختصين نفسيين واجتماعيين لمساعدة القاضي في تقدير ومراقبة تنفيذ هذه الجوانب.
- يجب أن توجه حملات توعية للعائلات والمجتمع بأهمية مفهوم الحضانة وحقوق الطفل، وذلك لزيادة الوعي والفهم المشترك لكافة الأطراف المعنية.

قائمة المصادر والمراجع

- ✓ **القرآن الكريم**
- ✓ **الكتب:**

- ابن القيم الجوزي، زاد المعاد هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القاهرة، 1999.
- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990.
- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقة في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- الأستاذ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة.
- الإمام أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.
- الإمام عثمان حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك لشرح أسهل المسالك، الجزء الثاني، وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992
- الإمام مالك – المدونة الكبرى – دار صادر – الجزء الثاني.
- بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 1999.
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري، اجتهادات المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، منقحة مزيدة *2002*.
- بو سقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، طبعة 2002
- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية الجزء الأول، كليك للنشر، 2008.
- تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، منشورات كليك، الطبعة الأولى، 2013 ، الجزائر.
- خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ،2013.
- خان محمد صديق حسن، الروضة الندية، شرح الدور البهية، دار ابن تيمية، البليدة، الجزائر، 1991.
- الدرديري سيد احمد – الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية. وزراة الشؤون الدينية نقلا المركزية للمعاهد الأزهرية – الجزء الثاني – 1992.
- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيد احمد الدرديري، دار الفكر، بيروت.

- الدكتور السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام – الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- الدكتور الصابوني عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال لاشخصية السوري الجزء الثاني، الطلاق وآثاره الطبعة الخامسة–1979. 1978
- الدكتور بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، توزيع مؤسسة شباب الجامعة – ا الإسكندرية.
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة سنة 2000.
- سلام حمزة الدعاوى الإستعجالية (الدليل العلمي لرئيس المحكمة)، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- السيد سابق ، فقه السنة، الجزء الثاني، المكتبة العصرية (صيدا بيروت).
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث ، (د، ط) ، دار الفتح للإعلام العربي ، مصر، 2000 .
- الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2004.
- عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، دار الفكر العربي.
- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة 1989، ط2.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 2005.
- الشوكاني محمد بن علي، الداري المضية، شرح الذرر الهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م.
- غنى أمينة القضاء الإستعجالي في المواد الادارية دار، هومه 2014.
- فيلالي علي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض للنشر والتوزيع، الجزائر 2002 الدكتور فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب.
- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010.
- محمد كمال الدين إمام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع، بيروت1996.
- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، (د ، ط) ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، 1956.
- محمود عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1997
- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010.
- وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر ، ج8 ، ط3، دار الفكر ،دمشق،2012 م ،ص ص 689-690.

✓ **الأطروحات والرسائل الجامعية:**

- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2004 2005،.
- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2013-2014.
- مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1978.
- حسيني عزيزة الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي- رسالة الماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون 2001

✓ **المجلات:**

- المجلة الجزائرية لسنة 1994 عدد ثالث
- المجلة الجزائرية لسنة 1996 عدد رابع.
- المجلة العربية للفقه والقضاء العدد 18 الصادر في سبتمبر 1997.
- المجلة القضائية لسنة 1982.
- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد أول.
- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد أول. عدد ثاني. عدد ثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد أول. عدد ثاني. عدد رابع.
- المجلة القضائية لسنة 1992 عدد أول.
- المجلة القضائية لسنة 1993 عدد ثاني.
- المجلة القضائية لسنة 1994 عدد أول. عدد ثاني.

✓ **النشرات:**

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

✓ **القوانين والاوامر والمراسيم:**

- قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق، ل09 يونيو 1984، ج ر، عدد 24.
- قانون رقم 0115 المؤرخ في 4 يناير 2015. عدد 01 ، المؤرخة 07 يناير 2015 المتعلق بانشاء صندوق النفقة.

- ق. ر. 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984.
- الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ ، الموافق لـ 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ ، الموافق لـ 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني
- المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ ، الموافق لـ 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الجزائر و فرنسا و المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو1988
- المرسوم الرئاسي، 96/51 المؤرخ في 22/01/1996

فهرس

المحتويات

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

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

ملخص

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف نلخصها في النقاط التالية، حماية مصلحة الطفل وتوفير بيئة صالحة لنموه وتنميته السليمة، وحقيق المساواة بين الوالدين فيما يتعلق بحقوقهما وواجباتهما تجاه الأطفال، بالإضافة الى توفير الاستقرار والسلام الأسري للأطفال الذين يعانون من منازعات الحضانة، وتنظيم الإجراءات القانونية والإجراءات القضائية المتعلقة بقضايا الحضانة لضمان العدالة والشفافية.

كما خلصت الدراسة الى تحديد الأسس القانونية والإجرائية المتعلقة بالحضانة في التشريع الجزائري، وتوضيح حقوق الطفل والوالدين في قضايا الحضانة والتزامات كل طرف، بو أيضا تحديد المعايير التي يستند إليها القضاة لاتخاذ قراراتهم في قضايا الحضانة، وفي الأخير تحليل التحديات والصعوبات التي تواجه الأسر المنفصلة في الوصول إلى اتفاق بشأن الحضانة.

Abstract

This study aims to achieve a set of objectives summarized in the following points: protecting the interests of the child and providing a conducive environment for their proper growth and development, ensuring equality between parents regarding their rights and responsibilities towards the children, in addition to providing stability and familial peace for children experiencing custody disputes, and organizing the legal and judicial procedures related to custody cases to ensure justice and transparency.

The study also concluded by identifying the legal and procedural foundations related to custody in Algerian legislation, clarifying the rights of the child and the parents in custody matters, and the obligations of each party. It also identified the criteria on which judges rely to make their decisions in custody cases. Lastly, it analyzed the challenges and difficulties faced by separated families in reaching agreements regarding custody.