

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة



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

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

الحضانة في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الاسرة

إشراف الأستاذ:

إعداد الطالب(ة)

✓ سعودي ليلي

✓ لعرباوي صبرينة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
		جامعة المسيلة	رئيسا
قاوي السعيد		جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
		جامعة المسيلة	ممتحننا

تاريخ المناقشة:

27 يونيو 2020

*ملحق بالقرار رقم 1087/2020 المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد يوسف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المضي أسفله.

السيد(ة): سعودي ليلى الصفة: طالب، أستاذ، باحث
الجامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 208072018 والصادرة بتاريخ: 2023/03/29
المسجل(ة) بكنية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: الحضارة في القانون الجزائري

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمهنية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المخلوطة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2024.06.04

توقيع المعني(ة)

Am E



ملحق بالقرار رقم 1082/2020 المؤرخ في 27 شهر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المنضوي أسفله،

السيدة (ة) لم بلوي صير بنت الصفة: مألف، أستاذ، باحث
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 51682542 والصادرة بتاريخ 19/02/2019
المسجل (ة) بكنية / معهد العلوم التطبيقية - الحقوق
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة النخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: التحليل القانوني للبيانات الضخمة

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

التاريخ: 26/04/2020

توقيع المعني (ة)

شكر و عرفان

نشكر المولى عز وجل أن منا علينا بنعمته ووفيقنا على إنجاز هذا العمل والذي يعد ثمرة عن نهاية مشوارنا الجامعي والذي قد

نطمع بها من يأتي بعدنا

ففي هذا المقام يطيب لنا أن نتقدم بتحياتنا وتقديرنا إلى

من ساعدنا في إنجاز هذا العمل والإشراف على إكماله

الأستاذ "قاوي السعيد"

كما نوجه شكرنا كل أساتذة جامعة محمد بوضياف

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد

على تجاوز عتبة هذا البحث



إهداء

إلى الذي أنار دربي للخوض في غمار العلم إلى الحبيب المصطفى
عليه أفضل الصلاة و السلام
إلى جسر الحب و الحنان الصاعد بي إلى الجنة ، التي أضاءت ابتسامتها
أيامي أمي الحبيبة رحمها الله.
إلى ركنة طفولتي و مصدر ثقفتي و إلهامي أبي العزيز حفظه الله
و أطال عمره
إلى من سكن قلبي إخوتي و أخواتي خاتمة شقيقتي
طليحة رحمة الله عليهما
إلى كل من دعى لي و لو بكلمة واحدة و إلى كل من يعرفني
من قريب أو بعيد
و إلى كل من ذكرهم قلبي و لم يذكرهم قلبي.

صبرينة



إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب الدنيا
إلا بذكرك ، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك....

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة ، نبي الرحمة ونور العالمين
سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى معنى الحب والحنان ، إلى بسملة الحياة وسر الوجود...

إلى كل من كان كُماؤها سر نجاحي ، وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى العبايب
أمي.... أمي ... أمي التي هي تاج رأسي وقرة عيني ...

إلى صاحب الفضل الجليل والدعم المتواصل وخطى له المبادئ والأخلاق
على صفحة بيضاء أبي العزيز

إلى كل من نشأت وترعرعت بينهم إخوتي وأخواتي

حفظهم الله تعالى

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي .

ليلى



مقدمة

تعتبر العلاقة الزوجية من أئل الروابط على اعتبار أنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى : وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا

لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾¹

فأساس الحياة الزوجية هي التماسك والتسامح والتفاهم واحترام الزوجين لبعضهما فتعتبر هذه العلاقة فعالة في سلوك الاولاد حيث تساعدهم على التوافق النفسي والعقلي والإحساس بالاستقرار والامان في ظل أسرة متماسكة ، فالوالدين هما المسؤولين الأولين عن نوع التربية المقدمة للأولاد ، فالبيت هو المحيط الاول الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية وأسس الاحترام .

لكن هذا البيت في كثير من الأحيان قد لا يخلوا من المشاكل والصدمات بين الزوجين فيمكن تفادي بعضها او حل البعض منها ، لكن في بعض الأحيان قد تستمر وتدوم هذه المشاكل فلا يجد لها الزوجين حلا .

وعلى اعتبار ان الزواج ميثاق غليظ في قوله تعالى : وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ

بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾² الا أنه شرع للزوجين وسيلة للانهاء هذه المشاكل بواسطتها ألا وهي الطلاق .

لذلك من أهم آثار الطلاق بالنسبة للطفل هي حقه في الحضانة والتي تعتبر أهم القضايا في مجال الأحوال الشخصية، لاسيما بعد انحلال عقد الزواج. فهي إحدى أبرز وأدق المسائل المتعلقة بالالتزامات والحقوق الأسرية، نظراً لارتباطها الوثيق بأضعف وأهم فرد في

¹الروم الآية 21

²النساء الآية 21

الأسرة، وهو الطفل. هذا ما يجعلها مصدرًا لكثير من النزاعات القضائية المستمرة، سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

علاوة على ذلك، فإن الأحكام القضائية الخاصة بالحضانة هي كاشفة عنها وليست منشئة لها. كما أن غياب الوضوح في تحديد العلاقة بين الحضانة والولاية، خاصة في حالات الزواج المختلط، يثير العديد من المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة، كتحديد من تثبت له الحضانة وانقطاعها وسقوطها، وأوقات الزيارة ومدتها، وترتيب الحاضنين.

في هذا السياق، يقع على عاتق القاضي دور محوري في تفسير وتطبيق النصوص القانونية المنظمة للحضانة، بما يضمن تحقيق مصلحة الطفل المحضون على أكمل وجه. كما يتطلب الاهتمام بحقوق الطفل وتحقيق مصلحته تضافر جهود المشرع والقاضي والحاضن على حد سواء.

تبرز أهمية هذا البحث في دعوة الأولياء إلى التفكير الجدي في العواقب المالية والاجتماعية للانفصال، قبل اتخاذ أي خطوة في هذا الاتجاه. ذلك أن مصير الأبناء يجب أن يكون في مقدمة اهتمامات الأولياء، بما يكفل حصول كل طفل على حقه في الرعاية والتربية على قدم المساواة مع بقية الأطفال. فالبحث يسعى إلى تسليط الضوء على هذه النقطة الحساسة، وتوعية الجميع بأهمية الحفاظ على مصالح الأطفال في حالات الانفصال أو الوفاة. ولعل أحد الأهداف الرئيسية لهذا البحث هو التعرف على الآليات القانونية اللازمة والتي تهدف إلى حماية مصلحة الطفل المحضون. فدور التشريع في تقدير مصلحة المحضون يُعد محوريًا في هذا الإطار، حيث أنه يتولى اتخاذ كافة التدابير المتعلقة بالحضانة. وستتناول هذه الدراسة الإشكالات التي قد تواجه مواد التشريع في ممارسة هذا الدور الحيوي، ومدى توفر الضمانات القانونية التي تكفل حق ومصلحة الطفل المحضون.

علاوة على ذلك، يسعى هذا البحث إلى معرفة مدى توافق أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مع التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري. فالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي طرأت على المجتمع الجزائري في السنوات الأخيرة قد تستدعي مراجعة بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة. وذلك لضمان حماية أفضل لمصالح الأطفال المحضون، ومواكبة الحلول القانونية للواقع المعاش في المجتمع.

ومن خلال أهمية وأهداف البحث جاء اختيارنا لموضوع الحضانة في التشريع الجزائري لعدة أسباب منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي:

أما الذاتية منها فتمثلت في رغبتنا واهتمامنا الشخصي بموضوع الحضانة وفق التشريع الجزائري هذا يعزز رغبتنا الشخصية في إجراء بحث شامل حول جوهر التكفل بحق المحضون في التشريع الجزائري والأحكام والتعديلات على القوانين التي عالجت موضوع الحضانة ودراستها.

كما تتجلى هذه الرغبة الشخصية في اهتمامنا بفهم الجوانب الأساسية للتكفل بحق المحضون سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية نسعى إلى تعزيز معرفتنا وفهمنا لهذه الموضوع وذلك للتأكد من أننا قادرون على الاستفادة الكاملة منها وتطبيقها بشكل صحيح في حياتنا والاستفادة منها.

وأما الموضوعية فارتكزت على ما يلي:

تسليط الضوء على مجموعة من النقاط المهمة في موضوع الحضانة وفق التشريع

الجزائري

دراسة وتحليل أهم الأحكام وكذا المواد والتعديلات التي جاء بها القانون الجزائري للتكفل بحق المحضون.

استكشاف أهمية حماية المحضون والتكفل بحقوقه من خلال ما تم تشريعه في التشريعات ذات الصلة.

واهم الدراسات التي تناولت موضوع الحضانة سواء كانت مقالات منشورة او رسائل واطروحات إضافة لاهم الكتب التي تناولت موضوع دراستنا أو أحد شقيه. نذكر منها ما يلي:

من بين التحديات والصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد المذكرة، يمكن تحديد العقبات التالية:

ضيق الوقت تعتبر الضغوط الزمنية عاملاً مهماً في إعداد المذكرة. قد يواجه الموظف صعوبة في إدارة وقته بين إعداد المذكرة والالتزامات الوظيفية والأسرية الأخرى. قد يتسبب ضيق الوقت في تقليل فرص البحث والتحليل الشامل، وقد يؤثر على جودة المذكرة النهائية. بالنسبة لمنهج الدراسة تم استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي في معالجة هذا النوع من المواضيع، بالإضافة إلى استخدام المنهج المقارن في بعض الأحيان. تم الاعتماد على شرح وتفسير النصوص القانونية ذات الصلة، واستخدام الكتب والنصوص القانونية والرسائل والمقالات والمجلات والمعاهدات الدولية كمصادر للمعلومات. يهدف هذا التوظيف إلى فهم وتحليل القوانين وتقييم فعاليتها وتطبيقها على الواقع الجزائري، بالإضافة إلى إجراء مقارنات مع التشريعات الأخرى المعمول بها في بلدان أخرى.

ولدراسة موضوع بحثنا وفق ما تم تناوله ينطلق بحثنا والمتمثلة في التساؤل الرئيسي التالي:

الإشكالية:

- ماهي الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري لكفالة الطفل المحضون ؟

وقد تم تقسيم الدراسة إلى مقدمة وفصلين. الفصل الأول والمعنون بـ " الاطار المفاهيمي للحضانة في التشريع الجزائري" وتم تقسيمه بدوره إلى مبحثين. المبحث الأول مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري، بينما جاء المبحث الثاني لبحث آثار الحضانة، أما الفصل الثاني، بعنوانه " دعاوى الحضانة والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكامها". ويشتمل على مبحثين. يتناول المبحث الأول المبحث الأول: الدعاوى للحضانة في حين يتناول المبحث الثاني المبحث الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة.

الفصل الأول:

الاطار المفاهيمي للحضانة في التشريع
الجزائري

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع البالغة الأهمية في قانون الأسرة الجزائري، لما له من انعكاسات بالغة على مستقبل الطفل وحماية حقوقه النفسية والاجتماعية. لذا، يأتي هذا الفصل لإبراز الإطار المفاهيمي للحضانة، وتوضيح مختلف الآثار المترتبة عليها.

لذلك سنتطرق في هذا الفصل الى الإطار المفاهيمي للحضانة (المبحث الأول)، من حيث تعريفها وطبيعتها القانونية، وكذا شروط وأركان الحضانة. كما سيتم التركيز على أهم الخصائص المميزة لهذا النظام القانوني، والتي تبرز أهميته بالنسبة للطفل المحضون، ثم سنتطرق الى آثار الحضانة (المبحث الثاني) حيث سيتم تسليط الضوء على مختلف الآثار المترتبة على الحضانة، سواء تلك المتعلقة بالحاضن أو بالطفل المحضون. وسيتم إبراز الحقوق والالتزامات المفروضة على كل طرف، بما يحقق المصلحة الفضلى للطفل.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري

تعتبر الحضانة في النظام القانوني مفهومًا يتعلق بحقوق الطفل ورعايته. تتضمن هذه الحقوق حق الطفل في العيش والاعتناء المناسب، سواء كانت هذه الرعاية تقوم بها الأم أو الأب أو شخص آخر يعتبر ملائمًا لذلك. يتم تنظيم قضايا الحضانة بموجب قوانين الأسرة في العديد من الأنظمة القانونية.

من الناحية الفقهية تشمل قضايا الحضانة في الفقه الإسلامي النظر في الأطراف المعنية وحقوقهم، مثل حق الطفل في الحضانة، وحق الأم والأب في رؤية ورعاية الطفل، وحق الأطراف الأخرى المعنية في المشاركة في رعاية الطفل بما يتوافق مع المصلحة العليا للطفل. في هذا المبحث، سيتم التطرق الى ماهية الحضانة فقها وقانونا (المطلب الأول) المعمول بها في التشريع الجزائري وكيفية تنظيم قضايا الحضانة فيه.

المطلب الأول: ماهية الحضانة فقها وقانونا

تتنوع مفاهيم الحضانة وتطبيقاتها بحسب الأنظمة القانونية والأعراف الاجتماعية لكل بلد وثقافتها. ومع ذلك، هناك بعض النقاط المشتركة التي يتفق عليها في مفهوم الحضانة سواء في الفقه الإسلامي أو القوانين المدنية، سنتعرض الى تعريف الحضانة لغة واصطلاحا (الفرع الأول).

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

للحضانة عدة حقوق مختلفة كما أنه الجهات التي تقوم بصياغتها وتنفيذها وعليه سنتناول في الفرع الأول تعريف الحضانة لغة وكذلك سنتناول تعريف الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة لغة

الحضانة لغة هي ضم الشيء إلى الحضان والحضان بالكسر ما دون الإبط إلى الصدر. والعضدان و ما بينهما و جانب الشيء وناحيته، وعلى هذا فالحضانة ضم الطفل إلى الصدر أو الجنب¹ والحضانة مصدر الحاضن وهي التريبة.²

¹ - أحمد بخيت الغزالي عبد الحليم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط 1. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2008 - 2009، ص 45

² - رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون، ط 1 الإسكندرية، 2011، ص 15

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

هي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون، وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نموه، وتنظيفه وغسل ثيابه في سن معينة و نحوها.¹

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها وقانونا

لقد اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما بالغة ودقيقة شمل جميع علاقاتها وتفاعلاتها وظروفها، ومع هذا الحرص الشديد للإسلام على استمرارية الأسرة وديمومة بنائها جعل المشكلات المتوقعة حلوة استباقية وأحكامه تخفف من وطأة هذه المشكلات والآثار المترتبة عليها، وقد ناقشت الشريعة الإسلامية جميع المشكلات المنبثقة عن أي تغيير في حياة الأسرة ومسارها، فشرعت الطلاق ليكون الملجأ والوسيلة لحالة انسداد شرايين استمرار العلاقة الزوجية، ورتبت آثاره أحكامه تشمل جميع أطراف الأسرة، ولقد جاء اهتمام الشريعة الإسلامية بالأبناء متنسقة ومنسجمة مع احتياجاتهم البيولوجية والنفسية والتربوية والعاطفية، فكان تشريع الحضانة للأطفال بعد الطلاق مبنية على متغيرات عديدة وظروف مخصوصة يستحكم فيها معيار المصلحة الأولى للطفل وحياته وأمانه. فقد عرفها المالكية بأنها: حفظ وعناية العاجز عن القيام بأمر نفسه ورعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه.²

أولا: التعريف فقها

عرفها الحنفية بأنها: " تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له حق الحضانة."³

وعرفها الشافعية بأنها: " حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه الصغر أو جنون أو عنه."¹

¹ - عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص 356

² - الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، من دون سنة نشر، ص 451 .

³ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ج 3 ، رد المختار على الدرر المختار، طبعة دار الفكر، بيروت، 1421هـ، ص 560

وعرفها الحنابلة بأنها: " ضم المحضون وتربيته وكفالتة والقيام بمصالحه كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله والاتفاق عليه وكل ما يتعلق بمصالحه.²

كما عرفها بعض الفقهاء المحدثين بأنها: "القيام بتربية الطفل ورعاية شئونه إلى أن يبلغ سناً معينة"³، أو أضم الولد وتربيته ممن له حق الحضانة فيه⁴ أو الولاية على الطفل و المجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصالح في حفظه والاهتمام بشئونه⁵.

ثانياً: التعريف قانوناً

أما من جانب التشريع فقد عرف المشرع الجزائري بموجب المادة: 62 من قانون الأسرة الحضانة بأنها: « رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا»⁶ في حين عرفها المشرع المغربي بموجب المادة: 97 من المدونة المغربية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه⁷.

يتطلب القانون الجزائري لشؤون الأسرة أن تأخذ المحكمة في الاعتبار جميع حاجات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية⁸ عند النظر في قضايا الحضانة وإصدار قراراتها. يتوجب على المحكمة أن تراعي هذه العناصر المشمولة في التعريف وتأخذ في الاعتبار مصلحة الطفل المحضون واحتياجاته الحقيقية طوال فترة احتياجه للرعاية والاهتمام.

¹ - الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7، المطبعة البهية المصرية، 1317هـ، ص 255.

² - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، من دون سنة نشر، ص 325-324.

³ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وإنحلاله، الجزء الأول، ط 8 2000م، دار الوارث للنشر، بيروت، ص298

⁴ - أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، 1998م، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ص 275.

⁵ - سمير عقبي: الحضانة في الفقه الإسلامي، 1989م، دار المنار للنشر، القاهرة، ص 11.

⁶ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل - دار هوم، ط3، الجزائر، 2011، ص138

⁷ - المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁸ - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، 03، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 73.

وفقاً للنصوص القانونية، يتعين على القضاء في الجزائر التأكد من تلبية هذه الموجبات والمعايير عند اتخاذ قرار بمنح حق الحضانة للأطراف المعنية. تهدف هذه الإجراءات إلى ضمان حقوق الطفل ومصالحه الأفضل، ويُعتبر القضاء السلطة القضائية المسؤولة عن تنفيذ هذه المبادئ وتوجيه القرارات المناسبة فيما يتعلق بالحضانة.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة فقها وقانونا

يعتبر حق الحضانة أمراً حيوياً يؤثر في مستقبل الطفل وتكوين شخصيته. ولذا، يتوجب توفير مجموعة من الشروط التي تؤهل الشخص للحصول على حق الحضانة. إذا تعذر توفير أيًا من هذه الشروط، فقد يؤدي ذلك إلى سقوط حق الحضانة.

في الأصل، يكون لكلا الوالدين حق الحضانة طالما أن العلاقة الزوجية سارية. ومع ذلك، بعد حدوث الطلاق، يتعين على الطرفين توفير الرعاية النفسية والجسمية للطفل من خلال تكليف شخص يكون الأكثر قدرة على تربيته وحمايته. فطبيعة الأمر تقتضي أن يكون الشخص المكلف بالحضانة مقرباً من الطفل أكثر من غيره، وقد قدم فقهاء الشريعة الإسلامية نصائح في هذا الصدد، حيث أعطوا الأنثى الأفضلية في حق الحضانة، نظراً لصبرهن ورحمتهن وقدرتهن على الاهتمام بالطفل.

الحضانة هي ولاية تهدف إلى رعاية وتربية الطفل المحضون، وتُمنح للشخص الحاضن بعد توفره على الشروط التي حددها الفقهاء والتي تنص عليها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين. الأول هو الشروط الفقهية للحضانة، والثاني هو الشروط القانونية للحضانة، وفيما يلي تفصيل لكل منهما:

الفرع الأول: شروط الحضانة فقها

وهي الشروط التي يجب ان تتوفر في النساء والرجال على العموم وهي كالآتي:

(1) البلوغ: يجب أن يكون الشخص قد تجاوز سن البلوغ المحددة. ففي حالة الأطفال الصغار الذين لم يصلوا إلى سن البلوغ، لا يمنحون حق الحضانة حتى لو كانوا مميزين أو موهوبين.

الحضانة لا يتحمل تباعاتها إلا الكبار، وغايتها لا تتحقق بغير ذلك، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة¹. بذلك فإن الحاضن يشترط فيه أن يكون بالغاً، لأن الحضانة ولاية وهذا شرط محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية²، كما لا يختلف القانون في تطلب هذا الشرط لأنه من شروط الأهلية³.

(2)العقل: يشترط في الحاضنة أن تكون عاقلة، وذلك رعاية لمصلحة المحضون⁴ بحيث يتوفر لدى الشخص القدرة العقلية الكافية لتحمل المسؤولية. وبالتالي، يُستبعد من حق الحضانة الأشخاص غير الأهليين مثل المجانين أو المعتوهين. كما يتطلب الأمر أيضاً وجود رشدٍ ونضجٍ عقلي. فبالنسبة للأشخاص الذين يعانون من سوء السلوك أو السفاهة، فإنهم لا يحق لهم الحصول على حق الحضانة⁵.

(3)القدرة أو الاستطاعة: يتطلب الأمر أن يكون الشخص الحاضن قادراً على توفير الرعاية اللازمة وتلبية احتياجات الطفل الأساسية. ويشمل ذلك القدرة على توفير الطعام والمأوى والرعاية الصحية والتعليم والحماية العاطفية للطفل. وعلى سبيل المثال، قد لا يُمنح حق الحضانة للأشخاص العاجزين أو كبار السن أو المرضى الذين لا يستطيعون تلبية احتياجات الطفل اليومية.

قادراً على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية 28 فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون⁶

¹ - أنظر، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، بدون ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 149

² - أنظر، أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب القواعد في الفقه الإسلامي، مط الصدق الخيرية، مصر، 1933، ص 178

³ - أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية ط I دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2013، ص 171.

⁴ - أنظر، وهبة الزحيلي جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص 726.

⁵ - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، ص 235

⁶ - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، صفحة 390

4) الأمانة والأخلاق: يجب أن يتمتع الشخص الحاضن بالأمانة والسلوك الحسن. ويهدف ذلك إلى ضمان تربية الطفل في بيئة صحية وآمنة ومستقرة. وبالتالي، يستبعد من حق الحضانة الأشخاص ذوي السلوك الفاسد، سواء كانوا رجالاً أو نساءً.

5) الإسلام: يشترط الشافعية والحنابلة أن يكون الشخص الحاضن مسلماً، وأن الكافر ليس له حق الحضانة على المسلم. وفي هذه الحالة، يُعتبر الدين الإسلامي عاملاً مهماً في اتخاذ قرارات الحضانة. لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء أكان رجلاً أو امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد، و هو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الإستتابة فلا ولاية له على غيره.¹ ولم يشترط الحنفية والمالكية هذا الشرط، وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري فقد قضت المحكمة العليا: أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه.....²

الفرع الثاني: شروط الحضانة قانوناً

سنتطرق في هذا الفرع بالشروط الخاصة بالرجال والنساء والأجانب

أولاً: شروط الحضانة الخاصة بالرجال

وهي شروط تختص بالرجال ونوردها كالاتي:

أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت هناك حاضنة أنثى. يعني ذلك أن الرجل يجب أن يكون قرابة الدم أو الزوج للمحضونة الأنثى. يهدف هذا الشرط إلى المحافظة على العلاقة الأسرية وتوفير بيئة مألوفة ومستقرة للطفل.

أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء، مثل الزوجة أو الأم. يعتبر الرجال غالباً غير قادرين على توفير الرعاية الكاملة للأطفال، وبالتالي يتطلب وجود امرأة تكون قادرة ومؤهلة لتلبية احتياجات الطفل. يهدف هذا الشرط إلى ضمان رعاية مناسبة ونمو صحيح للطفل.

ثانياً: شروط الحضانة الخاصة بالنساء

¹ - محمد سمارة المرجع السابق، ص 390

² - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة

2008، ص 40

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية تستجيب مع واقع الحياة وتوافق تكوين المرأة والحاجات الطبيعية للصغار .

يشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي:

1- شرط عدم التزوج بأجنبي أو بقريب غير محرم
إن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أنها نصت في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون .

2- الاستقامة في السلوك:

فيشترط في الأم الحاضنة أن تكون مستقيمة في سلوكها، فإذا كانت مستهترة سقطت حضانتها، وفي غير الأم يشترط العدالة، فإن كانت سيئة السلوك، بحيث يخشى على الولد منها، فلا حضانة لها لأن في صحبتها ضياع الولد .

3- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للطفل:

يقصد بذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه أخته و جدته فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية¹ ولهن الحق في حضانة الإناث و لا حق لبني الخال والعم و العمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور²

4- ألا تقيم في بيت من يبغضه ولو كان قريبا له:

حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية
ألا تكون امتنعت عن حضانتها والأب معسر:

يسقط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إفسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة بجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر.¹

1 - أنظر، عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص 360

2 - الإمام محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي القاهرة، 1957، ص 408

5- عدم الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج مسألة إنتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

الفرع الثالث: ترتيب أصحاب الحق على الحضانة

لقد جاء في نص المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري " الم 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" يلاحظ من خلال نص المادة أن أصحاب الحق في الحضانة وفقا للقانون عديدون ولهم مراتب و درجات محددة في الشريعة والقانون أيضا، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة تم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم ودون تحديد درجة وقرابتهم من المحضون، ولهذا سنحاول من خلال هذا المطلب وإستنادا إلى قانون الاسرة والشريعة الاسلامية أن نعطي توضيح شامل لتحقيق الحضانة، وذلك بإحترام الترتيب الوارد في نص المادة 64 من ق.أ. ج

أولا: أولوية الأبوين مبدأ راع لمصلحة المحضون

1- الأم ومن يليها من أقاربها: لقد نص المشرع الجزائري على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة وهو النص الذي يستند إلى الحديث النبوي الشريف لقوله " الأم أولى بحضانة ولدها لما رواه عبد الله بن عمرو حيث جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشتكى فعل زوجها الذي حرماها من حضانة إبنها فقالت " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري هواء وثدي له قاء وإن اباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " انت احق به ما لم تتكحي".²

¹ - أنظر، محمد كمال الدين إمام أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد بدون ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 222

² - اخرجه أحمد وأبو داود والحاكم صحيحه

وعليه فلا حق في حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق وقد توقفنا كثيرا عند الام نظرا للأهمية ذلك من جهة ومن جهة أخرى فإن أغلب النزاعات المطروحة على العدالة تكون الأم تطالب بالحضانة ثم تأتي النسوة قريبات الام من بعدها لأن من أرحم الى المحضون فإذا سقطت الحضانة عن الام لزواجها بأجنبي أو لاي سبب من الأسباب السقوط أو حتى لوفااتها، تليها في المرتبة الثانية من تلي إليها بقرابة مباشرة وهي أمها لأنها أقرب وأكثر شفقة على المحضون من غيرها¹ وإذا كان المشرع قد توقف عند أم الام فحسب فإن فقهاء الشريعة الاسلامية ومن بعض القوانين العربية² لم يتوقف عندها بل تعداه إلى جدة الام وجدة أمها تطبيقا لقاعدة " أم الام وإن علت "

والملاحظة هو أن نفس الشروط الواجب توافرها في الام هي نفس الشروط الواجب توافرها في أم الام بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي وانتقال حضانة الطفل إلى جدته بقرار من القاضي³ بعد الجدة تأتي أخت الام الشقيقة أما أم الاب تأتي مرتبتها في إستحقاق الحضانة بعد مرتبة ام الام مباشرة وقد أخذ بذلك في نص المادة 64 من قانون الأسرة.

2- الأب ومن يليه من أقاربه: لقد رتب المادة 64 دائما أن المحضون بعد الخالة مباشرة وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق الحضانة عند الإمامين مالك وأبو حنيفة، وإن كانت الحضانة من حق الأب بعد الأم وقربيتها فعلى الابن أن يوفر الطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته خاصة إن كان الولد فطيما.⁴ تم تأتي مرتبة الجدة للأب بعد الاب حسب ترتيب قانون الاسرة ويبدو أن المشرع تأثر بالمذهبيين الحنبلي والشافعي اللذان يقدمان أم الاب على الاب خلافا للمذهبيين المالكي والحنفي اللذان يقدمان ام الاب على الابن نفسه.

1 - أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الاسلام، الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص

2 - المادة 139 من القانون الكويتي

3 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 31997 بتاريخ 09/01/1984.

4 - عبد الرحمان الصابوي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني المطبوعة الجديدة دمشق، ص 218

وأخيرا المذهب الشافعي الذي كما متعارف عليه الأم أولى بحضانه ابنها ثم أم الأم، وإن كلك شرط أن تكون وارثة، أما عن قريبات من المحارم من الأخت وأبي الأب على أبي الأم.¹

ب- العصبات من المحارم من الرجال: العاصب هو من يستحق التاركة كلها عند إنفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب القروض حقوقهم، والعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه وهذا حسب المادة 152 من قانون الاسرة التي نصت كل ذكر ينتمي إلى المالك بواسطة ذكر وقياسا على الميراث فإن حضانه الولد تعود لهؤلاء ... " حالة إستعراف كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة 153 من ق. أ.ج هذا الصنف حسب اربعة جهات اولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة ثم جهة الاخوة وأخيرا جهة العمومة.

وبناء على ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناءا ما جاءت به الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.

ج- المحارم من الرجال غير العصمة: إذا لم يوجد من يقوم بحضانه المحضون من محارم أو العصبات من المحارم من الرجال أو لم يكن أهلا للقيام بممارسة الحضانه انتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من غير العصبه وهم على النحو الاتي الجد للام ثم الاخ ثم ابن الاخ للام ثم العم للام ثم الخال الشقيق فالخال للاب فالخال للام.²

المطلب الثالث: خصائص الحضانه

من خلال تعريف الحضانه، يتبين أنها تهدف إلى نفع الولد لذا اعتبرت واجبة وبالتالي فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة ما يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانه نجده حقا مشتركا للحاضن والمحضون وبما أنها حق مشترك، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: الحضانه من النظام العام

الحضانه من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانه الولد لأي سبب من الأسباب، فإن الحضانه لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها، وقد تجبر الحاضنه على حضانه

¹ - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون أحوال الشخصية السوري، ج2، ط.ج، دمشق، دت، ص 218-216

² - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 220

الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيه الشروط كاملة، ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها إذا أن ذلك لمصلحة الطفل،¹ فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية مقدره، يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن القاضي.²

ثانيا: الحضانة حق مشترك

تعتبر الحضانة عملاً مادياً يتصف بصفتين متقابلتين هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار³، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به»، ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته لأنه يكون عاجزاً عن القيام بذلك بنفسه.

فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة، لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، ولتن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبدا.⁴

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 ق أ ج فاعتبرها من هذا الوجه حقا لهو من وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون واعتبرها حقا لهذا الأخير، أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق

¹ - عزيزة حسيني الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق والعلوم القانونية فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر 2001، ص 44.

² - عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي مذكرة ماجستير في الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق فرع عقود ومسؤولية الجزائر 2011، ص 42.

³ - نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة ماجستير في الحقوق جامعة بن عكنون كلية الحقوق والعلوم القانونية، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2001، ص 93.

⁴ - حسين طاهري، الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط01، الجزائر، 2009، ص 153.

حسب ظروف ومصصلحة الطفل وقد أحسن المشرع في ذلك، ويترتب على كون الحضانة حقاً لصغير ما يلي:¹

1- أن الأم التي تخالع زوجها بمقابل خلع يتمثل في ترك حقها في الحضانة، فإن الخلع لا يبطل، ولكن البديل يبطل.

2- لا يجوز للأم مصالحة زوجها بإسقاط حقها في حضانة الطفل في مقابل بدل تأخذه منه.

3- لا يجوز للحاضنة أن تمتنع عن حضانة الولد إن لم تتوفر في غيرها شروط الحضانة.

كما يترتب عن كون الحضانة حقاً للحاضن ما يلي:

- إذا أعطيت الطفل لشخص توفرت فيه شروطها فلا يحق للأب أن ينتزع الصغير من حاضنه، ليعطيه لمن هو أقل درجة.

- لا يجوز للأب نقل المحضون من بلد إقامة الحاضنة، لأنه بفعله هذا يكون قد ضيع لها حقها في الحضانة.

- إذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة، وجب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظاً لحق الحاضنة من الضياع.²

ثالثاً: الحضانة غير قابلة للتجزئة

إن المقصود بتجزئة الحضانة، هو أن يكون طلب الأم مقتصرًا على الذكور فقط دون الإناث، أو مقتصرًا على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سنًا وتترك الآخرين، رغم أن هذا بعد حقاً للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، إلا أنه ومن أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قرار، بعدم تجزئة الحضانة للأم، حيث جاء في القرار: من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، ومن جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين

¹ - بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ج 01،

"الزواج والطلاق"، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص ص 544-542

² - بدران أبو العينين بدران المرجع السابق، ص ص 544-545

الاتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعد ما تفرق الأبوان، والعمل على إبقائهم معاً، سواء كان بقاؤهم مع أمهم، أو حاضنة أخرى غير مهم، حتى يبلغوا من نهاية الحضانة، وذلك حفاظاً على الأبناء، لأنهم يمرون بمرحلة حرجة من حياتهم، لهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سبباً من أسباب سقوطها عن الأم.¹

رابعاً: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته، سواء بأجر أو تبرعاً، وهنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر، وبين معارض لذلك:

1- الحضانة بمقابل مالي: إن الحضانة عمل شاق ومتعب يتطلب إمكانيات وجهوداً مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل وبالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجره الحضانة؟

بالتعمن في المواد (75- 76 -77 -78) من ق أ ج، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجره الحضانة ليظل التساؤل قائماً حول القول بأجرة الحاضنة من عدمها. وحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 ق أ ج،² نجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة:

فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجره على حضانتها سواء كانت أمّاً أو غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه، لكونها فقيرة وليست لكونها حاضنة

¹ - سهام كريل الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مذكرة الماستر، فرع كلية الحقوق والعلوم السياسية عقود ومسؤولية البويرة 2013 ص 17.

² - تنص المادة 222 من ق أ ج على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجره الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين والد طفلها، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ولا تستحق أجره الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل، وذلك أن الأجره حسبهم ليست عوضاً

خالصاً بل هي كأجره الرضاع للأمومؤونة ونفقة، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيبَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: الآية 233] وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجر الحضانة، أما الشافعية، فالحاضنة عندهم تستحق الأجره سواء كانت أما أو غيرها، وهي غير أجره الرضاع.¹

ويرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجره الحضانة والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً، وتجبر الأم على حضانه طفلها، وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد، وإذا ذكر في العقد الرضاعة لزمته الحضانة تبعاً، وإن استؤجرت للحضانة ما يلزمها الرضاع، وإن امتنعت الأم سقط عنها حقها وانتقل إلى غيرها.

وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة خاصة وأن أجره الحاضنة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضاً للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه وبالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي، خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل يدفعه إلى الإحجام عن القيام بهذا العمل، وفي هذا ضرر بالمحضون، والمعلوم أن الحاضنة قررت لنفع المحضون لا لضرره.²

2- المدين بأجره الحضانة: أجره الحضانة غير أجره الرضاع، وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير فإن كان معسراً عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجره الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير

¹ - سامية بن قوية، أثار الحضانة في الإسلام وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية السياسية، ع01،

د.ب.ن 2010، ص152

² - سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 154

عند عدم وجود الأب، ويؤديها إلى الحاضنة، وإذا كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمرأ بالأداء، وعلى من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر.¹

3- الحضانة بالتبرع: إذا أبت أم الولد أن تحضنه بأجرة، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فإن كان لها الأجر مستحقاً على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته واجب فيه، فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه، وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقاً على الأب، فإن كان موسراً لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها، لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسراً يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به.²

¹ - عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 02، المكتب الجامعي الحديث، ط01، الإسكندرية 2005، ص194

² - سهام كريال، المرجع السابق، ص 17.

المبحث الثاني: آثار الحضانة

رتب المشرع وقبله الشريعة الاسلامية اثار ممارسة الحضانة لكل الزوجين المنفصلين، سنركز على التأثير الذي يمارسه ترتيب المشرع والشريعة الإسلامية على ممارسة الحضانة حيث تتطلب هذه الأخيرة جهوداً كبيرة في تربية الأطفال وتنشئتهم بشكل سليم، فضلاً عن النفقة التي يتعين على الوالدين توفيرها لصالح المحضون. بالإضافة إلى ذلك، يوجد حقوق يتعين على الوالدين توفيرها للأطفال المحضون، مثل حق السكن وحق الزيارة للوالد الذي تم الانفصال عنه بعد الطلاق.

سنسلط الضوء في المطلب الأول على الجهود الكبيرة المبذولة من قبل الحاضنة في تربية الأطفال المحضون وأهمية توفير النفقة لصالحهم. فالحاضنة تقوم بجهود ملحوظة لرعاية الأطفال وتنشئتهم بشكل صحيح، وعليها أن تحظى بتعويض عادل لهذه الجهود. يشمل التعويض المالي النفقة التي يتم تقديمها لصالح المحضون لتلبية احتياجاتهم الأساسية.

أما المطلب الثاني فسنحاول مناقشة حقوق المحضون التي يجب على الوالدين توفيرها. واحدة من هذه الحقوق هي حق السكن، حيث يحتاج المحضون إلى بيئة سكنية مناسبة توفر لهم العناية اللازمة وتساعدهم على النمو الصحيح. بالإضافة إلى ذلك، يمتلك الوالد الذي تم الانفصال عنه بعد الطلاق حق الزيارة، ويتوجب على الوالدين توفير هذا الحق للوالد الآخر، حتى يتمكن الطفل من الاستمرار في التواصل والتفاعل مع والده الآخر.

المطلب الاول: نفقة الحضانة

من المسلم أن الطفل يحتاج إلى رعاية واهتمام من الحاضن، بما يشمل توفير التغذية والكسوة والعلاج والسكن، وكل ما يلزم لتلبية احتياجاته الأساسية وتربيته في بيئة مناسبة وتنشئته بشكل سليم. تتطلب هذه الجهود موارد مادية، من خلال توفير نفقة المحضون، وسنناقش هذا في الفرع الأول من هذا المطلب.

أما الفرع الثاني فيتضمن الجهود التي تستحق مقابل مستقل عن نفقة المحضون، والمعروف بـ"أجرة الحضانة".

الفرع الأول: نفقة المحضون.

ان من بين الحقوق الممنوحة للطفل والمحضون وفقاً للقانون، يأتي في مقدمتها حقه في النفقة، وذلك طالما أنه لم يبلغ سن الرشد أو يعاني من عجز يمنعه من الكسب بسبب التعليم أو الصغر.¹

يلزم الأب بتحمل نفقة ولده وفقاً لعمود النسب، وهذا هو الرأي الذي أجمع عليه الأئمة الأربعة. وعلى الرغم من أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكنه تكون من مال الأب، أما إذا كان الأب لا يملك مالا، فإنه ملزماً بتوفير النفقة لولده...²

وفقاً لقانون الأسرة الجزائري، لم يتم تقديم تعريف مباشر للنفقة، بل تم التركيز على أحكامها. إذ تعتبر النفقة الأموال التي تتفق على الطفل لتلبية احتياجاته الأساسية، مثل التغذية والكسوة والعلاج والرعاية وغيرها من الاحتياجات الضرورية. يهدف ذلك إلى ضمان حياة كريمة وملائمة للطفل وتلبية حقوقه واحتياجاته الأساسية في إطار الحضانة أو الأب.

أولاً: شروط استحقاق النفقة:

1) وجوب نفقة الاب على الاولاد إذا كان موجودا او غيرها جزء من الكسب:

نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري "تجب نفقة الولد على الاب مالم يكن له مال فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة إذا كان الولد عاجزا لأفه عقلية او بدنية او مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب³، وتستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب كما يجاوز سن الرشد إذا كان ولد ذكرا وكذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج وثم الدخول بها إما إذا كانت استغنت عن النفقة بالكسب فإن نفقتها تسقط⁴ لقد اشارت المادة 75 السابقة الذكر شرطين اساسين هما:

¹ - باديس ديابي، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة المرجع السابق ص153.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

³ - لحسن بن الشيخ اث موليا، المرشد في قانون الأسرة، دون الطبعة، دار الهومة الجزائر، ص 269

⁴ - قرار المحكمة العليا عرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 138958 بتاريخ 09/03/1996 المجلة القضائية العدد الاول 1998 ص 124 وما يليها.

وفقاً لقرار المحكمة العليا (من المقرر قانوناً انه يجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب...)، يلزم الأب بتوفير نفقة لولده في حالة عدم توفر مال لدى الولد. ويتم تسقيط هذا الواجب في حالة وجود مصدر دخل لدى الولد. وفي القضية المذكورة، عندما قضى القضاة بعدم وجوب النفقة على البنت المتوفاة أو البنات العاملات ولديهن دخل، فإن قرارهم يتعارض مع القانون. وفي حالة وجود تلك التعارضات، يمكن استئناف القرار المطعون فيه وطلب نقضه.¹

• وفقاً للمادة 40 من قانون المدني الجزائري، يكون الولد مستحقاً للنفقة حتى بلوغه سن الرشد، والذي يعادل 19 عاماً. وتستمر النفقة في حالة إصابة الولد بمرض عقلي أو جسدي، أو في حالة استمراره في التعليم. وفي القضية المذكورة، قضت المحكمة العليا بوجوب نفقة الأب على الابن البالغ. أما بالنسبة للبنات، فيحق لها النفقة حتى تاريخ دخولها في الزواج، وبالتالي فإن النفقة تستمر حتى زفافها وليس بناءً على تاريخ عقد الزواج المدني، والأهم هو تاريخ انتقالها إلى منزل زوجها وبدء حياتها الزوجية.²

2) نفقة الاولاد حالة عجز الاب عن الكسب او عدم وجوب النفقة على الابن.

الأب ملزماً بنفقة المحضون باعتبار الأصل العام إذا لم يكن له مال يكفي لتلبية احتياجاته. إلا أن المادة 76 من قانون الأسرة استثنت في نصها: " في حالة عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"،³ حالة عجز الأب عن توفير النفقة، فإنه يجب على الأم تحمل نفقة الأولاد إذا كانت قادرة على ذلك. وبالتالي، يتم تحميل المسؤولية المالية للأولاد على الأم في حالة عدم قدرة الأب على توفير النفقة، شريطة أن تكون الأم قادرة على تحمل هذه النفقة.

من خلال نص المادة 76 السابقة الذكر تنتقل نفقة الاولاد من الأب إلى الأم بتوفر شرطين هما:
* حالة عجز الأب وهو اعساره أي ان يكون الأب غير قادر على الكسب.

¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 75227 بتاريخ 1998/12/25، المجلة القضائية العدد الاول 1991 ص 106 وما يليها.

² - يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة في مادة شؤون الاسرة، دار الهومة، الجزائر، 2008، ص 146.

³ - لقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

* قدرة الأم على الانفاق ان يكون لها دخل يجعلها تلبية حاجات ابنائها.

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: (من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر نشوز أحد الزوجين وتلتزم الأم بدفع نفقة الاولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها).¹

وفي حالة عجز الأب وكانت الأم غير قادرة على النفقة فان واجب النفقة ينتقل الى اقارب الأولاد الاخرين.²

3- وجوب نفقة الاصول على الفروع.

حيث نصت المادة 77 من قانون الأسرة تجب نفقة الاصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الارث.³

فالمشرع عندما نص على نفقة الأصل ونفقة الفرع لم يحدد الأصل ولا الفرع. لا والأصل هو الأب وأب الأب وان علا، والفرع هو الابن وابن الابن وان (نزل). والأصول عند الأمام مالك هم الاباء والامهات المباشرين وليس الأجداد والجدات مطلقا، سواء كانوا من جهة الاب او من جهة الأم، اما الاحناف والشافعية والحنابلة فالأصول عندهم الأب والجد وان علا، والأم وأم الأم أو الأم وام الأب وان علوا.⁴

" كما تجدر الاشارة الى ان المشرع الجزائري تكلم عن النفقة في مادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بقوله" في حالة الطلاق، يجب على الأب ان يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار .

¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف 110607 بتاريخ 14/06/1994 المجلة القضائية العدد الثاني 1995.

² - لحسن بن الشيخ اث موليا، الملتقى في قضاء الاحوال الشخصية المرجع السابق، ص 538.

³ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984

⁴ - أحمد النصر الجندي، المرجع السابق، ص 165

وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.¹ هذا ما انفق عليه الجمهور والأئمة الأربعة، على أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد، خاصة الأبناء الذين ليس لهم مال يكفيهم لمعيشتهم.

ثانيا: مشتملات النفقة.

ان النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لاقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده واقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج.²

حيث جاء في نص المادة 78 من قانون الأسرة تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته أو ما يعتبر من الضروريات في الغرفة العادة.³

هذه المادة توسعت في شرح مضمون النفقة فزيادة عن النفقة الغذائية تشمل النفقة الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما يعتبر ضروريا في العرف والعادة فيدخل فيه مصاريف العلاج بما فيها من الدواء والاستشارة الطبية.⁴

ولقد ذهب المشرع الجزائري الى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية الا انه اضاف ما يسمى بنفقة العلاج وجعله في المرتبة الثالثة لما له من اهمية كالغداء واللباس وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد ساير متطلبات العصر الحالي وازدياد حاجة الطفل القاصر للعلاج.⁵

¹ - الامر 02/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائرية الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005

² - نسيمه الامل حيقيري، نفقة المحضون وفق التعديلات المستخدمة في قانون الاسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران، العدد، 2، 27 جوان 2017، ص 104.

³ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائرية الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984

⁴ - يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، 148

⁵ - نسيمه امال حيقيري، المرجع السابق، ص 104

حيث جاء على قرار المحكمة العليا المبدأ يحق للمرأة المطلقة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة.¹

1) تقدير النفقة:

نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسالة تقدير النفقة على ما يلي يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقدير قبل مضي سنة من الحكم".²

مراعاة حال الزوجين يتوجب من القاضي التحري عن حالهما لمعرفة مصدر معيشة الزوج والزوجة ومداخيلهما كالاطلاع على قسيمة الاجرة او كشف الممتلكات وللقاضي الاستعانة بالخبراء في ذلك ولتماشي النفقة مع تغير ظروف المعيشة، باستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداء من النطق بالحكم المقدر للنفقة او الحكم المراجع لها.³

والقاضي وحدة هو الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة إن تفرض على الاب مبلغا معيناً كما انه ليس لاب ان يدفع مبلغ الذي يحدده هو بنفسه ومع ذلك بإمكان الأب ان كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه اكثر من المبلغ المحدد قضاء ولكن ليس له ان يمنحهم اقل منه.⁴

وبالرجوع الى احكام القضاء نجدها في مجملها تأخذ بعين الاعتبار حال الزواج عند تقدير النفقة حيث قضى المجلس الأعلى سابقا انه من المقرر قانون ان عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري واغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير المبلغ يجعل القرار يستوجب النقض.⁵

¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 390381 بتاريخ 10/06/2009 مجلة المحكمة العليا العدد الثاني. 2008 ص 295 وما يليها

² - القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984

³ - لحسن بن الشيخات آث موليا، المرشد في قانون الأسرة المرجع السابق، ص 285- 286

⁴ - احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 163

⁵ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32812 بتاريخ 15/12/1980، المجلة القضائية، العدد الثاني، ص105.

2- تقدير استحقاق النفقة

يعتبر النفقة حق الأفعال فعلى الحاضن ان يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي، حيث جاء في نص المادة 80 من ق.ا تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بيئة للمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.¹

تسري نفقة الأبناء المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة وممارستها لواجبات الحضانة.²

ثالثا: صندوق النفقة.

بحسب التعديل الأخير لتدابير الحصول على النفقة في القانون رقم 01-24 مؤرخ في أول شعبان عام 1445 الموافق 11 فيفري سنة 2024، والمتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة، إلى تحديد التدابير الخاصة التي تضمن للأطفال المحضونين والنساء المطلقات الحصول على النفقة المحكوم بها قضائيا لصالحهم.

وحسب هذا القانون فإنه في حالات عجز الزوج عن دفع النفقة او امتناعه أو عدم معرفة مكان إقامته، يتم دفع مستحقات النفقة من طرف الدولة ولكن لا يُسقط التزام المدين بدفعها ولا يحول دون متابعتها أمام العدالة.

كما أن الاستفادة من مبلغ النفقة المقدمة من طرف الدولة يتم بعد إيداع طلب مرفق بوثائق ثبوتية.

وينص القانون على ان إيداع طلبات الحصول على النفقة للمطلقات من طرف الدولة يتم على مستوى مكتب مخصص لهذا الغرض بكل محكمة.

¹ - القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

² - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3772189، بتاريخ 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص469.

في حين يفصل القاضي المختص في طلب الحصول على النفقة من طرف الدولة في آجال أقصاها 5 أيام.

وتتم عملية صرف النفقة المخصصة من طرف الدولة عبر صندوق النفقة المخصص لهذا الغرض في أجل أقصاه 25 يوما ثم تصبح بشكل دوري كل شهر إلى حين صدور أمر بسقوطها أو تعديلها.¹

الفرع الثاني: أجره الحضانة.

لما كانت الحضانة خدمة الطفل والقيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال، هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ المحضون خلال فترة الحضانة تستحق به اجرا يسمى اجرة الحضانة وهي تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطي حاجيات المحضون، اما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها اذا طالبت بها.²

على مستوى التشريع في الجزائر فانه لم يقل بأجرة الحضانة بالتمعن في المواد (75، 78، 77، 76) ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، سيما وإن المادة (222) من قانون الأسرة تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة.³

ذهب المذهب المالكي انه لا أجره للحضانة، اي ليس لها أجره للحاضنة أي في نظيرها وليس لها أن تتفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهذا هو قول مالك الذي رجع اليه وأخذ به ابن القاسم، بعد أن كان يقول: ينفق عليه من مال الغلام، نعم ان كانت معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة.⁴

¹ - قانون رقم 01-24 مؤرخ في أول شعبان عام 1445هـ الموافق لـ 11 فبراير سنة 2024 يتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة. من ج.ر.ج. العدد 10، 11 فبراير سنة 2024

² - القانون رقم (01/15) المؤرخ في 04 يونيو 2005، المتضمن صندوق النفقة، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد الأول بتاريخ 07 يونيو 2005

³ - شتوار زكية حميدو، المرجع السابق، ص 145

⁴ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 156

اما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجره الحضانة ان لم تكون الزوجية قائمة بينهما وبين الولد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجره الحضانة اذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل ذلك ان الأجرة حسب الأحناف ليست عوضا خالصا، بل هي كأجرة الرضاع الأم مؤونة ونفقة وبما ان النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة.¹ فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد ان تعدد السبب وما عدا هؤلاء فان باقي الحاصنات ياخذن أجره الحضانة.²

فسكوت المشرع عند أجره الحضانة لا يعني انه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها ما دامت هناك احالة الى الفقه الاسلامي بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الا انه يمكن للقاضي استنادا من المادة 222 يلبي طلب الحضانة ويحكم لها بها³ بالنسبة لأحكام القضاء الجزائري لم نجد له تطبيقات كثيرة تعالج مسألة أجره الحضانة، حتى جاء قرار المحكمة العليا ان الحكم باجره شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة اولادها والذين اسندت حضانتهم لها لا يعد مخالفة جوهرية في الجراءات لان قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد اجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليس نفس المهمة اذا اسندت لها وهي في موطنها، حتى لو لم يكن ينص عليها القانون الجزائري، لان في ذلك تشجيع لها ودفع للقيام بشؤون محضونها بكل ما تملكه من جهده.⁴

المطلب الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة

باعتبار أن الحضانة هي تربية الصغير ورعاية شؤونه لذا يجب على الاب توفير كل الظروف الملائمة من أجل نشأة الصغيرة في بيئة سليمة ليحضى برعاية والتربية اللازمة، حيث يعتبر السكن من المتطلبات والحاجيات الضرورية الحضانة ليعيش المحضون مع الحاضن سواء كان الأب أو الأم وان لم يوفر له المسكن فمصير الطفل سوف يضيع بسبب الاخلال بهذا الحق،

¹ - أحمد محمد علي دواد المرجع السابق، ص 68.

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 185.

³ - بوخاتم أمينة الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري مذكرة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق 2007 ص 66

⁴ - قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 355718 بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006 ص 477

ومن ابرز الحقوق المترتبة عن آثار الحضانة الزيارة، فهي حق لكل من الزوجين واكل من يريد رؤية المحضون في رؤيته وتكون في مكان محدد ولوقت معين وهناك عدة تدابير لحق الزيارة.

الفرع الأول: حق المحضون في السكن

مسكن الحضانة من نفقة الصغير على ابيه إذا لم يكن للصغير مال من أجل ذلك، حيث اوجب القانون ان يوفر مسكن الحضانة لولده.

حيث نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على في حالة طلاق يجب على الاب ان يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.¹

أولاً: التزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار

ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون وإن تعذر ذلك فعليه تأجرتة وهكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر على أن يوفر للحاضنة سكن لممارسة الحضانة، أو أن يدفع الإيجار² فالمشرع أوجب أن يكون السكن المهياً من قبل الأب ملائماً للحضانة.

1- توفير الأب مسكن ملائم للحضانة: لعل المقصود بالسكن الملائم هو أن يكون ملائماً للحاضنة والمحضونة معا حسب وضعية الأب وحالته الإجتماعية، وأن لا يكون قصد من إختيار السكن الإضرار بالحاضنة كوجود في مكان معزول ولا تتوفر فيه شروط العيش والنظافة عدم وجود ماء أو كهرباء.

أن تقدير ملائمة السكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة السكن المهياً، ولا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره³، وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة لممارسة

¹ - الامر 05/02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائرية الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005

² - فاطمة حداد، نفس المرجع، ص 139.

³ - باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 157

الحضانة¹ العليا للحاضنة الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم.

2- **التزام الأب ببديل الإيجار:** بالرجوع إلى نص المادة 72 من قانون الأسرة نجدتها تشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة بإستئجار مسكن لممارسة الحضانة، أو دفع بدل الإيجار ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تتفق على نفسها منه، لأن توفير السكن المستقل وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة، لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها.²

إن عبارة بدل الإيجار المنصوص عليها في نص المادة 72 في الفقرة الأولى من قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد من صاغ لأن السكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء وهي:

- الرسوم والضرائب المختلفة والتأمين عليه
- مصاريف رسم المنزل الخاصة بالمستأجر.³
- مصاريف الاستهلاك المياه والغاز، والكهرباء.

ثانيا - بقاء الحاضنة في بيت الزوجية:

جاءت في الفقرة الثانية من المادة 72 على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

إن الإجراء الذي إستحدثه المشرع ببقاء الحاضنة حتى تنفيذ الحكم في مسكن الزوجية، هذا الإجراء إن كان أستحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 079230 بتاريخ 14/05/2013 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2013 ص 276 وما يليها

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر 2008 - ص 26

³ - فاطمة حداد المرجع السابق، ص 142-143.

خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه، ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكنا للحضانة.¹

لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق، وإن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وهنا في رأينا وضع يكون في حكم المستحيل، لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية ولم يعد أحد الزوجين يطبق الجلوس مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع.²

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة أن المشرع الجزائري لم يكن موافقا في مراحل الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.³

الفرع الثاني: حق المحضون في الزيارة

إن الولد بعد طلاق والديه يبقى مع أحد الوالدين دون الآخر، وعليه إذا أسندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الآخر حق الزيارة لولده، فرعاية المحضون لا يشمل فقط الرعاية المادية فقط بل تتطلب الرعاية المعنوية خلال الزيارة.

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الآخر، الذي تستند إليه الحضانة ذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهما الأب والأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة يفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة.¹

¹ - بن شويخ الرشيد نفس المرجع، ص 260

² - عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 146.

³ - باديس ديابي، مرجع السابق، ص، 158.

حيث جاء في نص المادة 64 السالفة الذكر وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ". الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر فإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليسا لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرسا لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن تنقطع على أهله نهائيا.

حق الزيارة المنوه عليه في المادة 64 لم يكن حصريا على الأب والأم من لم تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمله أن يظل المحضون على صلة به.² ويجب على قاضي شؤون الأسرة عندما يحكم بالزيارة التي قد تكون للأب أو الجد أو لغيره من مستحقي الحضانة، ف جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أبريل 1988: (من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا ...).³ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مدة الزيارة ومكان ممارستها وهذا ما سنتطرق إليه:

أولا: مدة الزيارة

القانون الجزائري من خلال نص المادة 64 السابقة الذكر أو من خلال نصوص قانون الأسرة لم يحدد مدة الزيارة بنص صريح لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا المشرع الجزائري لم يخص مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا أو أسبوعيا أو شهريا.⁴

¹ - بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفق التشريع والقضاء الجزائري، دون طبعة، دار الهومة، الجزائر

2018، ص 262

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 159.

³ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 189181 بتاريخ 21/04/1988، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة

الأحوال الشخصية العدد الخاص 2001 - ص 192 وما يليها عن يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 125

⁴ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 160.

القاضي هو الذي يحدد أوقات الزيارة قليلة جدا إلى حد تضرر بالصغير، فقد نصت المحكمة العليا في أحد قراراتها: الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرقا للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع.¹ ما إستقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.²

ثانيا: مكان الزيارة

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع المحضون برعاية زائره ولم تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لأولاده من لكل منهما، وعلى من كان عنده الولدان يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقييد أو مراقبة فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده.³

كما نجد في الكثير من الأحيان أن حق الزيارة سيء الأوان إستخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق فيذهب الأطفال ضحية هذا النزاع ولذلك نرجوا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوان والصغار ماديا ومعنويا، ليصبح نص المادة 64 من ق أ ج يشمل عبارة الزيارة منعا لرفع البس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح، حتى لا ينبغي أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذلك.⁴

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55784، بتاريخ 16/04/1990، المجلة القضائية العدد الرابع

1991، ص126

² - باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 160

³ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 78991، بتاريخ 1990/06/30، المجلة القضائية، العدد الأول،

1992، ص.55

⁴ - بن شويخ الرشيد المرجع السابق، ص 259

الفصل الثاني:

دعاوى الحضانة والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكامها

يأتي هذا الفصل الثاني لتناول الجوانب الإجرائية والجنائية المتعلقة بهذا النظام القانوني الهام.

في المبحث الأول، سيتم التركيز على دعاوى الحضانة، من حيث تحديد الجهات المختصة بالنظر فيها، وبيان الإجراءات والشروط الواجب توافرها لرفع هذه الدعاوى. كما سيتم استعراض مختلف الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، والتي قد تكون متعلقة بتقرير الحضانة أو نزاعها أو تعديل شروطها.

أما في المبحث الثاني، فسيتم التطرق إلى الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة، كجريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون أو التعدي عليه، وكذا الإجراءات القانونية المتبعة للمطالبة بتطبيقها.

المبحث الأول: الدعاوى للحضانة

نتناول في هذا المبحث الدعاوى المتعلقة بشقيها المدني والجزائي فالدعاوى المدنية تتمثل إما في المطالبة بإسناد الحضانة لصاحب الدعوى المرفوعة أو إسقاطها عن غيره، أما الدعاوى الجزائية فتتمثل في مخالفة تنفيذ أحكام الحضانة.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة

وتتمثل هذه الدعاوى في دعوة استناد الحضانة، دعوى تمديد الحضانة. ودعوى إسقاط الحضانة.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

ويتم اللجوء إلى دعوى استناد الحضانة في ثلاث حالات حالة انفصال الزوجين سواء طلاق أو تطليق أو خلع، وفي حالة الوفاة أو الفقد.

أولاً: حالة الانفصال

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطبيقها حسب إحدى حالات المادة 53¹ من قانون الأسرة أو خلعه 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 سابقاً لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاماً الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون؟ مراعيًا دائماً في حكمه مصلحة المحضون.

¹ - المادة 53: الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون

2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، 3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، 4 - الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، 5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، 6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه، 7 - ارتكاب فاحشة مبينة، 8 - الشقاق المستمر بين الزوجين، 9 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

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 المدينة 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 المحضون 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 اعتمده 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.

وما يلاحظ على هذا القرار هو أخذه بما ذهب إليه كل من المالكية والحنفية في عدم اشتراط الإسلام في الحاضن، بشرط أن تقوم هذه الأخيرة بتربية الولد على دين أبيه. ولهذا أسقطت الحضانة عن حاضنة مسيحية عندما حاولت تربية الولد وفقا لديانته كما رأينا ذلك في قرار للمحكمة العليا عندما تطرقنا لشروط الحضانة.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005، ص 75.

² - زروني الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، د ط، 2000، ص 92

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"¹

نرى من خلال هذا القرار أن يوضح أن قرار منح الحضانة للأب استند إلى مصلحة المحضون (الطفل) بناءً على تقرير المرشدة الاجتماعية.

1. تأكيد المبدأ القانوني المستقر عليه بأن الحضانة تُمنح بناءً على مصلحة الطفل. هذا المبدأ هو أساس في قضايا الحضانة في معظم الأنظمة القانونية، حيث تعتبر مصلحة الطفل الأولوية الأولى عند اتخاذ القرارات المتعلقة بالحضانة.

2. تمنح الحضانة للأب بناءً على مصلحة الطفل. هذا القرار لم يتخذ عشوائياً، بل استند إلى تقرير يعد عنصراً مهماً في تقييم مصلحة الطفل، حيث يقدم تحليلاً موضوعياً للحالة الأسرية وظروف كل من الوالدين.

3. تطبيق القضاة لسلطتهم التقديرية في اتخاذ القرار. السلطة التقديرية تعني أن القضاة لديهم القدرة على اتخاذ قرارات بناءً على تقييمهم الشخصي للأدلة والمعلومات المقدمة أمامهم، مع مراعاة القوانين والمبادئ القانونية ذات الصلة.

4. رفض الطعن: في النهاية، يوضح النص أن الطعن المقدم ضد قرار الحضانة يجب رفضه لأن القضاة طبقوا القانون بشكل صحيح بناءً على الأدلة والتفكيرات المقدمة لهم.

ثانياً: في حالة الوفاة أو الفقد

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

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18/02/1997 فصلا في الطعن رقم 153640، قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص 39.

دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولاً في حالة فقدان إلى إصدار حكم به.

الفرع الثاني: 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: "تنقضي مدة 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

إن 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 شخصاً آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً 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".²

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضون تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه: "أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن

¹ - القانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجديدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتعم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجديدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/02/2005.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 66552، بتاريخ 10-12-1990، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1995.

السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة¹.

كما أنه وفي إطار نظر المحكمة للدعوى المطروحة أمامها، يجوز للقاضي حسب نص المادة 63 من قانون الأسرة قبل أن يصدر حكمه في الموضوع أن يسمح للأب بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني، وذلك في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه. لكن من هو القاضي المختص بإعطاء هذا الترخيص؟ هل يرجع الاختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية الذي ينظر في موضوع الدعوى؟ أم إلى قاضي الاستعجال باعتبار أن المادة لم توضح ذلك. . . ؟ لكن الأرجح في هذه الحالة أن يعود الإختصاص إلى القاضي الإستعجالي وذلك بناء على طلب تقدمه الأم إلى رئيس المحكمة، هذا الأخير يسمح لها بالتوقيع على الوثائق التي تخص الطفل بموجب أمر على ذيل عريضة.

- وقد ورد في المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة في المادة 75 مكرر : أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات المؤقتة ولا سيما تلك المتعلقة بالنفقة وحضانة الأطفال والزيارة والمسكن².

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، تطبيق أو خلع. حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

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

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 125889، بتاريخ 24-10-1995، نشرة القضاة، العدد 52، ص111.

² - المشروع التمهيدي لقانون الأسرة - جريدة الشروق ص 05 - 09/08/2004 العدد 1148.

• 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. . . !؟

ليس هناك إتجاه موحد بين القضاة في حل 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.

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 والمحكمة مكلفة بأن تحمّل صاحب الواجب واجبه وهيمن النظام العام، وعلى القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وإلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانتها؟

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلفت 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 إسقاط 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.

أ - 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 تنازلاً اختياريًا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها 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 قانوناً 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 تصرفاً رضائياً واختيارياً فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون"¹. كما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 22 من قانون الأسرة¹. وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"².

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، حيث جاء في أحد قراراتها:

"من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون"³.

وتأكد هذا التغيير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلاً غير اختياري عن الحضانة، ومن ثمة فإن طلاقها من

¹ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 102886 نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ 19/04/1994.

² - قرر المحكمة العليا ملف رقم: 40483 مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ - 05/05/1986.

³ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 201336 - الإجتهد القضائي: غ. أ. ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1998/07/21.

هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون¹.

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

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"².

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون³.

وعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم. هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبب الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية؟

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدينة أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصالحها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي

¹ - قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 المجلة القضائية - العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21

² - قرار محكمة عليا ملف رقم: 51894 - ص 70 بتاريخ: 1988/12/19

³ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 189234 - غ. أ. ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1998/04/21

إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقاً ما يمنع من الاستجابة إليه¹.

وجاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بأن مسألة إثبات التنازل لا يمكن أن يكون إلا بموجب حكم أمام القاضي، وأن المحضر الذي يستند عليه المستأنف والمجسد على حد تعبيره لتنازل المستأنف عليها عن حضانة الولدين والمؤرخ في 22/05/1997 لا يمكن الاعتماد عليه البتة في إثبات التنازل هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الأم وإن تنازلت عن الحضانة يبقى دائماً دور القاضي في استشفاف المصلحة الخاصة بالولدين لأن الحق هو حقهما كما يقول الإمام مالك في المدونة الكبرى: وما إناطتها بالأم إلا لحسن الرعاية. وهو عين ما توخته أحكام المادة 62 وما يليها من قانون الأسرة².

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا: "أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائياً من إعادة إسنادها لها، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك"³.

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 هي ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزع أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون⁴.

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناء على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ¹.

¹ - قرار: غ. أ. ش لمجلس قضاء المدينة - رقم الجدول 175 / 2002 - فهرس 79 / 2002 بتاريخ 2002/05/11

² - قرار: غ. أ. ش لمجلس قضاء المدينة رقم الجدول 924 / 2001 / 2001 الفهرس 10 / 2002 ب: 2002/01/26

³ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 220470 غ. أ. ش. عدد خاص 2001 ص 181 بتاريخ: 1999/04/20

⁴ - عبد العزيز سعد - المرجع السابق ص 295.

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدينة والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوماً المصلحة العليا والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنواناً 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 بناءً على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانتها 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:

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 قانوناً للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلاً ومنطقاً ومنها على سبيل المثال:

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

- إذا كان صاحب الحضانة جاهلاً بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها 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 شرعاً 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 خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية¹.

وجاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها².

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقاً للقانون: "من المقرر قانوناً أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون"³.

إلا أن هناك تغيير في اتجاه المحكمة العليا أيضاً في قراءتها للمادة 68 السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقاً لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون⁴.

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 طبقاً 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. ؟ !

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

² - قرار محكمة العليا ملف 388225 - نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ: 02/12/1985

³ - قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ: 05/02/1990

⁴ - قرار المحكمة العليا الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 18/05/1999 ص 185

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.

أ - سقوط الحضانة عند إختلال شروطها: إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم إتصلت بالإلتزامات 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 محله¹.

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.

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة (أم الأم) تسقط عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون³.

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا⁴.

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة⁵.

¹ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50270 بتاريخ: 1988/11/07

² - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 33921 بتاريخ: 1984/07/09

³ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50011 بتاريخ: 1988/06/20

⁴ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 31997 مجلة قضائية - عدد 1989/01 ص 73 بتاريخ: 1984/01/09

⁵ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 179471 - ص 172 بتاريخ: 1998/03/17

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمدينة اعتبرت أن إستناد الطاعن في دعوى اسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس لآ به يعمل ولا عليه يعول¹.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة².

وهذا ما أكد عليه أيضا المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في الحضانة وحققها في العمل.

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 موكل للقاضي انطلاقا من قناعاته ومصالحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.³

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل 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 ومصالحه 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 برود⁶.

¹ - قرار غ. أ. ش مجلس قضاء المدينة رقم الجدول 1268 / 2001 - فهرس: 2002/50 بتاريخ 2002/04/06

² - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 245156 - عدد خاص 2001 - ص 188 بتاريخ 2000 / 07/18

³ - العربي بلحاج - المرجع السابق - ص 389

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

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

⁶ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 43594 - نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ: 1986/09/22

كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي¹.

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

ونشير في نهاية هذا المطلب إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة: فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون ويكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة،

و للقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعد في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير².

المطلب الثاني: الإشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق احكام الحضانة

لقد رتب المشرع الجزائري آثار قانونية لممارسة الحضانة إلا أنه من خلال الممارسة القضائية قد تثار اشكالات منها:

الفرع الاول الاشكالات القانونية المتعلقة بممارسة الحضانة

تعتبر كل من النفقة والزيارة من آثار اسناد الحضانة وهي حقوق أقرها المشرع إلا أن هناك بعض الإشكالات تظهر خلال الممارسة، فطبقا للمادة 65 من قانون الأسرة الجزائري تنقضي الحضانة بالنسبة للذكور في سن 16، حيث يثار إشكال في حالة ما إذا تقاعس الأب عن دفع النفقة الواجبة عليه بعد انقضاء الحضانة وعدم توافر الأهلية للطفل للمطالبة بالحقوق أمام القضاء، فمن يتولى رفع الدعوى باسم القاصر؟. وحسب نص المادة 02/64، فقد أوجب المشرع على القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما ممن تتوفر

¹ - قرار المحكمة العليا ملف رقم: 32594 - بتاريخ: 1984/04/02.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، الجزائر، 1996، ص 370.

فيهم الشروط القانونية أن يحكم بحق الزيارة للمحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب من له الحق ذلك¹، ويكون الحكم معيبا إذا نطق بالحكم بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة ومنطلق ذلك أنه تكريس لمبدأ مصلحة المحضون. ولكن الملاحظ أن حق الزيارة ممارسة يكون محصورا على الأب والأم ودون غيرهم، فهل يمكن أن يتعدى حق الزيارة الى غير الأب والأم ممن لهم مصلحة مراعاة المحضون كالجدة والعم والخال وقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بحق الزيارة للجد.²

ومما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد وقت الزيارة ومكانها ومدتها ولا الحالات التي تسقط فيها بل ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

وكما هو معروف أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه المحضون بالغير ولكن الإشكال المطروح إذا قام المحضون بتصرف غير قانوني الحق به ضررا بالغير أثناء وجوده مع المحكوم له بحق الزيارة، فمن هو المسؤول الحاضر أم الشخص الذي استعمل الحق في ممارسة الزيارة؟

يرى عبد العزيز سعد أن المسؤول عن تصرفات المحضون في هذه الحالة هو الشخص الذي استعمل الحق في الزيارة المحكوم له بها قضاء لأن المحضون كان تحت سلطته الفعلية ورقابته³.

الفرع الثاني الإشكالات القانونية المتعلقة بتقدير مصلحة المحضون.

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من القواعد والضوابط التي يستطيع القاضي من خلالها تحقيق أهداف الحضانة أهم هذه القواعد، قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وقد حظيت هذه القاعدة باهتمام كبير الى درجة أنها أصبحت والمعيار الوحيد الذي يفصل القاضي على أساسه في كل ما يتعلق بالحضانة، إما بإسنادها لمن يستحقها أو إسقاطها أو تمديدتها وهذا بناء على سلطنة التقديرية.

و تقدير مصلحة المضمون تعتبر إحدى إشكاليات دعوى الحضانة المعقدة لأنها مسألة مرنة ونسبية لا قواعد ثابتة لها، لهذا لم يتم تحديد مفهوم معين لها وذلك لتغيرها بتغير الظروف

¹ - نورة منصوري، التتطبيق والخلق وفق الشريعة والقانون، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 98-99

² - المجلة القضائية، القرار رقم، 214290 الصادر بتاريخ، 15/12/1998 عدد خاص، 2001، ص 192.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 139.

والاحوال والعادات والزمان والمكان وبالتالي ترك المشرع الحرية للقاضي في تقديرها وتفسيرها حسب كل حالة وكل ظرف وكذلك حسب الوقائع المعروضة أمامه في كل دعوى على حدة حيث ينظر القاضي الى مصلحة كل طفل لوحده فهي تختلف من طفل لآخر بحسب الظروف والصنف والجنس وما يصلح في وقت قد لا يصلح في وقت آخر .

ولكي يتمكن القاضي من تقدير المصلحة بصفة دقيقة خوّل المشرع سلطات حيث يمكنه أن يلجأ الى عدة وسائل كإجراء تحقيق وسماع الشهود والاستعانة بخبراء وغيرها¹ وذلك لتكوين قناعته بما هو صالح للمحضون.

وعلى الرغم من الاهتمام الذي حظيت به الحضانة وكذا التوسع والمرونة التي تركها المشرع للقاضي في تقدير مصلحة المحضون، إلا أن هناك بعض النقاط التي يجب إعادة النظر فيها وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، حيث أغفل المشرع الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة وكان عليه النص على مصير الطفل بعد ذلك، هذا بالإضافة الى التقصير الملاحظ في تحديد شروط مستحقي الحضانة بشكل دقيق ليتسنى للقاضي تحديد مصلحة المحضون.

كما أن المشرع لم يبين ما هو الحل إذا تعدّد مستحقي الحضانة من درجة واحدة او في حالة تخليهم عن الحضانة جميعا. وأما في المادة 65 من قانون الاسرة الجزائري والتي تنص على انتهاء الحضانة وتحديد وتمديد حضانة الطفل الذكر الذي أتم 10 سنوات الى غاية 16 سنة حصر طلب التمديد على الأم فقط دون غيرها من الحاضنين بحيث لا يمكن لأحد آخر طلب التمديد، وعليه لا يمكن للقاضي الحكم بتمديد الحضانة إذا كان المحضون عند شخص آخر غير الأم حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد.

الفرع الثالث: الاشكالات القانونية المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط.

يعتبر موضوع إسناد حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط من أهم المواضيع القانونية وأدقها لما تثيره من إشكالات حادة، منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة في إطار الزواج المختلط وبالخصوص في ظل غياب نص قانوني وهو ما فسح المجال للاجتهاد القضائي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عند محاولة البت في تنازع القوانين في مسائل الحضانة ولا يتوقف الأمر عند هذا الإشكال بل يمتد الى الآثار القانونية المترتبة عن إسناد

¹ - سرين إناس عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 141.

الحضانة كإشكالات ممارسة حق الزيارة وكذا تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بممارسة حق الحضانة في دولة التنفيذ.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على قانون الجنسية¹، إلا أنه قد تعترض القاضي عند تطبيق قاعدة الإسناد على منازعات الحضانة بعض الصعوبات كأنعدام الجنسية أو تعددها أو تغييرها والتخلي عنها خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد تحكم منازعات الحضانة لضمان مصلحة المحضون، وبهذا الرأي وهو عدم تكريس قاعدة إسناد الحضانة أخذت معظم التشريعات حيث حققت الحضانة بالقانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج وقت رفع الدعوى وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، إذا أدرج المواد (62-72) من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق حيث يفهم منه أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى²، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج طبقاً للمادة 13 من قانون المدني الجزائري، وبالرغم من الحلول المستقرة في مجال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا والتي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري، هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات المبرمة بهذا الشأن، إلا أن هذه الإجراءات غير كافية، بل يجب على المشرع الجزائري وضع ضابط إسناد يضبط مسألة الحضانة مع منح القاضي مجالاً واسعاً لتطبيق القانون الأفضل للطفل لضمان مصلحة المحضون.

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص 139-

² - إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 231

المبحث 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

ومنه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه وأهم صور هذه الجريمة مثل: جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، وجريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

المطلب الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته إلى حاضنه

تنص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20001 إلى 100000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاز المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به....²

وإن كان نص المادة 328 عقوبات يمثل الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، فسوف نستعرض فيما يلي كل من الركنين المادي والمعنوي وكذا عقوبة هذه الجريمة، من أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون، حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته، وحاولنا أن نبين كيف تؤثر رابطة البنوة في وجود وقيام جريمة عدم تسليم القصر لمن حكم له بحضانتهم.

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل الحاضنه

ينصب الركن المادي لجريمة عدم تسليم طفل قاصر محكوم بحضانته على فعل عدم التسليم، فهذه الجريمة تعتمد على نشاط سلبي من الجاني الذي صدر ضده الحكم بالحضانة، وهو الامتناع عن تسليم القاصر امتثالا لما جاء في الحكم القضائي. وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعاً أو متجدداً، بخلاف الجريمة المستمرة استمراراً ثابتاً، فإن الأمر المعاقب

¹ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 124

² - مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري قسنطينة: ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية، 2005، ص 148.

عليه يبقى ويستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجاني، وعلى ذلك ففي حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعاً لا تكون محاكمة الجاني إلا على أفعاله السابقة على رفع الدعوى، وفي حالة استمرار الحالة الجنائية بعد الحكم، فإنها تكون جريمة جديدة يصح معاقبة الجاني من أجلها مرة أخرى ولا يجوز له أن يتمسك بسبق الحكم عليه¹. إذن فجريمة الامتناع عن تسليم القاصر هي جريمة مستمرة متجددة، وبالتالي يجوز محاكمة الممتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع عن تسليم القاصر²، وبهذا قالت محكمة النقض المصرية، وقررت أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لا يجدي المتهم³.

كما تعتبر جريمة الامتناع عن تسليم القاصر إلى من له الحق في حضانته من الجرائم السلبية البسيطة، أي أن ركنها المادي يقوم بمجرد امتناع لا تعقبه نتيجة إجرامية، أي أن النص يقتصر على الإشارة إلى الامتناع، فيقرر من أجله العقوبة وتعتبر الجريمة تامة به⁴، وإن كان مجرد الامتناع عن التسليم كافياً لقيام الركن المادي للجريمة، إلا أن المادة نصت على بعض الشروط التي لا بد من توافرها وهي متعلقة بصفة الجاني وكذا المجني عليه ووجوب صدور حكم قضائي بالحضانة، وسوف نحاول شرح هذه الشروط فيما يلي:

1) صفة الجاني في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون

جاء في نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري التأكيد على صفة الجناة في جريمة الامتناع عن تسليم القاصر إلى حاضنه وهم الأب والأم أو أي شخص آخر، وإن كانت صفة الجاني واضحة لا تستدعي أي شرح بالنسبة للأب والأم فهما الأصلان الشرعيان المباشرين للطفل، فإن عبارة أو أي شخص آخر، تجعلنا نتوقف عندها لمعرفة من هم الأشخاص الآخريين الذين يطالهم نص المادة 328 عقوبات. هل هم أقرباء الصغير ممن لهم حق الحضانة عليه؟ أم أي شخص آخر لا صلة له به ولا حق له في حضانته؟

¹ - عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع، الإسكندرية دون دار، نشر، دون سنة نشر، ص 274، 275

² - عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، المحلى الكبرى، مصر، دار الكتب القانونية، 2006، ص 213

³ - نقض مصري، قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، بتاريخ 07 ماي 1931، تحت رقم ج 02 ق 258 مشار إليه ينظر محمد عبد الحميد الألفي الجرائم السلبية في قانون العقوبات الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 63، 64

⁴ - مزهر جعفر، جريمة الامتناع دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 96

ومن أجل الإجابة عن هذه السؤال لابد من الرجوع إلى نص المادة 327 من قانون العقوبات التي جاء فيها : "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ، فوجد أن هذا النص جاء عاما ، فأى شخص يقوم برعاية الطفل، كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا يقوم بتسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به بعد مقترفا لجريمة عدم التسليم، وفي هذه المادة لم يشترط القانون صدور حكم يقضي بالتسليم، ذلك أن من لهم الحق الطبيعي في الحضانة هم المطالبين بالطفل من الغرباء عنه.¹

إذن فنص المادة 327 عقوبات لنا نستبعد الغير الذين ليس لهم الحق في الحضانة من الجناة المنصوص عليهم في المادة 328 عقوبات، فالفرق بين المادتين 327 و328 عقوبات أن الأولى تنطبق على كل شخص وضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن تسليمه، أما المادة الثانية فتطبق فقط على الأبوبين والأقرباء الذين لهم حق حضانتهم شرعا في حالة امتناعهم عن التسليم لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بمنح الحضانة للمطالب بها، على العكس من الحالة الأولى التي لا يشترط فيها ذلك.

(2) صفة المجني عليه (المحضون):

القاصر المنوه عنه في المادة 328 عقوبات، هو كل طفل لم يكمل سن الرشد، وهو تسعة عشر سنة حسب ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني، غير أن موضوعنا متعلق بالقاصر بالنظر إلى الحضانة، ومن ثمة فإن تحديد السن يجعلنا نرجع إلى قانون الأسرة، أي المادة 65 التي سبق شرحها في الفرع السابق، وبالتالي فإن الطفل الذكر لابد أن يكون سنه أقل من ستة عشر سنة والفتاة أقل من تسع عشر سنة.²

كما يجب أن يثبت فعلا أن الطفل المطلوب تسليمه موجود حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع عن التسليم، أما إذا كان الطفل موجود في منزل الأسرة التي يعتبر المتهم أحد أعضائها، ولكن المحضون يوجد تحت المسيلة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس المنزل، فإنه لا يمكن أن يعتبر المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم التسليم، فلا يمكن متابعتة ولا معاقبته.³

¹ - بن وارث م، مذكرات في القانون الجزائري الجزائي القسم الخاص، دار هوم، الجزائر، 2003، ص ص 164-165.

² - مكي دردوس، مرجع سابق، ص 149.

³ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط 02، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 125.

3) صدور حكم قضائي بالحضانة للمطالب بالتسليم:

يشترط في الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نافذاً، سواء كان الحكم نهائياً أو مؤقتاً، كما هو الشأن في الأوامر القضائية المشمولة بالنفذ المعجل، ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قضت بعدم قيام جريمة الامتناع عن التسليم، لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف.¹

ويستوي أن يكون هذا الحكم قد صدر عقب دعوى طلاق، أو صدر بصدد دعوى مستقلة يرفعها كل من يرى بأن له الحق في الحضانة، كما يستوي أن يصدر الأمر بإسناد الحضانة نهائياً أو بصفة مؤقتة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل الحاضنه

جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه جريمة عمدية، ويتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام، ويتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني، الأب أو الأم أو أي شخص ممن لهم الحق في الحضانة، بأن الطفل موجود لديه وكذا علمه بصدر حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تتصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم الطفل إلى عصيان الحكم الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى شخص غيره، مع علمه بصدر هذا القرار وأن الطفل موجود تحت رعايته، وعلى ذلك إذا امتنع عن التسليم لأنه كان يظن أن الحكم بالحضانة لم يصبح نهائياً لعدم تبليغه به مثلاً، فينتفي القصد الجنائي بذلك لعدم اكتمال العلم. وإضافة إلى عنصر العلم يتوجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل عدم التسليم حقيقة²، فإذا كان الطفل مفقوداً عند حلول وقت التسليم فإن الجريمة لا تقوم لاستحالة التسليم.

وتطرح مسألة القصد الجنائي هنا عدة إشكالات عملية منها: تمسك الممتنع عن تسليم الطفل بأن الطفل هو الذي يرفض الالتحاق بحاضنه، وإن لم يقرر القانون حلاً لهذا الإشكال فإن القضاء الجزائي تعرض لهذه المسألة، فني حكم صادر عن محكمة سيدي عيش قضى ببراءة أم، كانت تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضى له بحضانتهم،

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 جوان 1996، ملف رقم 132607، نقلاً عن أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 173.

² - محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص 61، شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 155.

فلما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم، حكمت المحكمة ببراءتها.¹

إضافة إلى كل ما تقدم، وكما هو واضح في نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، فإن جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من حكم له بحضانته هي جنحة، عقوبتها الحبس من شهر واحد إلى سنة والغرامة من 20001 إلى 100000 دج، كما أن العقوبة قد ترفع إلى ثلاث سنوات حسب الفقرة الأخيرة من المادة 328 عقوبات في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الجاني.

المطلب الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إن هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة لما لهما من اشتراك في موضوع و في الهدف، ولما لهما من في اشتراك في الخضوع لعقوبة موحدة، إذ أضافت المادة 323 سابقة الذكر: "... وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعها فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير عن خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"²

الفرع الأول: العنصر المادي

يتمثل في عدة صور وحالات وهي:

- اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.
- اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها.
- وأیضا تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه وإبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب.

الفرع الثاني: توفر الحكم القضائي

لابد من توفره في هذه الجريمة، وذلك لأن الشخص المخطوف من الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه، إذ لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ.³

¹ - قضية رقم 3347/01 بتاريخ 07 جانفي 2002، غير منشورة، مشار إليها في، بن وارث م، مرجع سابق، ص 165

² - المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006.

³ - بوتريبات عائشة، وبوجمعة نجاة، المرجع السابق، ص 59

الفرع الثالث: عنصر القصد أو النية الإجرامية

يعد ركنا من أركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي، ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بوقائع الجريمة، ولهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون ممن وكلت إليه، حضانته، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف، ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة والتحديد له.¹

المطلب الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

إن منطق الأمور يقود إلى القول بأن ممارسة حق الزيارة لا يجب أن يعرقل بأي حال من الأحوال ممارسة حق الحضانة، كما لا يجب أن ينفذ جبرا حفاظا على نفسية المحضون وبالمقابل ليس لصاحب حق الزيارة التعسف في استعمال حقه كأن يحتفظ بالمحضون عنده أكثر من المدة المحددة قضاء.²

وللقيام جنحة الامتناع عن تسليم الطفل لا بد من توافر العناصر الآتية:

الفرع الأول: العنصر المادي

لكون في مواجهة العنصر المادي لجنحة عدم تقديم طفل لمن لهم الحق في المطالبة به لا بد أن يتحقق شرطان، وهو أن يكون الطفل موضوعا تحت رعاية الجانح، وأن يمتنع هذا الأخير عن تسليمه.

حسب ما قضت به المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أنه كل من يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق بالمطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البننتين ولم يلجأ إلى أي مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل أن البننتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى

¹ - بن عصمان نسرین إناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2008/2009، ص156

² - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، ص 200.

والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي، ومتى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقاً للقانون لعدم توفر الركن المادي، مما يستوجب النقض.¹

الفرع الثاني: العنصر المعنوي

يجب أن تكون نية الجانح متوجهة إلى إخفاء الطفل مهما كان الباعث، وعدم تقديمه لمن له الحق بالمطالبة به.²

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 14/02/1989 أنه: "من المقرر قانوناً أن يعاقب بالحبس والغرامة كل شخص يمتنع عن تسليم قاصر لمن له الحق في المطالبة به بموجب حكم قضائي نهائي، ولما ثبت أن الطاعن الحالي يرفض تمكين الأم من زيارة أبنائها، واستغرق المهلة المعطاة له لأجل ذلك، فإن قضاة الموضوع قد اقتنعوا بما فيه الكفاية على قيام عناصر الجريمة المتابع بها، ولم يخالفوا أي نص قانوني مما يتوجب رفض الطعن".³ ويشترط كذلك:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي به. أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة لأحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.
- أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه. إلا أن الأغرب في القضاء الجزائري أنه لم يعتبر الامتناع عن تسليم المحضون سبباً من الأسباب المسقطة للحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب على فعله جزائياً. وهذا ما تبناه المجلس الأعلى في قراره الصادر في 14/05/1969 بقوله: "من المقرر شرعاً أنه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعاً ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة إلى أبيه أو غيره، وحيث فضلاً عن ذلك أن عدم تسليم الولد المحضون في مثل هذه المادة جنحة أدت

¹ - قرار رقم 130691 صادر في 14/07/1996، م، ق، 1997، ع، 1، ص 153، عن سايس جمال الاجتهاد القضائي في مادة الجنح والمخالفات، ج 2، المرجع السابق، ص 357.

² - آث ملويا لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 39-40

³ - قرار رقم 54930 صادر في 14/02/1989، م، ق، 1995، ع، 2، ص 181

إلى عقاب جنائي لا إلى سقوط الحق في الحضانة، وعليه فإن مجلس الجزائر إذا قضى على ذلك الوجه لم يببر قراره تبريرا قانونيا مما يترتب عنه النقض والإلغاء.¹ "

¹ - قرار صادر في 14/05/1969، م ع نقلا عن بلحاج العريبي، قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحد التعديلات، ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010، المرجع السابق ص 335.

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق لموضوع دعاوى الحضانة والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكامها، تبين لنا أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماماً كبيراً بمصلحة الطفل عند إسناد حضانته. فقد منح القاضي سلطة تقدير هذه المصلحة عند تحديد من يتولى حضانة الطفل في حال انفصال والديه، باعتبار الطفل هو المتضرر الأول في بيئته الأسرية، خاصة في حالات الطلاق التي غالباً ما يكون ضحيتها الأطفال. ومن المؤسف أن قضايا الطلاق هي الأكثر شيوعاً في المحاكم، وتتضمن مسائل الحضانة باعتبارها جزءاً تابعاً لدعاوى الطلاق.

إن حماية الطفل المحضون في حالة طلاق والديه تعد جزءاً لا يتجزأ من قضية الطلاق ذاتها. وقد تبين من خلال البحث أن الحضانة تشمل رعاية الطفل والاهتمام به وتربيته تربية صالحة، بالإضافة إلى توفير جو من الهدوء والاستقرار النفسي له. كما تتضمن الحضانة توفير السكن الملائم للطفل والإنفاق عليه وتلبية احتياجاته الأساسية.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، وجدنا أنها موضوع حساس ومعقد يتطلب مراعاة مصلحة الطفل المحضون كمعيار أساسي. المشرع الجزائري ترك تقدير هذه المصلحة للقاضي، خاصة في ظل انتشار ظاهرة الطلاق وما يترتب عليها من قضايا حضانة.

القاضي يواجه تحديات عديدة، منها ضرورة البحث عن مصلحة المحضون وسط كثرة القضايا، ما قد يمنعه من إجراء تحقيقات كافية. في المجتمعات الغربية، توجد جمعيات متخصصة تساعد في حماية حقوق الطفل، وهو ما نفتقده في الجزائر، مما يستدعي دعم القاضي بمتخصصين نفسانيين واجتماعيين وأطباء.

قانون الأسرة الجزائري يركز على أهداف الحضانة مثل رعاية الطفل وتعليمه وتربيته وحمايته. لكن هناك نقص في تفصيل بعض الشروط، مثل كيفية مراقبة تربية الطفل على دينه إذا كانت الحضانة لدى أم غير مسلمة.

المشرع الجزائري بحاجة لتوضيح الأحكام بدقة، مثل تحديد شروط الحضانة، ترتيب أصحاب الحق فيها، ومعنى حق الزيارة. كما يجب مراجعة الأحكام المتعلقة بتمديد حضانة الذكر وسقوط الحضانة في بعض الحالات.

حيث أنه فيما يتعلق بشروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع بعبارة ويشترط في الحاضن ان يكون أهلا لذلك حسب المادة 62 من قانون الاسرة الجزائر فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في للحاضن وترك ذك للقاضي .

كما ان المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري عندما عدد مستحقي الحضانة جاء بعبارة " الأقربون درجة " ولم يبين المقصود بها وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود الاقربين درجة أو عدم كفائتهم فلم تسند الحضانة .

وجاء المشرع بنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل بغية حماية المحضون وحفظه ووقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية ومن خلال هذه المادة منح المشرح حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات ولم يحدد مواصفات سكن الحضانة ولم يحدد المكان التي تمارس عليه الحضانة وفي الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص " وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " تطرح مشكل الجمع بين اجنبيين اذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن

والملاحظ ان المواد المتعلقة بالحضانة كلها تقريبا جاءت بعبارة مع مراعاة " مصلحة المحضون " مما يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم هو مصلحة المحضون . وهذا يعني أن المشرع ترك مهمة تقدير مصلحة المحضون للقاضي عندما تعرض عليه قضية متعلقة بالحضانة فالمشرع ترك المجال واسع لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته التي تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون .

فكان على المشرع ان يسهل على القاضي مهمته في توضيح الأحكام وعدم احالته الى مبادئ الشريعة في كل مرة .

رغم التعديلات الأخيرة التي قام بها المشرع الجزائري لقانون الأسرة وذلك رغبة منهم في تحقيق حماية افضل للمحضون إلا أنه مازالت تشوبها بعض النقائص من الاحسن ان يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف اليها .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا : القرآن الكريم

ثانيا: النصوص القانونية

أ- القوانين

- القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري الجديدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/02/2005.

- القانون رقم (01/15) المؤرخ في 04 يونيو 2005، المتضمن صندوق النفقة، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد الأول بتاريخ 07 يونيو 2005.

- القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006.

ب- القرارات والأحكام القضائية

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32812 بتاريخ 15/12/1980، المجلة القضائية، العدد 2، 1980.

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

قرار المحكمة العليا ملف رقم : 32594 - بتاريخ : 1984/04/02.

- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 31997 مجلة قضائية - عدد 1989/01 ص 73 بتاريخ: 1984/01/09

- قرار المحكمة العليا ملف 32829 مجلة قضائية عدد 01 / 1999 بتاريخ: 1984/07/09.

- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 33921 بتاريخ: 1984/07/09

- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09.

- قرار محكمة العليا ملف 388225 - نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ: 1985/12/02

- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 40483 مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ - 1986/05/05.

- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50011 بتاريخ: 1988/06/20
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 50270 بتاريخ: 1988/11/07
- قرار محكمة عليا ملف رقم: 51894 - ص 70 بتاريخ: 1988/12/19
- قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ: 02/05 / 1990
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55784، بتاريخ 1990/04/16،
المجلة القضائية العدد 4، 1991.
- قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 75227 بتاريخ 1998/12/25، المجلة
القضائية العدد 1، 1991.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 78991، بتاريخ 1990/06/30،
المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم : 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب :
- 1993/06/23
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 102886 نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ
1994/04/19.
- قرار رقم 66552، بتاريخ 10-12-1990، المجلة القضائية، العدد 2، المحكمة العليا، غرفة
الأحوال الشخصية، سنة 1995.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم : 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ :
- 1995/11/21
- قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف 110607 بتاريخ 1994/06/14 المجلة
القضائية العدد الثاني 1995.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 125889، بتاريخ 1995-10-24،
نشرة القضاة، العدد 52.
- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 جوان 1996، ملف رقم 132607.
- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18/02/1997 فصلا في
الطعن رقم 153640، قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1997.

- قرار رقم 130691 صادر في 14/07/1996، م، ق، 1997، ع، 1، ص 153، عن سايس جمال الاجتهاد القضائي في مادة الجرح والمخالفات، ج 2
- قرار المحكمة العليا عرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 138958 بتاريخ 09/03/1996المجلة القضائية العدد1، 1998.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 189234 - غ. أ. ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1998/04/21
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 179471 - ص 172 بتاريخ: 1998/03/17
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 201336 - الاجتهاد القضائي: غ. أ. ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1998/07/21.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 220470 غ. أ. ش. عدد خاص 2001 ص 181 بتاريخ: 1999/04/20
- قرار المحكمة العليا الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 18/05/1999.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 المجلة القضائية - العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 245156 - عدد خاص 2001 - ص 188 بتاريخ 18/07/2000
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 189181 بتاريخ 21/04/1988، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص 2001.
- قرار غ. أ. ش مجلس قضاء المدينة رقم الجدول 1268 / 2001 - فهرس: 2002/50 بتاريخ 2002/04/06
- قرار: غ. أ. ش لمجلس قضاء المدينة - رقم الجدول 175 / 2002 - فهرس 2002/79 بتاريخ 2002/05/11
- قرار: غ. أ. ش مجلس قضاء المدينة رقم الجدول 924 / 2001 الفهرس 10 / 2002 ب: 2002/01/26

- الامر 02/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائرية الجديدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005
- قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 355718 بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2006.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3772189، بتاريخ 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2007.
- قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 390381 بتاريخ 10/06/2009 مجلة المحكمة العليا العدد2. 2008.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 079230 بتاريخ 14/05/2013 مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2013.

ثالثا: الكتب

1. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، ج3، رد المختار على الدرر المختار، طبعة دار الفكر، بيروت، 1421هـ.
2. أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب القواعد في الفقه الإسلامي، مط الصدق الخيرية، مصر، 1933.
3. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، 03، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
4. آث ملويا لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائي، دار هومه، الجزائر، 2002.
5. أحمد بخيت الغزالي عبد الحلیم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط1. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 - 2009.
6. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، 1998م، الدار الجامعية للنشر، بيروت.
7. أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الاسلام، الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
8. الإمام محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي القاهرة، 1957.
9. باديس ديابي صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة.

10. بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ج 01، "الزواج والطلاق"، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.
11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005.
12. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر 2008.
13. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفق التشريع والقضاء الجزائري، دون طبعة، دار الهومة، الجزائر 2018.
14. بن وارث م، مذكرات في القانون الجزائري القسم الخاص، دار هومه، الجزائر، 2003.
15. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، من دون سنة نشر.
16. حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط01، الجزائر، 2009.
17. خالد عبد العظيم أبو غابة حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2013.
18. الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريير ، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، من دون سنة نشر.
19. رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون، ط1 الإسكندرية، 2011.
20. الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، المطبعة البهية المصرية، 1317هـ.
21. زروني الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، د ط، 2000.
22. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل - دار هومه، ط3، الجزائر، 2011.
23. سمير عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، 1989م، دار المنار للنشر، القاهرة..

24. عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، المحلى الكبرى، مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
25. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون أحوال الشخصية السوري، ج2، ط.ج، دمشق، دت.
26. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
27. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط 02، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
28. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، الجزائر، 1996.
29. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي.
30. عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع، الإسكندرية دون دار، نشر، دون سنة نشر.
31. عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2007.
32. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2008.
33. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 02، المكتب الجامعي الحديث، ط01، الإسكندرية 2005.
34. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
35. محمد عبد الحميد الألفي الجرائم السلبية في قانون العقوبات، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2003.
36. محمد كمال الدين إمام أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد بدون ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.
37. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، بدون ط دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

38. مزهر جعفر، جريمة الامتناع دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
39. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وإنحلاله، ج1، ط8، 2000م، دار الوارث للنشر، بيروت.
40. مكي دروس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري قسنطينة: ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية، 2005.
41. نسيمه الامل حيقيري، نفقة المحضون وفق التعديلات المستخدمة في قانون الاسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران، العدد، 2، 27 جوان 2017.
42. وهبة الزحيلي جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.
43. يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة في مادة شؤون الاسرة، دار الهومة، الجزائر، 2008.

ثالثا: البحوث الأكاديمية

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005.
- ب- رسائل الماجستير :
2. بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2008-2009.
3. بوخاتم أمينة، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة قسم الحقوق 2006-2007.
4. عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة بن عكنون، 2000-2001.
5. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق الجزائر، 2010-2011.
6. نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000-2021.

7. سهام كريال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مذكرة الماستر، فرع كلية الحقوق والعلوم السياسية عقود ومسؤولية، جامعة البويرة 2012-2013.

رابعاً: المقالات العلمية

1. سامية بن قوية، أثار الحضانة في الإسلام وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية السياسية، ع1، د.ب.ن 2010.
2. عثمان حويذق، محمد لمين مجرابي، صندوق النفقة كلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشباب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، ع5، ديسمبر 2016.

فهرس المحتويات

إهداء
شكر وعرهان
مقدمة:	2
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للحضانة في التشريع الجزائري	
المبحث الأول: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري	
المطلب الأول: ماهية الحضانة فقها وقانونا	7
الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا	7
أولا: تعريف الحضانة لغة	7
ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا	8
الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها وقانونا	8
المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة فقها وقانونا	10
الفرع الأول: شروط الحضانة في القانون الجزائري	10
الفرع الثاني: شروط الحضانة في القانون الجزائري	12
أولا: شروط الحضانة الخاصة بالرجال	12
ثانيا: شروط الحضانة الخاصة بالنساء	12
الفرع الثالث: ترتيب أصحاب الحق على الحضانة	14
أولا: أولوية الأبوين مبدأ راع لمصلحة المحضون	14
المطلب الثالث: خصائص الحضانة	17
أولا: الحضانة من النظام العام	17
ثانيا: الحضانة حق مشترك	18
ثالثا: الحضانة غير قابلة للتجزئة	19
رابعا: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه	20

المبحث الثاني: آثار الحضانة

23	المطلب الاول: نفقة الحضانة.....
24	الفرع الأول: نفقة المحضون.....
24	أولاً: شروط استحقاق النفقة:.....
27	ثانياً: مشتملات النفقة.....
29	ثالثاً: صندوق النفقة.....
30	الفرع الثاني: أجره الحضانة.....
31	المطلب الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة.....
32	الفرع الأول: حق المحضون في السكن.....
32	أولاً: التزام الأب بين ضرورة تهئنه سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار.....
33	ثانياً - بقاء الحاضنة في بيت الزوجية:.....
34	الفرع الثاني: حق المحضون في الزيارة.....
35	أولاً: مدة الزيارة.....
36	ثانياً: مكان الزيارة.....

الفصل الثاني: دعاوى الحضانة والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكامها

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

39	المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة.....
39	الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة.....
39	أولاً: حالة الانفصال.....
41	ثانياً: في حالة الوفاة أو الفقد.....
42	الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة.....
44	الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة.....
52	المطلب الثاني: الاشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق احكام الحضانة.....
52	الفرع الاول الاشكالات القانونية المتعلقة بممارسة الحضانة.....
53	الفرع الثاني الاشكالات القانونية المتعلقة بتقدير مصلحة المحضون.....
54	الفرع الثالث: الاشكالات القانونية المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط.....

المبحث الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

56	المطلب الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضائته إلى حاضنه
56	الفرع الأول: الركن المادي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل الحاضنه
57	1) صفة الجاني في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون
58	2) صفة المجني عليه (المحضون):
59	3) صدور حكم قضائي بالحضانة للمطالب بالتسليم:
59	الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل الحاضنه
60	المطلب الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه
60	الفرع الأول: العنصر المادي
60	الفرع الثاني: توفر الحكم القضائي
61	الفرع الثالث: عنصر القصد أو النية الإجرامية
61	المطلب الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة
61	الفرع الأول العنصر المادي
62	الفرع الثاني: العنصر المعنوي
64	خلاصة الفصل:
66	الخاتمة:
69	قائمة المصادر والمراجع:
77	فهرس المحتويات
	ملخص الدراسة

ملخص الدراسة:

تُعد الحضانة إحدى المسائل المهمة في التشريع الجزائري، حيث حظيت باهتمام كبير من المشرع والقضاء لما لها من أثر على مصلحة الطفل المحضون. يسعى المشرع الجزائري إلى توفير الحماية اللازمة للطفل المحضون من خلال النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع.

في المقابل، يقع على عاتق القاضي دور بارز في تفسير وتطبيق هذه النصوص بما يحقق مصلحة الطفل المحضون على أكمل وجه. فمصلحة الطفل هي المعيار الأساسي الذي يسترشد به القاضي في تقرير أحكام الحضانة، والتي يجب أن يبررها بشكل واضح في قراراته.

علاوة على ذلك، تقع على عاتق الحاضن مسؤولية رعاية الطفل المحضون وتلبية احتياجاته كافة حتى ينشأ فرداً سوياً وصالحاً، من خلال تعليمه وتأديبه والاعتناء به صحياً وحمايته أخلاقياً.

ومن ثم، فإن الاهتمام بحقوق الطفل المحضون وتحقيق مصلحته يتطلب تضافر جهود المشرع والقاضي والحاضن على حد سواء.

Abstract:

Custody is considered one of the important issues in the Algerian legislation, as it has been the subject of great interest from the legislator and the judiciary due to its impact on the best interest of the child in custody. The Algerian legislator seeks to provide the necessary protection for the child in custody through the legal texts regulating this subject.

In turn, the judge plays a prominent role in interpreting and applying these texts in a way that achieves the best interest of the child in custody. The best interest of the child is the fundamental criterion that guides the judge in deciding custody rulings, which must be clearly justified in their decisions.

In addition, the custodian bears the responsibility of caring for the child in custody and meeting all their needs, so that they grow up as a healthy and righteous individual, through educating them, disciplining them, caring for their health, and protecting their morals.

Therefore, the interest in the rights of the child in custody and achieving their best interest requires the concerted efforts of the legislator, the judge, and the custodian alike.