الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فرع : حقوق

رقم :

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية

تخصص : قانون الأسرة

قسم : الحقوق

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

إعداد :

- غضبان شيماء

- دومي مريم

بعنوان :

حقوق الأولاد في الحضانة على ضوء فقه وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة

د/ والي عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
د/	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيســـــــا
د/	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشـــــــا

السنة الجامعية : 2019 - 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـداء

الحمد الله الذي أكرمني بهذا الإنجاز المتواضع والذي أهديه إلى التي ربتني وضحت من أجلي دون كلل أو ملل

إلى من سلكت بي دروب الحياة الوعرة بالكبرياء والشموخ

إلى القلب الكبير الذي شملني بأسمى آيات الحب والحنان

إلى من بخلت على نفسها الراحة لأنعم بها و خضت بي طريق النجاح بدعائها إلى التى لن أوفيها حقها مهما قلت ومهما فعلت

إلى الغالية أمي الحبيبة

إلى من رحل عن الدنيا دون وداع

إلى من غطى التراب جسده وحرمني الدهر من نبرات صوته

إلى من غاب عن عيني وبقي في قلبي

إلى العزيز على قلبي رحمه إلى روح قلبي

أبي الغالي

إلى رمز الحنان إلى الأعزاء على قلبي أخوتي وسندي في الحياة (خلود و زكرياء)

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات صديقاتي (عائشة شيماء زهرة يمينة شيماء شريفة)

إلى كل من ساعدني

إلى كل من علمني حرفا ولقنني علما نافعا

أساتذة ومعلمي الفاضل

شيماء

إهداء

في هذا المقام العلمي أن أهدي ثمرة هذا الجهد إلى

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى أعز سندي في الحياة أخي وأخوتي

أيمن أسماء إيمان سميرة رانيا

إلى كل أصدقائي الأوفياء

إلى كل أساتذتي

زملائي و زميلاتي

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

مريم

أولا وقبل كل شئ نشكر الله عز وجل الذي وفقنا و ألهمنا القدرة على إنجاز ها

العمل

كما نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف والي عبد اللطيف

وأشكر لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة وعلى التوجيهات

والملاحظات التي سوف تقدم لنا

وفي الأخير سوف نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدنا ودعمنا من قريب أو من

بعيد من أجل إنجاز هذه المذكرة

شيماء –مريم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف- المسيلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

Université Mohamed Boudiaf M'sila
Faculté de Droit et de sciences politiques
Département de Droit

تصريح شرفي
خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

طبقا للقرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 2016/07/28 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها لاسيما المواد (07 ، 35 ، 36 ، 37 ، 38).

أنا الممضي أدناه الطالب:

الإسم واللقب : غنيان شيماء

الحامل ل(بطاقة التعريف الوطنية ،رخصة السياقة، .....)

رقم : 460286 الصادرة بتاريخ: 2014/09/23 عن المسيلة

المسجل بكلية الحقوق والعلوم السياسية بقسم الحقوق تحت رقم : 153509176

والمكلف بإنجاز مذكرة ماسترتخصص: قانون الأسرة

بعنوان: حقوق الأولاد في الحضانة على ضوء الفقه والقانون الأسرة الجزائري

تحت إشراف الأستاذ: والي عبد اللطيف

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

التاريـــخ: .....

إمضاء المعني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف- المسيلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

Université Mohamed Boudiaf M'sila
Faculté de Droit et de sciences politiques
Département de Droit

تصريح شرفي
خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

طبقا للقرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 2016/07/28 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها لاسيما المواد (07 ، 35 ، 36 ، 37 ، 38).

أنا الممضي أدناه الطالب:

الإسم واللقب : ..... ذومي مريم .....

الحامل ل(بطاقة التعريف الوطنية ،رخصة السياقة، .....)

رقم : 202986202 الصادرة بتاريخ: 2019/09/03 عن المسيلة .....

المسجل بكلية الحقوق والعلوم السياسية بقسم الحقوق تحت رقم : 153509832 .....

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر تخصص: قانون الأسرة .....

بعنوان: حقوق الأولاد في الحضانة على ضوء الفقه وقانون الأسرة الجزائري .....

تحت إشراف الأستاذ: والي عبد اللطيف .....

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

التاريـــخ: .....

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: شيماء اللقب: غضبان

اسم الأب: عبد الرحمان اسم ولقب الأم: فاتنة مباركة

تاريخ الازدياد: 1997/08/08 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06,96,90,74,51

البريد الالكتروني: cheymamimi292@gmail.com

العنوان الشخصي: حي الوحدة رقم 181 بالمسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 16,02 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2015

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون عام الدفعة/ سنة التخرج: 2017 / 2018

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2019 / 2020

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وصيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: مريم اللقب: دومي

اسم الأب: مديق اسم ولقب الأم: عيدة عمروة

تاريخ الازدياد: 4-9-1996 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06.58.07.08.69

البريد الالكتروني: doumiMeriem73@gmail.com

العنوان الشخصي: 924 مسكن بالمسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10,35 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2015

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون عام الدفعة/ سنة التخرج: 2018 - 2017

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2020 - 2019

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

قائمة المختصرات

الاختصار	الاسم الكامل
ص	صفحة
ط	طبعة
ج.ر	الجريدة الرسمية
م	المادة
د.ط	دون طبعة
ق . أ	قانون الأسرة

مقدمة

مقدمة

من بين أهداف الزواج تحقيق الراحة والاستقرار بين الزوجين وهي الخلاصة التي ترتبط بعقد الزواج لقوله تعالى : **﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم الآية 21.**

فالزواج هو الخطوة الأولى لتكوين وبناء اسرة سليمة قائمة على أساس المودة والرحمة فالفرد هو اللبنة الأولى لبناء الأسرة.

ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام بين الزوجين لذا شرع الطلاق في الاسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها وإن كان أبغض المباحات أن الله تعالى لما فيه من تمزيق للأسرة .

ومن أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصيرهم باعتبارهم همزة وصل بين الأب والأم بعد الطلاق.

فالحضانة في الإسلام لها أهمية خالصة فهي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه مع رعاية شؤونه وهذا الحق اقرته الشريعة الإسلامية وأحاطته بمجموعة من الضمانات حماية للطفل كما أن المشرع الجزائري خصص المواد من 62 الى 72 من قانون الأسرة الجزائري لتنظيم مسألة الحضانة والتي استمدت أغلب أحكامها من الشريعة الإسلامية .

- أسباب اختيار الموضوع

من أسباب ودوافع دراسة هذا الموضوع منها ما هو موضوعي ومنها ما هو ذاتي:

فأما الأسباب الموضعية : فتتعلق بأهمية الموضوع حق الطفل في الحضانة في القانون الأسرة الجزائري مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية وما يطرحه من فائدة عملية للطفل وما لها من مميزات تجعل من المبحث ذا قيمة وفائدة علمية.

أما ذاتيا فهي الرغبة والميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة ما يتعلق بحق الطفل في الحضانة مع البحث والوقوف نظرا حول مكانة حق الطفل في الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

أهمية الموضوع :

لهذا الموضوع أهمية بالغة الاعتبار الأطفال هم شعلة المستقبل وثروة المجتمع كما أن للطفل حقوقا إنسانية ينبغي أن تعمل الأسرة والمجتمع على توفيرها له والقيام بها .

كما ترجع أهمية هذا الموضوع أنه يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي تمس مصلحة المحضون وناتجة عن عدم احترام كل من الزوجين لحقوقه والتزاماته مما يؤدي إلى عدة نزاعات، عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

أهداف الدراسة :

- إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون مع توضيح النصوص القانونية المتعلقة لها في قانون الأسرة الجزائري .

- البحث عن الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري .

والجدير بالذكر أن موضوع حتى الطفل في الحضانة قد سبق تناوله في العديد من الباحثين والدراسات سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نذكر منها :

1- مذكرة ماجستير للطالبة إيمان معمري بعنوان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة والتي تم مناقشتها بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الوادي سنة 2014 2015

2- و كذا مذكرة الماجستير للطالبة سناء عماري تحت عنوان التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري و التي تم طرحها في جامعة الشهيد حمى لخضر بالوادي سنة 2014 / 2015 .

- الأستاذ فيصل العيش شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد .

- الدكتور عبد العزيز سعد إجراءات ممارسة الدعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية .

- وعلى هذا الأساس فإن إشكالية الموضوع تتحد كما يلي :

الإشكالية :

ما أثر ترتيب مستحقي الحضانة على مصلحة المحضون؟.

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية يمكن إجمالها في ما يلي:

- ما مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة؟.

- مدى تأثير الحاضنين في مصلحة المحضون؟.

- فيما تتمثل العناية الواجب توافرها للأولاد في الحضانة ؟ .

- ما هي الإشكالات العلمية التي تعرض على القضاة عند النظر في قضايا الحضانة ؟ .

المنهج المتبع :

من أجل الإجابة على هذه الأسئلة فإنه من الضروري الاستعانة بالمناهج العملية التي تخدم هذا البحث ارتأيت اختيار المناهج التالية :

1. **المنهج الوصفي :** يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى معرفة موقف المشرع من بعض المسائل القانونية .

2. **المنهج التحليلي :** الذي يعتبر أكثر المناهج إعتمادا عند تحليل النصوص القانونية وهو منهج رأيناه مناسب عند البحث في موقف القضاء من شأن الحضانة .

صعوبات الدراسة :

من خلال محاولة دراسة هذا الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات التي تمثلت في :

- صعوبة الحصول على القرارات والاجتهادات القضائية .

- تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب .

- قله المراجع الحديثة المتعلقة بموضوع الحضانة .

خطة البحث :

والإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة قمت بتقسيم بحثي هذا إلى فصلين :

خصصت **الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لحقوق الأولاد في الحضانة .**

- المبحث الأول : ماهية الحضانة .
- المبحث الثاني : الآثار المترتبة على إسناد الحضانة .

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للحضانة وأهم إشكالاتها .

- المبحث الأول دعاوي الحضانة
- المبحث الثاني أهم الإشكالات الواردة في مجال الحضانة .

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لحقوق الأولاد في الحضانة

تمهيد :

تعد الحضانة من أبرز و أهم الآثار المنجزة عن انحلال عقد الزواج، خاصة في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، كما تعد مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة.

وهو ما اثر ذلك إيجابيا على التشريعات الوضعية من أجل الحفاظ على حقوق الأولاد فيها التي تكفل رعايتهم من لحظة الولادة إلى غاية البلوغ.

وقد خصص الشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 و التي كرست بموجبها مجموعة من القواعد و الأساليب لرعاية المحضون.

ومن خلال هذا الفصل سنحاول تبيان ماهية الحضانة في المبحث الأول كما سنوضح الآثار المترتبة عن إسنادها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الحضانة:

الحضانة أثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية، وهي نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة، فأحكام الحضانة هي مظهر من مظـاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية [1].

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

لمعالجة هذا المطلب خصصت له ثلاثة من الفروع ففي الفـرع الأول تطرقـت إلـى تعريف الحضانة لغة و إصلاحا و الفرع الثاني تعريف الفقهي للحضـانة و الفـرع الثالـث التعريف القانوني للحضانة .

الفرع الأول تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا

أولا : تعريف الحضانة لغة :

بفتح الحاء و كسرها مصدر سماعي للفعل حضن انتقال حضن الطائر بيضه احضـنا أي ضمه تحت جناحيه و الحضانة اسم منه .

فالحضانة مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط الى الكشف، وقيل : هو مصدر و العقـلان وما بينهما ومنه الاحتضان : وهو احتمال الشيء ودجله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها .

ثانيا : اصطلاحا :

عرفها النووي بأنها القيام بحفض من لا يميز و لا يستقل بأمره و تربية بما يصـلحه و وقايته عما يؤذيه [2] .

---

[1] – ابن المنطور الافريقي المصري : لسان العرب، (مادة حضن الدار بيروت)، الجزء 13 ص 123-122 .

[2] – محمود على السرطاوي:شرح قانون الأحوال الشخصية،(الطبقة الثالثة 2010، دار الفكر ناشرون و موزعون) ص 361

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في الفقه :

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا سيقل بأمره و تعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه و يضره و تربية جسميا وعقليا كي يقوي على النهوض بتبعات الحياة و الاضطلاع بمسؤوليتها.

عرفها الإمام مالك: هي حفظ الولد و صيانته و القيام بمصالحة حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء إما بعض الفقهاء الشافعية يعرفونها بأنها : حفظ من لا يستقل بأمره و تربيته بما يصلحه ويقيه وما يضره، وعند الحنفية تربية الولد ممن له حقها .

وفي المذهب الحنبلي يعرفونها على أنها حفظ صغير و نحوه عما يضره و تربيته لعمل مصالحه [1] .

الفرع الثالث : التعريف القانوني للحضانة .

عرف الحضانة في م 62 (ق أ ج) الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ...

ونلاحظ على هذا التعريف إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري اتجاه هذا العمل وأحاطه بقيود يكاد يذهب لها معنى الحضانة عن كل تربية تعمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس و أراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون وأهله فالأمر يحتاج إلى ذي أهليه خاصة ويكون الشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بهما بوصفها جوانب أساسيته لتنمية شخصية [2].

---

[1] – رحمي دليلة: حقوق الأولاد في السنة و الحضانة على ضوء الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر جامعة كلى محند أو لحاج البويرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2015 ص 45–46 .

[2] – أيت عكوش وزنة : الحضانة دراسة مقارنة، (بيت التشريع الجزائري، و بعض التشريعات العربية) . مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم قانون الخاص،2013 ص 7 – 8 .

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الحضانة

تعد الحضانة من الولايات الخاصة والغرض منها صيانة المحضون ورعايته وهـذا لا يتحقق إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك بمعنى أن يكون الحاضن قادرا ماديا وقانونيـا علـى توفير وتولي شؤون الصغير وبالتراضي أو التقاضي أو إن البعض ينظر إليها على أنها حق للحاضن و لكنها في أول الأمر و نهايته حق للصغير المفتقر إلى من يرعاه و ليسـت حـق لأحد سواه و ليست كل ما جاء في ترتيب المستحقين للحضانة من يكون أهلا لها فالحضـانة شروط اشترطها الفقهاء، من شأنها أن لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه .

وبالرجوع إلى قانون (أ ج) نجد أن الشرع حدد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بفقرة جد محتضرة في المادة 62 ق أ ج، أن يكون أهلا بذلك والأهلية المنـوه عنها في تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه و هاته المهمـة لا يمكن أن تؤدى على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط التي أجمع عليها الفقهاء وتبناهـا ق . أ من خلال نص في م 222 منه على أنه يمكن الرجوع إلى الشريعة فيما لم يرد عليـه النص في القانون وهذه الشروط هي على ثلاثة أقسام : الشروط تخص النساء و الرجال على حد سوى، وشروط خاصة بالنساء بمفردهن و شروط تخص الرجال لوحدهم، و لذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الشروط العامة خاصة بالرجال و النساء، والفـرع الثـاني : الشروط الخاصة بالنساء و الفرع الثالث خصصته لشروط الخاصة بالرجال

الفرع الأول : الشروط العامة الخاصة بالرجال و النساء

الأهلية في الحضانة هي تثبت لرجل والمرأة معا، وفي حالة قـدم الشـرع والقـانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعايـة الصـغير وأكثـر تحملا على تلبية حاجياته بالحكم الفطرة ولكي تثبت الأهلية للحضانة لابد من توافر شـروط عامة في الرجال والنساء و التي تتمثل في :

أولا : العقل :

العقل : العقل هو الإدراك وبه يستطيع الإنسان أن يميز الأشياء التي تحيط به وهذا الشرط بديهي إذا لا يمكن لمجنون أن يحضن طفل لأنه هو في حد ذاته يحتاج إلا من يتولاه ويرعى شؤونه وتبالي لا يمكن له تولي شؤون غيره لأنه يشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له.

وينشر هنا إلى أن يستوي أن يكون الجنون دئما أو متقطعا وإن كان المشرع الجزائري لم يشر الى هذا الفرق بين أنواع الجنون فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ولو كان من القلة لا يحدث إلى مرة واحدة في السنة وذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه فقد يثور جنونه في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا ولو مثلا يوم واحد في السنة وذلك لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته.

كما أن المعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، وبالتالي لا يكمن أن يرعى غيره ولأن ولايتهما تثبت لغيرهما كصغير فلا ولاية لها على المحضون [1].

ثانيا : الأمانة :

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

---

[1] – عينار فاطمة : أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق 2014 2015، ص 11-12 .

وللبيئة المحيطة أثر بالغ على الطفل المحضون، فمثلا لو كانت الحاضنة فاسدة الأخلاق والتي تتعاطى الفحش بمنزلها أمام المحضون أو تصحبه معها إلى أماكن رذيلة فلا تعتبر أمينة على المحضون .

فالفسق هذه المرأة يعتبر مانع من موانع الحضانة وبمفهوم المخالفة على حسب أقوال الفقهاء فلو كانت الحاضنة كثيرة صلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلا لها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها [1] .

ثالثا : البلوغ :

لا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة لأن الحضانة جزء من الالتزامات التي يصح أن يقوم بها إلى مكتمل بالغ.

أما المشرع الجزائري فإنه حدد السن 19 سنة ليكون الشخص أهلا لممارسة الحضانة وذلك في المادة 40 من (ق المدني) كما خصص نصا منفردا لأهلية الزواج في (ق أ) حيث نصت المادة 7 منه لتكتمل أهلية الرجل والمرأة لزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

رابعا : القدرة :

أما شرط القدرة على الحضانة خلافها ولاية حفظ ورعاية المحضون وغير القادر بصيغها فيضيع المحضون وشرط تحقق الولاية فهو تحقق الحفظ فيها، وعلى ذلك لا حضانة لأعمى وأصم وأخرس ومريض، وكذا لمقعد وعاجز لكبر سنه لعجزهم في حق نفسهم، ولأنفسهم، ولا تثبت الحضانة إذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجز عن القيام لتربية المحضون وحفظه لشغل، فلمراد في استحقاك المرأة الحاضنة أو عدم استحقاقها هو قدرتها على تربية الطفل الصغير ورعايته وعدم القدرة على ذلك، أما المشرع الجزائري فشرط في الحاضنة أن يكون أهلا للقيام بذلك في م 62 ق أ و من ثم فلا تكون أصلا للممارسة

---

[1] – بركات الربيع : رعاية مصلحة المحضون بين النص و التطبيق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر جامعة محمد بوضياف المسيلة كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق 2017-2018 ص 9 .

الحضانة كل من كانت عاجزة لكبر سنها أو مرض أو عاهة ولا يعتبر عمل للمرأة سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة ما لم يضر مصلحة المحضون طبقا للمادة 67 م ق أ .

نستخلص مما سبق أن توفر شرط القدرة في الحاضنة هي مسألة تقديرية تعود لسلطة القاضي فهو الذي يتحقق من مدى توفرها عن طريق دارسة الحالة المعروضة عليه وفحص وقائعها لمعرفة مدى استطاعة وقدرة الحاضن على تولي الحضانة [1].

الفرع الثاني : شروط الخاصة بالنساء .

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية حضو بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهذه الحضانة والتي يتم ذكرها كالآتي :

أولا: أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم .

يعني أن لا تتزوج الحاضنة بأجنبي عن الصغير لما رواه أحمد وغيره أن امرأة قالت يا رسول الله (ص) إن ابني هذا كان في بطن له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء ورغم أبوه أن ينزعه مني فقال : أنتي أحق به ما لم تنكحي، فهذا صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب، إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانته، لأن الأجنبي يبغضه ويتمنى موته، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة، وهذا واقع معاش أما إذا تزوجت بذي رحم من الصغير فإن هذا الأخير له شفقة على نفع المحضون ورعاية أمره ما تعاون مع أمه مع كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه شارك في القرابة.

---

[1] – سناء عماري : لسان العرب، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكلاتها في قانون أ، ج مذكرة تخرج لنيل شهادة المجاستر في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمى لخضر الوادي كلية الحقوق و العلوم السياسية 2014 . 2015 ص 22-25

ثانيا : أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغض المحضون .

إن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك فشرط السكن اللائق والملائم شرط ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة في دراسته وصحته وخلقه لأن التربية السليمة لا تقتصر بغذاء البدن، فقط بل بسلامة الروح أيضا .

ثالثا : أن لا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعسار الأب .

إن امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند عجز الأب عن دفع أجرة الحضانة فهذا بعد مسقطا لحقها في الحضانة وفي حالة قبول قريبة أخرى بتربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة [1] .

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شروط العامة شروط خاصة أقر بها الفقهاء وهي كما يلي :

أولا : أن يكون الحاضن محرما إذا كانت أنثى .

يكمن هذا الشرط في إلزامية أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى فيجب لذكر أن يكون عنده ما يحضن الإناث أولا يمكن أن يحضن غير محرما بتا مطيعة للوطء كابن عمها إلا إذا تزوج بأمها، ويعود السبب في اشتراط أن يكون للحاضن محرما من يحضن الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة أو خالة لأن الرجال لا يستطعون تربية الأطفال، وقد أجار القاضي إبقاء الطفلة عند عمها إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها من الفتنة منه .

ثانيا : اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون .

إن اتحاد الدين يكمن في وجود ديانة مشتركة بينهم أي أن يكون الحاضن والمحضون نفس الديانة وعند اختلاف الدين لا يمكن أن يتوارث هذا الطفل من أبيه هذا لأن من موانع

---

[1] – رحمي دليلة : حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، المرجع السابق ص 49-50 .

الميراث اختلاف في الدين ولا توارث بين مسلم وغير مسلم، فدين المشترك بينهم لا يسقط الحضانة، وذلك لان الولد غير مسلم وكان ذو رحم محرما مسلما فليس له الحق في الحضانة وإذا كان لأن الولد مسلما وذو رحمة غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما [1].

المطلب الثالث : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة .

تعد تربية الولد الصغير والقيام بشؤونه ومصالحه وكل ما يدخل في مفهوم الحضانة أمرا ويقوم به، الوالدان متعاونين في الحال قيام الزوجية وأن نصيب الأم من هذه الحضانة أعظم بكثير من نصيب الأب وعليه سنحاول معرفة من تكون له أولوية حضانة الأطفال وكيف تم تربيتهم وتفصيلا لما سبق قسمت مراتب الحضانة إلا ثلاث من، الفرع الأول خصصته إلى الأم ومن يليها من قريباتها والفرع الثاني الأب ومن يليه من أقربائه وفي الأخير الأقربون درجة { فرع الثالث } .

الفرع الأول : الأم ومن يليها من قريباتها .

إن تقديم جهة النساء على الرجال في الحضانة هي قاعدة شرعية قررتها الشريعة الإسلامية طبقا للعقل والفطرة السليمة وذلك لمصلحة المحضون وشفقة النساء على المحضون لتميزيهم بالعاطفة، ولكون ثم تكن النساء طبقا للمادة 64 ق، أ، ج

أولا : الأم :

لقد اتفقا الفقهاء على أن الأم لها الأولوية في الحضانة ولدها، ولا شك أن أم الطفل أوفر النساء شفقة عليه، وأكثرهن صبرا على احتماله والرعاية له والسهر من أجله ودليل تقديم الأم ما روى عن أبي بكر رضي الله عنه حيث فصل في النزاع الذي رفع إليه بين سيدنا عمر رشي الله عنه ومطلقته إذا كان عاص في حضانتها ولكن عمر أراد حرمانها منه فذهب إليها ومسك الغلام، وأخذ يجديه بين يديه أمه التي راحت تلتصق به هي الأخرى

[1] – رعاية مصلحة المحضون، المرجع السابق ص 12 .

فتجدياه حتى يكن فرفعا أمرها الى أبي بكر الذي قال في جمع من صحابة رسول الله يخاطب عمر بن الخطاب (ريحها ومسها ومسحها خير له من الشهد والعسل لك يا عمر) [1] .

ثانيا : أم الأم الجدة :

أنه طبقا لنص المادة 65 ق أ ج فإنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم لأي سبب من الأسباب فتليهما في أحقية الحضانة أمها مباشرة وذلك لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك بناءا على الرأفة والشفقة التي تتمتع به الجدة اتجاه ابن إبنتها [2] .

ثالثا : الخالة :

فإن مرتبها تأتي بعد الجدة مباشرة طبقا لرأي الفقهاء وكذلك المادة 64 ق، أ، ج قبل تعديلها، وأعتبرو شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، والدليل على ذلك من السنة حيث روى عازي أن النبي ضمن قضى في أبنه حمزة لخالتها .

وقال الخالة أم، وكلمة الخالة جاءت أحمال يمكن أخت شقيقته لأم أو أخت لأب أو أخت لأم [3] .

الفرع الثاني : الأب ومن يليه من أقاربه :

في حالة عدم وجود للمحضون أحد من جهة الأم هنا الحضانة تنتقل مباشرة إلى الأب وقد حددت المادة 64 من ق، أ هؤلاء الأشخاص تحديد حصريا .

أولا : الأب :

إن الأنثى تم تغليبها على الرجل وذلك كما قلنا سابقا لما تتميز به من العاطفة والصبر ولكن بالرجوع إلى النص المادة 64 نجد أن المشرع خالف ذلك من جانب تسبقيه للأب على

---

[1] – رواه الإمام مالك : المدونة الكبري ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987 .

[2] – باديس ديابي : صور و أثار فك الرابطة الزوجية في القانون الأسرة بدون طبعة دار الهدى الجزائر 2012 ص 143

[3] – أخرجه أبو داود : في الطلاق باب من أحق بالواد ص 54 .

أم الأب خلافا لما قال له الإمام مالك وأبو حنيفة، ويظهر حاليا تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشافعي ولخبلي تبقدي هما لأب أ، م الأب [1].

ثانيا : أم الأب :

وهي الجدة لأب والتي تم تأخيرها بالرغم من انتمائها إلى النساء فطبقا لنص المادة 64 ق أ ج قبل التعديل نجد تنسيق الأب في أحقية الحضانة على الجدة لأب، والطاهر أن إعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما كما أنه هناك أمر مادي ومصلحي وهو إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد الأب وذلك لتطلعه على أحواله دون صعوبة كما تحفف عليه مسألة النفقة والسكن في حالة عدم طلبها من قبل الجدة لأب [2] .

الفرع الثالث : الأقربون درجة :

بعد التشريع السبيل الوحيد في توفير ضمانة أكيدة للحاضن، خصوصا عند تعدد الحواضن ولكن عبارة الأقربون درجة قد تركت تساؤلا كبيرا لدى رجال القانون أو بمعنى أخر فإذا ذكر المشرع الجزائري بعض أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم درجة بدرجة فإنه مع ذلك ترك البعض الأخر دون ذكر نوعية قرابتهم من المحضون، بل اكتفى بوصفهم بالأقربون ومصطلح الأقربون درجة يكمن عند المشرع الجزائري لأنه قد بالأقربين النساء كالأخت و العمة و ابنة الأخت و ابنة الأخ، لأن الأمر لا يتعلق بالولاية بل يتعلق بالحضانة و لقد ترك المشرع للقاضي اختيار الأصلح من الأقرباء فلا يرجع له في انتقاء المحضون من بين أقربائه، و من أسس النظام القانوني ألا تسند الحضانة إلا بعد احترام الترتيب، و مع ذلك يجوز للقاضي أن يقضي بإسناد الحضانة إلى الشخص الأجدر بها [3] .

---

[1] – محمود علي السرطاوي : شرح الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية دار الفكر، الأردن 2007 ص 365 .

[2] – الرشيد بن شويخ : شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية الطبعى الأولى دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائر– 2008 – ص 256 .

[3] – بركات الربيع : لسان العرب، المرجع السابق ص 14 .

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على إسناد الحضانة

كما نعلم بأن الطفل يتاح إلى رعاية خاصة علما أن المحضون في فتـــرة الطفولـــة لا يستطيع تحمل المسؤولية لعدم اكتمال أهليته القانونية، لذلك كان للأبوين عند إسناد الحضـــانة الدور الفعال في تكوين نفسية و شخصية هذا المحضون و هــو يتطلـــب مســؤولية شـــاقة و مجهودات كبيرة قوامها المال لتوفير العنصر المادي لطفل و ذلك بالإنفاق عليـــه كمـــا أن أداء الحضانة و ممارستها لها من قبل الحاضنة يتطلب مقابل و أجرة عن هذا العمل طيلـــة فترة الحضانة بمجرد القيام به وتفعيلا لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب : المطلـــب الأول : خصصته نفقة المحضون وأجره الحاضنة والمطلب الثاني : حق المحضـــون فـــي السكن والمطلب الثالث : حق الزيارة .

المطلب الأول : نفقه المحضون وأجرة الحاضنة .

إن من الحقوق التي قررها القانون للمحضون كأثر له هو حقه في الإنفاق عليه ما دام عجز على الكسب وكذا في ما يخص العمل الذي تؤديه الحاضنة للمحضون فهل هي تستحق مقابل وأجره لفعل ذلك ؟ وما ستعرضه إليه كما يلي :

أولا : نفقه المحضون :

اتفق اغلب فقهاء الفقه الإسلامي على إن تعاقد الأولاد و كأصل تكون مـــن مـــالهم إذا كان لهم مال إذا لم يكن لهم مال فإنها تفقدهم واجبه على أبيهم سواء كانوا معه أو مع غيـــره وبتسالي إذا تولت المرأة بعد الطلاق حضانة الأولاد وجب على الأب إن يقوم بالاتفاق عليهم إما عن موقف المشرع الجزائري فقد نصت أ م 75 ق أ ج على ما يلي : تجب نفقه الولـــد على الأب ما لم يكن له مال نسبه للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتســـتمر فـــي حاله ما إذا كان الولد عاجزا لافا عقليا أو يدونه أو مزاوله للدراسة وتسقط بالاستغناء عنهـــا بالكسب .

يفهم من هذه المادة أن المشرع قد اخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث أوجبها إن تكـــون نفقـــه الولد على أبيه، غير انه إذا كان للولد مالا فينفق عليه من ماله هو فإذا كان ذكرا ينفق عليـــه

إلى حين بلوغه سن الرشد ولما كانت أنثى فالنفقة تستمر إلى غاية الدخول بها ولعل الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء هو حول ما يدخل ضمن مشتملات النفقة وقد نصت المادة78من ق أ ج على ما يلي [1] .

تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات عرقي والعادة. فالنفقة هي كل ما يحتاج الصغير من غذاء، ملبس، علاج، السكن وكل ما هو ضروري ومتعرف عليه .

لكن بالرغم من أن الأصل العام هو أن تنفقه المحضون إن لم يكن له مال تكون على أبيه إلا إن م 76 ق أ أتت بحكم أخر حيث نصت على : في حاله عجز الأب تجب نفقه الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك [2].

فيفهم من خلال هذه المادة إن المشرع الجزائري تقل واجب النفقة على الأبناء من الأب إلى الأم لكن بشرطين :

الشرط الأول: هو إعصار الأب وقد عبرت عليه المادة بالعبز أي أن يكون الأب غير قادرا تماما على الكسب ولا يعتبر الكسل عذرا .

الشرط الثاني : هو قدره الأم أي أن تكون الأم قادرة على الإنفاق على أبنائها كان يكون لها دخل يجعلها قادرة على الانتفاع عليهم وأن لم تكن قادرة فلا ينتقل إليها الالتزام بالإنفاق .

ثانيا : أجره الحاضنة .

لما كانت الحضانة عمل تؤديه الحاضنة للمحضون طيبه فتره الحضانة فهي تستحق هذا الأجر مقابل للعمل الذي تقوم به للصغير من حفظه ورعايته وهو في سن الحضانة كما لها أجره السكن للحضانة تحضن فيه الصغير كما أن أجرت الحاضنة أجره عن عمل وتجنب بمجرد القيام به فإذا قامت أم الصغير بحضانته التي هي حقها وجب لها أجره لذلك .

---

[1] – قانون رقم 84-11 متضمن قانون الأسرة معدل المتهم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج، ر عدد 15 ص .

[2] – عطية صقر : موسوعة الأسرة، تحت رعاية الاسلام ج 6، مكتبة و هبة القاهرة 2006 ص 353 .

وتسمى أجرة الحضانة وهي تختلف عن نفقة المحضون فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حجية المحضون أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا بخدمتها إذا طالبت بها .

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد انه لم يتطرق إلى أجره الحاضر مما يتطلب من حسب نص المادة 222 ق أ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال أراء الفقهاء المختلفة حول أجره الحاضنة فمنهم من قال حق الحاضنة في الأجر ومنهم من قال عدم وجود مقابل أو اجر وهو كما يلي:

فإذا كانت الحاضنة غير إلام تجب لها الأجرة مطلقا سواء كانت متزوجة بابي الصغير أو معتمد له أو لا.

أما إذا كانت الحاضنة هي الأم فمهما ثار الخلاف بين الفقهاء.

فيرى المالكية : بأنه ليس للحاضنة أجره على حضانتها لأولادها وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أم معسرة فان كانت فقيرة ولودها مال، انفق عليها منه لكونها فقيرة وليست لكونها تمارس حضانته.

والحنفية : قالوا بوجوب أجره الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمه ولم تكن معتمده من الطلاق الرجعي أو معتمده من طلاق باءت لكون لا يتم الجمع بين نفقيتين من شخص واحد

أما الشافعية والحنابلة : فإنهم اقر للام بطلب أجره مقابل حضانتها لأولادها وهذه النفقة تأخذ من مال المحضون إن كان له مال أو تقع على عتق المكلف بالفقه وان وجدت متبرعة وإلام لم تطلب أجره الحضانة والأم أولى بها وتفضل لان مصلحه مصلحته معها أما إذا طالبت الأم باجره ووجدت متبرعة بعضهما نكون أمام أمرين : الأول والحفاظ على المال المحضون أن كان له مالا و تبالي تعطى الأولوية المتبرعة والثاني تغليب الجنابة المعنوي فتفضل الأم، وهنا يجب أن يخضع الأمر للقاضي [1] .

[1] – حقوق الأولاد في النسب و الحضانة : مرجع السابق ص 61 – 62 .

المطلب الثاني : حق المحضون في السكن .

باعتبار أن الحضانة هي تربيه الصغير ورعاية شؤونه لذا يجب على الشاب تـــوفير كل الظروف الملائمة من اجل نشأه الصغير في بيئة سليمة ليحظى برعاية وتربيه اللازمـــة حيث يعتبر السكن من المتطلبات والحاجيات الضرورية للحضانة ليعـــيش المحضـــون مـــع الحاضن سواء كان الأب أو الأم وان لم يوفر له المسكن فمصير الطفل سوف يضيع بســـبب الإخلال الحق هذا في الفرع الأول : سكن المحضون، الفرع الثاني : المكلف بتوفير السكن، فرع 3 مكان ممارسه الحضانة ومواصفات المسكن.

الفرع الأول : سكن المحضون :

مسكن الحضانة من نفقه الصغير على أبيه إذ لم يكن للصغير مال من أجل ذلك حيـــث أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكن الحضانة ولده حيث تنص المـــادة 72 مـــن ق أ ج « في حاله الطلاق يجب على الأب أن يوفر الممارسة الحضانة سكن ملائما للحضـــانة وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تتقيـــد الأب للحكـــم القضائي المتعلق بالسكن [1] . »

أولا : تعريف السكن المحضون :

1.التعريف اللغوي للسكن :

السكن في اللغة من السكن وهو من السكون ضد الحركة وسكن الشيء، يسكن سكونا إذا ذهبت حركه والسكن هو كل ما سكنت إليه واطمئنانه به من أهل وغيره وســـكن أيضـــا سكن الرجل في الحار [2] .

2.التعريف الاصطلاحي للسكن :

[1] – الأمر {05-02} المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن تعديل ق، أ، ج الجريدة الرسمية العدد 15 .

[2] – داود حنان {الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، جامعة} بوبكر بالقايد، تلمسان، 2018 20 ص 241 .

فالسكن هو : المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراشا ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة وتراعي في ذلك حاله الزوج والزوجة من يسار وإعسار وضعها الاجتماعي [1] .

3.التعريف القانوني للسكن :

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف المسكن، بالرجوع إلى نص المادة 355 من ق العقوبات الجزائري نجد المشرع عرف المسكن بأنه (يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفه أو كشك ولو متنقلا متى كان معدا للسكن أن لم يكن مسكونا وقت ذلك وكافه توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياح خاص داخل السياح أو السوار.

وبعد تعريف المسكن يمكن القول أن مسكن الحضانة هو : مقر أقامه المحضون حيت يقيم أبواه أو حيث يقيم احد هما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب عليه الانتقال منه وتغييره من نتائج أثار ومدى تأثيرها على محضون أو على كلى الأبوين أو أحداهما.

والرجوع إلى النص المادة 72 السابقة الذكر أنه الإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة سكن مناسب للتقييم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية :

أن يصدر الحكم قضائي نهائي بطلاقه يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بقطع النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر .

أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك انه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون للسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه الحق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن الحضانة .

---

[1] – بوضياف المسيلة كلية الحقوق و العلوم الساسية بالمسيلة، قانون خاص 2019 ص 47 .

أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن إن يمنحه لمطلقه لتمارس فيه حق الحضانة ولـــده أو أولاد ذلك انه إذ لم يكن له مسكن بوفرة للحضانة فانه يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لهـــا مـــا يساوي قيمته إيجار يمكن لمثل حاله زوجها ولمثلها [1] .

الفرع الثاني : المكلف بتوفير السكن .

أن المكلف بتوفير المسكن هو الشخص القادر قدره تامة على سد حاجيـــه الأساســـية للطفل فالمسكن هو عنصر لازم في الحضانة لأنه المكان الذي يرعى فيه الطفل وهـــذا مـــا أكدته المادة 72 من ق أ ج على « نفقه المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى الوالد أن يهيئ له سكن وان تعذر ذلك فعليه أجرته » و من خـــلال هـــذه المـــادة فنجـــد أن المشرع الجزائري قد جعل السكن المحضون معلقه على شرط وهو في حاله عـــدم وجـــود للمحضون مال يستعين به فعلى ولده توفير له السكن مناسب لممارسه الحضانة وهو الإطار الذي ينشا فيه ولكن بموجب الأمر المعدل القانون الأسرة 02-05 فان المشروع الجزائـــري قد احدث تعديلا لهذه المادة والتي ألزمت للأب عند فك الرابطة الزوجيـــة أن يـــوفر لابنـــه المحضون سكنا ملائما لممارسه الحضانة، فإن تعذر عليه ذلك فيمكن دفع بدل الإيجار، و قد حرص المشرع الجزائري على ضرورة توفير سكن لممارسة الحضانة، ويكون محميا لكافه ظروف العيش فالأم أحق بالسكن مادامت مع أولادها وهذا ما أكدته المحكمـــة العليـــا فـــي قرارها (حيث من كان المطعون ضدها حاضنه لطفل واحد، فإنها تستحق الســـكن أو بـــدل الإيجار بغض النظر عن الأولاد المحضونين ولو حكم للحاضنة يدل الإيجار فـــان القضـــاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون بطريقه سليمة مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم جديتـــه) وبخصوص مسكن زوجه أن كان لها وليس من زوجها فنقول أن م ج لم يشترط للحاضنة أن يكون لها مسكن، و معنى ذلك أن الأب ملزم بتوفير السكن لها من اجل ممارســـه الحضـــانة

[1] – تيطراوي منير، الحضانة في قانون أ، ج المرجع نفسه ص 48 .

حتى وان كانت تملك مسكنا، أما فيما يخص منح المسكنين لغير الأم الحاضنة فلم يشر المشرع الجزائري إلى حقها في السكن لممارسه الحضانة أو مع ذلك .

فيجب مراعاة أحكام ق أو على القاضي تبعا لسلطته التقديرية في تحقيق مصلحه المحضون، فعليه الحكم على من يستحقها بدل الإيجار والسكن ملائم للحضانة الطفل [1] .

الفرع الثالث : مكان ممارسه الحضانة ومواصفات السكن .

أولا : مكان ممارسه الحضانة .

إن مسكن الزوجية هو مكان ممارسه الحضانة طالما كانت الزوجية قائمه بين الأب والأم، وكذلك إذا كانت معتدى من الطلاق الرجعي أو بان ووجب عليها الإقامة في البيت الزوجي، ولا يحل لها ترك بين الزوجية لان المرأة تعتبر ناشره في هذه الحالة، وعليها أن بعيدها إلى مسكن الزوجية، إذا له عليها حق الطاعة أن كانت زوجة، وله عليها حق الإقامة في المسكن أن كانت معتمده [2] .

أما في حاله انتهاء العدة أو كانت الحاضنة غير الأم، فهنا وجب على الزوجة ترك بيت الزوجية لأنها أصبحت أجنبيه عنه ولكن بعد أن يوفر لها الأب سكن [3] .

ثانيا : مواصفات السكن :

لقد اوجب المشرع الجزائري عند توفير المسكن المحضون مراعاة ملائمة هذا المسكن للحضانة، طبقا لنص المادة 72 من ق أ ج يقولها « في حاله الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسه الحضانة سكنا ملائما » .

فمسكن الحضانة الذي سيوفره يتصور أن يكون بمثل مواصفات مسكن الزوجية، ومكان ممارسه الحضانة يقوم على ثلاثة عناصر وهي : عنصر البشري : ويمكن حصره

---

[1] – بركات الربيع، المرجع السابق ص 24 .

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في ق،أ،ج الطبعة الثالثة،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 304ص

[3] – أستاذ عيسى طبيعة سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستر في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 2011 ص 42 .

في زوج والزوجة وكذا الأولاد وأما العنصر المعنوي ويتمثلوا في الروابط التي تجمع الزوجين وأولادهما، وأما العنصر المادي : ويتمثل في الروابط التي تجمع الزوجين و أولادهما و أما العنصر المادي و يتمثل في الأثاث و اللوازم الضرورية للمعيشة .

ولتحديد مواصفات المسكن الزوجية يتوجب توفر الشروط التالية :

- احتواء المسكن على اللوازم الأساسية للمعيشة .
- توفر المسكن مستقلا خاليا من الغير .
- توفر المسكن على المرافق الضرورية .
- ان يكون موقع السكن بين الجيران بمكان غير متقطع .

المطلب الثالث : حق الزيارة .

أن الولد بعد الطلاق والديه يبقى مع احد الوالدين دون الأخر، وعليه إذا استندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الأخر زيارة المحضون، فرعاية المحظور لا يشمل فقط الرعاية المادية بل تتطلب أيضا الرعاية المعنوية للمحضون من خلال الزيارة فتساءل في هذا المطلب فرعين الفرع الأول خصصته تعريف الزيارة لغة واصطلاحا والفرع الثاني خصصته لتعريف الزيارة من خلال التشريع والقضاء .

الفرع الأول : تعريف الزيارة :

لا يمكن تحديد مفهوم الزيارة دون الوقوف عند المفهوم اللغوي والاصطلاحي للزيارة وكذا المفهوم المستشف من القضاء بالإضافة إلى توضيح المصطلحات المتعلقة أحق الزيارة

أولا : تعريف الزيارة لغة :

الزيارة لغة : من (زارا يزور زورا وزيارة وزوارة و إزداره) أتاه بقصد الالتقاء به فهو زائر .

والزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلى الطرق والحصول عن غيره (الزاء والواو والراء أصل واحد يدل على الميل والعدول فان من هنا جاءت كلمه الزائر لان من زار احد قد مال إليه وعد عن غيره .

ثانيا : تعريف الزيارة اصطلاحا :

زيارة المحضون بالمراسلة أو الاتصال الشخصي دوريا (خـــروج، الســـفر...الخ) أو السكن المؤقت، وهو حق معترف به تبعا لمصلحه المحضون للوالـــدين والأجـــداد ويمـــنح استثنائيا لأشخاص آخرين .

وقد عرف الفقه عن الزيارة بالمعاني والعبارات الآتية : مطالعه الولـــد، أن يبصـــر ولـــده والنظر إليه وتعهده [1] .

ثانيا : تعريف الزيارة من خلال التشريع والقضاء :

لم يعرف المشرع مفهوم زيارة المحضون كما انه لم يحدد غايته أو أساسه بـــل ألـــزم القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحكم بحق الزيارة طبقا لأحكام المادة 64 من ق أ .

ومن خلال نص هذه المادة يظهر الارتباط الوثيق الواضح بين حقي الحضانة والزيارة التـــي لم ينظمها المشرع تركا المجال مفتوحا إما اجتهاد القاضي أم لأحكام المادة 222 مـــن ق أ، ويرى الأستاذ بالحاج العربي أن « ما يستشف من هذه المادة انه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينه وفي أوقات محدده عند الحكم بإسناد الحضانة » .

هذا والمزيد من الوقوف على معنى زيارة المحضون وجبت تعرض إلـــى مصـــطلحين مجاورين من ذلك الانسحاب والإقامة أو المبيت، ولان كانت الزيارة تعنـــي فـــي مفهومهـــا العامة واللغوي مجرد النظر والالتقاء فان الاستصحاب يعد الطريقة التي يستطيع من خلالها غير الحاضن اخذ المحضون من المكان الذي يوجد فيه مع حاضنه بشرط إرجاعه .

في حيث تعني الإقامة أخذه للعيش معه فتره من الزمن تكـــون خاصـــة أيـــام العطـــل المدرسية على إن الاصطحاب والإقامة كما ورد تعرفهما ليس منفصلين عن الزيارة بل هي طرائق يستطيع من خلالها غير الحاضن من ممارسه حقه وإنا إسنادها إليـــه خاضـــع إلـــى

---

[1] – أستاذ عيسى طبيعة، حق الزيارة المحضون و ضمانات اقراره و تنفيذه على ضوء قانون الأسرة و الإجتهاد القضائي } مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، جامعة محمد زيان عاشور بالجلفة ص 269 .

اجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي يراعي في ذلك مصلحه المحضون و بالأساس سـنه فـلا يعقل أن يحكم القاضي بالإقامة وبالاصطحاب للرضيع لم يبلغ من العمر أعوام الأولى.

وتجنب الإثارة إلا أن المشرع عند نصفه في المادة 65 ق أ جـاء متـأثر بالتشـريع الإسلامي، فحدد سنا مقوى للحضانة تختلف حسب ه جنس المحضون ذكر كان أو أنثى [1] .

الفرع الثاني : النظام المكي والإلزامي لسير الزيارة :

فمن حقي الزيارة مخول لكل من الطرفين بعد الطلاق لكن من مراعاة أحكام الزيـارة فحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته الكبيرة فالتساؤل فـي هـذا مـن النظام الذي يقوم به .

أولا : النظام الزمني للسير الزيارة :

أن مده الزيارة لازم في سير الحضانة ومع ذلك فان القانون لم يضـبط المـدة التـي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة للمحضون لان المسالة رضائية، بحيث يتفـق الأطـراف على تحديدها زمنيا ومكانا فالمشرع لم يحدد الزمن المستغرق لزيارة الطفل المحضون، مما يجعله يترك هذا الأمر للقاضي فله أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسـبوعية والأعياد الدينية والوطنية وأيام العطل الدراسية إذا كان المحضون متمدرسا، الزمن الزيـارة يكون من التاسعة صباحا إلى غاية الرابعة مساءا، غير انه إذا كان المحضون رضيعا فـان الزيارة لابد أن تكون اقل من ذلك من اجل مصلحته، أما إذا كان طفل قد بلغ السن التمييـز من استطاعته زيارة والده أو والدته ولا يمكن أن يمنعه الحاضن أو الحاضـنة مـن ذلـك، وبخصوص حكم القاضي المتعلق بالحضانة فإثناء حكمه وبإسناد الحضانة لمستحقيها فيجـب أن يحكم الحق الزيارة وتختلف مده الزيارة من شخص لأخر سواء كان الأب أو الأم أو احد الأقارب كما يجب أن تكون مدتها مره واحده على الأقل في الأسبوع ويجب مراعاة مصلحه

[1] – أستاذ عيسى طبيعة، المرجع السابق، ص 300 .

الطفل بالدرجة الأولى وخاصة وانه من المستقر عليه شرعا والقانون الحافظ على مصلحه المحضون [1] .

ثانيا : النظام المكاني لسير الزيارة :

لا يمكن تجاهل مكان الزيارة، هذا لان المكان ضروري لممارسه الحضانة لأنه المكان الذي يتمتع فيه المحضون بالرعاية الزائرة وتوفير له حاجيته، ولو تطلب الأمر ساعات محدودة وبذلك لا يمكن أن يكون المكان الزيارة لا يسبب إحراج للزائر بالمسكن المطلقة [2] أو هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها [3] « من المقرر شرعا انه لا يصح تحديد ممارسه حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ومتى كان في قضيه الحال أن القضاة الموضوع قد حدد مكان الزيارة للطاعن بسبب المطعون ضدها، فإنهم بقضائها كما فعلوا قد خالقو القانون، هذا الأب المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبيه عنه، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضيه الحال متى امتنع ت البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار » على القاضي عند إسناد الحضانة احد الوالدين فعليه إن يحكم بحق الزيارة ولو لم يطلب من احدهما، فلا يجوز له إن يحكم بما يطلبه الخصوم وفيما يتعلق سيغير المحضون فقد منع المشرع الجزائري بالسفر لي بلاد أجنبي، وذلك حتى لا ينقطع عن أهله إلا إذا كان هذا السفر فيه مصلحه للطفل [4] .

الفرع الثالث : تدابير متعلقة بالزيارة :

قبل أضافه المادة 57 مكرر إلى ق، أ، ج بموجب التعديل الصادر سنه 2005 كان قضاة المحاكم بعد إن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشره بحق الزيارة فان زيارة المحضون للزوج أخر الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من ق، أ، ج .

---

(1) – المحكمة العليا غرفة أحوال الشخصية ملف رقم 59784 بتاريخ 16-04-1990 ص 12 .

(2) – باديس ديابي المرجع السابق ص 160 .

(3) – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 214290 بتاريخ 15-12-1998 .

(4) – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ط " دار هومة 2007 ص 158-159 .

إما اليوم وبعد التعديل الجديد فقط أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بمن فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب .

في شكل عريضة كتابيه موقعه وبوعدها لدى أمانه الضبط لمحكمه التي ستنظر في موضوع الطلاق فيطلب الحكم له بحقه في حضانة احد الأبناء الزوجين المتخاصمين بالصفة استعجاليه بعد أن يتحقق من مبررات الطلب ومن وجود دعوه الطلاق المرفوعة أمام النفس المحكمة بقصد استدار حكم قضائي بالطلاق وان يصدر أمر مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج [1] .

[1] – عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 158–159 .

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية للحضانة و أهم إشكالاتها

تمهيد

إن حرص المشرع على حماية المحضون ورعايته والمحافظة عليه يتبعه بالضـــرورة قواعد أساسيه لنشأته نشاه سليمة وتنظيم حقوقه من خـــلال النصـــوص القانونيـــة المنظمـــة للحضانة وحماية المحضون التي لا تتوجه نحوه مباشره بل تتعداه إلى الحاضنة أو الحاضـــن الذي يشرف على أمور المحضون يسد النقص الناتج عن تصدع العائلة وانحلالهـــا حمايـــة لمصلحه المحضون .

أولى المشرع عناية للحماية حقوق الطفل وضمن احترامها والسعي إلى تحقيق مصلحته مـــن خلال تجريم الأفعال التي من شانها مخالفه أحكام المحضون وبالرغم من وضع التطبيقـــات القضائية وحرص القضاة على تطبيقها تطرح الحضانة عده مسائل تطبيقيه تتعلق بالمحضون وهذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل :

- **المبحث الأول : دعاوي الحضانة .**
- **المبحث الثاني : أهم الإشكالات الواردة في مجال الحضانة .**

الفصل الثاني :

التطبيقات القضائية للحضانة واهم إشكالاتها :

توفير الحماية القانونية للطفل من خلال تطبيق معيار مصلحه المحضون ســـواء عنـــد استناد الحضانة إلى مستحقيها أو تمددها أو عند إسقاطها عنهم وانحلال الرابطـــة الزوجيـــة بسبب الطلاق التطليق أو الخلع يطرح قضية حق رؤية الصغير، أو حق الزيارة التـــي اقـــر اقرها الشرع والقانون له، حتى لا ينقطع عن والديه .

المبحث الأول : دعاوي الحضانة .

كثيرا ما نطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، لا سيما أمام الفراغات الموجـــودة في قانون الأسرة من جهة أو تعقد مسالة الحضانة من بها أخرى مما يصـــعب مـــن مهمـــة القاضي .

المطلب الأول : الدعوي المدنية للحضانة :

أتناول في هذا المطلب الدعوي المدنية المتعلقة بالحضانة والتي تتمثل فـــي كـــل مـــن الدعوى إسناد الحضانة وتمديدها أو دعوى إسقاطها موقف القضاء الجزائري في ما يتعلـــق بهذه الدعاوي .

الفرع الأول : دعوى إسناد الحضانة .

الأمر يقتضي هنا اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية حاله الطلاق وحكمـــه من تطليق أو خلع وفي حاله الوفاة .

أ. حاله الطلاق :

إذا كنا أمام دعوه الطلاق بالإرادة المفردة من الزوج، أو حاله الطلاق بالتراضـــي، أو إذا رفعت الزوجة دعوه أمام القضاء طالبه تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضـــوع حضانة من بين المسائل الجدية التي يظهر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوي، ذلك انه متى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد تمت بقاء الحياة الزوجية وكـــان لدى أما الفصل في أمر الأطفال وتحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحه المحضون، علما بأنه في حاله الطلاق فالزوج مجبر على دفع النفقـــة لأبنائـــه مـــن تـــاريخ التحاقهم لوالدتهم الحاضنة كما ذهبت إليه المحكمة العليا « تسري نفقه الأبناء، المقيمين عنـــد والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة » [1]، وبتطبيـــق القواعـــد الفقهيـــة

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 377189 بتاريخ 17-01-2007 المجلة القضائية العدد الثاني، ص 469 .

والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة فان الأم دوما تكون أولى وأحق إسناد الحضانة لها إذا وقعت تحت طائلة أحداث الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز والمحددة قانونا وشرعا، وهو مذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسالة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحه المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها إن إلام الأولى بحضانة ولآدها ولو كانت كافره .

« من المقرر شرعا والقانون إن الأم أولا حضانة ولدها ولو كانت كافره إلا إذا خف على دينه، وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية كما جاء في قرار أخر لها [1]، لا يسقط الاكتساب الحاضنة الجنسية أجنبيه حقها في الحضانة طالما لا تثبت ردتها عن الدين الإسلامي.

كما قررت المحكمة العليا « انه يمكن إسناد حضانة الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم [2] . »كما قررت المحكمة العليا إن « بدل الإيجار مسكن المحضون تسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة » [3]، كما اعتبرت المحكمة العليا إن « عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشملات النفقة المحكوم به لممارسه الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات [4]» .

كما قررت أيضا إسناد حضانة الولد لغير إلام بالنظر إلى مصلحه المحضون مثلما جاء في قرار أخر للمحكمة العليا « من المستقر عليه قضاء، أن الحضانة تمنح حسب مصلحه المحضون ولما كان ثابت في قضيه الحال إن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحه

---

[1] – قرار المحكمة العليا رقم 52221 تاريخ 13 مارس 1989، ص 48، م، ق 1993 عدد 01 .

[2] –قرار محكمة العليا ملف رقم 457038 بتاريخ 10-09-2008 المجلة القضائية العداد الثاني سنة 2008 ص 313 .

[3] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف131426 بتاريخ 12-03-2008،المجلة القضائية العدد الأول، سنة 2008 ص271 .

[4] –أنظر القرار المحكمة العليا ملف رقم 331833 بتاريخ15-6-2005 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2005 ص 315.

المحضون واعتماد على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فـــان قضـــاه الموضـــوع أعمال لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن » [1]، ودائمـــا فـــي إطار مراعاة مصلحه المحضون، قررت المحكمة العليا إن تسليم الأم البنتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ثم العودة بمطالبه الحضانة بعد خمـــس ســـنوات، فـــان القضاة بقضائهم برفض دعوه الطاعنة اعتبارا لمصلحه المحضون طبقـــوا القـــانون تطبيقـــا صحيحا.

ب. حاله الوفاة :

رأينا مسالة إسناد الحضانة في حاله الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوه إسناد الحضانة أصليه وذلك في حاله وفاه من أسندت لـــه الحضـــانة فيكون من حق أي شخص أخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعـــوى أمـــام محكمه يطلب فيها إسناد الحضانة له لان العلة في هذه الحالة هي البقاء الولد المحضون دون رعاية.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الرامي إلى : يسند القاضي الحضانة بعد وفاة المحضون دون الرعاية.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها إلى: « يسند القاضي الحضانة بعد وفـــاه الأبوين، مستعينا بمرشده اجتماعيه، إلى من يستحقها حسب مصلحه المحضون كما قـــررت المحكمة العليا »، يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحه المحضون، بتقرير مســـاعده اجتماعيه [2] .

---

[1] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 380958 بتاريخ 26-4-2006 المجلة القضائية العدد الثاني سنة 2007 ص 585.

[2] –انظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 330566 المؤرخ في18-05-2005 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2005 ص 301.

الفرع الثاني : دعوى تمديد الحضانة .

الأصل إن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى في سن الزواج وفي هذه الحالة يكون المحضون حق الاختيار في كنف اي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف في هذه الحالة رفع دعوى للمطالبة بالحضانة وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة « تقتضي مده الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ...»، إلى إن هذه المادة جاءت استثناء لهذا الأصل عندما أضافت : « وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنه إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانيه » إذا يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانيه هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة للدعوة تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنه من عمره، وهذا أما من شانه استعباد حالات متشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا أخر غير إلام مما يتنافى مع قاعدة مصلحه المحضون وجاء في قرار المحكمة العليا : « من المقرر قانون انه يمكن للقاضي تمديد فتره الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنه إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانيه مع مراعاة مصلحه المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه إن الحاضنة لطفل ليست أمه التي تزوجت شخصا غير محرم فان الشروط المطلوبة غير متوفرة [1] .

وهذا ما تأكد فقرار أخر للمحكمة العليا في حكم الطلاق وإسناد الحضانة للام، وتم الطعن فيه بالنقض لان سن الأبناء المحضونين تجاوزت سن 10 وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : « إن القضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحه المحضونين دون أن يكون قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة » [2]، هذا وتجنب الإشارة إلى أن الدعاوي إلزامية تمديد سن الحضانة ضئيل من الناحية العملية فغالبا ما تبقى الحضانة للام بدون دعوى تمديدها.

---

[1] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 25566 بتاريخ 10-12-1999 غير منشور .

[2] – انظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 123889 بتاريخ 24-10-1995 نشرت القضاة العدد 52 ص 111 .

الفرع الثالث : دعوى إسقاط الحضانة .

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحه المحضون في خطـــر، فـــيمكن إن يلجـــا المعني صاحب العفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة لان سقوط الحضانة لن يكون امرأ تلقائيـــا بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوي سقوط الحضانة الأصلية بخلاف دعوى إســـناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى سقوط الحضانة لن يكـــون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحه المحضون فما هي أهم حالات التي تؤدي إلى المطالبـــة بإسقاط الحضانة ؟ .

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يســـقط فيهـــا حـــق الحضانة عند صاحبه وهي:

الحالة الأولى سقوط الحضانة لتزويج بأجنبي عن المحضون والتنازل عنها نفت المادة 66 من قانون الأسرة على هذه الحالة حيث جاء فيها : يسقط حق الحضانة بالتزويج لغيـــر قريب محرم ويتنازل ما لم يضر لمصلحه المحضون .

أ- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :

في حاله زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، لكن الســـؤال الذي يطرح نفسه هو : هل الزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنـــازلا اختياريـــا عـــن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها؟.

تنص المادة 71 من ق أسرة على انه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب ســـقوطه غير الاختياري جاء في قرار للمحكمة العليا على أن : « انه من المقرر قانون انـــه يعـــود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فان القضاء يخـــالف هـــذا المبدأ يعد مخالفة للقانون » [1]، ولما كان من الثابت فـــي قضـــيه الحـــال أن الأم أســـقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا بعد مخالفه القانون وان الادعـــاء

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 58812 بتاريخ 05-02-1999 .

بالزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد الزواج إلام الحاضنة لا يمكن إثباتـــه إلا بعقـــد زواج محرر طبق للمادة 22 من قانون الأسرة [1]، إلى انه وقع تطور فـــي موقـــف واتجـــاه المحكمة العليا واعتبرت.

إن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من مطالبه باستعادة الحضانة [2]، حيث جاء في احد قراراتها :

« من المقرر قانون انه يعود الحق في الحضانة إذا أزال سبب سقوطها غير الاختياري متى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت الدعوى تطلب فيها استعاده حقها في الحضانة فان قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسبه نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا القانون تطبيقا صحيحا [3]، وتأكد هذا تغيير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن الزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة ومن ثمة فان طلاقها من هذا الزواج يعطي لها الحق فـــي المطالبـــة بالحضانة معتمده على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه إن القضـــاء بســـقوط الحضانة عن الطاعنة رغم الزوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المشار من طرفهـــا فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم إن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعـــد مخالفه للقانون [4] .

ب- التنازل عنها :

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور إن لا يكون مضرا بمصلحه المحضون كان تنازل الأم مثلا عن طفلهـــا الرضـــيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها بصفه عامه كل تنازل من شانه أن يهـــدد

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف 102886 بتاريخ 19-4-1994 نشرة قضاء العدد 51 ص 92 .

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 201336 بتاريخ 21-7-1998 الإجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص سنة 2001 ص 178 .

[3] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف 252308 بتاريخ 21-11-2000 المجلة القضائية العدد 02 سنة 2001 ص 284.

[4] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 51894 بتاريخ 19-12-1988 ص 70 .

مصلحه المحضون لا يعتد به وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن نتنازل أم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها بعد مخالفه للأحكام الحضانة : « انه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضر أخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فان لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معامله نقيض قصدها » [1]، كما جاء في قرار أخر لها انه من المقرر قانون أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحه المحضون .

الحالة الثانية : سقوط الحق في الحضانة بمرور سنه بدون عذر .

تجدر الإشارة دعوى الحضانة مقيده بالمدة الزمنية صعينة يسقط الحق فيها إن لم يطالب بها من له الحق فيها مده تزيد عن سنه بدون عذر بمعنى انه قد يكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا اثبت المعنى بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل الحصر المثال :

أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحه المحضون إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأنه سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة أو قد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها : « من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقاتها إذ لم يمارس هذا الحق خلال سنه ومن ثم لما يخالف هذا المبدأ يعد خرق لمبادئ الشريعة الإسلامية » [2]، وفي قرار أخر« أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 189234 غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 21-4-1998 عدد خاص سنة 2001 ص 175 .

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 388225 بتاريخ 02-12-1985 نشرة القضاة العدد 44 ص 157 .

الحضانة لمده تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها [1]، إلا أنه هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 68 السابقة الذكر عندما اعتبرت إن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا للأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشده اجتماعيه لمعرفه مصلحه الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون [2] .

الحالة الثالثة : سقوط الحضانة عند اختلال احد شروطها .

إذا اختلت شروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة ونصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية مع اخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحه المحضون وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا أسباب جديه واضحة ومضره بالمحضون و متعارضة مع مصلحته ومن ثم فان السعي على القرار المطعون فيه في غير محله [3]، كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق : « حيث الحاضنة فاقده للبصر ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينهما القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فان القضاء بتقرير ممارسه هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي [4] .

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاه ابعد في إطار الحرص على حماية مصلحه المحضون عندما قالت : بأنها سقوط حق الحضانة عن الأم للفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فانه يسقط

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا الإجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية العدد خاص لسنة 2001 بتاريخ 18-5-1999 ص 185.

[2] –.أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 424292 المؤرخ في 13-2-2008 المجلة القضائية العدد الأول لسنة 2008 ص 267 .

[3] –أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 33921 بتاريخ 09-01-1984.

[4] –أنظر المحكمة العليا ملف رقم 31997 بتاريخ 09-01-1984 مجلة قضائية العدد 01 سنة 1989 ص 73 .

أيضا حق أمها في ممارسه الحضانة لفقد الثقة فيهما معا [1]، كما اعتبرت إن الجريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وان إسناد الحضانة للام المحكوم عليها من اجل هذه الجريمة يعد مخالفه للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها إن ما استقر عليه القضاء، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة .

الحالة الرابعة : سقوط الحضانة عند إقامة في بلد أجنبي .

المسالة هنا جوازيه للقاضي، و الأمر يرجع إلى سلطه التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطه عنه، ومن هنا فان تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحه المحضون والظروف المتعلقة بالقضية [2]، حيث جاء في قرار المحكمة العليا انه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحه المحضون كما انه يجب مراعاة حاله الطرفين ومصلحه المحضون قبل وضع أي شرط [3]، إلى أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار أخر إن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يعتذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة [4]، وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق لقرار الأول حيث جاء فيه انه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يمكن أكثر من سنه [5]، ومنه

---

[1] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 179471 بتاريخ 17-03-1998 ص 172 .

[2] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 91671 المجلة القضائية بتاريخ 23-6-1993 العدد الأول سنة 1994 ص 72.

[3] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 111048 نشرة القضاة بتاريخ 21-11-1995 العدد 52 ص 102 .

[4] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 43594 نشرة القضاة بتاريخ 22-09-1986 العدد 44 ص 175 .

[5] – أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 32592 نشرة القضاة بتاريخ 02-04-1984.

نستنتج في الأخير إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفه مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون .

المطلب الثاني : الدعاوي الجزائية للحضانة .

نتناول في المطلب الدعاوي الجزائية المتعلقة بالحضانة والتي تتمثل في جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه (فرع الأول) .

وجريمة اختطاف المحضون من حاضنه (الفرع الثاني) جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه .

الجرائم الواقعة على النظام الأسرة من بينهما جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلا حاضنه وان المعاقبة عليها تعتبر أداه فعاله ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاة وعلى تنفيذها أو هي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتامين مصلحه المحضون ضمن إطار احترام القانون [1] .

وعندما نص قانون العقوبات في الفقرة الأولى من المادة 328 على معاقبه الأب و الأم أو أي شخص أخر يمتنع أو يتعرض على تسليم طفل محكوم بإسناد حق حضانته إلى شخص أخر غيره إنما يكون قد وضع مبدأ قويا لضمان احترام القانون أو احترام الأحكام الصادرة عن الفقهاء في وقت واحد لذلك يبدو أن من الأفضل أن نتحدث بقليل من التفصيل عن العناصر المكونة لهذه الجريمة ونلحقها في ما يلي

1- عنصر الامتناع عن التسليم العنصر المادي أول العناصر التي يشترط القانون توفرها لقيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته المتمثل في الامتناع ذاته وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع إلى انه ذلك يكون أهم العناصر هذه الجريمة و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، و لما أمكن المتابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها أو ينبغي أن

---

[1] – مرجع السابق ص 174.

يحصل الامتناع بشكل معتمد واضح ومقصود أو بعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وبعد الاستظهار بمحضر الامتناع أو بشهادة شهود تقبل شهادتهم، وإلا فلا يمكن اعتبارهم ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه [1] .

أو صاحب الحق في حضانته أو لا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه [2]، وهناك قرار للمحكمة العليا بهذا الشأن صدر بتاريخ 1996/07/19 جاء فيه انه من ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها، ولم يقم بأيه مناوره لمنع الوالدة من حق الزيارة وان البنت هي التي رفضت الذهاب إلى والدتها كما يشهد على ذلك تصريح المحضر القضائي فان أدانه المتهم بجنحه عدم تسليم البنت يعد خرقا للقانون ويستوجب النقض .

2- عنصر توفر حكم قضائي سابق : لإمكانية قيام جريمة الامتناع عند تسليم طفل إلى حاضنه أو إلى حاضنته لابد من ضرورة وجود حكم سابق صادر عن القضاء و يتضمن إسناد حق الحضانة أو حق الزيارة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وان يكون هذا الحكم إما قد حاز قوه القضية المقضية أو إما مشمولا بالنفاذ المعجل وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوه القانون أو بقوه مضمون الحكم كما أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني أو يتم تبلغه ريثما إلى المعنى وإما صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبية فانه لا يجوز الإسناد إليه إلا إذا كان فمهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ضمن المادة 605 أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية [3].

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 176 .

[2] – مرجع نفسه ص 175.

[3] – مرجع نفسه ص 175.

3- عنصر وجود الطفل تحت سلطه المتهم

لكي تتوفر أركان أو عناصر هذه الجريمة يجب إلى جانب توفر الأركان العامة والعناصر الخاصة السابق ذكرها أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت السلطة المتهم الممتنع إما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو احد ساكنيه ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممكن يسكنون نفس المنزل فانه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسئولا عن عدم تسليم الطفل ولا يمكن بالتالي متابعه ولا تسليط العقاب عليه.

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه .

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 328 من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس من شهر إلى سنه وبغرامه من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، نصت الفقرة الثانية منها على المعاقبة بنفس العقوبة كل من خطف قاصرا ممن وكلت له حضانته أو من الأماكن التي يكون قد وضعه فيها، أو بعده عنها أو عن تلك الأماكن، أو حمل الغير عن خطفه أو على إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير العنف ولا تحاليل وبعد ذلك جاءت المادة 329 مكرر المعدلة بالقانون رقم 6-23 لسنه 2006 ونصت على انه لا يمكن مباشره الدعوى العامة التزاميه إلى تطبيق المادة 328 إلى بناء على شكوى الضحية، وان صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ولهذا نعتقد بأنه ينبغي لنا معرفه الأركان الخاصة المكونة لجريمة اختطاف الطفل المحضون من حاضنه من خلال بيان العناصر التالية :

1- العنصر المادي للاختطاف :

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي يتمثل في عده صور أو عده حالات، وكل حاله منها كافيه وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة التي

نصت بعدد الحديث عنها وهذه الصور أو الحالات في صوره اختطـــاف المحضـــون ممـــن أسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودار الحضانة والصورة التكليف الغير يحمل المحضون أو خطفـــه أو إبعـــاده عن المكان الموجود به بسبب الأسباب ولا يتم توفر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجـــة وهـــي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشره أو بواسطة الغير، وإذا كان الاختطاف قد وقـــع بواسطة شخص أو عده أشخاص للصالح شخص معين هو الأب مـــثلا أو الأم أو الجـــدة أو الخالة فان الشخص الذي وقع الاختطاف لقائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي وان الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة بسبب أن قـــد جعل من نفسه أداه ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص أخر مجانا أو مقابل أجر [1] .

2- عنصر توفر الحكم القضائي : هذا العنصر سبق أن اشرنا إليه كعنصر مـــن عناصـــر تكوين الجريمة السابقة أو قلنا أن التطبيق المادة 328 من قانون العقوبات يتطلب وجود حكم صادر عن القضاء الوطني حائر لقوه الشيء المقتضي فيه أو مشـــمول بالنفـــاذ المعجـــل أو صادر عن القضاء الأجنبي ومصدور بالصيغة التنفيذية وفقا للنص عليه قانون الإجـــراءات المدنية في المادة 605 منه، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا وذلك تطـــرأ إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بان هذا الطفل له حق حضـــانته وحق المطالبة بالاسترداد ممن خطفه من إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا [2] .

3- عنصر القصد قوميه الجراميه :

إن هذا العنصر الثالث هو في الواقع من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمـــل إجرامي، وان القانون العقوبات لم يذكره ضمنا ولا صراحة لعنصر من عناصـــر التكـــوين الجريمة، وإنما يكمن استخلاصه من الظروف المحيطة بالواقع الجريمة ولهذا فان القانون قد

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 177 .

[2] – المرجع نفسه ص 179 .

عاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشره ممن وكلت إليه حضانته، أو من أماكن التي وضعه فيها، أو أبعده عنها أو عن ذلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده دون أن يعبر أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عمليه الاختطاف أو الإبعاد وتبقى النية هنا مفترضه ومستخلص من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديد له وما عليه لكي يفلت أو ينجو من المتابعة والعقاب إلى أن يثبت حسن نيته وعدم توفر عنصر القصد السيئ ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد [1] .

الفرع الثالث : جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

أ. مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :

من خلال قراءه نص المادة 64 من قانون الأسرة تنص على انه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقيهما أن يحكم بحق الزيارة للزوج الأخر هو من خلال قراءه الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشان الأطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات، يجب أن المادة السادسة من الفقرة الثانية تنص على أن كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين وينص على حضانته طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الأخر حق الزيارة تنص المادة 7 من الاتفاقية : يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الطفل التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتي الدولتين عندما يرفض ممارسه حق الزيارة من تحليل هذه المواد : يمكن أن يتضح لن انه يتعين عندما يحكم القاضي بالطلاق وبالإسناد حق حضانة الطفل أو الأطفال إلى مستحقيها، فانه يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت ونفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الأخر ويحدد فيه الزمان والمكان وكيفيه ممارسه حق الزيارة .

إذا قام طرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن التنفيذ الحكم ورفض تمكين طرف الأخر من ممارسه حق الزيارة في الزمان والمكان ولكيفية التي حددها الحكم التام

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 179 .

فانه يكون قد تصرف شكل يؤدي إلى اقتراب جريمة تمس بنظام الأسرة ويؤدي إلى متابعه الطرف الرافض والممتنع و معاقبته وفقا لتشريعات الجزائرية المتعلقة بجريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون، وفقا لنص المادة السابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط و بمجرد ما يستلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا شكوى الوالد الأخر [1] .

المحكوم له بحق الزيارة استعمال القوه العمومية لتنفيذ الجبري ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة .

ب. عنصر جنحه رفض حق الزيارة :

يتضح لنا انه لكي يمكن قيام جنحه الامتناع عن تسليم طفل قضى في شان حضانته الى من له الحق في المطالبة به وجوب توفر عده عناصر أو شروط تتمثل في ما يلي :

1- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل وحاز لقوه الشيء المقتضي فيه.

2- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى احد الزوجين ويمنع حق الزيارة إلى الزوج الأخر .

3- 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، وعليه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة، فان الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحه الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب.

وفقا لما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات، وتبعا للإجراءات المنصوص عليها في المادة السابعة من الاتفاقيات الجزائرية الفرنسية بين البلدين بتاريخ 21 جوان 1988 . [2]

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 180 .

[2] – المرجع نفسه ص 182 .

المبحث الثاني : أهم الإشكالات الواردة في مجال الحضانة:

موضوع الحضانة لا يخلو من المشاكل ويمكن إرجاع هذه المشاكل إلى التطور المفاجئ الذي شهدته الحياة الواقعية في الآونة الأخيرة مما أدى إلى ظهور حمله من المشاكل ويمكننا حصر أهم الإشكالات التي تصادف قضاه في إشكاليه مراعاة مصلحه المحضون فكل قاضي عند النطق بحكم الحضانة لابد إن يراعي فيه مصلحه المحضون لقيت هذه الإشكالية اهتماما كبيرا من طرف مشرعين حيث يفصل فيها القاضي حسب سلطته التقديرية وسنتطرق أيضا لإشكاليه الزواج المختلط في الغالب عند النطق بحضانة الزوج أجنبي دون جزائري تحصل مشاكل كرفض الأب الجزائري وانتقال الأم الأجنبية بالمحضون إلى الخارج وأخيرا سنعالج في المطلب الثاني إشكاليه المسؤولية عند أفعال المحضون الضارة [1] .

المطلب الأول : إشكاليه مراعاة مصلحة المحضون وإسناد الحضانة في الزواج المختلط :

تسعى كل تشريعات إلى ضمان حقوق الأولاد وتكفل بهم لأجل ذلك قامت بوضع قواعد يستطيع القاضي من خلالها حماية الأولاد ورعاية مصالحهم فالحضانة ضرورية للطفل لأنها تحافظ على شخصيته وتصونه من الانحراف فمصلحه المحضون تتعلق بكل طفل فالقاضي ينظر إلى الظروف الطفل من حيث السن والحاجيات والمحيط المتواجد فيه ومن أهم هذه الإشكالات حضانة الأولاد الناتجين عن زواج مختلط وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول [2] .

---

[1] – إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الوادي، 2014-2015 ص 38 .

[2] – عادل شباب، حضانة الطفل و دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة أدرار 2010-2011 ص 21.

الفرع الأول : إشكاليه مراعاة مصلحه المحضون :

تندرج الحماية القانونية للمحضون في ق أ ج ضمن معيار يتناول كل أوجه الحماية المتمثلة في مصلحه الطفل المحضون هذا المعيار لم يحدد المفهوم بل تطرق إلى أسس الحماية .

أولا : تعريف مصلحه المحضون :

1.تعريف المصلحة :

المصلحة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من أعمال البعثة على النفع تسمى مصلحه حيث أن قواعد الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرع المفاسد .

أ-**التعريف اللغوي** : يراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع فالمصلحة في كونها سبب المنفعة المعنوية التي تحصل للمتعلم والمصلحة بهذا المعنى بهذا المعنى المفسدة إذا الصلاح ضد الفساد والمصلحة هنا واحده .

ب- تعريف الاصطلاحي : المنفعة التي تنص عليه الشارع لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم وأموالهم ومنزلة الحضانة هنا تندرج ضمن المصالح الضرورية لحفظ النسل والنفس والدين لان الغرض من الحضانة هو التربية [1] .

2.**تعريف المحضون** : من لا يستقل بأمور نفسه عما يعمله لعدم تميزه كطفل كما يعرف أيضا هو الطفل العاجز عن القيام بمصالحه بنفسه ولا يميز ما يضره أو ينفعه .

فالمحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء الطلاق أو وفاة .

تطبق المادة 64 من ق أ ج صياغتها الجديدة الأمر(05 02) على حالة الطلاق والوفاة [2] .

---

[1] – سناء معمري، المرجع السابق، ص-177 .

[2] – مسيكة محمد صغير، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015-2016 ص 11 .

ثانيا : التعريف القانوني بمبدأ مراعاة مصلحة المحضوض :

أشار المشرع الجزائري في النصوص القانونية المتعلقة بالحصانة الأولاد إلى مسؤولية القاضي حيث أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222 تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية [1]، إذ لم نجد نص قانونيا في مسألة ما هنا يتضح لنا أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون لكنه لم يضع لها تعريفا إلا أن هناك مميزات يمكن إبرازها كما يلي :

1.إشكالية مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية وشخصية :

تتعلق بكل طفل على حدا فالقاضي ينظر إلى حالة كل طفل ويحدد مصلحته فما كان يصلح للطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل الذي بلغ السادسة من عمره [2].

2.إشكالية مراعاة مصلحه المحضون قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير :

فما كان يصلح للطفل المحضون في وقت محدد قد لا يصلح له في وقت ما فالمشرع الجزائري أخضع إشكالية مراعاة مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي[3].

ثالثا : سلطه القاضي في تقدير مصلحة المحضون :

جعل المشرع إشكالية مراعاة مصلحة المحضون من خلال إسناد الحضانة أو إسقاطها على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها حيث أعطى للقاضي سلطة تقديرية لهذه المصلحة لتحديد مستقبل الطفل المحضون وظروف نشأته نشاه سليمة [4] .

---

[1] – تنص المادة 222 ق، أ ج على (كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

[2]– حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة (فضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي) رسالة ماجستر كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر 2000–2001 ص 76.

[3] – سناء عماري، المرجع السابق، ص 179.

[4] – تنص المادة 75 من ق، إ، م، إ (يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من الإجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون).

ولهذا أجاز المشرع الجزائري من خلال ق أ م للقاضي إن يأمر تلقائيا اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه يأمر القاضي هنا بإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال وللقاضي أن يقدر مصلحة المحضون هنا .

حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة أعطى له قانون السلطات واسعة تتمثل في :

1- التحقيق : على قاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح للحضانة كما له أن يعتمد ا على نص المادة السابقة الذكر 75 من القانون من ق أ ج وذلك بإجراء تحقيق من تلقائي نفسه أو بطلب من الخصوم.

2- المعاينة : إذا كان تحقيق السابق لا يكفي يمكن القاضي المعروض أمامه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع ليرى شخصيا جوانب هذا النزاع ومعرفة الظروف المحيطة والوسط الذي يعيش فيه ومدى قرب المسكن من المدرسة كل هذه يدخلها القاضي في المعاينة عند إسناد الحضانة [1] .

حسب ما جاء في النص المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لحل النزاع ليساعدها على الفصل في النزاع المطروح أمام القاضي [2] .

3- الاستماع إلى أفراد العائلة : للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى الإخوة والأخوات الخصوم كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات لتحديد الأمثل والأصلح لمصلحة الطفل المحضون [3] .

---

[1] – سناء عماري، المرجع السابق، ص 197 .

[2] – تنص المادة 146 من ق، إ، م، إ على (يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراءات معاينات أو تقيمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك).

[3] – يوبي سعاد، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، تخصص القانون الخاص، الحضانة في قانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، سنة 2018-2019، ص 3.

في هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21 مجلس قضاء قسنطينة والذي أعتمد على رفض المحضونين والالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون كما أنه لو أخذ القاضي برأيي الطفل المحضون فإنه عاده ما يختار من يساعدهم على اللعب في حين لا يتم سماع شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أنسب له وقد تدلي شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط وقد يؤثر هذا على الإختيار الموفق [1] .

ثالثا : الإشكالات التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي :

هدف الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون على رغم من السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي الشؤون الأسرة في إصدار الأحكام المتعلقة بالحصانة إلى أنه يصعب عليه إختيار الحكم الصائب .

1- في حالة عدم المطالبة بالحصانة :

نصت المادة 64 من ق، أ، ج المعدل والمتهم على أن القاضي ملزم عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكن الإشكال يثور في حالة ما إذا لم يثير أي من الطرفين مسألة إسناد الحضانة ما مصير الأبناء بعد ذلك هذه النقطة لم يتطرق إليها في تعديله الجديد في هذه الحالة يجد القاضي ملزم إمام حلين وهما = إما أن يتصدى للمسألة الحضانة من تلقاء نفسه فيسندها لأحد الأبوين التي توفرت فيهم الشروط الشرعية والقانونية رغم عدم المطالبة بالحصانة وإما أن يصدر قراره دون التعرض لمسألة الحضانة تقييدا بعدم جواز الحكم [2] .

---

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

[2] – صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية و المالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 132.

فليس هناك إتجاه موحد لحل هذه الإشكالية فهناك من يقول عند السكوت الزوجان بعد الطلاق وعدم إثارة مسألة الحضانة فلا يجوز التطرق إليها لأنه لم يطالب صاحب الحق بحقه فلا يجوز للقاضي ان يحكم وهناك اتجاه ثاني يرى بأن الحضانة واجبه والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه ونحن بدورنا نؤيد الإتجاه الثاني لأنه يمس بمصلحة الطفل المحضون .

1. في حالة تعدد الأبناء المحضونين :

الإشكال الثانية الذي يعترض القاضي هو حالة تعدد الأبناء المحضونين وهنا نعتقد مهمة القاضي فيجد نفسه أمام المحافظة على الرابطة الأخوية والعلاقات العائلية ومراعاة مصلحة الطفل المحضون .

جاءت المحكمة العليا في أحدد قراراتها بمبدأ عد تجزئة الحضانة حيث قضت فيه « بإسناد حضانة البنتين للأب مع إلحاق الإبن الصغير معهم أعمالا بمبدأ عدم تجزئة الحضانة لذلك أن مصلحة المحضون هو العيش مع أختيه تحت رعاية الأب » .

الملاحظ أن معظم القضاة يأخذون بهذا القرار بمبدأ مناسب في حالة تعدد الأبناء المحضونين في حين يعتبر إجتهاد المحكمة العليا غير ملزم للقاضي وعليه أن يفصل ويراعي مصلحة المحضون التي يجب أن تكون فوق كل إعتبار[1] .

ثالثا : معايير تقدير مصلحة المحضون :

سوف نتطرق للمعيار المعنوي أولا ثم للمعيار المادي :

المعيار المعنوي : له أهمية في حياة المحضون خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية فدور القاضي هنا هو توفير كل الإمكانيات وتسهيلات للمحضون لأن المصلحة هي الأساس في إسناد الحضانة لتوضيح ذلك لابد من معرفه تأثير هذا المعيار على المحضون لأن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما ومن الأم على الخصوص لا بديل لهما فهم

[1] – قرار المحكمة العليا الصادر عن الأحوال الشخصية بتاريخ 26-12-2001 م ر 273526، م ق لسنة 2004، عدد 1، ص، 347.

عنصرين مهمين لتكوين بنيه الطفل العقلية والجسمية [1] فالحرمان العاطفي يؤثر سلبا على الطفل وعلى سلوكه ويؤدي به إلى الانحراف وهذا ما نستخلصه من خلال النصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال لأنهن الأقدر على مده بالعناية الزوجية، يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون ويخلق له جو عائلي وحسن معاملته وعلى القاضي هنا أن يراعي مصلحة المحضون وأن يختار له الحاضن المناسب الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.

فيبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة بين الأم والطفل فالأم أكثر عطفا وحبا للمحضون لأنه من المقرر شرعا أن الأم أحق بالحضانة [2].

وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيا حاجيات الطفل العاطفية لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنه أو حاضنته وعليه فالحضانة تؤول لمن تحقق معه مصلحة المحضون الحكمة من ذلك مراعاة الجانب المعنوي والنفسي للمحضون فمصلحته تقتضي أن يبقى المحضون على علاقة بكلا والديه مما يؤدي إلى التكامل النفسي والاجتماعي في حياته داخل أسرته ومجتمعه الذي ينتمي إليها فهي أساس لمراحل حياته القادمة [3] .

3.المعيار المادي :

العنصر المادي في حضانة الطفل هو عبارة عن تغطية حاجاته الضرورية وهي عبارة عن تكاليف من مأكل وملبس ومسكن ما يجعل المحضون يحس براحة فيتولد الإستقرار في الحياة [4] .

---

[1] – إيمان معمري، المرجع السابق، ص 40 .

[2] – سناء عماري، المرجع السابق، ص 186.

[3] – يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 27.

[4] – إيمان معمري، المرجع السابق، ص 41.

والواقع إن إستقرار الأسرة يعد عنصرا ضروريا لتساهم في راحة المحضون في إحياء معنوياته في الشعور بالأمان فالغاية هنا هي حماية المحضون نفسيا وتربويا ورعايته ماديا ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون ألزم المشرع الوالد بالإنفاق ويستمر إلى ما بعد الطلاق على القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذ لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب وهذا ما قضته به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19-02-1998 بقولها « من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق [1] ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد الإعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن [2] » .

الفرع الثاني :

إشكالية الزواج المختلط :

من القضايا الشائعة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي ومن مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لوضع حلول لهاته المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط خاصة بعد الانفصال لأن الأطفال هم الضحايا [3]، لذلك حرصت معظم الدول على توفير حماية لأطفال الزواج المختلط بعد الانفصال و تقديم حلول من شأنها تذليل الصعوبات فتم إبرام إتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالات وهذا ما سنتطرق إليه : إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر في أولا وإشكالية الزواج مختلط حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر (ثانيا) [4] .

---

[1] – سناء عماري، المرجع السابق، ص 192 .

[2] – يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 28.

[3] – إيمان معمري، المرجع السابق، ص 124.

[4] – بن عصمان نسرين إيناس: مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماجستر جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية 2008-2009، ص 160 .

أولا : إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر (الإتفاقية الجزائرية الفرنسية) : يعتبر الزواج من أكثر المسائل المتعلقة بأحوال الشخصية آثاره للتنازع القوانين فالأسباب تاريخية بالنسبة للمهاجرين الجزائريين في فرنسا فينتج عن ذلك وقوع حالات زواج بين الجزائريين والفرنسيين وبالتالي حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا إتفاقية في 21-06-1988 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال من أجل تحقيق حماية للأطفال والسهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة الأطفال [1] .

وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركز تبين مكلفتيه بالوفاء بالالتزامات المحددة في الإتفاقية ومن بين الالتزامات ورد في المادة 6 من الإتفاقية الفقرة الأولى «يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال [2]»

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة وأن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة وهو الأمر الذي يؤول إليه التشريع الجزائري حسب نص المادة 64 من ق أ ج المعدل والمتمم لا غير إن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ في حالة ما إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بالحضانة الطفل من طرف القاضي الفرنسي على أساس أن تتم الممارسة في فرنسا عندما يحكم القاضي بالحضانة لأحد الحاضنين يمنح حق الزيارة للوالد الآخر رغم معالجة الإتفاقية الثنائية هذا الإشكال إلى أنه بقيت بعض المسائل التي قد تحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة فلا يرد الطفل

---

[1] – المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين و الفرنسيين في حالة إنفصال الموقعة في الجزائر، 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية، ص 30 .

[2] – إيمان معمري، المرجع السابق، ص 125.

المحضون إلى الوالد الحاضن وحسب ما نصت عليه الإتفاقية في مادتها 11 من حلول إلى أنها تبقى قاصرة حتى ولو قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية فالإتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية.

أشارت في المادة 5 منها على « إذا كانت هناك ظروف إستثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر ما [1]».

وعلى القاضي أن يكيف طرق وأساليبه كممارسة هذا الحق وفق لمصلحة هذا الطفل .

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية .

وفي حالة عدم تطبيق هذه الإتفاقية من كلا الطرفين يؤول إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص [2] .

ثانيا : إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر :

في حالة الزواج المختلط هناك تنازع حول تطبيق القوانين هل يطبق القانون الأجنبي أو القانون الوطني ؟ .

لحل هذا التنازع خاص المشروع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني الجزائري ومن 10 الى 16 القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية وبالرجوع إلى قواعد الإسناد تنص المادة 12 من ق، م، ج « يسري على إنحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج لقد رفع الدعوى » أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة أو أن الزوج الآخر لم يبرم دولة إتفاقية مع الدولة الجزائرية تطبيق في هذه الحالة قواعد الإسناد أي القانون الذي ينتمي إليه الزوج يقدر رفعت الدعوى وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا يطبق ق، أ، ج من 69 منه .

---

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 160.

[2] – بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 162 .

أستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهة القضائية الأجنبية التي تصدم وتحالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.

إذا رجعنا إلى المادة 13 من القانون المدني الجزائري فإنه يطبق على إنحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه بمعنى عرض النزاع أمام القاضي الجزائري لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الجزائري وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي [1] .

ومهما تكن الإشكالات التي تعترض سبيل القضاة فإن عليهم دائما إصدار أحكام وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم مصلحة المحضون .

المطلب الثاني :

إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة :

الأصل أن الشخص لا يسأل عن أفعال غيره بل يسأل عن أفعاله الشخصية مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب إثبات أي على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل وهناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره أي المكلف برقابة المحضون.

وعليه سنعالج في الفرع الأول شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة أما الفرع الثاني مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال إبنها المحضون [2] .

الفرع الأول : شروط القيام مسؤولية المكلف بالرقابة :

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الرقابة في نص المادة 134 من القانون المدني حيث تنص على « كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخصية حاجة إلى الرقابة بسبب

---

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 163.

[2] – سناء عماري، المرجع السابق، ص 157.

قصر وبسبب حالة العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضـــرر الـــذي يحدثـــه ذلـــك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غيـــر مميز » فمن نص المادة تبين لنا أنه لتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة لابد من توفر شرطين :

أولا : إلتزام الحاضن بالرقابة :

من نص المادة 134 قانون ق، م، ج نجد أنه يقع على عاتق الحاضن إلتزام برقابـــة شخص آخر وهو المحضون الذي يكون بحاجة إلى الرقابة لأحد الأسباب التالية :

1- الرقابة بسبب قصر المعني : لكي تقوم مسؤولية متولي الرقابة لابد أن يكون الشـــخص الخاضع للرقابة قاصرا حسب القانون المدني الجزائري ب 19 سنة .

2- الرقابة بسبب الحالة العقلية والجسمانية : وفقا للمادة 134 مـــن القـــانون المـــدني أن الرقابة هي حاجة الشخص الخاضع للرقابة والرعاية فالمجنون والمعتوه و ذو الغفلـــة فـــي حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية والأعمى والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتـــه الجسمية [1] .

ثانيا : صدور عمل ضار ممن هو تحت الرقابة (المحضون) : راعي المشرع أن مسؤولية تولي الرقابة لا تقوم على أساس الخطأ وإنما تقوم على أساس خطا متولي الحضانة وينبغـــي ملاحظة أن مسؤولية الرقابة لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من الخاضع للرقابـــة، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه فلا تقوم المسؤولية متولي الحضانة [2] .

الفرع الثاني : مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال إبنها المحضون :

من أجل معالجة هذه الإشكالية لا بد من تطرق إلى القانون المدني ذلك لكون المشرع الجزائري لم يورد أي نص قانوني في ق أ ج يعالج فيه أفعال المحضون الضارة .

---

[1] – المادة 125 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .

[2] – إيمان معمري، المرجع السابق، ص 130.

عند الرجوع للنص المادة 2/125 ق، م، ج التي تنص على إذا وقع الضرر من شخص غيره مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو بعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع الضرر بتعويض عادل مراعيا مركز الخصوم وبتطبيق المادة 134 من القانون المدني الجزائري التي تنص على كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا أو رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية تجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به ويكون ملزما بتعويض الضرر [1] .

الجدير بالذكر أن المادة 135 من القانون المدني الجزائري قبل تعديله كانت تمثل إشكالا قائما بذاته إلى نصت على أن الأب وحتى بعد وفاته مسئولان عن الضرر ما الذي يسببه أولادهما القاصرون .

من نص المادة يتضح أنه لا مسؤولية للأم عند أفعال ابنها المحضون الضارة في حياة والده لأن الطفل يبقى خاضعا لولاية والده و هو تحت مسؤولية، ولكن عمليا نجد أن الزيارة في حالة الطلاق لا تكفي .

[1] – عماري سناء، المرجع السابق، ص 164-166.

خلاصة الفصل:

ما يمكن قوله في ختام هذا الفصل أن المشرع الجزائري ساعي جاهدا لتنظيم الحضـــانة والحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية واللجوء إلى إبرام اتفاقيـــات دوليـــة لتقليـــل الصعوبات العملية أثناء ممارستها.

يبقى الواقع العملي يؤكد أنها لا تخلو من الإشـــكالات كالإشـــكالية مراعـــاة مصـــلحة المحضون والإشكالات التي تثور بين المطلقين من جنسين مختلفين حـــول الحضـــانة وكـــذا إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة .

خاتمة

خاتمة :

ختاما لبحثي هذا الذي تناولت فيه حقوق الأولاد في الحضانة على ضوء الفقه والقانون وما يترتب عليه من آثار قد تثير إشكالات التي تهدد الاستقرار الأسرة والطفـــل علـــى حـــد سواء باعتبار أن موضوع الحضانة من الدراسات الهامة والمميزة التي تجمع بـــين الكيـــان الأسري والقانون لكونها أيضا ترتبط بالجانب النفسي والاجتماعي القائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون .

موضوع الحضانة جدير بالدراسة لارتباطه بالشريعة الإســـلامية لأنهـــا تعتبـــر حـــق للمحضون كونها شرعت من أجل حمايته ورعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا بمعنـــى أدق يقصد عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبهـــا تتـــوفر فيـــه شروط استحقاق الحضانة .

وهذا ما أدى إلى تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله قانون الأســـرة بمقتضـــى الأمر 05 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جاء بضمانات جديدة للمحضون ولعل أبرزها هي :

– إعادة ترتيب مستحقي الحضانة مع بقاء الأمم في نفس المرتبة الأولى وتقدم الأب بعد الأم وهذا محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأمومة والأبوة كما أكد المشـــرع علـــى حـــق التداول في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

– حسب شروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع الجزائري بعبارة و يشترط في الحاضـــن أن يكون أهلا لذلك وحسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري لم يحـــدد الشـــروط الواجب توافرها في الحاضن وترك ذلك للقاضي للرجوع والبحـــث فـــي أحكـــام الشـــريعة الإسلامية.

– تأكيد المشرع الجزائري على عمل المرأة لا يشكل عائقا أو ســـببا مـــن أســـباب ســـقوط الحضانة إذا كان هذا العمل لا يشكل إهمالا أو خطرا على المحضون .

لكن بالرغم من المساعي والمجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائـــري إلا أن هنـــاك بعض النقائص التي يجب مراعاتها :

- ويمكن إجمال كل تلك النتائج في النقاط التالية :

1- تعريف المشروع الجزائري للحضانة بموجب المادة 62 من قانون الأســـرة الجزائـــري نجد قد ركز على بيان أهدافها وأسبابها وأقر بأنها رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته علـــى دين أبيه والسهر على حمايته ومن الناحية الواقعية نجد أن العديد من الآبـــاء يهملـــون هـــذا الجانب فقد يتعذر على هذا الأخير القيام بذلك لقصر مدة الزيـــارة فكـــان علـــى المشـــرع الجزائري ضبط هذه المسألة أكثر .

2- إقرار الشريعة الإسلامية و القضاء على أولوية الأم بحضـــانة أولادهـــا عنـــد تمتعهـــا بالشروط .

3- أعقل المشرع الجزائري تحديد الأولى بالحضانة في حالة تساوي درجتهم مما يتوتجـــب على القاضي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي طبقا لـــنص المـــادة 222 قـــانون الأســـرة الجزائري .

4- المشرع لم يضع مادة صريحة لمعالجة مشكلة إسناد الحضانة للأم (الغيـــر المســـلمة) و تربية الولد على دين أبيه و كان من الأجدر على المشرع أن يفصل في هذا الأمر.

5- تكون الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ولدها المحضون المرتكبة أثناء تواجده معها فـــي فترة الحضانة ونفس الشيء للأب .

الاقتراحات :

- إعادة ضبط مضمون مادة 62 من قانون الأسرة لبس عنها بتحديد شروط الأزمة توفرهـــا الحاضنين ليكون أهلا لإسناد الحضانة.

- وضع حلول للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المخـــتلط مـــع وضـــع نصوص قانونية تنائي مصلحة المحضون.

في الأخير لبد علة المشرع إعطاء أهمية أكير لموضوع الحضانة وذلك بإعادة النظـــر في المواد المنظمة له و تدارك الثغرات الموجودة فيه و منحه الأهمية التي يستحقها بإعتبـــار أنه يمس بمصلحة الطفل .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا المصادر :

أ- القران الكريم

ب- ثانيا المراجع

ج - الكتب

1- ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، مادة حضن ج 13 ، دار بيروت

الرشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنه بعض التشريعات العربية الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائري 2008.

2 - باديس ديابي صور وآثأر فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ره بدون طبعه دار الهدى الطباعة والنش ر الجزائر 2012.

3 - عبد العزيز سعد الزواج الطلاق في ق أ ج الطبعة الثالثة دار هرمة للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر 2007.

4 - عطية صقر موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام الجزء السادس بدون طبعه مكتبه وهبة القاهرة 2006.

5 - محمود علي السر طاوي شرح قانون الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة دار الفكر الأردن 2007.

د- الرسائل و المذكرات الجامعية :

6 - بوبي سعادة الحضانة في القانون الدولي الخاص رسالة دكتوراه في قانون الخاص جامعة تلمسان 2018- 2019.

7 - بن عصمان نسرين إيناس مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجيستر فرع قاون خاص كلية الحقوق جامعة تلمسان 2008- 2009.

8 - حسيني عزيزة الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي مذكرة ماجستير كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر 2000- 2001.

9 – معمري إيمان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة مذكرة ماجيستر في الحقوق جامعة الوادي 2014– 2015.

10 – طعيتبه عيسى سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي مذكرة ماجيستر فرع عقود و المسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر 2011– 2012.

11 – عماري سناء التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في القانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجيستر فرع قانون خاص تخصص أحوال شخصية جامعة الوادي 2014– 2015.

12 – صباطة سليمة دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية و المالية لطفل مذكرة ماجيستر فرع القانون الخاص المعمق جامعة تلمسان 2015 –2016

13 – بشاي عادل حضانة الطفل والدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير فرع العلوم الاسلامية قسم شريعة وقانون جامعة أدرار 2010–2011

14 – ايت عكوش ورثه الحضانة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية مذكرة لنيل شهادة الماستر قسم قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد 15 – الرحمان ميرة بجاية السنة الجامعية 2013 –2014

16 – بركات الربيع رعاية مصلحة المحضون بين النص وتطبيق مذكرة نيل شهادة الماستر قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة السنة الجامعية 2017– 2018.

17 – تطراوي منير الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر قسم الحقوق تخصص قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة السنة الجامعية 2018–2019

18 – عنار فاطمة أحكام الحضانة في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري تيزي وزو السنة الجامعية 2014– 2015

19 – رحمي دليله حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج 20 – محند البويرة السنة الجامعية 2014– 2015

21 – مسيكة محمد الصغير مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مذكرة نيل شهادة ماستر قسم الحقوق جامعة زيان عاشور الجلفة السنة الدراسية 2015 2016

هـــ– النصوص القانونية

– القوانين العادية

1– القانون رقم 84 11 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 0 5 الجريدة الرسمية العدد 15

– الأوامر:

1 – الأمر رقم 5 2 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005

– المراسيم :

المرسوم رقم 88 144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والفرنسية في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر 21 يوليو 1988 الجريدة الرسمية العدد 30

– القرارات القضائية :

1 – قرار المحكمة العليا العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 21 10 1982 الملف رقم 32594 رقم المجلة القضائية عدد سنه 1989

2 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 9 1 1984 الملف رقم 31997 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1989

3– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 2 4 1984 الملف رقم 32594

4 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 9 7 1984 الملف رقم 33921

5 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1985/12/2 الملف رقم 388225 المجلة القضائية عدد 44

6 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 19 12 1988 ملف رقم 51894

7 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادرة بتاريخ 05/13 /1989 الملف رقم 52221 المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1993

8 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 23 6 1993 الملف رقم 91671 المجلة القضائية العدد الأول سنة 1994

9 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1994/04/19 الملف رقم 102826 المجلة القضائية العدد 51

10 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صدر بتاريخ 1995/10/24 الملف رقم 123889 المجلة القضائية العدد 52

11 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 21 11 1995 هل ملف رقم 111048 المجلة القضائية العدد 52

12 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 17 3 1998 الملف رقم 179471

13 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 21 4 1998 الملف رقم 189234 المجلة القضائية عدد خاص سنة 2001

14 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1998/07/21 هل ملف رقم 201336 المجلة القضائية عدد خاص سنة 2001

15 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صدر بتاريخ 1998/12/15 الملف رقم 214290

16 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1999/2/5 المجلة القضائية العدد خاص سنة 2001

17– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 10/ 12/ 1999 الملف رقم 25566

18 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 21 11 2000 الملف رقم 252308 المجلة القضائية العدد 2 سنه 2001

19 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية يه الصادر بتاريخ 26 12 2001 الملف رقم 273526 المجلة القضائية عدد 1 السنة 2004

20 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 18 5 2005 ملف رقم 330566 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2005

21 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 2005 /06/15 ملف رقم 331833 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2005

22 – قرار راويه المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ه الصادر بتاريخ 26 4 2006 الملف رقم 380958 المجلة القضائية العدد الثاني سنة 2007

23 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 2007/1/17 الملف رقم 377189 المجلة القضائية العدد الثاني

24 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 2008/2/13 الملف رقم 424292 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2008

25 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 12 3 2008 الملف رقم 426131 المجلة القضائية العدد الأول سنة 2008

26 – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 2008/09/10 هل ملف رقم 457038 المجلة القضائية العدد الثاني سنة 2008

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفهرس	الصفحة
إهداء	
شكر و تقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لحقوق الأولاد في الحضانة	
المبحث الأول : ماهية الحضانة	7
المطلب الأول : مفهوم الحضانة	7
الفرع الأول : تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا	7
الفرع الثاني : تعريف الحضانة في الفقه	8
الفرع الثالث : التعريف القانوني للحضانة	8
المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الحضانة	9
الفرع الأول : الشروط العامة الخاصة بالرجال و النساء	9
الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء	12
الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال	13
المطلب الثالث : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	14
الفرع الأول : الأم و من يليها من قريباتها	14
الفرع الثاني : الأب و من يليه من أقربائه	15
الفرع الثالث : الأقربون درجة	16
المبحث الثاني : الإثار المترتبة على إسناد الحضانة	17
المطلب الأول : نفقة المحضون و أجرة الحاضنة	17
المطلب الثاني : حق المحضون في السكن	20
الفرع الأول : سكن المحضون	20
الفرع الثاني : المكلف بتوفير السكن	22
الفرع الثالث : مكان ممارسة الحضانة و موصفات السكن	23

المطلب الثالث : حق الزيارة	24
الفرع الأول : تعريف الزيارة	24
الفرع الثاني : النظام المكاني و الإلزامي لسير الزيارة	26
الفرع الثالث : تدابير متعلقة بالزيارة	26
الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للحضانة و أهم إشكالاتها	
المبحث الأول : دعاوي الحضانة	31
المطلب الأول : الدعاوي المدنية للحضانة	31
الفرع الأول : دعوى إنشاء الحضانة	31
الفرع الثاني : دعوى تمديد الحضانة	34
الفرع الثالث : دعوى إسقاط الحضانة	35
المطلب الثاني : الدعاوى الجزائية للحضانة	40
الفرع الأول : جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل الى حاضنه	40
الفرع الثاني : جريمة إختطاف المحضون من حاضنه	42
الفرع الثالث : جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	44
المبحث الثاني : أهم الإشكالات الواردة في مجال الحضانة	46
المطلب الأول : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون و إسناد الحضانة في الزواج المختلط	46
الفرع الأول : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون	47
الفرع الثاني : إشكالية الزواج المختلط	53
المطلب الثاني : إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة	56
الفرع الأول : شروط القيام مسؤولية المكلف بالرقابة	56
الفرع الثاني : مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال إبنها المحضون	57
الخاتمة	61
قائمة المصادر و المراجع	65
الفهرس	72
الملخص	

ملخص :

لقد أتى المشرع بكل نصوص المتعلقة بالحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري لتفادي المشاكل التي تتعلق بحق الطفل في الحضانة.

حيث أن المشرع الجزائري قد أولى الطفل المحضون عناية خاصة وكذلك سعيا منه للحفاظ على حقوقه و تحقيق مصلحة وذلك من خلال التنصيص عليها ضمن نصوص وقواعد قانونية وفقا لمعايير مستند منها من أحكام الشريعة الإسلامية.

لطالما ركز المشرع على مصلحة المحضون كونها الجانب أهم في موضوع الحضانة فنجد أن للقاضي السلطة التقديرية في النظر بالمسائل المتعلقة بالحضانة وما يتوجب عليه من مجهود في منح الحضانة.

ولقد اعتمدت لدراسة هذه المذكرة على اجتهادات قضائية وهذا لطبيعة التي يتميز بها هذا الموضوع ونظرا المكانة المحضون بصفة رجل الغد فيجب أن يوجه النظر إليه.

RESUME

Le législateur a fait passer tous les textes relatifs à la grand de l'article 62 à l'article 72 de la loi algérienne sur la famille pour l'éviter les problème Lee au droite de l'enfant à la grande .

Attendu que le législateur algérienne a accordé une attention parti altière à l'enfant câline dans le but préserver ses droits et de réaliser son intérêt Supérieur en le stipulant dans les textes et règles juridiques conformément aux critères énoncés dans les dispositions de la charia islamique .

Le législateur s'est toujours concentré sur l'intérêt du gardien car c'est l'aspect le plus important de la question de la garde nous constatons donc que le juge a la pouvoir discrétionnaire d'examiner les questions liées à la garde et ce qu'il doit faire pour accorder la garde .

Je me suis appuyé sur l'étude de ce mémo sur la jurisprudence judiciaire et c'est la nature qui caractérise ce sujet et vue la question de garde à vue comme l'homme de demain il doit attirer l'attention .