جـامـعـة الشهيد حمّه لخضر- الـوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar -El Oued
كلية الحقوق والعلوم السياسية

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطـــالبة:
سناء عماري

تحت إشراف الدكتور:
فاروق خلف

لجنة المناقشة

- الدكتور:إبراهيم رحماني (أستاذ محاضر أ)..... رئيـسا
- الدكتور:فاروق خلف (أستاذ محاضر أ)..... مشرفا و مقررا
- الدكتور: بدر الدين شبل(أستاذ محاضر أ).....مناقــشا
- الدكتور: أبو بكر خلف (أستاذ محاضر أ).....مناقــشا
- الدكتور: المكي دراجي(أستاذ محاضر أ).....مناقــشا

السنة الجامعية :2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــداء

إلى والديّ الكريمين

سندي في الصبر على مواصلة مشواري الدراسي وإنجاز هذا البحث

إلى من ترقبـوا نجاحي إخـوتي و أخواتي

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة

جهدي

الملخص:

قد أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة بحماية الطفل المحضون و السعي إلى تحقيق مصلحته من خلال تكريسها على أرض الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، و كذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيا في ذلك مصلحة الطفل. فتقدير تلك المصلحة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لتقدير القاضي ،الأساس الذي ينبغي عليه تعليل قراره تعليلا واضحا ،فالمصلحة تعتبر هنا المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه،و تبقى الصلاحية للقاضي في تقدير ذلك.

و يبقي الاهتمام بالمحضون وبحقوقه من المسائل التي يجب أن تغلب من طرف المشرع والقضاء من جهة ومن طرف الحاضن من جهة أخرى،فبالنسبة للحاضن عليه رعاية المحضون و الاعتناء به لكي يكون فردا صالحا و سويا من خلال تعليمه و تأديبه و الاعتناء به و التكفل به صحياو حمايته خلقيا.

Résume:

Peut premier législateur algérien grand soin de protéger la garde de l'enfant et de poursuivre ses intérêts grâce à l'engagement sur le terrain grâce à la coopération de tous les textes législateur-cum-juridique protège à travers lequel les droits des enfants, et ainsi que le juge qui cherche à interpréter et appliquer la meilleure application en tenant compte de l'intérêt de l'enfant . La jonction de ces intérêts est l'une des questions de fond appartenant à la discrétion du juge, la base sur laquelle il devrait motiver sa décision explication claire, Valmsalehh ici est un critère fondamental pour la protection à fournir pour cajoler après la dissolution du lien conjugal entre ses parents, et l'autorité du juge reste dans cette estimation.

Et garder l'attention Palmhoudon et les droits des problèmes qui doivent être surmontés par le parti législatif et le judiciaire d'une part et le dépositaire de l'autre partie, par les gousses de lui prendre soin de l'enfant et prendre soin d'elle pour être un individu est valide et, ensemble, à travers l'éducation et de la discipline et de prendre soin de lui et de fournir pour lui Sahiao protection morale.

مقـــدمة

من بين الأهداف التي يتوخاها التشريع، حماية الطفل بنصوص قانونية، ومن بينها قانون الأسرة الذي يعد من أهم القوانين كونه ينظم جانبا مهما من الحياة الاجتماعية ألا وهي الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع والوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل،ولكي تستطيع المحافظة على استقرارها و متانتها ووحدتها، يجب أن تقوم على أسس وقواعد سليمة مبنية على التعاون بين الرجل و المرأة لتحقيق النسل المنظم وحفظه على الوجه الأكمل وتربيته و تهذيبه ورعايته و صيانته و تهيئة المستقبل الصالح له، ويقوم الزوجان بهذه المهمة المتعددة الأبعاد والمستويات، ويتطلب نجاحها تعاون الطرفين وبذل جهود متكاملة حيث ينشأ كل ولد في أحضان أبويه و ينمو في ظل أسرته حتى يبلغ أشده ، و يقع على عاتق والديه واجب رعايته و المحافظة عليه معنويا و ماديا، إذ تنص المادة (65) من الدستور الجزائري "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم".

ولكن في حال الخلاف المستحكم بين الزوجين، تتعطل أولويات الاهتمام بالأسرة، وغالبًا ما ينعكس ذلك بالتراجع في الاهتمام بالأولاد، لاسيما إذا انحلت الرابطة الزوجية بين الطرفين ومن أهم و أبرز نتائج الطلاق مصير الأطفال في من يتولى حضانتهم.

فالحضانة هي تربية الولد بعد المدة التي تنفك فيها الرابطة الزوجية ،ممن لها الحق في تربيته شرعا، وتعرف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة (64) قانون الأسرة بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" فمدار الحضانة على نفع المحضون، و أن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره. لهذا شرعت الحضانة لرعاية المحضون و تحقيق مصلحته في التشريع الجزائري ، ففي سن الحضانة تتشكل مفاهيم الطفل و تترسخ لديه الكثير من القيم و المبادئ المكتسبة، بما فيها الآثار السلبية المترتبة عن طلاق والديه إذ تؤدي إلى عدم الاستقرار و عدم الطمأنينة ، لهذا فالحضانة تكفل للطفل الحماية من جراء تفكك أسرته وتهدف أيضا إلى حمايته من الانحراف

فمصلحة المحضون قوام الحضانة و تتجسد من خلال تقرير نصوص قانونية تكفل له التربية الحميدة وحمايته من الصدمة التي تلقاها من طلاق والديه.

إن أهمية هذا الموضوع تكمن في دور الحضانة في حياة الطفل المحضون، باعتباره جزأ لا يتجزأ من الحاضر لكنه كل المستقبل، وباعتبارها من أهم الآثار المترتبة عن حل الرابطة الزوجية لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عنها من حيث تربيتهم أولاها المشرع اهتماما بالغا وذلك بضبط كل الجوانب المنظمة لها، وهذا ما يجعل من موضوع الحضانة موضوعا يستحق دراسة دقيقة معمقة ،كما أعطى للقضاء سلطة تطبيق وتجسيد نصوص قانونية سارية المفعول متعلقة بالحضانة لكي تتلاءم مع الأهداف المتوخاة منها ،غير أنه عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس بمصلحة المحضون، هو الأمر الذي يدعوا القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه .

ودعاوى الحضانة وما يرتبط بها من أهم الدعاوى الأحوال الشخصية للولاية على النفس، و يرجع السبب في ذلك إلى مصلحة الصغير المحضون و الارتباط بأبويه قبل انحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عنه من تنازع بين المطلقين حول حقوق و واجبات كلا الطرفين.

أما الهدف من دراسة هذا الموضوع هو إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون و توضيح النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة الجزائري، مع تبيان الأصلح للمحضون في ما يخص الحضانة، وكذا معرفة الآليات القانونية الممنوحة للمتقاضي التي تهدف لحماية مصلحة المحضون من خلال اللجوء للقضاء و إظهار دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون وإبراز الإشكالات التي تواجهه و معرفة مدى توافق أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مع التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري .

و من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع هو رغبتي الشخصية في ذلك ولدراسة موضوع الحضانة التي تعنى بتربية الطفل في سن معينة إلا بمساعدة غيره، بالاستناد إلى النصوص القانونية معززًة ذلك بالأحكام و القرارات القضائية التي تتناسب مع الواقع

وحل كل مشكلة مع إبراز الدور الأساسي للقضاء في حسم دعاوى الحضانة من خلال إعطاء القاضي دورًا ايجابيًا في ذلك ، مستعينًا بأهل الخبرة من المرشدين الاجتماعيين والنفسيين لترجيح مصلحة الطفل المحضون على غيره من المصالح وللوقوف على الحماية القانونية والجزائية التي كرسها المشرع لصالح المحضون و طريقة تطبيقها و تجسيدها من طرف الجهات القضائية المختصة، و تبيان واقع الحضانة على المستوى القضائي من خلال الدعاوى المرفوعة أمامه مع إظهار دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون وإبراز الإشكالات التي تواجهه.

فالحضانة كأثر من آثار الطلاق مسألة أسرية نابعة من عمق الواقع الاجتماعي تطرح الكثير من المسائل الواقعية، ذلك أن القضايا التي يفصل فيها القضاء ما هي إلا ما هو موجود في المجتمع، وهو ما يقودنا إلى طرح الإشكال الآتي: **ما مدى فعالية و نجاعة الآليات القانونية المكرسة من قبل التشريع و القضاء في تحقيق مصلحة المحضون ؟**

و يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة لتعلقها بمصير الأولاد، من خلال وضعهم عند من يحسن تنشئتهم و الحفاظ على حقوقهم و توفير كل المقومات التي تضمن لهم الحياة الكريمة، لهذا فطبيعة الموضوع تفرض علينا للإجابة على الإشكال اتبعت المنهج الوصفي وذلك ببيان الإجراءات اللازمة إتباعها عند اللجوء للقضاء بالإضافة إلى ذكر النصوص القانونية المنظمة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري، والمنهج التحليلي لدراسة و تحليل المواد المتعلقة بالحضانة للوصول إلى مواطن الخلل بالإضافة إلى إبراز موقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع.

ولقد اعتمدنا في هذا البحث على فصلين رئيسين حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة الأساس القانوني لدعاوى الحضانة كحق مترتب عن تبعات الطلاق، وذلك من خلال التطرق للأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه كمبحث الأول، كما تناولنا في المبحث الثاني الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

أما في الفصل الثاني فعالجنا إشكالات الحضانة و طرق حلها بدراسة الحضانة في الزواج المختلط في المبحث الأول، و المسؤولية عن أفعال المحضون في المبحث الثاني، وفي المبحث الثالث تناولنا أساس الحماية القانونية للمحضون.

الفصـــل الأول

الأساس القانوني لدعاوى الحضانة كحق مترتب عن تبعات الطلاق

من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل المحضون الحق في الرعاية والتربية ولاشك أن أسمى صور التربية تربية الطفل بين أحضان والديه ،لما يناله من رعايتهما ،والقيام بما ينمى جسمه و عقله،حتى ينمو بشخصية متكاملة، كما أوجبتها على الحاضن عند انفصال الرابطة الزوجية التي تعد من أبرز الآثار المتولدة عن انحلال الزواج.

لذا كانت الشريعة الإسلامية السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال المحضونين نتيجة انحلال الرابطة الزوجية ، كونهم أهم الضحايا من جراءها مفتقدين بذلك لمن يرعاهم ويسير شؤونهم في أول مرحلة من حياتهم والتي تتسم بالعجز والضعف على القيام بهذه الشؤون لوحدهم.

ونظرا لحساسية موضوع الحضانة وشدة ارتباطه بحياة الطفل المحضون في الأسرة أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بمصلحته وذلك عن طريق تنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه ومنها الحضانة، وكفلها بنصوص قانونية لحمايته وضمان حقوقه من الناحية المدنية والجنائية، حيث أقر المشرع هذا الحق في قانون الأسرة ووضع له نصوص قانونية وذلك في الكتاب الأول، في الفصل الثاني من المادة (62) إلى غاية المادة (72) منه[1]، وبسط على هذا الحق الحماية الجزائية في حالة مخالفة أحكام الحضانة أو الإخلال بمصلحة المحضون في قانون العقوبات كما حددت

1- القانون(11/84)المؤرخ في09 رمضان 1404هـ ،الموافق ل: 09يونيوسنة1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ،المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05)المؤرخ في 27فبراير2005،صادر بالجريدة الرسمية عدد (15)،المؤرخة بتاريخ 2005/02/27.

الإجراءات الواجب إتباعها عند اللجوء للجهات القضائية المختصة لحماية الحق المعتدى عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم(09/08)[1].

وعليه لابد من مراعاة مصلحة المحضون سواء في التشريع أو الأحكام أو قرارات القضاء وحمايتها عن طريق دعاوى مدنية بالإضافة إلى متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة .

والدعوى هي الوسيلة المتاحة قانونا لممارسة حق التقاضي ويقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن رغبة في الدفاع عن الحق، فدعوى الحضانة من الدعاوى التي تطرح بكثرة أمام القضاء نظرا لتزايد قضايا الطلاق، وتختلف هذه الدعاوى باختلاف الأثر المترتب عليها والمتمثل في الأثر المدني الناجم عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه (المبحث الأول)ثم الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل حمايته القضائية (المبحث الثاني).

[1]- القانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل:25فبراير 2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،الصادر بالجريدة الرسمية عدد21،المؤرخة بتاريخ 23أبريل 2008.

المبحث الأول

الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه

يعتبر التفكك الأسري وانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق من بين التهديدات التي تترصد الطفل وتؤثر على تنشئته في بيئة يسودها التفاهم، ويعتبر الأطفال ضحايا الطلاق بحكم هشاشتهم وحاجتهم المفرطة للحماية، ولأن الطلاق له عواقب وخيمة على المدى القريب والبعيد على مستقبل الأطفال و استقرارهم لابد من حمايتهم ورعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم نظرا لما يخلفه الطلاق من آثار سلبية، ومن أول الإشكالات التي تطرح عند الطلاق ويشتد الخصام حولها بين المطلقين من هو أحق بالحضانة ، وغيرها من الإشكالات المتعلقة بالمحضون، غير أن اللجوء للقضاء يضع حدا لذلك برفع دعواهما أمام القاضي الذي يفصل في الدعوى بناءا على النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة مغلبا في ذلك مصلحة المحضون فصاحب دعوى الحضانة يكون إما مطالبا بالحضانة لنفسه أو تمديدها أو إسقاطها عن غيره، وبهذا تبرز الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في دعوى إسناد الحضانة ودعوى تمديد الحضانة ودعوى إسقاط الحضانة وذلك بالتعرف إلى الأسس الإجرائية التي يجب أن يتبعها المتقاضي في دعواه والأسس الموضوعية التي تضبط موضوع الحضانة.

المطلب الأول

دعوى إسنـــــاد الحضـــــانة

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها القوانين الوضعية للطفل، فهو في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحه لأن طبيعة الأطفال وظروفهم تستوجب رعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم وتسلسل فترات حياتهم لما بهم من العجز عن التكفل بأنفسهم والقيام بحوائجهم لذلك فهم بحاجة إلى من يرعاهم ويتولى شؤونهم وذلك بإسنادهم إلى من هم أجدر وأقدر بها.

والحضانة تتصف بصفتين كونها حق وواجب في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن ومن جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه المهمة، لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه ينتج مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم له بحضانة المحضون الصغير (الأسس الإجرائية لدعوى الحضانة) ويجب على القاضي عند إسناد الحضانة أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة و يتحقق من الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون (الأسس الموضوعية لدعوى إسناد الحضانة).

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى إسناد الحضانة

الأصل في وظيفة القضاء أنه يفصل في النزاعات المرفوعة إليه بوجه بات، وأن حكمه يضع حدا للخصومة القائمة بين الطرفين غير أن بلوغ هذه الغاية تقتضي مجموعة من الإجراءات التي توجبها الدعاوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خصص المشرع الباب الأول من الكتاب الثاني إلى أحكام الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام من المادة(423 إلى 536)قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ومنها قسم شؤون الأسرة الذي يعتبر من أهم أقسام المحكمة باعتباره بوابة لأهم المشاكل التي تواجه الأسرة، وقد أولاه المشرع الجزائري اهتماما خاصا بالتعديل الأخير القانون رقم(08/09)المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008 وأفرد لقسم شؤون الأسرة أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة(423)إلى المادة(499)بـ 76 مادة وعليه سنتعرف على إجراءات التقاضي في دعاوى إسناد الحضانة .

أولا / قواعد الاختصاص

1- الاختصاص النوعي

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمونه قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشق الإجرائي[1].

حيث يؤول الاختصاص النوعي في حكم دعاوى الحضانة إلى قسم شؤون الأسرة وهذا طبقا للمادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(09/08)والتي تنص على أنه" ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

"2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة "

ويشرف على هذا القسم قاض يتولى على وجه الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر[2]وهذا ما نصت عليه المادة(424)قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه"يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"

2- الاختصاص الإقليمي

تحدد المادة(426)قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي أو بناءا على اختيار الطرفين،أما فيما يتعلق بالحضانة فقد نصت المادة(4/426)قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"

---

[1] -عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص328.

[2] -إدريس فاضلي ، إجراءات التقاضي أمام المحكمة ،المجلس، المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، فسيلة لنشر والتوزيع الجزائر،2012،ص187.

هذا يعني أنه إذا وقع طلاق بين الزوجين و حكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم أو خالتهم أو أبيهم أو غيرهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق لسبب من الأسباب ثم قام خصام بين الحاضنة أو بين الحاضن وبين شخص آخر ممن لهم حق الحضانة شرعا ينازع في الحضانة ويطلب إسقاطها على غيره وإسنادها إليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى إسقاط الحضانة على الغير وإسنادها إلى المدعى هي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا[1].

ثانيا / شروط قبول دعوى إسناد الحضانة

إذا أراد أي شخص أن يقيم دعوى أمام المحكمة ليطلب منها أن تفصل في نزاع قائم بينه وبين غيره حول حق يزعم أنه هو صاحبه لا يكفيه معرفة المحكمة المختصة بالفصل في موضوع طلبه ولا في معرفة الطريقة التي أوجبها القانون إتباعها لرفع الدعوى، بل يجب أيضا أن تتوفر في كل من المدعي أو المدعى عليه أو في الدعوى ذاتها.

ومن هذه الشروط الواجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة ما نصت عليه المادة (13) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"إذن حتى تكون الدعوى مقبولة شكلا في القانون الجديد يجب توافر شرط

[1]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه،الجزائر،1996، ص 326.

الصفة وشرط المصلحة ومنه فإن الأهلية بمفهوم أحكام المادة(13)المذكورة ليست شرطا من شروط قبول الدعوى،و إنما هي صلاحية الشخص بمباشرة الدعوى القضائية.[1]

1- **شرط المصلحة:** المصلحة هي مناط الدعوى، فهي الأساس في قيام الحق في الدعاوى وهي الفائدة المشروعة من رفع الدعوى فلا دعوى بغير مصلحة[2].

فالمصلحة في دعوى إسناد الحضانة هي الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة المحضون من جهة وحماية حق الحاضن في طلب الحضانة من جهة أخرى باعتباره حق أقره قانون الأسرة وعدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى.[3]

يجب أن تتوفر شروط المصلحة في كل شخص يستعمل الدعوى،وشروط المصلحة تتمثل في أن تكون المصلحة قانونية[4]و أن تكون قائمة أو محتملة[5].

2- **الصفة:**هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعى كان أو مدعى عليهم بموضوع النزاع[6].

ومنه فالمطالب بإسناد الحضانة لا يجوز له التقاضي ما لم تكن له صفة أي يجب أن يكون من الأشخاص المذكورين في نص المادة(64) من قانون الأسرة ويجب أن تكون له مصلحة أي المطالبة بحق يعترف به القانون ويحميه ألا وهو الحضانة.

ثالثا / حالات إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية:

---

[1]- يوسف دلاندة ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (الدعوى القضائية) ،الطبعة الثانية،دار هومة ،الجزائر،2009،ص22-23.

[2]-إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص6.

[3]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 329.

[4]- سليمان بارش ،شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الخصومة القضائية أمام المحكمة)،الجزء الأول،دار الهدى،عين مليلة الجزائر،2006،ص14.

[5]-عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق، ص38.

[6]- سائح سنقوقة،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجزء الأول ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر،2011،ص45.

1. انحلال الرابطة الزوجية:

يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة دعوى طلاق بإرادة منفردة من الزوج في المادة (48) من قانون الأسرة أو في حالة الطلاق بالتراضي أوبطلب من الزوجة إما تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري، أو خلعها طبقا للمادة (54)من ذات القانون، أي أنه متى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا يكون القاضي ملزما بالفصل في أمر حضانة الأولاد وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراراتها و منها، "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي بأن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة وهو من اختصاص قاضي الطلاق حسب المادة(467)من القانون المدني"[1].

فدعوى الحضانة تكون دعوى تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق بطريقة شفهية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعات ويقع الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطلاق وبحكم واحد[2].

فعند الفصل في هذه الدعوى يترتب جملة من والواجبات التي تقع على كل واحد منهما، حيث يتضمن الحكم الصادر في دعوى الطلاق التصريح بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، وما فرض للزوجة المطلقة من نفقة إهمال ونفقة العدة والمسكن إن اقتضى الأمر وتعين من تسند له الحضانة وإلا تقدير أجرة السكن وتنظيم حق زيارة المحضون لمن يمنح له نفس الحق وكذلك الفصل في النزاع القائم حول المتاع بين الزوجين وهذا طبقا لحكم المادة 73من قانون الأسرة [3].

كما أجاز المشرع استئناف الأحكام الصادرة في الحضانة خلافا للأحكام المتعلقة بالطلاق وبالخلع أو التطليق، وذلك ما نصت عليه المادة(57) من قانون الأسرة الجزائري" تكون الأحكام الصادرة

---

[1]- المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، في الملف رقم(99470). نقلا عن: العربي بلحاج قانون الأسرة،مع تعديلات الأمر02/05 "و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة "،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007،ص372.

[2]-عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ، ص366.

[3]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص120.

في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف."

وهذا يعني أن الحكم الصادر في دعوى الطلاق هو حكم قطعي، على أنه يحسم النزاع في شق من موضوعه، وهو ما يتعلق بحل الرابطة الزوجية، أي بالطلاق.

وأما الشق الثاني منه وهو ما ينصب على المسائل المادية من نفقة ومسكن وحضانة وحق زيارة المحضون أو المتاع فيكون الحكم فيها بما يتفرع عن إيقاع الطلاق، حكما ابتدائيا قابلا للطعن بالطرق العادية[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها " متى كان مقررا قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية، فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"[2].

2. حالة الوفاة أو الفقدان:

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، سواء كان هو أحد الزوجين أو غيرهما لذلك كيفما كانت قرابة طالب الحضانة بالمحضون فإنه يتعين على من يرغب في استصدار حكم له بالحضانة أن يقدم تصريحا شفهيا أو عريضة كتابية موقعة منه أو من محاميه إلى رئيس كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون ويذكر فيها عنوانه وهويته وعنوان وهوية الطرف المقابل، و يوضح فيها الأسباب

---

[1]-الغوثي بن ملحة المرجع السابق، ص119- 120.

[2]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/11/26، في الملف رقم(79858)، المجلة القضائية،1993 العدد03، ص86. نقلا عن: سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)،ط1، ج2، منشورات كليك، المحمدية،الجزائر،2013، ص696.

والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة بعد وفاة الحاضن الأول أو إسقاطها عنه، ثم يقدمها إلى رئيس مكتب الضبط مرفوقة بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن أن تساعد وتدعم طلبه[1].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ2009/09/16بأنه"تطبق المادة 64 من قانون الأسرة ،في صياغتها الجديدة (لأمر 05/ 02)،على حالة الطلاق و الوفاة."[2]

رابعا / التدابير الإستعجالية:

لقد نصت المادة (57مكرر) من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر(02/05)لسنة 2005على إقرار إجراءات جديدة ، حيث جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة، الزيارة و المسكن[3].

التدابير الإستعجالية هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة ،و التي تتعلق بقضايا لا تحمل البطء و التأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال.[4]

1) التدابير المتعلقة بالنفقة والسكن

قد يكون حاجة المنفق عليه عاجلة لا تقبل الانتظار أو البطء، لذلك أقر المشرع الجزائري إجراءات سريعة للحصول عليها، باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر على ذيل العريضة يمنح بموجبه للزوجة نفقة لها ولأولادها، بطبيعة الحال مؤقتة فتستمر لغاية صدور حكم في الدعوى الموضوعية[5] .كما لها أن تلجأ إلى القاضي لاستصدار أمر مستعجل على ذيل العريضة للحصول على السكن المؤقت لحين الفصل في دعوى الموضوع.

---

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص367.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/09/16، في الملف رقم(511644)، مجلة المحكمة العليا ،2010 العدد1، ص228.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1485.

[3]-عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،دار هومه،الجزائر،2007 ،ص 155.

[4]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية و نقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية 2010،ص277.

[5]- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص173.

وفصل القاضي بخصوص النفقة مستقل عن الفصل في موضوع السكن عند معالجته، للنزاع المطروح أمامه ،وهذا ما أكدته المجلس الأعلى"بأن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا، وإنه لا يجوز إدخال طلب قيمة إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها، فالمسكن حق مستقل عن النفقات الأخرى بنص قانوني[1].

2) التدابير المتعلقة بالحضانة والزيارة:

بموجب التعديل الصادر سنة 2005 أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة يودعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي تنظر في موضوع الطلاق في طلب الحكم له بحقه في حضانة أحد أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة إستعجالية مؤقتة [2].كما يعتبر من قبيل التدابير التحفظية الوقتية التي يمنح القضاء الاستعجال من خلالها حق الزيارة للزوج الآخر،و الحكمة من هذا التعديل هو مراعاة الجانب النفسي و المعنوي للمحضون من جهة و الحاضن من جهة أخرى[3].

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى إسناد الحضانة

كرس المشرع الجزائري مجموعة من الحقوق للطفل المحضون ومن بينها الحق في الحضانة حيث خصص له المواد من المادة(62)إلى المادة(72)من قانون الأسرة حيث تنص المادة (62) على أن "الحضانة هي رعايته الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

---

[1]- المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1988/11/07 في الملف رقم(51596)،عدد 45، ص58.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص553.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 158.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص284.

فلا بد من مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة لأنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وذلك من خلال دور القاضي الذي يجب عليه التحقق عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط إستحقاقها ويحقق الأهداف المرجوة منها، ولهذا لا بد أن نتطرق إلى ضوابط إسناد الحضانة لمعرفة الشروط الواجب توفرها في الحاضن المكلف بالرعاية والاهتمام بالطفل المحضون وترتيب مستحقي الحضانة مع تبيان الآثار المادية المترتبة عن إسناد الحضانة من نفقة ومسكن والآثار المعنوية المتمثلة في زيارة المحضون التي قد لا تحسم أحيانا إلا باللجوء للقضاء و الفصل في الإشكالات القانونية القائمة كتحديد النفقة والمسكن وزمان ومكان زيارة المحضون.

أولا / ضوابط إسناد الحضانة

سوف نتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة ثم إلى ترتيب مستحقي الحضانة.

1- شروط استحقاق الحضانة:

نص المشرع الجزائري في المادة(62)من قانون الأسرة" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشرط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"حيث يتبين من هذه المادة أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند له المحكمة حق الحضانة كما أنه أجملها في عبارة واحدة.

وبما أن تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة وقدرة معينة[1] فإنه يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المراد الوصول إليها، ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة(222) من قانون الأسرة التي جاء فيها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

[1]- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص109.

فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها ذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة لابد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت الأهلية للحضانة بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال أو الحاضنة من النساء.[1]

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشادة إلى موقف القضاء الجزائري من خلال الاستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

أ. الشروط العامة في الرجال والنساء

الأهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقديم حضانة النساء على حضانة الرجال لأنهن بحكم الفطرة والتكوين هن الأقدر على رعاية الصغير ،ولأنهن بالمحضون أشفق،وعلى القيام به أصبر،و بأمر التربية أبصر[2].ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال وللنساء نجد:

أ.1 العقل: يشرط في الحاضن أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون أو معتوه والدليل على هذين الشرطين أن كلا من الصغير والمجنون والمعتوه في حاجة إلى من يحضنه ويقوم على شؤونه فمن باب أولى لا يحضن غيره ولا يقوم على شؤونه، ولآن الحضانة ولاية ولا ولاية لكل على نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره[3]. وعليه فلا تثبت الحضانة للمجنونة والمعتوهة لأنها لا تحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته، بل قد يخشى عليه منها[4].أما موقف المشرع الجزائري من شرط العقل فإنه يرى أن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون

---

[1]- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص 148.

[2]- بلقاسم شتوان ،الطلاق في الفقه المالكي (دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري)،دار الفتح، الجزائر بدون سنة نشر،ص339.

[3]- أحمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد و نفقة الأقارب،دار الجديدة للنشر،منشأة المعارف الإسكندرية ، 1998 ،ص228.

[4]- عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الثالثة ، دار الثقافة،عمان،2010،ص269

غيره، وهذا حسب المادة(81)من قانون الأسرة التي تنص أنه" من كان فاقدا لأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" وعليه فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما وهذا حسب المواد من(42)إلى غاية(44)من القانون المدني[1].

أما القضاء فهو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين ويعتبرها الركيزة الأساسية لإسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسلامة الحاضن عقليا ،هذا ما ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من " المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص إلي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية"[2].وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة".[3].

أ.2 البلوغ: لا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة[4]،لأن الحضانة جزء من الالتزامات التي لا يصح أن يقوم بها إلا مكتمل بالغ[5].

أما المشرع الجزائري فإنه حدد السن 19سنة ليكون الشخص أهلا لممارسة الحضانة وذلك في المادة40 من القانون المدني،كما خصص نصا منفردا لأهلية الزواج في قانون الأسرة حيث نصت المادة (07)منه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص

---

[1]- سليمان ولد خسال ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثانية ،الأصالة للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2012 ص148.

[2]- المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص ،قرار بتاريخ 1965/12/22،في الملف رقم (غير موجود)،المجلة الجزائرية، 1968 العدد 4، ص1242.نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق، ص 368.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/02/13 ، في الملف رقم(265727).نقلا عن: نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،قانون الأسرة نصا وتطبيقا،دار الهدى،الجزائر،2008، ص119.

[4]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص149.

[5]- محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة و القانون ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان 2010،ص82.

بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " ولكن هل يمكن إسناد الحضانة لأم أو لأب يكون سنهما أقل من الأهلية المشترطة للزواج؟

أجاز قانون الأسرة الزواج بإذن قضائي عندما لا يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة.وتخول المادة(480)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر ولائي ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا[1].

فللإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا[2].فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة.

أ. 3 الأمانة:والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون أهلا للحضانة،وبيئة مصاحبة لحدا أدنى من التربية السليمة للصغير[3]، فلا يثبت حق الحضانة لمن تكن غير أمينة على تربية الصغير وتقويم أخلاقه، ويشترط في الأمانة أن لا يكون الحاضن فاسقا[4]،وأن لا يكون الحاضن مهملا[5]،وبأن يكون المكان الذي يقيم المحضون مصونا يؤمن فيه على نفس المحضون[6].

أما بالرجوع لقانون الأسرة فإنه اشترط في الحاضن أن يكون أمينا على أخلاق المحضون حيث إشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته لأن القانون اعتبره و نص عليه في المادة(62) من قانون الأسرة، وخلاف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[7].

---

[1]- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص351.

[2]- زكية حميدو،"مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،(غير منشورة)، كلية الحقوق،جامعة تلمسان، 2005/2004،ص237.

[3]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص149.

[4]-رشدي شحاتة أبو زيد،شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية(دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2012،ص219.

[5]- هدى عصمت محمد أمين،المرجع السابق،ص118.

[6]- عز الدين محمد الغرياني ،دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة و القانون في البلاد العربية ،منشورات elga،فاليتا ،مالطا 1997،ص46.

[7]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية، مصر،2014،ص152.

أما موقف القضاء الجزائري فقد تشدد في اعتبار الأمانة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة ويظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة(62)من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[1].

" حيث أنه من الثابت فقها و قضاءا أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود شاهدوا وفي آن واحد مباشرة الزنا، وكما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال –لأن الزوجة قد صدر في حقها حكم بالبراءة المؤيد أمام المجلس- ومن ثم فإن الزوجة عند صدور الطلاق فهي أولى بحضانة أولادها حتى يسقط حقها شرعا وتنتفع بجميع حقوقها الزوجية من نفقة لها ولأولادها...[2].

أ. 4 القدرة:أما شرط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون، وشرط تحقق الولاية هو تحقق الحفظ فيها، وعلى ذلك لا حضانة لأعمى و أصم وأخرس ومريض[3]،وكذا لمقعد وعاجز لكبر سنه، لعجزهم في حق نفسهم[4]،ولا نفسهم[4]،ولا تثبت الحضانة إذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجزا عن القيام بتربية المحضون

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1997/09/30 ، في الملف رقم(171684).نقلا عن : باديس ديابي آثار فك الرابطة الزوجية(تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع)،دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي،دار الهدى، الجزائر 2008، ص181.

[2]- العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق ،ص372.

[3]- كما يشترط في الحاضن السلامة من الأمراض المعدية فلا حضانة لمن به مرض معد كالجذام والبرص وما إليها لأنه يخشى انتقالها إلى المحضون .أنظر أحمد فراج حسين،المرجع السابق،ص228.

[4]- نصر فريد واصل،الولايات الخاصة "الولاية على النفس و المال في الشريعة الإسلامية "،الطبعة الأولى ،دار الشروق ،القاهرة 2002،ص79.

وحفظه لشغل[1]. فالمراد في استحقاق المرأة الحضانة أو عدم استحقاقها هو قدرتها على تربية الطفل الصغير ورعايته وعدم القدرة على ذلك .

أما المشرع الجزائري فشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك في المادة(62)من قانون الأسرة ، ومن ثم فلا تكون أهلا للممارسة الحضانة كل من كانت عاجزة لكبر سنها أو مرض أو عاهة، ولا يعتبر عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة ما لم يضر مصلحة المحضون طبقا لنص المادة (67)من قانون الأسرة .

أما موقف القضاء الجزائري حول شرط القدرة فيظهر في العديد من القرارات ومنها " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[2]". وفي قرار آخر " أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها [3]"

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

ب. الشروط الخاصة بالنساء:

ويشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي:

ب.1 أن لا تتزوج بقريب غير محرم للمحضون: فإن تزوجت بغير ذي رحم محرم من الصغير المحضون أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة ،لما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة

---

[1]- بدران أبو العنين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون،الزواج والطلاق ، الجزء الأول،دار النهضة العربية،لبنان،1967،ص551.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية 2002/07/03 ، في الملف رقم (274207)، المجلة القضائية، 2004 ، عدد 1 ص262.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1232.

[3]- المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09 ، في الملف رقم (غير موجود)،المجلة القضائية،1989 عدد 04، ص78.نقلا عن:زكية حميدو ،المرجع السابق،ص262.

قالت « :يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له شفاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني، « فقال صلى الله عليه وسلم » :أنت أحق به ما لم تنكحي)« [1].

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة(66)من قانون الأسرة على أنه" يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 2005/05/18" يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم ، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة...."[2].

ب.2 أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:ومؤدى هذا لا حضانة لمن ليست رحم محروم كبنت العم و بنت الخالة[3].

ب.3 عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه: لأن في حضانته في بيت من يبغضه أو يبغض أباه يؤدي بالإضرار بالطفل [4].وهذا ما نصت عليه المادة (70) من قانون الأسرة الجزائري" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

ب.4 أن لا تمتنع عن حضانته دون أجر عند إعسار وليه[5].

---

[1]- جمال الدين بن يوسف الزيلعي،نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب الطلاق،باب حضانة الولد ومن أحق به،الطبعة الأولى، الجزء الثالث، مؤسسة الريان،لبنان،1995،ص265.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/05/18،في الملف رقم 331058. نقلا عن:نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،قانون الأسرة نصا وتطبيقا،دار الهدى،الجزائر،2008،ص134.

[3]- أحمد نصر الجندي،حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة،دار الكتب القانونية،مصر،2013،ص22.

[4]- ناصر جبر القرم،دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان ،2010،ص94.

[5]-أحمد بخيت الغزالي،عبد الحليم محمد منصور علي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر و دول مجلس التعاون الخليجي،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2009،ص460.

ب.5 الإسلام: شرط عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم.إذ لا ولاية عليه ولأنه فتنه على دينه،ولم يشترط الحنفية و المالكية إسلام الحاضنة ، وهذا شرط ورد مايشير إليه في قانون الأسرة الجزائري في المادة(62) منه.[1]

أما عن موقف قضاء المحكمة العليا فإنه لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة وقد طبقت هذه القاعدة في الكثير من قراراتها مع العلم أن المشرع اشترط في المادة (62)من قانون الأسرة على أن يربى المحضون على دين الإسلام وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1989/03/13 بأنه" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه "[2].،كما قضى المجلس الأعلى في القرار الصادر في 1989/12/25" من المقرر القضاء بمسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة[3].

ج. الشروط الخاصة بالرجال:

ج. 1 أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للصغير المحضون:فليس لابن العم حضانة إبنت عمه لعدم المحرمية[4]

ج. 2 إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون[5].

1- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائر حسب آخر تعديل له،الطبعة الأولى، .دار الخلدونية،الجزائر،2007 ،ص359

2 - المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1989/03/13 ، في الملف رقم(52221)، المجلة القضائية 1993، العدد 1، ص48.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص645.

3 - المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1989/12/25 ، في الملف رقم(56597)، المجلة القضائية 1991، العدد 3، ص262.نقلا عن: نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى،الجزائر،2006 ،ص258.

4-عبد الفتاح تقية،مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة،1999-2000،ص270.

5- محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،الطبعة الثالثة ،دار الفكر العربي،القاهرة،1957،ص409.

2- ترتيب مستحقي الحضانة:

يعتمد ثبوت حق الحضانة على قوة القرابة مع كثرة الشفقة، الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل وتوفير ما فيه نفعه وصلاحه،ولهذا أخذ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من قبل المشرع الجزائري حيث اعتمد في ذلك على الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة وشفقة والأكثر حرصا على تربيته وتأديبه ورعايته تحقيقا لمصلحة المحضون، حيث جاء في نص المادة(64)من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل الأخير بموجب الأمر (02/05)بأن" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".وفي هذا الصدد سنبين ترتيب مستحقي الحضانة من خلال النقاط التالية:

أ. ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة رقم 11/84:

لقد أعطى قانون الأسرة رقم(11/84)الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة (64)منه بقولها"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ،ثم الخالة..." إدراكا من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، فالأم هي أحق بالولد من غيرها ، وإنما ثبت لها حق التقدم لكونها أرفق الناس و أشفقهم بالصغير من غيرها[1].

ولهذا فإن للأم الأولوية في استحقاق الحضانة نظرا لتأثيرها البالغ في الحياة النفسية للطفل واستقرارها، وهذه القاعدة يجري تطبيقها أيضا في القضاء الجزائري حيث أكد أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها من خلال قراراته.،وهذا ثابت ومحل إجماع فقها، ومكرسا قانونا و قضاءا وهذه الأحقية والأولوية متعلقة بمدى توافر شروط الحضانة في الأم ومدى تحقق مصلحة المحضون.حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02بأنه " متى كان من

[1]- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق،ص546.

المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي"[1].

كذلك قرار المجلس ذاته بتاريخ 1968/09/25 أن" من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون"[2].

أما إذا ماتت الأم، أو سقطت في حقها الحضانة، أو تزوجت بأجنبي عن المحضون، أي لم تكن أهلا للحضانة، يأتي دور أم الأم لأن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ويقدم المدلي بالأم إلى أم الأم على المدلى بالأب عند إتحاد المرتبة ولذلك تنتقل الحضانة من الأم إلى أم الأم وإن علت[3].لأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب[4]،وتأتي مرتبة الخالة في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم المحضون.

ولا يمكن للقاضي تجاوز الترتيب المنصوص عليه في المادة(64)من قانون الأسرة ما لم تتعارض مع مصلحة المحضون وهو ما قضى به قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات من ذلك القرار الصادر في 1993/02/23، والذي جاء فيه" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة(64)من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[5].

والملاحظ أن نص المادة (64) من قانون الأسرة اكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة دون بيان الأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص بعد هذا التحديد الأمر الذي

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1984/04/02 ،في الملف رقم (32594)،المجلة القضائية، 1989 عدد 01، ص77.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق،ص210.

[2]- المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1968/10/09،في الملف رقم (غير موجود)،المجلة الجزائرية، 1969 العدد2، ص545.نقلا عن: العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق،ص339.

[3]-أحمد نصر الجندي،الطلاق والتطليق وآثارهما،دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ،ص621.

[4]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص758.

[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1993/02/23،في الملف رقم(89672)، نقلا عن: العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق،ص354.

يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة(222) من قانون الأسرة،بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[1].

فإذا انعدم وجود أصحاب الحضانة فإن أمر الحضانة يرجع إلى القاضي لأنه ولي من لا ولي له، فينظر القاضي لمصلحة الصغير المحضون ويضعه حيث يرى مصلحته.

ومما تقدم يمكننا القول أن ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة(11/84)غلب عليه جانب النساء على جانب الرجال، لكونهم أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به[2]، حيث يعطي الأولوية في حضانة الصغير بعد الأم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم ويجعل الأب في مرتبة لاحقة لمرتبتهن.

أما الفعل الإيجابي للمشرع أن الأب مطالب بالإنفاق والإنفاق يقتضي السعي والخروج من المنزل لتوفير حاجات المحضون وفي هذا حرج وتعارض، إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابلته ورعايته، فضلا أن ذلك الطفل قبل السن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام إلا عند النساء بحكم الطبيعة[3].

ب. ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05:

لقد أورد المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة (02/05)ترتيبا مخالفا الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة لقانون (11/84)حيث نصت المادة(64) من قانون الأسرة المعدل بالأمر (02/05)بقولها" الأم أولى بحضانة ولدها..."

---

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية و نقدية مقارنة)،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2010،ص306.

[2]- سليمان ولد خسال،المرجع السابق ،ص183.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص307.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم ثم الأب ومن ثم فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم[1]. وعلى هذا يمكن القول بأن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عن الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال[2].

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/02/18 " الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[3]وإعطاء الأولوية للأب في الحضانة بعد الأم يعود للأهمية التي يتحلى بها الأب في الحضانة كونه يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عبء النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم فهو إبن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة[4].

وإعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما ، وهذا ما تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/10" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة (64)من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

---

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق ، ص308.

[2]- محفوظ بن صغير،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02،دار الوعي للنشر و التوزيع،الجزائر ،2012،ص304.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1997/02/18، في الملف رقم(153640)، المجلة القضائية ،1997 العدد1،ص39.نقلا عن:فضيل العيش،قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007 ،ص63.

[4]- أحمد شامي، المرجع السابق ، ص309.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى التقرير الاجتماعي المعد من مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح تنفيذا للقرار الصادر عن المجلس بتاريخ 2007/12/18 يتبين أن البنت تعيش مع جدتها..."[1].

ويتضح من القرار السابق أن القانون في التعديل الجديد كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، ولهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع [2].

إن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة و جوبيا على القاضي يتقيد به ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له فحسب فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة (64) من قانون الأسرة نفسه الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما[3]، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير حقوق الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[4]، صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا[5].

إن تقدير مصلحة المحضون تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بما للأب

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2011/03/10، في الملف رقم(613469) ، المجلة المحكمة العليا 2012،العدد1،ص285.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ص1592.

[2]- الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،الطبعة الأولى،دار الخلدونية الجزائر،2008 ،ص256.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص310.

[4]- وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/13 والذي جاء فيه" مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة" مأخوذ:العربي بلحاج قانون الأسرة،مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق،ص353.

[5]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص140.

من دور في تربية المحضون[1] ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها"يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون، بدعوى أن القاضي يراعي في إسناد الحضانة مصلحة المحضونين، وأن الأبناء كانوا يعيشون عند والدهم... مادام يؤدي إلى النقض"[2].

إلا أن هذه المفارقة يمكن للقاضي أن يحد منها بل يقضي عليها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون[3]،

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه إختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[4].

ثانيا / الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة

ينتج عن انحلال الرابطة الزوجية جملة من الالتزامات التي تتطلبها الحضانة، فيجب على المحضون له الالتزام بالنفقة والسكن لكي يضمن للمحضون الحياة المستقرة نفسيا وماديا، كما أن الحاضنة ملزمة بعدم حرمان المحضون من رؤية المحضون له ، وهذه الالتزامات تمثل حقوقا للمحضون وهي:

---

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص310.

[2]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/02/13،في الملف رقم(424292)، مجلة المحكمة العليا، 2008،العدد1 ،ص267.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1445.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص309.

[4]- المرجع نفسه، ص310.

1. **الحق في النفقة:** من بين أهم الحقوق الثابتة للولد حق النفقة[1]، ويقصد بالنفقة كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف[2].

والنفقة من الحقوق التي أقرها القانون على وجه الخصوص للطفل المحضون من أجل تغطية حاجاته الضرورية وتحقيق مصلحته المادية، وتطبيقا لذلك حدد المشرع الجزائري مشتملات النفقة في نص المادة (78) من قانون الأسرة حيث نصت على أن" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ومن هذه المادة يتبين لنا أن على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للزوجة أو للولد أن يضع أمام عينيه كل هذه العناصر مجتمعة ولا ينسى أن يدخلها كلها في اعتباره عندما يقرر

الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة[3].في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير[4].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/05/21 "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة في السكن يخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[5].

إن الأب كمبدأ عام ملزم بالإنفاق على أولاده، وهذا ما تضمنته المادة(75)من قانون الأسرة" تجب نفقة الولد على الأب".وحتى يلتزم الأب بالإنفاق يجب أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له[6]أن يكون الأب قادرا على الإنفاق على أولاده.

---

[1] - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص380.

[2]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص253.

[3]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص227.

[4]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004 ،ص173.

[5]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/05/21 ، في الملف رقم(72602)، نشرة القضاة ،1995،العدد 47، ص145.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2،المرجع السابق، ص782.

[6]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص390.

اتفق الفقهاء أيضا على أن مؤونة (نفقة) الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن له مال، فعلى الأب أو من تلزمه نفقته، لأنها من أسباب الكفاية والحفظ و الإنجاء من المهالك[1]، فلا بد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[2].

وهذا ما ذهب إليه القضاء في قرار للمحكمة العليا" من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت " من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي، أو حصولها على مكسب"[4].

وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجزه عن الإنفاق طبقا لنص المادة(76)من قانون الأسرة الجزائري.ولكن هذا الواجب لا ينتقل إلى الأم إلا إذا كانت ذات مال وذات مدخول[5]. وقد سار القضاء على هذا النحو حيث قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/02/22 " من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون

---

[1]- وهبة الزحيلى، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء السابع ،دار الفكر، بدون بلد النشر، 1985، ص736.

[2]- باديس ديابي،المرجع السابق، ص84.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1998/02/17 ،في الملف رقم(179126).نقلا عن:فضيل العيش قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا،المرجع السابق،ص73.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1999/02/16،في الملف رقم(218736). نقلا عن:العربي بلحاج قانون الأسرة،مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق،ص425.

[5]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص225.

مبرر شرعي، وإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون"[1].

و تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص طبقا لنص المادة (79)من قانون الأسرة[2]،والقاضي إذا قدر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها فزيادة النفقة والدعوى بطلب تخفيض النفقة لا يكون مقبولا قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها وفرضه على من تجب عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا من أنه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها[3].

وبما أن النفقة حق للمحضون فعلى الحاضنة اللجوء للقضاء للمطالبة بها أمام القاضي سواء أثناء سير دعوى الطلاق أو على وجه الاستعجال،وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها طبقا لما نصت عليه المادة(420)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/01/19 بالمبدأ أن" قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع"[4]أما تاريخ استحقاق النفقة فتنص المادة (80)من قانون الأسرة بأنه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 237148، المجلة القضائية،2001العدد 1،ص284.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص984.

[2]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص174.

[3]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص163.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/01/19،في الملف رقم (333042)،نقلا عن: حسين طاهري المرجع السابق، ص491.

وعليه فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم،ولكن يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة.[1]

2. **الحق في السكن:**لما كان مدار الحضانة على نفع المحضون ورعاية مصلحته وتوفير المناخ الملائم لاطمئنانه واستقرار نفسيته[2]، فقد أوجب المشرع الجزائري توفير مسكن للممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته.

- **حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة:**

تضمن قانون الأسرة (11/84) مسألة سكن المحضون في المادتين (52)و(72)من قانون الأسرة

ومن خلال استقراء المادتين، نجد تعارضا كبيرا بين الإطلاق والتقييد، حيث كان إستحقاق السكن لممارسة الحضانة معلقا على شروط واقفة وهي،أن لا يكون للزوجة المطلقة ولي يقبل إيواءها مع الأولاد،وأن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون[3]،وعدم زواج المطلقة وثبوت انحرافها،و أن يكون للزوج أكثر من مسكن أي يملك مسكنا آخر غير مسكن الزوجية، فالأولاد يبقون مع أمهم في مسكن الزوجية وعلى الأب مغادرته[4].

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث قضت في القرار الصادر بتاريخ 1991/04/23" من المقرر قانونا أن المطلقة إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها ، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن

[1]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 108.
[2]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص243.
[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص328.
[4]- لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية ،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر ، 2006 ص442.

الزوجية إذا كان وحيدا ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[1]، وعلى ذلك إذا كان مسكن الزوجية وحيدا فإن المشرع لم يجعل الزوجة أن تتمسك بحق البقاء فيه بل عليها مغادرته مع أولادها وعلى الأب أن يدفع أجرة المسكن أو يستأجر بنفسه مسكنا ويخصصه للحضانة"[2]، فالمشرع لم يراع مصلحة المحضونين وعرضهم للخطر والتشرد.

وفي قرارها المؤرخ في 1998/03/13 قضت المحكمة العليا" للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر"[3].

في حين نجد أن المادة (72) من قانون الأسرة(11/84)تقرر خلاف لنص المادة(52)من نفس القانون[4]، حيث نصت" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته"

وبما أن المادة (52)من قانون الأسرة تقرر خلافا لنص المادة (72) من قانون الأسرة ، مما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة (52) تقيد المادة (72) التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة[5].

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/03/13" السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة"[6].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا الصادر في 2002/05/08" إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته"[1].

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/04/23، في الملف رقم(73949)، المجلة القضائية1994،عدد1،ص49.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص719.

[2]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 443.

[3]- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة،دار الهدى،الجزائر، 2004 ، ص32.

[4]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص328.

[5]- المرجع نفسه ، ص328.

[6]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/03/13،في الملف رقم(276760)، المجلة القضائية ،2004، العدد1،ص274.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1234.

ونظرا للتناقض التشريعي وتضارب اجتهادات القضاء فرض على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة فيما يتعلق بتوفير سكن للممارسة الحضانة بإعادة صياغة نص المادة (72)من قانون الأسرة بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير السكن المستقل فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة[2].

- **حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة:**

حسم المشرع الجزائري النقص التشريعي وتناقض الاجتهاد في موضوع المسكن اللازم لممارسة الحضانة من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر (02/05)بتعديل المادة (72) فأصبح نصها كالآتي" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي و محضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1)أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بقطع النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

2)أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون ذلك لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة[3].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/05/08،في الملف رقم(282052)، المجلة القضائية، 2004،العدد1،ص272.نقلا عن: المرجع نفسه،ص1236.

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق ،ص329.

[3]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 145.

3)أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق الحضانة،فإذا لم يكن له مسكن يوفره فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع بدل الإيجار.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2008/10/15 بقولها" إن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة يعد انتهاك للقانون "[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت أنه" من الثابت قانونا أن للحاضنة،الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة"[2].

ومن خلال هذا التعديل ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة فإن لم يستطع فعليه توفير بدل الإيجار وهنا لم يجعل المشرع الأمر اختياري بين السكن ودفع بدل الإيجار فتوفير السكن الملائم يكون كأصل، فإن تعذر توفيره يكون دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن[3]،وهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام[4].فإن تعذر عليه تنفيذ ذلك يلزم قانونا بتقديم بدل الإيجار، ويرجع تقدير قيمته للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/06/15 "باعتبار أن الإيجار تستحقه ابتداء من تاريخ صدور القرار الذي وافق على إسناد الحضانة إلى الحاضنة ، ثم أن مبلغ

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ2008/10/15،في الملف رقم (474255)، نشرة القضاة ،2012 العدد67،ص252.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1620.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/07/13، ملف رقم(339617)، نشرة القضاة، 2008 العدد63،ص343. نقلا عن: المرجع نفسه،ص1478.

[3]- نسرين شريقي، كمال بوفرورة ، قانون الأسرة الجزائري،إشراف: مولود ديدان ،الطبعة الأولى ،دار بلقيس لنشر و التوزيع ،الجزائر،2013،ص113

[4]- الرشيد بن شويخ،المرجع السابق، ص 260.

الإيجار يدخل ضمن تقديرات القضاة ،الأمر الذي يتعين القول بأن الوجهين المثارين غير مؤسسين،لذلك يتعين رفضهما وتبعا لذلك القضاء برفض الطعن"[1].

إلا أنه يعفى من توفير السكن أو بدل الإيجار متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني، وهذا ما تثبته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2011/05/12" الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر لا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار،متى كانت مقيمة خارج الإقليم الوطني"[2].

وبهذا فإن التعديل الأخير رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين (52) و(72) من قانون الأسرة (11/84)فلم تعد المادة (52) منه المعدلة تشرط عدد المحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه[3].

1) مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون:

والمكان لا يقصد به المسكن فحسب بل يتسع ليشمل البلدة التي يسكنها الحاضن رجل أو امرأة لأنه مقيد الحركة فليس له أن ينتقل بالمحضون من بلد إلى آخر حسب هواه ومشيئته[4]، ونظرا لحق الرؤية وحق ولي النفس في مباشرة مهام ولايته، فإن مكان الحاضنة يعني أن يحدد بما يفي بهذه الحقوق[5].

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص عن المكان الذي يمارس فيه الحضانة، والمشرع بسكوته هذا ترك أمر حلها للقضاء أي منح له الحرية في تطبيق و اتخاذ ما يراه مناسبا، وهذا ما نتج عنه

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/06/15،في الملف رقم(460137).نبيل صقر،عز الدين قمراوي المرجع السابق ،ص146.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2011/05/12،في الملف رقم(622754)، مجلة المحكمة العليا 2012،العدد1،ص304.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ص1603.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص331.

[4]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص153.

[5]- أحمد بخيت الغزالي،عبد الحليم محمد منصور علي،المرجع السابق، ص466.

إشكالات على المستوى الواقعي والتطبيقي غير أنه تبين في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/11/11 بأنه" يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة،إما بمكان تواجد بيت الزوجية ،أو مكان تواجد أهل الحاضنة"[1].

و تنص المادة (69) من قانون الأسرة أنه" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، وعليه فالمشرع لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وأوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنه أبيه و أمه[2]،.أما إذا ما غيرت الحاضنة موطنها وانتقلت بالمحضون، فهذا يؤدي إلى تدخل القاضي لإسقاط الحضانة عنها من عدمها أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون لاستحالة ممارسة الأب حقه في الرقابة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1995/11/21" إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[3].

أما تحديد درجة البعد فهي مسألة واقع، متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي ينظر إلى مصلحة المحضون من خلال المعطيات المعروضة في القضية المطروحة.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2001/12/26" تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر"[4].

ت. الحق في الزيارة:

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2010/11/11، في الملف رقم(571700)، مجلة المحكمة العليا 2011،العدد1،ص252.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1538.

[2]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص93.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/11/21،في الملف رقم(111048)، نشرة القضاة،العدد52.نقلا عن:نبيل صقر، المرجع السابق، ص259.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2001/12/26،في الملف رقم(273526).نقلا عن:نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق ،ص138.

أول مشكلة تظهر بعد افتراق الأبوين هي محاولة استئثار من بيده الحضانة للولد إبعاده عن الأخر قدر الإمكان، مما يجعل المحضون محور هذا التنازع ويعرضه لكثير من الانعكاسات التربوية والنفسية وقد يؤول به إلى الانحراف[1]،ولهذا تسعى كل الجهود لتعويض المحضون عما فقده بفراق أبويه وذلك عن طريق تنظيم حق الزيارة، بما يحفظ على الوالدين حقهما، وعلى الصغير سلامته[2].

والمقصود بالزيارة هو رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[3].

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة، وتجعله مرتبطا بأبويه إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[4].

أما ما يتعلق بالجانب التشريعي فقد نصت عليه المادة (64)من قانون الأسرة على أنه "على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" فأسلوب المادة جاء علي سبيل الوجوب[5]،أي أنه يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك، لآن الحضانة وما يترتب عنها من النظام العام[6].

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا الصادر في 1990/04/30 أقر بأنه" من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب

---

[1]- محمد عليوي ناصر ،المرجع السابق، ص190.
[2]- أحمد بخيت الغزالي،عبد الحليم محمد منصور علي،المرجع السابق، ص464.
[3]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص297.
[4]- الرشيد بن شويخ ،المرجع السابق، ص 258.
[5]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص90.
[6]- نورة منصوري،التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى،عين مليلة ،الجزائر،2012،ص98.

لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[1].

مكان الزيارة ومدتها: مكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه.[2]

و بالنسبة لمدة الزيارة فلم يحدد القانون الزمن الذي تستغرقه الحضانة، أي ساعة واحدة أو عدة ساعات، وكذا عدة أيام، وترك المشرع ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة ولقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية، وكذا الأعياد الدينية والوطنية، وكذا أيام العطل المدرسية إن كان المحضون متمدرسا، وأما زمن الزيارة فهو من التاسعة صباحا لغاية الرابعة مساءا غير أنه إذا كان الطفل المحضون رضيعا فإن الزيارة لابد أن تكون أقل من ذلك[3]وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأن ترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يعد خرقا للقانون [4].

المطلب الثاني

دعـــوى تمـــديد الحضانة

إن الحضانة بالإضافة إلى اعتبارها أثرا من آثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، وتسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء،

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1990/09/30،في الملف رقم(79891)، المجلة القضائية، 1992، العدد1،ص55.نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص352.

[2]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص91.

[3]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 519-520.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1990/04/16،في الملف رقم(59784)، المجلة القضائية 1991،العدد4،ص126.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص549.

ولهذا فإن وقع الطلاق بين الزوجين فإنه ينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير[1]، والفصل في مسألة الحضانة في هاته الحالة سيكون فصلا في دعوى تبعية وينتج عن ذلك إصدار حكم قضائي بحل الرابطة الزوجية ويتضمن أيضا أهم الآثار القانونية الناتجة عن الطلاق .

وحق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة[2]وهي السن التي تنتهي فيها الحضانة بقوة القانون غير أنه إذا رغب الحاضن في الاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق قضائيا وذلك باللجوء للقضاء لاستصدار حكم بتمديد الحضانة (الأسس الإجرائية) متى توفرت فيه الشروط القانونية التي أوجبها القانون (الأسس الموضوعية).

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى تمديد الحضانة

تقتضي دعوى تمديد الحضانة مجموعة من الإجراءات التي يجب على المتقاضي العلم بها وإتباعها عند اللجوء للقضاء ولهذا لابد من الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفها:

أولا / قواعد الاختصاص:

1.الاختصاص النوعي:

يؤول الاختصاص النوعي في حكم دعاوى الحضانة إلى قسم شؤون الأسرة وهذا طبقا للمادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص:

---

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ، ص292.
[2]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج والطلاق،المرجع السابق، ص383.

" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

2/ دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة. "

يتميز قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإضافة إلى الأحكام التنظيمية القديمة بوجود عناية خاصة بحماية مصالح القاصر والسهر على حقوقه المادية والمعنوية وكل مامن شأنه أن يشكل خطرا على صحته وسلامته العقلية وللقاضي المختص أن يتخذ كل ما يراه من تدابير تعمل على حماية القاصر[1].

2.الاختصاص الإقليمي:

تحدد المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع.

فحسب المادة (4/426) فإنه" تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة" ومنه فالمحكمة المختصة بالفصل في دعوى تمديد الحضانة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

وهذا يعني أنه إذا وقع طلاق بين الزوجين وحكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق ثم انقضت مدة الحضانة المقررة قانونا فللأم الحق

[1]- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص118.

اللجوء للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا.[1]

ثانيا / شروط قبول دعوى تمديد الحضانة

إن شروط قبول الدعوى تتمحور حول تلك الشروط الخاصة بصلاحيتها للنظر فيها و لسماعها وهي شروط متصلة بأركانها وهم المدعي والمدعى عليه والحق في رفعها باعتباره مستقلا عن ذات الحق المطلوب حمايته أو تقريره.

فصلاحية الدعوى للنظر فيها أو سماعها تمهد للنظر في موضوعها ومن ثم إذا لم تتوفر شروط سماع الدعوى فإن المحكمة تتوقف عند عدم قبولها دون النظر إلى إجراءات رفعها وصحة تأسيسها[2].

فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا من خلال المادة (13)منه شروط قبول الدعوى وهي شروط متصلة بأشخاصها وهم المدعي والمدعى عليه حيث تنص المادة على أنه" لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم يكن له الصفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"

ودعوى تمديد الحضانة كغيرها من الدعاوى يشترط لقبولها توفر شروط وهي الصفة والمصلحة، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى وهو تمديد الحضانة ولا تصدر فيه حكما بالتمديد أو الرفض، وإنما تحكم بعدم قبولها.

1/ شرط الصفة:

يكون المدعي ذا صفة في المطالبة إذا كان هو صاحب الحق المطالب به، فإذا كانت الدعوى بإنشاء حق، وجب لتوافر الصفة في المدعي تحقيق ما يشترطه القانون في جانبه لهذا

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ، ص326.
[2]-سليمان بارش،المرجع السابق، ص8.

الغرض[1]، من ذلك مثلا أن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها[2]، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون[3]، وهذا بحسب نص المادة (65)من قانون الأسرة.

نستخلص من هذه المادة أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشرة سنة من عمره، وهذا من شأنه إستبعاد حالات متشابهة لمجرد كون الحاضنة شخص آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون[4].

وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/10/24 أنه" تأييد الحكم القاضي بالطلاق والحضانة للأم –طعن بالنقض- لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب – رفض الطعن. إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة(16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة(65)من قانون الأسرة"[5].

نستخلص مما سبق أن أول مسألة يتحقق منها القاضي هي العلاقة بين طرفي الدعوى و موضوعها[6]، إذ أنه يتعين أن ترفع دعوى تمديد الحضانة من ذي صفة وهي الأم شريطة عدم زواجها ثانية بخصوص تمديد حضانة الذكر دون الأنثى.

2/ شرط المصلحة:

---

[1]-عمارة بلغيث،الوجيز في الإجراءات المدنية ،الطبعة الثانية،دار العلوم ،عنابة،2002،ص61.
[2]- نورة منصوري،المرجع السابق، ص96.
[3]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص385.
[4]– صالح بوغرارة ،حقوق الأولاد في النسب والحضانة،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2013، ص150.
[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/10/24،في الملف رقم(123889)، نشرة القضاة 1997،العدد52،ص111.نقلا عن:فضيل العيش،قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا،المرجع السابق، ص64.
[6]- سليمان بارش،المرجع السابق، ص9.

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء للقضاء هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها[1]، فإذا انتفت تلك المصلحة لفائدة رافعها فلا تقبل دعواه، والعلة في ذلك واضحة حيث إضاعة وقت وجهد العدالة وانشغالها بدعاوى لا فائدة منها[2].

والمصلحة المحققة من تمديد حضانة الذكر دون الأنثى في حالة بلوغه 10 سنوات، إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن العاشرة، ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية ،حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل منها فمصلحة المحضون يجب أن يقررها القاضي على هذا الأساس[3].

للأم اللجوء للقضاء والمطالبة باستصدار حكم بتمديد الحضانة متى توفرت الشروط القانونية طبقا للمادة (64) من قانون الأسرة، وطبقا لنص المادة (14) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه.[4]

ثالثا / سلطة القاضي في تمديد الحضانة

لقد نصت المادة (65) من قانون الأسرة على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

---

[1]- عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق، ص38.
[2]-عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص64.
[3] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص62.
[4]- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص9.

فالمشرع الجزائري حدد مدة الحضانة للذكر بعشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ومعنى ذلك أن المدة التي يمكن أن يتخاصما خلالها الحاضنون على حضانة الطفل هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره والمدة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج[1]، وعليه مادامت مدة الحضانة لم تنته بعد فلا يجوز نزع المحضون من الحاضنة ما لم يثبت ما يسقط الحضانة عنها، وبهذا قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 23 جوان 1991" من المقرر شرعا أن إسقاط حضانة الولدين عن الأم وصرفها إلى الأب لمجرد كونهما في سن التعليم دون إظهار تسبيب خاص ما إذا كان تعذر عليهما ماديا أو أدبيا مواصلة تعليمهما وهما في أحضان الأم، فهم لهذا لم يعطوا لقرارهم أساسا شرعيا وخالفوا قواعد الفقه مما يترتب عنه نقض القرار[2].

ولا يتقرر التمديد إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة بناءا عن الدعوى التي تقيمها الأم ما لم تكن متزوجة مرة ثانية بطلب إبقاء المحضون في حضانتها لوجود مصلحة المحضون في ذلك،ولهذا يجب ترك أمر سن إنتهاء الحضانة أو تحديدها لتقدير القاضي ولكن دون أن تقل عن السن المحددة قانونا، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا[3].

ولقاضي الموضوع سلطة اختيار الأصلح للمحضون بإبقائه لدى حاضنته إذا كانت أما، لأنها أقدر على تربيته والعناية به أو ذلك بالبحث عن مدى تحقق مصلحة المحضون في تمديد مدة الحضانة من خلال ظروف القضية المعروضة والشروط المطلوبة، ومن هنا فإن للقاضي الجزائري سلطة تقديرية في تحديد حضانة الطفل، غير أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة[4]

---

[1]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص298.

[2]- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1971/06/23،رقم القرار(غير موجود)،نشرة القضاة،1972، العدد 2 ص88.نقلا عن:جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق،ص122.

[3]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق،ص783.

[4]- زكية حميدو،المرجع السابق، ص64.

بشروط قانونية، فمتى تحققت هذه الشروط في طالب التمديد فلا مانع من القضاء له بتمديد مدة الحضانة إذا كانت محققة لمصلحة المحضون.

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى تمديد الحضانة

لقد شرعت الحضانة لمصلحة المحضون، فمدتها تتحدد بقدر حاجته إليها تحقيقا لمصلحته وتنتهي هذه المدة بانتفاء الحاجة إليها وذلك عند استغناء المحضون عن حاضنته، وذلك بقضاء حاجته وشؤونه بنفسه، وهذا الاستغناء أي استغناء المحضون عن حاضنته يعرف ببلوغ المحضون سنا معينة تصلح أن تكون قرينة على ذلك مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى[1]، وعليه فما هي المدة المحددة لممارسة الحضانة؟ وهل يمكن تمديدها؟

أولا/ مدة الحضانة

المقصود بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها أي من وقت ولادته حيا[2]، فالولادة هي الواقعة المنشئة للحضانة هذا بإتفاق الفقهاء أما نهايتها فبعض المذاهب تقف بها عند التمييز وبعضها يمتد بها لأكثر من ذلك[3]، كما أن القانون أيضا عمل على تحديد نهاية الحضانة.

1. الموقف الفقهي حول مدة الحضانة:

[1] - نبيل صقر، المرجع السابق، ص247.
[2] - محمد سمارة ،المرجع السابق، ص397.
[3] - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص157.

اتفق الفقهاء بأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الولادة، واختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حضانة النساء على الصغار حال افتراق الزوجين[1] وذلك على النحو التالي:

- فعند الحنفية: الحاضنة أمًا أو غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس و الاستنجاء، وقدر زمن استقلاله بسبع سنين؛ لأنه في الغالب لقوله صلى الله عليه وسلم" مروا أولادكم بالصلاة لسبع"، والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، وقيل بتسع سنين.[2].

- عند المالكية: ذهب المالكية أن الحضانة للصبي حتى البلوغ، وللبنت إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها[3].

- عند الشافعية: أن الأم أحق بالغلام إلى سن التمييز، فإذا ميز خير بين الأبوين والذكر والأنثى في ذلك سواء[4].

- عند الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين الذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين و إتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا خير الصبي فكان مع من إختار منهما[5] أما الأنثى فترغم على حضانة أبيها حتى تتزوج[6].

2. موقف القانون الجزائري حول مدة الحضانة:

من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغني عن خدمات الحاضن، وكذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة

---

[1]- نور الدين أبو لحية، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار،دار الكتاب الحديث،القاهرة،2009،ص101.

[2]- وهبة الزحيلى،الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص742.

[3]- نصر سلمان ، سعاد سطحي،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)،دار الهدى،عين مليلة 2003،ص209.

[4]- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،الحضانة و آثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة الأزاريطة،2008،ص45.

[5]-عبد الرحمن الجز يري،الفقه على المذاهب الأربعة،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1990، ص599.

[6]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص157.

الأنثى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما، هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري أساسه القانوني وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تقتضي مدتها ب10 سنوات والأنثى بسن الزواج أي 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة[1]،والمادة (65)قانون الأسرة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/01/04 حيث قضى بأنه "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"[2].

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/03/13 قضى" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج"[3].

ومعنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة، وتبلغ الفتاة سن التاسعة عشرة من عمرها لم يعد للأب ولا للأم الحق في التنازع على حضانة أي واحد منهما.[4]

وما يلاحظ أن ما ورد في هذه المادة هو الأقرب للمذهب المالكي الذي حدد إنهاء سن الحضانة للذكر بالبلوغ، ولا شك أن في إعطاء سلطة التقدير للقاضي في تمديد سن الحضانة إلى 16 سنة يتماشى مع شرط البلوغ الذي قال به المالكية، إذ أن سن البلوغ يختلف من منطقة لأخرى بسبب الحرارة والبرودة، فتكون الفترة الممتدة بين 10 و16 سنة فترة للبلوغ، وذلك بحسب تغير

---

[1]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص52.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/01/04، في الملف رقم(347914).نقلا عن :نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق ،ص127.

[3] - المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/13 ، في الملف رقم(52221)، المجلة القضائية،1993 العدد 1، ص48.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص644.

[4]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص298.

المناخ، أما بالنسبة للأنثى فقد حدد انتهاء سن الحضانة لها ببلوغها سن الزواج، بينما نجد المذهب المالكي لم يكتف بذلك بل اشترط أن يتم الدخول[1].

علاوة عن ذلك فإنه توجد حالات غير عادية لا يزال الطفل المحضون فيها في حاجة إلى خدمة النساء رغم بلوغه هذه السن كالمجنون، والمعتوه أو المريض المعاق الذي يعجز عن القيام بشيء دون مساعدة[2]، ولهذا كان أمره مفوضا إلى القاضي يختار له الأصلح ، فإن كان بقاؤه مع أمه أصلح له حكم بإبقائه وإن كان العكس حكم بانتهاء الحضانة[3].وبهذا قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1987/07/03 بقوله" حيث أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنا وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط[4].

إلا أن التساؤل المطروح ،هل تنقضي النفقة باعتبارها من الالتزامات الملقاة على عاتق المحضون له بمجرد إنتهاء الحضانة بقوة القانون؟

إن حق المحضون في النفقة هو في الأصل التزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق، ذلك أن الأب ينفق على أولاده كما لو كان ينفق على نفسه لأنهم جزء منه.

إلتزام الأب بالنفقة هو إلتزام لمدة مؤقتة أحيانا ومستمرة أحيانا أخرى، فهي مدة تنتهي بالنسبة إلى الولد الذكر السليم عند بلوغه سن الرشد المدني وهو سن 19 سنة وتنتهي بالنسبة إلى الفتاة

---

[1]- نصر سلمان ، سعاد سطحي،المرجع السابق، ص213.
[2]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص56.
[3]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق،ص784.
[4]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1989/07/03 ، في الملف رقم(54353)،المجلة القضائية1992، العدد 1، ص45.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص565.

السليمة عند زواجها ودخولها إلى بيت زوجها[1]، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدارسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

وبهذا فإن حق المحضون في النفقة ينتهي ببلوغ الذكر سن الرشد والمحددة بـ 19 سنة أما بالنسبة للفتاة فإلى غاية زواجها والدخول بها أما حقه في الحضانة ينقضي بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة.

فإذا انتهت مدة حضانة الذكر ببلوغه المدة المحددة قانونا فإن النفقة تبقى على الأب إلى غاية بلوغه سن الرشد (19سنة) وتبقى مستمرة في حالة إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدارسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، أما الأنثى فإن الحضانة تنتهي ببلوغها سن الزواج فإذا انتهت الحضانة بقوة القانون فإن النفقة تجب على الأب إلى غاية الزواج والدخول بها ويستخلص مما سبق أن للنفقة مدة محددة تختلف عن المدة المحددة للحضانة، ويترتب عن ذلك أن إنتهاء الحضانة لا يترتب عليه انقضاء النفقة المقررة للمحضون وإنما يبقى كل حق مستمر وساري المفعول في أجله القانوني، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/02/23 " تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنها إلا بالدخول أو بالاستغناء عنها بالكسب"[2]

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر مؤرخ في 2001/02/12 " إن قضاة المجلس بقضائهم إسقاط الحصانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفه التهرب من الإنفاق دون

---

[1]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص225.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/02/23، في الملف رقم (318418)، مجلة المحكمة العليا2005 العدد1،ص283.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ،ص1266.

مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة (75) من قانون الأسرة"[1].

ثانيا / تمديد الحضانة

بتتبع القضايا المعروضة أمام قاضي شؤون الأسرة والتي يكون موضوع النزاع هو حضانة الصغار يتبين أن المصلحة تقتضي العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان[2].

ومن أجل هذا ارتأى المشرع الجزائري إنهاء حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ثم أجاز للقاضي إبقاء المحضون الذكر في يد الحاضنة إذا تبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعايتها وهذا بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة (65)من قانون الأسرة والتي تنص على " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فالقانون حدد مدة الحضانة القصوى في المادة (65) منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة (10)بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو 16 سنة طبقا للمادة(42) من القانون المدني.[3]

ونظرا لأن متغيرات الواقع الآن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة فليس مناط تمديد مدة الحضانة هو قدرته على القيام بخدمة نفسه إنما الطفل في (10)العاشرة من عمره مازال في مرحلة الابتدائي، ولا يتصور نزع الابن أو الابنة من حضانة الأم، ومن محيطه الدراسي و

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2001/02/12،في الملف رقم (257693) .نقلا عن:حسين طاهري، المرجع السابق، ص450.

[2]- محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج و الفرقة،الطبعة الأولى،دار التقوى،دون بلد النشر،1421-2001 ص531.

[3]-نورة منصوري،المرجع السابق، ص96.

الاجتماعي ونقله إلى مجتمع آخر بدون أن يؤثر هذا تأثيرا سلبيا على استمراره في العملية التعليمية باستقرار يؤدي إلى النجاح وبدون أضرار نفسية من هذا التحول وهو في هذه السن الصغيرة[1].

لذا أجاز المشرع للقاضي تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة وغايته من ذلك تقديم ما فيه الأفضل والأكمل لرعاية الصغير ودفع الضرر عنه مراعاة لمصلحته، فإذا رغب الحاضن بالاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق طبقا لشروط معينة هي:

- أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات وذلك حسب ما جاء في نفس المادة (68)من قانون الأسرة والتي جاء فيها" أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة، وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني.
- أن تكون الأم غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان

زوجها من محارم المحضون[2]، هذا مع ملاحظة أن إشتراط النص" أما لم تتزوج ثانية" مؤداه أن مجرد زواج الأم ثانية ولو لم يكن هذا الزواج قائما كاف لعدم مد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشرة وهذا هو مذهب المالكية في الراجح عندهم إذ يقولون: لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد، وهذا استثناء من القاعدة التي تقول" إذا زال المانع عاد الممنوع"[3].

- يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد أجل انتهاء حضانتها[4].

---

[1]-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،المرجع السابق، ص52-53.
[2]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص96.
[3]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص154.
[4]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص299.

- أن تكون الحاضنة الأم: فإن الأم وحدها لها الحق في تمديد الحضانة ولكن بعد 10 سنوات[1].
- أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين هما:

- ألا يتجاوز فيها سن ستة عشرة سنة.

- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون[2].

نستخلص مما سبق أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر سنوات إلى ستة عشرة سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة تمديدها، وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها ويشترط ألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون[3].

والسؤال المطروح بعد تمديد الحضانة فهل تصبح الأم حاضنة أم ولية؟

فبالرجوع لنص المادة (87)من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تنص على الولاية في حالة الغياب والوفاة وفي حالة الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة وعليه فإنه إذا أسند القاضي الحضانة للأم فإنها تصبح ولية وحاضنة في نفس الوقت فتجتمع فيها الصفتان سواء قبل سن العاشرة أو بعده[4].

المطلب الثالث

---

[1]–نسرين شريقي ،كمال بوفرورة ، المرجع السابق ، ص108.

[2]- صالح بوغرارة،المرجع السابق، ص150.

[3]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص298.

[4]- نسرين شريقي ،كمال بوفرورة ، المرجع السابق ، ص108.

دعـــــوى إسقـــــاط الحضانة

الحضانة من الحقوق الثابتة للأطفال إذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره، ولم تقتصر الحضانة على ذلك بل تعدى إلى تربيته النفسية ومراعاة المؤثرات الخارجية عليه[1]، وحيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة شرط المشرع أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك لتحقيق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون والوصول إلى تلك التربية المنشودة ،ولذلك ينبغي من طالبها أن تتوفر فيه شروط استحقاقها وللقاضي التحقق من مدى توافر هذه الشروط من خلال الوقائع المعروضة عليه فإذا اجتمعت أسندت الحضانة لطالبها أما إذا تخلف شرط منها أسقطت الحضانة عنه لأن بفقدان واحد منها يتطرق الخلل لتربية الصغير[2]. وتنتفي المصلحة المراد تحقيقها ،كما قد تطرأ ظروف على الحاضن تمنعه من استمرار ممارسة هذا الحق ويترتب على هذا إسقاط الحضانة عنه وإناطتها لغيره ممن له الحق فيها ويليه في المرتبة ويكون أهلا لها ولا يتم ذلك إلا باللجوء للقضاء و استصدار حكم بإسقاط الحضانة وإسنادها لغيره.

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى إسقاط الحضانة

إن حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإسقاط الحضانة مكفول لكل فرد ذي صفة إذ يمارسه بمقتضى دعوى مرفوعة وفقا للإجراءات القانونية لإسقاط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد من حكم قضائي إذا كانت تتعارض مع مصلحة المحضون.

---

[1]- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق ، ص52.
[2]-عبد الفتاح تقية،المرجع السابق ، ص264.

أولا / قواعد الاختصاص

1.الاختصاص النوعي:

يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر بالدعاوى المتعلقة بالحضانة ومنها دعوى إسقاط الحضانة، حيث تنص المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة". والملاحظ هنا أن النص تضمن عبارة(على الخصوص) وهو ما ينتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص[1].

2. الاختصاص الإقليمي:

تنص المادة (426)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون المحكمة مختصة إقليميا:

"4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة".

ولهذا يجب أن ترفع دعوى إسقاط الحضانة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، عمن كانت قد أسندت إليه بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة أو عن المجلس ، ويجب فقط أن تكون مسندة إلى اختلال أحد أو بعض شروط الحضانة وأن يتوفر

[1]-- سائح سنقوقة،المرجع السابق ، ص579.

للمدعي إثبات أحد أو بعض أسباب سقوط الحضانة المذكورة في المواد (66) وما بعدها من قانون الأسرة[1].

ثانيا / شروط قبول دعوى إسقاط الحضانة

يقصد بشروط قبول الدعوى هو البحث في قبول الدعوى من حيث المبدأ، إذ أنه إذا كان حق إقامة الدعوى مكفول للناس كافة إلا أن ذلك منوط بشروط معينة بمعنى أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى ولا تصدر حكما بالرفض أو بالإجابة وإنما تحكم بعدم قبولها، ولهذا فالبحث في قبول الدعوى بحث سابق على بحث موضوعها ولذلك فإن الحكم بعدم قبول الدعوى ليس حكما في موضوع النزاع[2].

1. **شرط الصفة:**هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له التقاضي بالمخاصمة في موضوع الدعوى،والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء [3]، وعليه يشرط في طالب إسقاط الحضانة أن يكون ذي صفة حتى يتمكن اللجوء للقضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة، لأن شرط الصفة مستوجب توافره لقبول وصحة الدعوى وسماعها[4]. ويكون المدعي ذا صفة في المطالبة بإسقاط الحضانة إذا كان من مستحقي الحضانة والمذكورين في نص المادة(64) من قانون الأسرة. ويمكن أن تثبت الصفة في بعض الحالات بأي طريق من طرق الإثبات وهو ما أثبته الواقع العملي[5].

2. **شرط المصلحة:** ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى إذا انتقلت تلك المصلحة لفائدة رافعها، فلا تقبل دعواه[6] والهدف المتوخى من رفع النزاع أمام العدالة والمطالبة بإسقاط الحضانة هو حماية مصلحة المحضون كلما كانت مصلحته في خطر نتيجة

---

[1]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص370.
[2]-عمارة بلغيث،المرجع السابق ، ص60.
[3]-يوسف دلاندة،المرجع السابق ، ص21.
[4]--سليمان بارش،المرجع السابق، ص9.
[5]- سائح سنقوقة،المرجع السابق ، ص45.
[6]-عمارة بلغيث،المرجع السابق ، ص64.

اختلال شرط من الشروط الواجب توافرها في الحاضن أو حلول سبب من الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وعليه، سيصبح من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة ويطلب منها إصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من كانت قد حكمت له بها، ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره وشروط إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير[1]، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1988/11/07 بقوله" من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا –في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2]

ثالثا / سلطة القاضي في دعوى إسقاط الحضانة

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه[3] وتسقط الحضانة إذا وجد مانع من استحقاقها والقانون حدد موانع وأسباب سقوط استحقاق الحضانة[4] في عدة مواد مابين المواد(66) إلى (70)من قانون الأسرة فيتحتم على كل شخص

---

[1]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص370.

[2]- المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/07، في الملف رقم(50270)، المجلة القضائية، 1991 العدد 3، ص48.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص488.

[3]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص388.

[4]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص154.

يتمسك بإحدى المسقطات وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك والمحكمة من جانبها تتريث ولا تحكم بالإسقاط إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[1]، ونظرا لتعلقها بمصلحة المحضون فعلى كل من يدعي تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة أن يثبت أمام القضاء أن الحاضن أصبح غير أهل لممارسة الحضانة، أو وجود مانع من موانع ممارستها وعلى القاضي التأكد من ذلك ولقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

1) **زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:** تنص المادة(66)من قانون الأسرة على أنه" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون" وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تزوجت أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه[2]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1994/04/19 بقولها" المصادقة على الحكم القاضي بإسناد الحضانة للأم ورفض طلب الحضانة للجدة لأب لعدم التأسيس طعن بالنقض لأن الأم تزوجت بأجنبي عن المحضون- رفض الطعن- إن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة (66) من قانون الأسرة"[3].

2) **التنازل عن الحضانة:** يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب إسترجاعها وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 حيث جاء فيه" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب

---

[1]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص388.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص300.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1994/04/19، في الملف رقم(102886)، نشرة القضاة ،1997العدد51،ص92.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص856.

استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية"[1].

3) **سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر**: أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر[2].

4) **سقوط الحضانة عن الجدة والخالة** إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[3] وهذا حسب المادة(70) من قانون الأسرة.

5) **سقوط الحضانة عند اختلال شروطها:** والتي تتمثل في إخلال الأم بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية، السهر على الحماية، حفظ المحضون صحة وخلقا، فإذا أثبت إهمال الأم للقيام بتلك الواجبات جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون وكذا الحال إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة[4].

6) **سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:** المسألة في هذه الحالة تقديرية والأمر يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية في إثبات الحضانة، أو إسقاطها عن الحاضن ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[5].

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى إسقاط الحضانة

---

[1]-المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/27، في الملف رقم(53340)، المجلة القضائية 1990،العدد3 ،ص85.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص411.

[2]- صالح بوغرارة ،المرجع السابق، ص138.

[3]-سليمان ولد خسال،المرجع السابق، ص188.

[4]- لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق، ص490.

[5]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص389.

إن الحكم الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين هو الذي يفصل كذلك في الحضانة وإسنادها لمن يستحقها بعد التحقق من توافر الشروط المبينة في القانون[1].

لأن تربية المحضون تتطلب رعاية وعناية خاصة ومقدرة معينة لدفع كل ما يلحق به من ضرر، وهذا لأن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون من أجل حمايته وحفظه صحة وخلقا فإذا لم يحقق من أسندت إليه الأهداف الموجودة من الحضانة فلا بد من إسقاطها عليه وإسنادها لمن هو أحق بها، ولا يتم ذلك إلا بإصدار حكم قضائي يقضي بإسقاط الحضانة متى توفر سبب من أسبابها، ولقد تحدث قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة في خمس مواد ورتبها ما بين المادة(66)والمادة(70)من قانون الأسرة وتحدث عن سبب عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها في المادة (70)[2]منه. ولهذا لابد التطرق إلى أسباب سقوط الحضانة وعودتها.

أولا / أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة إذا وجد مانع يمنع من استحقاقها أو زال شرط من شروط استحقاقها[3] ومن هنا فإن أسباب سقوط الحضانة كالآتي:

1) **زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:** من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي وهذا ما نصت عليه المادة(66)من قانون الأسرة بقولها" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" وعليه فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بغير ذي رحم محرم له فلا حق لها في الحضانة أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها فيها[4]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13" إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب

---

[1]- الغوثي بن ملحة،المرجع السابق، ص138.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص300.

[3]-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،المرجع السابق، ص82.

[4]-عبد الفتاح تقية،المرجع السابق، ص270.

الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم"[1].

وفي قرار آخر نصت المحكمة العليا بأنه" حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ في تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة حيث أن القرار المطعون فيه رفض تدخل الجدة للأم لأن تدخلها لم يكن وفق القانون على مستوى مجلس قضاء تيارت الأمر الذي يجعل هذا الأخير سليما ولم يخالف القانون والوجه المثار غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن"[2]، فبالرجوع إلى القرار يتضح لنا أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا بتأييدها للقرار المطعون فيه كون هذا الأخير قد أصاب وطبق القانون تطبيقا سليما وصحيحا ولم يخالفه عندما قضى بإسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها من غير محرم للمحضون تطبيقا لنص المادة(66)من قانون الأسرة، كما أنه وفق عند رفض طلب الأم القاضي بإسناد حضانة إبنها لأمها أي للجدة للأم فلا يحق للأم أن تحل محل أمها بالمطالبة بإسناد الحضانة لها فليس بإمكانها نيابتها في هذا الخصوص فإن كان للجدة الحق في المطالبة بإسناد الحضانة لها وكانت أهلا لذلك لها أن تقوم شخصيا برفع دعوى أمام المحكمة المختصة بقسم شؤون الأسرة والمطالبة بإسناد الحضانة لها بعد إسقاطها عن الأم وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، وأن تدخلها على مستوى المجلس في القضية مخالفا للإجراءات القانونية المعمول بها.

وبما أن للأم الأولوية في حق الحضانة من غيرها ما لم تتزوج فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة، لأن الزوج الأجنبي غالبا يمقت ولد زوجته من غيره ويود ألا يكون مع أمه فيشعر

---

[1]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/07/13، في الملف رقم(341320)، نشرة القضاة 2008 العدد62 ،ص385.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3،المرجع السابق، ص1469.

[2]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/05/18 ، في الملف رقم(331058).نقلا عن :نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق ،ص134.

الصغير بالجفاء وهذا له تأثير سيء على حالته النفسية[1]، كما أن الزوجة تكون مشغولة بحقوق زوجها عن الحضانة ومن ثم طالما هي مشغولة فيكون غيرها أولى منها ويسقط حقها في الحضانة وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1986/05/05 " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشرط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمه أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة،لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[2] والملاحظ أن علة إسقاط الحضانة بالتزويج هو انشغالها عن المحضون حيث تكون في خدمة زوجها ورعاية أموره وأمور بيته، وهذا يمنعها من القيام بواجب الحضانة[3]،غير أنه يحق لها المطالبة باستعادة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الغير اختياري أي بعد طلاقها من الأجنبي غير محرم وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/07/21 أنه" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومتى تبين –في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة (71) من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"[4].

ومن هنا يتضح من خلال المادة (66) من قانون الأسرة والقرارات القضائية أن:

- زواج الحاضنة بغير قريب محرم سبب مسقط لحقها في الحضانة سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها من الحواضن.

---

[1]-رشدي شحاتة أبو زيد،المرجع السابق، ص255.

[2]-المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/05/05، في الملف رقم(40438)، المجلة القضائية ،1989 العدد2 ،ص75.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق، ص257.

[3]-خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية،حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية،الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2013،ص174.

[4]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ1998/07/21، في الملف رقم(201336)، اجتهاد قضائي،2001،عدد خاص ،ص178.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص1072.

- فقدان الحاضنة الحضانة بسبب الزواج بغير قريب محرم لا يتم إلا بمقتضى حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة بناءا عن دعوى مرفوعة من ذي صفة ومصلحة متى أثبت المدعي زواج الحاضنة بعقد رسمي وتمت خلال المدة المحددة في نص المادة(68) من قانون الأسرة وكان أهلا للقيام بذلك.
- إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب الزواج بغير قريب محرم تطبق على المحضون بصفة عامة سواء كان ذكرا أو أنثى وفي أي طور من أطوار تنشئته ولكن السؤال المطروح بما أن المشرع يعطي الأولوية لمصلحة المحضون فأين تكمن المصلحة في حالة إسقاط حضانة الرضيع بسبب زواج أمه بأجنبي؟ أم في هاته الحالة تستمر حضانة الرضيع؟

ما مدى سلطة القاضي في إسقاط الحضانة بسبب الزواج إذا كان المحضون ذا عاهة أو مريضا مرضا يحتاج إلى رعاية وعناية باستمرار من قبل أمه؟

فالواضح أن المشرع جاء بمبدأ عام وهو اعتبار الزواج سببا مسقطا للحضانة ولم يرد عليه استثناءات مراعاة لمصلحة المحضون وذلك في حالة ما إذا كان المحضون رضيعا يحتاج إلى إبقائه عند أمه لأنه في نزعه ، أو كان المحضون ذو عاهة أو مريضا مرضا يلزم منه إبقائه عند أمه، وإنما جعلها قاعدة صارمة كلما تحقق الزواج توجب على القاضي إسقاط الحضانة عن صاحبتها متى أثبت المدعي ذلك. وعليه فالقاضي سلطته مقيدة[1] في هذا الشأن.

ولهذا ينبغي على المشرع تدارك الثغرات وإدخال التعديل على المادة (66)من قانون الأسرة وجعل إسقاط الحضانة بالزواج كمبدأ عام ولكن ترد عليه استثناءات تحقيقا لما هو أصلح وأنفع للمحضون بالإضافة إلى تحديد الوقت الذي تسقط فيه الحضانة وهو التاريخ الذي يمكن للمدعي أن يرفع دعواه أمام القضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة فهل المدة تبدأ من تاريخ إبرام عقد الزواج

[1]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص523.

أو من تاريخ الدخول؟ والهدف هو معرفة المتقاضي لبداية الأجراء القانوني للجوء للقضاء و إستصدار حكم بإسقاط الحضانة.

2) **التنازل عن الحضانة:** استقر جمهور الفقهاء على أن للحضانة حقوق ثلاثة حق المحضون وحق الحاضنة، وحق الأب وأن هذه الحقوق الثلاثة إذا تعارضت قدم حق الصغير المحضون لمصلحته، ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحضانة، بأن لا يوجد حاضنة غيرها أوجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة، أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة، في هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعدم الحضانة وإلى هذا ذهب القانون[1]، حيث نصت المادة (66) من قانون الأسرة" يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" .

فالمشرع الجزائري أقر للحضانة حق التنازل عن الحاضنة إذا لم يكن ذلك مضرا بمصلحة المحضون بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة ويكون أهلا لذلك ،وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال- إن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء(زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم

[1]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص155.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ويشرط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة وألا يضر بمصلحة المحضون[2] وذلك يعني أنه إذا سبق للمحكمة العليا أن قضت بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو الخالة أو الأب أو الجدة وأثناء فترة قيام الحضانة وجاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون، فإن حقه في الحضانة يسقط حتما بحكم القانون وإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناء على طلب من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر للسقوط وليس منشأ، مع الملاحظة أن القانون إذا كان قد أقر سقوط حق الحضانة بسبب التنازل عنها فإنه قد قيده بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة، ومادامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها.[3]

وهذا ما صرح به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/01/09 بقوله "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون

ولما كان ثابتا – في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت

---

[1]-المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/27، في الملف رقم(53340)، المجلة القضائية،1990 ،العدد3 ،ص85.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق،ص411.

[2]- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص186-187.

[3]-- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص300-301.

مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الآم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وبصفة عامة كل متنازلة عن الحضانة باختيارها دون المساس بمصلحة المحضون والإضرار به لا تعود إليها الحاضنة ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1989/07/03 بقوله" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسنادها من كان منهم في حضانة النساء إليها فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"[2].

مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الآم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

وبصفة عامة كل متنازلة عن الحضانة باختيارها دون المساس بمصلحة المحضون والإضرار به لا تعود إليها الحاضنة ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1989/07/03 بقوله" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

---

[1]-المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ1984/01/09، في الملف رقم(31997)، المجلة القضائية، 1989 العدد1 ،ص73.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق، ص208.

[2]- المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1989/07/03 ،في الملف رقم(54335)، المجلة القضائية ،1992 العدد1 ،ص45.نقلا عن:فضيل العيش،قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا،المرجع السابق،ص65.

[3]-المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ1984/01/09، في الملف رقم(31997)، المجلة القضائية، 1989 العدد1 ،ص73.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق، ص208.

لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسنادها من كان منهم في حضانة النساء إليها فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1999/04/20 قضت بأن "أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين (66) و(67)من قانون الأسرة [2].

3) **سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها:** يسقط حق استحقاق الحاضنة للحضانة إذا اختلت شروط الحضانة، وهذه الشروط حددتها المادة (62) من القانون الأسرة[3]، كما يسقط أيضا بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة(62) من القانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا حسب المادة (67/فقرتين(01) و(03))من نفس الأمر[4].

وقد ذهب المجلس الأعلى في هذا الخصوص بتاريخ 1984/07/09بأنه" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي لما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1989/07/03 ،في الملف رقم(54335)، المجلة القضائية ،1992 العدد1 ،ص45.نقلا عن:فضيل العيش،قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا،المرجع السابق،ص65.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/04/20،في الملف رقم (257741)، المجلة القضائية 2003 العدد1 ،ص363. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2،المرجع السابق، ص1074.

[3]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص156.

[4]- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص187.

أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[1].

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة وهم من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/09/30 بقولها" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون"[3].

وما يتضح لنا كذلك أن المشرع الجزائري أصر على عمل الحاضنة وأن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، واستثناءا من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[4].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18 بقولها" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة واعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، في الملف رقم(33921).نقلا عن: نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق ،ص149.

[2]-باديس ديابي، المرجع السابق، ص60.

[3]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/09/30، في الملف رقم (171684)، إجتهاد قضائي،2001 ،عدد خاص ،ص169.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2،المرجع السابق، ص1067.

[4]-أحمد شامي،المرجع السابق، ص317.

[5]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، في الملف رقم (245156)، إجتهاد قضائي،2001 ،عدد خاص،ص188.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص1078.

4) **سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها:** يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، مؤدى هذا أن الحضانة إذا استحقت وسكت صاحب الحق عن طلبها فإن حقه في الحضانة يسقط وإلى هذا ذهب المالكية، إذا علم الحاضن باستحقاقه للحضانة ويعلم أن سكوته عن طلبها يسقط الحق فيها، وأن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة وإلى هذا ذهب المالكية وأعتد القانون برأيهم فنص في المادة (68)من القانون الأسرة" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[1]،وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1993/02/25 بقولها" من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة من قبل الجدة من الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأم قد خالفوا القانون"[2].

5) **سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:** إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة لا يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة (69) من قانون الأسرة أما إذا أنتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو بالعكس فلا مجال للحديث عن السقوط.[3]

---

[1]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص156.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1993/02/25، في الملف رقم(58220)، المجلة القضائية 1993.نقلا عن: نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق، ص137.

[3]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 بقولها" من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون وأن إسنادها لأم أثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون و الإجتهاد القضائي[1].

وفي قرار آخر مؤرخ في 1995/11/21 بقولها" إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[2].

6) سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

نصت المادة (70)من قانون الأسرة على أنه" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" ويعني أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة ومستمرة، وإن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون ولا تربطه به قرابة التحريم فإن حق الخالة أو الجدة للأم في الحضانة سيسقط بقوة القانون إذا توافرت كل هذه العناصر مجتمعة ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه، إذا كان هو ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية وضمان مصلحة المحضون أما إذا تخلف عنصر واحد منها فلا تطبيق لهذه المادة ولا سقوط للحضانة عن الخالة أو الأم[3]. وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/06/20 بقوله" من المقرر شرعا أنه يشرط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة(أم الأم)، وأن قضاة

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/10/12، في الملف رقم(334543)، نشرة القضاة، 2008 العدد62،ص381.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1467.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/11/21، في الملف رقم(111048)، نشرة القضاة، 1997 العدد52،ص.102 نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص860.

[3]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص302.

الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونون قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"[1].

ثانيا / عودة الحضانة إلى مستحقيها

نصت المادة (71) من قانون الأسرة على أن " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" ويتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن ليست من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة (71) من قانون الأسرة سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[2].

بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[3].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/05 بقولها" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].

---

[1]- المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/06/20، في الملف رقم(50011)، ،المجلة القضائية،1991 ،العدد2،ص57.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص468.

[2]-العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص390.

[3]- أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص158.

[4]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1990/02/05، في الملف رقم(58812)،المجلة القضائية ، 1992 العدد4، ص58.نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص623.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22" إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبار لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66من قانون الأسرة[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 قضت " حيث جاء في القرار المنتقد بأن زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998، حيث أن المادة (71)من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا بل كان بسبب زواج الطاعنة" رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة".[2]

[1]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2000/02/22، في الملف رقم(235456)، المجلة القضائية، 2001 العدد1،ص280.نقلا عن: المرجع نفسه، ص982.

[2]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2000/11/21، في الملف رقم(252308).نقلا عن:حسين طاهري، المرجع السابق، ص408.

المبحث الثاني

الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه

إن الغاية الأساسية للحضانة هي التربية المثالية للطفل الصغير المحضون والعناية به لهذا أحاطها المشرع بإطار قانوني عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تنظم كل المسائل المتعلقة بهذا الحق سواء بإسناد الحضانة أو بتمديدها أو إسقاطها مراعيا في كل ذلك مصلحة المحضون، وأوكل للقضاء مسؤولية حماية وتكريس هذه المصلحة عن طريق السلطة التقديرية التي يتمتع بها بمقتضى نصوص قانون الأسرة ولم يكتفي بهذا بل حرصا منه على تحقيق مصلحة المحضون ولحماية لحقوقه وصيانة لمصالحه وضمانا للاحترام الكامل لأحكام المنظمة للحضانة وتطبيق الأحكام الصادرة عن القضاء وضع المشرع الجزائري آليات قانونية لضمان احترام الأحكام القضائية وتحقيق مصلحة المحضون ومعاقبة كل من يتعدى عليها أو يخل بما يلزمه القانون من واجبات من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالمحضون والإضرار به ،

ولدراسة الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة نتطرق لجريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا(المطلب الأول)، وإلى عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي (المطلب الثاني)، وإلى جريمة اختطاف المحضون من حاضنه(المطلب الثالث)، ثم إلى جريمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاءا (المطلب الرابع).

المطلب الأول

جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا

يتولى قاضي شؤون الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة ،تمكين المحضون له من زيارة المحضون ،في أوقات محددة يتم التنصيص عليها ضمن الحكم أو الأمر الإستعجالي، وغاية المشرع من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي للطفل، وقد ترك المشرع للقاضي حرية تحديد المسائل التطبيقية بما يتناسب مع مصلحة المحضون، لأن مصلحته تقتضي متابعة من والديه إذا كان عند أحدهما والعمل على تنمية شخصيته تنمية كاملة، لذا وجب ضبطها وحمايتها عن طريق تسليط الجزاء عن كل من يمتنع عن تسليم المحضون لمن له الحق فيه قانونا، وهذا ما تضمنته المادة (327)[1] من قانون العقوبات حيث تنص" كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات" ومنه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان التي حددها الحكم التام، فإنه يكون قد قصر بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة يعاقب عنها القانون.

الفرع الأول: أركان جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير

[1]- القانون رقم(23/06)المؤرخ في2006/12/20 المعدل و المتمم للأمر(156/66)، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد(84)، الصادر في2006/12/24 .

تقوم هاته الجريمة على الأركان الآتية:

أولا / يجب أن يكون الطفل قد وكل إلى الغير: كأن يوكل إلى مربية أو مرضعة وإلى مدرسة داخلية أو حضانة[1]، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للحضانة نجد أن المشرع نص في المادة (64) من قانون الأسرة" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" لأن المحضون عند طلاق والديه لابد أن يعيش مع أحد الوالدين ويغادر الثاني، لكون الرابطة الزوجية القائمة بينهما انفكت وحلت[2]، ولئن أسندت الحضانة لأحدهما فإن الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون، فعلى من أسندت له الحضانة رعاية الولد، بالإضافة إلى احترام ميعاد تنفيذ الزيارة المنظمة قضاء وتسليم المحضون لمن قرر له حق زيارته نظرا لوضع المحضون تحت رعاية الحاضن، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 بقولها" من المستقر عليه فقها و قضاءا أنحق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[3]، وعليه على الأم الحاضنة أن تسهل للمحضون له الحق في زيارة إبنه إذا أسندت لها الحضانة أو العكس باعتبار أن زيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/01/04 بقولها" زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبط بسن معينه"[4]، فعلى الطرف الذي أسندت له الحضانة ووضع المحضون تحت رعايته تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة.

---

[1]- أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص،الجزء الأول،دار هومة، الجزائر،2009 ، ص175.

[2]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص90.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1990/04/30، في الملف رقم(79891)،المجلة القضائية،1992 العدد1،ص55.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص571.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2006/01/04، في الملف رقم(350942)،مجلة المحكمة العليا،2006 العدد1،ص455.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1334.

ونلاحظ أن المادة لم تحدد سن الطفل في هذه الجنحة، وإنه استنادا إلى معيار مطالبة الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك وبالرجوع إلى المادة (65) من قانون الأسرة التي تنص على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16)سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي عند انتهائها مصلحة المحضون" ومنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة وتبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته إذا كانت أما لم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من (10) إلى (16) سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه وفي مصلحة المحضون[1].

ثانيا / يجب أن يطالب به من له الحق في المطالبة به: أي الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة (الأب، الأم، الوصي) بصرف النظر عما إذا كان الطفل قد وكل إلى المتهم بطريقة غير مباشرة[2]،ويترتب عن ذلك أنه متى طلب من له الحق في الزيارة على الحاضن الامتثال لذلك استنادا للنص القانوني وتطبيقا للحكم القضائي.

ثالثا /عدم تسليم الطفل: تقوم هذه الجنحة بتوافر العنصر المادي المبني على عمل سلبي[3]والمتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل، ويقصد بذلك عدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعايته إلى ذوي الشأن أو أهله أو أقاربه، وهذه الجريمة تختلف عن الخطف لأنها تتم بعمل سلبي وهو الإمتناع عن تسليم الطفل الذي كان يجب عليه أن يسلمه في الوقت المحدد لذلك وهذا مستنتج من نص المادة (327) من قانون العقوبات[4]،سواء امتنع من أوكل له عن رده أو إمتنع عن تعيين

---

[1]- عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق، ص141.

[2]- أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص ،المرجع السابق، ص175.

[3]– زكية حميدو ، المرجع السابق، ص205.

[4]- محمد صبحي نجم،شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 ،ص69

مكان تواجده[1]، ولا يعاقب القانون على عدم التسليم إلا إذا كان عمدا وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/14 بقولها" من المقرر قانونا أنه كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، ولما ثبت - في قضية الحال- أن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنتين ولم يلجأ إلى أية مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي.

ومتى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي مما يستوجب النقض"[2]، وبهذا يتبين لنا أنه لقيام هاته الجريمة لابد من توافر الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل ويجب 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 بنفسه[3] وهذا ما جاء في معرض تأسيسه" حيث أن جنحة عدم تسليم الأطفال إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بهم المنصوص والمعاقب عليها بالمادة (327) من قانون العقوبات تشترط لقيامها على وجه الخصوص توافر العنصر المادي المتمثل في الإمتناع عن تسليم الطفل.ولا يتوفر العنصر المذكور إلا إذا أعلن الحاضن صراحة عن رفضه تسليم الطفل أو إذا لجأ إلى مناورات لمنع من له الحق في المطالبة بالطفل بزيارته وذلك بإخفاء الطفل أو بإبعاده عن مكان إقامته المعتادة أو بتعمد الغياب يوم الزيارة".

---

[1]-أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص،المرجع السابق، ص175.

[2]-المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1996/07/14، في الملف رقم(130691)،المجلة القضائية ،1997 ، العدد1 ص153. نقلا عن: سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات (قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)،ط1،ج2، منشورات كليك، المحمدية،الجزائر ، 2014، ص845.

[3]-المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 2001/03/27، في الملف رقم (239135)،المجلة القضائية ،2001 العدد2،ص377.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3،المرجع السابق، ص1043.

كما تقوم جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا، بعدم التسليم المؤكد،أين تقوم بالامتناع عن التصريح بالمكان الذي يتواجد فيه الطفل[1]، ومن هنا تعتبر جنحة ويعاقب مرتكبها أما إذا رفض الطفل الامتثال للحكم في الزيارة دون أن يخضع لتأثير الحاضن وذلك لأسباب عديدة منها العنف الأسري خلال قيام علاقة الزوجية ونوعية علاقة الطفل مع أبويه قبل الطلاق، فإنه لا محل لجريمة عدم تسليم الطفل لعدم توافر العنصر المادي المتمثل في إمتناع الحاضن عن تسليم الطفل ،وهذا ما أكده القرار في معرض تأسيسه أن المدعي لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم الطفل كما أنه لم يلجأ إلى أية مناورة لمنع والدة من زيارة البنتين بل صرح منذ مرحلة التحقيق الابتدائي عن استعداده تسليم البنتين إلى والدتهما وكل ما في الأمر أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب عند والدتهما كما يشهد على ذلك تصريحهما للمحضر القضائي في محضر مؤرخ في 1990/07/28، ومتى كان ذلك فإن العنصر المادي لجنحة عدم تسليم طفل لمن له الحق في المطالبة غير متوفر في قضية الحال وعليه فإن القضاة الذين قضوا بقيام الجنحة المذكورة في حق المدعي في الطعن يكونوا قد خرقوا القانون ولاسيما نص المادة (327) من قانون العقوبات[2].

رابعا / القصد الجنائي: تقتضي هذه الجريمة توافر نية إجرامية لدى الجاني ومن ثم لا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به أو امتنع عن الإفصاح عن المكان الذي يوجد فيه الطفل[3]، وهكذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/03/27 بإدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 327 من قانون العقوبات بناءا على اعترافها، حيث جاء فيه" إن اعتماد القضاة على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة كان بناءا على اعتراف المتهمة والمحضون المحرر من طرف المحضر القضائي مما يعد تطبيقا

---

[1] - مكي دردوس،القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،قسنطينة ،2005 ص148.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1996/07/14، في الملف رقم (130691)، المجلة القضائية ،1997 ، العدد1 ص 153.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3،المرجع السابق،ص845.

[3]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،المرجع السابق، ص175.

سليما للقانون"[1]، وجاء في معرض تأسيسه" فقد اعترفت المتهمة بأنها لم تكن و محضونها في البيت بتاريخ الوقائع يوم 1998/09/10 رغم علمها بحق زيارة الأب مبني عن سوء نيتها في حرمان والد المحضون من حق الزيارة وأخذه.."

وعليه فإن اعتراف المتهمة الطاعنة بارتكابها جنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة رغم علمها كاف لإدانة المتهمة وتطبيق الجزاء المنصوص عليه في المادة (327) من قانون العقوبات.

وفي هذا الشأن فإن الركن المعنوي بهذه الجريمة المنصوص عليها في المادة (327) من قانون العقوبات يقوم على عنصرين:

1.علم المتهم بأن من يطلب استلام الطفل المتكفل به له الحق في طلبه بناء على حكم القانون.

2. إتجاه إرادة المتهم إلى فعل عدم تسليم الطفل المتكفل به من له الحق في طلبه بناء على حكم القانون.

ومنه إذا توفرت هذه العناصر مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في طلبه واستحق المتابعة والعقاب.

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء

أولا / إجراءات المتابعة

حماية لمن له الحق في إستلام المحضون قانونا، إعتبر المشرع الجزائري أن عدم تسليم الطفل ممن هو موضوعا تحت رعايته جريمة يعاقب مرتكبها متى ثبت توافر أركانها ويقع على الطرف المضرور إثبات الامتناع عن تسليم المحضون بموجب محضر امتناع عن التنفيذ الذي

[1]-المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 2001/03/27، في الملف رقم (239135)،المجلة القضائية ،2001 ، العدد2 ص377.قلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3،المرجع السابق،ص1043.

يسلمه القائم بالتنفيذ، وحماية لهذا الحق أقر قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قواعد من شأنها حماية المضرور وذلك من خلال تحريك الدعوى العمومية، ويقصد بذلك بيان اللحظة التي يبدأ منها افتتاح الدعوى كنشاط إجرائي وهو ما يفترض انتقال الدعوى من حالة سكون التي كانت عليها عند نشأتها إلى حالة الحركة وبالتالي اتخاذ إجراء من الضبطية القضائية يمكن الحديث عن تحريك الدعوى العمومية[1].

وتعرف الدعوى العمومية بأنها مطالبة الجماعة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة.[2]وهي تأخذ عدة طرق نذكر منها:

1.**الشكوى:** يقصد بالشكوى في الاصطلاح القانوني هو البلاغ الذي تقدمه الضحية للسلطات القضائية أو النيابة بطلب تحريك الدعوى العمومية ليتأسس طرفا مدنيا[3].وعليه فإن أول إجراء يتخذه المضرور جراء عدم تسليم المحضون ممن هو تحت رعايته هو تحريك الدعوى العمومية بتقديم شكواه أمام ضباط الشرطة القضائية، طبقا لنص المادة (1/17)[4]من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص على أنه " يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين (12)و (13) ويتلقون الشكاوى والبلاغات يقومون بجميع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية، كما يمكن تقديمها للنيابة العامة طبقا لنص المادة (36) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص" يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها".

---

[1] -فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر ،الجزائر،2008،ص27.

[2] -عبد الله أوهايبيه،شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري و التحقيق)،الطبعة الثالثة،دار هومة، الجزائر، 2012 ص48.

[3]- مولاي ملياني بغدادي،الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1992،ص23.

[4]- الأمر رقم(02/11)،المؤرخ في 23 فيفري 2011 ،المتمم للأمر رقم(155/66)، المؤرخ في 1966/07/08، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ،الجريدة الرسمية،عدد(12)،الصادرة في2011/02/23.

2.**الاستدعاء المباشر:**وهو إجراء من إجراءات المتابعة والمنصوص عليه في المادة(3/337 مكرر)من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على أنه " ينبغي على المدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية وأن ينوه في ورقة التكليف بالحضور عن اختيار موطن له بدائرة المحكمة المرفوع أمامها الدعوى ما لم يكن متوطنا بدائرتها ويترتب البطلان على مخالفة شيء من ذلك".

ويتم إعلان التكليف المباشر بالحضور في هذه الحالة على يد المحضر القضائي للمثول أمام المحكمة للجلسة التي يحددها وكيل الجمهورية ،بعد تقديم طلب إليه وتحدد فيه بدقة هوية الخصم التي تشمل الاسم،اللقب،اسم الأب،العنوان الكامل،المهنة،وإيداع مبلغ الكفالة المناسب لدى أمانة ضبط المحكمة،الذي يقدره وكيل الجمهورية.[1]

ثانيا / الجزاء

تعاقب المادة (327)من قانون العقوبات على هذه الجريمة وهي جنحة بالحبس (01) من سنة إلى (05)خمس سنوات بنصها "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات".

المطلب الثاني

عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي

هناك بعض الالتزامات التي تقع على عاتق أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية ويتعلق الأمر بحضانة الأولاد، وقد تدخل المشرع لحماية احترام هذه الالتزامات حفاظا على مصلحة

[1]- عبد الباقي بوزيان،"الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري"،مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام كلية الحقوق ،جامعة تلمسان،2010/2009،ص91.

المحضون من خلال تجريم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة، ومنها جريمة الامتناع عن تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي والمنصوص عليها في المادة (328) من قانون العقوبات" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به" والتي تقابلها المادة (357) من قانون العقوبات الفرنسي، وهذه الحماية الجزائية من نوع خاص نظرا للمركز الذي يوجد به الطفل في كونه قاصر من جهة وأن يكون محل تسليم بموجب حكم قضائي إلى حاضنه.

الفرع الأول: شروط وأركان جريمة عدم تسليم قاصر

تقوم الجريمة بتوافر شروط أولية وركن مادي وركن معنوي.

أولا / الشروط الأولية لقيام الجريمة

1. **القاصر:** يشترط لقيام الجريمة أن يتعلق الأمر بالقاصر[1]، ومادام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون بقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا على انقضاء مدة الحضانة[2]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة أورد المشرع مدة الحضانة في المادة (65)من قانون الأسرة بالنص على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" وعليه فإن مدة حضانة الذكر عشر سنوات(10) قابلة للتمديد إلى ستة عشر سنة(16) شرط أن تكون أما غير متزوجة أما مدة حضانة الأنثى

[1]- المادة 40 من القانون المدني الجزائري،القاصر هو من لم يبلغ19سنة.
[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،المرجع السابق ، ص176.

فتنقضي ببلوغ سن الزواج[1] أي 19 سنة، ومنه فالقاصر في قانون الأسرة هو حسب نص المادة (65)منه من لم يبلغ (16)السادسة عشرة من عمره إذا كان ذكرا أو سن الزواج(19سنة) إذا كانت أنثى[2].

2. **صدور حكم قضائي:** أما ثاني عنصر يتطلب القانون وجوده لإمكانية قيام جريمة الإمتناع عن تسليم قاصر إلى حاضنه أو حاضنته فهو العنصر المتمثل في ضرورة وجود حكم سابق صادر عن القضاء، يتضمن إسناد حق الحضانة أو حق الزيارة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وأن يكون هذا الحكم إما قد حاز قوة الشيء المقضي به، وإما مشمولا بالنفاذ المعجل وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون أو بقوة مضمون الحكم، كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني وتم تبليغه رسميا إلى المعني[3]، ويقصد من ذلك أن يكون الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نافذا أو يتوفر هذا الشرط في الأوامر المصحوبة بالنفاذ المعجل، أما إذا تعلق الأمر بحكم غير مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم مستأنف فلا تقوم الجريمة، و الطعن بالنقض لا يبرر رفض الزوج تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة إذ ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف طبقا لنص المادة(238) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)[4].

وهكذا قضت المحكمة العليا" بعدم قيام الجريمة، لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل إستئناف"[5].

وقد يكون حق الحضانة أسندته المحكمة للزوج أو الزوجة عند الفصل في موضوع دعوى الطلاق وعليه فالفصل في مسألة الحضانة في مثل هذه الحالة سيكون فصلا في دعوى تبعية[6]، وقد يكون الحكم صدر على إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة وهي الحالة التي تكون فيها دعوى

---

[1]- نسرين شريقي، كمال بوفرورة ،المرجع السابق ، ص108.
[2]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص149.
[3]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة, المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،2000 ، ص176
[4]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص149.
[5]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،المرجع السابق ، ص177.
[6]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص367.

الحضانة دعوى أصلية، أما في حالة وفاة الحاضن أو سقوط الحضانة عنه بحكم سبب من الأسباب[1]، فإنه يتعين على من يرغب في إستصدار حكم له بالحضانة تقديم عريضة كتابية موقعة منه إلى رئيس كتابة الضبط يوضح فيها قرابته من المحضون ويبين فيها الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة.

و يمكن إقامة دعوى الحضانة أيضا أمام قاضي الأمور المستعجلة ، حيث خص المشرع الجزائري موضوع الحضانة هو الآخر بتدابير إستعجالية لما له من أهمية بالغة تستدعي الاهتمام ورعاية مركز المحضون الجدير بالحماية، وهذا ما نصت عليه المادة 57مكرر من قانون الأسرة" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

وما يستدعي الانتباه أن المشرع الجزائري في المادة (57 مكرر)من قانون الأسرة عالج مسألة في غاية الأهمية تتمثل في وضع حق الحضانة مابين إقامة دعوى الطلاق وصدور حكم بات فيها وجعل إسنادها يكون ممكنا على سبيل التأقيت بناءا على تدابير مستعجلة يؤول الاختصاص في منحها لقاضي الأمور المستعجلة[2].

وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام[3].

---

[1] -العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص351.
[2]- أحمد شامي،المرجع السابق، ص281.
[3]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص351.

أما إذا كان الحكم صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان قد كسي بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات المدنية الجزائري ضمن المادة (325) من قانون الإجراءات المدنية أو وفق الاتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/06/02 بقولها" من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و إنعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

3. **الحضانة:** هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا[3]، وهي الرعاية التي يعطيها القاضي لأحد الزوجين إثر دعوى الطلاق فقد يمنحها القانون للأم كما هو الحال غالبا وقد يمنحها للأب إذ ما توفر ما يبرره ذلك في ملف الطلاق، لكن من المعمول به قضاءا أن للزوج الذي يحرم من الحضانة حق الزيارة، وهذا الحق يتمثل عادة في أخذ الطفل يوم الجمعة (لأنه يوم عطلة أسبوعية في الجزائر)وفي الأعياد الوطنية والدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا.[4]

ومن ثم يطبق حكم المادة(328) من قانون العقوبات في حالة عدم احترام الحكم المتعلق بحق الحضانة والزيارة والهدف من ذلك هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها

---

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص176.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1992/06/02،في الملف رقم(84513)، المجلة القضائية ،1993 العدد2، ص92.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص699.

[3]-محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص33.

[4]-مكي دردوس،المرجع السابق ، ص149.

بالامتناع عن تسليمه، كما أن الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا[1]، بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيين، يتبين منها في المادة السادسة الفقرة الثانية التي تنص على أن" كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة" والهدف من الزيارة بالنسبة للأب تحقق غايتان الأولى إشباع عاطفة الأبوة والثانية متابعة شؤون تربيته بالشكل الذي يكفل المحافظة عليه سواء كانت الحاضنة أم الطفل الصغير أو غيرها من الحاضنات أما بالنسبة للأم تحقق إشباع عاطفة الأمومة مع متابعة شؤون الصغير من حيث التربية والرعاية[2]، أما القرابة فإنها تحقق الطمأنينة عليه مع بقاء هذه الرابطة متواصلة ، ولهذا يتعين على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى من يستحقها فإنه يجب أن يحكم للزوج الآخر وضمن نفس الحكم بحق الزيارة مع تحديد كيفية ممارسة هذا الحق.

أما المادة السابعة من الاتفاقية تنص على أنه" يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة" ومنه فوفقا لنص المادة (07) فإن الامتناع عن تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة يؤدي إلى قيام جريمة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات ومعاقبة مرتكبها.

ثانيا / أركان الجريمة

يجب لقيام هذه الجريمة توافر الركن المادي والركن المعنوي.

---

[1]- الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال،المؤرخة في1988/06/21المصادق عليها بالمرسوم (144/88)المؤرخ في 26-06-1988الجريدة الرسمية العدد (28-30)لسنة 1988.

[2]- حسين رجب محمد مخلف الزيدي ،"الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة)"،مجلة التقني، مجلد الرابع و العشرون ،العدد العاشر ،2011، ص155.

1. **الركن المادي:** هو الفعل أو الامتناع الذي بواسطته تتكشف الجريمة ويكتمل جسمها و لا توجد جريمة بدون ركن مادي إذ بغير ماديتها لا تصاب حقوق الأفراد أو الجماعة بأي اعتداء[1] ويشمل الركن المادي ثلاث عناصر:

- النشاط الإجرامي: وهو عمل نهى المشرع عن ارتكابه أو إمتناع عن عمل أوجبه المشرع.
- النتيجة: وهي الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.
- علاقة السببية: وهي الرابطة التي تربط الفعل بالنتيجة بحيث تكون النتيجة قد تحققت بسبب النشاط الإجرامي[2].

أما بالنسبة لهذه الجريمة فإن أول ركن يشترط القانون توافره لقيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في حضانته هو العنصر المادي المتمثل في الامتناع ذاته وهو وإن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ولما أمكن متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها، وينبغي أن يحصل الإمتناع بشكل متعمد واضح ومقصود وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وبعد الاستظهار بمحضر الإمتناع وبشهادة شهود تقبل شهادتهم، وإلا فلا يمكن إعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه وصاحب الحق في حضانته، ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه[3].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 1989/02/14 بأنه" من المقرر قانونا أن يعاقب بالحبس وبغرامة كل شخص يمتنع عن تسليم قاصر لمن له الحق في المطالبة به بموجب حكم قضائي نهائي ولما ثبت أن الطاعن الحالي يرفض تمكين الأم من زيارة أبنائها و استغرق المهلة المعطاة له لأجل ذلك فإن قضاة الموضوع قد اقتنعوا بما فيه الكفاية على قيام الجريمة المتابع بها،

---

[1]- رضا فرج،شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر 1976،ص209.

[2]-عادل قورة،محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام الجريمة، الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1988 ص18.

[3]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص175.

ولم يخالفوا أي نص قانوني مما يتوجب رفض الطعن"[1]، ومنه فهذه الجنحة تقتضي توافر ركن أساسي هو إمتناع المحكوم عليه عن تسليم القاصر لمن له الحق في المطالبة به وهذا ما أكده القضاء حيث جاء في معرض تأسيسه" حيث أن الحكم الأول أبرز بما فيه الكفاية العناصر المكونة للجنحة موضوع الإدانة والتي تدخل تحت طائلة المادة (328) من قانون العقوبات لاسيما إظهار عنصر الإمتناع عن تسليم الأولاد، ومما جاء فيه على وجه الخصوص ما يلي" حيث أن المتهم صرح في جلسته بأن الأبناء هم الذين رفضوا الذهاب مع أمهم وأنه ليس له دخل في الموضوع مما جعل المحكمة تؤجل القضية لمدة خمسة عشرة يوما ليقوم ويسعى إلى تنفيذ الحكم وتسليم الأبناء لأمهم ولكن عند حضورهم إلى جلسة التأجيل صرحت الشاكية بأنها توجهت إلى المتهم لتأخذ أبنائها تنفيذا لحق الزيارة الممنوح لها شرعا إلا أنها تفاجئت بالمتهم يخرج لها ويشتمها وحث أحفادها بأن يشتموها، وعليه فإنها رجعت بدون جدوى حيث أن المتهم قد اعترف في الجلسة بأنه يريد أن يقطع الصلة بينه وبين هذه السيدة وأنه يرفض أن تقترب من منزله لتمارس حق الزيارة المحكوم بها لها.

وفي حالة الامتناع يجب إثبات عدم التسليم وهذا ما أكدته المحكمة العليا" تقتضي الجنحة بالضرورة توفر ركن أساسي يتعين على قرار الإدانة إبرازه وهو امتناع المحكوم عليه عن تسليم قاصر، ويتم إثبات ذلك بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ"[2]

أما إذا رفض المحضون تنفيذ الحكم القاضي بالحضانة أو الزيارة دون منع من الحاضن فإنه لا محل لجريمة عدم تسليم قاصر، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1989/02/14،في الملف رقم(54930)،المجلة القضائية ،1995 العدد2،ص181.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2،المرجع السابق،ص798.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1989/02/14، في الملف رقم(54930)،المجلة القضائية ،1995 ، العدد2،ص 181.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2،المرجع السابق،ص798.

2006/04/26 بقولها "يعد قصورا في التسبيب إدانة الأب بجريمة عدم تسليم قاصر من دون مناقشة محضر إشكال التنفيذ المعاين رفض الأطفال الذهاب مع الأم المحكوم لها بالحضانة"[1]

أما إذا كان عدم تسليم المحضون إلى من له الحق بالمطالبة به بمقتضى أمر قضائي فهنا تنتفي صفة التجريم وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1984/06/26" متى كان مؤدى نص المادة (328)من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم إلى من له الحق في المطالبة به ومن ثم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوما لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن أذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للاحتفاظ بابنه القاصر لمدة 15 يوما، فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة (328) من قانون العقوبات لم يكونوا على صواب في تطبيق هذا النص عليه وكان لذلك نعيه على قرارهم بالوجه المثار بالخطأ في تطبيق القانون مؤسسا وفي محله"[2].

2. الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي للجريمة على الإرادة الآثمة التي وجهت سلوك الجاني المخالف للقانون فهذه الإرادة الآثمة هي حلقة وصل بين الجريمة كواقعة مادية لها كيان خارجي وبين الإنسان الذي صدرت عنه والذي يعتبره القانون، بالتالي مسؤولا عن هذه الجريمة ويصفه بأنه جان ومجرم[3]، أما الركن المعنوي لجريمة عدم تسليم طفل انتهاكا لحكم قضائي فهي جريمة قصدية

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 2006/04/26، في الملف رقم(323122)،مجلة المحكمة العليا ،2007 ، العدد2 ص563.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج4،المرجع السابق،ص1559.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1984/06/26، في الملف رقم(31720)،المجلة القضائية ،1990 العدد2،ص287.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2،المرجع السابق،ص228.

[3]- رضا فرج، المرجع السابق، ص363.

يشترط لقيامها علم الجاني بصدور حكم قضائي يمنعه من حضانة الطفل وإصراره رغم ذلك على عدم الامتثال إليه.[1]

وتطرح مسألة القصد الجنائي عدة إشكالات فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه، وبالرجوع إلى القضاء الجزائري فإننا لا نجد لذلك إجابة لعدم وجود قرارات في هذا الشأن، أما القضاء الفرنسي قد استقر على رفض هذه الحجة مبررا لأي عذر قانوني، وهكذا رفض بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائي يقضي له بحق الزيارة، كما قضى بقيام الجريمة في حق الوالدة المطلقة التي استفادت من حق الزيارة والتي امتنعت بعدما أقام ولدها في بيتها عن إلزامه بالعودة إلى مسكن والده[2]، ومن جهة أخرى فإذا أدين أحد الزوجين بعدم تسليم الطفل لمن له الحق بالحضانة ثم بعد إدانته أسندت إليه حضانته بحكم قضائي فلا يعفيه هذا التغيير من العقوبة في تقدير القضاء الفرنسي، وكذلك الحال في نفس القضاء يرى إدانة شخص عن عدم التسليم بحكم سابق لا يحول دون إدانته مستقبلا إن هو أعاد الكرة و إمتنع مرة أخرى[3].

وخلاصة القول في هذا المجال أنه إذا توافرت كل هذه العناصر المتمثلة في الإمتناع الفعلي عن تنفيذ حق الحضانة أو حق الزيارة وفي توفر وجود حكم قضاء وبإثبات حق الحضانة أو حق الزيارة للشاكي أو المدعي، وفي وجود الطفل تحت سلطة المشكو منه أو المدعي عليه فإنه يمكن للقاضي الحكم بتطبيق المادة (328) من قانون العقوبات مع إبراز عناصر الجريمة وإلا فإن حكمه سيكون مشوبا بالتقصير في التسبيب ويمكن إلغاؤه[4].

---

[1]-مكي دردوس،المرجع السابق ، ص151.
[2]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص178.
[3]-مكي دردوس،المرجع السابق ، ص152،151.
[4]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص176.

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء

سنتطرق فيما يلي إلى إجراءات المتابعة بجريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي والجزاء المقرر لها.

أولا / إجراءات المتابعة:

جاء في التعديل المقرر بموجب القانون (23/06) المؤرخ في20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات أن المادة(329مكرر)منه اشترطت لمباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة (328) منه شكوى الضحية حيث جاء فيها" لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة (328) إلا بناءا على شكوى الضحية ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية" ومنه لا يمكن مباشرة المتابعة من أجل الجنحة المنصوص عليها في المادة (328) من قانون العقوبات إلا بناءا على شكوى الضحية إذ يجب عليه أن يفصح عن نيته في متابعة الجاني جزائيا بسبب عدم تسليم القاصر،ومادامت المتابعة الجزائية معلقة على شكوى، فإن سحب هذه الشكوى يضع حدا للمتابعة وهذا ما جاء في المادة (329 مكرر)من قانون العقوبات "ويضع صفح الضحية حدا...." ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية، حيث جاء في المادة (3/06)من قانون الإجراءات الجزائية" تنقض الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة".

كما مكن المشرع الجزائري لمن له الحق في المطالبة بالمحضون(الضحية) في الاستفادة من إجراءات الاستدعاء المباشر،لسرعة المتابعة القضائية و وضع حد لتصرفات المتهم [1]وهذا حسب ما جاء في المادة (337 مكرر)من قانون الإجراءات الجزائية " يمكن للمدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية : ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل،

[1]- عبد الباقي بوزيان،المرجع السابق، ص93.

إنتهاك حرمة منزل، إصدار صك بدون رصيد، وفي الحالات الأخرى ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور.." وعليه فالمشرع راعى مصلحة المحضون في تلقي الرعاية من طرف الشخص المخول له قانونا حق الحضانة أو الزيارة كما راعى مصلحة الضحية باستفادته من إجراءات الاستدعاء المباشر والتي تتم بمجرد أن تقدم الشكوى يقوم وكيل الجمهورية بدراسة الملف وتسجيله بسجلات المحكمة وتحدد جلسة لمحاكمة المتهم عن فعله وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إدانته وتوفرت أركان الجنحة.

تعتبر جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي من الجرائم المستمرة[1]،وليست من الجرائم الوقتية وذلك لأن شأن تنفيذها قابلا بطبيعته للامتداد فترة من الزمن طالما أراد فاعلها ذلك، ولكون الالتزام بالتسليم لا ينقضي في لحظة محددة وإنما يظل قائما طيلة الوقت الذي يبقى فيه المحضون محبوسا عن صاحب الحق في تسليمه[2].

أما القضاء الفرنسي فقد استقر على أنه، يتم تسليم القاصر بوجه عام في مسكن الشخص الذي من حقه المطالبة به أو في المكان المحدد في الحكم وعليه قضي في فرنسا بأن هذا المكان هو مكان ارتكاب الجريمة،ومنه استنتج القضاء الفرنسي عدم اختصاص المحاكم الفرنسية عندما يتعلق الأمر بعدم احترام حق الزيارة الذي يمارس في الخارج، كما أن صدور حكم سابق بالإدانة لا يحول دون النطق بعقوبة عن كل امتناع للانصياع[3].

ثانيا / الجزاء:

إذا كان الطفل محل الحضانة أو محل الزيارة موجودا عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون هو أبوه أو جده أو عمه وإنما قد صدر قرار قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل وحق

---

[1]- في القضاء المقارن قضت المحكمة النقض المصرية"إن جريمة الامتناع عن تسليم الطفل لمن له حق حضانته شرعا من الجرائم المستمرة إستمرارا متتابعا أو متجددا بمعنى أن الأمر المعاقب عليه فيها يتوقف استمراره على تدخل إرادة الجاني تدخلا متتابعا ومتجددا"الطعن رقم(1155)لسنة1948،رقم الجلسة1931/05/07 .

[2]-زكية حميدو، المرجع السابق، ص205.

[3]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص179-180 .

الزيارة إلى شخص ثاني هو أمه مثلا أو جدته أو خالته، وعند القيام بإجراءات تنفيذ هذا الحكم، وتمنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرر امتناعه بمبرر شرعي وقانوني فإنه سيعرض نفسه إلى اتهامه بارتكاب جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به كان قد قضى في شأن حضانته بحكم نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل[1] وسيعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج علاوة على العقوبات التكميلية الإختيارية المقررة للجنح وتصل عقوبة الحبس إلى (03) سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة (328) من قانون العقوبات.

وما يلاحظ أن القضاء الجزائري لم يعتبر الإمتناع عن تسليم المحضون سببا من أسباب إسقاط الحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب على إمتناعه جزائيا تطبيقا للمادة (328) من قانون العقوبات وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1969/05/14 بقوله" من المقرر شرعا أنه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعا ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة لأبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر، وحيث فضلا عن ذلك أن عدم تسليم الولد المحضون في مثل هذه المادة جنحة ربما أدت إلى عقاب جنائي لا إلى سقوط الحق في الحضانة، وعليه فإن مجلس الجزائر إذا قضى على ذلك الوجه لم يبرر حكمه قانونيا"[2].

المطلب الثالث

جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

---

[1]-عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص177.

[2]- المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1969/05/14، مجموعة الأحكام،الجزء1 ،ص277،النشرة السنوية، 1969، ص48.نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص348.

يعد المساس بحرية الطفل اعتداءا خطيرا على حريته وذلك بنزعه ممن لهم حق رعايته، مهما كان الدافع لارتكاب هذه الجريمة سواء كان انتقاما بسبب حقد بينهما، أو تعسف في استعمال حق من الحقوق، وحماية لمصلحة المحضون ومصلحة الحاضن وتدعيما لأحكام القضاء نصت المادة (328) من قانون العقوبات على أنه" كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها الحاضنة وأبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك دون تحايل أو عنف" وهذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بجريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي لما لهما من اشتراك في الموضوع والهدف وعقوبة موحدة. ولهذا ينبغي منا معرفة الأركان المكونة لجريمة اختطاف الطفل المحضون وإجراءات المتابعة والجزاء.

الفرع الأول: أركان جريمة إختطاف المحضون من حاضنه

تقوم الجريمة بتوافر ركن مادي وركن معنوي وحكم قضائي.

أولا /الركن المادي

إن الركن المادي لجريمة إختطاف المحضون من حاضنه ركن أساسي يشتمل على عدة صور أو عدة حالات وكل حالة منها كافية وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة، وهذه الصور أو الحالات هي صورة إختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودار الحضانة ومشابههما، وصورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود فيه لسبب من الأسباب[1].

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص178.

يتم الخطف بانتزاع الطفل من بيئته ونقله إلى مكان آخر واحتجازه فيه وإخفائه [1]عمن لهم الحق في المحافظة على هذا الطفل وعلى ذلك فإن الركن المادي يتوافر عن طريق نشاط إرادي يأتيه الفاعل وصورة هذا النشاط هو خطف الطفل ثم نقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيته وقطع صلته بأهله[2]. أما الإبعاد يتحقق عندما ينتقل من له حق حضانة الطفل المحضون إلى مكان آخر ليحجزه فيه[3]، ويتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود قاصر معه لاحتجازه[4].

ويتحقق الخطف إذا انتزع الجاني الطفل المخطوف من منزل أهله أو من مدرسته أو من المحل الذي يتدرب فيه على حرفة معينة أو من الطريق العام أومن منزل صديق أو قريب يزوره أو أي مكان آخر[5]، إذ لا يشترط أن تتم واقعة الخطف في مكان معين طالما أدى الخطف إلى انتزاع المخطوف من بيئته وقطع صلته بأهله[6]، لأن الخطف يتحقق بنقل المخطوف من موقعه كما يتحقق بمنعه من العودة إليه[7].

وجريمة الخطف يمكن أن تقع من أي شخص ليس له حق حضانة الطفل أو حفظه حتى ولو كان أحد الوالدين إذا قام بخطف المجني عليه ممن لهم بمقتضى القانون حق رعاية الطفل وحضانته، كما تتم أيضا بعدم التسليم إذا كان الطفل قد اختفى بحيث لا يمكن الوقوف على محل

---

[1]- معنى الخطف عبرت عنه محكمة النقض المصرية التي بينت أن الجريمة تقع حيث يختطف الطفل من البقعة التي جعلها مراد له ممن هو تحت رعايتهم من ولى أو وصى أو حاضنة أو مرب أو غيرهم ،لأن المشرع لم يستهدف بالعقاب على جريمة الخطف حماية حرية الطفل فحسب و إنما قصد أيضا حماية سلطة العائلة.نقلا عن:عبد الملك جندي،الموسوعة الجنائية،الجزء الثالث،دار الكتب المصرية،القاهرة،1932،ص265.

[2]-محمد سعيد نمور،شرح قانون العقوبات، القسم الخاص(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، الطبعة الأولى،الجزء الأول،دار الثقافة،عمان،2005 ،ص296.

[3]-مكي دردوس،المرجع السابق ، ص151.

[4]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص177.

[5]--محمد سعيد نمور،المرجع السابق، ص296.

[6]- عبد الملك جندي،المرجع السابق، ص296.

[7]- عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزعبي،شرح قانون العقوبات،الجرائم الواقعة على الأشخاص،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، 2009،ص165.

وجوده ولا العثور عليه وهذه أشد حالات عدم التسليم خطورة لأن التنفيذ بالقوة لا يفيد في رد الطفل إلى من حكم له بحضانته وحفظه.[1]

ولا يتم توفر هذا الركن إلا بتحقق النتيجة وهي إتمام إختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير، وإذا كان الإختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الجدة أو الخالة فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة بسبب أنه قد جعل من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر[2].

ثانيا / توفر حكم قضائي

إن تطبيق المادة (328) من قانون العقوبات يتطلب وجود حكم قضائي، قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[3]، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا وذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا.

ثالثا / الركن المعنوي

---

[1]- فاطمة الزهراء جزار،"جريمة اختطاف الأشخاص"،مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة،2013 -2014،ص82.

[2]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص179.

[3]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص177.

إن عنصر القصد أو النية الجرمية من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي، وأن القانون لا يذكره ضمنا ولا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة إنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية[1]، وجرائم الخطف بجميع صورها من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، ويتحقق هذا القصد في جريمة خطف الأطفال فيعمد الجاني قطع صلة المجني عليه بأهله وذلك بتعمد انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم الحق في رعايته وقطع صلتهم بهم[2]. وإذا توافر القصد الجرمي بعناصره وهي إرادة الفعل وإرادة تحقيق النتيجة مع علم الفاعل بطبيعة الجريمة التي هو بصدد إرتكابها[3]، فعندئذ تكتمل الجريمة لعلم الخاطف بخطورة تصرفه الإجرامي وانصراف إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية[4].

ولهذا فإن القانون قد يعاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو عن تلك الأماكن التي أبعد عنها أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له، وما عليه لكي ينجو من المتابعة والعقاب إلا أن يثبت حسن نيته وعدم توافر عنصر القصد السيئ ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد.

وبوجه عام تنطبق هذه الجريمة على كل من خطف المحضون ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده وعلى قاضي الحكم أن يبرز في حيثياته حكمه كل هذه العناصر مجتمعة حتى لايكون حكمه مشوبا بعيب عدم كفاية التسبيب.

---

[1]-عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص179.
[2]- محمد زكي أبو عامر،قانون العقوبات القسم الخاص،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،1989،ص252.
[3]--محمد سعيد نمور،المرجع السابق، ص300.
[4]- عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزعبي،المرجع السابق، ص167.

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء

أولا / إجراءات المتابعة:

إن الغاية من اشتراط الشكوى هو فتح باب المتابعة بشأنها، وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في جريمة خطف المحضون ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل ودون عنف، في نص المادة (328)من قانون العقوبات إلا بناء على شكوى الضحية ويضع صفح الضحية حدا " للمتابعة الجزائية".

وعليه فالمشرع حماية للضحية منحه الحق في تحريك الدعوى العمومية ويتم بذلك متابعة الجاني متابعة جزائية وتسليط العقوبة عليه، كما منحه المشرع إيقاف المتابعة وذلك بالصفح والتنازل عن الشكوى فتنقضي تبعا لذلك الدعوى العمومية ولكن يشترط لذلك أن يحدث الصفح قبل صدور حكم بات في الدعوى، والهدف من مسألة الصفح هو مراعاة مصلحة المحضون من حيث الاستقرار والوضع النفسي ولكي لا يكون طرفا في النزاع القائم بين الطرفين وخصوماتهم خاصة إذا كان أحد الوالدين قد أسندت له الحضانة بحكم قضائي وقام الآخر بخطف المحضون ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها.

جريمة إخفاء المخطوف أو إبعاده عمن له الحق في رعايته، قائمة ومستمرة استمرارا ثابتا أي أن الركن المادي يتمثل في حالة جنائية مستمرة تنتهي بتخلي الخاطف عن المخطوف أو باكتشاف أمره من قبل سلطات مختصة وتحرير المخطوف[1].

ثانيا / الجزاء

[1]- عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزعبي،المرجع السابق، ص166.

تعاقب المادة (328)من قانون العقوبات على جريمة خطف المحضون من حاضنه بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المقررة للجنح، وتصل عقوبة الحبس إلى 3سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني، وقضي في فرنسا بأن الأب الذي يشجع إبنه المتزوج على عدم تسليم ولده لأمه، و إعترض معه للمحضر ودفع ثمن سفر الولد إلى الخارج يعد شريكا[1].

المطلب الرابع

جريمة عدم دفع النفقة المقررة قضاءا

من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للمحضون، الحق في النفقة وهي من أهم الحقوق، لأنها تصان بها حياته وتوفر له الأمن المادي وحرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة والملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتجريم من شأنه عدم الإخلال بها، فجريمة الامتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، وذلك بتهرب الملزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب و الاستهتار بحقوق الغير، وعليه فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يرتب آثار سلبية وللحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته وهذا حسب المادة (331) من قانون العقوبات.

إذن فما هي أركان هذه الجريمة؟ وما هي الإجراءات المتبعة في المتابعة؟ وماهو الجزاء المقرر قانونا لهذه الجريمة؟

الفرع الأول: شروط وأركان قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة

[1]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص180.

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة (331)من قانون العقوبات" يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث(03) سنوات وبغرامة من 50.000إلى 3000.000 دج كل من إمتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإدعاء الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المادة (37) و(40) و(329) من قانون الإجراءات الجزائية، يختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

من خلال قراءة نص المادة (331) من قانون العقوبات يمكن أن نستخرج العناصر المطلوبة قانونا لقيام جريمة الامتناع عن دفع وتسديد النفقة أو الإعانة المقررة قضاء.

يتبين أنها تتطلب وجود حكم أو قرار قضائي قابل للتنفيذ، وأن يكون مضمون الحكم إلزام بنفقة وأن مدة الامتناع تجاوزت(02) الشهرين كاملين وأن الامتناع كان عمدا أو أكيدا[1]، سنحاول أن نفصل ذلك بالتطرق إلى الشروط الأولية ثم إلى الأركان التأسيسية.

أولا / الشروط الأولية

جريمة الامتناع عن دفع نفقة طبقا المادة(331)من قانون العقوبات تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قررته العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لابد من توافر شرطين وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي[1].

[1]-عبد العزيز سعد،الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة،دار هومة،الجزائر، 2005، ص179.

1- **قيام دين غذائي:** يمتاز الدين الغذائي بالخصائص الأتي بيانها:

أ.دين مالي: تتحدث عنه المادة (331)من قانون العقوبات عن النفقة الغذائية ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها[2]، علما أن النفقة كما هي منصوص عليها في المادة (78) من قانون الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، كما أن القضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21 بقولها" إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[3]، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه" يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات[4].

أما المنح العائلية لا تعتبر من مشمولات النفقة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/06/1 بقولها " لا تندرج المنح العائلية ضمن مشمولات النفقة ولا يشكل عدم تسديدها جريمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة"[5].

د. المستفيد من الدين:ففي الحالة الأولى يكون المستفيد من الدين الزوجة والأصول والفروع وذلك بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة حيث تنص المادة (37)من قانون الأسرة على أنه "يجب

---

[1]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص132.

[2]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص159.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/05/21، في الملف رقم(72602)، نشرة القضاة،1995 ،العدد47،ص149.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2،المرجع السابق، ص782.

[4]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 2006/04/26، في الملف رقم(380958)،مجلة المحكمة العليا ،2007 العدد2،ص585.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج4،المرجع السابق،ص1569.

[5]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 2005/06/01،في الملف رقم(302917)،مجلة المحكمة العليا ،2006 العدد1،ص589.نقلا عن: المرجع نفسه،ص1500.

على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعته إلا إذا ثبت نشوزها" وعليه فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح وتجب في كل حالة كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة[1]،كما تنص المادة (74)من قانون الأسرة على"يجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد (78)- (79)- (80) من هذا القانون"

فالنفقة واجبة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس وهو التسليم و الاحتباس الواجب للنفقة شريطة أن يكون وسيلة إلى حق مقصود ومستحق بالعقد الصحيح،وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وكذا القيام بواجباتها و ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي وسبب ليس من جهته.[2]

كما تطرق المشرع الجزائري إلى نفقة الأصول والفروع وذلك في نص المادة (75)من قانون الأسرة " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب" ونص في المادة (77) من قانون الأسرة بقوله" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"

وفي الحالة الثانية أي عند فك الرابطة الزوجية يكون المستفيد من النفقة الزوجة والأولاد القصر وذلك عملا بأحكام المواد (74)،(75)،(61) من قانون الأسرة[3]،فنفقة الزوجة واجبة على زوجها منذ الدخول بها (74)من قانون الأسرة و تستمر إلى ثلاثة أشهر بعد الطلاق حسب نص المادة (58)من قانون الأسرة و تستمر للحامل إلى تاريخ الوضع حملها(60)من قانون الأسرة،أما

---

[1]- الغوثي بن ملحة،المرجع السابق، ص79.

[2]-محمد كمال الدين،محمد أحمد سراج،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،دار المطبوعات الجامعية،بدون بلد النشر،1999 ص48.

[3]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص160.

نفقة الأولاد يمكن أن نستخلص أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق منه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا وعليه فإذا كانت نفقة الولد واجبة على والده بحكم الشرع والقانون مادام هذا الولد عاجزا عن الكسب وفقيرا فإن هذا الواجب سيسقط عن كاهل الأب إذا تبين أن لولده غنى وله مال يستطيع أن يصرف منه على نفسه، وينتج عن ذلك أن الأب لم يعد ملزما بالإنفاق على إبنه ولو كان صغيرا أو مريضا ويمكن أن يكون هذا الولد غنيا أو موسرا إذا كان له مورد رزق مرصود لحسابه الخاص من تبرعات وغيرها مثل الهدايا والهبات والوصية[1]، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2002/07/03 بقولها" لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون،وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد"[2].

نستخلص مما سبق أن النفقة الغذائية المنصوص عليها في المادة (331)من قانون العقوبات مؤسسة على واجب عائلي وعليه فإذا كانت هذه النفقة لا تستند على أي واجب عائلي فإن نص المادة (331) لا ينطبق عليها وإن كان الشخص المستفيد بها فردا من الأشخاص المذكورين آنفا مثال الإنفاق على الوالد أثناء تأدية فريضة الحج، مثاله كذلك الإنفاق على الولد ذي مال(مادة 1/75 من قانون الأسرة)، أو الإنفاق على البنت المتزوجة أو الابن الراشد(مادة 2/75 من قانون الأسرة)[3].

---

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص225.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/07/03،في الملف رقم (264458). نقلا عن: نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق، ص142.

[3]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص133.

2- **وجود حكم قضائي:** تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة وجود حكم قضائي يأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذا.

أ.**ضرورة صدور حكم قضائي:**إن ثاني عنصر من عناصر قيام جنحة الامتناع عن دفع نفقة المقررة قضاء هو أن يكون منطوق الحكم الممتنع عن تنفيذه اشتمل على نفقة واجب دفعها إلى الزوجة أو إلى أحد الأصول أو الفروع[1]، والحكم المطلوب له مفهوم واسع فقد يكون حكما صادرا عن محكمة ابتدائية أو قرارا صادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة[2] قسم الأحوال الشخصية قبل البت في دعوى الطلاق، وذلك حسب ما نصت عليه المادة (57 مكرر) من قانون الأسرة أين يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، لأنه غالبا ما تطول إجراءات دعوى الطلاق وتستمر فترة غير قصيرة وفي معظم الأحيان تغادر الزوجة بيت الزوجية أو تجبر على مغادرته وتلجأ إلى أهلها بعد النزاع،وأثناء إجراءات دعوى الطلاق تحتاج إلى مال تنفقه على نفسها وعلى أولادها ومن هنا كان لها الحق في أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل العريضة يتضمن القضاء لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة تشمل الغذاء والكسوة وغيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق[3]، وعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومبررات الطلب يستطيع أن يصدر أمرا إستعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا كنفقة مؤقتة لها أو لأولادها تستمر إلى غاية صدور حكم في موضوع دعوى الطلاق[4]، وللوصول إلى ذلك يتعين على الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها أمام المحكمة المختصة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة وذلك تطبيقا لنص المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي هذا

---

[1]-عبد العزيز سعد،الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص180.

[2]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص160.

[3]- أحمد شامي،المرجع السابق، ص280.

[4]- عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق، ص157.

الصدد صدر عن غرفة الجنح والمخالفات للمحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/04/16 بقولها" من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق(02) الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاءا لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد" وجاء في معرض تأسيسه" حيث تفسر كلمة الحكم بمفهومها الواسع أي حكم أو قرار أو أمر استعجالي نهائي مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه لخرقه المادة (331)من قانون العقوبات والخطأ في تطبيقها[1].

كما قد يكون أساس متابعة المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة هو حكم صادر عن المحكمة الابتدائية وأستأنف في المدة المحددة قانونا، وذلك حسب نص المادة (57)من قانون الأسرة بنصها" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادة تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/03/20 بقولها" من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف،ماعدا جوانبها المادية و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"[2].

أما آجال الاستئناف فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص المادة (336)منه" يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد(1) إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته"[3]، وقضى المجلس الأعلى في هذا الشأن بتاريخ 1979/10/29 بقوله" حيث بالرجوع إلى تلاوة القرار المطعون فيه يتبين أن القضاة حكموا بعدم قبول الإستئناف شكلا

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1995/04/16،في الملف رقم (124384)، المجلة القضائية،1995 ، العدد2 ص 192.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2،المرجع السابق،ص808.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/03/20، في الملف رقم (72858)،المجلة القضائية ،1994 العدد1،ص57.نقلا عن: العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق ص 314.

[3]- المادة 102 من قانون الإجراءات المدنية.

لوقوعه خارج الأجل القانوني معتمدين على ملاحظة كاتب الضبط بهامش الحكم الابتدائي من دون أن يتأكدوا من استيفاء التبليغ للشروط التي تتطلبها المادة المشار إليها وذلك بالرغم من احتجاج المستأنفة بأنها لم تتلقى أي تبليغ كان ومن هنا فإنهم بقضائهم المقدم أساؤوا تطبيق القانون ولذلك يتعين نقض القرار"[1].

وقد يكون هذا الحكم صادرا عن جهة قضائية أجنبية وممهورا بالصيغة التنفيذية وفق الإشكال وطبقا للشروط المبينة في المادتين (320) و(325) من قانون الإجراءات المدنية ومن ثم لا يؤخذ الحكم الصادر عن المحاكم الأجنبية إلا إذا قضت إحدى جهات القضاء الجزائرية بتنفيذه دون الإخلال بما تنص عليه الاتفاقية الدبلوماسية من أحكام مخالفة، وإذا ما قضت جهة قضائية وطنية بتنفيذ حكم صادر عن جهة قضائية أجنبية ،قضي في فرنسا بأن الطعن الذي يرفعه المحكوم عليه في هذا القرار لا يوقف تنفيذه[2]، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/23 بقولها" لا يجوز للقضاء الجزائري الحكم بالنفقة مرة ثانية في حالة سبق حكم القضاء الأجنبي بها"[3]، وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2006/04/12 قضى بأنه" لا يعد مخالفة للقانون منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قضى بالنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي"[4].

ب. **حكم نافذ:** إن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة أو إعانة مقررة قضاء يتطلب أن يتوفر فيها شرط هام وهو وجود حكم قضائي قابل للتنفيذ ومعنى كونه قابلا للتنفيذ هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا وحاز قوة الشئ المقضي فيه، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أية طريقة من طرق الطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف ثم إمهاره بالصيغة

---

[1]-المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص،قرار بتاريخ 1974/10/29،في الملف رقم (غير موجود)،نشرة القضاة، 1975 العدد5،ص45.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق،ص126.

[2]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص161.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/12/23،في الملف رقم (331696)، مجلة المحكمة العليا 2005العدد1 ،ص302.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق،ص1276.

[4]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2006/04/12، في الملف رقم(355718).نقلا عن:نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق ، ص118.

التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاذ أو التنفيذ المعجل طبقا لنص المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية"[1]، أما إذا صدر أمر مسبق يقضي بالنفقة ثم تبعه حكم في الموضوع بعد فترة من الزمان يقضي بإلغائها فلا يمكن من كان مدينا بها وتخلى عن دفعها أن يحتج بإلغائها لإسقاط جريمة المادة (331)من قانون العقوبات التي كان ملاحقا من أجلها ذلك أن الحكم الثاني متى كان نافذا هو حكم تأسيسي ينشئ حقا أو يسقط حقا ولكن بدون أثر رجعي في ما فاته من قيام الجريمة[2].

وتبقى النفقة واجبة الأداء إلى أن يصدر حكم يقضي بإلغائها ما لم يزل سببها كما لو بلغ الإبن سن الرشد أو تزوجت البنت، وهكذا قضى في فرنسا بأن الحكم القاضي على الوالد أداء نفقة غذائية لفائدة إبنه القاصر تظل سارية في حالة عدم تحديد أجل لأدائها، إلى حين الحكم بإلغائها[3]، وهكذا قضت المحكمة العليا في 1996/07/09 بقولها" من المقرر قانونا أنه يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].

ج. حكم قضائي مبلغ للمعني بالأمر: يتعين أن يصل الحكم إلى علم المدين عن طريق التبليغ حسب الأشكال ووفق الشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية، لأنه لكي يمكن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء يجب أن يثبت هذا الحكم أو القرار الذي قضى بالنفقة قد وقع تبليغه إلى المعني تبليغا صحيحا وفقا لإجراءات التبليغ المنصوص عليها في القانون[5].

---

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص180.
[2]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص134.
[3]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص161.
[4]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1996/07/09، في الملف رقم(138958)، المجلة القضائية،1998 ،العدد1 ،ص123.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص896.
[5]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق ، ص161.

وتكمن الحكمة من التبليغ في كونه السبيل الأوثق للتأكد من علم الخصوم بمضمون الأحكام والقرارات والأوامر، ولأجل ذلك لم يكتف المشرع بمجرد العلم حتى ولو كان قطعيا فأوجب القيام به حتى ولو تعلق الأمر بالأحكام الحضورية فالتبليغ إجراء يسبق كل تنفيذ والقضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون[1].

عرفت المادة (406) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التبليغ الرسمي بأنه التبليغ الذي تم بموجب محضر يعده المحضر القضائي[2] بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني و الإتفاقي ويتعلق التبليغ الرسمي إما بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار ويجوز التبليغ الرسمي بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد.

وكان القضاء الفرنسي لا يشرط التبليغ إذا ما اعترف المدين بأنه على دراية بالحكم القاضي بالنفقة أو إذا كان من الشائع إثبات ذلك ثم تراجع عن موقفه فشدد على ضرورة تبليغ الحكم على أن يتم التبليغ وفق الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ومن جهة أخرى ترى محكمة النقض الفرنسية أنه من الجائز تنفيذ الحكم ليس على من بلغ به فحسب بل وأيضا على من بادر بتنفيذ الحكم عن طواعية وهكذا قضي بقيام جنحة عدم تسديد النفقة في حق من بدأ في دفع النفقة عن طواعية قبل تبليغه الحكم القاضي بها، ثم توقف عمدا عن دفعها[3].

ثانيا / الأركان المكونة للجنحة:

تتكون هذه الجنحة من ركن مادي وركن معنوي، وبتوافر هذه الأركان تتم الجريمة.

1. **الركن المادي:** يقوم الركن المادي للجريمة على عنصرين وهما:

---

[1]-عبد الرحمن بربارة،المرجع السابق، ص313.
[2]- إدريس فاضلي،المرجع السابق، ص302.
[3]أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص161-162.

أ. **عدم دفع المبلغ المالي كاملا:** يلزم المشرع المدين بدفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا وعليه فإذا تخلف منه جزء في ذمته فلا يعفى من العقوبة ذلك ما نستخلصه من نص المادة (331)من قانون العقوبات " من امتنع عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة" وعليه فإن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي يتحقق في امتناعه عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به عليه لمدة تتجاوز(02) الشهرين وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2008/06/04" إن جريمة عدم تسديد النفقة تبرز في ركنها المادي المتمثل في الإمتناع عن تسديد النفقة الملزم بها لمدة تزيد عن (02) شهرين وركنها المعنوي المتمثل في الإمتناع عمدا"[1]، وقد أوجب المشرع الجزائري أن يتم الوفاء بكامل قيمة النفقة المحكوم به، فالوفاء الجزئي لا ينفي وقوع الجريمة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ1982/06/01 بقولها "إن جريمة الإهمال العائلي هي جنحة مستمرة فالمتهم الذي تماطل عن دفع النفقة المحكوم بها لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكبا لجريمة الإهمال العائلي إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ التي عليه"[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1990/01/23" لما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا مقتضى المادة (331) من قانون العقوبات تطبيقا سليما لما لاحظوا أن المتهم دفع النفقة بعد انقضاء المدة القانونية المحددة في المادة المذكورة واعترافه بمماطلته وعدم تسديده لافتقاره القدرة على الوفاء بالتزامه نتيجة ظروفه الاجتماعية الصعبة ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن "[3]وعليه فالتذرع بالإعسار لا ينفي جريمة إمتناع عن دفع النفقة.

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح،قرار بتاريخ 2008/06/04،في الملف رقم (4127364)، نشرة القضاة،2012 ، العدد67 ص295. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج4، المرجع السابق،ص1826.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ1990/01/23،في الملف رقم (59472)،غير منشور. نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ،المرجع السابق،ص437.

[3]- المحكمة العليا،غرفة الجنح،قرار بتاريخ 1990/01/23،في الملف رقم(59472)، المجلة القضائية ،1992 ، العدد3،ص230. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص616.

أما القضاء الفرنسي فقد تشدد في تطبيق العقوبة مادامت النفقة لم تسدد كاملة فهو من جهة أخرى لا يقبل المقاصة فيما يخص الدين الغذائي فقد أتيح له أن يرفض طرح مبلغ دفعه زوج كأجرة لسكن أجره لفائدة زوجته من مبلغ النفقة الغذائية المحكوم به لها[1].

كما قضى برفض ما دفع به الزوج كونه وهب زوجته وأطفاله عقارا فهذه الهبة لا تعفي الزوج من سداد النفقة الغذائية المقررة لزوجته ولأولاده[2].

ب. **انقضاء مهلة (02) شهرين:** يشترط لقيام جريمة الإمتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقررة قضاءا هو مرور أكثر من(02) شهرين كاملين إبتداءا من تاريخ إستحقاق هذه الإعانة أو النفقة ومن الواجب تحديد معالم هذه المدة الزمنية وذلك من حيث بدأ سريان هذه المهلة وكذلك من حيث تواصلها و انقطاعها وكذلك من حيث تأثير ظهور عناصر جديدة بعد إنقضاء المهلة .

و أما فيما يخص بدأ سريان المهلة فقد جرى على أنه يجب تبليغ الحكم الملزم بأداء النفقة إلى المحكوم عليه والتبليغ المقصود هو التبليغ الذي يقوم به المحضر القضائي طبقا لنص المادة (330) من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن القائم بالتنفيذ يقوم بتبليغ المحكوم عليه بالحكم محل التنفيذ ويكلفه بتسديد النفقة في مدة عشرين يوما، ويبدأ حساب (02) شهرين عمليا من يوم الإمتناع الصريح أو الضمني وأن إثبات الإمتناع أو تاريخ بداية الإمتناع سيكون بموجب محضر إمتناع يحرره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ بعد أن يكون المحكوم عليه قد تم تسليمه نسخة من الحكم أو القرار التنفيذي ومضى أكثر من (02) شهرين بعد إعذاره ومنحه لمهلة العشرين يوما للتنفيذ الطواعي وإنتهت دون جدوى[3]، أي يبدأ سريان المهلة بمضي (20)عشرين يوما من تاريخ تبليغ الحكم النهائي القاضي بالنفقة الغذائية على يد محضر قضائي ولا يكون الحكم نهائي إلا إذا بلغ في مرحلة أولى و إنتهت مهلة الاستئناف فيه أو المعارضة وهي شهر بالنسبة

---

[1]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص134.
[2]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص162.
[3]- عبد العزيز سعد،الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص181.

للحكم و(15)خمسة عشر يوما بالنسبة للأمر[1]، وفي هذه الشأن قضت المحكمة العليا عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2000/01/18 بقولها "إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توافر محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال بالملف يعد خطأ في تطبيق القانون[2]، وجاء في معرض تأسيسه " عن الوجه الأول لوحده الرامي إلى الطعن المأخوذ من مخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه أدان المتهم بدفع النفقة الغذائية للطرف المدني على أساس أحكام المادة(331) من قانون العقوبات في حين أن الملف خالي من محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال"

- وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17 قضت أنه" من المقرر قانونا أنه يعاقب بالحبس كل من إمتنع عمدا لمدة تتجاوز(02) شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم ولما ثبت – في قضية الحال- أن الطاعن إمتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أبناءه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته و قدم محضرا يثبت فيه ذلك،و أن قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة لازالت في ذمة المحضون ضدها و ألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون"[3].

نستخلص أنه لا يمكن إعتبار جريمة الإمتناع عن دفع الإعانة أو النفقة المقررة قضاء قائمة وثابتة إلا بعد مرور أكثر من(02) شهرين كاملين وبعد أن يكون المكلف بالتنفيذ قد أمهله مدة

---

[1]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص135.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ 2000/01/18، في الملف رقم (229680)،المجلة القضائية ،2001، العدد1،ص 364.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3،المرجع السابق،ص1026.

[3]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ 1998/02/17، في الملف رقم (228139).نقلا عن: نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،المرجع السابق،ص265.

(20)عشرين يوما كاملة ليقوم بالتنفيذ التلقائي، وبعد إثبات الإمتناع بموجب محضر إمتناع يحرره العون المكلف بالتنفيذ[1].

أما فيما يخص تواصل المهلة و إنقطاعها إذا كان المدين يؤدي النفقة بانتظام ثم توقف عن أدائها يثار التساؤل حول ما إذا كان من اللازم أن تكون مهلة(02) الشهرين متصلة أو أنه من الجائز أن تكون منقطعة؟ والمشرع قد التزم الصمت حيال هذه المسالة، يرى بعض الفقهاء أن مهلة (02)الشهرين المطلوبة لا يشترط فيها أن تكون متواصلة ولا أن تكون متقطعة ففي الحالتين تقوم الجريمة، كما في هذا الصدد مسألة بداية حساب مهلة(02) الشهرين هل تحسب من تاريخ تقديم الشكوى أم من تاريخ المتابعة؟ لم يجب القضاء الجزائري على هذا التساؤل أما القضاء الفرنسي فقد تطور موقفه إزاءها حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بادئ الأمر بأن تاريخ تقديم الشكوى هو الذي يؤخذ بالاعتبار لحساب مهلة (02)الشهرين وليس تاريخ المتابعة القضائية ثم تراجعت عن هذا الموقف واستقرت على أن مهلة (02)الشهرين يبدأ حسابها من يوم المتابعة القضائية وليس من تاريخ تقديم الشكوى[2]. وفي كل الحالات تقوم الجريمة بانقضاء مهلة شهرين ولا يهم بعد ذلك إن صدر حكم جديد يقضي بإلغاء الدين الغذائي أو كون المدين استأنف التسديد وأخيرا كون الحكم النهائي القاضي بالطلاق قد منح الحضانة إلى الأب بعد ما كانت مسندة إلى الأم بمقتضى أمر أثناء سير الدعوى، أو كون الدائن بالنفقة قد تنازل عنها أو كون الطرفان الدائن والمدين قد تصالحا فيما يخص النفقة[3].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 بقولها" من المقرر قانونا أنه يعاقب كل من إمتنع عمدا لمدة تجاوز (02)شهرين عن تقديم مبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه وذلك

---

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص181.
[2]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص165.
[3]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص135.

رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم، ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن إمتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أبنائه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته وقدم محضرا يثبت فيه ذلك وأن قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة مازالت في ذمة المطعون ضدها وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون"[1]،وعليه فتقديم محضر يثبت بقاء الأولاد مع أبيهم لا يؤثر على قيام جريمة عدم دفع النفقة.

2. **الركن المعنوي:** ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد.[2]

فهذه الجنحة هي جريمة عمدية تقتضي قصدا جنائيا يتمثل في الإمتناع عمدا عن أداء النفقة مدة تفوق(02) الشهرين شرط عدم الالتزام بما قضى به تبليغ الحكم القضائي بالنفقة تبليغا صحيحا وذلك وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات.

فعدم تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة قصدا يعتبر تحديا للسلطة القضائية وإضرار بمن هو مستحق للنفقة مع الإشارة أنه لو كان للدافع الإمتناع عن دفع النفقة ليس للاستهانة بالحكم القضائي أو عدم الاكتراث به، بل لعذر شرعي مقبول كالإشكال في التنفيذ، أو الخطأ في الحكم مثلا فإن عنصر الإمتناع المتعمد لم يعد قائما وأن الجريمة لم تعد متوفرة العناصر أو الأركان ويمنع عن المحكمة تبعا لذلك أن تقضي بإدانة المتهم ومعاقبته وذلك بسبب عدم توفر نية العمد أو القصد المطلوب لقيام جريمة الإمتناع عن النفقة[3].

وسوء النية مفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة كما يتبين ذلك من الفقرة الثانية من المادة (331)من قانون العقوبات وكما يبدوا أيضا من قبل عبئ الإثبات إذ لا يقع على عاتق النيابة

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ1998/02/17،في الملف رقم (144741).نقلا عن:نبيل صقر،عز الدين قمراوي ،المرجع السابق، ص150.

[2]- بلقاسم سويقات، "الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري"،مذكرة ماجستير في قانون جنائي،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة،2010 -2011،ص104.

[3]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص32.

العامة إثبات توافر سوء النية وإنما يتعين على المتهم إثبات أنه لم يكن سيء النية والإعسار هو السبب الوحيد الذي يمكن قبوله فعلا مبررا لعدم تسديد النفقة ومن ثم لإثبات حسن نية المتهم على أن يكون الإعسار كاملا[1].في نفس السياق، فقد رفض القضاء دفوع من كان يبرر إعساره عن دفع النفقة بكونه كان يعيش هو نفسه عالة على أهله، وكذلك دفوع من كان يحتج بأعباء إضافية ترتبت على إعادته الزواج بامرأة ثانية[2].

وفي القضاء الفرنسي أمثلة كثيرة عن عدم قبول الإعسار عذرا وهكذا لا يؤخذ بهذا العذر إذا كان المتهم محل تسوية قضائية وثبت أن لديه من الموارد ما يكفي لتسديد النفقة كاملة ، وكذا المتهم الذي نظم إعساره، كما رفض لمن ادعى أنه بدون موارد في الوقت الذي يملك سيارة فخمة وينتقل في الطائرة لممارسة حق زيارة أولاده[3].

وخلاصة القول في هذا المجال أن المشرع الجزائري لم يجعل من عنصر العمد في هذه الجريمة عنصرا واجب الإثبات وإنما جعله عنصرا مفترضا لا لزوم لقاضي النيابة العامة ولا لقاضي الحكم البحث عن وجوده وتوفره لتحقيق الإمتناع بقيام جريمة الإمتناع عن النفقة أو الإعانة المقررة قضاء[4].

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء

إن الإمتناع عن أداء النفقة الشرعية عمدا يعتبر جريمة ضد الأسرة متمثلة في جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة، وهي نوع من الإهمال العائلي الذي يرتكبه الشخص ضد أسرته ولكن المشرع الجزائري كان له بالمرصاد، من خلال توقيع الجزاء اللازم و عليه سنتطرق إلى إجراءات المتابعة ثم إلى الجزاء المقرر لهذه الجريمة.

---

[1]-أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص166.
[2]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص136.
[3]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص167.
[4]- عبد العزيز سعد،الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص181.

أولا / إجراءات المتابعة

1. المحكمة المختصة بالفصل في جنحة الإمتناع عن النفقة: حيث يعود الإختصاص بالنظر في هذه الجنحة حسب المادة (3/331) من قانون العقوبات لمحكمة موطن أو محل إقامة المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، وهو خروج عن القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص الاختصاص المحلي، إذ في غير موضوع المادة (331)من قانون العقوبات يعود الاختصاص المحلي للنظر في الجنح إلى المحكمة التي تقع في دائرتها الجريمة أو التي يوجد فيها مقر إقامة المتهم أو التي ألقي فيها القبض عليه مادة(329)من قانون العقوبات،أي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى المطالب بالنفقة.[1]

كما للمستفيد من الإمتياز الذي جاءت به الفقرة الثالثة من المادة (331) من قانون العقوبات وحده الحق في التمسك دون سواه أي بمعنى آخر لا يجوز لأحد عدا المستفيد من النفقة الدفع بعدم الإختصاص إذا توبع المدين أمام محكمة موطنه[2]، وهو ما خلصت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها إذ جاء فيها" إن المشرع أتى بالفقرة الأخيرة من المادة (331) من قانون العقوبات في صالح مستحقي النفقة لأن هؤلاء يكونون في الغالب من العجزة كالزوجة والأولاد وكذلك الوالدين عند كبرهما، وذلك لكي لا يتحتم عليهم التنقل المتعب إلى جهات قضائية بعيدة عن سكناتهم وعلى هذا فلهؤلاء المستفيدين من هذه الفقرة وحدهم الحق في التمسك بهذا الدفع دون غيرهم".وعلى كل حال فإن الإختصاص الذي تشير إليه المادة (331)من قانون العقوبات لا يعمل به إلا في صورة

[1]- عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق، ص108.
[2]- أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق، ص168.

ما إذا كان الدائن يقيم بالجزائر، أما إذا كان يقيم بالخارج فإن الأحكام المستمدة من المادة (329) من قانون الإجراءات الجزائية هي الأولى بالتطبيق[1].

2. لا يشترط في المتابعة تقديم شكوى من طرف الدائن بالنفقة بل يصح لوكيل الجمهورية مباشرة إجراءات المتابعة تلقائيا، بل تعدى الأمر بالمشرع إلى إعتبار أن سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى إنقضاء الدعوى العمومية بإعتبار أن الشكوى ليست شرطا للمتابعة وهذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 1998/07/21 بقولها" من المقرر قانونا أنه تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة"، ولما ثبت في قضية الحال أن الجريمة تتعلق بجنحة عدم دفع النفقة وأن سحب الشكوى أو التنازل عنها في قضية الحال لا يفضي إلى إنقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للتنفيذ علما أنه عند مراجعة أوراق الملف تبين أن الطرف المدني لم يسحب شكواه بل طالب بتأييد الحكم المستأنف فيه[2].

ومن ثم فإن نعي الطاعن على الوجه المثار في غير محله مما يستوجب رفض الطعن".

كما يصح للطرف المضرور أن يتأسس طرفا مدنيا في الدعوى القائمة طبقا للأحكام العامة للمطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار التي لحقته من جراء إمتناع مدينه عن التسديد[3]، لكن يتعين لإمكانية قبول الإدعاء المدني أمام المحكمة الجزائية من أجل طلب التعويض عن الضرر الناتج عن دفع النفقة أن تلزم المدعي مراعاة الإجراءات الواجب إتباعها والمنصوص عليها في المواد (240) وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بطرق تأسيس المضرور كمدعي مدني وبأوضاع الطلب ولاسيما ما نصت عليه المادة (242)من ذات القانون من أنه إذا حصل

---

[1]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص137.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ 1998/07/21،في الملف رقم(164848)،المجلة القضائية،1998، العدد2، ص150. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2،المرجع السابق،ص919.

[3]- مكي دردوس،المرجع السابق ، ص137.

تأسيس المضرور كمدعي مدني بالجلسة فإنه يتعين عليه أن يعلن عن تأسيسه للمطالبة بالتعويض قبل أن تبدي النيابة العامة مرافعتها في الموضوع وإلا فإن الطلب بعد ذلك سيكون غير مقبول[1].

3. تكتسي هذه الجريمة طابع الجريمة المتتالية الذي يجعلها تختلف في عناصرها عن الجريمة التي سبقتها والتي صدر فيها حكم وهكذا قضت المحكمة العليا " بأن جنحة عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة ومن ثم فإن المتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب الأداء"[2].

4. ولإثبات جريمة الامتناع عن تسديد النفقة بقصد متابعة المحكوم عليه وتسليط العقاب عليه يتحقق ذلك بوجود ثلاث أمور حددها القانون وهي:

- وجود نسخة من حكم قضائي وطني أو أجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه[3].
- نسخة من محضر تبليغ المعني وإعطائه مهلة (20)عشرين يوما المحددة إذا لم يكن الحكم معجل النفاذ وهذا ما ذهبت إليه الممارسات القضائية، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 23 نوفمبر 1982 أنه" إذا كان مؤدى نص المادة (331) من قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من إمتنع عمدا أو لمدة تجاوز(02) شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاءا لصالح من حكم لهم بها، فإنه يشرط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ قانونيا الحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"[4].
- محضر الإمتناع محرر من المحضر القضائي يثبت فيه مرور(02) شهرين أو أكثر من تاريخ إستحقاق الدفع، وفي هذا الشأن إعتبرت المحكمة العليا أن عدم وجود محضر الإمتناع عن التنفيذ ضمن الملف يؤدي إلى بطلان المتابعة على أساس جنحة عدم تسديد النفقة وهذا في قرارها

---

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص195.
[2]- أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص167.
[3]- عبد الباقي بوزيان،المرجع السابق، ص177.
[4]-المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص ، قراربتاريخ 1982/11/23،في الملف رقم (23194).نقلا عن: أحمد لعور، نبيل صقر،الدليل القانوني للأسرة،دار الهدى،الجزائر،2007 ،ص198.

المؤرخ في 11/18/ 2000 بأنه" يتعرض للنقض القرار الذي أدان المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة دون أن يكون ضمن أوراق ملف الدعوى محضر الإلزام بالدفع وعدم الإمتثال لما قضى له"[1].

- وجوب تقديم وثيقة مستخرجة من كتابة الضبط بالجهة القضائية التي أصدرت الحكم تتضمن بيانا بعدم الطعن في هذا الحكم بالمعارضة أو الإستئناف.

وعليه فإذا توافرت هذه الوثائق فإنها تشكل دليل إثبات للامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء، وتستوجب إدانة المتهم والحكم عليه وفقا لما هو منصوص عليه في القانون[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 1996/06/30 حيث جاء في قرارها" تنقضي جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء بتوافر الشروط الآتي بيانها التي يتعين إبرازها في قرار الإدانة:

- وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة للزوج أو الأصول أو الفروع.
- أن يكون السند القضائي قابلا للتنفيذ.
- القيام بإجراءات التنفيذ.
- أن يمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاءا لمستحقيها لمدة تفوق الشهرين[3].

ثانيا / الجزاء

عقوبة الجاني في جريمة الامتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقررة بموجب حكم قضائي هي يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث(03) سنوات وبغرامة من 50.000إلى 3000.000 دج.وعلاوة عن ذلك يجوز الحكم على المتهم كعقوبة تكميلية بالحرمان من الحقوق الوطنية وذلك من(01) سنة إلى (05) سنوات وذلك حسب ما ورد النص عليه في المادة (332)

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ2000/11/18،في الملف رقم (229680)،المجلة القضائية، 2001، العدد1 ،ص364.نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص442.

[2]- عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص27-28.

[3]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ1996/06/30، رقم قرار 132862،غير منشور،نقلا عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية،الطبعة الثانية ،الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر،2001، ص128.

من قانون العقوبات، "ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين (330) و(331) بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى(05) خمس سنوات على الأكثر".

أما ما يتعلق بتشديد عقوبة هذه الجريمة فإن من الواجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم عقوبة العود والمنصوص عليها في المواد (54 مكرر) وما بعدها من قانون العقوبات، أما بشأن التقادم أو سقوط الدعوى يسبق الفصل فيها فإن جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء لأحد الزوجين أو لأحد الأصول أو الفروع أو الأقارب تعتبر من الجرائم المتجددة التي يتكرر قيامها بتكرر الإمتناع عن تسديد النفقة خلال الأجل المناسب[1].

هذا فيما يتعلق بعقاب المشرع عن فعل الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء حماية للطرف الدائن بها ألا وهي المطلقة الحاضنة للأبناء، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إجتهادها " تبقى الجريمة قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون تحت كفالته ذلك أن النفقة الغذائية واجبة الدفع للوالدة التي تمارس الحضانة على الأطفال بموجب حكم مدني"[2].

ولبسط حماية أكثر على المحضون قضت المحكمة العليا بمنح صفة التقاضي في دعوى عدم تسديد النفقة المقررة قضاءا بصفته مباشرة بعد بلوغه سن الرشد، وذلك بتقديم الشكوى طبقا لأحكام المادة (337 مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية وتكليف المتهم مباشرة أمام المحكمة إذا قررت المحكمة العليا بأنه" لا يمكن إدانة شخص من أجل جنحة عدم تسديد النفقة بناء على شكوى من طرف أم المحضون في حين أن المحضونة بلغت سن الرشد وليست للأم الصفة

[1]- عبد العزيز سعد،الجرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة،المرجع السابق ، ص188.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ1998/02/17،في الملف رقم(144741)،المجلة القضائية، 2003، العدد4،ص232 .نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص442.

والمصلحة وإذا حدث ذلك يعد خرقا للمادة (337 مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية والمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية"[1].

ملخص الفصل الأول

نستخلص مما سبق أن مصلحة المحضون هي التي يجب أن تغلب في أحكام القضاء فيما يخص إسناد الحضانة أو تمديدها أو إسقاطها و ذلك بالاعتماد على التحري عن الأشخاص الأقرب للطفل و أكثر شفقة عليه و حرصا على تربيته و تأديبه،ومن ثمة فالمعيار الأساسي في اختيار مستحقي الحضانة هو مصلحة المحضون ،وما الترتيب الوارد في المادة (64)من قانون الأسرة إنما هو الموجه للقاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة و المؤهلين لها،مع وجوب البحث على إمكانية تحقق مصلحة المحضون من خلال ما هو معروض على القاضي من معطيات و أدلة ،و أن تقدير تلك المصلحة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لتقدير القاضي ،الأساس الذي ينبغي عليه تعليل قراره تعليلا واضحا ،فالمصلحة تعتبر هنا المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه،و تبقى الصلاحية للقاضي في تقدير ذلك.

ونظرا للأهمية التي يحظى بها المحضون في قانون الأسرة الجزائري و التي يعمل القضاء على تكريسها في الواقع بما لا يتعارض وظروف المحضون، حرصا لمشرع الجزائري على توفير حماية جنائية لهذا الحق عن طريق تكريسها من خلال النصوص القانونية التي تعاقب على

---

[1]- المحكمة العليا،غرفة الجنح ،قرار بتاريخ2002/07/02،، في الملف رقم (269321)،المجلة القضائية 2003، العدد2ص366. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3،المرجع السابق،ص1026.

الجرائم التي تمس بمصلحة المحضون و الهدف منها ردع مخالفي الأحكام الصادرة في شأن الحضانة ،وهذا من شأنه تعزيز مكانة المحضون و حقوقه.

الفصل الثـــاني

إشكـــالات الحضانة و طـــرق حلـــها

إن حرص المشرع على حماية المحضون و رعايته و المحافظة عليه يستتبعه بالضرورة بإرساء قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة ،و تنظيم حقوقه من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة ،وحماية المحضون التي لا تتوجه نحوه مباشرة بل تتعداه إلى الحاضنة أو الحاضن الذي سيشرف على أمور المحضون ويعيد توازنه لسد النقص الناتج عن تصدع العائلة و انحلالها حماية لمصلحة المحضون.

كما أولى المشرع عناية كبيرة لحماية حقوق الطفل وضمان احترامها والسعي إلى تحقيق مصلحته من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها مخالفة أحكام الحضانة خاصة و أن الكثير من الآباء و الأمهات لا يعيرون للأحكام القضائية أي اهتمام،لاسيما الصادرة بشأن حضانة أولادهم و ما يتعلق بها كحق الزيارة، فالوالد الذي لم تسند له الحضانة ولده يمتنع عن تسليم القاصر للوالد الآخر الذي حكم له بالحضانة،أو يسعى لخطفه وإخفائه أو إبعاده والدافع هنا انتقامي فتجريم هاته الأفعال يضع حدا للطرفين .

و بالرغم من وضع الضوابط القانونية و حرص القضاة على تطبيقها تطرح الحضانة بعلاقاتها بأطرافها عدة مسائل تطبيقية واقعية تتعلق بالمحضون كالحضانة في حالة الأزواج مختلفي الجنسية حيث تعد مسألة الطلاق في الزواج المختلط من المسائل التي تثير إشكالات على المستوي الواقعي خاصة ما تعلق منها بكيفية ممارسة الحضانة وضمان حق الزيارة و التنقل بين الأبوين(المطلب الأول)، بالإضافة إلى الالتزام الذي يقع على عاتق الحاضن وهو رقابة المحضون باعتباره تحت

رعايته فالرقابة واجبة عليه مراعاة لمصلحته لكن متى تقوم مسؤوليته عن الأفعال التي يرتكبها المحضون(المطلب الثاني) ،وما هو أساس الحماية القانونية التي يتمتع بها المحضون(المطلب الثالث).

المبحث الأول

الحضانة في الزواج المختلط

مع التطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة تنقل الأفراد من منطقة اعتادوا الإقامة بها إلى منطقة أخرى لأسباب متعددة، أصبح بذلك الأشخاص المقيمين عبارة عن مزيج مابين مواطنيها ورعايا الدول الأخرى فيترابط هؤلاء الأجانب مع أبناء الدولة بعلاقات قانونية مختلفة مالية و اقتصادية وحتى اجتماعية نجم عنها ارتباط الأفراد مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج، باعتباره حق من الحقوق المدنية التي نصت عليها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

إلا أن اختلاف الثقافات والحضارات ساهم بشكل جلي في عدم التوافق وعدم إنسجام تلك العلاقات الزوجية المختلطة وازدياد الخلافات، مما يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية وزعزعت كيان الأسرة وضياع الأولاد لأنهم يقعون ضحية للخلافات الناتجة عن انفصال الزوجين ومنها النزاعات المتعلقة بشأن الحضانة.

لذا حرصت أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري، إلى وضع حلول للمشاكل التي تعتري الحضانة في حالة انحلال الزواج المختلط والعمل على تحقيق أحسن حماية للأطفال، وحرية التنقل بين البلدين عن طريق إبرام اتفاقيات، ومنها الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية والتي تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال، الموقع عليها في الجزائر يوم 1988/06/21 والمصادق عليها بالمرسوم رقم (144/88) ليوم 1988/07/26، وجاءت هذه الاتفاقية رغبة من البلدين في دعم التعاون القضائي في هذا الشأن.

وعليه سنخصص هذا المبحث لدراسة الزواج المختلط في المطلب الأول وإلى انحلاله في المطلب الثاني مبينين إشكالات الحضانة باعتبارها أثر من آثار انحلال الزواج المختلط وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول

الـــــزواج المختلــط

لاشك أن الزواج هو أساس الأسرة ومن أهم مظاهر الحالة المدنية للشخص الطبيعي، ويعتبر الزواج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة التي تتعدد فيها المسائل القانونية، وتثور بصددها مسألة تنازع القوانين ومن ثمة صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها، فالزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف وجهة نظر الأنظمة القانونية المختلفة في مفهوم الزواج، إذ نجد البعض منها تجيز الزواج بأكثر من امرأة واحدة في المجتمعات الإسلامية في حين لا يجوز ذلك في أنظمة أخرى[1].

ولما كان الزواج على هذا النحو من الأهمية فإن المشرع الجزائري قد وضع قواعد إسناد تحكمه من حيث إنشاءه وآثاره وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط، أما الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط.

[1]- عبد الكريم بلعيور، محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار هومة الجزائر، 2009، ص81.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

نتعرض أولا للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، وثانيا نتناول القانون الذي يسري على الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط.

أولا / القانون الساري على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

يعتبر الزواج من أكثر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إثارة لتنازع القوانين، وهذا نظرا للاعتبارات الاجتماعية والدينية المتباينة التي تحيط به، فالعلاقات الزوجية المشتملة على عنصر أجنبي يصعب تحديد القانون المطبق عليها خاصة إذا أستبعد تطبيق القانون الوطني عليها لأنه بتطبيق القانون الوطني على هذه العلاقات يؤدي إلى الإضرار بأطرافها، و انتفاء العدالة، لهذا وجب تحديد القانون الملائم لحكمها.

وتشترط مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري لانعقاد الزواج صحيحا توفر شروط أساسية وهي تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها، فإن الإشكال يثار بشأن القانون الذي يحكم هذه العلاقات في جانبها الموضوعي إذا انعدم الزواج ما بين طرفين مختلفين في الجنسية.

1. مبدأ خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكلا من الزوجين

المقصود بالشروط الموضوعية تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة إنعدامها، إذن هي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[1]، ومن هذه الشروط ما نصت عليه قانون الأسرة في المادة (9) منه والتي جاء فيها" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" والمادة (09 مكرر) بنصها" يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،

[1] - عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص83.

الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، والمادة (07مكرر)منه " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، ثم المادة (23)من ذات القانون" يجب أن يكون كل من الزوجين الخلو من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"، ويستخلص من هذه المواد أن شروط عقد الزواج الرضا والأهلية، الصداق، وشهود، وولي، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية و الشهادة الطبية ،يجب أن تتوافر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية، وفي هذا الشأن قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1975/04/21 بأنه" من المقرر قضاء أن العشرة و المساكنة لا تعتبر دليلا على قيام الزوجية، وأن العلاقة الزوجية لا تثبت إلا إذا توفرت شروطها الأساسية[1]، وفي قرار آخر قضى بأنه" من المقرر فقها و قضاءا بأنه يعتبر كل زواج صحيحا إذا توفرت فيه أركانه الشرعية، ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وترتبت عليه آثاره وكافة الحقوق"[2].

أما فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فالتشريعات تختلف في إختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم الشروط الموضوعية للزواج المختلط.

الإتجاه الأول: يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين، ومن ذلك القانون الإنجليزي وبعض القوانين الدول الإسكندنافية.

الإتجاه الثاني: يسندها لقانون محل إبرام الزواج من غير تمييز بين الشكل والموضوع، وهو الحل المعتمد في القانون الأمريكي وقوانين بعض دول أمريكا اللاتينية[3].

---

[1]-المجلس الأعلى للقضاء،غرفة القانون الخاص،قرار بتاريخ1975/04/21، في الملف رقم (12529)،غير منشور. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص55.

2-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 12 /1982/11،في الملف رقم (28784)، نشرة القضاة 1986،العدد2،ص32. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق، ص174.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري" مقارنا بالقوانين العربية"،(تنازع القوانين) ،الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 149-150.

الإتجاه الثالث: يسندها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين كالقانون الفرنسي والألماني، وقوانين الدول العربية.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (11) من القانون المدني الجزائري المعدلة[1]بإخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، ويظهر ذلك من خلال المادة(11) من القانون المدني التي تنص على أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكلا من الزوجين" وتجدر الملاحظة أن النص القانوني قبل تعديله[2]، صياغته قد كانت معيبة إذ تضمن الشروط الخاصة بصحة الزواج والمقصود من ذلك الشروط الموضوعية حتى يستقيم النص، ويؤدي المعنى المطلوب، وقد عدلت هذه الصياغة في التعديل الجديد، وبهذه الصياغة الجديدة لم يعد هناك غموض لأنها حددت الفكرة المسندة بصفة واضحة ودقيقة وهي الشروط الموضوعية لصحة الزواج[3].

وتطبيقا لهذا المبدأ فإنه إذا كان الزوجين من جنسية واحدة يطبق القاضي على زواجهما قانون جنسيتهما المشتركة، أما إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فهنا يجد القاضي صعوبة في كيفية تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين خاصة إذا كانت الشروط الموضوعية مختلفة في قانون كلا منهما.

ولتحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة التي يكونا فيها مختلفي الجنسية ظهر اتجاهان فقهيان، الإتجاه الأول يدعو إلى تطبيق قانون الجنسية تطبيقا جامعا، و الاتجاه الثاني يدعو إلى تطبيق قانون الجنسية تطبيقا موزعا.

---

[1]- القانون رقم (05-10)المؤرخ في 13جمادى الأول عام 1426هـالموافق 20يونيو سنة 2005م المعدل و المتمم للأمر رقم (75-58)المؤرخ في 20رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ،العدد(44) ، السنة26 يونيو2005م.

[2]- المادة (11)من القانون المدني قبل التعديل" الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين".

[3]-عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص84.

الاتجاه الأول / التطبيق الجامع

إتجه الفقهاء التقليدين إلى أنه لما كان المقصود من الإسناد هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها، وتلافي قيامها صحيحة في نظر قانون دولة أحد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون دولة الزوج الآخر، فإن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اعتبر كذلك وفقا للقانونين، وهو ما لا يتحقق إلا باستيفاء الزوج شروط الزواج في قانونه وفي قانون الزوجة، و استيفاء الزوجة شروط الزواج في قانونها وفي قانون الزوج، بمعنى أنه يجب إدماج أحكام كلا من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة[1]، فالقانون الإسباني مثلا يمنع الزواج من مطلقة أجنبية والقانون السويدي يمنع الزواج بسبب الإصابة بأمراض معينة، فالتطبيق الجامع يؤدي إلى العمل به وإن لم ينص عليه في قانون الزوج الآخر[2].

ولكن هذا الإتجاه منتقد من الناحية العملية ويكاد يكون التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوج والزوجة مستحيلا[3]،وعسير التطبيق عمليا ويؤدي إلى التضييق من حالات إنعقاد الزواج المختلط صحيحا[4].

الاتجاه الثاني / التطبيق الموزع

ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بقانون كلا من الزوجين من أن تتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به المنصوص عليها في قانونه الوطني[5].

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية2007، ص216.

[2]- حسن الهداوى، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة) الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص107.

[3]-عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص93.

4- الطيب زروني، المرجع السابق، ص150.

[5]-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، سنة2008، ص567.

بمعنى تطبيق قانون كل من الزوجين بشكل موزع وليس جامعا، بحيث يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن تتوافر في كلا من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني، دون الأخذ بعين الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر من شروط موضوعية، باعتبار أن قانون كل دولة موضوع لحماية مواطنيها.

ولنوضح الفرق بين أعمال التطبيق الجامع والموزع بالمثال التالي: فإذا كان ارتباط الزوج برابطة زوجية سابقة يعتبر مانعا من موانع الزواج في قانون الزوجة دون أن يكون كذلك في قانون الزوج فإن التطبيق الموزع للقانونين لا يمنع من انعقاد الزواج صحيحا، ولكن التطبيق الجامع لهما يؤدي إلى عدم صحة هذا الزواج فزواج الإسباني من أجنبية مطلقة يعتبر صحيحا إذا أخذ بالتطبيق الموزع بينما يعتبر باطلا إذا أخذ بالتطبيق الجامع[1].

ورغم ترجيح هذا التطبيق الموزع لابد أن نميز بين الشروط التي لها صفة فردية والشروط التي لها صفة مزدوجة.

فالشروط التي لها صفة فردية هي تلك الشروط التي تتعلق بشخص أحد الزوجين ولا يثير بشأنها التطبيق الموزع أي صعوبة كشروط السن والأهلية والتراضي، أما الشروط المزدوجة فهي تلك الشروط التي تتعلق بأحد الزوجين كالقرابة، فالقاعدة التي تمنع الزواج بين الخال و إبنة أخته لا تأخذ بعين الاعتبار الصفة الشخصية لأي منهما كالسن والرضا، ولكنها تنظر إلى رابط سابق الوجود بينهما، فلا يكون الزواج قائما إلا إذا كان القانونين الوطنيين يلغيانه فلا مفر من تطبيق القانون الجامع بشأنهما[2].

---

[1]-حسن الهداوي، المرجع السابق، ص108.

[2]- بيار ميار، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص،(ترجمة علي محمود مقلد)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة1429-2008،ص 508.

وفيما يخص موقف المشرع الجزائري من القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، فمن خلال نص المادة (11)من القانون المدني والمادة (97)[1]من الأمر المتعلق بالحالة المدنية والتي تنص على" ألا يكون الجزائري مخالف لشروط الأساس التي يتطلبها قانون الوطن لكي يتمكن عقد زواجه" وعليه فالمشرع يقضي بخضوع الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين وفقا للتطبيق الموزع، غير أن التطبيق الموزع بالنسبة إلى موانع الزواج باعتبارها شروطا موضوعية لا يطبق عليها التطبيق الموزع بل تخضع للتطبيق الجامع بالنظر إلى خطورتها[2].

أما موقف التشريعات الأخرى من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، ومنها المشرع التونسي، حيث أخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة، وذلك في الفصل (45) من الباب الثالث منه المتعلق بحقوق العائلة وسمى هذه الشروط بالشروط الأصلية، وعليه فالمشرع ينص صراحة على الأخذ بالتطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين[3].

أما القضاء المصري يطبق بشأن الشروط الموضوعية الإيجابية كسن الزواج وصحة الرضا وهذه يكفي فيها التطبيق الموزع، أي يكفي أن يكون كلا من الزوجين قد بلغا سن الزواج في قانون وأن يكون رضاؤهما قد صدر صحيحا وفقا لقانونه، والشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج

---

[1]-القانون رقم(05 / 07)المؤرخ في2007/05/13، المعدل والمتمم للأمر رقم(85/75)المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن قانون الحالة المدنية،الجريدة الرسمية، عدد (31) ، الصادرة في2007/05/13.

[2]- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص93.

[3]- نص الفصل (45) من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص" تخضع الشروط الأصلية للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة"، قانون(98-97) الصادر في 27 نوفمبر1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، جريدة رسمية رقم 96 لسنة 1998.

مثل القرابة من درجة معينة أو ارتباط المرأة بزواج سابق لم ينص، وهنا يجب أن يرجع فيها إلى فكرة التطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كل من الزوجين[1].

2. الاستثناء الوارد على مبدأ خضوع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين

أورد المشرع إستثناء على القاعدة العامة التي حددتها المادة (11) من القانون المدني على أنه "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وفقا للتطبيق الموزع وقد جعل المشرع الاختصاص في هذا الشأن استثناءا للقانون الجزائري وحده وهو ما نصت عليه المادة (13) من القانون المدني الجزائري بقولها" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11)،(12) إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد، وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي، فمثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني والقانون الإسرائيلي مثلا)، ومثال الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم ومع ذلك تستثنى المادة (13) السابقة مسألة واحدة من إختصاص القانون الجزائري وهي شرط الأهلية التي تظل محكومة بالقانون الوطني لكل من الزوجين[2].

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

إن تحديد ما يعد من الشروط الشكلية بالنسبة لإبرام عقد الزواج هو مسألة تكييف تخضع إلى قانون القاضي وبالتالي القانون الجزائري هو المختص في مسألة التكييف إذا رفع النزاع أمام القضاء الجزائري، لأن ما يعتبر شكلا في قانون قد لا يعتبر كذلك في قانون آخر.

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص218.
[2]-الطيب زروتي، المرجع السابق، ص152.

1. **المقصود بالشروط الشكلية:** هي تلك الأوضاع اللازمة لإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي وكذلك كل الأوضاع الضرورية لإثبات التصرف وعلانيته، بل هي بعبارة أخرى كل القواعد والإجراءات التي تتصل بالزواج من حيث شهره وتحريره وحضور الشهود فيه وإثباته وإعطاء الوكالة فيه، فكل هذه المسائل القانونية التي تتصل بهذه الأوضاع المختلفة لعقد الزواج تعد شروطا شكلية[1].

2. **القانون الذي يحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط:** يخضع الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية وهي قاعدة "لوكيس"[2] الواردة في المادة (19) من القانون المدني والتي تنص على أنه "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونيهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية" وهذا ما أكدته إتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج و الاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس1978 والتي دخلت حيز النفاذ إبتداءا من أول ماي 1991 والتي أشارت في المادة (02)منها إلى خضوع الشروط الشكلية لمكان إبرامها.

وقد أخذت بهذا الإتجاه الدول الأوربية كفرنسا وإيطاليا والنمسا اليونان، تشيكوسلوفاكيا، ألبانيا، تركيا، إنجلترا وأمريكا[3]، كما أخذت به التشريعات العربية كالقانون التونسي والجزائري، وفي هذا الإطار نتولى شرح القواعد العامة في شكل الزواج من خلال التفرقة بين إبرام الزواج في الجزائر وإبرام الزواج في الخارج.

أ. **زواج الأجانب في الجزائر:** جاء في نص المادة (71) من الأمر المتعلق بالحالة المدنية "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي

---

[1]- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص54.
[2]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص153.
[3]- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 204.

الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر على الأقل، إلى تاريخ الزواج وتطبق هذه المهلة على المواطنين" وجاء في نص المادة 21 من قانون الأسرة " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

وعليه أصبح زواج الأجانب من الأجنبيات الذين يرغبون في إبرام عقود زواجهم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري، تطبيقا لأحكام المادة 19 من القانون المدني التي تخضع أشكال العقود بين الأحياء إلى الأشكال الواجبة الإتباع في البلد الذي أبرمت فيه[1].

ومعنى ذلك أنه يحق للأجانب عقد زواجهم إذا كان لأحد الزوجين المقبلين على الزواج إقامة في الجزائر منذ شهر(01) على الأقل ففي هذه الحالة يعقد الزواج وفقا للقانون الجزائري باعتباره تم في الجزائر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي، فالمادة (71) قانون الحالة المدنية تورد قيدا وحيدا على اختصاص أعوان الحالة المدنية في هذا الشأن وهو ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحداهما لمدة(01) شهر على الأقل قبل الزواج في دائرة اختصاص ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يبرم العقود[2].

ب. **الزواج المبرم في الخارج**: أشارت إليه المادة (97) من قانون الحالة المدنية الجزائري الصادرة بموجب الأمر رقم (70-20) إلى أن عقد الزواج الذي يبرم في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا وقع حسب الأشكال المقررة في هذا البلد و شريطة ألا يخالف الجزائري منهما الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكانية عقد الزواج[3].

---

[1]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 166.
[2]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 157.
[3]- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1995،ص132.

3. الاستثناء الوارد على مبدأ خضوع الشروط الشكلية لمحل الإبرام

جاء في نص المادة (96) من قانون الحالة المدنية " أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية" وعليه فالجزائريين الذين يقيمون في البلاد الأجنبية لهم حق الاختيار بين أن يتوجهوا إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة لإبرام عقود زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وبين أن يتوجهوا إلى الهيئات المحلية المختصة بتحرير عقود الزواج لإبرام عقود زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون المحلي للبلد الأجنبي[1].

وبالرجوع إلى المادة (10) من القانون المدني التي تنص في الفقرة الأولى على أنه" تسري القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليهم على الجزائريين ولو كانوا يقيمون في بلاد أجنبية"، وبالرجوع للمادة (105) من قانون الحالة المدنية التي تنص على أن "الأعوان الدبلوماسيين يحررون طبقا لأحكام هذا الأمر عقود الحالة المدنية الخاصة بالمواطنين الجزائريين" وبالتالي سيخضعون إلى تطبيق القانون الجزائري في كل ما يتعلق بالشروط الشكلية والموضوعية.

أما الاستثناء الوارد على هذا المبدأ بصفة نسبية فهو ما ورد في النص عليه في (97/الفقرة3) من قانون الحالة المدنية التي أشارت إلى أنه إذا كانت الزوجة أجنبية التي يريد أن يتزوج معها المواطن الجزائري لا تحمل جنسية بلد إبرام العقد أو بلد المضيف فإن هذا الزواج لا يتم في البلاد التي تتحدد إلا بموجب مرسوم، وبما أن هذا المرسوم لم يصدر بعد ينبغي إذا تطبيق المبدأ العام المكرس في المادة (19) من القانون المدني.

[1]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص168.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط

سنخصص هذا الفرع لدراسة مضمون آثار عقد الزواج(أولا) ثم القانون الواجب التطبيق عليها (ثانيا).

أولا / مضمون آثار عقد الزواج

1. **الآثار الشخصية:** من المعلوم أن رابطة الزوجية ترتب في مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات سواء بالنسبة للزوج أو بالنسبة للزوجة، وهذه الحقوق والواجبات قد تكون ذات صبغة شخصية[1]، كالمساكنة والوفاء والمساعدة والمهر والإنفاق[2]، ومن هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين تلك المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري والوارد ذكرها في المادة (36) منه بنصها "يجب على كل الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة و المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.."

2. **الآثار المالية:**وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع بالنظام المالي للزوجين الذي يبين واجبات كلا منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها و الإنتفاع بها ويعطى للزوج حق إدارتها في قوانين بعض الدول خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الإستقلال المالي للزوجين[3].

---

[1]-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص138.

[2]- فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي"،الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص205.

[3]-غالب علي داودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان ،2001، ص.106

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فكان يقر حرية تصرف المرأة في مالها ويتبنى مبدأ الاستقلالية و انفصال الأموال وذلك حسب ما نصت عليه المادة (38) من قانون الأسرة قبل التعديل(الملغاة)بنصها " للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها".

أما بعد التعديل فقد أجازت المادة (37)من قانون الأسرة للزوجين بأن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما.

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

أخضع المشرع الجزائري الآثار المالية والشخصية في المادة(12 /الفقرة الأولى) من القانون المدني المعدلة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، حيث تنص المادة (12) من قانون المدني على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وإذا كان الأصل هو خضوع آثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فإن الإستثناء من هذا الأصل يطبق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائري وقت إنعقاد الزواج وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية بهذا الاستثناء[1].

المطلب الثاني

انحلال الزواج المختلـــط

يشكل إنحلال الزواج ظاهرة إجتماعية خطيرة نتيجة لما يترتب عليه من آثار وخيمة على أطراف العلاقة المنحلة خاصة إذا كان أحد طرفي العلاقة المنحلة عنصرا أجنبيا أو كلاهما، إذ يطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة بحكم المسألة محل

[1]- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص249.

النزاع، ويزداد الأمر تعقيدا حول مسألة حضانة الأولاد التي لا تثور غالبا إلا عند وقوع الفرقة بين الوالدين و انعدام الحياة الزوجية بينهما[1]، وسنتعرض في هذا المطلب للقانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في الفرع الأول، والحضانة باعتبارها أثرا من آثار انحلاله من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

أولا / حالات انحلال الزواج

تختلف طرق إنهاء الرابطة الزوجية و انحلالها من قانون لآخر ففي القانون الإسباني سابقا قبل تعديل (1982) وبعض قوانين أمريكا اللاتينية لا ينتهي الزواج إلا بالوفاة، وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاؤه بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالات معينة بناء على طلب الزوجة.

وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات نظاما آخر لا تعرفه التشريعات العربية يسمى "بالإنفصال الجسماني أو التفريق البدني" séparation de corps "[2].

وهو نظام تقره القوانين الغربية كما في فرنسا وإنجلترا وألمانيا وأمريكا ويؤدي إلى انقطاع التعايش و انفصال الحياة المشتركة بين الزوجين دون أن يترتب على ذلك إنتهاء العلاقة الزوجية

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولى الخاص،الجنسية و الموطن ومعاملة الأجانب و التنازع الدولى للقوانين و المرافعات المدنية الدولية ، الطبع الأولى ، دار النهضة العربية،القاهرة، 2008، ص872-873.

2- أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله (دراسة مقارنة)،مذكرة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق ،جامعة تلمسان،2007- 2008، ص244.

في الحال إلا بعد مضي مدة على الانفصال، وصدر قرار قضائي بذلك فمثلا يعتبر الانفصال الجسماني المستمر لخمس سنوات مبررا للطلاق النهائي بحكم يصدر من المحكمة[1].

أما إنحلال الزواج في القانون الجزائري فحسب نص المادة (47) من قانون الأسرة" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" وتنص المادة (48)من ذات القانون "مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من هذا القانون"

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج المختلط

أسند المشرع الجزائري مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق و الانفصال الجسماني وذلك حسب نص المادة (12 الفقرة 2)منه " ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

غير أن المشرع قد أورد استثناءا في المادة (13)من نفس القانون متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي يكون فيها أحد أطرافها جزائريا، يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده بدلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة وقت النطق به أو قانون جنسية الزوج بالتطليق أو التفرقة الجسمانية عند رفع الدعوى، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 1992/10/27 بقولها" من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي، ولما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان

[1]- غالب علي داودي، المرجع السابق، ص106.

مؤقتا في بلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه[1].

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 بقولها"لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية"[2]

الفرع الثاني: الحضانة كأثر من آثار الزواج المختلط

يحضا المحضون باهتمام كبير بدأ من الأسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها على المستوى المحلي[3]، وانتهاءا بالاتفاقيات الدولية المبرمة بهدف التقليل من الإشكالات العملية المطروحة أثناء ممارسة حق الحضانة خاصة بانحلال الرابطة الزوجية في حالة الزواج المختلط وذلك بوضع تدابير فعالة ووسائل كفيلة لحماية المحضون ووضع ضمانات لممارسة حق الحضانة.

ونظرا لأهمية الحضانة ومكانتها في حياة المحضون سعت الدول جاهدة لتنظيمها بموجب قوانين داخلية، بل ومن خلال إبرام اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها، وفي هذا سنحاول التطرق للحلول على الصعيد الوطني ثم الحلول على الصعيد الدولي.

---

[1]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/10/27، في الملف رقم(86305)، المجلة القضائية، 1995 العدد 1، ص123.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق ص795.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2008/03/12،في الملف رقم(402333)،مجلة المحكمة العليا، 2008 العدد 1، ص257.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1440.

[3]- خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية، المرجع السابق، ص9.

أولا / الحلول على الصعيد الوطني

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن إنحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الإهتمام والرعاية به وبشؤونه، ومن هنا عدت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية للطفل وهو ما أثر إيجابا على التشريعات الوضعية[1]، بإعتبارها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية وإهتمام[2]، لهذا أولتها التشريعات بالاهتمام فنظمها المشرع الجزائري من المادة(62) إلى المادة (72) من قانون الأسرة، والحضانة كغيرها من علاقات الأحوال الشخصية تتعلق بحالة الإنسان ومن ثم فإن أطرافها هم محورها فإذا ثار النزاع حولها بين طرفين مختلفي الجنسية[3]، فهنا تثار الكثير من التساؤلات عن طبيعتها القانونية وعن القانون الذي يحكمها وأهم المسائل التي تطرح أمام القاضي المختص المتعلقة بانتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني.

1. التكييف القانوني للحضانة

غالبا أن لا تثار مشكلة الحضانة بين والدين وطنيين كانت تربطهما علاقة الزوجية و انحلت، إذ تكون المسؤولية مشتركة بين الوالدين إلا أن الحضانة قد تكون سببا للخلاف والتقاضي عند وقوع الطلاق أو الانفصال ما بين الأبوين، وتزداد المشكلة صعوبة إذا ما إختلفت مواطن الأطراف وجنسياتهم إذا يلزم عندئذ الرجوع إلى قاعدة من قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا بعد وصف هذه العلاقة التي تباينت حولها التكييفات، وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

---

[1]- باديس ديابى، المرجع السابق، ص49.

[2]- كمال لدرع،" مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة" ، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد رقم1، 2001، ص44 .

[3]- صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص268.

أ. **إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الزواج:** إتجه أنصار تكييف الحضانة كأثر من آثار الزواج إلى أنه يتعين إخضاع حضانة الصغار للقانون الذي يحكم هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزوج الأب،رب الأسرة وقت إبرام عقد زواجه، لاسيما إذا ما كنا بصدد نزاع بشأن الحضانة غير مرتبط بدعوى التطليق أو الانفصال[1]، ومن ثم فليس هناك ما يدعوا إلى عدم التسليم باختصاص القانون الشخصي الذي يحكم من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية.

ب. **إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزوجية:** اتجه أنصاره القول بأن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج الرابط بين الحضانة وآثار الطلاق والتطليق و الانفصال على النحو الذي يبرر إخضاعها لقانون واحد هو القانون الشخصي للزوج، الأب أي قانون الجنسية وقت رفع الدعوى[2]، ويذهب اتجاه رائج في القضاء والفقه الفرنسي والمصري والإنجليزي والأمريكي إلى إخضاع الحضانة للقانون واجب التطبيق على آثار التطليق باعتبار أن مشكلة الحضانة لا تثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية فهي أثر من آثار التطليق، وهذا القانون حسب قاعدة التنازع المصرية (المادة2/13 من قانون دولة الزوج الأب) وقت الطلاق أو رفع دعوى التطليق[3].

ج. **إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب:** إذ اتجهت آراء غالبية الفقه إلى أن الحضانة التزام ناشئ عن النسب، باعتبار أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه بصرف النظر عن العلاقات القائمة ما بين الوالدين، فقد اتجهت آرائهم إلى إخضاع تنظيم الحضانة للقانون الشخصي للأب وقت ميلاد الولد بالنظر إلى أن الأب هو الذي أوجد الابن وإلى أن إثبات البنوة يهم الأب أكثر من الإبن، سواء كان هذا القانون هو قانون الموطن على نحو ما هو معروف في

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004،ص99.

[2]- صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص353.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص872-873.

الدول الأنجلوأمريكية أم هو قانون الجنسية على نحو ما هو معروف في مصر والبلاد الأوربية[1].

د. **إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على المال:** إذ ذهب رأي قديم في الفقه إلى أن تنازع القوانين الذي قد ينشأ بعد الطلاق بشأن الأطفال يتصل أساسا بالقانون الذي يحكم مسألة الولاية على مال الصغير انتهى غلى إخضاع كل من المسألتين لقانون واحد، ولم تخلوا أحكام القضاء من أثر لهذا الرأي[2]، إعمالا لنص المادة (16) من القانون المدني المصري والتي مفادها أنه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص التي تجب حمايته"[3].

ه. **إخضاع الحضانة لقانون الموطن الفعلي والعادي للطفل:** بالنظر إلى أن تحقيق مصلحة المحضون من المبادئ الأساسية التي تتعلق بالنظام العام، وجد إتجاه في الفقه والتشريع إلى ان القانون الذي يحكم مسائل الحضانة ذات العنصر الأجنبي هو قانون "الموطن المألوف" The law of the childs habitval residence" لإقامة الطفل المحضون أي قانون المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وتتركز فيه علاقاته[4]، ونجد إتفاقية "لاهاي" المنعقدة بتاريخ 05أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة إتفاقية "لاهاي"

---

[1]-صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص355-356.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، المرجع السابق، ص100.
[3]- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص273.
[4]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص358.

جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الإتجاه التي أخذت به إتفاقية "لاهاي" وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل[1].

و. **إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمينه:** على عكس الآراء السابقة ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته وينحصر البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار التطليق وهو في مصر قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، والقانون الشخصي للطفل أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وقد حكم القضاء المصري أن الاتفاق الذي يعقده الزوجان المتنازعان على إسناد حضانة الأطفال إلى أحدهما لا يقيد المحكمة بقبوله، إذ أن واجبها هو البحث عن صالح الأولاد وتعين أي الوالدين الأكثر لياقة لحمايتهم ورعايتهم وهنا لا محل للنظر إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج خصوصا بعد أن زال الزواج أو النسب، فتلك مسألة أولية مفروغ من جوهرها" شرعية الأولاد" أو"ثبوت نسبهم" وليس من له الحق في رعايتهم وتربيتهم[2].

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية من القانون واجب التطبيق على الحضانة فقد خص التشريع التونسي مسألة الحضانة بقاعدة إسناد، حيث نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في الفصل (50)منها بقولها" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل" وبالتالي تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويعتبر ضابط إسناد أصلي، أو يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل.

---

[1]- أمين دربة، "تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، العدد الرابع، 2011، ص247.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص873.

أما التشريع الكويتي نص على قاعدة إسناد التي تحكم الحضانة صراحة في المادة 43 من القانون رقم (05)الصادر بتاريخ 14فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة".

ومما سبق بيانه، اتجه الرأي الغالب في التشريع المقارن إلى أن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة إنحلال الرابطة الزوجية[1]، وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج الحضانة في الباب الثاني تحت عنوان إنحلال الزواج في الفصل الثاني آثار الطلاق من المادة (62) إلى المادة (72) من قانون الأسرة الجزائري، أما القانون المدني الجزائري فلم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة (09) من القانون المدني الجزائري، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق[2].

وباعتبار الحضانة من آثار إنحلال الزواج فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا لنص المادة (12/فقرة 02)[3] من القانون المدني، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 1992/06/02" من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة ومن حق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي، ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج"[4]، ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج وذلك حسب ما جاءت

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص33.

[2]- فتيحة يوسف، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 03، 2005، ص193.

[3]- المادة 12/ 02 من القانون المدني" يسري على انحلال الزواج القانون الوطن الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1992/06/02،في الملف رقم(84513)، المجلة القضائية، 1993 العدد03، ص91. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص699.

به المادة (13) من القانون المدني الجزائري، وهذا استثناء يخص القانون الجزائري وحده إذا كانت الزوجة جزائرية عند إبرام الزواج عملا بالمادة (13) من القانون المدني[1]، وتطبيق هذا الاستثناء سهل إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد إنعقاد الزواج إذ يظل حكم القاعدة الأصلية المنصوص عليها بالمادة (12/فقرة02) من القانون المدني ساريا، ولكن تظهر الصعوبة إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إنعقاد الزواج والزوج الآخر أجنبيا وبعد إنعقاد الزواج أصبح الزوج الجزائري وهو الآخر أجنبيا فهل يخضع إنحلال زواجهما للقانون الجزائري باعتبار أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت إنعقاد الزواج على الرغم من أن الزوجين قد أصبحا أجنبيين؟[2].

ولقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12/فقرة 2 أي القانون جنسية الزوج، وطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت إنعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية حيث جاء في منطوق القرار ما يلي" من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها المال"

يسري على إنحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

ومن المقرر أيضا أنه" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11) و(12) إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزوج"، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال – أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية وزوج إيطالي بدلا من القانون الجزائري لكون

---

[1]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص174.

[2]-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ص77-78.

الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية خالفوا القانون وأخطئوا في تطبيقه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

2. إنتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني

وهو ما عالجه المشرع الجزائري في المادة (69) من قانون الأسرة التي نصت على أنه "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يتوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون" وهكذا يكون من اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل والمحافظة على مصلحته وبمعنى آخر سيعطي القاضي ترخيصه مراعاة في ذلك لمصلحة المحضون كما يلاحظ من نص هاته المادة أنها قد ساوت ما بين الرجال والنساء في الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده، ولكي يبقى الطفل خاضعا للرقابة الأبوية[2].

وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 بقوله" من المقرر شرعا و قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون و الإجتهاد القضائي"[3]، لأن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون للقيام بتربيته على دين أبيه، وبما أنه تم إسنادها للأم التي ثبت أنها تقيم بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ

---

[1]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1998/02/17، في الملف رقم(170082)، المجلة القضائية،2000 العدد 1، ص167.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص949.

[2]-زكية حميدو، المرجع السابق، ص566.

[3]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/10/12، في الملف رقم(334543)، نشرة القضاة، 2008، العدد 62، ص381.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1467.

الذي أقرته المادة (62) من قانون الأسرة خاصة الجانب الديني والخلقي، وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1995/11/21 قضت المحكمة العليا بأنه" بأن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[1].

وقضى المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02 بأنه" من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه، لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى أمهما فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من إعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"[2]، ولقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 09 مارس 1987 بقوله" حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطى للأب المقيم

[1]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/11/21، في الملف رقم(111048) ، نشرة القضاة، 1997 العدد 52، ص102.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص860.

[2]-المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/01/02، في الملف رقم(52207) ، المجلة القضائية، 1990 العدد 4، ص74.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص433.

بالجزائر وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاث"[1].

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر صادر لها في 1990/02/19" متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءا مخالفا للشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1995/11/21" إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[3].

وعليه فالمشرع جعل الانتقال بالمحضون لبلد أجنبي يقع تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعى فيه مصلحة المحضون من حيث دينه وسلوكه وزعزعة استقراره، وهذا ما أكده القرار الصادر في 2001/12/26 عن المحكمة العليا بقوله" تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر"[4].

---

[1]-المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/03/09، في الملف رقم(45186).نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق ،ص131- 132.

[2] - نبيل صقر، المرجع السابق، ص257.

[3]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/11/21، في الملف رقم(408248)، المجلة المحكمة العليا 2011، العدد1، ص244. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق ص860.

[4]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2001/12/26، في الملف رقم(273526).نقلا عن: باديس ديابي المرجع السابق،ص213.

كما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر في 1989/12/25" من المقرر القضاء بمسألة الحضانة لأنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"[1].

و يرجع تقدير إثبات الحضانة أو إسقاطها من الحاضن بحكم و تقدير القاضي[2] بالنظر إلى مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2008/03/12"يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم "[3]

قضت المحكمة العليا في القرار الصادر في 2007/11/14"الحكم تلقائيا بمنع المحضون ،المسندة حضانته لأمه، من السفر،من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والده بصفة قانونية ،خطأ في تطبيق القانون"[4]

يمكن القول أنه مادامت مصلحة الطفل لا تصطدم مع انتقال الطفل إلى بلد مسلم من حيث عدم الخشية عليه من فساد دينه وخلقه فإن الأمر محسوم إلا أن المشكل يبقى متعلقا بالمسافة فقط، وبالبلد غير المسلم، وهما مالا يعالجهما معا ولا لأحدهما التشريع ولكن القضاء حل عنهما لأن مشكل الانتقال بالمحضون يظهر في حالة إذا كان الأب متزوج بأجنبية و انتقلت إشكالاتها بالمحضون إلى موطنها[5].

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/01/02، في الملف رقم(52207) ، المجلة القضائية، 1990 العدد 4، ص74.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص433.

[2]-عبد القادر بن عزوز،أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى،دار قرطبة لنشر و التوزيع،الجزائر،2007،ص192.

[3]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2008/03/12، في الملف رقم(426431)، المجلة المحكمة العليا 2008، العدد1، ص271.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ،ص1447.

[4]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2007/11/14، في الملف رقم(408248)،مجلة المحكمة العليا 2011، عدد 1، ص244. نقلا عن: المرجع نفسه ،ص1533.

[5]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص571.

ثانيا / الحلول على الصعيد الدولي

لجأت الدول في سبيل تنظيم مسائل الحضانة إلى إبرام اتفاقيات ثنائية وأخرى متعددة والغاية المتوخاة من ذلك هي وضع حد، أو التقليل من العراقيل الناجمة من افتراق طرفي الزواج المختلط قصد الحفاظ على مصلحة الطفل، ومنها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين المصادق عليها بالمرسوم رقم (88/ 144) المؤرخ في 1988/07/26، وجاءت هذه الاتفاقية نتيجة المشاكل التي نشأت بين الجزائريين والفرنسيين بسبب النزاعات القائمة حول حقوق الحضانة وزيارة الأطفال الناتجين عن عقود الزواج[1].

1. مجال تطبيق الإتفاقية

تتعلق الإتفاقية بالأطفال الشرعيين وتستبعد الأطفال الطبيعيين والأطفال المتبنين، وقانون الأسرة الجزائري يؤسس النسب على علاقة الزواج والإقرار بالأبوة والبنوة فالأطفال المزدادون من علاقة المعاشرة غير القائمة على زواج شرعي (concubinage) لا تنطبق عليهم هاته الإتفاقية على الرغم من أن هذا النوع من العلاقة معترف به في القانون الفرنسي[2]، أما بالنسبة للوالدين فالاتفاقية تحمي الزوجين المختلطين الذين وقع بينهما انفصال واللذين يكون أحدهما جزائريا والآخر فرنسيا بمعنى أن الاتفاقية تستبعد من التطبيق حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا أو فرنسيا والأخر من جنسية أخرى كما تستبعد أيضا الزوجين إذا كان جزائريين مقيمين في فرنسا أو يكونا فرنسيين مقيمين في الجزائر[3].

---

[1]-عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص181.

[2]- بوبكر مولود، "الإشكالات القانونية الناجمة عن إزدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال إزدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا"، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص70.

3-المرجع نفسه، ص71.

2. التعاون القضائي والإداري

وقد أسست هذه الإتفاقية التعاون القضائي والإداري في مجال الأطفال المزدادين من زواج مختلط طرفاه منفصلان وتضمنت الإشارة إلى ثلاثة مستويات :

أ. **السلطة المركزية:** أنشأت هذه الاتفاقية بموجب المادة الأولى منها سلطتين مركزيتين تتبع وزارة العدل في كلتا الدولتين، وهذا بغرض تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها الدولتان بمقتضى هذه الاتفاقية من جهة ومن جهة أخرى التعهد بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر، فيتعين على السلطتين المركزيتين أن تتعاونا فيما بينهما مباشرة وعليهما أن تتخذ الترتيبات المناسبة و من أجل تنفيذ إجراءات الحماية المتخذة تطبيقا لهذه الاتفاقية خاصة في مجال ضمان اجتناب فقدان الطفل صلته بأبويه وتهيئة الظروف المناسبة لإحاطته بجو من الاستقرار والأمان[1]، ومهام هذه السلطة نصت عليه المادة (02)منها التي جاء فيها" يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

1. البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
2. تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الإجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
3. تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.
4. تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.
5. ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
6. إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.
7. تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

---

[1]-زهية رابطي، "الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع قانون دبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2007- 2008،ص67.

ب. **الهيئات القنصلية:** تنص المادة (4) من الإتفاقية " تتخذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة".

ج. **الجهة القضائية المختصة:** بالإضافة إلى الحماية المقررة عن طريق الإجراءات الإدارية من خلال السلطة المركزية لكلا البلدين، فإن الاتفاقية نصت على ضرورة اتخاذ إجراءات قضائية تتفق مع مبادئ الحماية لأجل المحافظة على علاقة الطفل بوالديه، وحرية تنقله بين البلدين[1]، وذلك باللجوء للجهة القضائية المختصة وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي وذلك حسب المادة (5) من الاتفاقية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ 1992/06/02حينما أقرت على أنه" من المقرر قانونا أن الإختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج.

ومن المقرر أيضا قانونا، أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و إنعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة والزيارة طبقوا صحيح القانون ."[2]

---

[1]- أمين دربة، المرجع السابق، ص249.

[2]-المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1992/06/02، في الملف رقم(84513)، المجلة القضائية، 1993 العدد3، ص91.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص699.

كما أكدت الإتفاقية على حماية مصلحة المحضون من خلال تجريم بعض الأفعال المرتكبة حيث تنص المادة (7)"يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعد تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما، الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة".[1]

أما في حالة انحلال الرابطة الزوجية بين أزواج مختلفي الجنسية،و لم تبرم الدولة الجزائرية إتفاقية مع الدولة التي يحمل جنسيتها الزوج الأخر ،ففي هاته الحالة تطبق قاعدة الإسناد وهي قانون جنسية الزوج الذي ينتمي إليه وقت رفع الدعوى،غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائريا تطبيق للمادة (13) من القانون المدني .

المبحث الثاني

المسؤوليـــة عن أفعـــال المحضون

الأصل أن القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسأل عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيره و أن مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب الإثبات أي على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل ولكن لاعتبارات عديدة ورعاية لمصلحة المضرور رأي المشرعون أن هناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره، ومثل هذه الحالات تكون فيها المسؤولية مفترضة فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ المسؤول عن فعل الغير لأن مجرد وقوع الضرر يعتبر

[1]-الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال،المؤرخة في1988/06/21المصادق عليها بالمرسوم144/88المؤرخ في 26-06-1988الجريدة الرسمية العدد28-30لسنة 1988.

دليلا على صدور الخطأ وهذا الغير أما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه إتفاقا أو قضاءا[1].

فالسؤال المطروح متى يسأل الحاضن عن أفعال المحضون الموضوع تحت رعايته ورقابته؟

ولدراسة مسؤولية الحاضن المكلف برقابة المحضون وجب علينا تسليط الضوء على المبادئ العامة التي وضعها المشرع لقيام مسؤولية متولي الرقابة عن الأعمال التي يقوم بها الخاضع للرقابة على ضوء ما جاء به القانون المدني.

المطلب الأول

شـــروط تحـقق مسؤوليـــة الحـــاضن

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية متولي الرقابة في نص المادة (134) من القانون المدني حيث جاء فيها" كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"

وحسب نص المادة (62) من قانون الأسرة يقع على عاتق الحاضن مجموعة من الواجبات وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وبالإضافة إلى الالتزام بالرعاية، على الحاضن الالتزام بالرقابة على أفعال المحضون، وتحمل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار غير أنه لابد من توفر شروط لكي تقوم على أساسها مسؤولية الحاضن.

---

[1]- حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)،الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002، ص321.

الفرع الأول: تولي شخص الرقابة على شخص آخر

لا تتحقق المسؤولية إلا إذا قام الالتزام بالرقابة، ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الإتفاق، مثل أن يتولى الأب رقابة إبنه، ومثل الإتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسؤولا عنه، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاقي يتولى هذه الرقابة وقيام هذا الإلتزام هو الذي ترتب عليه مسؤولية متولي الرقابة[1].

أولا / الملتزم بواجب الرقابة:

تقوم مسؤولية الأب المفترضة عن الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها أولاده القصر المشمولين بالرعاية وهذا حسب ما جاء في نص المادة (87) من قانون الأسرة التي تنص " يكون الأب وليا على القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، لأن السلطة الأبوية التي يتمتع بها رب الأسرة ليست مجرد حقوق ومزايا وإنما هي مزيج من الحقوق والالتزامات، فهي تلزم الأبوين بالعمل على تربية أولادهما و إرشادهم إلى الطريق القويم والسلوك الحسن، وتلتزم من ناحية أخرى برقابة أولادهما القصر والحيلولة بينهم وبين إلحاق الضرر أو الأذى بالغير[2]، وفي هذا الشأن قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1982/03/02 بأن " مسؤولية الأب تقدم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا اثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام)،الطبعة الثالثة الجزء الأول، المجلد الثاني،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص1125.

[2]- حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار وائل، عمان الأردن، 2006، ص126.

والتوجيه، فارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب تربية إبنه"[1].

وبالتالي يبقى الأب مسؤولا إلى حين بلوغ الأولاد القصر سن الرشد وهو (19) سنة حسب (الفقرة الثانية من المادة 40) من القانون المدني، كما أنه يبقى مسؤولا مدنيا على أفعال القصر الضارة بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية في حالة هجر العائلة وإهمالها، وذلك حسب نص المادة (330)من قانون العقوبات الجزائري، غير أن الأب لا يتحمل المسؤولية عن الأفعال الضارة في حالة عجزه أو موته أو الحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه، فإن وظيفته كولي تنتهي ففي هاته الحالة ينتقل الالتزام بالرقابة من الأب إلى من يقرر القانون مسؤوليته بصفته متوليا للرقابة تأسيسا على أن الولاية قد انتقلت إليه مادام المشرع الجزائري يؤسس الالتزام بالرقابة على الولاية على النفس كقاعدة عامة، كما تقع المسؤولية على الأم عن الضرر الذي يحدثه ولدها القاصر بالغير عندما تثبت لها الولاية عن نفسه، وذلك في حالة وفاة الأب أو تحقق حالة من الحالات المذكورة في المادة (91) من قانون الأسرة، وعليه ففي هاته الحالة تمارس الأم الرقابة على الأولاد القصر لأنها تحل محل الأب قانونا.

ويثار التساؤل في حالة انحلال الرابطة الزوجية وإسناد الحضانة إلى الأم فمن هو المسؤول عن الأفعال الضارة من الأبناء القصر المحضونين من طرف أمهم؟ هل الأب هو المسؤول باعتباره الولي على نفس القاصر؟ أم الأم باعتبارها الحاضنة والمكلفة برعاية المحضونين والإشراف عليهم؟ وللإجابة على هذا التساؤل نتطرق

أ. **قبل إلغاء المادة 135 من القانون المدني:** تنص المادة (135) من القانون المدني على أنه" يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولين عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون

[1]-المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة القانون الخاص ،قرار بتاريخ 1982/03/02، في الملف رقم (30064)، نشرة القضاة، العدد الثالث 1985. نقلا عن : محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص204.

معهما، كما أن المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين"، و تنص المادة (87) من قانون الأسرة" يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا" .

نلاحظ أن الأب وحده هو الرقيب مادام حيا ولا مسؤولية على الأم في حياة الأب بينما القانون الفرنسي يجعل الأب والأم مسؤولين بالتضامن[1]، غير أنه تنتقل إلى الأم في حالة وفاة الأب، فالمشرع اهتم بالمسؤولية في حالة انحلال الزواج بالوفاة دون الطلاق.

اشترط المشرع المساكنة لقيام المسؤولية، أي أن يكون تحت السلطة الأبوية أي تحت رقابة الأب أو الأم وأن يسكن الولد مع والديه حتى يمكنهما ممارسة حق الرقابة[2]، فمن المسؤول في حالة إسناد الحضانة للأم أو الخالة وقيام المحضون بفعل ضار وتسبب ضررا للغير، هل الأم بإعتبارها حاضنة رغم إنتفاء شرط المساكنة؟ أم يبقى الأب مسؤولا مادام على قيد الحياة.

ومنه فالأب يبقى هو الولي الشرعي على أولاده ومنه فهو يبقى مسؤولا عن أولاده القصر، ذلك أن السلطة الأبوية لا تنتقل إلى الأم إلا بعد وفاة الأب وذلك حسب المادة (87) من قانون الأسرة قبل تعديله، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أنه" من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا الاستئناف من أم المطعون ضده، وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لازال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم.

---

[1]- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول: مصادر الإلتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع في القانون المدني الجزائري، دار الفكر الحديث، الجزائر، 2003، ص201.

[2]- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص292.

ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار"[1].

ب. **بعد التعديل و إلغاء المادة (135) من قانون المدني:** أصبحت المادة (3/87) من قانون الأسرة بنص على أنه " وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد وعليه فالمشرع وضع حدا لمشكل مسؤولية الحاضن عن فعل المحضون خاصة في حالة الطلاق وذلك بمنح الولاية من قبل القاضي إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة سواء أما كانت أو أب أو غيرهما، وهذا ما أكدته المادة (92) من ذات القانون بقولها" يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية"[2]، ومنه ففي حالة الطلاق، فإن المسؤولية تقع على من يكون الطفل أو الصغير في حضانته[3]، وهو ما يجعل الأم متولية لرقابة المحضون على أساس المادة (134) من القانون المدني بصفتها قد أسندت لها الحضانة "الولاية" بمقتضى المادتين (62) و(87) من قانون الأسرة ومن هنا قررت المجلس الأعلى بأن" المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، و مسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحق هذا المحضون بالغير مدة الحضانة(أي مدة وجوده لديه)"[4]، وهذا قرار يقوم على المنطق والعدالة فطالما كان مناط المسؤولية هو الرعاية فيجب أن تقع على من يقوم بها.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1998/05/17، في الملف رقم (167835)،المجلة القضائية،1997 عدد 2، ص75. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص 451.

[2]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص94.

[3]- حسن علي الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص129.

[4]- المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة القانون الخاص ،قرار بتاريخ 1970/11/13، في الملف رقم (غير موجود)نشرة القضاة، 1972، عدد 1، ص67.نقلا عن : العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص291.

وعلى هذا الأساس ذهب مجلس قضاء معسكر إلى أنه" إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة فإنه يكون تحت سلطة هذا الأخير ورعايته ورقابته المباشرة"[1]، ومنه فلابد على الحاضن أن يلتزم برقابة المحضون الذي يكون بحاجة إلى ذلك بسبب صغر السن أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرعاية والرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إذا كان ملتزما برقابة المحضون وذلك عن طرق صدور حكم يسند له الحضانة ويحكم للطرف الآخر بالزيارة، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته[2].

ثانيا / الخاضع للرقابة:

وهو الشخص الذي يوضع تحت الرقابة، إما أن يكون صغير السن وإما أن يكون بالغا سن الرشد ولكن في حاجة إلى هذه الرقابة.

أ. **القاصر:** لم يحدد المشرع الجزائري سن القاصر الذي يخضع إلى الرقابة كما فعل القانون المدني المصري، وإنما ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد،وبالتالي فإن حكم المادة يطول كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة (40) من القانون المدني الجزائري ب(19) سنة كاملة[3].

ولكن بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة فإن مدة الحضانة بالنسبة للذكر هي (10) سنوات قابلة للتمديد إلى (16) سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، أما الأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج مما يلزم الحاضن بأداء واجبه وهو رقابة المحضون خلال مدة الحضانة، وعليه يكون للأم

---

[1]- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص291.

[2]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 270

[3]- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ، ص270.

الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانة، فمتى إنتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده[1].

ب. **الرقابة بسبب الحالة العقلية والجسمانية:** هذه الحالة تقوم فيها الرقابة بسبب آخر غير القصر بصرف النظر عن السن التي بلغها الخاضع للرقابة، فإذا كانت حالة الشخص العقلية أو الجسمية تجعله في حاجة إلى رعاية تحول دون صدور خطأ منه يضر بالغير، قامت عليه الرقابة قانون أو إتفاقا وفقا للمادة (134) من القانون المدني، ذلك أن مناط الرقابة في القانون المدني الجزائري هي حاجة الشخص الخاضع للرقابة والرعاية والإشراف فالمجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية، والأعمى والمشلول والمصروع في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجسمية[2]، وبالتالي فإن مضمون واجب الرقابة يحدد بإعتبار الخطر الذي يمثله الفرد على المجتمع والمراد تفاديه عن طريق المكلف بالرقابة[3].

الفرع الثاني: إلحاق الخاضع للرقابة ضررا للغير

إذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه متولي الرقابة والخاضع للرقابة وجب لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة أن يصدر عملا غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة، والمشرع الجزائري لم يحدد الأشخاص الخاضعين للرقابة وإنما اكتفى بإناطة الرقابة على الشخص إما لقصره أو لحالته العقلية أو الجسمية على سبيل الحصر وهي الحالات التي تجعل الشخص في حاجة إلى رقابة الغير، فمتى ألحق الخاضع للرقابة ضررا للغير بفعله الغير المشروع، تقوم مسؤولية متولي

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1129.

[2]- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الرجع السابق، ص 300.

[3]- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني،(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص362.

الرقابة عليه، والعمل الغير مشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة لا أن يقع عليه، أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية مفترضة"[1].

أولا / حالات الخضوع للرقابة بمقتضى المادة 134 من القانون المدني: نصت على هذه الحالات المادة 134 من القانون المدني وحصرتها في:

1. **القصر:** الرقابة على القاصر تكون أصلا لولي النفس من أب أو جد أو عم أو غيرهم، وقد تنتقل إتفاقا إلى الأم، وهي تنتقل إلى المعلم في الفصل أو إلى مدير المدرسة في المدرسة إذا كان طالب علم، أو إلى المشرفة في الحرفة، والرقابة هنا مؤقتة بالفترة التي يكون فيها القاصر في المدرسة أو عند رب الحرفة، فإذا إنقضت هذه الفترة عادت الرقابة إلى القائم على تربية القاصر[2].
2. **الحالة العقلية:** فمن أصيب بجنون أو عته تقوم الرقابة عليه بسبب حالته العقلية[3].
3. **الحالة الجسمية:** يفترض في هذه الحالة أن تكون الملكات الذهنية للشخص سليمة ولكن حالته الصحية تجعله في حاجة إلى الرقابة فقد يصاب بالشلل أو فقد البصر، فيتولى الرقابة عليه الشخص الذي يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية[4].

ثانيا / صدور فعل ضار ممن هو تحت الرقابة

والفعل الضار هو كل فعل مخالف للقانون بوجه عام، ويسبب ضررا للغير أي أنه كل إخلال بواجب قانوني، ويعرف كذلك بالخطأ الموضوعي وهو يمثل الركن المادي للخطأ[5]، وهو

---

[1]- رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص408.
[2]-أنور سلطان، المرجع السابق، ص 238.
[3]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص408.
[4]- محمد شريف أحمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 238.
[5]-علي فيلالي، المرجع السابق، ص 102.

الإخلال بواجب أو انحراف عن مسلك الشخص العادي، بصرف النظر عن توافر عنصر الإدراك والتمييز أو عدم توافره، فقد راعى المشرع أن مسؤولية متولي الرقابة أو الرعاية لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المشمول بالرعاية وإنما يقوم على أساس خطأ متولي الرعاية[1].

ولقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة(المحضون) فعل غير مشروع يصيب الغير فإذا تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة قامت بجانبها مسؤولية متولي الرقابة على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 134 من القانون المدني بأنه لا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة تنعقد سواء كان الخاضع لرقابته مميزا أو غير مميز ومادام أن إنعدام التمييز عند الشخص الخاضع للرقابة لايحول دون مسؤولية المكلف بالرقابة، فإن العمل الضار الذي يصدر من غير المميز حينئذ يكتفي فيه بعنصر التعدي في الخطأ دون عنصر الإدراك أي العنصر المادي دون العنصر المعنوي إنما تصبح مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة مسؤولية أصلية[3]، أما مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية تقوم بمقام مسؤولية الشخص الموضوع تحت الرقابة[4].

وينبغي ملاحظة أن مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من الخاضع للرقابة، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة[5].

---

[1]- حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 324.
[2]-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص196.
[3]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص301.
[4]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1134.
[5]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص196.

ويفهم مما سبق أن المسؤولية على أفعال المحضون الضارة تقع على عاتق من تجب عليه الحضانة ولا يمكن أن تمتد إلى ما يقع خارج حدود المدة.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية متولي الرقابة وطرق دفعها

تقوم مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته على أساس الخطأ المفترض المتمثل إخلال بواجب الرعاية والمراقبة، فمتى قام الصغير بعمل غير مشروع أحدث ضررا بالغير إفترضنا أن هناك تقصيرا أو خطأ في رعاية هذا القاصر وتوجيهه وأن هذا التقصير هو الذي أدى إلى أن يرتكب الصغير مثل هذا الفعل الضار ولهذا قال بعض الفقهاء أن مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته ليست في الواقع مسؤولية الشخص عن فعل الغير وإنما هي مسؤولية الإنسان عن أفعاله الخاصة هو تقصيره في واجب الرقابة والتوجيه[1].

وعليه سنخصص الفرع الأول لأساس مسؤولية متولي الرقابة، أما الفرع الثاني طرق دفع هذه المسؤولية.

الفرع الأول: أساس مسؤولية متولي الرقابة

إن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل الضار من المحضون وحسب أحكام المادة (134) من القانون المدني الجزائري يفترض قيام المسؤولية الشخصية لمتولي الحضانة والرقابة على أساس أن الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة،

[1]- حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، المرجع السابق، ص324.

وهذا يفيد قطعا أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، لكن هذه القرينة المقررة هي قرينة بسيطة حيث يستطيع إثبات عكسها[1].

أولا / الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة

إن المسؤولية المدنية تقوم بصفة عامة على ثلاث أركان أساسية ألا وهي الخطأ والضرر ، وعلاقة السببية بينهما، وتبعا لذلك فالخطأ المفترض في واجب الرقابة هو أساس مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري ، إذ أن هذا الخطأ يقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة .

فمسؤولية متولي الرقابة سواء أكانت قانونية أم اتفاقية تقوم على أساس الخطأ المفترض، ويعني الخطأ المفترض أن متولي الرقابة يكون قد أخل بما عليه من واجب الرقابة بمجرد وقوع فعل ضار من القاصر أو الشخص الموضوع تحت الرقابة، وبعبارة أخرى أن متولي الرقابة يفترض فيه دائما أن لم يقم بما ينبغي من العناية اللازمة للرقابة، وبالتالي تقوم مسؤوليته عما ارتكبه الشخص الذي تحت الرقابة إذا وقع منه فعل ضار بالغير[2].

فإذا أخل الحاضن بما عليه من واجبات ومنها واجب الرقابة وترتب عن ذلك قيام المحضون بأفعال من شأنها الإضرار بالغير، تقوم حينها مسؤولية الحاضن لإنعدام واجب الرقابة لأن الغرض من هذا الواجب هو منع المحضون من الإضرار بالغير.

والتساؤل المطروح في هذا الشأن أين يكمن الخطأ المفترض وفيم يتمثل ؟أي المحل الذي ينصب عليه هذا الافتراض؟ وظهر اتجاهين حول الخطأ المفترض بالنسبة للأب.

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 122.
[2]- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص271.

الإتجاه الأول/ يرى أن مسؤولية الأب تقوم على أساس افتراض إخلاله بواجب التربية والرقابة المترتبين على السلطة الأبوية أي أنهم اعتبروا أساس هذا المسؤولية المفترضة قرينة خطأ مزدوج هو خطأ في التربية وخطأ في الرقابة[1].

الإتجاه الثاني/ يرى أنه خطأ في الرقابة والملاحظة فقط دون الخطأ في التربية، ولكن يتضح من نص المادة (134) أن هذه المسؤولية تقوم على خطأ مفترض وهو تقصير الرقيب في آداء واجب الرقابة أو أساء تربية الخاضع لها[2]، وهذا ما أكده القرار الصادر في 1982/03/2 "مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه ارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية إبنه"[3].

فالمفترض إذا هو عدم قيام متولي الرقابة بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، فإذا إرتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع إفترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر في رقابته فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل، ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد فيفترض أيضا أن متولي الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع[4].

ويتبين من ذلك أن المحضون إذا ما ارتكب عملا غير مشروع وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم بتربيته هي أمه الحاضنة، فالخطأ المفترض إما أن تكون قد قصرت في رقابة ولدها أو تربيته لأن

---

[1]- حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص168.
[2]- محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص204.
[3]-المجلس الأعلى للقضاء ،قرار بتاريخ1982/03/02 رقم الملف 30064، نشرة قضاء، العدد الثالث، 1985.نقلا عن : محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص204.
[4]- عبد الرزاق محمد السنهوري، المرجع السابق، ص1136.

الحضانة تتوجب تأديبه و تنشأته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به المشرع ويجيزه تأنيبا عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها تجاه الغير[1].

كما تقوم هذه المسؤولية على قرينة الخطأ في الرقابة، فإذا ارتكب الخاضع للرقابة فعلا غير مشروع افترض أن متولي الرقابة قد قصر في رقابته، وهذا المضمون يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي الذي هو انحراف عن مسلك الرجل المعتاد، إذا وجد في نفس الظروف التي

يوجد فيها الشخص المسؤول، وقرينة الخطأ هنا لا يحتج بها إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة فلا يجوز التمسك بها في مواجهة المشمول بالرقابة بل يتعين إثبات الخطأ في جانبه[2].

ثانيا / العلاقة السببية المفترضة

ليس الخطأ في جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض، بل تفترض معه أيضا علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذي صدر ممن هو تحت الرقابة ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعا لافتراض الخطأ لكان إفتراض عبثا لا يجدي[3]، ويلاحظ أن قرينة الخطأ لا يحتج بها المضرور إلا في علاقته بمتولي الرقابة ولذا لا يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة، بل عليه أن يثبت الخطأ في جانب هذا الأخير[4].

وعليه فإذا قام المحضون بفعل ضار فعلاقته السببية مفترضة بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متوليها وهو الحاضن وبين الفعل الضار الصادر من المحضون، وتعتبر هذه العلاقة

---

[1]- باديس ديابى، المرجع السابق، ص52.
[2]- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 304-305.
[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1138.
[4]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص198.

قائمة إلى حين إثبات العكس من متولي الرقابة (الحاضن)، لأنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس[1].

الفرع الثاني: طرق دفع مسؤولية متولي الرقابة

متى تحققت شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة أمكن له بمقتضى ما جاء في المادة (134/الفقرة الثانية) من القانون المدني والتي تنص" ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية" دفع هذه المسؤولية عليه، غير أنه إذا لم يستطع دفع هذه المسؤولية رتبت آثارا في مواجهته.

وعليه فإن لمتولي الرقابة أن يدفع عن نفسه المسؤولية إما بنفي الخطأ من جانبه وإما بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر الذي لحق المضرور[2].

أولا / نفي الخطأ المفترض

إن أساس المسؤولية الملقاة على عاتق متولي الرعاية هو خطأه المفترض في القيام بهذا الواجب الذي يلقيه القانون أو الاتفاق على عاتقه، وأن افتراض الخطأ هنا افتراض بسيط قابل للدليل العكس، ومعنى هذا أن المكلف بالرقابة يتخلص من المسؤولية متى أقام الدليل على أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي، ومتى أثبت أنه اتخذ كل الاحتياطات المعقولة يمنع إرتكاب الصغير المحضون أو الشخص الموضوع تحت رقابته لسبب آخر غير الصغير المحضون، الفعل الضار الذي وقع بالفعل[3]، ومما يتعارض مع اتخاذ الاحتياطات المتعلقة بغياب الأبوين وترك ولدهما

---

[1]- العربي بلحاج، النظرية العام للإلتزامات، المرجع السابق، ص305.
[2]- حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص172.
[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص118.

وحيدا، أو أن يسمحا له في ممارسة ألعاب خطرة أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل إتقان القيادة.

وبما أن القيام بواجب الرقابة يشمل إحسان التربية وبخاصة إذا كان متولي الرقابة أبا أو أما وينبني على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب القيام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة فلا يزال الافتراض أنه قد أساء تربية ولده قائما في جانبه، ولا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية، بل الأب هو الذي يثبت أنه لم يسئ تربية ولده.

وجملة القول أن متولي الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيرا في الرقابة في خصوص الخطأ الذي صدر ممن هو في رقابته وأنه بوجه عام لمن يسئ تربيته[1]، وهو ذات الرأي الذي ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره بتاريخ1982/03/02 حيث جاء فيه" إن إرتكاب هتك عرض من قبل ولد مميز يثبت إهمال الأب في تربية إبنه..."[2].

وعليه فالمسؤولية تقع على عاتق من له حق الحضانة في حالة الطلاق، مع أن سوء التربية قد يكون من جانب من حرم من حق الحضانة[3].

وهكذا فإنه يبقى للقاضي سلطة تقدير الرقابة والعناية التي بذلها الحاضن بناءا على الأدلة التي يلجأ إليها لإثبات قيامه بواجب الرقابة على النحو المطلوب، أي إثبات أنه بذل العناية الواجبة في الرقابة[4].

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1138.

[2]-المجلس الأعلى،قرار بتاريخ1982/03/02 رقم الملف 30064، نشرة قضاء، العدد الثالث، 1985. نقلا عن : محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص204.

[3]- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري(المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 27.

[4]- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص271.

كما قد يقوم الحاضن بدفع المسؤولية عن طريق إثبات استحالة الرقابة في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار، كأن يكون متواجدا لدى المحضون له خلال المدة المحددة لممارسة حق الزيارة، ففي هاته الحالة يكون واجب الرقابة ملقى على عاتق المحضون له وعلى هذا الأساس ذهب مجلس قضاء معسكر إلى أنه" إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة، فإنه يكون تحت سلطة هذا الأخير ورعايته ورقابته المباشرة"[1].

ومن هنا فالمحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحق هذا المحضون بالغير مدة الحضانة أي مدة وجوده، كما أن المحكوم له بحق الزيارة يكون مسؤولا عن كل فعل ضار وقع من المحضون خلال فترة الزيارة المحددة قضاءا.

ثانيا / نفي العلاقة السببية التي تربط الضرر بالخطأ المفترض

يجوز للمكلف بالرقابة إن تعذر عليه نفي الخطأ أن يقوم بنفي علاقة السببية المفترضة وتعرف بأنها تلك الرابطة التي تصل ما بين فعل الصغير المحضون غير المشروع وبين الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة، إذ يفترض القانون أن هذا الفعل غير مشروع وإنما وقع نتيجة إهمال الراعي وتقصيره في رقابة من وضع تحت رعايته[2]، أما نفي العلاقة السببية وهي بدورها مفترضة فيكون بإقامة الدليل على أن الضرر كان واقعا حتما ولو قام بما يجب عليه من الرقابة بما ينبغي من عناية وحرص، وذلك أن يثبت متولي الرقابة أن الخطأ الواقع من الخاضع للرقابة لا علاقة بينه وبين الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة، أو يثبت إنقطاع الصلة بين خطئه

[1]- العربي بلحاج،النظرية العام للإلتزامات، المرجع السابق، ص 307.
[2]- حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص 190.

المفترض والضرر الحادث[1]. أي يثبت أن الفعل الضار الذي إقترفه الصغير كان سببه سببا أجنبيا أو قوة قاهرة[2].

أ. آثـــار المســؤولية

إذا ترتبت مسؤولية المشمول بالرقابة قامت تبعا لها مسؤولية متولي رقابة الحاضن فيستطيع المضرور أن يرجع على أحدهما أو على الآخر أو عليهما معا، لأنهما متضامنان أمامه ومن ثم فإن مسؤولية المكلف برقابة الحاضن تقوم إلى جانب مسؤولية الخاضع لها[3].

إذا لم يستطع الحاضن نفي الخطأ المفترض أو نفي العلاقة السببية وحماية الطرف المضرور يحق له المطالبة بالتعويض.

ويجب في هذه الحالة التفرقة بين أن يكون المشمول بالرقابة مميزا أو غير مميز.

1. **أن يكون المشمول بالرقابة مميزا:** إن مسألة المميز مباشرة على أساس المادة (125) من القانون المدني باعتباره مسؤولا عن فعله الشخصي الضار حيث تنص على أنه " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا" وسن التمييز حسب المادة (42) المعدلة بموجب القانون (10/05) هي (13) سنة أو الإستناد إلى المادة (134) من القانون المدني، فلا شك أن المضرور سيرجع على ملئ الذمة، أي على متولي الرقابة في الغالب، لكن لا مانع أيضا أن يرجع المضرور على متولي الرقابة والمميز معا اعتمادا على نص المادة (128) من القانون المدني التي تقضي بالمسؤولية المدنية عن الفعل الضار[4].

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 199.
[2]- حسن علي دنون محمد سعيد رحو، المرجع السابق، ص 326.
[3]- العربي بلحاج، النظرية العام للالتزامات،المرجع السابق، ص 307.
[4]- عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2004، ص90.

2. **أن يكون المشمول بالرقابة غير مميز**: إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز فإن مسؤولية متولي الرقابة تقوم بصفة أصلية، ولذا فلا يتصور رجوع المضرور على غير المميز بما وقع[1].

ومن هنا فإن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولي الحضانة هو الخطأ غير أن هذا الخطأ مفترض في جانبه، يتمثل في تقصير من الحاضن في مراقبة المحضون خلال مدة الحضانة بدليل حصول الفعل الضار الذي يسبب ضررا بالغير.

المبحث الثالث

أســاس الحمايـــة القانونيـــة للمحضون

تضمن قانون الأسرة عدة نصوص تعلقت بالمحضون من جوانب مختلفة، قد جاءت بناء على ما تتطلبها مصلحته، هذا الأساس الذي ذكره المشرع صراحة في خمس مواد من بين (11) مادة ورد لأجل حماية المحضون وضمان احترام حقوقه والتكفل به، غير أن المشرع أخذ بقاعدة مصلحة المحضون دون وضع تعريف لها، وإنما ترك أمر تحديدها إلى اجتهاد القاضي عن التطبيق، حيث على ضوئها يفصل في موضوع الحضانة وعلى أساسه تتخذ كل الأحكام والقرارات التي تتعلق بالطفل المحضون، لكن تظل هذا المبدأ ومعايير تقديره موضع تساؤل لاسيما أن النصوص المنظمة للحضانة تجعل من هذا المبدأ نقطة إنطلاق في مجال حماية المحضون.

فالسؤال المطروح ما هي الآليات والمعايير المعتمدة لتحديد مصلحة المحضون؟

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 199.

المطلب الأول

مصلحة المحضون وتطبيقاتها في قانون الأسرة

تندرج الحماية القانونية للمحضون في قانون الأسرة ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية ويعالجها والمتمثل في مصلحة المحضون، المعيار الذي لم يحدد قانون الأسرة مفهومه وإنما يلقي بعبء تحديد مداه وطبيعته إلى القضاء والتي تتغير بحسب كل حالة على حدا.

الفرع الأول: مبدأ مراعاة مصلحة المحضون

لا يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مفهوم مصلحة المحضون بل أسس الحماية بناءا عليها دون أن يفصل في معاييرها، وإنما اكتفى بالتنصيص عليها بشأن إسناد الحضانة أو تمديدها أو إسقاطها.

أولا / تعريف مصلحة المحضون

1. **تعريف المصلحة:**

إن الشريعة الإسلامية ومراعاة لمصالح الناس وضعت معايير تساعد القاضي وتسهل من مهمته للقضاء والفصل بما هو أحسن وأصلح وهذا من خلال بيانها في المقصود بالمصلحة مع تحديد ضوابطها بصفة عامة.

أ. **التعريف اللغوي:** تطلق ويراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، كما تطلق على الأعمال التي لها مصالح مثل طلب العلم

والجد فيه فإنه مصلحة في كونه سبب للمنفعة المعنوية التي تحصل للمتعلم والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذ الصلاح ضد الفساد والمصلحة واحدة ، و إستصلاح نقيض إستفسد[1].

ب. **التعريف الاصطلاحي:** المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها[2].

ومنزلة الحضانة تندرج تحت هذه المصالح الضرورية ولاسيما المتعلقة بحفظ النسل والنفس والدين، لأن الغرض من الحضانة هو تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويقية عما يضره، ولو كان كبيرا أو مجنونا أو معتوها[3].

2. **تعريف المحضون:** المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل كبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل المعتوه[4]، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه[5].

كما يعرف المحضون بأنه "هو الطفل العاجز عن القيام بمصالح نفسه ولا يميز ولا يستقل بأمره غير مدرك لما يضره وما ينفعه[6].

إذن فالمحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/09/16قضى" تطبق المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري في

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى علم المقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشدرياض،2005/1426،ص105.

[2]-.محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987 ص27.

[3]- ناصر جبر القرم، المرجع السابق ، ص97.

[4]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص725.

[5]- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000، ص 173.

[6]- خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، المرجع السابق، ص 15.

صياغتها الجديدة(الأمر02/05) على حالة الطلاق والوفاة"[1] ونضيف سواء كان هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله[2].

3. **تعريف مصلحة المحضون قانونا:** أشار المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون من خلال توظيف لفظ المصلحة أو اشتمال فكرتها دون ذكر المصطلح، إلا أنه لم يعطي لها تعريفا واضحا ودقيقا، تاركا السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه[3].

وبما أن المشرع الجزائري استقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة (222) منه يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذ لم يوجد نص قانوني في مسألة ما فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن عاقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاها إياه وقال لعمر، ريحها ومسحها وريقها خير من الشهد عندك"[4].

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/09/16، في الملف رقم(511644)، مجلة المحكمة العليا ،2010 ، العدد1، ص228.نقلا عن: جمال ساسي ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1485.

[2]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 50.

[3]- نسرين إيناس بن عصمان،" مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص80.

[4]- جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، المرجع السابق، ص 266.

ثانيا / خصائص قاعدة مصلحة المحضون

1. إن قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حدا وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر[1].

وهكذا فإن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل كل حالة على حدة، لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل ويخول له مهمة تحديد ما يشتمل عليه من الناحية العملية، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية[2].

2. قاعدة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لإجتهاد القاضي وتبصره وحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا[3]، لأن عدم إعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا لنقض لضعف التسبيب فالحكم الذي بقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث[4].

---

[1]- صالح بو غرارة، المرجع السابق، ص 109.
[2]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 78.
[3]- عائدة البرماني غربال، "مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية(تونس مثالا)"، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006، ص 31.
[4]- كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون و القضاء، دار الفكر و القانون ،المنصورة ،2005، ص12.

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في1967/03/29 بأنه" من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فإنه يجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون"[1].
وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضى بأنه" من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون، وهذه يقدرها قضاة الموضوع"[2].

وقضت المحكمة العليا في 2008/02/13 بأنه" يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون"[3].

3. قاعدة مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير فما كان يصلح للطفل في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر[4]، فهي قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمانية والمكانية، فهي تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، كما أنها تختلف من قاضي إلى آخر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدينية[5].

الفرع الثاني: مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

خصص المشرع الجزائري (11) مادة من مواد قانون الأسرة كرس بموجبها مجموعة من الحقوق للمحضون معتبرا مصلحة المحضون ركيزة أساسية يعتمد عليها القاضي عند البت في

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1967/03/29، المجلة الجزائرية 1968،عدد1،ص149. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص 346.
[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 18 /1991/06،في الملف رقم (75171)،غير منشور. نقلا عن: المرجع نفسه ، ص 353.
3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2008/02/13،في الملف رقم(424292)، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 1، ص 267.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1445.
[4]- نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص 80.
[5]- دليلة سلامي، "حماية الطفل في قانون الأسرة"، مذكرة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2008، ص49.

مسائل الحضانة وذلك بإختيار أفضل الحلول بالنسبة للمحضون وترجيحها على بقية المصالح ويمكن إبراز هذا المبدأ في النقاط التالية:

أولا / ترتيب مستحقي الحضانة :الوارد ذكرهم في المادة (64)من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع أضاف عبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون" وعليه فالترتيب الوارد حصرا في المادة (64) ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه[1]،وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10 بأنه" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة (64)، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2008/02/13 قضت بأنه"يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون[3].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر في 1993/02/23، والذي جاء فيه" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة (64)من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[4].

ثانيا / مدة الحضانة: نص المشرع الجزائري في المادة (65) من قانون الأسرة "على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

---

[1]- باديس ديابى، المرجع السابق، ص77.

[2]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2011/03/10، في الملف رقم(313469)، مجلة المحكمة العليا 2012 العدد1، ص 285. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1592.

[3]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2008/02/13، في الملف رقم(424292)، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 1 ص267. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1445.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1993/02/23، في الملف رقم(89672) ،إجتهاد قضائي،عدد خاص،ص166.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص1065.

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/10/24 أنه" تأييد الحكم القاضي بالطلاق والحضانة للأم –طعن بالنقض- لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن(10) العاشرة وهم تحت رعاية الأب – رفض الطعن. إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة(16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة (65) من قانون الأسرة"[1].

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2005/11/16 أنه"لما كان من المقرر قانونا أنه في إسناد الحضانة يعتمد على سن المحضون،فإن عدم ذكر تاريخ ميلاد المحضون في الحكم يمنع المحكمة العليا من مراقبة الحكم."[2]

ثالثا / تنازل الحاضنة(المادة 66 من قانون الأسرة): أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة ولكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 2010/10/14 بأنه" تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"[3].

قضت المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/13 بأن"تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[4]

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/10/24، في الملف رقم(123889)، نشرة القضاة ،1997العدد52،ص111.نقلا عن: المرجع نفسه ،ص864.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/11/16، في الملف رقم(347565)، نشرة القضاة، 2011 العدد 66، ص316. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1581.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2010/10/14، في الملف رقم (581222)، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2011، ص248. نقلا عن: المرجع نفسه ،ص1536.

[4]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/02/13، في الملف رقم(282153)، المجلة القضائية،2004 العدد 1، ، ص275.نقلا عن: المرجع نفسه ، ص1238 .

رابعا / سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط :المنصوص عليها في المادة (62) من قانون الأسرة أين أوجب المشرع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بسقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/07/15" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون[1].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا مؤرخا بتاريخ 2002/02/13 " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعدام في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة.

حيث إن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك إنه يتبين من التقرير الطبي المبرر في ملف الدعوى أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي "بسيكاتر" وإنما كان من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكما على القدرة العقلية لفرد ما لطالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم النفس الإكلينيكي فيما يتعلق بتحديد الأمراض العقلية والنفسية.

وحيث إن مجرد إدخال الزوج زوجته قبل الطلاق إلى مستشفى عين عباسة قسم الأمراض العقلية للتشخيص بتاريخ 24 سبتمبر1996 وخروجها منه بتاريخ16 أكتوبر1996 دون البقاء به كما يتجلى من تقرير الخبير المعين في الدعوى لا يعتبر دليلا في حد ذاته على أنها متأخرة عقليا وقت حكم الطلاق الصادر في 14 ديسمبر 1996 بإرادة الزوج وإسناد حضانة الأولاد إلى الأم مادام لم يظهر من ملف الدعوى أن التقرير الطبي الصادر عن المستشفى قد أثبت ذلك الأمر الذي يؤكد تأكيدا كبيرا على أنها مالكة لقواها العقلية وقادرة على الحضانة لثبوت أهليتها ولما كان لك وكان القرار المطعون فيه أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبإسناد حضانة الأولاد إلى الأب

---

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2010/07/15 ، في الملف رقم(564787)، مجلة المحكمة العليا العدد2، 2010، ص262.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1505.

رغم عدم ثبوت المرض العقلي فإنه قد خالف القانون فضلا عن انطوائه على فساد في الأساس وحيث أنه على هدى ما تقدم يضحى الطعن برمته على أساس فاسد ويتعين معه نقض القرار دون إحالة[1].

وفي القرار المؤرخ بتاريخ 1997/09/30قضت المحكمة العليا بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[2].

خامسا / الإقامة في بلد أجنبي راعى المشرع مصلحة المحضون في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، حيث أعطى للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 بأنه" يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[3].

---

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/02/13، في الملف رقم(265727)، المجلة القضائية، 2002 العدد 22 ، ص271. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1193.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1997/09/30، في الملف رقم(171684) ، إجتهاد قضائي،عدد خاص ، ص169.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص1067.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2008/03/12، في الملف رقم(426431)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008، ص271.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص1447.

المطلب الثاني

دور قاضي شؤون الأسرة في تحقيق مصلحة المحضون

أشار المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون دون تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، حيث تقتضي مصلحة المحضون إلى اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل المحضون وأفضلها، إذا تعددت الحلول وترجيحها على بقية المصالح بما في ذلك مصالح الأب أو الأم، لأن الحضانة حق وواجب في آن واحد[1]، واعتبارا لأن الحضانة من حق الطفل فإن من مسؤولية القاضي كفالة هذا الحق ووقاية الطفل من الإهمال الذي قد يحصل له إذا كان الحاضن غير أهلا للقيام بذلك، أو أن لا تتوفر الظروف الكفيلة بتمكين الطفل من التمتع بهذا الحق على أحسن وجه، وضمانا لاحترام المحضون وتحقيق مصلحته جعل المشرع قاعدة المصلحة جوهر كل انطلاقة في مجال حماية المحضون دون التطرق لمفهومها بل أسس الحماية بناء عليها ولجأ في سبيل ذلك إلى تنظيم أحكام الحضانة من شروط وأصحاب الحق فيها ومكان ممارستها وحالات إسقاطها وعودتها وجعل منها معايير لتقدير مصلحة المحضون والتي تساعد القاضي في تحديد المصلحة المحققة للمحضون.

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1968/12/25، مجموعة الأحكام، الجزء1، ص 82/النشرة السنوية 1968، ص136.نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص369.

الفرع الأول: معايير تقدير مصلحة المحضون

سوف نتطرق للمعيار المعنوي(أولا)، ثم إلى المعيار المادي(ثانيا).

أولا / المعيار المعنوي:

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجي وتفكك الأسري الناتج عنها، فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والذهني والعاطفي والروحي و الاجتماعي، حيث يحتاج إلى المعالجة كأسرة واحدة [1]12وذلك من خلال الاعتماد على هذا المعيار لمعرفة موقع ومكان تحقيق مصلحة المحضون لأن المصلحة هي الأساس في إسناد الحضانة، ولتوضيح ذلك لابد من معرفة مدى تأثير هذا المعيار على المحضون.

تمثل الأسرة في الدراسات التربوية والنفسية و الاجتماعية في مجال الطفولة والتنشئة الاجتماعية دورا مهما، ذلك أن جهاز الضبط الاجتماعي هو أحد مكونات الجهاز النفسي في الإنسان وما هو إلا مركب اجتماعي يكتسبه الطفل من خلال علاقته مع البيئة الاجتماعية والمادية[2]، ومن هنا تظهر أهمية دور الأسرة في التنشئة الاجتماعية للطفل.

ويبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الأم والطفل ثم العلاقة بين الأب والطفل في مرحلة لاحقة، ولاشك أن غياب أحد الأبوين خاصة الأم بسبب إنحلال الرابطة الزوجية يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه(07) سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو

---

[1] -Diane Drory,L'enfant et la séparation parentale, yapaka, Bruxelles ,2002 ,p12.

[2]- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 22.

الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[1]،لأنها تتعلق بالولد من أول فترة في حياته [2] وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال لأن المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية الصيانة أقدر[3]، وهذا ما جسد في القرارات القضائية بإعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها 2006/06/04" حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة الطفل أرزقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[4].

وبما أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة والأمر أوفر الناس شفقة على الولد فيكون الولد مستفادا من جهتها[5]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا "حيث أنه من المقرر شرعا أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق المحضون من جهة أخرى، لذلك لا تجزأ بين الأبوين كما يراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي.

ولما كان ذلك كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب سائغة مادام مخالفا لأحكام المادة 63 من قانون الأسرة وعليه

---

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص303.

[2]- عز الدين محمد الغرياني،دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة الإسلامية و القانون في البلاد العربية،منشورات elga فاليتا ،مالطا،1997،ص183 .

[3]- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 12.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2006/06/04، ، في الملف رقم(368395). نقلا عن :حسين طاهري، المرجع السابق ، ص 582.

[5]- كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص31.

فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين معه نقض القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن"[1].

لأن أهمية الحضانة تقوم على أساس أن محورها الطفل الذي يمثل الأهمية الكبرى في تقرير سلامة المجتمع أو عدمها وأن السلوك الفاضل أو الفاسد إنما ينبني على بناء الخلفيات التي تنشأ في أدوار الطفولة إذ أن شخصية الطفل تتكون خلال السنوات الأولى من عمره، وأن الطفل في هذه المرحلة يكون محل تأثير تام بما يحيط به من أجواء ومن الصعب إزاحة سلوكه في المستقبل سواء كان سويا أو غير سوي، إذ يجب علينا أن نمنح أطفالنا الإحساس والشعور بالسلام والأمان والطمأنينة في هذه المرحلة المميزة والحساسة في حياتهم[2]، حيث يؤكد الخبراء أن المرحلة الأولى من الطفولة وبخاصة في السنوات الخمس الأولى هي المرحلة الأكثر أهمية على المستوى نمو الطفل الفيزيولوجي و الانفعالي و الإجتماعي والمعرفي[3]، ولهذا يحرص القضاة على الكشف على موقع تحقيق مصلحة المحضون بالاعتماد على العنصر المعنوي نظرا لتأثر المحضون بالبيئة التي ينشأ بها وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/07/13" إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب"

حيث جاء في معرض تأسيسه بدعوى أن القرار المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق المادة (64) من قانون الأسرة عندما قضي بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم دون مراعاة مصلحة المحضون مع أن الخبير الطبي المعين بموجب أمر قضائي صادر عن رئيس

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/07/31، في الملف رقم(275990)، مجلة القضاء، 2003 عدد 3، ص 301. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص359.

[2]- نرمين أبو بكر محمد،الإلتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)،تقديم :محمد سليمان الأحمد ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2014 ، ص 12.

[3]- رشدي شحاتة أبو زيد ، المرجع السابق، ص14.

المحكمة قد توصل إلى أن المحضون يشتكي معانات نفسانية عبر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة كما أن التحقيق الذي أجرته المساعدة القضائية المعينة من طرف قاضي الأحداث ذكرت في تقريرها أن خال الولد الساكن مع الجدة لأم قد حكم عليه جزائيا من جريمة إستهلاك المخدرات"[1].

بالإضافة إلى أهمية هذا المعيار في التوافق والتوازن النفسي للمحضون وتكوينه فإنه يهدف إلى التقليل من الآثر الناتج عن تقصير الأسرة في رعاية الحدث والذي يؤدي به إلى الإنحراف، حيث يعتبر السبب الرئيسي في إنحراف الأحداث هو الأسرة التي لاتقوم برعاية الطفل ومتابعته ولا تعلمه أمور دينه التي تنهى عن الانحراف[2]، بالإضافة إلى اضطرابات نفسية أو اضطرابات النمو و قلق التي يمكن أن تكون مرتبطة بالانفصال بصورة خاصة [3]،وهنا تظهر مسؤولية الوالدين والأسرة والمجتمع في توجيه هذا الطفل ومدى رعايته و الاهتمام به وحمايته من الاضطرابات النفسية و من الانحراف،إذ نص المشرع على عقوبة تسلط على أحد الوالدين في حالة إهماله معنويا للأولاد وذلك في نص المادة (3/330) من قانون العقوبات .

كما يعتبر الأمن و الاستقرار و الاعتياد كعامل من عوامل تقدير مصلحة المحضون، فالعجز عن توفير ما يحتاجه الطفل من استقرار وحب يمكن أن يكون عاملا مهما في تفسير جنوح الأحداث، وقد وجد بأن آثار انفصال الطفل عن والديه في سن مبكرة وخاصة في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى قد تكون مضرة بسلوكه وهذا من خلال الدراسة التي قام بها العالم النفساني "بولباي" في سنة "boolby 1946" تحت إشراف منظمة الصحة العالمية والتي بين فيها

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/07/13 ، في الملف رقم(332324)، نشرة القضاة ،2006 العدد 59، ص 236.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1324.

[2]- رشدي شحاتة أبو زيد ، المرجع السابق، ص 8.

[3] - Christine Frisch, Maurice Desmarez Berger,Garde alternée les besoins de l'enfant, yapaka, Bruxelles ,2012,p30

أن الأولاد الذين يفصلون عن أمهاتهم في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى من حياتهم غالبا ما يكونون أشخاصا بلا عطف أو حنان وبالتالي قابلين لأن يكونوا سارقين.

كما أن النظرية التعليمية الاجتماعية المقدمة من طرف "تريسلر" في سنة" trasler 1962"، تنبأ بأن الصغار الذين يتعرضون في حياتهم للانفصال هم أكثر قابلية لأن يكونوا جانحين، وهذا بسبب أن الانفصال بين الأم والأب يؤثر على عملية التربية [1].

وعليه يجب على القاضي الإعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنه أو حاضنته في جو يسوده الأمن المعنوي،من خلال القيام بالواجبات التي تهدف إلى الفائدة للطفل [2]وعليه فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا حق الأولوية على الأب، وإن اعتبار الأم حاضنة مثالية لأبنائها لا يغني الطفل عن حقه في ولاية والده لتربيته وإعداده للحياة ورعاية مصالحه المعنوية[3].

وهو حق زيارة المحضون أي الإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[4]، والحكمة من ذلك هو مراعاة الجانب النفسي والمعنوي للمحضون[5]. فمصلحته تقتضي أن يبقى المحضون على علاقة بكلا الوالديه فمن غير العدل أن يحرم من أحدهما إذا إفترقا والهدف من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية و ضمان

---

[1]- علي مانع، عوامل جنوح الأحداث في الجزائر(نتائج دراسة ميدانية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص44-45.

[2] -Laure Chaussebourg, Baux Dominique,L'exercice de l'autorité parentaleaprès le divorceou la séparation des parents non mariés,inistere de justise, France,2007,p18

[3]- فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها،تقديم :زهير إسكندر، ، دون دار نشر،تونس،دون سنة نشر،ص78.

[4]- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ، ص 297.

5- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 284.

التوازن النفسي للمحضون، إلى جانب دوره في متن الروابط العائلية يعتبر أداة لرقابة مصلحة المحضون ،أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه و تعليمه و تفقد صحته و خلقه[1]

فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/02/19" متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى بها مصلحة المحضون في القيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تكون في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءا مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 /04/ 1990 جاء فيه" متى أوجبت أحكام المادة(64) من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق ما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم ما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

فحق الزيارة المنصوص عليه في المادة (64) لا يقتصر على الأب أو الأم أو ممن تسند لهم الحضانة ليتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ بتاريخ 1969/10/08 " من حق الأجداد إستقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس

1- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 78.

2 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص257

3- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1990/04/16، في الملف رقم(59784)،المجلة القضائية، 1991 العدد4،ص126.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ص549.

بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل"[1]، وقضت به كذلك المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 2001/01/23 بقولها" للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة، ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل المطعون فيه قد وفق فيما قضي له"[2].

ومن ثم فإن مصلحة المحضون تقتضي العمل على استقراره و توفير الأمن له و رعايته ،رعاية اجتماعية و نفسية وصحية يشعر فيها بالراحة و الأمان و الاطمئنان،مما يؤدي إلى التكامل النفسي و الاجتماعي في حياته داخل أسرته وفي مجتمعه الذي ينتمي إليه،[3] فهي أساس لمراحل الحياة القادمة[4]و لهذا فإن الحضانة تسند للأصلح من الأبوين أو لغيرهما مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي هي المعيار الوحيد في ذلك.[5]

ثـــانيا / المعيـــار المـــادي

إن الغاية الأساسية للحضانة هي حماية المحضون معنويا ونفسيا وتربويا ورعايته ماديا لضمان توفير ما يلزمه وتغطية حاجاته الضرورية تحقيقا لمصلحة المحضون، ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق، فلا بد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله كما يجب أن يكون الإبن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى ان يستغني عنها بالكسب،

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1969/10/08،في الملف رقم(غير موجود)،النشرة السنوية،1969 ص327. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص348.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2001/01/23، في الملف رقم(258479)،المجلة القضائية، 2001 العدد2،ص300.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق،ص1001.

3- رشدي شحاتة أبو زيد ، المرجع السابق، ص 8.

[4]- عروبة جبار الخزرجي،حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،1430هـ-2009،ص 58.

[5]-فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص 70.

فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[1].

فعلى القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذا لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم مراعاة لمصلحته وتحقيقا لأمنه المادي، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19 بقولها" من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 قضت بقولها "من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب، ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة(75) قانون الأسرة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة"[3].

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر مؤرخ في 2001/02/12 " بأن قضاة المجلس بقضائهم إسقاط الحصانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفه التهرب من الإنفاق

---

[1]- باديس ديابى، المرجع السابق، ص84.

[2]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1998/02/17، في الملف رقم(179126)، الاجتهادات القضائية غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 198.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1096.

[3]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/16، في الملف رقم (218736)، إجتهاد قضائي ، 2001 عدد خاص ،ص 206.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1101.

دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة و يكونون قد خالفوا أحكام المادة (75) من قانون الأسرة.

حيث أنه بالرجوع إلى مسندات الملف والقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد الإطلاع على هذه الأخيرة يتبين أن قضاة المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإنفاق على محضونين أحدهما أثبت قاض أول درجة بأنه لا يزال قاصرا والآخر معوقا إعاقة كاملة، والهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحاضنة بالإضافة إلى أن البنات دون سن الزواج حسب المادة (07) من قانون الأسرة ملزم بإنفاقهن حتى الدخول بهن وذلك طبقا للمادة (75) من قانون الأسرة" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.وحيث أنه في قضية الحال يوجد إرتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما، الأمر الذي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة إلى حين سقوطها فعلا ومادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون[1].

أما فيما يخص شمولية النفقة فإنها تنص عليها المادة (78) من قانون الأسرة، ويتضح لنا أن قانون الأسرة قد حدد مدى شمولية النفقة بوضوح[2]، والتي تتمثل في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة مثل مصاريف الدراسة إلى آخره من الأمور التي جرى العرف الاجتماعي عليها مراعاة للمصلحة المادية للمحضون فإن

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2001/02/12، في الملف رقم(257693)،المجلة القضائية ، 2002 العدد2 ،ص436. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1195.

[2]- عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق ،ص 107.

تقدير مبلغ النفقة يعود لسلطة القاضي التقديرية لأنها من الأمور الموضوعية التي يستقل بها[1]، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في2006/11/15 ما يلي" يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية" وجاء في معرض تأسيسه "حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع فإن القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون مما يجعل النفقة الغذائية الشهرية للبنت المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار ضمن القرار محل الطعن لا يعتبر قصورا في التسبيب حسب زعم الطاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران كما هو ثابت من سجله التجاري، وكذا إمتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدار البيضاء في المغرب حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى حكم الطاعن بمصاريف علاج البنت المحضونة. فبذلك لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية تثبت تعرض البنت المحضونة لأمراض مختلفة الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين"[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في 1991/05/21قضت " بأن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحضانة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[3].

وهكذا فإن تدخل القاضي في تحديد النفقة وإلزام المدين بها، يحكمه مبدأ أساسي وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.

---

[1]- غالية رياض البشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية و الإتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010، ص54.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2006/11/15، في الملف رقم(372292)، مجلة المحكمة العليا 2007، العدد 1، ص493.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق ص1395.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1991/05/21 في الملف رقم(726002)، نشرة القضاة،العدد47 ،1995،ص149. نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ، المرجع السابق، ص390.

كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة، من أجل ذلك أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكن لحضانة ولده ويجب أن يكون المسكن ملائما للحضانة وهذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي الذي ينظر النزاع حول مسكن الحضانة وحسب العرف والعادات السائدة إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن وهو دفع إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة[1].وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/31 بقولها" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"[2].

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في2010/09/16 بقولها"توفير مسكن ملائم للأم لممارسة الحضانة،يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار"[3]

ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وتوفير الحاجات الضرورية له مما يجعله يعيش في اطمئنان واستقرار، عمل المشرع الجزائري على إقتراح إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان له العيش الكريم وجعله في منأى عن الحاجة، ويأتي مشروع هذا القانون في إطار تنفيذ تعليمات رئيس الجمهورية التي أسداها للحكومة بمناسبة اليوم العالمي للمرأة والتي أمرها بموجبها التفكير في إمكانية إنشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات للأطفال ممن يواجهن مشاكل في تحصيل هذه النفقة فيستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة المحضون المحكوم له بالنفقة بموجب أمر أو حكم قضائي، وتتولى قبض هذه النفقة لصالحه المرأة الحاضنة وأشار المشروع أنه يتم دفع المستحقات المالية

---

[1]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص160.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/07/31،في الملف رقم(288072)، المجلة القضائية، 2004 العدد1، ص278.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1239.

3-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2010/09/16،في الملف رقم(566381)، مجلة الحكمة العليا، 2010 العدد2، ص268.نقلا عن: المرجع نفسه،ص1508.

لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة لامتناع المدين (والد الطفل) بها.

أين نستخلص مما سبق أن الرعاية المعنوية والنفسية والتربوية للمحضون غير كافية إذا لم ترافقها رعاية مادية لضمان توفير الموارد الضرورية وسد حاجاته الأساسية وتحقيق إستقراره المادي والعاطفي.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

جعل المشرع مسؤولية مراعاة مصلحة المحضون من خلال إسناد الحضانة أو إسقاطها عند إنحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث أعطى للقاضي سلطة تقدير هذه المصلحة، ولا يجب أن يكون إستنادا إلى آراءه الخاصة وإنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل[1]، ولهذا على القاضي التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة باعتبار أن أهمية آثارها يكمن في تحديد مستقبل الطفل وظروف نشأته.

ولهذا الغرض أجاز المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه[2] وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى[3]، وحتى قبل مباشرتها فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، ولهذا يستعين القاضي بآليات من خلالها يقدر مصلحة المحضون ويصدر حكمه.

---

[1]- عائدة البرماني غربال، المرجع السابق، ص34.

[2]- تنص المادة(75) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

[3]- تنص المادة (76)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، " يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى".

أولا / الخبـــرة:

تنص المادة (126) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، والخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو بتثبت وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده[1]، ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية و الاجتماعية قبل البت في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في2005/11/16 الذي قضى "إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية"[2]، وفي قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في2006/05/17 قضت أنه" يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون"[3].

كما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر في 1999/03/17" من الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم للأب مع

---

[1]- عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010، ص326.

[2] -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/11/16،في الملف رقم(337176)، نشرة القضاة، 2010، العدد 65، ص319.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1527.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2006/05/17،في الملف رقم (364850)، مجلة المحكمة العليا، 2007 ، العدد 2، ص437.نقلا عن: المرجع نفسه، ص1408.

وجود خالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم قبل وفاتها بسبب الميراث، حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم للأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص عليه في المادة(64)من قانون الأسرة إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم من غيره، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالة القضية لنفس المجلس"[1].

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 أقرت" بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعد قصورا في التسبيب"[2].

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/02/18 " الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون و إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/05/18 بأن"يستعين القاضي،في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون ،بتقرير مساعدة إجتماعية"[3]

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1995/10/24، في الملف رقم (123889، نشرة القضاة 1997، العدد52،ص111. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص864.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2005/07/13،في الملف رقم(332324)،نشرة القضاة ،2006، العدد59 ،ص236.نقلا عن: المرجع نفسه ،ص1324.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ2005/05/18،في الملف رقم(330566)،مجلة الحكمة العليا،2005 ،العدد1،ص301.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1274.

ثانيا / المعاينة:

إذا كانت الخبرة لا تكفي و لا تفي بالغرض المطلوب أو أن الخبرة التي قام بها الخبير لم تتوصل إلى تبيان و توضيح المعلومات الفنية المطلوبة ،يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف شخصيا على وقائع و جوانب النزاع المعروض عليه .[1]

فللقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك و مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها[2]، وذلك طبقا لنص المادة (146) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا إقتضى الأمر ذلك".

وتعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[3].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/21 بأنه" إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب"[1].

---

[1]-بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم و المجالس القضائية، دار البعث ، قسنطينة،2000،ص92 .

[2]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص113.

[3] - مراد محمود سنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، 2008، ص45.

ثالثا / سماع الشهود:

نصت المادة (150) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية[2].

1.**الاستماع إلى أطراف النزاع**: فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما الأصلح لمراعاة مصلحة الطفل، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل[3].

و تنص المادة (454) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
- الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

إلا أن السؤال المطروح هل يعتد برأي المحضون في القضايا المتعلقة به؟ وهل تعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم يأتي بأي نص يعبر صراحة عن وجوب إستماع المحضون في مسائل الحضانة أما بالنسبة للجانب القضائي تباينت الأحكام حول ذلك حيث

---

[1]-.المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 2003/05/21،في الملف رقم(302428)،نشرة القضاة، 2006، العدد 58، ص202.نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق،ص1320.

2- يوسف دلاندة، المرجع السابق ، ص103.

[3]- نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص 165.

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1970/10/21 بأن" سماع الأولاد المحضونين والنظر للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[1].

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1982/01/11" من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن، ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه"[2].

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14أقر بأنه " يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم إلى حين المواجهة أمام المجلس وبحسبه فإنهم إعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[3].

وترتيبا على ذلك فإن القاضي قد لاحظ بأن اختيار الطفل فيه فعلا مصلحة له حكم له به، وإذا رأى انتفاء مصلحته مع الغير أبقى الحضانة للحاضن الأول[4].

2. **الإستماع إلى أفراد العائلة**: يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم وكل هذا من أجل جمع

---

[1]- المجلس الأعلى،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1970/10/21،في الملف رقم(غير موجود) نشرة القضاة،1972،العدد1، ص58. نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1،المرجع السابق، ص72.

[2]- المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1982/01/11، في الملف رقم(26503)، نشرة القضاة، 1982،عدد خاص ،ص236.نقلا عن: المرجع نفسه، ص145.

[3]- المجلس الأعلى،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1981/12/14،في الملف رقم(26225). نقلا عن:زكية حميدو، المرجع السابق، 184.

[4]- زكية حميدو، المرجع السابق، 185.

أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه[1]، وهذا عملا بالمادة (459)من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

[1]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص113.

ملخص الفصل الثاني

على الرغم من سعى المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة و الحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية داخلية،بل اللجوء إلى إبرام اتفاقيات دولية لتقليل ولتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها.

يبقى الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق،خاصة تنازع المطلقين مختلفي الجنسية عن الحضانة وكيفية ممارسة الزيارة و انتقال بالمحضون، الذي يؤول في الأخير بخطف المحضونين وحرمان الطرف الآخر منهم،و يزيد الأمر تعقيدا في حالة عدم وجود اتفاقية بين الدولتين التي يحمل المطلقين جنسيتهما لكي تمنح و تضفي على هذا الحق جملة من الضمانات من خلال حماية الطفل المحضون و السهر على كفالة حرية تنقله بين البلدين و العودة إلى حاضنته.

غير أنه يبقي الاهتمام بالمحضون وبحقوقه من المسائل التي يجب أن تغلب من طرف الحاضن من جهة ومن القضاء من جهة أخرى،فبالنسبة للحاضن عليه رعاية المحضون و الاعتناء به لكي يكون فردا صالحا و سويا من خلال تعليمه و تأديبه و الاعتناء به و التكفل به صحياو حمايته خلقيا، بالإضافة إلى الالتزام برقابته و تحمل المسؤولية في حالة الإضرار بالغير،أما القضاء فإن عليه الفصل في دعاوى الحضانة بما يحقق مصلحة المحضون من خلال السعي و البحث عن الأكفاء للقيام بهذه المهمة عن طريق الاستعانة بالآليات الإجرائية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون.

الخـــاتمـــة

نظرا للأهمية التي يحظى بها المحضون في قانون الأسرة الجزائري و التي يعمل القضاء علي تكرسيها في الواقع بما لا يتعارض وظروفه ، حرص المشرع على توفير حماية للمحضون والعمل على تحقيق مصلحته ساعيا في ذلك إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل باعتباره المتضرر الأول في محيطه الأسري خاصة إذا حصل للأسرة تصدع بالطلاق الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال، و من المؤسف أن قضايا الطلاق هي القضايا الأكثر تداولا على مستوى القضاء، ومنها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها مسائل تبعية لدعاوى الطلاق.

فحماية الطفل المحضون عند طلاق أبويه هي في نفس الوقت حماية ملازمة لقضية الطلاق ومستقلة عنها لأن جميع وسائل هذه الحماية تصدر بمناسبة النظر في هذه القضية والفصل فيها والمشرع خول للقاضي صلاحية الفصل في المسائل التي بدورها تضمن حماية الأطفال وتحقيق استقرارهم من خلال :

1- وضع المحضون عند من يحقق له الرعاية والعناية و القدرة على تربيته و القيام بشؤونه، فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط و التأكد من توافرها للقاضي، وبهذا يكون المشرع قد عبر ضمنيا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون بدون ذكرها.

2- وضع المحضون عند الحاضن الذي ثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن طالبوا بها ليسوا أحق بالحضانة منه، و بالتالي فمسألة إثبات الأجدر للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

3- تمديد للمحضون الذكر بحسب مقتضيات مصلحته، و بالتالي فللقاضي سلطة تقديرية غير مطلقة بل إنها مقيدة بشروط القانونية.

4- إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة، سواء إختلال أحد الشروط أو الإخلال بواجبات عليه، وتسليم المحضون إلى من طلبه إذا كان أهلا لذلك.

و لأهمية الحضانة و أثارها، وحماية للمحضون ، تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر (02/05) الذي أقر ضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون، فاشتمل هذا التعديل على ما يلي:

1)تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم و الأب، و إقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون ،من خلال إعادته لترتيب الحاضنين وجعل الأب في مرتبة الثانية بعد الأم و إلزام الأب بالنفقة و توفير السكن.

2)التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، و ذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية لحق المرأة في حضانة أبنائها و حقها في العمل.

3) رفع التعارض الذي كان قائما ما بين المادة (52) و المادة (72) من قانون الأسرة المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة، و استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين (52)و(72)في صيغة واحدة ترفع اللبس.

4) تدعيم المنظومة التشريعية المتعلقة بالمرأة والطفل المحضون من خلال الموافقة على قانون إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل المحضون المحكوم له بالنفقة من مشاكل التي تواجهه والمثارة في تحصيلها، و محاول التقليل من حدة النزاعات القائمة بسببها حماية للمحضون.

5) تأكيدا من المشرع على الاهتمام بمصالح المحضون وفرضها في الواقع من خلال القضايا المعروضة،و ذلك بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أين أكد على مراعاة مصلحة الطفل المحضون و هذا من خلال المادة (424) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على ما يلي "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر "فبموجب هذه المادة فقد عمم الحماية و ترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

وتكريسا لحماية المحضون من القضايا الناتجة عن حل الرابطة الزوجية و المنتشرة على مستوى المحاكم و التي منها جريمة الامتناع عن تسليم محضون و جريمة خطف المحضون داخل الأسرة من الأب أو الأم ،ولا سيما بعد إسناد الحضانة، و تزداد هذه الظاهرة شدة في حالة الأزواج مختلفي الجنسية و تهريب الأطفال الجزائريين إلى الخارج والتي تصطدم بعقبات دبلوماسية واجهتها الجزائر عن طريق إبرام اتفاقيات ثنائية والتي تم بموجبها فتح إنابات قضائية مابين الدول المتعاقدة في شأن مسألة التنقل بالمحضونين ،غير أن تطرح الحضانة ما زالت تطرح إشكالات على المستوى الدولي مع الدول الأخرى لعدم وجود اتفاقيات في هذا الشأن.

وبالرغم من إجراء هذه التعديلات و السعي إلى تحقيق مصلحة المحضون مازال هناك بعض الفراغ التشريعي و هذا ما تبين من خلال دراسة النصوص القانونية للحضانة ،وواقعها القضائي فيما يخص أحكامها .

1- الغموض الذي يشوب الأهلية المشترطة قانونا إذ نص المشرع في المادة (62) من قانون الأسرة بأنه تثبت الحضانة لمن كان أهلا لها بتوافر شروطها،فالمشرع لم يوضح محتوى تلك العبارة كما لم يحدد الشروط المتطلبة في المرشح للحضانة وهذا ما يؤدي إلى التضارب في الأحكام والقرارات القضائية وينعكس ذلك على المساس بمصلحة المحضون.

2- اختصار أصحاب الحق في الحضانة، بالإضافة إلى عدم تحديد الأقربين درجة و بما أن المشرع يحيل القاضي حسب المادة(222) من قانون الأسرة فالرجوع دائما إلى مصادر الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب الذي يتبعه على الرغم من إختلاف المذاهب في ذلك.

3- أقر المشرع الجزائري حق الزيارة و نص على أنه يحكم القاضي بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة، غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينظم المسائل التطبيقية المتعلقة بهذا الحق ولا بكيفية ممارستها من حيث الزمان و المكان بالرغم من الدور الذي يلعبه هذا الحق في تنشئة المحضون .

4- تنظيم الحضانة في(11)مادة من مواد قانون الأسرة والتأكيد على مصلحة المحضون صراحة في (05) مواد منها، فالمشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون في النصوص القانونية وترك تقدير هاته المصلحة إلى القاضي بناء على الظروف و الوقائع المطروحة

أمامه، و بناء على الواقع الاجتماعي و حاجياته ،فالمشرع يرتكز على مصلحة المحضون كمعيار أساسي في اتخاذ الأحكام و القرارات القضائية في شأنه ، وجعل مفهوم مصلحة المحضون جُزأ لا يتجزأ من المنظومة القانونية و للقاضي تقدير ذلك ،ولكن تظل حدود هذا الحق و ضوابطه موضع تساؤل ذلك أن المشرع ذكر هذا المعيار في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة دون تحديد مفهومها و حدود تقديرها تراكاً السلطة التقديرية للقاضي بناء على نظرته الذاتية للموضوع فقد كان على المشرع التدخل لتوضيح هذا المعيار الذي يعتبر الأساس في الحضانة لهذا وجب على المشرع إعادة النظر في النصوص المنظمة للحضانة وإزالة الغموض الذي يكتنفها باعتبارها الأساس في الحماية القانونية للمحضون.

و يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية للقاضي من جهة أخري في سعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق، مراعيا في ذلك مصلحة الطفل المحضون. ولعل دوره في هذا الشأن صعب نظرا لأن مفهوم المصلحة مرن يتغير بتغير الظروف و الزمان والمكان مما يستوجب الاستعانة بأهل الخبرة في المجال الاجتماعي و النفسي . بحيث تكون حماية الطفل منسجمة ما بين النصوص القانونية المنظمة للحضانة والواقع القضائي الفاصل في مسألة الحضانة.

وبعد هذه الدراسة التحليلية المعمقة لموضوع حضانة الطفل من الناحية القانونية و القضائية،ارتأينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات التي نأمل أن تساهم بالارتقاء النصوص القانونية والأحكام القضائية بما يحقق مصلحة المحضون والتي تتمثل في:

1- إعادة صياغة المادة (62) من قانون الأسرة و رفع اللبس الوارد فيها ، بتحديد وحصر الشروط اللازمة توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا لإسناد الحضانة له.

2- وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة و المسائل المتعلقة بها من حيث مكان الزيارة و مدتها باعتبارها حق من حقوق المحضون.

3- وضع حلول كفيلة للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط الذي يكون أحد أطرافه جزائريا من خلال وضع نصوص قانونية في قانون الأسرة الجزائري أو إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف لتحديد كيفية ممارسة حق الزيارة و الانتقال بالمحضون.

4- وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون وتحديد معايير تقديرها باعتبارها القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي المعروض علية النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقديرية.

ولهذا على المشرع إيجاد وتوفير و تفعيل الضمانات اللازمة لحماية المحضون و مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة و تعديلها و توضيحها و تدارك النقائص الموجودة و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس المحضون و تحقق مصلحته.

قائمـــة المراجـــع

أولا / الكتب و المؤلفات العامة و المتخصصة:

1- الكتب و المؤلفات العامة

1/إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)،دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997.

2/آث ملويا لحسين بن الشيخ ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية ،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر ،2006.

3/أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

4/إمام محمد كمال الدين ، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008.

5/أوهابيه عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري(التحري و التحقيق)،الطبعة الثالثة،دار هومة، الجزائر،2012.

6/بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري(الخصومة القضائية أمام المحكمة)،الجزء الأول،دار الهدى عين مليلة ،الجزائر،2006 .

7/بلتاجي محمد ، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج و الفرقة،الطبعة الأولى،دار التقوى،دون بلد النشر،1421-2001.

8/بخيت الغزالي أحمد ، منصور علي عبد الحليم محمد ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر و دول مجلس التعاون الخليجي، الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2009.

9/بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر،2009.

10/ بغدادي مولاي ملياني ، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

11/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

12/ (ـــــ،ـــــ) ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004.

13/ بلعيد بشير ،القواعد الإجرائية أمام المحاكم و المجالس القضائية، دار البعث ، قسنطينة، 2000.

14/ بلعيور عبد الكريم ، محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009.

15/ بلغيث عمارة ، الوجيز في الإجراءات المدنية ، الطبعة الثانية، دار العلوم ، عنابة،2002.

16/ بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائر حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

17/ بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول ، دار هومة، الجزائر، 2009.

18/ (ـــــ،ـــــ) ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية،الطبعة الثانية ،الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر،2001.

19/ البوطي محمد سعيد رمضان ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987.

20/ بيار ميار، فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص،(ترجمة علي محمود مقلد)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1429-2008.

21/ تقية عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة، بدون بلد النشر ، 1999-2000 .

22/ التكروري عثمان ، شرح قانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الثالثة ، دار الثقافة،عمان ،2010.
23/ جبار الخزرجي عروبة ،حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،1430هـ-2009.
24/ جبر القرم ناصر ،دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان ،2010.
25/ الجزيري عبد الرحمن ، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
26/ جمال الدين صلاح الدين ، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
27/ الجندي أحمد نصر ، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 .
28/ (ـــــ،ـــــ) ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
29/ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932.
30/ بن حرز الله عبد القادر ، المدخل إلى علم المقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشد، رياض،2005/1426.
31/ داودي غالب علي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان ،2001.
32/ دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.
33/ دردوس مكي ، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة،2005 .

34/ دلاندة يوسف ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، (الدعوى القضائية)،الطبعة الثانية،دار هومة ،الجزائر ،2009 .

35/ ديابي باديس ، آثار فك الرابطة الزوجية(تعويض- نفقة –عدة – حضانة – متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008.

36/ ذنون حسن علي ، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار وائل، عمان الأردن، 2006.

37/ ذنون حسن علي ، رحو محمد سعيد ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002.

38/ رياض البشة غالية ، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

39/ رياض فؤاد عبد المنعم ، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي" ،الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.

40/ الزحيلى وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء السابع، دار الفكر، بدون بلد نشر،1985.

41/ الزحيلي وهبة ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000.

42/ زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري" مقارنا بالقوانين العربية"،(تنازع القوانين) ،الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

44/أبو زهرة محمد ، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

45/الزيلعي جمال الدين بن يوسف ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، الجزء الثالث، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان ،1995.

46/ سعد عبد العزيز ، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة،دار هومة،الجزائر، 2005.

47/ (ـــــ،ـــــ) ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2000.

48/ (ـــــ،ـــــ) ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة، دار هومه ، الجزائر،1996 .

49/ (ـــــ،ـــــ) ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007.

50/ (ـــــ،ـــــ) ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1995.

51/ أبو السعود رمضان ، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2007.

52/ بن سعيد عمر،الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، 2004 .

53/ سلامة أحمد عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص،الجنسية و الموطن ومعاملة الأجانب و التنازع الدولى للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، الطبع الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

54/ سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

55/ سلمان نصر ، سطحي سعاد ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)،دار الهدى،عين مليلة ،2003.

56/ سمارة محمد ،أحكام وأثار الزوجية ،الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2002.

57/ سنقوقة سائح ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجزء الأول ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر،2011.

58/ السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،(نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام) ، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، المجلد الثاني،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

59/سنيكات مراد محمود، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

60/شامي أحمد ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،(دراسة فقهية و نقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2010.

61/شتوان بلقاسم ،الطلاق في الفقه المالكي (دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري) ،دار الفجر،الجزائر،بدون سنة نشر.

62/شريقي نسرين ، بوفرورة كمال ، قانون الأسرة الجزائري،إشراف: ديدان مولود ،الطبعة الأولى ،دار بلقيس لنشر و التوزيع ،الجزائر،2013.

63/بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

64/بن صغير محفوظ ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع،الجزائر ،2012.

65/صقر نبيل ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.

66/صقر نبيل ، قمراوي عز الدين ،قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2008.

67/طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

68/أبوعامر محمد زكي ،قانون العقوبات القسم الخاص،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،1989.

69/بن عزوز عبد القادر ،أحكام فقه الأسرة،(دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى،دار قرطبة لنشر و التوزيع،الجزائر،2007.

70/علي سليمان علي ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.

71/(ـــــ،ـــــ) ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

72/أبو العنين بدرا ن بد ران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، لبنان،1967.

73/العيش فضيل ،شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر ،الجزائر،2008.

74/(ـــــ،ـــــ) ،قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2007.

75/غصوب عبده جميل ، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010.

76/فاضلي إدريس، إجراءات التقاضي أمام المحكمة ،المجلس، المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، فسيلة لنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

77/فخري الحديثي عبد الرزاق ، حميدي الزعبي خالد ، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأشخاص،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، 2009.

78/فراج حسين أحمد ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1998.

79/فرج رضا ، شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976.

80/قدادة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

81/قورة عادل ، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام الجريمة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

82/كمال الدين محمد ، سراج محمد أحمد ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية،بدون بلد نشر،1999.

83/ لعور أحمد ، صقر نبيل ،الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى، الجزائر،2007 .

84/مانع علي، عوامل جنوح الأحداث في الجزائر(نتائج دراسة ميدانية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

85/محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

86/محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع في القانون المدني الجزائري، دار الفكر الحديث، الجزائر، 2003.

87/بن محمود فاطمة الزهراء ، دولة سامية ، اجتهادات قضائية معلق عليها ،تقديم :زهير إسكندر،دون دار نشر،تونس،دون سنة نشر.

88/المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2009.

89/ بن ملحة الغوثي ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

90/منصوري نورة ،التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية،دار الهدى،عين مليلة، الجزائر،2012.

91/نجم محمد صبحي ، شرح قانون العقوبات الجزائري(القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

92/(ـــــ،ـــــ) ، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

93/نمور محمد سعيد ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، الطبعة الأولى، الجزء الأول،دار الثقافة ،عمان، 2005.

94/الهداوى حسن ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

95/واصل نصر فريد ،الولايات الخاصة"الولاية على النفس و المال في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى ،دار الشروق ،القاهرة ،2002.

96/ولد خسال سليمان ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثانية ،الأصالة للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2012.

2- الكتب و المؤلفات المتخصصة

1./ أبوبكر محمد نرمين ،الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة،(دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)،تقديم:محمد سليمان الأحمد ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2014.

2./ بوغرارة صالح ،حقوق الأولاد في النسب والحضانة،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2013.

3./ البنا كمال صالح ، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون و القضاء، دار الفكر و القانون ،المنصورة،2005.

4./ جمال الدين صلاح الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

5./ الجندي أحمد نصر ، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

6./ حمدان عبد المطلب عبد الرزاق ،الحضانة و آثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة،2008.

7./ شحاتة أبو زيد رشدي ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية،(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية، 2012.

8./ عصمت محمد أمين هدى ، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
9./ أبوغاية خالد عبد العظيم أحمد ، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2013.
10./ الغرياني عز الدين محمد ،دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة و القانون في البلاد العربية ،منشورات elga،فاليتا ،مالطا،1997.
11./ لحية نور الدين ، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث،القاهرة،2009.
12./ محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة و القانون ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان 2010.

ثانيا / المقالات العلمية:

1./دربة أمين ، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة سعيدة، العدد الرابع، 2011.
2./لدرع كمال ،" مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة" ، المجلة القانونية و الإقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد رقم1، 2001.
3./مخلف الزيدي حسين رجب محمد ،"الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة)"،مجلة التقني، مجلد الرابع و العشرون ،العدد العاشر ،2011.
4./يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 03، 2005.

ثالثا / الرسائل و المذكرات الجامعية

1. رسائل دكتوراه:

- حميدو زكية ،" مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،غير منشورة، كلية الحقوق،جامعة تلمسان، 2005/2004.

2. مذكرات الماجستير:

- بن عصمان نسرين إيناس ،" مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009/2008.

- بوزيان عبد الباقي ،"الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام، كلية الحقوق ،جامعة تلمسان،2010/2009.

- جزار فاطمة الزهراء ، "جريمة إختطاف الأشخاص"،مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة باتنة، 2013 -2014.

- دربة أمين ، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله ، (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة تلمسان،2007- 2008.

- رابطي زهية ، "الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع قانون دبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2007- 2008.

- سويقات بلقاسم ، "الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري"، مذكرة الماجستير في قانون جنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة ورقلة، 2010 -2011.

- سلامي دليلة ، "حماية الطفل في قانون الأسرة"، مذكرة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2008.

- مرزوقي فريدة ، "جرائم اختطاف القاصر"، مذكرة ماجستير في فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2010-2011.

- مولود بوبكر ، "الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا"، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

رابعا / النصوص القانونية و التنظيمية

1) النصوص القانونية و التنظيمية الوطنية

أ. الاتفاقيات

-الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال، المؤرخة في1988/06/21المصادق عليها بالمرسوم(144/88)المؤرخ في 1988/06/26 الجريدة الرسمية العدد(28-30) لسنة 1988.

ب. النصوص القانونية

-القانون(11/84)المؤرخ في09 رمضان 1404هـ ،الموافق لـ :09يونيوسنة1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ،المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05)المؤرخ في 27فبراير2005،صادر بالجريدة الرسمية عدد (15)،المؤرخة بتاريخ 2005/02/27.

-القانون رقم(23/06)المؤرخ في2006/12/20 المعدل و المتمم للأمر(156/66)، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد(84)، الصادر في2006/12/24 .

-القانون رقم(07/05)المؤرخ في2007/05/13،المعدل والمتمم للأمر رقم(85/75) المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن قانون الحالة المدنية،الجريدة الرسمية، عدد (31) ، الصادرة في2007/05/13.

-القانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل:25فبراير 2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،الصادر بالجريدة الرسميةعدد21،المؤرخة بتاريخ 23أبريل 2008.

-القانون رقم (05-10)المؤرخ في 13جمادى الأول عام 1426هـالموافق 20يونيو سنة 2005م المعدل و المتمم للأمر رقم (75-58)المؤرخ في 20رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ،العدد(44) ، السنة26 يونيو2005م.

-الأمر رقم(02/11)،المؤرخ في 23 فيفري 2011 ،المتمم للأمر رقم(155/66)، المؤرخ في1966/07/08، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ،الجريدة الرسمية عدد(12)،الصادرةفي2011/02/23.

2) النصوص القانونية و التنظيمية الأجنبية

-قانون(98-97) الصادر في 27 نوفمبر1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، جريدة رسمية رقم 96 لسنة 1998.

خامسا / المجلات القضائية

1/بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 "و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة " ،الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

2/ سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)،الطبعة الأولى، (ج1-ج2-ج3) منشورات كليك، المحمدية الجزائر ، 2013.

3/سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات (قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، الطبعة الأولى ، (ج1-ج2-ج3) منشورات كليك، المحمدية الجزائر ، 2014.

سادسا / المراجع الأجنبية

1/ Chaussebourg Laure,Dominique Baux,L’exercice de l’autorité parentaleaprès le divorceou la séparation des parents non mariés,inistere de justise, France,2007.

2/ Drory Diane,L’enfant et la séparation parentale, yapaka, Bruxelles ,2002 .

3/ - Frisch Christine,DesmarezMaurice Berger,Garde alternée les besoins de l’enfant, yapaka, Bruxelles ,2012.

الفهـــرس

مقدمة.....أ– د

الفصل الأول :الأساس القانوني لدعاوى الحضانة كحق ترتب عن تبعات الطلاق.....9

المبحث الأول: الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.....11

المطلب الأول: دعوى إسناد الحضانة..... 11

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى إسناد الحضانة.....12

أولا / قواعد الاختصاص 13

ثانيا / شروط قبول دعوى إسناد الحضانة.....14

ثالثا / حالات إسناد الحضانة..... 15

رابعا / التدابير الإستعجالية.....18

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى إسناد الحضانة.....19

أولا / ضوابط إسناد الحضانة.....20

ثانيا / الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة.....33

المطلب الثاني: دعوى تمديد الحضانة..... 44

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى تمديد الحضانة.....45

أولا / قواعد الاختصاص 45

ثانيا / شروط قبول دعوى تمديد الحضانة.....46

ثالثا / سلطة القاضي في تمديد الحضانة.....49

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى تمديد الحضانة.....50

أولا / مدة الحضانة..... 51

ثانيا / تمديد الحضانة..... 55

المطلب الثالث:دعوى إسقاط الحضانة.....58

الفرع الأول: الأسس الإجرائية لدعوى إسقاط الحضانة.....59

أولا / قواعد الاختصاص.....59

ثانيا / شروط قبول دعوى إسقاط الحضانة..... 60

ثالثا / سلطة القاضي في دعوى إسقاط الحضانة..... 61

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية لدعوى إسقاط الحضانة.....64

أولا / أسباب سقوط الحضانة.....64

ثانيا / عودة الحضانة إلى مستحقيها..... 75

المبحث الثاني: الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه..... 78

المطلب الأول: جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا..... 78

الفرع الأول: أركان جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير..... 79

أولا / يجب أن يكون الطفل قد وكل إلى الغير.....79

ثانيا / يجب أن يطالب به من له الحق في المطالبة به..... 81

ثالثا / عدم تسليم الطفل..... 81

رابعا / القصد الجنائي.....83

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء.....84

أولا / إجراءات المتابعة.....84

ثانيا /الجزاء.....86

المطلب الثاني: عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي.....86

الفرع الأول: شروط وأركان جريمة عدم تسليم قاصر.....87

أولا / الشروط الأولية لقيام الجريمة.....87

ثانيا / أركان الجريمة 91

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء.....95

أولا / إجراءات المتابعة.....95

ثانيا / الجزاء..... 97

المطلب الثالث: جريمة إختطاف المحضون من حاضنه..... 98

الفرع الأول: أركان جريمة إختطاف المحضون من حاضنه..... 99

أولا / الركن المادي..... 99

ثانيا / توفر حكم قضائي.....100

ثالثا / الركن المعنوي.....101

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء..... 102

أولا / إجراءات المتابعة.....102

ثانيا / الجزاء.....103

المطلب الرابع: جريمة عدم دفع النفقة المقررة قضاءا..... 103

الفرع الأول: شروط وأركان قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة.....104

أولا / الشروط الأولية.....105

ثانيا / الأركان المكونة للجنحة.....113

الفرع الثاني: إجراءات المتابعة والجزاء.....119

أولا / إجراءات المتابعة.....120

ثانيا / الجزاء.....123

الفصل الثاني:إشكـــــالات الحضـــــانة و طرق حلها.....126

المبحث الأول: الحضانة في الزواج المختلط.....127

المطلب الأول:الزواج المختلط.....128

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط.....129

أولا / القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج المختلط.....129

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج المختلط..... 135

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط.....139

أولا / مضمون آثار عقد الزواج.....139

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....140

المطلب الثاني: إنحلال الزواج المختلط..... 140

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج المختلط.....141

أولا / حالات إنحلال الزواج..... 141

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج المختلط.....142

الفرع الثاني: الحضانة كأثر من آثار الزواج المختلط.....143

أولا / الحلول على الصعيد الوطني.....144

ثانيا / الحلول على الصعيد الدولي.....154

المبحث الثاني: المسؤولية عن أفعال المحضون.....157

المطلب الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن.....158

الفرع الأول: تولي شخص الرقابة على شخص آخر.....159

أولا / الملتزم بواجب الرقابة..... 159

ثانيا /الخاضع للرقابة.....163

الفرع الثاني: إلحاق الخاضع للرقابة ضررا للغير..... 164

أولا / حالات الخضوع للرقابة بمقتضى المادة 134 من القانون المدني.....165

ثانيا / صدور فعل ضار ممن هو تحت الرقابة..... 165

المطلب الثاني: أساس مسؤولية متولي الرقابة وطرق دفعها.....167

الفرع الأول: أساس مسؤولية متولي الرقابة.....167

أولا: الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة..... 168

ثانيا: العلاقة السببية المفترضة..... 170

الفرع الثاني: طرق دفع مسؤولية متولي الرقابة.....171

أولا / نفي الخطأ المفترض..... 171

ثانيا / نفي العلاقة السببية التي تربط الضرر بالخطأ المفترض.....173

المبحث الثالث: أساس الحماية القانونية للمحضون.....175

المطلب الأول: مصلحة المحضون وتطبيقاتها في قانون الأسرة..... 176

الفرع الأول: مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.....176

أولا / تعريف مصلحة المحضون.....176

ثانيا / خصائص مبدأ مصلحة المحضون.....179

الفرع الثاني: مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري..... 181

أولا / ترتيب مستحقي الحضانة.....181

ثانيا / مدة الحضانة..... 181

ثالثا / تنازل الحاضنة.....182

رابعا / سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط.....183

خامسا / الإقامة في بلد أجنبي.....184

المطلب الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في تحقيق مصلحة المحضون..... 185

الفرع الأول: معايير تقدير مصلحة المحضون..... 186

أولا / المعيار المعنوي.....186

ثانيا / المعيار المادي.....192

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....197

أولا / الخبـــــرة..... 198

ثانيا / المعاينة..... 200

ثالثا / سماع الشهود..... 201

الخاتمة.....205

قائمة المراجع.....210

الفهرس..... 223