جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقـوق

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: "الأحوال الشخصية"

إعداد

الطالبة: إيمان معمري

إشراف

الدكتور: إبراهيم رحمانـي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أبو بكر لشهب	أستاذ تعليم عالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
إبراهيم رحماني	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أبو بكر خلف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
محمد رشيد بوغزالة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
محمد بجاق	أستاذ مساعد "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2014 / 2015.

جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقـوق

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: "الأحوال الشخصية"

إعداد

الطالبة: إيمان معمري

إشراف

الدكتور: إبراهيم رحمانـي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أبو بكر لشهب	أستاذ تعليم عالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
إبراهيم رحماني	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أبو بكر خلف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
محمد رشيد بوغزالة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
محمد بجاق	أستاذ مساعد "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2014 / 2015.

شكـــر وتقـــدير

أحمد الله عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع، فالشكر أولا وأخيرا لصاحب الفضل الله عز وجل الذي من علي وأوصلني إلى ما أنا فيه والذي منحني الصبر والإرادة لإتمام هذه المذكرة.

ثم أتقدم بوافر الشكر إلى أستاذي الفاضل الدكتور إبراهيم رحماني الذي كان له الفضل في إتمام هذا العمل المتواضع بقبوله الإشراف على هذه المذكرة وكذا على حسن المعاملة والتقدير والتفهم.

كما أتوجه بفائق شكري وامتناني إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتي، وعلى ما أمضوه من وقت وما بدلوه من جهد لقراءة هذه المذكرة.

وأشكر كل من ساهم في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد.

وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين.

إهـــــــداء

إلى سر وجودي في هذه الحياة

إلى اللذين تعبا من أجلي وغمراني بحبهما وحنانهما لأخوض معركة الحياة

إلى من سهرا على تربيتي وتعليمي وارشادي حتى هذه المرحلة حفظهما الله ورعاهما وألهمهما الصحة والعافية

إلى الوالدين الكريمين

إلى من أثار في الطموح إلى المعرفة ودفع بي إلى درب العلم والتحصيل نازعا عني التردد باعثا في الأمل مساندا لي في أول كل درب

عمي عبد الـرزاق

إلى زهور حياتي ومن هم أقرب إلي من روحي وبهم أستمد عزتي وإصراري وفرحي أخواتي

آيـة – تريـدة – هديــل

إلى توأم روحي شريكي في كل نجاح وبوصلتي في كل خطوة

إسمـاعيـل

إلــى صديقـاتــي ورفيقـاتي دربـــي

حنـان – لـبنـى– سعيـدة – جهـاد

إلى كل العائلة والأهل والأصدقاء الذين شجعوني على الاستمرار والمواصلة

إلى كل من ألقى في طريقي حجرا لأنه دفعني إلى كسر الحجر والإصرار على قطع الطريق

إلى كل من أزاح عن طريقي حصاة لأنه ساعدني في سرعة الوصول إلى العلم

إلى كل هؤلاء أهذي هذا العمل

معمري إيمان

قائمة الرموز والمختصرات

ط : طبعة

ع : عدد

ج : جزء

م : مجلد

ص : صفحة

ن ق : نشرة القضاة

ج ر : جريدة رسمية

ا ق : اجتهاد قضائي

ع خ : عدد خاص

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

م ق : مجلة قضائية

م ع : محكمة عليا

م م ع : مجلة المحكمة العليا

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق إ م إ ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ملخص

يعالج هذا البحث موضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة استنادا في ذلك على النصوص القانونية وبعض الآراء الفقهية.

حيث إن المشرع جاء بنصوص قانونية بموجب الأمر رقم 02/05 تسعى للإلمام بمشاكل وظروف الطفل حرصا منه على الحفاظ على حقوقه، لكنه بالرجوع إلى واقع القضاء نجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة المجال في إسناد الحضانة إلا أنه يحكمها ضابط "مصلحة المحضون"، فحيث ما تحققت هذه المصلحة توجه إليها من أجل وضع الطفل عند الأقدر على رعايته.

بالإضافة فإنني استندت إلى اجتهادات وقرارات قضائية في هذا المجال، وهذا للطبيعة التي يتميز بها هذا الموضوع عن غيره ونظرا لمكانة المحضون بصفته رجل الغد ومكانة الأسرة في المجتمع، وتطرقت إلى أهمية الدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.

Résumé

Cette recherche traite le sujet du contrôle de la discrétion du juge dans l'attribution de la garde algérienne et cela sur la base des textes juridiques et des points de vue doctrinales.

Le législateur a porté des textes juridiques en vertu du Décret n ° 05/02 visant à se familiariser avec les problèmes et les circonstances de l'enfant, dans le souci de préserver leurs droits, mais en se référant à la réalité du pouvoir judiciaire, nous pouvons constaté que juge possède un domaine vaste dans la discrétion de l'attribution de garde, qui est gouverné par «l'intérêt de l'enfant" officier, une fois ces intérêts sont réalisés le juge pourra y référé afin de porter à l'état de l'enfant le parrainage adéquat.

En outre, je me suis appuyé sur la jurisprudence et les décisions judiciaires, ceci est bien la nature qui caractérise ce sujet comparant à d'autres sujets, vue aussi l'état de l'enfant comme l'homme de demain et la place de la famille dans la communauté, j'ai touché l'importance du rôle du juge dans ce domaine.

مقـــــدمة

إن القانون هو تعبير عن الواقع الإنساني والاجتماعي، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية.

والقواعد القانونية نوعان منها التي لا تقبل التغير والتطور ومنها المرنة التي يضعها المشرع هادية للقاضي ليعتمد عليها فيما يعرض عليه من القضايا ولا يقيد فيها بحل واحد بل بتغير الظروف.

وحتى يتسنى للقضاة إحقاق الحق وإنصاف المظلومين مكنهم المشرع من تطبيق القانون، فجعل لهم مساحة كبيرة للتحرك، خاصة في الأحوال والظروف التي تتطلب من القاضي إعمال النظر والتصرف لإنهاء الخصومة.

فكانت السلطة التقديرية للقاضي تلك المكنة التي خولها له المشرع ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون النص القانوني فيها دلالته غير قطعية.

ولا بد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات يكون للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه ومنه نكون بصدد ما يسمى "السلطة التقديرية"، وتنعدم هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظم من قبل القانون في جميع عناصره.

وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار بالغة الأهمية، من ابرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة الزواج بوصفه الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع ولكي تستطيع المحافظة على متانتها ووحدتها يجب أن تقوم على أسس راسخة.

ولما كانت بعض الأحكام المتعلقة بهذه المسائل لا تقبل الحسم كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الأشخاص فضلا عن عدم استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكامها كان من الضروري أن يعطى للقاضي دور ايجابي لحسم النزاعات عن طريق الاجتهاد لإسقاط الحكم القانوني والشرعي المناسب عليها.

ومن هنا تعرف السلطة التقديرية بأنها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة، في الأمور المعروضة أمامه بجميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، واختبار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في حكم القضائي.

ومن هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية تدل على القوة والصلاحية التي تمنح لقاضي معين للقيام بتقدير أمر ما؛ بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى.

فالسلطة اصطلاحا لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى، فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منحه ما تفيده كلمة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يتمكن من استعمالها على المضمون الصحيح، وأن ينفذ نتائجها ولو بالقوة وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

والتقدير اصطلاحا: تبيين كمية الشيء وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن أو قبح ونفع أو وضرر وغيرهما.

ومادامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة فقد تم تخصيص هذا البحث لضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة.

وما تجدر الإشارة إليه أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة تسمح للقاضي

بإيجاد الحل المناسب مما فتح المجال واسعا له لإعمال سلطته التقديرية.

ومنه يمكن القول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية قانونية تخول له إعمال نشاطه في فهم الوقائع المطروحة أمامه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية.

وإن المشرع فتح المجال أمام قاضي شؤون الأسرة إلى حد بعيد لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسة عمله القضائي، وهو الأمر الذي يلتمس باستقراء مختلف نصوص قانون الأسرة، خاصة في موضوع الحضانة؛ لأن القاضي يكون في كثير من الأحيان الأقدر من غيره في ذلك بحكم خبرته في فض النزاع.

ولهذا الموضوع أهمية بالغة كونه يتعلق بالطفل، وهو أحد المقاصد السامية للزواج، ولا شك أن رعاية الأولاد بعد حل الزواج تأخذ نفس الأهمية والعناية أثناء قيام الزواج، كما أن للطفل حقوقا إنسانية أساسية ينبغي أن يعمل المجتمع عامة والأسرة خاصة على توفيرها له، وهو أمر واجب لرعايته وحفظه خاصة في حالة إنهاء العلاقة الزوجية بين الوالدين.

وإن من أبرز الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال والمشاكل التي تطرحها مصلحة هذا الطفل المحضون ومن يكفله.

ومما لا شك فيه أن الحضانة تعد من أهم الأمور التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، لأنها تختص بالطفل باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة والمجتمع، وهي من أهم الأولويات التي يجب الأخذ بها؛ لأنها تقوم من يوم ازدياد الطفل، لكن مصلحة الطفل لا تظهر بشكل يلفت النظر إلا بعد التفرقة بين الزوجين، وهذا لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية له.

والحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل؛ لأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل

دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها.

وتعود أسباب اختيار الموضوع إلى ما يلي:

1. إن دعاوى الحضانة تعتبر من أكثر الدعاوى المطروحة أمام القضاء، وهذه الدعاوى عادة ما تظهر بعد الطلاق وانتهاء الزوجية، فمن المؤسف أن ظاهرة الطلاق تزداد بشكل ملحوظ في مجتمعنا حاليا ما نتج عنه انعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة على الأولاد المحضونين؛ لذلك جاء سبب اختيار هذا الموضوع لمعالجة نصوص مواد الحضانة ولبيان ما إذا كانت تلبي احتياجات الطفل وتحقق مصلحته أم لا.

2. الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الحضانة باعتباره مؤثرا مباشرا على الأسرة من جهة وتأثيرها السلبي على الأطفال.

3. اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة ومدى سلطته في مراعاة مصلحة[1] المحضون.

4. تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في إسناد الحضانة.

5. محاولة معرفة مدى إلمام المشرع بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة الطفل المحضون.

[1] المصلحة هي: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينهم".(البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1977، ص 23). وعرفها الغزالي بأنها: "عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، وتعني المحافظة على مقصود الشارع". (الصايغ، محمد، المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر الغربي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2007، ص 24). أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتطرق إلى مفهوم المصلحة أو إلى تحديدها ولعل مرده إلى صعوبة ضبط معيار للمصلحة؛ لأنها تختلف من حالة إلى أخرى، فمفهومها نسبي يتغير بتغير المكان والزمان والحالات الخاصة. (رقية، أحمد داود، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989"، يوم دراسي حول الحقوق الأساسية للطفل، جامعة وهران، 2004، ص 4).

كما يطرح هذا الموضوع عدة إشكاليات تتلخص في تحديد ما هي ضوابط السلطة التقديرية التي منحها المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسألة إسناد الحضانة؟

ويهدف هذا البحث إلى إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، وتبيين الوضع الأصلح للطفل فيما يختص بالحضانة، وكذا توضيح الأحكام القانونية والقضائية المتعلقة بالحضانة.

أما فيما يخص الدراسات السابقة في موضوع البحث فهي كثيرة ومتنوعة تمت الاستفادة منها في تحرير مختلف الجزئيات؛ ولعل أهم تلك الدراسات:

- أطروحة دكتوراه للباحثة: حميدو زكية بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2005 بعنوان: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية.
- أطروحة دكتوراه للباحث: شامي أحمد بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2014 بعنوان: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

أما بشأن المنهج المتبع فقد سار البحث باعتماد المنهج الوصفي؛ فلإعطاء الصورة الفعلية للحضانة كما هي مقررة أحكامها في قانون الأسرة الجزائري مع إثارة مواقف القضاء والمبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي وكانت على أساسها تصدر قرارات المحكمة العليا أي أنني حاولت الربط بين الجانب النظري والتطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

ثم اعتماد المنهج التحليلي وهذا في سبيل تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وتكييف حقيقتها مع الواقع المعيش، خاصة في مواجهة الموجة العارمة من الدعاوى المعروضة على مستوى المحاكم، ومدى تناسب القرارات القضائية في هذا الجانب مع الاستناد لمصلحة المحضون والاستناد لبعض الآراء القانونية، كما حاول البحث تتبع مختلف المعلومات الخاصة بالموضوع لإعطاء شرح يخدم مفرداتالموضوع.

وجاءت خطة البحث في مقدمة وفصلين؛ حيث تطرق الفصل الأول إلى مجال تدخل القاضي الجزائري في إسناد الحضانة، وأدرج تحته مبحثان الأول النظام القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري بمطلبين؛ أولهما مفهوم الحضانة والثاني استحقاق الحضانة وشروط ممارستها. أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان: سلطة القاضي الجزائري في إسناد الحضانة،وهو مفصل بمطلبين؛ الأول مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والثاني سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان: آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة، وينقسم إلى مبحثين: الأول حول المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري، في مطلب أول منه: حق المحضون في النفقة والسكن في قانون الأسرة الجزائري وفي المطلب الثاني: حق الزيارة تبعا لإسناد الحضانة. وجاء المبحث الثاني بعنوان: المنازعات المتعلقة بإسناد الحضانة في قانون الأسرة على ضوء القضاء الجزائري، وهو مفصل في مطلبين؛ الأول: المساس بمصلحة المحضون والرقابة القضائية في قانون الأسرة الجزائري، والثاني: أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة

وفي الأخير جاءت الخاتمة لتقديم حصيلة لما سبق، واقتراح بعض التوصيات. وأعقب ذلك الفهارس.

أسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في تحرير صفحات هذا البحث.

الفصل الأول

مجال تدخل القاضي الجزائري في إسناد الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث تكفل له التربية الصحيحة والخلقية السليمة، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، وكذا قانون الأسرة الجزائري.

سوف نتناول مضمون هذا الفصل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول:النظام القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني: سلطة القاضي الجزائري في إسناد الحضانة.

المبحث الأول

النظام القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري

تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف، وهذه المراكز هي الحضانة وما يترتب عنها من أحقية، حيث تثير إشكالا من حيث ممارستها والأحقية في الأولوية فيها.[1]

ولكي تتضح أحكام الحضانة من مختلف جوانبها الأخرى يحسن تقسيم هذا المبحث إلى عدة فقرات نبدؤها بتعريف الحضانة، وبمعرفة أصحاب الحق فيها ثم نعرج على شروط ممارستها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.

المطلب الثاني: استحقاق الحضانة وشروط ممارستها.

[1] لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 109.

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

الحقوق التي تضمنتها الحضانة كثيرة ومتعددة، كما أن الجهات التي تتولى صياغتها وتنفيذها مختلفة، وللحضانة عدة خصائص، فلزم الأمر عرض هذه التعريفات (الفرع الأول)والتطرق لخصائصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

سوف نعرض تعريف الحضانة في الفروع التالية:

أولا: التعريف اللغوي للحضانة

الحضن: ما دون الإبط إلى الكشح (والكشح ما بين الخاصرة والضلوع). والحضن هو الجنب، وحضن الطائر بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه.[1]

وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه فهو حاضن، والجمع حضنة وحضان وهي حاضنة، والجمع حواضن.

ويقال:احتضن هذا الأمر: تولى رعايته والدفاع عنه.

والحاضن والحاضنة: هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.

والحاضنة: التي تقوم مقام الأم في تربية الولد.

والحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه.[2]

---

[1] الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، 1989، ص125.

[2] المعجم الوسيط، مصر، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004، ص182؛ المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، ط 1، 1980، ص158.

ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة

وردت عدة صيغ في تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، ولعل أشهرها باعتبار المذاهب الفقهية ما يلي:

تعريف الحنفية: الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة.[1]

تعريف المالكية: الحضانة هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه؛ أي: في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[2]

تعريف الشافعية: الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه؛ لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي: تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك.

عرفها الحنابلة: الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو مختل العقل عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه.

التعريف المختار: تعريف الحنفية والمالكية لقصر مفهوم الحضانة على حضانة الولد الصغير ذكرا كان أو أنثى؛ لأن هذا المفهوم هو المتبادر إلى الذهن من إطلاق كلمة الحضانة فلا يدخل في مفهومها رعاية الشيخ الكبير ولا الكبير المجنون أو المعتوه.[3]

ويرى ابن قيم الجوزية أن الولاية على الطفل نوعان؛ نوع يقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع،

---

[1] زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط 1، ج 10، 1993، ص7.

[2] الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، ص226.

[3] زيدان، عبد الكريم، المرجع السابق، ص7.

وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.[1]

أما محمد أبو زهرة فيرى أنه تثبت للطفل مند ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، والثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال.

أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول منها يكون للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء. فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم على شؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء بجانبه خاصة.[2]

وإنه من الطبيعي أن تناط حضانة الطفل بوالديه بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين في حضانة الطفل واجب طبيعي فطري، لما جبلا عليه من الرحمة والشفقة والرفق بفلذة كبدهما، فهما أجدر الناس بحضانته.[3]

ثالثا: التعريف القانوني للحضانة

لم يخرج المشرع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمال لفظ الولد بدلا عن الصغير، كما أنه اعتمد في تعريفه لها على أسبابها وأهدافها.

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

1. **تعليم الولد:** يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا[4]، إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية

---

[1] عطا الله، أحمد، تربية الطفل في الإسلام، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007، ص 52.

[2] أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، ط 2، 1957، ص 406.

[3] أباش، أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 196.

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

واستعداده الفطري والنفسي.[1]

2. تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في م 30 ق أ ج المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت، ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعا وقانونا.[2]

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 ق أج بقوله أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..."[3]

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

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي."[4]

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

ولما كان قضاة الاستئناف –في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت،

---

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

[2] ديابي، باديس، المرجع السابق، ص 125.

[3] المادة 62 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

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

خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أج.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة".[1]

3. السهر على حمايته: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي مما ينجم عنه اضطرابه نفسيا أو عقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير.

4. حمايته صحيا: التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية مند الأشهر الأولى للطفل وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك.[2]

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

وتدعيما لحقوق المحضون وصونا لها عن أي تهديد، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية،[3]وذلك من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 1984/01/09 والذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

---

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

[2] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 126.

[3] المرجع نفسه، ص 126.

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

وبناء على ذلك ومراعاة لحاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية يتعين على المحكمة أن تراعي كل الأهداف التي تضمنتها المادة 62 ق أج لما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي، وذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب، وتفصل في حق الحضانة.[2]

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

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

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

---

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

[2] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر، دار هومة، ط 3، 1996، ص293.

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

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

أولا: الحضانة من النظام العام

إن في ترك الحضانة تضييع للطفل وهلاك له، لذا هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية والفطرة، وهي واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من ذلك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاءه.[1]

واعتبرت الحضانة لازمة كون الصغير يولد عاجزا عن تولي شؤون نفسه، فيكون بأمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ويقوم بتربيته ويتكفل به، وعليه من الضروري أن يجد من يقوم بذلك، فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فإنه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة الذي يؤهله لأن يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته التي ينشأ فيها.

والحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي وحتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، وكذلك حتى لا يختل التوازن في الجانب القيمي والاجتماعي للطفل،[2] وذلك في غياب من يرعاه ويوجهه ويربيه في أهم مرحلة في حياته، والتي يكتسب فيها المبادئ الأخلاقية والسلوكية لكي يكون مقبولا في مجتمعه، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية مقدرة يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي.[3]

---

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

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

3 طعيبة، عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص 42.

ثانيا: الحضانة حق مشترك

يحتاج الولد في حياته الأولى إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين،[1] حيث تعتبر عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين، هما كون الحضانة حق وكونها في نفس الوقت واجبا، فهي من جهة حق للمحضون، وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا إذا وقع الطلاق بين الزوجين، فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار، ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة الأولى من حياته لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه.[2]

فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها فإنها تجبر على الحضانة لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا،[3] ومنه فإنها تجبر على حضانته إن كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها.[4]

ومنه تعتبر الحضانة حق وواجب في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة، لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم له بحضانة الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على حاضنه –سواء كانت الأم أو غيرها– يتعلق بحضانته.[5]

---

1 بن ملحة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1، ج1، 2005، ص 131.

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

3 كربال، سهام، مرجع سابق، ص 12.

4 حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 47.

5 بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص 69.

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

المطلب الثاني

استحقاق الحضانة وشروط ممارستها

المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل،[2]فلا شك أن الولد الصغير محتاج لمن يعتني به، ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه، وذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره، وما ينفعه، والشارع قد ناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه وماله، وقد تنتقل هذه الحضانة لغيرهما في حالات كالوفاة، أو الطلاق.[3]

حيث إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة وللقانون أشخاص عديدون، ولهم مراتب ودرجات محددة،[4] ولا تثبت الحضانة إلا لمن كان أهلا بتوافر شروطها رجلا كان أو امرأة.[5]

وهذا ما سنبينه في هذا المطلب حيث سنتناول فيه أصحاب الحق في الحضانة (الفرع الأول)، وشروط ممارسة الحضانة (الفرع الثاني).

---

1 كربال، سهام، مرجع سابق، ص 12.

2الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، والشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006، ص 186.

3 سطحي، سعاد، سلمان نصر، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)، الجزائر، دار الهدى، 2003، ص 206.

[4]سعد، عبد العزيز، مرجع سابق، ص 114.

[5] إمام، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 148.

الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، تبرعا ومعاوضة، بإذن الشرع أو بأمر القاضي أنثى أو ذكر حيث يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع الاختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب.[1]

أولا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم 84-11.

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري 84-11 الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 ق أج بقولها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2]،إدراكا من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه؛ لأنها أعطف الناس على صغيرها، وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته،[3] ومن ثم إذا انصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي؛ أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته.

وإذا كانت الأم هي أحق الناس بحضانة طفلها أو صغيرها وهذا ثابت ومحل إجماع؛ فإن المختلف فيه بين نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري 84-11، ونص المادة 64 من القانون المعدل بالأمر 05-02 هو فيمن يلي الأم في الحضانة هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 64 ؟ أم هم قرابة الأم من النساء؟

بالرجوع إلى نص المادة 64 من القانون 84-11 نجد ترتيب الحواضن كما يلي "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

---

[1] إمام، محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 148.

[2] المادة 64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزائر، دار الخلدونية، ط4، ج1، 2005، ص 381.

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة،[1] وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات ومن ذلك القرار الصادر في 1984/04/02 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي...."."[2]

والملاحظ على نص المادة أن المشرع غلب على هذا الترتيب جانب النساء على جانب الرجال لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به،[3] حيث إن القاضي وفقا للنص السالف الذكر يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم أو سقط حقها في ذلك لمبرر شرعي،[4] والفقه القضائي قد وضع فيما يرجع إلى الحضانة الخالة في الدرجة الثالثة يعني قبل الجدة من الأب.[5]

والملاحظ كذلك أن نص المادة 64 ق أج اكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة دون بيان للأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص، الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة 222 ق أج.

كما أنه كان على المشرع الجزائري أن يراعي الظروف المعيشية للأسرة الجزائرية؛ لأن

---

[1] شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 304.

[2] قرار رقم 32594 صادر في 1984/04/02، م ق ، 1989، ع 1، ص77، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 210.

[3] ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، الجزائر، دار الأصالة، ط 2، 2012، ص183.

[4] شامي، أحمد، المرجع السابق، ص305.

[5] قرار رقم39203 صادر في 1985/12/30، ن ق ، 1988، ع 44، ص172، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 194.

السواد الأعظم من الأزواج يقيمون مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، ولهذا لابد عند إسناد الحضانة مراعاة هذه المسائل.

أما الفعل الإيجابي للمشرع أن الأب مطالب بالإنفاق، والإنفاق يقتضي السعي والخروج من المنزل لتوفير حاجيات المحضون وفي هذا حرج وتعارض، إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابلته ورعايته.

وخلاصة القول أن المشرع في قانون الأسرة 84-11 أعطى الأولوية في حضانة الصغير لجهة الأم وأقاربها أكثر من جهة الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون.[1]

ثانيا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02

خالف المشرع الجزائري في تعديله للقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، وذلك بمقتضى المادة 64 ق أ ج المعدل بالأمر 05-02 بقولها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[2]

ومعنى ذلك أن الذين وضعوا تعديل المادة 64 من ق أج جاؤوا بترتيب جديد خلافا للنص القديم، ثم احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال. وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا، تربويا، دينيا، وعاطفيا.[3]

---

[1] شامي، أحمد، مرجع سابق، ص306-308.

[2] المرجع نفسه، ص308.

[3] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، ط 2، 2009، ص140.

وعليه فبعد أن كان القانون يسير على مبدأ أن حضانة الطفل الصغير من شؤون النساء لأنهن أكثر رقة وحنانا على الطفل، وأكثر قدرة وكفاءة على تربية الأولاد والعناية بهم، فجاء التعديل الجديد وقفز بالأب من الدرجة الرابعة إلى الدرجة الثانية بعد الأم مباشرة.

وحسب رأي عبد العزيز سعد فإنه حتى ولو أن المشرع أقام أساس الحضانة على مصلحة الطفل المحضون؛ فإنه قد أخطأ في وضعه في الدرجة الثانية بعد الأم مباشرة رغم أن هذا الأب بعيد عن شؤون الأطفال، وأنه منشغل عن متطلبات الحضانة بمتطلبات الحياة وبعيدا عن ذات المحضون.[1]

كما أن هناك اعتبار مادي ومصلحي وهو أن إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد في إطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر ثم إن مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الجدة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل.

لهذا لابد عند إسناد الحضانة مراعاة المسائل المستمدة من الواقع، فالطفل دائما بعد الأبوين نجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين، وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات أمر منطقي تماما.

وهذا القول لا يقصد به حرمان الأم لأن لها الأولوية قبل غيرها، وما عدا ذلك يرتب على سبيل الاختيار وليس على سبيل الإلزام، وتسند الحضانة من بعد الأم لمن كان أقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده،[2] وهو ما أدركته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر في 2008/02/13 والذي جاء فيه: "يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير

---

[1] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة، 2013، ص178.

[2] بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، 2008، ص256.

مصلحة المحضون".[1]

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة 64 عن أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي أنها حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام، مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار.[2]

إلا أنه عندما يقع إسناد الحضانة إلى مستحقيها يلزم توفر شروط معينة سنحاول تبيانها من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة

بالنسبة إلى شروط الحضانة فإن قانون الأسرة الجزائري اكتفى بالقول أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو ما ورد في نص المادة 2/64 ق أج: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وهو قول كما يبدو عام ومبهم لا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح.[3]

وهذا يحفز إلى التوجه مباشرة إلى الاستنجاد بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة نفسه في هذا الميدان، وإلى القواعد التي تضمنتها اجتهادات الأئمة والفقهاء المسلمين في مجال شروط الحضانة.

وعليه فإنه بإمكاننا استنادا إلى نص المادة 222 ق أج القول بأنه يشترط في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط الأساسية[4] لهذه المهمة وهي مقسمة إلى شروط عامة وأخرى شروط خاصة كما يلي:

---

[1] قرار رقم 424292 صادر في 2008/02/13، م م ع ، 2008، ع 1، ص267، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1445.

[2] شامي، أحمد، مرجع سابق، ص309.

[3] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص140.

[4] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص295-296.

أولا: الشروط العامة

وهي ما ورد في المادة 62 ق أج، وهي أهلية الحاضن وبلوغه، والقدرة على التحمل، فالعجز لعاهة أو لكبر سن أو لمرض يسقط عن الحاضن حقه في الحضانة لعدم قدرته على القيام بأعبائها. وهذه الشروط يظهر أنها تحول الحضانة الممنوحة للمرأة من حق إلى التزام.[1]

1. العقل: وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره؟ وحسب المادة 81 ق أج[2] لا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، وهذا حسب المادة 42 إلى 44 ق م ج.[3]

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/02/13: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنها النقض دون إحالة".[4]

2. البلوغ: بما أن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه، فلا يصلح لرعاية غيره لذلك لا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه،[5]ولأن الحضانة من باب الولاية

---

[1] لوعيل، محمد لمين، مرجع سابق، ص111.

2 المادة 81 ق أج "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

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

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

المادة 43 "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

المادة 44 "يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

[4]قرار رقم 265727 صادر في 2002/02/13، م ق ، 2002، ع 2، ص432، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1193.

[5] بلحاج، العربي، مرجع سابق، ص383.

والصغير ليس من أهل الولاية وبغير البلوغ لا تصلح الحضانة،[1]وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة.[2]

3. الأمانة والاستقامة: يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته. ومؤدى ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا،[3] وإسناد الحضانة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون.[4]

4. **القدرة:** وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته[5] والقضاء بتقرير ممارسة ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي،[6] فلا حضانة لعاجز لكبر سن أو لمرض أو شغل،[7] لكن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون يكون مبررا بسبب شرعي.[8]

غير أن المشرع الجزائري صرح في المادة 2/67 من الأمر 05-02 "أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، لأن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من

---

1 الجندي، أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، 2004، ص 598.

[2]المادة 40 ق م ج"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

[3]الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009، ص152.

[4]قرار رقم53578 صادر في 1989/05/22، م ق ، 1991، ع 4، ص99، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 519.

[5]بن حرز الله، عبد القادر، مرجع سابق، ص359.

[6]قرار رقم33921 صادر في 1984/07/09، م ق ، 1989، ع 4، ص76، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 304.

[7]بن حرز الله، عبد القادر، المرجع السابق، ص359.

[8]قرار رقم 178086 صادر في1997/12/23، ن ق ، 1999، ع 56، ص33، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 943.

حقه في العناية والرعاية، مع أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.[1]

ثانيا: الشروط الخاصة

هي شروط تلتزم بها الحاضنة مدة ممارسة الحضانة، وهذه القيود أو الالتزامات هي البقاء وفق وضعية قانونية تتماشى ومصلحة المحضون وإلا سقط حقها في الحضانة[2]وهي:

1. عدم الزواج للحاضنة (التزوج بغير قريب محرم للحاضن): يجب أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير، ففي هذه الحالة لا يجد المحضون الجو الهادئ الرحيم العطوف عليه، وقد يشعر بالجفاء من زوج أمه.[3]

وبالرجوع دائما إلى مصلحة المحضون فيظهر أن الزواج في حد ذاته لا يسقط الحضانة، ولكن الذي يسقطها هو تزوجها بأجنبي يخشى أن يسيء معاملة الصغير، وإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة، وله من صلة القرابة بالطفل ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه.[4]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 ق أج على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم، وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون؛ فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن القضاء في مسائل

---

[1]قرار رقم 274207 صادر في 2002/07/03 ، م ق ، 2004، ع 1، ص263، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1232.

[2]لوعيل، محمد لمين، مرجع سابق، ص111.

[3]الشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص402.

[4]بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص78-79.

الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة".[1]

2. **وجوب كون الحاضنة من محارم الطفل نسبا:** فلا حضانة لغير القرابة النسبية، فلو كانت الحاضنة أجنبية عن الصغير غير قريبة لا يثبت لها حق الحضانة.[2]

لكن إسناد الحضانة إلى المرأة هنا التي هي بقرابة الجدة أو الخالة للمحضون أوقفه المشرع الجزائري على شرط وهو عدم سكن هاتين الأخيرتين مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة 70 ق أج. وهذا الموقف هو منطقي جدا، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة أي الأم تحت سمعها وبصرها تصبح من ناحية واقعية في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة. وقد تشدد القضاء الجزائري في المحافظة على أولوية الحضانة خاصة إذا كانت للأم وهذا من أجل رعاية مصلحة المحضون،[3] إذ جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 عن المحكمة العليا ما يلي: "أن القضاء بإسناد الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".[4]

3. **عدم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي:**وهو ما عالجه المشرع في المادة 69ق أج التي نصت: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون". فمصلحة المحضون تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي لأنه راعي المصلحة

---

[1] قرار رقم 40438 صادر في 1986/05/05م ق ، 1989، ع 2، ص75، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 257.

[2] سلامي، دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص43.

[3] لوعيل، محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص77-78.

[4] قرار رقم 179471 صادر في1998/03/17، ا ق ، 2001، ع خ ، ص172، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1069.

والمحافظ عليها، بالإضافة إلى كون المادة 69 ق أج قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بمسألتين هما:

- التربية الدينية للطفل وخشية التأثر بالوسط، العادات وتقاليد البلد الأجنبي.
- عدم التهرب من السلطة الأبوية.

والحكمة من هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حاضنته بواسطة أمه، وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه.[1]

ومما يلاحظ على المادة 69 ق أج أيضا أن المشرع لم يحدد المقصود بعبارة: "البلد الأجنبي"، هل قصد بها كل بلد غير الجزائر سواء أكان مسلما أو غير مسلم؟ لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي.[2]

وقدم القضاء بتفسير لهذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة، وذلك في قرار للمجلس الأعلى صادر في 1989 جاء فيه أنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"،[3] مما يفهم أن الانتقال والاستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة، كما أن الأحكام المنشورة التي بحوزتنا تعالج الانتقال إلى فرنسا وهو بلد أجنبي غير مسلم. فضلا عن أن المادة 1/62 ق أج هي وثيقة الصلة بالمادة 69 من ذات القانون، وهي تحرص على تربية الطفل على دين أبيه .[4]

وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين

---

1 خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار القلم، ط2، 1990، ص 200.

[2] حميدو، زكية، "حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، ج 41، 2000، ص51-52.

[3] قرار رقم 52207 صادر في1989/01/02، م ق ، 1990، ع 4، ص74، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 433.

[4] حميدو، زكية، المرجع السابق، ص52.

المحضون لا محالة، وهذا ما أكده قرار عن المحكمة العليا الصادر في 1990/02/19 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون".[1]

وبذلك يمكننا القول أنه مادامت مصلحة الطفل لا تصطدم مع انتقال الطفل إلى بلد مسلم من حيث عدم الخشية عليه من فساد دينه وخلقه، فالمشكل يتعلق بالمسافة فقط، وبالبلد غير المسلم، وهما ما لا تعالجهما هذه المادة، وإنما يخضعان للمادة 222 ق أج. كذلك المادة 69 ق أج، قد أعطت حكما واحدا سواء كان الأب مسلما أو غير مسلم؛ وقررت أن يكون الانتقال إلى بلد أجنبي تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي فيها مصلحة المحضون من حيث دينه وسلوكه وما يتعلق باستقراره.[2]

4. **عدم جواز تغيير الحاضنة لدينها**: إن الهدف من الحضانة كما هو مبين في المادة62 ق أج هو تربية المحضون على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا؛ وعليه فمن المنطقي أن تكون الحاضنة على دين الأب، أي: لا تكون كافرة أو كتابية؛ لأنه إن كانت غير ذلك لا تستطيع أن تربي المحضون وفق دين أبيه المسلم؛ وعليه فإن الحاضنة إن ارتدت عن دينها فإن ذلك يسقط عنها الحق في الحضانة.[3]

إلا أنه حسب رأي محمد أبو زهرة يعد اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس شرطا، فإن كان المسلم متزوجا بمسيحية فإن الخلاف بينها وبين بنتها لا يمنع حقها في الحضانة، ويستمر ثابتا لها مع اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل، وذلك ينزع من يدها إذا خيف إفساد

---

[1] قرار رقم 59013 صادر في1990/02/19، م ق ، 1991، ع 4، ص117، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 530-531.

[2] حميدو، زكية، مرجع سابق، ص55.

[3] لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص117.

دينه.[1] ولأن سبب استحقاق الحضانة هو الشفعة الباعثة على القيام بشؤون الصغير، والرأفة به، والمحافظة عليه من الضياع، ولا يختلف ذلك باختلاف الدين، لكن إذا تبين أن في وجود الصبي مع حاضنة يخالف دينها دينه خطرا على دينه انتزع منها.2

ورغم أن الشريعة الإسلامية تجيز زواج المسلم من الكتابية، ومن زاوية واقعية من كثرة الزواج المختلط في السنين الأخيرة تثور إشكالات في الحضانة إذا كانت المرأة كتابية وتنازل الزوج عن الحضانة؛ فهل تعطى لها في مثل هذه الحالة؟ وألا يعد الزوج بهذا التصرف ارتكب مخالفة؟ والملحوظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذه الظاهرة ولم ينظمها،[3]بخلاف القضاء حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1979/04/15 عن المجلس الأعلى: "أن الأم لا تستحق حضانة الأولاد، لأن شرط استحقاقها هو أن يبقى الأولاد على دين أبيهم،حيث أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها لهذا استوجب نقض القرار".[4]

---

[1]أبو زهرة، محمد، مرجع سابق، ص408.

2عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لبنان، المكتبة العلمية، 2007، ص 405.

[3]لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص117-118.

[4]قرار رقم 19287 صادر في1979/04/16، ن ق، 1981، ع 2، ص108، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص137.

المبحث الثاني

سلطة القاضي الجزائري في إسناد الحضانة

لم يعد الطفل في القوانين الحديثة موضع سلطة تمارس عليه وإنما أصبح صاحب حق، هذا الحق الذي يجب أن يحترم من طرف الأولياء والمجتمع معا.

وضمانا لحقوق الطفل أوجد الفقه القانوني صمام أمان يلجأ إليه القانون كلما كان الطفل محل نزاع أو عرضة للخطر أسماه مصلحة الطفل أو "مصلحة المحضون".[1]

لقد سبق وأن تناولنا القواعد العامة المتعلقة بالحضانة، إلا أنه قد تصادف القانون حالات معينة تجعله يغنى عنها متى توفرت لديه، وكانت تتعارض مع مصلحة الطفل طبقا لسلطته الواسعة في تقدير ذلك والتي منحها له المشرع، فمصلحة الطفل فوق كل اعتبار.[2]

حيث يكتفي القاضي في كل مرة الرجوع إلى مصلحة المحضون أساس إسناد الحضانة أو إسقاطها دون أن تتفصّل باقتراح كل المعايير التي تساعده في تقدير المصلحة،[3] أو إعطاء مفهوم أو تعريف لمعنى مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما سنبينه بمعالجة مراعاة مصلحة المحضون (مطلب أول)، وسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون (مطلب ثان).

---

[1] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 68.

[2] سلامي، دليلة، مرجع سابق، ص48.

[3] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014، ص36.

المطلب الأول

مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته. وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون. ولقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية،[1]وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا المطلب من خلال تحديد معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفرع الأول، وضوابط ومعايير مصلحة المحضون في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون:

ما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما. ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا،[2] لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء، وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية: "درأ المفسدة مقدم على جلب المصلحة".[3]

إن "مصلحة المحضون" أو "مصلحة الطفل" اعتبار فقهي يصعب إفراغه في مادة قاعدة قانونية شأنها شأن كثير من القواعد والمبادئ (النظام العام،الآداب العامة،حسن النية .....الخ)،

---

[1] بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص108.

[2] المرجع نفسه، ص108.

[3] طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص60.

فهي أمور متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا.

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية وتطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية، ولا تعني مصلحة مالية وحسب، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع، ومع أن قاعدة مصلحة الطفل لم يضبط لها تعريفا إلا أننا يمكن إن ننظر لها من عدة زوايا تميزها،[1] فهي قاعدة متغيرة غير ثابتة، ذلك أن حاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، كما تعتبر قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه، فمصلحة البدو الرحل وبعض المناطق النائية تختلف عن مصلحة أطفال المدن الكبرى،فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن هذه المناطق لا تهتم بالدراسة، فإن ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المدن الكبرى (المناطق الشمالية) باعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة تعليمه.[2]

يتضح مما تقدم أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة، تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكانية، فهي تختلف من زمان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، فتتنوع وتختلف باختلاف الأطفال وتنوعهم، كما أنها تختلف من قاض إلى آخر حسب قناعته الفكرية، وطريقته في التربية.[3]

الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي

---

[1] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص77.

[2] سلامي، دليلة، مرجع سابق، ص49.

[3] حسيني، عزيزة، المرجع السابق، ص80.

من الموضعية والعدالة، ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، كما أن الفقه الإسلامي أولى عنايته لتحقيق مصلحة المحضون بتنظيم أحكامها، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها،[1]ومن بين هذه المعايير ما يأتي:

أولا: المعيار المعنوي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا إن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون.[2]

فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما –ومن الأم على الخصوص– لا بديل لهما؛ فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى. فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى،[3]ترك هذا الحرمان آثارا سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل،[4]ولعل أهمية هذا المعيار بالإضافة إلى ما قيل أعلاه، تكمن في درء المخاطر عن المجتمع ككل؛ فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم

---

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص38.

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

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

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

النساء على الرجال؛ لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية.[1]

وأن حرمان الطفل الصغير لفترة طويلة من عناية الأم قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على خصائصه وشخصيته، وبالتالي على مستقبل حياته.[2]

ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام، ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يراعيه ويعتني به ويحسن معاملته. ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[3]

ثانيا: المعيار المادي

إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح؛ لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها.

وعليه، فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه فيتولد الاستقرار والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة.

والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن، به يحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن.[4]

ثالثا: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إذا كانت مصلحة المحضون العمود الفقري للحضانة؛ فإنه ينبغي دراسة كل اقتراح يمكن أن يساعد على تحقيقها؛ ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لاشك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية؛ فالطفل

---

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

[2] ياسر، يوسف إسماعيل، مرجع سابق، ص53.

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

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

إنسان يحس ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته.[1]

المطلب الثاني

سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون

لقد أولى قضاء المحكمة العليا عناية كبيرة لمادة الحضانة، سواء على ضوء التشريع أو من خلال أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي، واضعا نصب أعينه مصلحة الطفل، وباعتبار أن المحكمة العليا هي هرم النظام القضائي العادي والتي أعطاها القانون سلطة الرقابة القضائية على مدى تطبيق القانون تطبيقا سليما فهي محكمة كأصل عام لا يعنيها إلا حكم القانون وحمايته، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض وتنقض الحكم أو القرار المطعون فيه بعد أن تكتشف الخلل ومخالفة القانون.

وعليه فإن المشرع وعلى الرغم من إعطائه للقاضي كافة الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، إلا أنه لم يقدم له المعايير التي تساعده في تقدير المصلحة وتواجدها من عدمها، وهذه المسألة لم تكن مثبطة لجهود القضاء بل بالعكس دفعته بأن يجتهد في كل موضوع من مواضيع الحضانة المتعددة ليجد مصلحة المحضون ويقرها[2] من خلال إبراز سلطته في ترتيب الحواضن (الفرع الأول)، ومدى ضمان القاضي لمصلحة المحضون من خلال تمديد فترة الحضانة (الفرع الثاني)، وأخيرا حالات إسقاط الحضانة (الفرع الثالث).

---

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص41.

[2] طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص79-80.

الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في ترتيب الحواضن

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة لأنهم أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها، لكن المتفق عليه أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شغفها وحنانها على صغيرها من غيرها.[1]

أولا: تدخل القاضي في ترتيب الحواضن قبل وبعد تعديل قانون الأسرة

من خلال تحليل المادة 64 من القانون 84-11 يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون، فإن الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام؛ بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى طالبته وليس للترتيب المذكور في القانون فقط، ولكن أيضا وقبل ذلك إلى مصلحة الطفل المحضون[2] وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في قرار له: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق أج بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون، ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق يكون على الأب، فإن القضاة كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض".[3]

كما أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق

---

1 كربال، سهام، مرجع سابق، ص 41.

[2]سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص293.

[3]قرار رقم89672 صادر في 1993/02/23، ا ق، 2001، ع خ، ص166، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1065.

صحيح للقانون،[1] أي أن القاضي يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن يرى أن مصلحة الطفل تتوفر لديه.[2]

وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في القرار التالي الذي جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون".[3]

كذلك بعد تعديل القانون 84-11 بالأمر 05-02 فإن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون؛ لأنه تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أج فيخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.[4]

وفي الأخير إن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير إشكالا؛فمصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة،وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.[5]

ومع ذلك كله، يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 ق أج على أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة

---

[1]قرار رقم256629 صادر في 2001/02/12، م ق ، 2002، ع 2، ص421، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1188.

[2]سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص293.

[3]قرار رقم153640 صادر في 1997/02/18، م ق ، 1997، ع 1، ص39، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص866.

[4]قرار رقم 613469 صادر في 2011/03/10، م م ع ، 2012، ع 1، ص285، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1592.

[5]شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص310.

مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر.[1]

ولكن المشكل الذي يمكن أن يطرح إضافة إلى مشكل التنازع حول حضانة الولد بين ذوي الحق في حضانته، هو المشكل الذي ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل وتوفير شروط العناية بمصلحته ومتطلبات رعايته، ولا يوجد من يطلبه أو لم يتقدم أحد لطلبه من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته، فينتج عن ذلك تساؤل وهو هل يجوز للقاضي استنادا إلى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل وعلى حضانته؟[2]

ثانيا: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة

الحقيقة أن قانون الأسرة لا يجيبنا على هذا السؤال ولا يساعدنا أبدا على إيجاد حل لمثل هذا المشكل الذي يعرفه قضاة الأحوال الشخصية كثيرا في الحياة العملية والتطبيقية.

فبالرغم من أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد فيها من يحضن الطفل بدلا منها، ولكن ماذا سنعمل إذا كانت الأم التي سنجبرها على الحضانة بسبب امتناع غيرها من الحاضنين أو لعدم توفر الشروط القانونية فيهم، هي نفسها لا تتوفر فيها الشروط القانونية للحضانة،[3] بسبب امتناعها عن الحضانة إما لعجزها عنها وإما لرغبتها عنها وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة؛ لأنه في حالة عجزها يمنعها من القيام بمتطلبات الحضانة فلا تحصل مصلحة المحضون، وفي حالة عدم رغبتها في الحضانة مع قدرتها عليها فإنها تكسل ولا تقوم بأعمال الحضانة، فتفوت مصلحة المحضون ولم يكن في إجبارها فائدة؛ ولكن إذا تعينت الحضانة عليها لعدم وجود

---

[1] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص446.

[2] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص294.

[3] المرجع نفسه، ص294-295.

غيرها، فلا سبيل إلا إجبارها على الحضانة فهذا الإجبار خير من ترك المحضون بلا حاضن.[1]

كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون.[2]

ثالثا: تأقيت الحضانة

إذا كان قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 قد رتب أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا بعد الطلاق ومنح حق الحضانة إلى الأم ثم إلى الأب ثم إلى الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم .... فإن القانون قد أنشأ وضعا آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق.

حيث نص في المادة 57 مكرر على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

وعليه، فإذا كان أحد الزوجين قد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية، وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذه الحال إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

---

[1] زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص57.

[2] قرار رقم 189234 صادر في 1998/04/21، ا ق ، 2001، ع خ ، ص175، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1070.

وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما.[1]

الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة.[2]

لأنه من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها،لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغنٍ عن خدمات الحاضن،وكذا من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر؛[3] لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا[4]، ولتباين التكوين النفسي والعقلي لكل واحد منهما.

هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده،وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها بـ 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي بـ 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من ق أج.[5]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر وهذا في 1990/03/19 "من المقرر قانونا 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 مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني.

---

1 سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص 157-158.

[2]شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، الدار الجامعية، ط 4، 1983، ص781.

[3]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص51.

[4]شلبي، محمد مصطفى، المرجع السابق، ص783.

[5]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص51.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد اللذين تشملهم الحضانة خالف القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

وفيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون؛ فقد سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة من الجانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء من جهة،والمصلحين من جهة أخرى.[2]

ونظرا لأهمية هذا الموضوع،رأى المشرع الجزائري إمكانية تمديد الحضانة إلى سن 16 سنة،وذلك بطلب من الحاضنة؛ وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى ما بعد 19 سنة،وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة، حسب رأيه طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى،إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حضانته وهو في سن 10 سنوات، 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 يقدرها القاضي على هذا الأساس.

وإذا كان المشرع سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن القاضي سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:[3]

---

[1] قرار رقم 59156 صادر في 1990/03/19، م ق ، 1991، ع 2، ص76، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص481.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص61.

[3] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص449.

1. يتعلق التمديد،كما قلنا بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد أجل إنهاء حضانتها.[1]

2. أن يكون الحد الأدنى للتمديد 16 سنة،إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة إلى سن أقل 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون،ونلاحظ هنا أن المشرع قد اختار هذه السن على أساس أنها السن المعدل التي يبلغ فيها الذكور غالبا،وفيها يقلد الرجال وتبلغ سلوكهم ويركن إلى الاحتكاك بهم.[2]

3. أن تكون الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي يستند عليها.

وهذا ما أكده القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/10 "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين –من القرار المطعون فيه– أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض".[3]

4. أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة. وعلى سبيل المقارنة نرى أن المشرع لم يأخذ هنا بالتفرقة التي جاء في إسقاط حق الحضانة إذا تزوجت بغير قريب محرم، بينما يرى فريق من الفقه بأن الحاضنة لا يسقط حقها في طلب التمديد إذا تزوجت بقريب محرم .

حقا، إن الانسجام بين النصوص التشريعية يقضي الأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 66 من

---

[1] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص62.

[2] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص449.

[3] قرار رقم 66552 صادر في 1990/12/10، م ق ، 1995، ع 2، ص89، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص806.

ق أج، ولكن يظهر أن هذا الحل لا سند له بل ويصعب تبريره،بدليل صراحة نص المادة 65 ق أج، ومن ثم يجب أخذ النص كما هو، وتعميم المسألة حتى إذا تزوجت بقريب محرم.[1]

5. أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة في التمديد.[2]

وهنا تبرز سلطة القاضي إذا ما وضعت، ويجب أن لا توضع إلا بقصد التحقق من استيفاء الشروط السالفة، فإذا تحققت هذه الشروط في الطالب فلا مانع إطلاقا من القضاء له بتمديد مدة الحضانة إذا نادت مصلحة المحضون بذلك .

ومن ناحية أخرى، تجلب المادة 65 انتباها في فقرتها الثانية، إذ نص المشرع فيها "على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، حيث إن إدراج المشرع هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة التي تعلوها، وبعبارة أوضح إن القاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعي فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تنادي بانتهائها حكم بذلك، وإذا صرحت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك أيضا، وهذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو الفتاة.

لكن فحوى المادة يدل على أن الفقرة الثانية منها تطبق على الذكر دون الأنثى، وذلك للسبب التالي: أنه بفضل طلب التمديد،يتمكن القاضي من رعاية مصلحة المحضون، وهذا الطلب لا ينطبق إلا على الذكر، فانتهاء مدة حضانة البنت يكون بقوة القانون وبالتالي لن يتاح للقاضي المجال للتحقق من حضور مصلحة المحضون للفتاة أو غيابها؛[3] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/01/04 بقولها "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون

---

[1] شامي، أحمد، مرجع سابق، ص449.

[2] المادة 68 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص63.

ببلوغها سن الزواج،دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[1]

ولذلك كان على المشرع إدخال هذه الفقرة ضمن الفقرة الأولى،ومن ثم تصبح صياغة المادة كما يلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج؛ وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إذا رأى مصلحة له إلى 16 سنة،إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية".[2]

وتطبيقا لاقتران ذلك التمديد بمصلحة المحضون،قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/03 بقولها: "حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة تمارسها، وأن المحضون بقي يعيش عند والده ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة، فحكم القاضي له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون باعتباره تعود على الحياة والعيش مع والده طبقا للمادة 64 من ق أج وهو حكم سليم وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحضانة مصلحة، ولما انعدمت المصلحة في تمديدها، فإن قضاة الاستئناف يكونوا قد أخطأوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، مما يتعين معه نقضه وإبطاله وبدون إحالة".[3]

وما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو أنه يحتوي على نوع من الخلط بين ما هو حضانة وما هو ولاية؛ لأن المادة65 تنص صراحة على تمديد الحضانة للأم الحاضنة فقط لا للأب الحاضن، لأن هذا الأخير يتمتع بالسلطة الأبوية؛ ومن ثم فهو بدون حاجة إلى استصدار حكم يقضي له بالحضانة بعد بلوغ الطفل المحضون 10 سنوات، أي بعد نهاية حضانته؛[4] وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2011/02/10 بقولها:"لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، والحاضنة غير ملزمة بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون10 سنوات، وتبقى

---

[1]قرار رقم 347914 صادر في 2006/01/04 ، م م ع ، 2006، ع 1، ص449، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1332.

[2]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص64.

[3]قرار رقم 260702 صادر في 2002/07/30، محكمة عليا، غير منشور، نقلا عن حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص64.

[4]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص65.

الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون."[1]

ولهذا نشير في خضم هذه التساؤلات أن المشرع لم يبين لنا في باب الحضانة مصير المحضون بعد انتهاء حضانته،فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة، ولا شك أن هذا ليس بعيب،وإنما البحث عن الإجابة يكون في المواد المتعلقة بالولاية، وكذلك في المادة 222 ق أج،التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

- إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه.
- وإما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من دعمه آخذا في الحسبان مصلحته.[2]

ومهما يكن من أمر فإنه يظهر أن الأمر في حالة الفتى أو الفتاة يبقى دائما من حق الأب الإشراف على حياتهما، ومراقبة تصرفاتهما، وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبلهما وحسن تربيتهما بما في ذلك حق تزويجهما في الوقت المناسب، ووفقا للشروط التي يقررها القانون.[3]

الفرع الثالث: سلطة القاضي الجزائري في إسقاط الحضانة

تحمل على الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها، وهي الواجبات الطبيعية المحمولة على الأبوين حسب ما يقتضيه العرف والعادة والهادفة إلى تحقيق الاستقرار النفسي والبدني للطفل، إضافة إلى واجب التربية والتوجيه والتي

---

[1] قرار رقم 599850 صادر في 2011/02/10 ، م م ع، 2012، ع 1، ص281، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1589.

[2] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص258.

[3] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص299.

تؤول إلى الحاضن عند الطلاق، ويتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل.[1]

وفي حالة عدم توفر الشروط السابقة يصبح المترشح للحضانة ليس أهلا للقيام بها طبقا لنص المادة 1/67 ق أج وبالتالي لا تسند إليه أصلا، كما أن هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق فيها،[2] فكيف عالج القاضي هذه المسائل؟ وكيف راعى مصلحة المحضون؟

أولا:إسقاط الحضانة في حالة التنازل

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[3]، مع الملاحظ أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون،كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها[4]؛ لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه،بالرغم من تنازلها عنها[5]،وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به،وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة: "لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فان لم يوجد فإن

---

[1] غربال، عائدة اليرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية "تونس مثالا"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2006، ص56.

[2] طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص84.

[3] قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13 ، م ق، 2004، ع 1، ص275، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1238.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص146.

[5] قرار رقم 581222 صادر في 2010/10/14، م م ع، 2011، ع 1، ص248، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1536.

تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيضها".[1]

ويثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقتضي به؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل فيها وتعد بذلك مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية؟

ذهبت المحكمة العليا إلى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، إذ لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون.[2]

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا الفضلى للمحضون، وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا إذا كانت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانته أمه.[3]

---

[1] قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، م ق، 1990، ع 4، ص70، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص430.

[2] قرار رقم 220470 صادر في 1999/04/20، ا ق، 2001، ع خ، ص181، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1074.

[3] قرار رقم 235456 صادر في 2000/02/22، م ق، 2001، ع 1، ص280، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص982.

1. الإخلال بواجبات الحضانة:

إذا كانت المادة 62 ق أج تشير إلى أن الغرض من الحضانة هو رعاية الولد المحضون وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وتشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بهذه المهمة؛ فإن الإخلال بأحد أو بعض الشروط يترتب عليه سقوط حق الحضانة على الحاضن، وإمكانية إسناده إلى غيره، على أن يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 67 ق أج.[1]

فإذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، أو إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة كأن تدخل السجن أو تصاب بمرض يمنعها من الاستجابة لاحتياجات المحضون.2

وقد ذهبت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه "متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا".[3]

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: "أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا".[4]

كما اعتبرت جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم

---

[1] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص185.

2 آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر، دار هومة، ط3، ج1، 2011، ص 490.

[3] قرار رقم 50270 صادر في 1988/11/07، م ق، 1991، ع 3، ص48، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص488.

[4] قرار رقم 31997 صادر في 1984/01/09، م ق، 1989، ع 1، ص73، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص208.

عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 ق أج،[1] إلا أنه استثناء يمكن إسنادها لها متى تحققت مصلحة المحضون وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2010/07/15 "يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"،[2]ومتى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا، وما دام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة[3]؛ ولأنه يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام المادة 67 ق أج أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة وتقارن بين الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على الحاضن وإسنادها إلى غيره.[4]

2. التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 ق أج، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع؛ إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق، ولأن كلمة "مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ومن ثم فكل مالا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع، وللتأكيد على ذلك بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الاستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية، "تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها، ولكن إهدار

---

[1]قرار رقم 171684صادر في 1997/09/30، ا ق، 2001، ع خ، ص169، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص1067.

[2]قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15، م م ع، 2010، ع 2، ص262، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1505.

[3]سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص189.

[4]سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص301.

لمصالح الطفل وإجحافا لحقوقه، لذلك كان من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل.[1]

وذهب القضاء الجزائري في أحكامه إلى القول بأن مقابل الخلع وبدله لابد وأن يكون مالا،إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08: "من المقرر شرعا أن الطلاق مال يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذا الخلع شرعا لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن تم الخلع وطلقت منه".[2]

3. سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

إذا توافرت شروط الحضانة السابقة في شخص،ثبتت له الحضانة، ولكنها قد تسقط لعذر أو لغير عذر؛ فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة،[3]حيث إن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر.[4]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1984/06/25"متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها... وإذا كان الثابت –في قضية الحال– أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع

---

[1]إلياس، مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ص177.

[2]قرار رقم 26709 صادر في 1982/02/08، ن ق، 1982، ع خ، ص258، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص160.

[3]سمارة، محمد، أحكام وآثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر، ط 1، 2008، ص392.

[4]المادة 68 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

ابنتها أم البنت المحضونة ... ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 1990/02/25: "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 وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون".[2]

إلا أنه من زاوية أخرى نتساءل عن كيفية حساب مدة السنة، فهل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر فيه سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بالأم أو الأب، مع الإشارة أن الحاضن الذي يكون حقه مهددا بالسقوط يبقى محتفظا بالحضانة مادام القاضي لم يتدخل لسحبها منه.[3]

ومما لا ريب فيه أن القضاء في غياب النص التشريعي أو غموضه يجد نفسه مضطرا إلى سد الثغرات؛ إذ أنه المخاطب الأول بتفسير المادة 68 من ق أ ج بسبب احتكاكه الدائم مع الحياة العملية، وهذا ما تبنته القرارات القضائية فعلا، فقضى المجلس الأعلى في 02/05/ 1979 "بأن طلب المطعون ضدها جاء متأخرا بمدة طويلة من تاريخ تنازل ابنتها، أم الولدين، إذ وقع هذا التنازل عن حضانة ابنيها في 1972/08/30 ولم تحرك الجدة ساكنا حتى 1978/01/08، وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلبها حضانة حفيديها، في حين أن

---

[1] قرار رقم 33636 صادر في 1984/06/25، م ق ، 1989، ع 3، ص45، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص281.

[2] قرار رقم 58220 صادر في 1990/02/05، م ق ، 1993، ع 3، ص53، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص681.

[3] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص509.

المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة، وبناء على ذلك، فان القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا ذلك المبدأ، وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان..."[1].

وقد تأكد هذا النظر في قرار آخر صادر عن نفس المجلس بتاريخ 1984/07/09 إذ يقول: "...ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة..."[2].

إلا أنه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة، ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا، حيث يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.[3]

وهذا ما ركز عليه المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1978/02/27 الذي أبرز فيه "سلطة القاضي السامية" في تقدير العذر؛فحسم هذه النقطة بالرد التالي: "حيث إن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنين للأم بعد فترة زمنية تقدر بست سنوات،في حين أن الشرع قرر أن الحضانة تطلب لمستحقها خلال السنة، وإلا سقط حقه فيها.

حيث إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية وإقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدارها وتركها

---

[1] قرار رقم 19303 صادر في 1979/02/05، ن ق ، 1981، ع 1، ص77، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص131-132.

[2] قرار رقم 32829 صادر في 1984/07/09، م ق ، 1990، ع 1، ص60، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص339-340.

[3] بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص98.

حضانة بنتيها لوالديها كان أمرا ضروريا...".[1]

ولا ريب أن إدخال المرض الخطير من باب الأعذار إنما يتماشى مع الحكمة التي وضع من أجلها نص المادة 68 ق أج،فقد يرتب على عدم تطبيق روح هذا النص القانوني أن يبقي أطفال كثيرون بعيدين كل البعد عن حنان الأم وعطفها مع أن هذه الأخيرة أصبحت أهلا لحضانتهم ومن ثم، فإنه لامناص من جعل هذا النص ساريا كلما دعت مصلحة المحضون ذلك، حتى يحدث أثره وتتحقق المنفعة المرجوة.[2]

وهذا يتضح بجلاء هي القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18حيث قضت فيه بأنه: "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين –في قضية الحال– أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام، مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد مماطلة المطعون ضده في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من ق أج، وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد، وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلو أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه".[3]

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق بمرور هذه المدة، وقد تجلى هذا في اجتهادات المحكمة العليا حيث جاء في القرار الصادر في 1985/12/02: "حسب الشريعة

---

[1] قرار رقم 15403 صادر في 1978/02/27، غير منشور، نقلا عن حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص510.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص510.

[3] قرار رقم 222655 صادر في 1999/05/18، ا ق ، 2001، ع خ ، ص185، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1076.

الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها".[1]

ويجب أن نلفت النظر في النهاية إلى أن هذه القرارات كما هو ملاحظ من تاريخ إصدارها، اتبعت المذهب المالكي في الإتيان بمدة السنة، وهي نفس المدة التي جاءت بها المادة 68 قأج، وحسب تاريخ بداية السنة من يوم تنازل الحاضن عن حضانته، ومن يوم الفصل في الحضانة آخذين في ذلك خصوصية وقائع كل قضية.[2]

كما أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون إن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة سقط حقه، لأن الطفل وتربيته من الأمور التي ينبغي الاهتمام بها خاصة إذا تعلق الأمر بتزوج الأم بغير الأب في مدة الحضانة،[3] لأنه يشترط في الحاضنة أن لا تكون متزوجة، فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة.[4]

وإزاء هذا الوضع نتساءل عما إذا كان كل تزوج للحاضنة بغير قريب محرم يتعارض مع مصلحة المحضون؟

ثانيا: تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة

نص المشرع في المادة 66 ق أج: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، حيث لم يفرق القضاء بين الحاضنة الأم أو غيرها من الحواضن إذا اشترط أن لا تكون المترشحة للحضانة وأيا كانت متزوجة بغير قريب محرم،

---

[1] قرار رقم 38825 صادر في 1985/12/02، ن ق ، 1988، ع 44، ص157، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص185.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص509.

[3] البغا، محمد الحسن مصطفى، "تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون"، مجلة جامعة دمشق، ع 2، م 18، 2002، ص319.

[4] مدقر، عبد القادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الجزائر، المطبعة العربية، 1993، ص223.

لما في ذلك من خطر على المحضون،[1] وإن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة عنها، وتمنحه إلى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد.[2]

ويتضح مما تقدم أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة 2/62 ق أج والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون، ومن ثم فالقاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ويكون حكمه كاشفا.[3]

كما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 ق أج[4]وهذا الحكم بالنسبة للمتزوجة بأجنبي، فإن تزوجت بقريب محرم من الصغير كأن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له فلا تسقط؛ لأن الجد أو العم محرم للصغير[5]وصاحب

---

[1]وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05 ماي 1986، حيث قضى أنه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ أسند حضانة البنت إلى جدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة". قرار رقم 40438 صادر في 1986/05/05، م ق ، 1989، ع 2، ص75، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص257.

[2]وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 18 ماي 2005 بأنه "يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم". قرار رقم 331058 صادر في 2005/05/18، م م ع ، 2005، ع 2، ص383، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1290.

[3]جاء في قرار المحكمة العليا بأنه " إذا كان القانون قد أعطى، الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم".
قرار رقم 341320 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 62، ص385، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1469.

[4]قرار رقم 102886 صادر في 1994/04/19، ن ق ، 1997، ع 51، ص92، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص856.

[5]بن حرز الله، عبد القادر، مرجع سابق، ص360.

حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه، فيتم بينهما التعاون على كفالته بخلاف الأجنبي.[1]

كما أن المشرع ومن خلال المادة 70 ق أج التي تنص "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، إضافة إلى ما جاء في المادة 66 ق أج جعل قبول حضانة الجدة أو الخالة مرتبط بعدم مساكنتهم لأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك حتى لا يتم إمساك المحضون في بيت المبغضين له،[2] حيث "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون...، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا ولذا استوجب رفض الطعن".[3]

ويظهر أنه من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي،[4] لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة، وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 ق أج على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري"، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/02/05 أنه "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

---

[1] مدقر، عبد القادر، مرجع سابق، ص223.

[2] طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص85.

[3] قرار رقم 50011 صادر في1988/06/20، م ق ، 1991، ع 2، ص57، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص468.

[4] الجندي، أحمد نصر، مرجع سابق، ص154.

أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالف للقانون".[1]

إلا أنه يلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف، حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في إحدى قراراتها المؤرخ في 2000/11/21 "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أج يعد مخالفا للقانون وقصور في التسبيب".[2]

وتأكد هذا الموقف للمحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار آخر أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير اختياري عن الحضانة، ومن ثم فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 ق أج.[3]

وتبقى مسألة أخرى نراها من الأهمية بمكان وهي كون الأب يتوفى والحضانة مسندة للأم، فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، وهنا يتضرر المحضون، فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها.

ولدقة الموضوع وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه،

---

[1] قرار رقم 58812 صادر في1990/02/05، م ق ، 1992، ع 4، ص58، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص623.

[2] قرار رقم 252308 صادر في2000/11/21، م ق ، 2001، ع 2، ص284، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص992.

[3] قرار رقم 201336 صادر في1998/07/21، ا ق ، 2001، ع خ ، ص178، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص1072.

وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة، وإذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم.

ولهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 ق أج يشمل ما قلناه في الموضوع، وذلك على النحو التالي: "يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير وبشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه".[1]

لذلك يجب أن يترك الأمر بيد القاضي ولا خوف على المحضون، لأن القاضي إنما يراعي ما هو خير وأصلح له، وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات أهمها:

- عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.
- أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز.
- عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة،[2] ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة.[3]

ويمكن الإضافة إلى هذه الاستثناءات عوامل أخرى يقدر القاضي ملاءمتها وصلاحيتها مع كل حالة على حدة ليخرج بما هو أصلح وأنفع للطفل، ويكون ذلك على النحو التالي:

- أن لا يقدر المحضون على الاستغناء على حاضنته بسبب سنه، كأن يكون رضيعا لا يقبل إلا ثدي حاضنته، أو في حالة صحية لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق المعالجة.
- أن لا يكون زواج الحاضنة مانعا منعا كليا من الاعتناء بالمحضون، بأن تنشغل بأمور زوجها وتغفل رعاية الصغير، أو أن يرفض زوجها حضانة الصغير رفضا باتا وصريحا.

---

[1] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص262.

[2] حميدو، زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، ج 41، 2000، ص183-184-185.

[3] المادة 68 ق أج "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

- أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه طبقا للمادة 72 ق أج، حتى لا يحس زوج الحاضنة بعبء تحمل نفقات المحضون، فيبغضه وينقص من كرامته.

وأمام هذه العوامل وتلك الاستثناءات، فالقاضي إذن لا يجب أن يشغله تزوج الحاضنة بقدر انشغاله براحة المحضون المعنوية، وبهذا يمكن اقتراح النص التالي: "يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها، ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون".[1]

وكما هو معلوم فإن العمل –كنشاط إنساني– ليس محصورا في الرجل وحده، بل يشمل المرأة أيضا وفي كثير من الأحيان يعد عمل المرأة من قبيل الواجبات الملقاة على عاتقها،[2] لقوله تعالى: "وَقُلِ اعْمَلُوا"[3] وقوله تعالى: "مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً"[4]؛ لأنه ضرورة اجتماعية واقتصادية، وخاصة في عصر التقدم العلمي والتكنولوجي، حيث يوفر لها ولأسرتها دخلا ماديا ويقوي شخصيتها.

إلا أنه تظهر في المجتمع اتجاهات متناقضة حول عمل المرأة مرتبطة بفكرة أن مكان المرأة في بيتها كزوجة أو مربية للأطفال[5]، وهو المقصود في موضوعنا، وهو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة.

ومن هنا فإننا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في إسقاط الحضانة أن نقول أن مصلحة الطفل تجد نطاقها الواسع وامتدادا في هذه المسألة، بل تبرز أكثر من أي

---

[1] حميدو، زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، مرجع سابق، ص185.

[2] العقايلة، زيد محمود، "حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، ع 8، ص408.

[3] الآية 105 سورة التوبة.

[4] الآية 97 سورة النحل.

[5] بلان، كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المرأة في ضوء بعض التغيرات "دراسة ميدانية"، مجلة جامعة دمشق، ع 1، م 28، 2012، ص19.

مسألة من مسائل الحضانة،[1] ولكن هل كل أعمال الحواضن تتضارب ومصلحة المحضون؟

ثالثا: عمل الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون

إن مسألة عمل المرأة الحاضنة لا يمكن إغفالها؛ لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها، لم يعد دخيلا عليه بل ضروريا في مشاركتها في تنميته، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على الحاضنة العاملة أيضا.[2]

ومن ثم فالسؤال المطروح هو: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ ومتى يعد هذا العمل مسقطا للحضانة؟

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في القانون84-11 من بينها سقوط الحضانة بسبب العمل، حيث إن احتراف العمل في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة، وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها، رغم عدم وجود النص القانوني. ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام، فتدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 2/67 معدلة ق أج التي جاء فيها: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو

---

[1] شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص312.

[2] بوجاني، عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص232.

معنوي، أو أنه مهمل،وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن، ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها حيث نصت على ما يلي: "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 باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

وبناء على هذا أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة، واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.[3]

إن لكلا الأبوين حق في المحضون كما مر معنا، فللأم حق حضانته، وللأب حق رعايته وتأديبه، ولا بد من اصطدام هذين الحقين عند سفر الحاضن بالمحضون، أو نقله إلى محل إقامة جديد، فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة، هل تقدم الحضانة أم تقدم

---

[1] قرار رقم 295996 صادر في2002/10/23، ن ق ، 2006، ع 57، ص219، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1314.

[2] قرار رقم 245156 صادر في2000/07/18، ا ق ، 2001، ع خ، ص188، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1078.

[3] قرار صادر في 1969/05/29، ن ق، 1979، ص50، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص68.

الرعاية والحفظ والتأديب[1] وهذا ما سنبينه في العنصر الموالي.

رابعا: الاستيطان في بلد أجنبي

تعتبر التربية الدينية من بين العناصر الأساسية التي نقوم عليها مصلحة المحضون، لذلك إذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها إلا أنها قد تسحب منها متى قررت الاستقرار ببلد أجنبي غير مسلم، فلا شك أن الطفل المحضون يتأثر بعادات وأخلاق البلد الذي نشأ فيه، مما يشكل خطرا على معتقداته الدينية.[2]

فإذا أرادت الحاضنة تغيير موطنها الذي تمارس فيه الحضانة رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة لها، أو إسقاطها عنها، مراعيا في ذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة.[3]

يتضح لنا أن المشرع قد فرق بين حالتين لثبوت أو سقوط حق الحضانة، الحالة الأولى وهي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، والحالة الثانية وهي ممارستها خارج التراب الوطني، وقد نظمها في المادة 69 من ق أج وترك الحالة الأولى دون حكم خاص بها، والمشرع بسكوته هذا ترك أمر حلها للقضاء، ومن تم فقد منح له الحرية الكاملة في تطبيق 222 من ق أج واتخاذ ما يراه مناسبا. ومن هنا نجد الحكم الفقهي المعروف والذي مفاده أن يقيم الطفل في نفس موطن أبيه حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة السلطة الأبوية والإشراف على المحضون، ورقابة سلوكه وتربيته.[4]

وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن

---

[1] سمارة، محمد، مرجع سابق، ص401.

[2] زاير، فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص120.

[3] المادة 69 ق أج "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".

[4] سلامي، دليلة، مرجع سابق، ص53.

الأم لإقامتها ببلد أجنبي، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في1995/11/21 حيث جاء في محتواه ما يلي: "إن إقامة الأم بالخارج 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".[1]

ونفس الحل تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/10/12: "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي".[2]

وبما أنه من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

فالمستقر عليه في القضاء الجزائري أن إسناد الحضانة للأم شرط ممارسة الحضانة تلقائيا يعد خطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/06/23:"ولما ثبت –من قضية الحال– أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة للأم، قد اشترطوا –تلقائيا– ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون، فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي".[3]

---

[1] قرار رقم 111048 صادر في1995/11/21، ن ق ، 1997، ع 52، ص102، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص860.

[2] قرار رقم 334543 صادر في2005/10/12، ن ق ، 2008، ع 62، ص381، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1467.

[3] قرار رقم 91671 صادر في1993/06/23، م ق ، 1994، ع 1، ص72، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص730.

والقرار 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".[1]

والحكمة في عدم جواز انتقال الحاضنة بالصغير هو مراعاة مصلحة الصغير ومراعاة حق الوالدين، وألا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من حضانة ورعاية أبيه،[2] فالحاضن إذا أراد الاستيطان في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.[3]

ومنه نخلص إلى أن سفر الحاضن لا يسقط الحضانة مطلقا بل بقيود،[4] لأنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم.[5]

أما بالنسبة لمراعاة القاضي مصلحة المحضون فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفق كل اعتبار، غير أن مراعاة هذه المصلحة منحت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.[6] ومن أمثلة ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرار

---

[1] قرار رقم 408248 صادر في2007/11/14، م م ع ، 2011، ع 1، ص244، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1533.

[2] داوود، عبد الباري محمد، حقوق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية، مصر، مكتبة الإشعاع الفنية، ط 1، 2003، ص55-56.

[3] المصري، مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص520.

[4] القدومي، عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007، ص173.

[5] قرار رقم 426431 صادر في2008/03/12، م م ع، 2008، ع 1، ص271، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1447.

[6] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص462.

لها بتاريخ 1996/05/21 حيث قضت: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون. ولما كان ثابتا – في قضية الحال– أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".[1]

وفي قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا "أن إسناد حضانة الأبناء إلى الأب بعد وفاة الزوجة إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة، كون مصلحة الأبناء تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون، مؤسسين ذلك على أنه بالنظر إلى سن البنتين، فإن مصلحتهما تكون ببقائهما تحت رعاية والدهما، ولما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير مصلحته العيش بين أختيه وتحت رعاية الأب".[2]

[1] قرار رقم 134951 صادر في1996/05/21، م ق، 1997، ع 2، ص86، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص876.

[2] قرار رقم 274683 صادر في2001/12/26، م م ع، 2004، ع 2، ص346، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1248.

خلاصة الفصل:

من خلال ما تقدم في هذا الفصل يمكننا أن نقول أن الحضانة ميزة أنثوية فالدور الأول فيها للنساء، وأن قوامها نفع الولد ومصلحته والقاضي وحده يقدر هذا على الوجه الذي يحقق التربية والرعاية السليمة للمحضون.

حيث أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير مصلحة الطفل، فحيث ما تحققت هذه المصلحة اتجه إليها محاولا بذلك وضع الطفل في يد أمينة ترعاه، حتى ولو أدى ذلك إلى القفز فوق درجة أو درجتين من مستحقي الحضانة.

فسلطة القاضي تمكنه من تكييف الوقائع والدلائل والبراهين وتقديرها بكل حرية مستنبطا الحكم الملائم.

الفصل الثاني

آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة

إن انحلال الرابطة الزوجية، من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا وشرعا، ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر بها، وينتج عن ذلك آثار تتطلبها ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليما، ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون وأجرة الحضانة وحقه في السكن والزيارة للحفاظ على العلاقات الأسرية. وهذا يقتضي البحث في مدى تحقق مصلحة المحضون والتطرق إلى الإشكالات القضائية والدعاوى التي تقوم على أساسها مصلحة الطفل المحضون، وما يواجه القاضي في إسناد الحضانة، خاصة في الزواج المختلط والمسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.

المبحث الأول: المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بإسناد الحضانة في قانون الأسرة على ضوء القضاء الجزائري.

المبحث الأول

المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري

رتب المشرع الجزائري وقبله الفقه الإسلامي آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في رعاية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، ويظل السؤال مطروحا فيما يتعلق بأجرة الحضانة كون الحاضنة تبذل جهدا في سبيل ذلك، إضافة إلى حق الزيارة الذي يكفله الشرع والقانون لأحد الوالدين الذي ابتعد عنه ابنه بفعل الحضانة وبعد طلاق الوالدين.

وعليه، يمكن أن نطرح السؤال التالي: ما هي الإشكالات التي تثيرها أهم الأمور المتعلقة بممارسة الحضانة؟

فمن خلال هذا السؤال، سنخوض تفصيلا في هذه الآثار من خلال هذا المبحث حيث سنبين حق المحضون في النفقة والسكن، إضافة إلى حق الزيارة في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حق المحضون في النفقة والسكن في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: حق الزيارة تبعا لإسناد الحضانة.

المطلب الأول

حق المحضون في النفقة والسكن في قانون الأسرة الجزائري

إذا ما توفر العنصر المادي للمحضون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه؛ فإن هذا يجعل المحضون يحس براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن؛ ومن هنا فإن أهم النقاط التي تثار في تحديد المصلحة المادية للمحضون تتمثل في نفقة المحضون وأجرة الحضانة والحق في السكن.[1]

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة، وعلاج، وتربية وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته النشأة القويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، ويتجلى في نفقة المحضون، فإذا كان من المؤكد أن المحضون لابد له من نفقة كما سيأتي لاحقا،[2] فإن السؤال يطرح بالنسبة للحاضنة: فهل لها مقابل لما تبذله من رعاية وتربية للمحضون؟

أولا: حق النفقة على المحضون

من بين الحقوق التي تقررها التشريعات للمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو كان غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لدراسة.[3]

وقد وردت أحكام النفقة في المادة 78 ق أج: "تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف".[4]

---

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 42.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص116.

[3] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة"دراسة مقارنة بين الشريعة إ والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص421.

[4] المادة 78 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج. والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما: الزواج والقرابة.[1]

وقد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه – إن لم يكن للمحضون مال –مما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية من أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.[2]

حيث سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 ق أ ج التي تنص على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، بالنسبة 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".[3]

ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال، أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج،[4] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16 "من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على الكسب.

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

---

[1] المادة 77 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2] عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، مصر، دار الفكر العربي، ص413.

[3] المادة 75 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[4] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 154.

بيت الزوجية أو حصولها على كسب، وعليه فان القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 ق أج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة".[1]

وفي قرار آخر: "تبقى نفقة البنت على والدها، ملازمة لها ولا تسقط عنها، إلا بالدخول أو بالاستغناء عنها بالكسب".[2]

ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة:

- إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة.
- يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق.[3]

وعلى هذا سار القضاء في الجزائر إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم ما يلي: "من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين، وأجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون، وأن عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية تصادق فقط على إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[4]وفي قرار آخر صادر في 2004/01/21 جاء فيه ما يلي: "لا يحق للأم الحاضنة التنازل على نفقة الأولاد مادامت النفقة حق للمحضون".

---

[1]قرار رقم 218736 صادر في 1999/02/16،ا ق ، 2001، ع خ، ص206، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1101.

[2]قرار رقم 318418 صادر في 2005/02/23، م م ع، 2005، ع1، ص283، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1266.

[3]ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 154.

[4]قرار رقم 216886 صادر في 1999/03/16،ا ق، 2001، ع خ، ص203، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1099.

وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، وأن 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.[1]

1. تقدير قيمة النفقة:

تنص المادة 79 ق أج في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".[2]

هذه المادة تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة المحضون، فما يستنتج من هذه المادة أن القاضي، عندما يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج، كما يجب أن يراعي ظروف المعيشة والمستوى الاجتماعي.[3]

فالحاضنة قد تطالب بالنفقة أثناء سير دعوى الطلاق، وقد تطالب بها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة تقدمها إلى قاضي شؤون الأسرة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة، وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها،[4] فقد قررت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 1981/03/09 بأن دعوى الحضانة هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها، لا يجوز جمعها مع دعوى النفقة المقامة قصد الزيادة في نفقة المحضونين، وأن جمع دعويين في دعوى واحدة غير جائز لما فيه من إضرار بأحد الطرفين والتهرب من أداء مصاريف التقاضي وتعد

---

[1] قرار رقم 311458 صادر في 2004/01/21، م م ع، 2004، ع 2، ص379، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1261.

[2] المادة 79 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 45.

[4] كربال، سهام، مرجع سابق، ص 56.

على قواعد المرافعات وعلى النظام العام.[1]

كما لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، ولا يجوز الطعن في حجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.[2]

فبخصوص مسألة نفقة المحضون فالأصل فيها أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن آلت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون، لارتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه من أجل رعايته وتعليمه والقيام بتربيته.[3]

2. عدم دفع قيمة النفقة

وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها لأجل الحصول عليها،[4] وفي حالة ما إذا امتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطى ضمانة لاستيفاء هذا الحق إذ نص في المادة 331 ق ع ج على جنحة عدم دفع النفقة؛ إذ تعاقب الممتنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين 6 أشهر إلى 3 سنوات حبس ومن 50000 د ج إلى 300000 غرامة نافذة. [5]

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال، وتبين

---

[1] قرار رقم 25055، صادر في 1981/03/09، م ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966 –2010 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2012، ص 373.

[2] قرار رقم 136604 صادر في 1996/04/23، م ق، 1997، ع 2، ص89، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 878.

[3] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 45.

[4] كربال، سهام، مرجع سابق، ص58.

[5] المادة 331 القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم 06 –23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

من المادة أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي بالامتناع عمدا عن دفع نفقة الطفل المحضون لمدة تتجاوز الشهرين.

ومن خلال نص المادة 331 ق ع ج يتبين أن هذه الجريمة تتكون من الأركان التالية:

1. **الركن المادي:** ويتضمن عنصرين هما:

- وجود حكم قضائي بأداء النفقة .

- الامتناع عن أداء النفقة وذلك لمدة تتجاوز الشهرين.

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

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى من الطفل المحضون أو الحاضن.[1]

كما أن هذه الجريمة تبقى قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون معه ويتكفل بكل مستلزماتهم، وإن أثبتت ذلك بواسطة محضر قضائي، فقد قضت المحكمة العليا بأن: "متى تبين أن الطاعن قد حكم عليه بدفع النفقة لابنتيه إلا أنه رغم إلزامه بالدفع امتنع عن ذلك لمدة تتجاوز الشهرين، ولما تمت إدانته بجنحة الإهمال العائلي، وقد ألزم قضاة الموضوع المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب الرفض".[2]

إن ما يمكن الإشارة إليه في الأخير هو أن المدة التي حددها المشرع الجزائري لقيام هذه الجريمة هي مدة طويلة في نظرنا فبالإمكان أن تلحق ضررا جسيما بصحة الطفل وربما بحياته،

---

1 سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011، ص 104.

[2] قرار رقم 228139 صادر في 1999/11/16، م ق، 2000، ع2، ص227، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 3، 2014، ص 1004.

والأجدر أن تحدد بمرور شهر واحد فقط.[1]

إلا أنه من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب هي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، وإن إهمال المشرع الجزائري واضحا عندما حصر حقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة 78 ق أج.

والمشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المادي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغداء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، وليس وفق متطلبات العصر، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا!

هذا، وقد اقترح مجلس الوزراء في مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري وجوب إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة، وهذا نظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وانعكاساتها السلبية على حسن تربية المحضونين وحسن تنشئتهم، وكان من أسباب هذا الاقتراح أن المتضرر من عدم دفع النفقة هم بصفة أولية الأطفال، فهذا الصندوق إن تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين،[2] وقد تم ذلك بالفعل بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 2015/01/04 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، حيث يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية.[3]

كما يلاحظ أن هناك تناقضا بين النصوص المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين سواء في علاقتهما ببعضهما أو بأطفالهما فهو واضح وجلي، في حين مازال يكرس أحقية الأب في الولاية على أبنائه القصر أثناء قيام الزوجية في حين تنتقل الولاية إلى الحاضن سواء أكان أما

---

[1] سويقات، بلقاسم، المرجع السابق، ص 104.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 118- 119 .

[3] قانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر، ع 30، المؤرخة في 7 جانفي 2015.

أو أبا أو غيرهما بعد الطلاق وغالبا ما تكون الأم هي الحاضنة.[1]

فلقد جعل المشرع من خلال المادة 87 ق أج ولاية الأولاد القصر لآبائهم في حياتهم، وتؤول ولايتهم للأم بوفاة الأب وتحل محله قانونا وفي حالة غيابه أو حصول مانع من موانع الولاية به تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة.

ومادامت الأم هي الأولى بالحضانة، فمعنى هذا أن الولاية على الأولاد المحضونين ستؤول إلى الأم طوال فترة الحضانة ولو في حياة أبيهم، وهذا يطرح إشكالا آخر: هل للأب ولاية على أولاده المحضونين أو لا؟ فإذا كانت حضانة الأم تسلبه حق الولاية- أي لم يعد وليا-فبأي وجه أو صفة ألزم الأب النفقة على أولاده؟ هل بصفته مطلقا لأمهم أو بصفته وليا لهم يتحمل جميع ما يترتب على الحضانة.[2]

ثانيا: أجرة الحاضنة

لاشك أن الحضانة للطفل أيا كانت تقدم عملا للمحضون،[3] وبما أن الحضانة عملا متعقبا وشاقا يتطلب إمكانيات وجهود مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل، وبالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي بشكل أجرة للحاضنة؟[4]

من خلال التمعن في المواد 75-76-77-78 ق أج، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة؛ ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ق أج، فنجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد

---

[1] شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص 332.

[2] داودي، عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار البصائر، 2010، ص210.

3 المصري، مبروك، مرجع سابق. ص517.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص120.

في هذه المسألة، فتظل المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء.[1]

وعناية بالمحضون وبمصلحته، ترى الأستاذة حميدو زكية أن في الاعتراف للحاضنة بأجرة على حضانتها الرأي الصائب، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة، وخاصة وأن أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، فإن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل، وفي هذا ضرر بالمحضون والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.[2]

فسكوت المشرع عن أجرة الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها مادامت هناك إحالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222 من ق أج، حتى وإن كان الملاحظ في مجتمعنا أن الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي استنادا إلى المادة 222 ق أج أن يلبي طلب الحاضنة ويحكم لها بها.[3]

هذا عن نفقة المحضون وأجرة الحاضنة، لكن إذا كانت المطلقة هي الحاضنة فأين تمارس هذه الحضانة؟

الفرع الثاني: حق المحضون في السكن في قانون الأسرة الجزائري

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون، والأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم قال تعالى:" لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ".[4]

ومنه ألزم الله تعالى الأب أن يهيئ للحاضنة وللمحضونين بيتا يسكنونه، بحيث إذا كانت

---

[1] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص156.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص125.

[3] بوخاتم، آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص66.

[4] سورة البقرة، الآية 233.

العلاقة الزوجية قائمة بينهما فإن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة، قال تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"،[1] وإن كان الأب والأم منفصلين تماما فإنه على الأب أن يؤجر أو يشتري لأولاده المحضونين مع أمهم بيتا لإيوائهم، وذلك داخل في باب النفقة على أولاده.[2]

والمقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية، وذلك في حالة توفير الأب مسكنا لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الصغير به، وفي هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة، ومسكن الحضانة إذا لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن

يكون مسكنا مستقلا ومستوفيا المرافق الشرعية، على خلاف مسكن الزوجية والذي لا يشترط فيه في جميع الأحوال أن يكون مستقلا وبه جميع المرافق الشرعية باعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه.[3]

إن الإشكال الكبير الذي يطرح هو ما يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة، ولم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها، هل استثناء المشرع الجزائري في نص المادة 72 ق أج مسكن الزوجية من النزاع هو التحيز لصالح الرجل؟ أم هناك اعتبارات أخرى راعاها المشرع الجزائري خاصة أن الاجتهاد القضائي قد جسد هذه القاعدة واعتبر أن حق البقاء للحاضنة في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين. [4]

---

[1] سورة الطلاق، الآية 6.

[2] زقور، أحسن، "أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع 5، 2007، ص73.

[3] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص426.

[4] إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص179.

أولا: توفير السكن للمحضون مع حاضنته

حسم المشرع في مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارسة الحضانة، حيث جاءت بصيغة الوجوب،[1] وذلك ما جاء في المادة 72 المعدلة من ق أج والتي نصت على: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"،[2] حيث أن توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار.[3]

فالمادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، إذ جاءت على النحو التالي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".[4]

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا بالتأكيد إلى ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل إيجار، فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بما يلي: "من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة".[5]

وجاء في قرار آخر: "إن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنه فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة

---

[1] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص243.

[2] المادة 72 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] قرار رقم 566381 صادر في 2010/09/16، م م ع، 2010، ع 2، ص268، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1508.

[4] المادة 72 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[5] قرار رقم 339617 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 63، ص343، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1478.

الموضوع".[1]

غير أن المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها، خاصة بشأن الفقرة التالية منها التي نصت "...و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وإجمالا نقول أن المشرع لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على البقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

1. استعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح بيت المطلق، لانقطاع عقدة النكاح بعد الطلاق.[2]

2. في معنى الفقرة حصر المشرع الحاضنة في المطلقة، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أما أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

3. لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت من صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها، كما أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع.

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم

---

[1] قرار رقم 197739 صادر في 1998/07/21، ن ق، 1999، ع 56، ص37، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص945.

[2] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص70.

يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.[1]

والثابت أيضا أن قرار المحكمة العليا قبل التعديل فصل في هذا الموضوع واعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون.[2]

مع الإشارة بأن عبارة: "بدل الإيجار" المنصوص عليها في المادة 1/72 يقصد منها أجرة السكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأن المسكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء، وعلى ذلك كان من الواجب أن ينص المشرع على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن ووجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه.

ويلاحظ بأن الأمر رقم 05-02 قد عدل المادة 52 ق أج، بأن حذف الفقرات من الثانية إلى الرابعة المتعلقة بسكن ممارسة الحضانة، وتبعا لذلك لم يبق حاليا إلا نص المادة 72 في صيغته الجديدة،[3] لكن هذا لا يمنع من القول أن المشرع راعى بعض الحالات حيث هناك عائلات ترفض إيواء بناتهم المطلقات وخصوصا إذا كن مع أطفالهن، وهذا ما يجعل بقاء الحاضنة في بيت مطلقها حتى تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن حماية لها ولمحضونيها.[4]

ومن الملاحظات الأخرى التي لوحظت على هذه المادة أن فيها ظلما وإجحافا كبيرين في حق المطلقة الحاضنة؛ ذلك أن توفير مسكن لها أو بقاءها في مسكن الزوجية لممارسة الحضانة، يكاد يكون مستحيلا في ظل الشروط المقيدة للحكم لها بذلك، خاصة مع غياب مختلف الإجراءات القانونية التي تسمح للقاضي بإجراء التحقيقات اللازمة والكفيلة بالكشف عن

---

[1] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص158.

[2] قرار رقم 348644 صادر في 2005/12/14، ن ق، 2006، ع 59، ص244، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1327.

[3] بوجاني، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 246- 247.

[4] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص71.

الممتلكات العقارية للزوج المطلق والقابلة للسكن، وهذا ما ينجم عنه تشرد المطلقة الحاضنة مع محضونيها في الشوارع، مع ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية لها انعكاساتها الخطيرة على الأفراد والمجتمع.[1]

إلا أن المحكمة العليا أكدت أنه: "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر، ومتى تبين –من قضية الحال– أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهربا واحتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة، وعليه استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن".[2]

وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر، وهذا على خلاف الغالب وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد فيقع بذلك المطلق في الضيق والحرج، وإنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق وكذا الحكم عند الفرقة باللعان.

كما أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان من ماله صغيرا كان أو كبيرا؛ ومما لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتبارها من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان

---

[1] قبزيلي، مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2003، ص 258.

[2] قرار رقم 179558 صادر في 1998/03/17، ا ق، 2001، ع خ، ص210، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1103.

الأولى بالمشرع إبقاء المادة 72 من قانون 84-11 على ما كانت عليه.[1]

وحل هذه الإشكالية يكمن في:

1. في سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الاستعجال، وهذا ما استدركه المشرع من خلال نص المادة 57 مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".[2]

2. إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقا، فهنا تقدم مصلحة المحضون، وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن،[3] أما إذا كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم، فإنها تمكث في بيتها أو في بيت أهلها وتستحق بدل الإيجار منذ انتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب الحكم القضائي، هذا إن تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي.[4]

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة، لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم.

كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الانفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانونا فإن العرف والواقع يأبيان ذلك لما قد ينجر عنه

---

[1] بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009، ص 682 -684 - 685.

[2] المادة 57 مكرر من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] بن صغير، محفوظ، المرجع السابق، ص 685.

[4] وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا "إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو أجرته". قرار رقم 282052 صادر في 2002/05/08، م ق، 2004، ع 1، ص272، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1236.

من مفاسد قد تلحق بالحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون.[1]

ويستثنى من النزاع حول الحضانة أن يكون مسكن الزوجية وحيدا، لأنه لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبتت ملكية المسكن لشخص آخر،[2] كما أن الاجتهاد القضائي أضاف شرط أن تكون المرأة حاضنة لثلاثة أولاد وهو شرط قابل للمناقشة والنقد استناد لنص المادة 2/52 من قانون الأسرة 84-11 "...يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج".[3]

وهذا ما جاء تأكيده في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/29 أنه: "من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، أما إذا تعذر عليه فعليه أجرته، ولما ثبت -من قضية الحال- أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم -المنتقد- على (أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين)، فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام -المطعون ضده-بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة.[4]

وهذا يعتبر إجحافا في حق الحاضنة إذا كان لها ولد واحد أو اثنان، فيمكن القول أن المشرع الجزائري أساء للمرأة في حقها في السكن،[5] لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وهو ما يتوافق

---

[1] بن صغير، محفوظ، مرجع سابق، ص 685.

[2] قرار رقم 258532 صادر في 2001/03/28، م ق، 2002، ع 1، ص316، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1178.

[3] المادة 52 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

[4] قرار رقم 112705 صادر في 1994/11/29، م ق، 1995، ع 1، ص140، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 803.

[5] إلغات، ربيحة، مرجع سابق، ص 180.

أيضا مع المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 02/05.[1]

ومنه يتضح لنا أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب تقيم فيه هي ومحضونها يجب توفر الشروط التالية:

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسند إليها القاضي حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.[2]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من القانون 84-11، فلم تعد المادة 52 المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة.[3]

فقد نصت المحكمة العليا في قرار آخر أن: "السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة،[4]

– أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا أنه: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من

---

[1] وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: "لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد". قرار رقم 535329 صادر في 2009/12/10، م م ع، 2010، ع 1، ص235، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1490.

[2] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص 145.

[3] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص 431.

[4] قرار رقم 276760 صادر في 2002/03/13، م ق، 2004، ع 1، ص267، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1234.

مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن،[1] وأن بدل إيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة".[2]

كما لا يمكن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، لأنه يعد انتهاكا للقانون،[3] وإذا تماطل هذا الأب في توفير السكن أو في تقديم ثمن إيجاره فإنه من حق الزوجة المحكوم لها بحق الحضانة أن تبقى بمسكن الزوجية ولا تجبر على الخروج منه إلى غاية تنفيذ الأب للحكم الذي ألزمه بتوفير السكن، أو دفع بدل الإيجار،[4] حيث قضت المحكمة العليا أن "للحاضنة الحق للبقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[5]

ومنه نعتقد أن سبب وجوب إعداد سكن للمحضون مع حاضنته هو الحرص على أمنه وراحته، وضمان حمايته عندما لم يكن له مال يكفيه ويمكنه من هذه الشروط.

أما إذا كان له سكن، فإننا نعتقد أن القاضي لم يعد ملزما بالحكم له بإعداد السكن أو ببدل

---

[1] قرار رقم 288072 صادر في 2002/07/31، م ق، 2004، ع 1، ص278، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1239.

[2] قرار رقم 331833 صادر في 2005/06/15، م م ع، 2005، ع 1، ص315، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1279.

[3] قرار رقم 451303 صادر في 2008/10/15، ن ق، 2012، ع 67، ص252، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1620.

[4] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 192.

[5] قرار رقم 223834 صادر في 1999/06/15، ا ق، 2001، ع خ، ص 225، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1111.

الإيجار مثله مثل واجب النفقة.

فإذا سقطت الحضانة عمن سبقت وأسندت إليه ثم انتقلت إلى غيره بموجب حكم قضائي فإن الحق في توفير السكن لممارسة الحضانة أو بدله ينتقل إلى الحاضن الجديد مباشرة بالتراضي أو بطريق القضاء.[1]

هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من القانون 84-11، تنص على أن المطلقة تفقد حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر وثبت انحرافها، فإن المادة 72 المعدلة أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر.

من هنا يمكن القول أنه من العدل أن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وانتقلت إلى مسكن زوجها الجديد، أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان للدعارة.[2]

وفي الأخير نقول بأن المشرع بتعديله للمادة 72 ق أج قد حاول صد كل الأبواب أمام الزوج المطلق من التهرب من توفير مسكن لممارسة الحضانة.[3]

وهذا ما جاء النص عليه في قرار المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد.

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من ق أج طبقوا

---

[1] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 184- 195.

[2] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص146.

[3] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص 71.

صحيح القرار، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

ثانيا: مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون

عند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.[2]

نلاحظ أن المادة 72 ق أج لم تحدد مكان السكن، ويبقى مكان توفير السكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، ومن ثم فإذا وفر الحاضن المسكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة، وإذا كان المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2010/11/11 أنه: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة".[3]

كذلك، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في المادة 69 ق أج، إذ تنص: "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".[4]

وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد

---

[1] قرار رقم 189260 صادر في 1998/04/21، ا ق، 2001، ع خ، ص 213، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1104.

[2] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 54.

[3] قرار رقم 581700 صادر في 2010/11/11، م م ع، 2011، ع 1، ص 252، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1538.

[4] المادة 69 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

المحضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته، أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.[1]

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2011/05/12 أن "الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة، مقيد بممارستها في الجزائر، ولا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني".[2]

المطلب الثاني

حق الزيارة تبعا لإسناد الحضانة

بعد وفاء المحضون له بالتزاماته وتوفير كل الضروريات للحاضن من نفقة ومسكن لأجل ممارسة الحضانة والقيام بشؤون الصغير كما يجب، فبالمقابل تقوم على عاتق الحاضن التزامات تجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها؛ وهذا كله لأجل ضمان الاستقرار النفسي والمادي للطفل.

لأنه مهما تضافرت الجهود لتعويض الصغير عما فقده بفراق أحد أبويه، فلا يمكن تحقيق ذلك بأكمله، وهذا ما جعل الفقهاء ينظمون علاقة الأولاد بوالديهم بعد الطلاق وفق اجتهاداتهم بما يلتمسونه من الكتاب والسنة. وعلى أقوالهم سار رجال القانون وجعلوه أساسا لمواد القانون. وهذا ما يطلق عليه حق رؤية الصغير أو حق الزيارة التي أقرها الشرع والقانون وحتى العرف بين الطفل ووالديه.[3]

---

[1] بوترييات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص54.

[2] قرار رقم 622754 صادر في 2011/05/12، م م ع، 2012، ع 1، ص304، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1603.

[3] كربال، سهام، مرجع سابق، ص 76.

الفرع الأول: حق الزيارة

من حق أبوي المحضون متابعة ولدهما وزيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ وملاحظة وضعه الصحي وتلبية طلباته والسؤال عن سلوكه،[1] وحق الزيارة حق ثابت للوالدين؛ لأن حرمان أحدهما من ذلك يضر بالطرف الآخر، وهذا لقوله تعالى: "لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بولده".[2]

ولذلك قرر المشرع الجزائري حق الزيارة للمحضون من قبل الوالد غير الحاضن وذلك من خلال المادة 2/64 ق أج بنصها أنه: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"،[3] ومفاد هذا الحق السلطة الأبوية.[4]

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة ورعاية دائمة لمصلحة المحضون، فقد رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به.[5]

وبما أن المشرع نص على حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة، فهذا دليل على أن هؤلاء فقط لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم، فلا بد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن، وهذا يستنتج من أسلوب المادة الذي جاء على سبيل الوجوب بلفظ: (وعلى القاضي) .[6]

وقد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم، وهذا

---

[1] نافع، حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، ع 20، 2009، ص 140.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] المادة 64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[4] رقية، أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص94.

[5] المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم 06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[6] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 122.

ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، الذي تجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق أج، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

كما أن المادة 64 السالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة.

وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا، فهذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم ومن تلقاء نفسه.

وإذا كان هذا ما اتجه إليه قانون الأسرة الجزائري، فإن الملاحظ عليه هو أنه لم يعط للقاضي ولا توجيه في طرق الزيارة وكيفية ممارستها، بل إنه لم يشر إطلاقا في المادة السالفة الذكر إلى مصلحة المحضون، ولكن من زاوية المقارنة نلاحظ أنه صادق لاحقا على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا في 1988 التي تشير إلى مصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري قد منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح والأنسب للمحضون، فعلى القاضي أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون، فهو الذي يحدد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة، أو من حيث مكان ممارستها.[2]

---

[1] قرار رقم 189181 صادر في 1998/04/21، ا ق، 2001، ع خ، ص 192، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1093.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 123 – 124.

أولا: مدة الزيارة

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية، وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

والمشرع الجزائري لم ينص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

وما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.[1]

وقد حددته المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ومن ثم، فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

ثانيا: مكان الزيارة

مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر.[3]

إذ قررت المحكمة العليا في 30 /04/ 1990 بأن من المستقر فقها وقضاء أن حق

---

[1] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 160– 161.

[2] قرار رقم 59784 صادر في 1990/04/16، م ق، 1991، ع 4، ص 126، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 549.

[3] ديابي، باديس، المرجع السابق، ص 160.

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، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[1]

فإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن أما كانت أو غيرها عدم منعه من ذلك، لما في ذلك من قطع للرحم،[2] فزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة،[3] وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون من عيادته؛ لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده،[4] وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل.[5]

وعلى هذه المبادئ جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه لا يصلح تحديد ممارسة حق الزيارة للأب في بيت الزوجة المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق".[6]

---

[1] قرار رقم 79891 صادر في 1990/04/30، م ق، 1992، ع 1، ص 55، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 571.

[2] شلبي، محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 779.

[3] قرار رقم 350942 صادر في 2006/01/04، م م ع، 2006، ع 1، ص 455، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1334.

[4] فراج، أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، لبنان، الدار الجامعية، 1998، ص 302.

[5] رقية، أحمد داود، مرجع سابق، ص 95.

[6] قرار رقم 214290 صادر في 1998/12/15، ا ق، 2001، ع خ، ص 194، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1094.

إلا أن جل الأحكام القضائية التي تم الاطلاع عليها لم تتضمن الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، مما يؤدي إلى إشكالية كثرة النزاع بين الزوجين المنفصلين.

زيادة عليه فالأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم.[1]

كما أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوان استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية، حيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب.[2]

ومنه يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للإضرار بالمحضون.[3]

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجو لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوان والصغار معا ماديا ومعنويا، ليصبح النص في المادة 64 من ق أج يشمل عبارة الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك.[4]

وبالتالي فمن يتأمل الأحكام التي تم استعراضها يجد أن الحضانة تقرر مصير الطفل

---

[1] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص 259.

[2] القدومي، عبير ربحي شاكر، مرجع سابق، ص 174.

[3] رشدي، شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2011، ص 172.

[4] بن شويخ، الرشيد، المرجع السابق، ص 259.

ووضعه الاجتماعي من حيث الاهتمام به، والعناية بشؤونه المادية والمعنوية، والتكفل برعايته وكذا تربيته اعتمادا على تحقيق مصلحته، لأن مصلحة المحضون تبقى دائما الغاية الأساسية التي يهدف إليها المشرع بعرض عناصرها ومظاهرها على القاضي ليستعين بها في إصدار حكمه، على اعتبار أن مفهوم المصلحة يختلف من محضون لآخر ومن مكان لآخر. [1]

الفرع الثاني: التدبير المتعلق بالزيارة

قبل إضافة المادة 57 مكرر إلى قانون الأسرة بموجب التعديل الصادر سنة 2005 كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة، بأن زيارة المحضون للزوج الآخر الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 ق أج، أما اليوم وبعد التعديل فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بمن فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة ويودعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي ستنظر في موضوع دعوى الطلاق، فيطلب الحكم له بحقه في حضانة أحد أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة استعجالية ومؤقتة طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى الطلاق أو التطليق من أحد الزوجين، وما بين صدور حكم قطعي بشأن موضوع دعوى الطلاق وبشأن الحضانة والزيارة.

وفي هذه الحالة يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الذي يكون عادة هو رئيس المحكمة بعد أن يتحقق من مبررات الطلب ومن وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام نفس المحكمة بقصد استصدار حكم قضائي بالطلاق أن يصدر أمرا استعجاليا مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانته المؤقتة. [2]

[1] رقية، أحمد داود، مرجع سابق، ص 96.

[2] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 158- 159.

المبحث الثاني

المنازعات المتعلقة بإسناد الحضانة

في قانون الأسرة على ضوء القضاء الجزائري

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكاليات عديدة في الميدان، لاسيما أمام عدم النص في قانون الأسرة الجزائري من جهة، وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى، مما يصعب في مهمة القاضي.[1]

حيث سنتطرق في هذا المبحث لأشكال المساس بمصلحة المحضون وكيفية الرقابة التي تمارس من جانب القاضي في إسناد الحضانة (المطلب الأول)، إضافة إلى أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة (المطلب الثاني).

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 61.

المطلب الأول

المساس بمصلحة المحضون والرقابة القضائية في قانون الأسرة الجزائري

مما يجدر ذكره أنه في الغالب سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء لابد من مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها بممارسة دعاوى مدنية، بل أبعد من ذلك هناك متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون.

فصاحب دعوى الحضانة يكون إما المطالب بالحضانة لنفسه أو بإسقاطها عن غيره، وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى وتطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون، يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له، تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي، إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم بإتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة.[1]

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة، والمتمثلة في الإسناد والتمديد والإسقاط، وكذا الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخالفي الأحكام الخاصة بالحضانة مع تبيان أشكال الرقابة القضائية التي يستند عليها القاضي أثناء فصله في قضايا الحضانة.[2]

الفرع الأول: المساس بمصلحة المحضون

سنتناول في هذا الفرع الدعاوى المدنية المتعلقة بمصلحة المحضون (أولا)، والجرائم الناتجة عن المساس بهذه المصلحة (ثانيا).

أولا: الدعاوى المدنية المتعلقة بمصلحة المحضون

تخضع إجراءات دعوى الحضانة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 ما

---

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 61.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 140.

تعلق منه بالإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة حيث نص المشرع بموجب المادة 423 منه أن قسم شؤون الأسرة ينظر "على خصوص في دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة" ونص في المادة 426 ما تعلق بالاختصاص الإقليمي أين تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.[1]وعليه للحصول على حضانة الطفل يجب:

- رفع دعوى الحضانة أمام الجهة القضائية المختصة، وهذا برفع عريضة موقعة من طالب الحضانة مبينة لصفته وأسباب دفع الطلب، وهذا إعمالا وتكريسا للمواد التالية 14إلى 29 من ق إ م إ.

- إن جميع التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة وبحق الزيارة، وحق المطلقة الحاضنة بالسكن تأخذ الوجه الاستعجالي.[2]

- في حالة الاستعجال وخشية الأم إبعاد ابنها عنها من طرف زوجها السابق فإنه في هذه الحالة يكرس العمل بالمادة 57 مكرر من قانون الأسرة والتي جاء في صلبها ما يلي: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة، والحضانة والزيارة والمسكن".[3]

1. دعوى إسناد الحضانة

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

---

[1] المواد 423- 426 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 ، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[2] تقية، عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، الجزائر، دار الكتاب للحديث، 2012، ص 248.

[3] المادة 57 مكرر من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

أ- حالة الطلاق وما في حكمه من تطبيق أو خلع:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 ق أج أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى؛ ذلك أنه متى فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا كان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد تحت أي كنف سيعيشون؟[1]ويراعي القاضي دائما في حكمه مصلحة المحضون بتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في المادة 64 ق أج، فإن الأم تكون دائما أولى وأحق بإسناد الحضانة لها إلا إذا وقعت تحت طائلة الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز والمحدد قانونا وشرعا.[2]

ب- حالة الفقدان أو الوفاة :

مسألة 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، فتكون من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له؛ لأن العلة في الحالتين واحدة، وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية، على فرق إجرائي بينهما ويتمثل في أن الأمر يحتاج في حالة الفقدان إلى إصدار الحكم به.[3]

---

[1] بوترييات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 62.

[2] قرار رقم 75171، صادر في 1991/06/18، محكمة عليا، غير منشور، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص 341.

[3] بوترييات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، المرجع السابق، ص 63.

2. دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج، وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار مع من يريد العيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 ق أج السالفة الذكر.

وبالتالي فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره.

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

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

– أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توفرت فيه الشروط الشرعية والقانونية، كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم.

– أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون.

ومنه ليس هناك اتجاه موحد للقضاة في حل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة، فإنه لا يجوز في أي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه إذا لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به، وإلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقييد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي واجب، والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه، وهي من النظام العام على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وإلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحاضنته؟[1]

3. دعوى إسقاط الحضانة

يحق للمعني صاحب الصفة أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

ولقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها الحق الحضانة عن صاحبه، وهي الحالات المذكورة سابقا.[2]

وفي الأخير نود أن نشير إلى أن إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة لابد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 13 ق إ م إ[3]، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 ق أج،[4] أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن تراعى هي مصلحة المحضون، ويكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 144.

[2] المرجع نفسه، ص 144.

[3] المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[4] المادة 64 ق أج تنص أن "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".

طبقا لما جاء في نص المادة 40 ق إ م إ.[1]

وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير.[2]

ثانيا: الجرائم الناتجة عن المساس بمصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

تكريسا وتدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون، نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام، وتعد أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.[3]

ومن أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته، حاولنا أن نبين كيف تؤثر رابطة البنوة في وجود وقيام جريمة عدم تسليم القصر لمن حكم له بحضانتهم.[4]

وبناء عليه فالسؤال الجوهري الذي يجب علينا الإجابة عليه في هذا الفرع هو: ما هي الجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة في التشريع الجزائري؟

وهذا ما سنحاول مناقشته من خلال تناول الجرائم التالية:

1. الامتناع عن تسليم طفل لحاضنته:

نظرا لأهمية الحضانة في تربية الطفل على النحو السليم حرص المشرع الجزائري توفير

---

[1] المادة 40 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 152.

[3] المرجع نفسه، ص 153.

[4] شرون، حسينة، "جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه"، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، ع 7، 2010، ص 20.

حماية جنائية لهذا الحق فقد نص عليها في المادة 328 ق ع ج حيث يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي، أو أبعده عن حاضنه، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، ولو حصل ذلك بغير تحايل ولا عنف، كما أن العقوبة قد ترفع إلى ثلاث سنوات في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الجاني،[1] وأركان هذه الجريمة هي:

أ- **الركن المادي:** ويتكون من عدة عناصر:

- **العنصر الأول: الامتناع عن التسليم**

ينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد وواضح ومقصود وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم، ومع انتفاء الامتناع تنتفي معه الجريمة.[2]

- **العنصر الثاني: وجود حكم قضائي مسبق**

يجب أن تكون المطالبة بتسليم الطفل ممن صدر لصالحه حكما قضائيا لإسناد الحضانة إليه، وأن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أو يكون مشمولا بالنفاذ المعجل، ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قضت بعدم قيام جريمة الامتناع عن التسليم، لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف.[3]

والظاهر من نص 328 أعلاه أن أساس اهتمام المشرع ينصب في مصلحة الطفل وليست

---

[1] المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

والقاصر هنا هو من يحتاج إلى الحضانة، وقد حددت المادة 65 من ق أج نهاية مدة الحضانة بعشر سنوات بالنسبة للذكر أما الأنثى ببلوغها سن الزواج، كما أن للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

[2] العايب، نصر الدين، "الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، ع 10، 2013، ص59.

[3] قرار رقم 22708 صادر في 1982/10/12 ،ن ق، 1986، ع 4، ص39، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات،ج 1، مرجع سابق، ص 158.

مصلحة الأبوين، وذلك بوجوب تسليم الطفل لمن يكون أشفق وأحن عليه، وأقدر على مراعاة مصلحته والعناية به أكثر من غيره.

- **العنصر الثالث: يجب أن يكون الطفل المطلوب تسلمه موجود فعلا تحت سلطة المتهم الممتنع**

أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي يعيش فيها المتهم، وكان الطفل يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس المنزل؛ فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم مسؤولا عن عدم تسليم الطفل ولا يمكن متابعته.[1]

ب- الركن المعنوي: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته جريمة عمدية، ويتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام، وهو علم الجاني بأن الطفل موجود لديه، وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تتصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم الطفل إلى عصيان الحكم الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى شخص غيره.[2]

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في القرار الصادر في 1984/06/26: "متى كان مؤدى نص المادة 328 ق ع ج 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".[3]

2. اختطاف المحضون من حاضنته:

إن هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة لما لهما من اشتراك في الموضوع وفي الهدف،

---

[1] العايب، نصر الدين، مرجع سابق، ص 59.

[2] شرون، حسينة، مرجع سابق، ص 27.

[3] قرار رقم 31720 صادر في 1984/06/26 ،م ق، 1986، ع 1، ص287، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات،ج 1،مرجع سابق، ص 357.

ولما لهما من اشتراك في الخضوع لعقوبة موحدة إذ أضافت المادة 328 السابقة الذكر "....وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير عن خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"، بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما، هو حماية مصلحة المحضون والحاضن،[1] ولقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

أ- **العنصر المادي:** يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، وكل حالة منها تكفي وحدها لقيام هذا العنصر، وهذه الحالات هي:

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

ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير، فالشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناء على طلبه يعتبر فاعلا أصليا، وأن الشخص الذي قام بالخطف والإبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة.[2]

ب-توفر الحكم القضائي: لابد من توفره في هذه الجريمة، وذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ.[3]

ت- عنصر القصد أو النية الجرمية: يعد ركنا من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي، ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بوقائع الجريمة.

---

[1] المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 156.

[3] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 59.

ولهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون ممن وكلت إليه حضانته، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له.[1]

وفي نفس السياق نشير إلى أن حق الزيارة يعتبر من الحقوق التي يمنحها القانون لمن لم تمنح له حضانة الأطفال،[2] وعدم تنفيذ حكم الزيارة من طرف الأب غالبا وهي من بين الإشكاليات التي يتعرض لها أبناء الطلاق إذ يمتنع الأب عن ممارسة حقه في الزيارة بعدم الالتزام بمواعيدها أو بقطع كل صلة له بابنه وهو ما يولد عقدا نفسية لدى الأطفال.[3]

3. الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

إن منطق الأمور يقود إلى القول بأن ممارسة حق الزيارة لا يجب أن يعرقل بأي حال من الأحوال ممارسة حق الحضانة؛ كما لا يجب أن ينفذ جبرا حفاظا على نفسية المحضون، وبالمقابل ليس لصاحب حق الزيارة التعسف في استعمال حقه، كأن يحتفظ بالمحضون عنده أكثر من المدة المحددة قضاء.[4]

ويجب أن يعتبر كشخص له الحق في المطالبة بالطفل كل شخص له الحق في حضانة الطفل، وعلى ذلك فإن عدم تقديم طفل لشخص حصل على الحضانة بموجب قرار قضائي يشكل جنحة خصوصية منصوص ومعاقب عليها بموجب المادة 328 قعج.[5]

وفي حالة الامتناع عن تنفيذ الزيارة، يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري، ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 156.

[2] آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائي، الجزائر، دار هومة، 2014، ص 41.

[3] غربال، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص 44.

[4] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 200.

[5] آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائي ،المرجع السابق، ص 40.

مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر.[1]

ولقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل لابد من توافر العناصر التالية:

أ-**العنصر المادي:** لكون في مواجهة العنصر المادي لجنحة عدم تقديم طفل لمن لهم الحق في المطالبة به لابد أن يتحقق شرطان وهما أن يكون الطفل موضوعا تحت رعاية الجانح، وأن يمتنع هذا الأخير عن تسليمه.

حسب ما قضت به المحكمة العليا بأنه "من المقرر قانونا أنه كل من يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق 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]

ب- العنصر المعنوي: نحن بصدد جنحة عمدية، وتبعا لذلك يجب أن تكون نية الجانح متوجهة إلى إخفاء الطفل مهما كان الباعث، وعدم تقديمه لمن له الحق بالمطالبة به.[3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1989/02/14 أنه "من المقرر قانونا أن يعاقب بالحبس والغرامة كل شخص يمتنع عن تسليم قاصر لمن له الحق في المطالبة به بموجب حكم قضائي نهائي.

ولما ثبت أن الطاعن الحالي يرفض تمكين الأم من زيارة أبنائها، واستغرق المهلة المعطاة له لأجل ذلك، فإن قضاة الموضوع قد اقتنعوا بما فيه الكفاية على قيام عناصر الجريمة المتابع

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 157.

[2] قرار رقم 130691 صادر في 1996/07/14،م ق، 1997، ع 1، ص153، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، ج 2، مرجع سابق، ص 357.

[3] آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائي ، المرجع السابق، ص 39 - 40.

بها، ولم يخالفوا أي نص قانوني مما يتوجب رفض الطعن".[1]

ويشترط كذلك:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي به.

- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.[2]

- أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.[3]

هكذا نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماما خاصا بالمحضون وبالطفل بصفة عامة عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة.[4]

إلا أن الأغرب في القضاء الجزائري أنه لم يعتبر الامتناع عن تسليم المحضون سببا من الأسباب المسقطة للحضانة بالرغم من أن مرتكبه كما أشرنا أعلاه يعاقب على فعله جزائيا.[5]

وهذا ما تبناه 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 إلى أبيه 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

---

[1] قرار رقم 54930 صادر في 1989/02/14 ،م ق، 1995، ع 2، ص181، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، ج 2، مرجع سابق، ص 845.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 158.

[3] قرار رقم 239135 صادر في 2001/03/27 ،م ق، 2001، ع 2، ص377، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، ج 3، مرجع سابق، ص 1043.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 158.

[5] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 203.

لم يبرر قراره تبريرا قانونيا مما يترتب عنه النقض والإلغاء". [1]

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على إسناد الحضانة

أصبح للقاضي دورا ايجابيا وفعالا، سواء من حيث إثارة المسائل القانونية من تلقاء نفسه دون التقيد بأطراف الخصومة القضائية أو من حيث الأمر بإجراء التحقيق في أي مسألة يرى لها داع أو إلزام الخصوم بضرورة تقديم مستندات معينة....الخ من السلطات التي منحها إياه المشرع. [2]

إن ترك المشرع للقاضي حرية الاجتهاد في تقدير مصلحة الطفل عند إسناد الحضانة يمكن تفسيره أن المسألة تحكمها الميولات الشخصية للقاضي ونظرته الذاتية للموضوع، فإن فقه القضاء قد أوجب التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة، باعتبار أهمية آثارها في تحديد مستقبل الطفل وظروف نشأته، فذهب إلى أن أسباب الحضانة توجب على المحكمة أن تستوعب جميع العناصر المادية والأدبية التي تحيط بالدعوى لتقدير حقيقة الأصلحية حرصا على أن حماية المحضون أمر أساسي وقانوني يهم النظام العام، وأن تحقيق هذه العناية وإن كان أمرا اجتهاديا إلا أنه أمر أساسي ومسألة موضوعية تتطلب من القاضي البحث والتحقيق،[3] وله في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل الطفل وظروفه حتى يقدر ويصدر حكمه، سواء يقم بها هو بنفسه (أولا)، كما يمكن له الاستعانة بآراء أشخاص مؤهلين (ثانيا)، كما يمكن طرح التساؤل وبعدما نصت المادة 3 مكرر ق أج على اعتبار النيابة العامة طرفا في قضايا شؤون الأسرة على دور هذه الأخيرة في توجيه القاضي (ثالثا).

أولا: التحقيق والمعاينة

فإذا ما طرحت قضية أمام قاضي الأحوال الشخصية تخص الأطفال سواء كانت متعلقة

---

[1] قرار صادر في 1969/05/14، م ع، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص 335.

2 لمطاعي، نور الدين، "سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع3، 2012، ص329.

[3] غربال، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص 34.

بالنسب أو بالحضانة، فهو يملك القيام بكل إجراءات التحقيق التي تساعده على تكوين قناعته.[1]

1. الاستماع إلى أطراف النزاع:

لقاضي الأحوال الشخصية أن يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، وهذا ما يؤكده قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[2] حيث إن الاستماع إلى أطراف النزاع، والإطلاع على الوثائق المعروضة تسمح للقاضي بأن يأخذ فكرة عمن سيتولى حضانة الطفل، كما يمكن أن يستنتج أسلوب وطريقة حياة الوالدين،والحالة الصحية للطفل...الخ[3]

إلا أن السؤال الذي يطرح هنا: هل استدعاء رأي الطفل في القضايا المتعلقة به ضروري ومقيد؟ وهل يعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟

إن قانون الأسرة لم يأت بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة،[4] فحسب أحكام المادة 64 ق أج، والتي تنص على أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم لا تبدو مؤيدة لاستماع المحضون وأخذ رأيه في حاضنه، لأن مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع في هذه المادة فرض تحقيقها من بين الأشخاص المذكورين، وهم محددون قانونا يختارهم القاضي لا المحضون.

ولكن، استماع المحضون لن يلتمس إلا إذا اقتضت مصلحته الاستماع إليه؛ ويكون هذا الإجراء بأمر من القاضي كون الاستماع داخلا في إطار سلطته التقديرية .

ومن ثم، يمكن القول أنه لا يوجد في الاستماع للمحضون ما ينفي كليا مصلحته، إذ يمكن أن يؤخذ برأيه كما يمكن أن يستبعده؛ فمسألة الترك للمحضون اختيار حاضنه ليست بمطلقة ولا

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 164.

[2] المادة 27 – 28 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[3] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 82.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 165.

بمقيدة بل تظل مصلحة المحضون هي الموجه، وهذه لا يقدرها إلا القاضي؛[1] وفي هذا قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1982/01/11 بقوله: "في الحضانة لا يؤخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل إنما مصلحته، فإذا أكد المجلس القضائي على الوجه المتعلق برغبة الأولاد، فإنه قد استعمل سلطته التقديرية وإذا سلط الضوء على رغبة الأولاد، فإنه فقط لتعزيز حججه لا لتأسيس قراره".[2]

وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 عندما قال بأنه: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع، ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج، ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس وبحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض".[3]

فهنا، إذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له، حكم له به، وإذا رأى انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول؛ ومع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للاستعانة والكشف عن مصلحة المحضون.[4]

وهذا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 2/454 "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك".

وكذا المادة 463 من نفس القانون إذ تنص على: "يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات

---

[1] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص 441- 443- 444.

[2] قرار رقم 26503 صادر في 1982/01/11، ن ق، 1982، ع خ، ص236، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 145.

[3] قرار رقم 26225 صادر في 1981/12/14، م ع، غير منشور، نقلا عن بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 166.

[4] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، المرجع السابق، ص 444.

القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا، ويمكن إعفاء القاصر من الحضور".[1]

وبالتالي وبموجب هذه المواد، فيكون المشرع قد جعل من معيار استماع المحضون أمر جوازيا للقاضي، وهذا حسب سلطته التقديرية.

2. الاستماع إلى أفراد العائلة:

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه،[2] وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 459 إذ جاءت كما يلي: "يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".[3]

3. انتقال القاضي إلى المعاينة:

يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.[4]

وبهذا جاءت المادة 146 ق إ م إ إذ نصت على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات... مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".[5]

---

[1] المادة 454 – 463 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[2] بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص 113.

[3] المادة 459 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 168.

[5] المادة 146 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

ثانيا: الاستعانة بالخبراء الأخصائيين

اجتهاد القاضي لا يجب أن يكون استنادا إلى آرائه الخاصة، وإنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء للاستعانة بالخبراء لسد ثغرات سكوت القانون،[1]وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2005/05/18: "يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية".[2]

فعلى قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية،[3] فإذا رأى أن النزاع يستدعي تعيين خبير أو عدة خبراء كان له ذلك، وفي أغلب الأحيان يكون اللجوء إلى الخبرة في الأمور الصحية، ولجمع المعطيات المادية والاجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه أو للغير من أصحاب الحق في الحضانة.[4]

وهذا ما نص عليه المشرع أيضا في نص المادة 425 ق إ م إ على أن "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة...".[5]

كما قد يلجأ القاضي إلى المختص النفسي، وهذا من أجل فهم المشاكل التي يعاني منها الطفل واقتراح الحلول الممكنة له، وكذا بالمختص الاجتماعي، وهذا من أجل البحث والتحقق

---

[1] غربال، عائدة اليرماني، مرجع سابق، ص 34.

[2] قرار رقم 330566 صادر في 2005/05/18، م م ع، 2005، ع 1، ص301، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1274.

[3] قرار رقم 337176 صادر في 2005/11/16، ن ق، 2010، ع 65، ص319، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1527.

[4] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 83.

[5] المادة 425 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

من البيئة الاجتماعية للطفل.[1]

ومع ذلك فإن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون،[2] وهو غير ملزم كذلك برأي الخبير، حيث إن النتيجة التي يتوصل إليها الخبير لا تعد إلا رأيا يستأنس به القاضي في حكمه على أساس أنه رأي تقني؛ فرأي القاضي مستقل تماما عن رأي الخبير.[3]

وكل هذا سعيا من القاضي إلى فهم الإشكال المطروح عليه، وحله بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للمحضون.[4]

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون، وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب، وهذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية؛ لأنه مجرد من كل الوسائل الضرورية التي تساعده على تحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه.[5]

ثالثا: دور النيابة العامة

للنيابة العامة حق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، ولكن دورها يختلف في القضايا المدنية، وهي إما أن تعمل كطرف منظم، بمعنى أن يكون لها حق إبداء الرأي، وهذا الانضمام إما أن يكون إجباريا أو اختياريا كما كان منصوص عليه في المادة 141 من قانون الإجراءات

---

[1] قرار رقم 302428 صادر في 2003/05/21، ن ق، 2006، ع 58، ص202، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1320.

وقرار رقم 332324 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2006، ع 59، ص236، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1324.

[2] قرار رقم 650014 صادر في 2011/10/13، م م ع، 2012، ع 1، ص313، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1608.

[3] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 83.

[4] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص169.

[5] بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص 114.

المدنية قبل إلغاءها بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكان لا يمكن للنيابة العامة الادعاء مدنيا وأن تكون طرفا أصليا[1] إلا إذا وجد نص خاص كما كان عليه الحال في المادة 102 من قانون الأسرة، والتي بموجبها يمكن للنيابة أن تقدم طلبا للحجر على أي شخص، ولكنه وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 جاء نص المادة 3 مكرر صريحا باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، ومن ثم أصبحت المادة 102 بدون جدوى.[2]

واعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة له أثر مهم، لاسيما من حيث تقديم الطلبات والادعاء مدنيا، وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية،[3] كما أنه يجب تكليف ممثل النيابة بالحضور للجلسة وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا.[4]

ولأن ممثل النيابة طرف أصلي في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لزم حضوره جلسات المحاكمة وتقديم طلبات تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة، وهذا هو المعمول به عمليا.[5]

حيث جاء النص في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/15: "إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي أوجب القانون فيها إشراك النيابة العامة، وأخذ رأيها حولها وذلك بإرسال ملفاتها إليها، وإلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال. وبالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه، فإنه ليس في أي منهما ما يثبت من اطلاع النيابة العامة على الملف مما يعد خرقا لإجراء جوهري يتعلق

---

[1] حمليل، صالح، "إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، ع 19، 2014، ص 11.

[2] المادة 102- 3 مكرر من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر 15.

[3] حمليل، صالح، المرجع السابق، ص 11.

[4] المادة 15- 438 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[5] حمليل، صالح، المرجع السابق، ص 11.

بالنظام العام، ما يترتب عنه نقض وإبطال القرار المذكور".[1]

وحماية للأسرة والمرأة أصبحت النيابة العامة طرفا في القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة؛ لأنها تمس بالأمن العام بمقتضى المادة 3 مكرر.[2]

وإن نص المشرع على اعتبار النيابة العامة طرفا في الدعوى خاصة في المسائل المتعلقة بالأطفال، دليل على أن المشرع يسعى إلى وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.

فما يمكن قوله أن تدخل النيابة العامة في شؤون الأسرة، وخاصة منها المتعلقة بالأطفال أمر ضروري لأنها تساعد القاضي إلى الوصول للحقيقة لما لها سلطة في البحث والتحري، كما أنها تسعى إلى تطبيق القانون تطبيقا سليما وبالتالي، حتى ولو انحرف القاضي عن الحكم الصائب، فهنا للنيابة أن تتدخل.[3]

المطلب الثاني

أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة

أمام المشكلات المثارة أثناء ممارسة الحضانة، فهناك مشكلا آخر يثور في موضوع الحضانة، وهو الزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي (الفرع الأول)، وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول، وكذلك إشكالية مسؤولية الحاضنة عن أفعال محضونها الضارة (الفرع الثاني).

وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في إسناد الحضانة

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على

---

[1] قرار رقم 39381، صادر في 1986/01/15، م ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص 329.

[2] بن صغير، محفوظ، "أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع1، 2014، ص 112.

[3] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص171- 172.

عنصر أجنبي، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة،[1] فمن مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط.[2]

وإضافة إلى هذه الحلول التشريعية والقضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت في هذا المجال، وتقدم حلولا من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط، وفي هذا الصدد فقد أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية مع فرنسا خاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين، وقد تضمنت هذه الاتفاقية بعض الإجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي وتحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط.[3]

وقد جاء في مسببات الاتفاقية أن الدولتين تحرصان على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، وقناعة منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء بالدرجة الأولى، هذه المصلحة التي تستدعي أن يكون للطفل علاقة مستمرة وهادئة مع والديه المنفصلين.[4]

حيث تهدف هذه الاتفاقية إلى ضمان ممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحماية القصر بالدرجة الأولى، إذ أن حق الحضانة وحق الزيارة لم يعودا في الاتفاقية مقررين لمصلحة الوالدين بقدر ما هما مقررين فقط لمصلحة الطفل التي ينبغي أن تكون وفق علاقة مستمرة وهادئة ومنتظمة مع كلا الأبوين حيثما وجدا. [5]

---

[1] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص 263.

[2] بوجاني، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 249.

[3] مسعودي، يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، ص 242.

[4] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 64- 65.

[5] رابطي، زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 69.

أولا: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر

ينتج عن وقوع علاقات زواج الجزائريين والفرنسيين أبناء، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا اتفاقية في 1988/06/21 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية.[1]

ومن بين الالتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما".[2]

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال المادة 64 ق أج، غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها: في حالة إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم – لكونها أولى بحضانة الطفل– من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، فالسؤال الذي يطرح هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 ق أج، وهذا بتربية الولد على دين أبيه، خاصة إذا كانت الأم كتابية؟

---

[1] المادة الأولى من المرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، ج ر رقم 30.

[2] المادة 06 من المرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، ج ر رقم 30.

والإشكال الآخر أنه عند تفحص بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حل، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.[1]

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، ورغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.[2]

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى ولو أنها أشارت في المادة 04 منها على أنه: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل".[3]

ومن ثم يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه.

---

[1] بوجاني، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 250.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 160.

[3] المادة 04 من المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، ج ر رقم 30.

فإن كانت الإجابة بنعم، فهنا يطرح السؤال من جديد: هل يحكم لصالحه؟

ومنه وبطبيعة الحال فإشكالية عدم المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها، وعليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية.

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية، والعكس صحيح إذا تم عرض القضية في فرنسا وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها: " من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة، الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت – من قضية الحال– أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا – تلقائيا– ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي".[1]

وعليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.[2]

وإجمالا، نقول أن الزواج المختلط يعتبر فعلا من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وخاصة المادة 62 المتعلق بالتربية على دين أبيه.

ولا شك أن هذه المسألة وغيرها من قضايا المسكن والنفقة وحق الزيارة تعد من العقبات

---

[1] قرار رقم 91671 صادر في 1993/06/23، م ق، 1994، ع 1، ص72، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 730.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 161.

الأساسية في قضايا الزواج المختلط، وذلك بسبب مشكل اختلاف الدول.[1]

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

قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري.[2]

تعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 ق م ج التي تنص أنه "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"؛ أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه، أي أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من ق م ج.[3]

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.[4]

في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 ق م ج، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية

---

[1] بوجاني، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 253.

[2] المرجع نفسه، ص 252.

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

[4] قرار رقم 52207 صادر في 1989/01/02، م ق، 1990، ع 4، ص74، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 433.

فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاض أجنبي،[1] خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه كما نص على ذلك القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة الولد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي، وبالتالي دائما القاضي أو المشرع يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.[2]

ومثال ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 1990/02/19 والذي جاء فيه ما يلي: "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 بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون".[3]

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

تتعدد التزامات الحاضن بالنظر إلى المهمة التي يقوم بها من تربية وحفظ ورعاية وتنشئة للطفل تنشئة صالحة، فلا تنتهي هذه الالتزامات بمجرد استعمال السكن والنفقة في الحدود المقررة قانونا لمصلحة الطفل، ولا بتمكين المحضون له من رؤية الصغير أو العكس، بل تتعداها فيقع على عاتق الحاضن الالتزام بالرقابة على أفعال المحضون وتحمل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار بالآخرين.[4]

أما إذا نظرنا إلى الموضوع من خلال قانون الأسرة، فإنه لم يخصص حكما له، غير أن المادة 222 منه تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا تمنح ولاية للأم على طفلها إلا

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 162- 163.

[2] بوترييات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 79.

[3] قرار رقم 59013 صادر في 1990/02/19، م ق، 1991، ع 4، ص117، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 530.

[4] كربال، سهام، مرجع سابق، ص 85.

ولاية التربية وهي الحضانة عند الشيخ أبو زهرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ولكنه بالرجوع إلى نص المادة 62 ق أج فإننا نجد المشرع قد توسع في تحديد وظائف الحضانة مما يدفع بنا إلى أن نعتبر أنه من وظائف الحضانة الرقابة أيضا، وذلك لما للأم من حق في حماية المحضون، هذه الحماية تكون على الطفل من نفسه ومن غيره فيتحمل أن تدفع عنه الأخطار وتحول دون ارتكابه للأخطار أيضا.[1]

وبالتالي فإنه حسب هذه الأحكام لا مسؤولية للأم عن أفعال ابنها المحضون الضارة في حياة والده، لأن الحضانة بهذا المفهوم لا تعطي للحاضنة أية سلطة على الولد، ويبقى الطفل خاضعا لولاية والده وهو تحت مسؤوليته ويمارسها عن طريق الزيارة، ولكن عمليا في الواقع نجد أنه في حالة الطلاق لا تكفي الزيارة لممارسة الرقابة سويعات فقط طيلة أسبوع كامل، هذا إن قام بها الأب حيث إننا نجد الكثير من الآباء يهملون هذا الحق بالرغم من أنه منصوص عليه بقوة القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، ومعالجة إشكالية مسؤولية الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة.[2]

والمشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 ق م ج ب 19 سنة، لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنته بـ 10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرر لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة.

أما إذا بلغ المحضون سن الرشد حسب المادة 40 ق م ج فإنه يتحرر من الرقابة سواء كانت قانونية أو اتفاقية إذا كان سليما، لكن إذا أصيب بعد اكتمال سن الرشد بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة. كذلك لو

---

[1] حسيني، عزيزة، مرجع سابق، ص 110- 111.

[2] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، 82.

أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة نظرا لحالته الجسمية فإن الرقابة تفرض عليه.[1]

وبالنسبة لمسؤولية الحاضنة عن أفعال المحضون الضارة فعند الرجوع إلى نص المادة 2/125ق م ج، والتي تنص أنه: "إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو بعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم".[2]

وهذا على أساس العدالة وليس لكونه مسؤولا، وعن الحكم بالتعويض في هذه الحالة، يجب أن يكون تعويضا عادلا، وهذا يتنافى مع القواعد العامة للمسؤولية التي تستلزم أن يكون التعويض ملزما، ويكون قصد جبر الضرر بغض النظر عن مركز الخصوم.[3]

وبتطبيق المادة 134 ق م ج على الحاضن فإنه لا بد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته ، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.[4]

---

[1] كربال، سهام، مرجع سابق، ص 86.

[2] المادة 125 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07- 05، المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

[3] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 83.

[4] كربال، سهام، المرجع السابق، ص 86.

خلاصة الفصل:

وبالتالي مما سبق، فأحكام الحضانة علقها المشرع كلها على مصلحة الطفل، فنجده استمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، إلا أنه أدخل عليها بعض التعديلات التي جاءت بموجب الأمر 02/05، وما يلاحظ على هذه التعديلات جاءت كلها لتخدم مصلحة الطفل.

فما يمكن قوله هو أن المشرع قد وضع نصوص قانونية بموجب قانون الأسرة من خلالها يحمي حقوق الطفل بل أكثر من هذا فقد جرم بعض الأفعال الماسة بهاته الحقوق بتقرير لها عقوبات في قانون العقوبات الجزائري، وهذا ما هو إلا دليل على حرص المشرع على الحفاظ على حقوق الطفل مراعيا في ذلك مصلحته.

فقد علق المشرع كل أحكامه بمصلحة الطفل التي يسعى القاضي للبحث عنها وتحقيقها واللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل الطفل وظروفه حتى يقدر ويصدر حكمه.

والشيء الذي لاحظناه أيضا من خلال دراستنا للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال حضانة الأولاد، أنه بالرغم من وجود نصوص قانونية منظمة لهذا الموضوع، فإن الواقع التطبيقي والعملي في مجال الاجتهاد القضائي أكد على أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأنه قبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مبدأ هام متفق عليه ألا وهو "مصلحة المحضون".

الخاتمة

بعد عرض معطيات البحث الذي مكن من بيان موقف المشرع الجزائري من ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، وذلك لفض النزاع المطروح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فالحلول القضائية وإن كانت تعبر عن إرادة المشرع إلا أن للطابع الشخصي والقدرات الذهنية للقاضي نصيب فيها، ومنه فالسلطة التقديرية يعبر بها عن صلاحية القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر وذلك بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه في جميع مراحله.

وتعتبر الحضانة من الدراسات الهامة والمميزة، لأنها تجمع بين الكيان الأسري والقانون، وهي من الدراسات الشيقة لكونها ترتبط بالجانب النفسي والاجتماعي.

وهي من المواضيع الحساسة والدقيقة والمعقدة أيضا، ذلك أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المصطلح الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا إلا أنه غير واضح وغير محدد بدقة إذ أن مصلحة المحضون فكرة مطاطة قد تقبل التوسيع والتضييق منها.

مع تسجيل أن موضوع الحضانة جدير بالدراسة الواسعة والشاملة لارتباطه بالشريعة الإسلامية وتقييده بضابط مصلحة المحضون مما دفع في هذا البحث إلى دراسة أبعاد هذا المبدأ من حيث تكوين شخصية الأولاد.

والحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه بل هي أصلا حق للمحضون كونها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا، وبمعنى أدق يقصد بمراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أنه يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون.

ولقد قيد المشرع الجزائري تطبيق كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل، ولكنه لم يعط مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع، وهذا قد يؤدي إلى وجود عدة تأويلات فكل قاض له مفهومه الخاص فكان الأجدر ضبط مفهوم لهذا المبدأ وذلك لتفادي التطبيق الخطأ والناجم عن التفسير الشخصي، خصوصا وأن القاضي مقيد به.

ولقد حاول البحث الإتيان بتعريف لمصلحة المحضون، لكي يصبح مرشدا لدراسة المسائل المتعلقة بهذا الموضوع، غير أنه كان من الأجدر تحديد ضوابط معايير تلك المصلحة، حتى يمكن فهم الموضوع فهما دقيقا وخاصة وأن الأمر هنا تعلق بدراسة موضوع دقيق يمس بنية الأسرة.

ورغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا أنه يوجد بعض الثغرات؛ فالمشرع قد ركز في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة 62 ق أج ويكون بذلك قد حدد نطاقها ووظائفها الأساسية، ومنه يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريفها. وقد جعل من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه وقد ساوى الفقه والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، ويقع على الوالد أو من يحل محله عبء مراقبة ومتابعة تربية الولد تتم فعلا على دين أبيه.

فيما نلاحظ أنه من الصعوبة بمكان أن يستطيع متابعة أبيه في هذه الحالة لبعده عنه وعدم التقائه به يوميا، وكون المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسة حق الزيارة لا تقارن بالمدة التي يبقى فيها مع حاضنته غير المسلمة ثم إن الزيارة حق، فما الذي يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه؟ وكيف تكون تربية الطفل؟ ومن يراقب ذلك؟

يظهر أنه على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه.

كما أنه يلاحظ على المادة نفسها أنها أهملت الحديث أو تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها، أي عدم تحديدها للشروط الواجب توافرها في الحاضن، وذلك بالاكتفاء بعبارة: "وأن يكون أهلا بذلك" مما يؤدي للتضارب بين النصوص والقرارات القضائية، وهذا لا يخدم مصلحة المحضون، فضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

كما أن نص المادة 64 جاء مقتضبا ومختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى خاصة عندما نصت: "على الأقربون درجة"، فالمشرع لم يحددهم وترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة، ولم يبين ما هو الحل إذا تعدد الذين يستحقون الحضانة من درجة واحدة.

ثم إن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة لم يحدد معناها، ولا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن، ولم يتطرق إلى مكان ممارسة الحضانة خاصة وأن المادة 69 تتعلق بالانتقال خارج التراب الجزائري، ونظرا لشساعة قطر الدولة كان عليه أن يحدد المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وصاحب الزيارة حتى يتسنى للقاضي الفصل في الموضوع بشكل سليم.

وتطرح المادة 72 ق أج إمكانية الجمع بين أجنبيين إذ لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة، وهو أمر غير مقبول شرعا.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري حين منح الولاية للحاضنة بحكم قضائي وإسقاطها عن الأب أو الوالي الشرعي دون سبب يذكر مما يؤدي إلى تضارب النصوص القانونية مع بعضها البعض،إذا كيف يجرد الأب من الولاية وفي نفس الوقت يلزم بالنفقة على المحضون، كما أنه يمنع غير المسلمة أما كانت أو غيرها من تقرير الولاية لها الممارسة على المحضون المسلم.

وإن استماع المحضون في اختيار حاضنته ورضائه به وخصوصا إذا بلغ سن معنية لا يعد عاملا منافيا لمصلحة المحضون، ولكنها حتى إن أخذها القاضي بعين الاعتبار إلا أنه غير

مجبر بها؛ لأن مصلحة الطفل لا يجب أن تعتمد على الميول الشخصية، وللقاضي الحرية الكاملة في الأخذ أو عدم الأخذ بها، ما دام أنه الراعي الأول لمصلحة المحضون.

والجدير بالذكر أن خروج الحاضنة للعمل قد يصبح أحيانا أمرا ضروريا، ومنه لا يعد سباب لإسقاط الحضانة، أو أنه يعرض الطفل لمخاطر وخيمة. أضف إلى ذلك أن الحضانة تتطلب مصاريف باهظة أمام غلاء المعيشة خصوصا إذا علمنا بأن النفقة التي يقدرها القاضي لا تغطي كافة هذه المصاريف في كثير من الأحيان.

ومنه نستنتج أن المشرع لم يحدد المعايير والأسس التي يستند عليها القاضي أثناء إسناد الحضانة واقتصر على ربط ذلك بمصلحة المحضون.

وعليه فالمأمول منه أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة المعايير والضوابط التي يعتمد عليها في إسناد الحضانة.

ومن خلال سبق عرضه وتحليله ومناقشته بخصوص إسناد الحضانة وحق كل طرف فيها مع الآثار المترتبة على إسناد الحضانة ومحاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في مثل هذه القضايا من جهة ومدى ضبط قانون الأسرة لشروط ذلك وحالاته ومعالجة الآثار الناجمة عن الحكم به من جهة أخرى، وفي ظل تزايد كبير لحالات الطلاق في مجتمعنا ووجود قواعد مرنة تتماشى ومتغيرات الواقع الجزائري من جهة ومنع تفاقم التأثير المباشر على الأطفال بعد الانفصال.. كل هذا وغيره دفع إلى الخلوص للنتائج التالية:

- أنه من الضروري أن يتدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة وبتفصيل أكثر، وتدارك النقائص الموجودة ومنح الحضانة مزيدا من الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة المحضون.

– بالنسبة للقيود التي تنقص أو تحد من هذه السلطة وتجعل القاضي مستسلما لوقائع مادية ونصوص قانونية معينة وضع المشرع مصلحة المحضون كضابط ليساعد القاضي على اتخاذ القرار في مثل هذه الحالات ويقيد سلطته من جهة أخرى.

– أنه من المسلم به: قاعدة أولوية الأم بحضانة أولادها الصغار، وهي قاعدة راسخة قد توصل إليها الفقه الإسلامي وتم إثباتها بالنص في قانون الأسرة مع إبقاء تقدير مصلحة المحضون كحرية للقاضي في جميع الحالات، ذلك يؤدي بنا إلى القول بأنه ينبغي ألا يفرق بين المحضون وأمه إلا في الحالات التي يكون فيها وضع الأم متعارض ومصلحة المحضون.

– وواجب التقييد من قبل المشرع للقاضي يعد تضييقا كبيرا قد يتنافى مع ما يتطلبه موضوع الحضانة من وجوب إفساح المجال لاجتهاد القاضي لاتخاذ ما يراه صالحا لفض الخلافات التي تحدث بين مستحقي الحضانة، وخاصة أن أحكام الحضانة أغلبها أحكام اجتهادية بناء على المبدأ الأساسي المتمثل في مصلحة المحضون.

– هناك الكثير من الأحكام التي جاء بها في موضوع الحضانة تنقصها الصياغة القانونية الدقيقة، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى غموض القاعدة المراد تطبيقها، وذلك سيكون على حساب مصلحة المحضون.

ومن ثم، إن الحضانة يجب أن يظل إطارها مدققا ويظل العمل بها متطورا كلما تكتشف عن مظاهر أو عناصر تستوقف القاضي، وذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون.

لذا نرجو من المشرع صياغة نصوص تتوافق ومصلحة المحضون، من خلال تبني آليات الاجتهاد القضائي المعتمدة في هذه المسألة.

فبالرغم من تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 لإجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة من المادة 423 إلى 499 إلا أن الأمر يتطلب إصدار قانون إجراءات التقاضي في مادة الأحوال الشخصية.

وعليه، يتضح لنا أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المعيار الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في جميع النصوص المتعلقة بالحضانة تقريبا إلا أنه لم يوضح ذلك ولم يحدده بدقة إذ أن مصلحة المحضون عامة تقبل التوسيع والتضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القاضي، وأمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه في وضع حرج، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون وأين يجدها حتى يسند الحضانة للأجدر والأحق بها، ومن جهة أخرى يجد القاضي نفسه معدم من الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توفرها لأن كثرة القضايا من شأنها أن تجعله لا يعطي للملفات المعروضة العناية اللازمة والدراسة الكافية، لأنه أصبح مقيد بالفصل في القضايا في أحسن الآجال.

وقد ترك المشرع الجزائري البحث وتقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي. وبالنظر إلى تفشي ظاهرة الطلاق وتوسعها بشكل كبير الأمر الذي يطرح بشدة موضوع الحضانة باعتبارها نتيجة حتمية للطلاق، وأن الأمر يقتضي بالمعالجة أن ترجع إلى أسبابها.

ومن أجل التطبيق الحسن لهذه القاعدة الجوهرية يجب أن يحظى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون بكامل الدعم المادي والمعنوي حتى يقوم بمهمته على أكمل وجه، ويبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص، ومن ذلك أن يوضع تحت تصرفه متخصصون نفسيون واجتماعيون وأطباء من شأنهم أن يوضحوا الواقع الذي ينير الاتجاه الذي يسلكه القاضي بخصوص الطفل، باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه، لأن مهمة القاضي ليست بالبسيطة فإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية، ومعرفة تقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهمته. فإضافة إلى كونه قاض عليه أن يكون فقيها ومحللا نفسيا لكي يتماشى وضابط مصلحة المحضون.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المعاجم

1. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، 1989.
2. المعجم الوسيط، مصر، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة 4، 2004.
3. المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، الطبعة1، 1980.

ثالثا: الكتب

1. أباش، أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة1، 2010.
2. أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، الطبعة 2، 1957.
3. آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في القضاء الجزائي، الجزائر، دار هومة، 2014.
4. آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر، دار هومة، الطبعة 3، الجزء1، 2011.
5. إمام، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007.
6. بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2012.
7. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة4، الجزء1، 2005.
8. بن حرز الله، عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة1، 2007.

9. بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2008.

10. بن ملحة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1، الجزء1، 2005.

11. البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة 2، 1977.

12. تقية، عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، الجزائر، دار الكتاب للحديث، 2012.

13.الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009.

14.الجندي، أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، 2004.

15.حسين، أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)، لبنان، الدار الجامعية،1998.

16. خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار القلم، الطبعة2، 1990.

17.داودي، عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار البصائر، 2010.

18. داوود، عبد الباري محمد، حقوق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية، مصر، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة 1، 2003.

19.الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، الجزء2.

20. ديابي، باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، 2012.

21.رشدي، شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2011.

22.زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة، الطبعة1، الجزء10، 1993.

23.سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 1، 2013.

24. سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 2، 2013.

25. سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 3، 2013.

26.سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1،الجزء 1، 2014.

27. سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 2، 2014.

28. سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 3، 2014.

29. سطحي، سعاد، سلمان نصر، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)، الجزائر، دار الهدى، 2003.

30. سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة، 2013.

31.سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، الطبعة2، 2009

32. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر، دار هومة، الطبعة 3، 1996.

33.سمارة، محمد، أحكام وآثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر، الطبعة 1، 2008.

34.الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، والشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة1، 2006.

35.شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010.

36.الشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

37. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، الدار الجامعية، الطبعة4، 1983.

38. عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، مصر، دار الفكر العربي، 1976.

39. العبادي، محمد حميد الرصيفان، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة1، 2013.

40.عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لبنان، المكتبة العلمية، 2007.

41.عطا الله، أحمد، تربية الطفل في الإسلام، الأردن، دار الفكر، الطبعة 1، 2007.

42.فراج، أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، لبنان، الدار الجامعية، 1998.

43.القدومي، عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، الطبعة 1، 2007.

44.لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2004.

45. مدقر، عبد القادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الجزائر، المطبعة العربية، 1993.

46. المصري، مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010.

47. ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، الجزائر، دار الأصالة، الطبعة 2، 2012.

48.ياغي، أكرم، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الطبعة2 ، 2008.

رابعا: الأطروحات والرسائل الجامعية

1) الأطروحات:

1. إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011.

2. إلياس، مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010.

3. بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009.

4. حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2005.

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

6. مسعودي، يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012.

2)الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. بن عصمان، نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009.

2. بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014.

3. بوجاني، عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.

4. بوخاتم، آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007.

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

6. حسيني، عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.

7. رابطي، زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

8. رقية، أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003.

9. زاير، فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011.

10. سلامي، دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008.

11. سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011.

12. الصايغ، محمد، المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر الغربي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2007.

13. طعيبة، عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011.

14. غربال، عائدة اليرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية "تونس مثالا"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2006.

15. قبزيلي، مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2003.

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

17. لوعيل، محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.

18. ياسر، يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009.

خامسا: المقالات

1. البغا، محمد الحسن مصطفى، "تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون"، مجلة جامعة دمشق، العدد2، المجلد18، 2002.

2. بلان، كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المرأة في ضوء بعض التغيرات "دراسة ميدانية"، مجلة جامعة دمشق، العدد1، المجلد28، 2012.

3. بن صغير، محفوظ، "أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد1، 2014.

4. بن قوية، سامية، "آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد1، 2010.

5. حمليل، صالح، "إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، العدد19، 2014.

6. حميدو، زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد1، الجزء41، 2000.

7. حميدو، زكية، "حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد1، الجزء41، 2000.

8. زقور، أحسن، "أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد5، 2007.

9. شرون، حسينة، "جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه"، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد7، 2010.

10. العايب، نصر الدين، "الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، العدد10، 2013.

11. العقايلة، زيد محمود، "حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد8.

12. لمطاعي، نور الدين، "سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد3، 2012.

13. نافع، حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العدد 20، 2009.

سادسا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

2.القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

3. القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي2007 الجريدة الرسمية رقم، 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

4. قانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

5. مرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو1988، الجريدة الرسمية العدد30.

6. قانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد30، المؤرخة في 7 جانفي 2015.

سابعا: التقارير والملتقيات العلمية

1. رقية، أحمد داود، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989"، يوم دراسي حول الحقوق الأساسية للطفل، جامعة وهران، 2004.

فهرس الموضوعات

العنـــوان	الصفحـة
شكـر وتقدير	
إهداء	
قائمة المختصرات	
ملخص	
مقدمـة	8
الفصل الأول	14
مجال تدخل القاضي الجزائري في إسناد الحضانة	
المبحث الأول: النظام القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري	15
المطلب الأول : مفهوم الحضانة	16
الفرع الأول : تعريف الحضانة	16
الفرع الثاني : خصائص الحضانة	21
المطلب الثاني : استحقاق الحضانة وشروط ممارستها	24
الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة	25
الفرع الثاني : شروط ممارسة الحضانة	29
المبحث الثاني: سلطة القاضي الجزائري في إسناد الحضانة	37
المطلب الأول: مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	38
الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	38
الفرع الثاني : ضوابط ومعايير مصلحة المحضون	39
المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون	42
الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في ترتيب الحواضن	43
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة	47
الفرع الثالث: سلطة القاضي الجزائري في إسقاط الحضانة	52
خلاصة الفصل	73

الفصل الثاني

آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون

كضابط لإسناد الحضانة 74

المبحث الأول: المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري 75

المطلب الأول: حق المحضون في النفقة والسكن في قانون الأسرة الجزائري 76

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري 76

الفرع الثاني: حق المحضون في السكن في قانون الأسرة الجزائري 84

المطلب الثاني: حق الزيارة تبعا لإسناد الحضانة 96

الفرع الأول: حق الزيارة 97

الفرع الثاني: التدبير المتعلق بالزيارة 102

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بإسناد الحضانة في قانون الأسرة على ضوء القضاء الجزائري 103

المطلب الأول: المساس بمصلحة المحضون والرقابة القضائية في قانون الأسرة الجزائري 104

الفرع الأول: المساس بمصلحة المحضون 104

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على إسناد الحضانة 116

المطلب الثاني: أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة 123

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في إسناد الحضانة 123

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة 129

خلاصة الفصل 132

الخاتمة 133

قائمة المصادر والمراجع 139

الفهرس 148