جامعة زيان عاشور . بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

أهـم الجـرائـم الناتجة عن مخالفة أحكام الحضانـة

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبـ:
دحمان عمارة

إشراف الأستاذ:
د. بشار رشيد

لجنة المناقشة:

1 . أ. منصور داود رئيسا
2 . أ. بشار رشيد مقررا
3 . أ. بن يحي أبو بكر الصديق مناقشا

السنة الجامعية:2017/2016

جامعة زيان عاشور . بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

أهم الجرائم الناتجة عن مخالفة أحكام الحضانة

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:
دحمان عمارة

إشراف الأستاذ:
د. بشار رشيد

لجنة المناقشة:

1 . أ. منصور داود رئيسا
2 . أ. بشار رشيد مقررا
3 . أ. بن يحي أبو بكر الصديق مناقشا

السنة الجامعية:2017/2016

إهـــــــداء

إلى الذين قال فيهما الله عز وجل : " وبالوالدين إحسانا "... **والدي** رحمه الله ، **ووالدتي** حفظها الله وأمدها بطول العمر في طاعته ، وموفور الصحة إن شاء الله.

إلى كل أفراد العائلة الصغيرة والكبيرة ، وخاصة أخي **سفيان المسعود**.

إلى جميع من علمني ولو حرفا ، وساهم في تكويني لأصل إلى مستوى القدرة على المضي في دروب البحث العلمي.

إلى كل زملائي سواء في الدراسة ، أو في مهنة المحاماة ، وكل الأصدقاء بدون استثناء.

أهدي بحثي المتواضع هذا آملا أن يستفيد منه من هو معني بمادة القانون ، وتحديدا مسائل الحضانة، رغم ما شابه من نقص إلا انه يبقى مشمول بصالح دعائكم للاستدراك ومواصلة البحث والدراسة ، للإفادة والاستفادة إن شاء الله.

شـــكـــر

والصلاة والسلام على النّبي الكريم المبعوث رحمة للعاملين عليه من ربنا الرحمن الرحيم أفضل الصلوات وأزكى التسليم،

ابتداء أحمد الله العلي القدير وأشكره على كريم منه وجزيل نعمه أن أعانني على إتمام هذا البحث بتوفيق منه و وتيسير.

كما هو واجب علي أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إنجاح هذا البحث من قريب أو بعيد ، خاصة منهم الدكتور رشيد بشار ، والدكتورة فشار جميلة ، والدكتور عمراني بلخير والأستاذ عكازي منور على مساعدتهم لي ، وإسدائهم لي التوجيهات والتصويبات القيمة فجزاهم الله عني كل خير.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أبدوا تعاونهم ومساعدتهم لي ولو بكلمة طيبة.

فلكل هؤلاء أتوجه بصادق الدعاء لهم بالحفظ والتسديد والتوفيق لما يحبه الله ويرضاه.

وشكرا جزيلا

مقدمـــة

مقدمـــة

تعتبر العلاقة الزوجية من أنبل الروابط البشرية باعتبارها السبيل الشرعي الوحيد لإنشاء أسرة قوامها المودة والرحمة مصداقا لقول الله عز وجل : " وَمن آيَاتِه أَنْ خَلَقَ لَكُم من أَنفُسِكُم أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَة أن في ذلك لآيات لقَوم يتفكَّرون " الروم آية 21 .

فمناط الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم احترام الزوجين لبعضهما ، هذه العوامل لها أثر هام في سلوك الأولاد ، لأنها تساعدهم على بناء التوافق النفسي والعقلي ، والشعور بالاستقرار والأمان ، في ظل أسرة يشعرون بأنها متماسكة.

وهذا الأمر يتأكد معه بأن الوالدين هما المسئولان بالدرجة الأولى عن نوع التربية المقدمة للأولاد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : . كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . ، فالبيت هو المحيط الأول الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية والمهارات الأخرى بالإضافة إلى المدرسة ، والشارع ، والكتّب ، إلا أن البيت يعتبر هو الأهم لأ ن الطفل يقضي معظم وقته فيه، لذلك كان على الزوجين أن يتعاونا من أجل تنشئة هذا الطفل على أسس من الأخلاق الطيبة و الفضائل الإسلامية السمحة.

غير أن هذا البيت العائلي في كثير من الأحيان قد لا يخلو من المشاكل ، والنزاعات بين الزوجين ، وهي التي يمكن تفادي بعضها ، أو حل البعض منها ، إلا أن هناك نزاعات ومشاكل قد تستمر وت دوم ، ولا يجد لها الزوجان حلا ، فتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة يستحيل معها الاستمرار في الحياة الزوجية تحت هاته الظروف المتشنجة.

فرغم أن الله تبارك وتعالى اعتبر الزواج ميثاقا غليظا : " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " ، إلا أنه شرع للزوجين وسيلة يمكن بواسطتها وضع حد لهذه المشاكل ألا وهي الطلاق.

وإذا كان الطفل يستمد الشعور بالأمان والاستقرار ، والتوافق النفسي من تفاهم وارتباط والديه ، فان هذا الشعور يتزعزع بمجرد الانفصال أو الطلاق ، وهذا لضرورة ابتعاد أحد

الزوجين عن الآخر ، فيجد الطفل نفسه أمام غياب أحد الدعائم الأساسية لحياته النفسية والمادية مما يؤدي إلى نقص المتابعة الدائمة من قبل أحدهما كما كانت من قبل ، فالطفل يعتبر أكبر متضرر من الطلاق ، لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى كلا والديه مجتمعين ليعيش طفولة سوية ، وليجد من يحتضنه ، و يقوم برعايته وتربيته ، لذلك فان أهم آثار الطلاق بالنسبة للطفل هي حقه في البقاء عند من يحضنه ، أي جعله في ناحية وجانب الحاضن ليحضنه برعايته وحمايته.

هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية وأحاطته بمجموعة من الضمانات حماية للصغير ، كما أن المشرع الجزائري خصص المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم مقرا فيها حق الطفل في الحضانة.

فالمتتبع لمسائل الحضانة المثارة أمام القضاء الجزائري وباعتبارها أثر من الآثار الهامة الناتجة عن العلاقة الزوجية ، يلحظ و بشكل ملفت للانتباه بأن ثمة محور تدور حوله كل التجاذبات بين طالبي الحضانة من جهة ، ومن ينكرونها عليهم من جهة أخرى ويتمثل ذلك في مصلحة المحضون ذاته:

فإذا كان المطالب بحضانة الولد المحضون وحمايتها ، أمام القضاء يؤسس طلباته القانونية و دفوعاته على نصوص قانونية تدعم مركزه القانون قضائيا ، وعناصر واقعية تؤكد أحقيته في ذلك فان من يراد أن تنتزع منه أو يحرم منها ، فهو بدوره لديه نصوصا وحقائق تخوله المطالبة والإصرار على مشروعية شمول طلبه هذا بالموافقة ، والتأييد لنيل حق إسناد حضانة ورعاية هذا الولد إليه وحمايتها ، وهذا مما ينتج آثارا لهكذا تنازع تتعدى الحيز المعيشي الذي يتواجد فيه الولد محل حق الحضانة المطالب بها سواء عند أحد والديه ، أو غيرهما ممن خوله القانون ذلك ، إلى الحديث عن حماية المحضون ماديا ومعنويا ، وضمان تمتعه بكامل حقوقه من خلال عدة مسائل منها : النفقة الغذائية والكسوة ، والعلاج والملبس والمسكن وغيرها .

فلأسباب اختيار هذا الموضوع تعود إلى أن الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه ، فهي تعتبر أهم أثر من آثار الطلاق كذلك سواء مالية : المهر المتعة النفقة وغير المالية: العدة ، ثبوت النسب ، لأنها لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إ لى الطفل ، خاصة في وقت أصبحت فيه ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير ، وفي تفاقم مستمر وعلى

أتفه الأسباب ، دون الأخذ في الاعتبار مصالح الأطفال التي أصبحت محل مساومة من قبل الأزواج بعد الطلاق ، حيث يصبح الطفل ورقة ضغط يستعملها أحد الأبوين للضغط على الآخر، إما لحمله على التنازل عن الحق ، أو يصبح كوسيلة ابتزاز لدفع الأذى دون مراعاة لمشاعر ومصالح هذا الطفل ، وهو ما نعيشه ب شكل يومي بمرفق الجهاز القضائي بالمحاكم الابتدائية ، والمجالس القضائية ، وجهة الطعن بالنقض بذات الموضوع ، وبتزايد أعداد الملفات القضائية وتشابهها ، دونما إيجاد حل سليم لها، مبني على نص قانوني جامع فاصل في المنازعة ، ويراعي فعلا الحماية القانونية للمحضون.

ولهذا الموضوع أهمية بالغة ، كون الأطفال هم شباب الغد ، لذا يجب على ذويهم أن يحرصوا على تربيتهم ، وتعليمهم ، وتنشئتهم النشأة السوية ، لكي يكونوا فعالين في المجتمع ، ولكن إذا كانت الأسرة التي يتلقون فيها كل ذلك غير مستقرة ، فان هذا سيؤثر عليهم في ظل شقاق الوالدين المستمر ، وبروز المشاكل المتعددة دون الحرص على حلها مما يدفعهم إلى الانحراف ، أو الضياع ، أو قد يبعث فيهم السلوك الإجرامي ليصبحوا فيما بعد مشاريع لعناصر مجرمة تهدد المجتمع ككل ، لذا شرعت الحضانة لما لها من دور في حماية الصغير والتكفل به ، والحرص على رقابته بعد انفصال والديه إلى غاية استغنائه عنها بمرور حال بلوغه سن التكليف الشرعي والقانوني .

إضافة إلى ذلك فإن هذا الموضوع يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي نتيجة عدم احترام كل من الزوجين لحقوقه ، والتزاماته طبقا لما ورد في فقرات المادة 36 من قانون الأسرة ، مما يؤدي إلى عدة نزاعات ، فكان من المهم أن نبين ما لكل منهما من حقوق والتزامات مخولة له بمقتضى القانون و الشرع حيال ممارستهم حضانة أولادهم حتى نتجنب بعضا منها ، وحرصا على ضمان أفضل لرعاية المحضون.

ونهدف من خلال هذا الموضوع أن نبين :

أهمية الحضانة بالنسبة للطفل ، سواء فيما يتعلق بضمان تعليمه ، أو السهر على حمايته ، وحفظه صحيا وخلقيا ودينيا وتربويا ، والقيام بكل شؤونه وحاجياته عن طريق الحضانة ، وإظهار الأصلح للطفل في الشؤون التي تخص المحضون .

الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بموضوع الحضانة ، والنصوص الجزائية التي يبنى على أساسها المتابعات الجنائية في حق مرتكبي الجرائم الماسة بهذه الأحكام ، ومقتضى كل ذلك

، إضافة إلى تبيان إرادة المشرع الجزائري اتجاه الحضانة ، وأهم الإشكالات المثار حيالها والحماية التي ضمنها ومنحها للطفل المحضون.

وقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي ، والمنهج التحليلي لدراسة نصوص القانون المتعلقة بموضوع الحضانة ، والجزاءات المترتبة عن مخالفة أحكامها.

ولأجل تبيان أهمية هذا الموضوع والوصول إلى الأهداف المذكورة ، ارتأينا طرح هذه الإشكالية:

ما هي الجرائم الواقعة على مخالفة أحكام الحضانة في ظل قانون ال عقوبات الجزائري؟

ومعها تساؤلات فرعية :

ما هو الإطار المفاهيمي للحضانة فقها وقانونا؟

ما هي مظاهر حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري؟

ما هي الآثار المترتبة عن أحكام إسناد الحضانة ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ، وجميع التساؤلات الفرعية اعتمدنا الخطة الآتي بيانها فيما يلي ، حيث ومن خلالها أوردنا بحثنا هذا في فصلين ، و في كل فصل مبحثان ، فالفصل الأول تناولنا فيه الحضانة في مفهومها الفقهي والقانوني ، تطرقنا في المبحث الأول إلى الحضانة من خلال الفقه الإسلامي ، وفي المبحث الثاني إلى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الجرائم الماسة برعاية الطفل ، حيث تناولنا في المبحث الأول جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير وفق لنص المادة 327 من قانون العقوبات ، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى جريمة عدم تسليم محضون مخالفة لحكم قضائي بنص المادة 328 من قانون العقوبات.

الفصـل الأول:

مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول:

مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نتطرق خلال هذا الفصل إلى عرض مفهوم الحضانة في الفقه الإ سلامي، والآراء الفقهية المتعلقة بذلك في المبحث الأول، إضافة إلى مفهومها في قانون الأسرة الجزائري وأهم النصوص القانونية الناظمة لمسائل الحضانة وتفاصيلها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الحضانة في الفقه الإسلامي

يرد هذا المبحث ضمن شرح المفهوم الفقهي للحضانة ، والتعريفات التي وردت في الآراء الفقهية لحق الحضانة ، ولترتيب الحواضن والمسائل المنصوص عليها بهذا الخصوص:

المطلب الأول: تعريف الحضانة وشروطها

الفرع 01 :

تعريف الحضانة

التعريف اللغوي للحضانة:

الحضانة مصدر حضن ، ومنه حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وحضنت المرأة صبيها إذا جعلته في حضنها أو ربته ، وحضن الصبي يحضنه حضنا : رباه. والحاضنة التي تربي الطفل سميت كذلك لأنها تضم الطفل إلى حضنها وهو ما دون الإبط إلى الكشح[1].

1 . الكشح هو مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي.

فللحضانة – بفتح الحاء – هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا « تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول " حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها و غطاها بجناحيه ، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

وقد جاء أيضا أن الْحِضْنُ مَا دُونُ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ.

و حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ مِنْ بَابِ نَصَرَ وَدَخَلَ إِذَا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحِهِ . وَ حَضَنَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا (حَضَانَةً) .

و حَاضِنَةُ الصَّبِيِّ الَّتِي تَقُومُ عَلَيْهِ فِي تَرْبِيَتِهِ. و احْتَضَنَ الشَّيْءَ جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ[1]

قَالَ الْجَوْهَرِيُّ: حَضَنَ الطائرُ بَيْضَه إذا ضَمَّه إلى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحَيْهِ، وَكَذَلِكَ المرأَة إذا حَضَنَتْ وَلَدَهَا.

و حُضّانٌ: جمع حاضن لأن العربي والكافِلَ يَضُمُّ الطفل إلى حِضْنِه، و به سميت الحاضنة، وَهِيَ الَّتِي تُرَبِّي الطفلَ.

حضن: الحِضْنُ: مَا دُونُ الإِبْط إِلى الكَشح ، وَقِيلَ: هُوَ الصَّدْرُ والعَضُدان وَمَا بَيْنَهُمَا، وَالْجَمْعُ أَحْضانٌ؛ وَمِنْهُ الاحْتِضانُ، وَهُوَ احتمالُك الشيءَ وجعلهِ فِي حِضْنِك كَمَا تحتضن المرأَةُ وَلَدَهَا فَتَحْتَمِلُهُ فِي أَحد شِقَّيْها. وَفِي الْحَدِيثِ: أَنه خَرَجَ مُحْتَضِناً أَحَدَ ابْنَي ابْنَتِه أَي حاملا لَهُ فِي حِضْنه. والحِضْنُ: الجَنْبُ، وهما حِضْنانِ[2].

و الحضن الصَّدْر مِمَّا دون الْإِبِط إِلَى الكشح وَمن كل شَيْء ناحيته وجانبه يُقَال مَا زَالَ يقطع أحضان الأَرْض وصنع الطَّائِر عشا فِي حضن الْجَبَل ومأوى الطير وَالْحَيَوَان[3].

---

1 مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م، ص 75

2 لسان العرب ج122/13

3 المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة، ص 182

التعريف الفقهي للحضانة :

عرفها الفقهاء: بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة ، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يذويه ويضره، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسئولياتها [1].

فهي حفظ ومراعاة وتدبير الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه في صحته ، وأخلاقه ، والنظر في مصالحه وحاجاته .

و عرفها الباجي من المالكية بأنها : " حفظ الولد في مبيته ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " [2]

كما انه تعرف بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه ، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته ، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك [3].

وعرفها المالكية بقولهم : " الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه ،أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه " .

ومن معانيها كذلك : " إمساك الولد وتربيته منذ أول وجوده ، سواء كان ذلك للأم أم بغيرها ممن يقوم مقامها " ، فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل .

ومنه فالحضانة هي شرعاً: هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون : وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها [4].

---

1 فقه السنة، المؤلف: سيد سابق ، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ – 1977 م، ج338/2

2 مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي ، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ – 1992م، ج214/4.

3 مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م، ج191/5،

4 الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الناشر: دار الفكر – سوريَّة – دمشق، الطبعة: الرَّابعة ج7296/10. 7297

فهي إذا حفظ الصغير ومن في حكمه : العاجز والمجنون والمعتوه مما يضره بقدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته.

والحضانة نوع ولاية وسلطة، لكن الإناث أليق بها؛ لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال . فإذا بلغ الطفل سناً معينة، كان الحق في تربيته للرجل؛ لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.

وحكمها: أنها واجبة؛ لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وحمايته من المهالك.

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق الجم، حتى إنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه ومال[1].

عن عبد الله بن عمرو : أن امرأة أتت النبي – صلي الله عليه وسلم – ، فقالت: يا رسول اِلله؛ إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحِجْرِي له حواء، وثَدْيي له سقاء، وزعَم أبوه أنه ينزِعه مني؟، قال : "أنتِ أحق به ما لم تنكَحي".[2]

الحكم الفقهي للحضانة :

مادامت الحضانة هي : " تربية الولد لمن له حق الحضانة " فإنها حق من حقوق الصغير والحاضنة معا ، فإذا تنازلت الأم عن حقها بقي حقه هو ، ذلك لأن من حق الولد أن يعتني به والداه منذ ولادته ، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه وهذا ما يكون واجبا على الأم في الفترة الأولى من حياته ، لأنها اقدر على هذا من الأب.

والأصل في الحضانة أن تكون للنساء لأن المرأة عادة أكثر شفقة على الصغير واقدر على خدمته من الرجل.

---

1 الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 / 7297

2 مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ، المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الأولى، 1421 هـ – 2001 م ، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رقم 6707. ج310/11، 311.

فالحضانة واجبة شرعا لأن المحضون قد يهلك أو يتضرر بترك الحفظ ، فيجب حفظه عن الهلاك ، فمدار حكمها أنها واجبة عينا إذا لم يوجد إلا الحاضن ذاته ، أو وجد ولكن لم يقبل المحضون غيره ، وهي واجبة كفاية عند تعدد الحاضنين .

ويمكن القول بأنها مادامت الحضانة حق للحاضنة ، فلها أن تتنازل عنها في أي وقت شاءت لقوله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي" دليل على أن الحضانة حق للأم : فلها أن تتنازل عن هذا الحق متى شاءت .

ففي الأصل تعد الحضانة واجب عيني بإجماع العلماء . على تقديم الأم في الحضانة . ، وتقديم النساء على الرجال فيها ، ولكن اختلفوا في من بعد الأم على النحو التالي:

1 . جعل فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة أم الأم أولى بالحضانة، أما فقهاء الشافعية فقد جعلوها لأخت المحضون.

2 . جعل فقهاء الحنفية أم الأب بعد أم الأم في الحضانة، وقدم فقهاء المالكية والشافعية الجدة بعد الأم على غيرها، وفقهاء الحنابلة قدموا حضانة الأب على حضانة غيره بعد سقوطها عن أمهات الأم.

3. قدم الحنفية والمالكية الخالة على الأب، وقدم الشافعية الأخت وتلوها بأمهات الأم، في حين أن المالكية أخروا الأخت.

الفرع 02 :

شروط الحضانة

يشترط لإستحقاق حضانة الولد فق الفقه الإسلامي الشروط الآتيةَ :

الغرض من الحضانة رعاية المحضون وصونه ، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك ومنه فقد اشترط فقهاء الإسلام شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه ، وهي على أنواع ثلاثة:

01 شروط مشتركة بين الرجال والنساء.

02 شروط متعلقة بالنساء.

03 شروط متعلقة بالرجال.

أ . أما الشروط المشتركة بين النساء والرجال فهي:

1– الإسلام :

وذلك إذا كان المحضون مسلما ، إذ لا ولاية للكافر على المسلم ، للخشية على المحضون من الفتنة في دينه ، وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية ، ونفس الشيء عند الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر ، أما عند المالكية فالمشهور عندهم وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى فلا يشترط الإسلام ، إلا أن تكون المرأة مرتدة لأنها تحبس وتضرب كما يقول الحنفية فلا تتفرغ للحضانة.

أما غير المسلمة . كتابية أو مجوسية . فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة قال الحنفية :ما لم يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر فانه حينئذ ينزع منها ويضم إلى أقاربه من المسلمين لكن عند المالكية أن خيف عليه فلا ينزع منها وإنما تسكن الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها[1].

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 556 ، والدسوقي ج2 / 529 وجواهر الإكليل 1 / 409، ومغني المحتاج ج5/ 195، 196، وكشاف القناع 5 / 498

2 . البلوغ والعقل:

فلا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون، أو معتوه، لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم، وهذا باتفاق في الجملة حيث إن للمالكية تفصيلا في شرط البلوغ .[1]

3 . الأمانة في الدين:

فلا حضانة لفاسق، لأن الفاسق لا يؤتمن، والمراد: الفسق الذي يضيع المحضون به ، الاشتهار بالشرب، والسرقة، والزنا واللهو المحرم ، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة.

قال ابن عابدين: الحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فجور أمه فينزع منها، وقال الرملي: يكفي مستورها أي مستور العدالة.

قال الدسوقي: والحاضن محمول على الأمانة حتى يثبت عدمها.[2]

4 . القدرة على القيام بشأن المحضون:

فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر سن، أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيرا لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعا، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعنى بالمحضون، ويقوم على شؤونه، فحينئذ لا تسقط حضانتهم.[3]

5 . ألا يكون بالحاضن مرض:

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 556 ، والدسوقي ج2 / 528، ومغني المحتاج ج5/ ص 195 ، وكشاف القناع 5 / 498.

[2] المرجع نفسه.

[3] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 557 ، والدسوقي 2 / 528، ومغني المحتاج ج5/ 197، الكتاب: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ج3 / 448، وكشاف القناع 5 / 499

سواء كان هذا المرض معد، أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون، كالجذام، والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون.[1]

6 . الرشد:

وهو شرط عند المالكية والشافعية، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون.[2]

7 . أمن المكان :

بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنا يخشى عليه فيه الفساد، أو ضياع ماله، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون. وقد صرح بهذا الشرط المالكية.[3]

8 . عدم سفر:

بأن لا يسافر الحاضن أو الولي إلى مكان سفر نقلة للاستقرار فيه .

ب . أما الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال فهي:

1- أن يكون محرما للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى مشتهاة فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرما، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها، فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى، ولا يخشى عليها فلا تسقط حضانة ابن عمها.وإذا لم يكن للمشتهاة غير ابن العم، وضعت عند أمينة يختارها ابن العم، كما يقول الشافعية والحنابلة، أو يختارها القاضي كما يقول الحنفية إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها، وإلا أبقاها القاضي عنده، وعند المالكية يسقط حق الحضانة لغير المحرم.وأجاز الشافعية أن تضم لابن عمها إذا كانت له بنت يستحى منها، فإنها تجعل عنده مع بنته.[4]

---

1 الدسوقي ج2 / 528، ومغني المحتاج ج197/5 ، وكشاف القناع 5 / 499.

2 جواهر الإكليل 1 / 409 - 500 ومغني المحتاج ج197/5.

3 الدسوقي ج2 / 528، وجواهر الإكليل 1 / 409.

4 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4/ ص 43 ، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 564 ، ومغني المحتاج ج5/ 194 ، وكشاف القناع 5 / 497.

2 . يشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة، أو أمة، أو مستأجرة لذلك، أو متبرعة.[1]

ج . **وأما الشروط الخاصة بالحواضن من النساء فهي:**

1 – ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي من المحضون:

لأنها تكون مشغولة بحق الزوج، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي، فلا حضانة لمن تزوجت بأجنبي من المحضون، وتسقط حضانتها من حين العقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وبالدخول عند المالكية، وهو احتمال لابن قدامة في المغني.[2]

واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون وهي:

أ . أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها في الحضانة ويسكت بعد علمه بذلك بلا عذر سنة فلا تسقط حضانتها حينئذ.

ب – ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة أما أو غيرها ، فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحالة.

ج – ألا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.

د – ألا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

---

1 جواهر الإكليل 1 / 409.

2 جواهر الإكليل 1 / 409 - 410، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر – بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1409هـ/1989م ج4/ ص 427، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص565 ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 4 / 42، وأسنى المطالب ج 3 / 448، ومغني المحتاج ج5/ 196 ، وكشاف القناع 5 / 499، والمغني لابن قدامة ج8/ ص 244 ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ج9/ ص 425.

هـ – ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية عند المالكية، وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك.[1]

هذا بالنسبة لزواج الحاضنة من أجنبي من المحضون، فإن تزوجت بذي رحم محرم من المحضون كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي، أو تزوجت بقريب ولو غير محرم من ال محضون كابن عمه فلا تسقط حضانتها، وهذا عند الجمهور – المالكية والحنابلة والشافعية – في الأصح، ومقابل الأصح عندهم يسقط حقها لاشتغالها بالزوج.

واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون من نكحته ممن له حق في الحضانة، لأن شفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على ذلك . كما اشترط الشافعية رضا الزوج، وقيد الحنفية بقاء الحضانة بما إذا كان الزوج رحما محرما، فلو كان غير محرم كابن العم سقطت حضانتها.[2]

2 . أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون:

كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم والعمة، والخال والخالة، وهذا عند الحنفية والمالكية وليس هذا شرطا عند الشافعية والحنابلة، وصرح الشافعية بأنه لا تثبت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتهى، وهو قول نقله ابن عابدين من الحنفية.[3]

3 . ألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغض المحضون ويكرهه:

كما لو تزوجت الأم وأخذته أم الأم، وأقامت بالمحضون مع الأم فحينئذ تسقط حضانة أم الأم إذا كانت في عيال زوج الأم، وهذا عند الحنفية. وهو المشهور عند المالكية [4].

4 . ألا تمتنع الحاضنة عن إرضاع الطفل إذا كانت أهلا له:

---

1 جواهر الإكليل 1 / 409، منح الجليل ج4/ ص 427، 428 .

[2] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4/ ص 42، و ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 565 ، والدسوقي ج2 / 529، وأسنى المطالب ج3 / 448، ومغني المحتاج ج196/5 ، وكشاف القناع 5 / 499، والمغني لابن قدامة ج8/ ص 246..

[3] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4/ ص 41، الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي – القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: 1356 هـ – 1937 م ج4 / 15 ، وابن عابدين 2 / 639، ومنح الجليل ج3/ ص 427 ، ومغني المحتاج ج193/5، 454، وأسنى المطالب ج3 / 452.

[4] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج3/ ص 565 ، ومنح الجليل ج4/ ص 431 .

وكان في مرحلة عمرية أحوج ما يكون إلى الرضاع وهذا في الصحيح عند الشافعية[1].

5 . انتقال الحاضنة من مكان ممارسة الحضانة :

مكان الحضانة هو المسكن الذي يقيم فيه والد المحضون إذا كانت الحاضنة أمه وهي في زوجية أبيه، أو في عدته من طلاق رجعي أو بائن ، ذلك أن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، و المعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية حتى تنقضي العدة سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى : { لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ }[2].

وإذا انقضت عدة الأم فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي.

هذا قدر مشترك بين المذاهب، وهو ما صرح به الحنفية وتدل عليه عبارات المذاهب الأخرى.[3]

أما مسألة انتقال الحاضن، أو الولي إلى مكان آخر ففيه اختلاف المذاهب، وبيان ذلك كما يلي:

يفرق جمهور الفقهاء – المالكية والشافعية والحنابلة – بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقلة والانقطاع والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة.

فإن كان سفر أحدهما (الحاضنة أو الولي) للنقلة والانقطاع سقطت حضانة الأم، وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أم المنتقل، لأن الأب في العادة هو ا لذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لكن قيد الحنابلة

---

[1] مغني المحتاج ج5/ 197.

[2] سورة الطلاق: الآية 01

[3] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4/ ص 44، ، التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي ، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م ج5/ ص 599، 600، والدسوقي ج2 / 527، ومغني المحتاج ج201/5، وكشاف القناع 5 / 500، والمغني لابن قدامة ج8/ ص 242 .

أولوية الأب بما إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد. وإن سافرت الأم مع الأب بقيت على حضانتها.

هذا قول الجم هور، لكنهم اختلفوا في تحديد مسافة السفر ، فحددها المالكية بستة برد فأكثر على المعتمد، أو مسافة بريدين على قول، والأصح عند الشافعية أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير، والصحيح من المذهب عند الحنابلة التحديد بمسافة القصر، وهو قول عند الشافعية، والمنصوص عن ا لإمام أحمد أنه إذا كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها[1].

المطلب الثاني: ترتيب الحواضن وسقوط الحضانة

الفرع الأول:

ترتيب الحواضن

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة ، لأنهن أشفق ، وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، كما تقدم، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحياناً في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة، على النحو التالي علماً بأن مستحقي الحضانة إما إناث فقط، وإما ذكور فقط، وإما الفريقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء.

أولاً . من النساء:

[1] الدسوقي ج2 / 531 - 532، ومغني المحتاج ج201/5، وكشاف القناع 5 / 500 والمغني لابن قدامة ج8/ ص 242 والإنصاف للمرداوي ج9 / 427.

1 – الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة و نياحة، أو غير مأمونة، بأن تخرج كل وقت، وتترك الولد ضائعاً.

ودليل تقديم الأم من السنة : ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلم، فقالت له: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحِجري له حواء ، وإن أباه طلّقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي» وقال صلّى الله عليه وسلم: «من فرَّق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة».

وروي أن عمر بن الخطاب طلَّق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حِجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلق إلى أبي بكر رضي الله عنهم، فقال له أبو بكر: «مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه».

2 – ثم أم الأم (الجدة الأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، ثم عند الحنفية، والشافعية في الجديد: أم الأب، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه. وأخَّر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم.

وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته.

3 – ثم الأخت عند الحنفية والشافعية والحنابلة . أخت المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الأخت لأم؛ لأن الحق من قبلها، ثم الأخت لأب، وعكس الش افعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على الأخت لأم، لاشتراكها مع المحضون في النسب، ولقوة إرثها، فإنها قد تصير عصبة، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم لأم.

والسبب في تقديم الأخوات عند الجمهور هؤلاء على الخالات والعمات : أنهن أقرب، وأنهن أولاد الأبوين، لذا قدمن في الميراث.

وقدم المالكية الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم أبو المحضون على الأخت . أخت المحضون.

4 – ثم الخالة عند الحنفية والشافعية والحنابلة . خالة المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية خالة لأم، ثم خالة لأب؛ لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق مم ن كان من جهة الأب فقط. والأصح عند الشافعية تقديم خالة لأب، وعمة لأب على من كان من جهة الأم، لقوة الجهة كالأخت.

وقدم المالكية كما سبق الخالة ثم الجدة لأب وإن علت على الأخت.

5 – ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ في رأي الحنفية والشافعية، فالصحيح عندهم أن الخالة أو لى من بنات الأخت أو الأخ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر، والخالة تدلي بقرابة الأم، فكانت الخالة أولى. وبنت الأخ أولى من العمة؛ لأن بنت الأخ أقرب، لأنها ولد الأب، والعمة ولد الجد، فكانت بنت الأخ أقرب، فكانت أولى، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

ورأى المالكية والحنابلة أن العمة مقدمة على ابنة الأخ.

6 – ثم العمة اتفاقاً . عمة المحضون، ثم عمة أبيه وهي أخت جد المحضون.

والحاصل أن ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يأتي:

أ . الحنفية: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأ خت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث.

ب . المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبة كما سيأتي.

ج . الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية.

د . الحنابلة: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأ ب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم عمة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.

ثانيا . من الرجال:

فقد ذكر الشافعية أنها تثبت لكل محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، فيقدم أب، ثم جد وإن علا، ثم أخ شقيق، ثم لأب، وهكذا كترتيب ولاية النكاح، كما تثبت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثا كابن العم، وهذا على الصحيح لوفور شفقته بالولاية، ومقابل الصحيح لا حضانة له لفقد المحرمية.

فإن فقد الذكر الإرث و المحرمية معا كابن الخال وابن العمة، أو فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية كالخال وأبي الأم، فلا حضانة لهم في الأصح، ومقابل الأصح لهم الحضانة لشفقتهم بالقرابة.

وإذا اجتمع للمحضون مستحقون من الذكور والإناث قدمت الأم، ثم أمهات الأم المدليات بإناث، ثم الأب، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب، ويقدم الأصل على الحاشية مطلقا ذكرا كان أو أنثى، كالأخ والأخت لقوة الأصول، فإن فقد الأصل وهناك حواش فالأصح أن يقدم من

الحواشي الأقرب فالأقرب كالإرث ذكرا كان أو أنثى، وإن استووا وفيهم ذكر وأنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر.

وإن استوى اثنان من كل وجه كأخوين وأختين، وخالتين، أقرع بينهما قطعا للنزاع.

ومقابل الأصح أن نساء القرابة وإن بعدن أحق بالحضانة من الذكور وإن كانوا عصبات ، لأنهن أصلح للحضانة.[1]

قال البيضاوي: إن تزاحموا قدمت في الأصول الأم ما لم تنكح أجنبيا، ثم الجدة، ثم المدلية بها، لأنها بالإناث أليق، ثم الأب، ثم المدلية به، ثم الجد، ثم المدلية به ، ثم الأخت، ثم الأخ، ثم الخالات، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم ابنه، ثم العم، ثم ابنته، ثم ابنه، وتسلم المراهقة إلى ثقة، وقدم ولد الأبوين ثم الأب، ثم الأم . ثم أبو الأم. ثم الخال. وقيل: لا حق لهما، ولا لابن ولد الأم، لعدم الأنوثة والإرث.[2]

– وذهب الحنابلة إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهات الجد القربى فالقربى، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة أمه كذلك، ثم خالة أبيه، ثم عمة أبيه، ثم بنات إخوته وبنات أخواته، ثم بنات أعمامه وبنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه، تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب . ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب . فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، وهذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العم ونحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة.

هذا ما حرره صاحب كشاف القناع، وقال عنه ابن قدامة إنه المشهور في المذهب.

وذكر ابن قدامة بعض الروايات الأخرى عن الإمام أحمد، فعنه أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم، وعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته.

---

[1] مغني المحتاج ج5/ 191 إلى 195 ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - 1404هـ/1984م، ج7/ ص 225 إلى 229.

[2] عبد الله بن عمر البيضاوي، الغاية القصوى في دراية الفتوى، تحقيق : علي محي الدين علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1 1429 هـ، 2008م ، ج2/ ص 305، 306.

كما حكي عن أحمد أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومن جميع العصبات.

وأما ترتيب الرجال فأولاهم الأب، ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم.

وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساووا، كأخوين شقي قين قدم المستحق منهم بالقرعة.

وإذا لم يكن للحاضن أحد ممن ذكر انتقلت الحضانة لذوي الأرحام في أحد الوجهين وهو الأولى، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى، فيقدم أبو أم، ثم أمهاته، ثم أخ من أم، ثم خال، ثم حاكم يسلمه إلى من يحضنه من المسلمين.

وفي الوجه الآخر لا حق لذوي الأرحام من الرجال وينتقل الأمر للحاكم.

وفي كل موطن اجتمع فيه أخ وأخت، أو عم وعمة، أو ابن أخ وبنت أخ، أو ابن أخت وبنت أخت قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور، لأن الأنوثة هنا مع التساوي توجب الرجحان[1].

الفرع الثاني:

سقوط الحضانة

في الفقه الإسلامي تسقط الحضانة عن مستحقها بتوافر ظروف وعناصر فصلها الفقهاء منها ما ذهب إليه المالكية بقولهم أنها تسقط بـ :

. سفر الحاضن وانقطاعه إلى بلد بعيد .

. ضرر في بدن الحاضن .

. الفسق.

[1] كشاف القناع 5 / 496 - 498، والمغني لابن قدامة، ج8/ ص 246، 247.

. تزوج الحاضنة .

. وقد تسقط الحضانة بسبب إسقاط المستحق لها : كذلك إذا أسقط الحاضن حقه ثم عاد وطلب أجيب إلى طلبه ، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة .

وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون ، أو تاب الفاسق ، أو شفي المريض . . عاد حق الحضانة ، لأ ن سبيلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقا للقاعدة المعروفة (إذا زال المانع عاد الممنوع) .

وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء – الحنفية والشافعية والحنابلة – واختلفوا في بعض التفصيلات .

فقد قال الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية : إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي فور الطلاق ، سواء أكان بائنا أم رجعيا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع .

وعند الحنفية والمزني من الشافعية أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن أما الطلاق الرجعي فلا يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة .

أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري . فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة ، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج ، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض ، أو عودة الولي من السفر ، أو عودتها من أداء فريضة الحج ، عادت الحضانة للحاضن ، لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال ، وإذا زال المانع عاد الممنوع .

وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بـأجنبي من المحضون ثم طلقت ، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر ، ثم أرادت العود للحضانة .

فلا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن ، وهو المشهور في

المذهب .

وقيل : تعود بناء على أن الحضانة حق المحضون . لكنهم قالوا : إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة ، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب ، لأنه نقل لما هو أفضل ، وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك ، فمعنى أن الحضانة لا تعود ، أي لا تجبر من انتقلت ل ها الحضانة على رد المحضون ، ولها الرد باختيارها.

المبحث الثاني: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نتطرق في هذا المبحث إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة بمناسبة عرضه لموضوع الحضانة تعريفا و آثارا ، بالإضافة إلى انقضاء وسقوط الحضانة ورجوع الحق فيها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة وآثارها

الفرع الأول:

تعريف الحضانة

جاء في نص المادة 62 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404الموفق لـ 09: يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المتمم والمعدل بالأمر رقم 05-02 الصادر في :2005/02/27 على أن الحضانة هي : " رعاية الولد وتعليمه ، والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا . ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فتعليم الولد يراد منه أن ينال قدرا من المعارف ، حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية وقدرته العقيلة ، واستعداده الفطري والنفسي مادام التعليم مجانيا.

أما تربية الولد على دين أبيه : فالمقصود منها أن تتم تربيته على مبادئ وقيم الدين الإسلامي الحنيف ، و السهر على حماية المحضون : معناها حفظ الطفل من الناحية الخلقية أي تهذيبه ، وإعداده لأن يكون فردا صالحا ، وكذا الحفاظ على صحته.

ويستخلص من هذا التعريف ، أن المشرع قد استنبط من خلال أحكامه ما جاء به الفقه الإسلامي بحيث ينبغي على من تسند له الحضانة أن يقوم بكل ما هو منصوص عليه في هذه المادة ، ومن ثمة يشترط في الحاضن الشروط التالية:

1 . أن يكون أهلا لممارسة الحضانة وهو ما نصت عليه المادة 2/62 من قانون الأسرة: والمقصود بهذه العبارة أن يكون الشخص بالغا عاقلا أي يكون بالغ سن الرشد 19 سنة ومتمتعا بكل قواه العقلية[1]، غير أن هذا الشرط يمكن أن نستغني عنه إذا كانت المترشحة للحضانة الأم وقد كانت قد سبق لها أن تزوجت بناء على إذن قضائي، وكذلك لا يجوز للشخص المصاب بأحد الأمراض العقلية كالجنون أن تسند له الحضانة.

2 . أن يكون قادرا على تحمل التكاليف الجسدية والنفسية المتعلقة بالحضانة : أي تكون له القدرة المادية والجسمانية من أجل ضمان الطفل صحة وخلقا ، ومن ثمة لا يجوز للشخص فاقد البصر أن تسند له الحضانة، كذلك الشخص العاجز عن المشي ، أما كبر السن فأمره يعود للسلطة التقديرية للقاضي حيث هو الذي يقدر عما إذا كان المترشح لها غير عاجز على ممارستها وعليه فالمرأة البالغة 60 سنة فأكثر تكون في بعض الأحيان قادرة على ممارسة الحضانة بأحسن وجه وذلك خلافا للمرأة البالغة 40 سنة.

3 . أن يكون أمينا : فقد اشترط قانون الأسرة في الحاضن أن يكون أمينا على أخلاق المحضون بحيث يضمن حفظه صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته لأن القانون اعتبره و نص عليه في المادة62 ، وخلاف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[2] ، لا سيما الأمانة في التصرفات نحو المحضون فلا حضانة للمرأة الفاسدة ، أما بالنسبة للمرأة العاملة وخاصة إن كانت الأم فلا تسند لها الحضانة إذا كانت غائبة طيلة اليوم عن البيت ، فهي في هذه الحالة لا تمارس الحضانة بنفسها، هذا كله يرجع إلى سلطة القاضي والمعيار الأول والأخير بالنسبة إليه وهو مصلحة المحضون فقط.

خصائص الحضانة :

1 . الحضانة من النظام العام :

الحضانة تعتبر من النظام العام ، إذ ليس للأبوين الحق في تغيير ، أو تحريف قواعدها ، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب

[1] نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، ب ط ، الجزائر، 2006 صفحة 248.

2 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية، مصر 2014، ص152.

فان الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها ، وقد تجبر على حضانته إذا تنازلت عنها حتى وان لم تتوفر فيها الشروط كاملة ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها.

2 . الحضانة لا تلزم الحاضنة مقابل ذلك :

جاء في قانون الأسرة الجزائري على أن : " للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها "[1] لكنه قيد ممارسة هذا الحق في عدم إلحاق الضرر بالمحضون أي انه يجب مراعاة مصلحة المحضون ، والتنازل إما يكون صريحا باللفظ أو ضمني بعدم المطالبة بحق الحضانة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط ، أو موت الحاضنة ومن قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحك م بالطلاق وإسنادها لها ، أ و ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته والاعتداد بالسقوط لا يكون إلا إذا حل دور الحاضن في الحضانة ، إضافة إلى الشخص المتنازل في الحضانة لا يمكنه استرجاعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية للسقوط.

3 . الحضانة حق مشترك:

أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظ .ه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته ، وكذا لامه حق الاحتفاظ به واحتضانه ولها الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذ لم يضر ذلك بمصلحته.

الفرع الثاني :

آثار الحضانة

بعدما استوضحنا تعريف الحضانة وخصائصها ، وأ هم ما يشترط فيمن يمارسها ، نعرض إلى أهم ما ينتج عن إسناد حضانة الأولاد لمستحقيها من آثار تقتضيها عملية ممارسة الحضانة ابتداء بترتيب المستحقين لها ، ثم نفقة المحضون ، وأجرة الحاضنة، والمسكن الذي

1 المادة 64 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404الموفق لـ :09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المتمم والمعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في :2005/02/27، صادر بالجريدة الرسمية عدد 15،المؤرخة في:2005/02/27.

تمارس فيه الحضانة ، علاوة على حق الزيارة لمن لم تسند له الحضانة ، وهو ما نورده في العناصر الآتية:

1 . ترتيب مستحقي الحضانة :

يعتمد ثبوت حق الحضانة على قوة القرابة مع كثرة الشفقة ، الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل وتوفير ما فيه نفعه وصلاحه ، ولهذا أخذ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من قبل المشرع الجزائري ، حيث اعتمد في ذلك على الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة وشفقة ، والأكثر حرصا على تربيته وتأديبه ورعايته تحقيقا لمصلحة المحضون، ، ولمن تكون الأولوية بالترتيب وفق ما جاء في قانون الأسرة ، حيث ورد أن الأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ، ثم يليها الأب، وبعده الجدة لأم ، ومنه تأتي الجدة لأب ، وبعدها الخالة ، فالعمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون [1] في إسناد الحضانة ، كما ورد ترتيبه أعلاه وهذا طبقا لقانون الأسرة بعد التعديل .

أما ما كان عليه الحال قبل التعديل فان الأم كانت أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم خالة المحضون في المرتبة الثالثة وبعدهن يأتي الأب في الترتيب الرابع ، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة [2] ، فالملاحظ هنا هو تقديم الأب إلى الترتيب الثاني قبل أم الأم والخالة لأنه أولى منهن بحضانة أولاده وأكثر حرصا على تربيتهم ورعايتهم ، وحمايتهم ، وان لا يفقدوا رابطة الأبوة أن هم فقدوا حنان الأم قبل ذلك.

ومما جاء به التعديل الجديد لقانون الأسرة هو أن المشرع الجزائري يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم وعلى هذا يمكن القول بأن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عن الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة في كل الأحوال [3] .

---

1 المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

2 المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

3 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ، دار الوعي للنشر و التوزيع،الجزائر ، 1996 ،ص298.

فقد جاء إسناد الحضانة بعد الوالدين إلى الجدة لأم وبعدها إلى الجدة لأب وذلك لان الطفل يكون وثيق الاتصال والالتصاق بعد والديه من جداته من الجهتين ، ومنه فان هذا الإسناد فيه الكثير من المنطق الواقعي مراعاة لمصلحة المحضون.

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري أورد في الترتيب كذلك الخالة والعمة ، دونما إشارة إلى أنهن متزوجات أم لا ، أم لهن أولاد أم لا ، صغيرات أم كبيرات : وهي معطيات مهمة في جانب إسناد الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

2 . نفقة المحضون:

المعلوم أن حضانة الطفل وما تستلزمه من تغذية وكسوة وعلاج وتربية ومسكن وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات هامة لمعيشته السوية وتنشئنه القويمة هي في حد ذاتها مدعاة لبذل جهود مادية قوامها المال ، ويكمن ذلك في نفقة المحضون .

فقانون الأسرة تعرض إلى النفقة بقوله : أنها تشمل الغذاء ، والكسوة، والعلاج ،والسكن وأجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة [1] ، في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير [2] ، أي أن المشرع الجزائري لخص في هذا التعريف كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة ودواء ومسكن وخدمات وما تقتضيه الأعراف والعادات بين الناس وحسب وسع المنفق.

كما انه أوضح في قانون الأسرة كذلك بان نفقة المحضون وسكناه تكون من ماله الخاص إذا كان له مال ، وإذا لم يكن له مال فيجب على والده أن يوفر له مسكنا ملائما ، وان تعذ ر عليه ذلك فهو ملزم بدفع بدل إيجار لمسكن لائق[3].

فقد اوجب المشرع على الوالد بان ينفق ولده أن لم يكن لهذا الأخير مال ، وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء الإسلام ، يعني أن الأصل في النفقة يكون من مال الولد إن وجد ، وان لم يكن له مال قام واجب الأب في ذلك أي أنها تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة

1 المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

2 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002،ص02 .

3 المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

للذكور إلى سن الرشد ، و الإناث إلى الدخول ، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب[1].

معنى ذلك أن الأب ليس ملزما بنفقة من أصبح له دخل أو أنهى دراسته ، أو كان هو في حالة عجز ، كما أن واجب الإنفاق على الأولاد قد ينتقل من الأب إلى الأم في حالة عجز الأب وكانت هي قادرة على ذلك[2].

فالأصل أن الأب ينفق على ولده المحضون بدون حاجة إلى استصدار حكم قضائي يلزمه بذلك ، لكن عند امتناعه فان من كانت له الحضانة يقوم بطالبته بذلك قضائيا ، نظرا لارتباط النفقة بالحضانة فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتوفير الإنفاق عليه ، مع تقييد القاضي حال فصله في طلبها بضرورة مراعاة حال الطرفين ، وظروف المعاش ، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من صدور آخر حكم بذات الموضوع.

3 . أجرة الحاضنة :

إن الحضانة وما تشمله من رعاية للولد ، وتعليمه ، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته ، وحفظه صحة، وخلقا ، يجعل منها عملا متعبا ومضنيا ، وشاقا بما تتطلبه الحضانة من إمكانيات وجهود مادية ومعنوية ، وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل ، وإنشاء شباب ليكونوا رجال المستقبل من طرف الحاضنة التي تبقى تبذل كل هاته المجهودات وتقدم في سبيلها كل إمكانياتها بدون مقابل ، ولا أدنى مكافأة مادية .

فرغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في مواد صريحة ومستقلة من اجل ذلك في قانون الأسرة :المادة:77 و 78 ، والمادة 79 ، إلا انه لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة مما يحيل إلى نص المادة 222 منه ، والتي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة

[1] المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

الإسلامية ، وتحديدا إلى الفقه الإسلامي ، أين نجد أن الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن الحاضنة لها الحق في طلب أجرة مقابل آدائها للحضانة ، سواء أكانت الحاضنة أما أم غيرها ، لأن الحضانة غير واجبة على الأم ، ولو امتنعت من الحضانة لم تجبر عليها في الجملة.

و تكاليف الحضانة تكون في مال المحضون ، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة ، والأجرة على الحضانة للأم هي أجرة المثل .

قال الحنابلة : ولو مع وجود متبرعة بالحضانة ، لكن الشافعية قيدوا ذلك بما إذا لم توجد متبرعة ، ولا من ترضى بأقل من أجرة المثل ، فإن وجدت متبرعة أو وجدت من ترضى بأقل من أجرة المثل سقطت حضانة الأم وقيل : إن حضانة الأم لا تسقط وتكون أحق بالحضانة إذا طلبت أجرة المثل ، وإن تبرعت بها أجنبية أو رضيت بأقل من أجرة المثل ، وصرح الحنفية بأنه إذا كانت الحاضنة أما في عصمة أبي المحضون أو معتدة رجعية منه فلا تستحق أجرة على الحضانة لوجوب ذلك عليها ديانة،لأنه يكون في معنى الرشوة،وهو رواية أيضا في المعتدة من طلاق بائن .

وإن كانت الحاضنة غير الأم أو كانت أما مطلقة وانقضت عدتها ، أو في عدة الطلاق البائن في رواية ، فإنها تستحق الأجرة من مال الصغير إن كان له مال ، وإلا فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته ، وهذا ما لم توجد متبرعة ، فإن وجدت متبرعة بالحضانة ، فإن كانت غير محرم للمحضون فإن الأم تقدم عليها ولو طلبت أجرا ، ويكون لها أجر المثل .

وإن كانت المتبرعة محرما للمحضون فإنه يقال للأم : إما أن تمسكيه مجانا وإما أن تدفعيه للمتبرعة ، لكن هذا مقيد بقيدين :

أ – إعسار الأب سواء أكان للصغير مال أم لا .

ب – يسار الأب مع وجود مال للصغير صونا لمال الصغير ، لأنها في هذه الحالة تكون في مال الصغير . فإن كان الأب موسرا ولا مال للصغير فتقدم الأم وإن طلبت الأجرة نظرا ل لصغير .

وذهب المالكية إلى أنه لا أجرة على الحضانة وهو قول مالك الذي رجع إليه ، و به أخذ ابن القاسم ، وقال مالك أولا : ينفق على الحاضنة من مال المحضون ، قال في المنح :

والخلاف إذا كانت الحاضنة غنية ، أما إذا كانت فقيرة فينفق عليها م ن مال المحضون لعسرها لا للحضانة . أما الحنفية فيرون أن الأجرة واجبة للحاضنة.

4 . سكن ممارسة الحضانة:

إن حياة الإنسان تقتضي وجود مسكن يأوي إليه ويقيه حر الصيف وقر الشتاء ، ويؤمنه من الخوف ، ويستقر فيه ويجد في الدفء والألفة ،والولد عندما يتلقى الرعاية والتغذية والحماية فان ذلك يكون تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة ، هذا الأخير الذي يكون الأب ملزما بتوفيره وفق ما يقتضيه الحا ل أي انه يكون لائقا وموائما ، وإ ن تعذر عليه توفيره فانه ملزم بدفع بدل إيجار مسكن آخر بذات الموصفات لتمارس فيه الحضانة دونما نقص في عناصر الملائمة المطلوبة شرعا وقانونا [1] ،لأن السكن عنصر هام من عناصر النفقة التي تشتمل على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن[2] ،إذ أن الأب مادام ملزم بدفع النفقة لأولاده المحضونين من طرف والدتهم فانه ملزم بتوفير مسكن يؤويهم أو بدل إيجار مسكن لائق.

و قد يكون حاجة المنفق عليه عاجلة لا تقبل الانتظار أو البطء، لذلك أقر المشرع الجزائري إجراءات سريعة للحصول عليها، باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر على ذيل العريضة يمنح بموجبه للزوجة نفقة لها ولأولادها، بطبيعة الحال مؤقتة فتستمر لغاية صدور حكم في الدعوى الموضوعيّ ، كما لها أن تلجأ إلى القاضي لاستصدار أمر مستعجل على ذيل العريضة للحصول على السكن المؤقت لحين الفصل في دعوى الموضوع[3] .

5 . حق الزيارة:

بمناسبة الفصل في دعوى الحضانة والتي هي دعوى تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق فيحكم فيها بحكم واحد ، فيتضمن الحكم الصادر في دعوى الطلاق التصريح بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة والآثار المادية المترتبة عن ذلك ، وتعيين من تسند له الحضانة، وتنظيم حق الزيارة لمن له نفس الحق[4] ، فهي إن من الآثار الهامة للحضانة حينما يقضى بإسنادها لمستحقها وهي الأم

1 المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

2 المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

3 حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر،1996 ، ص.491

4 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005 ،ص 120.

في أغلب الأحيان ، حق من لم تسند إليه وهو : الأب في زيارة ولد المحضون في أوقات معينة ضمانا للتوازن لديه ، وعدم الإضرار بوالده ، فقد أولى المشرع الجزائري أهمية لذلك وألزم القاضي بان يحكم بحق الزيارة حينما يحكم بإسناد الحضانة [1] ، ذلك أن لكل من
المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته ، وهنا يلاحظ أن المشرع أولى أهمية وعناية بالغتين بحق الزيارة ،فكان على القاضي حال الفصل في قضية الطلاق أن يحكم بالزيارة لمرات متعددة ، ولفترات زمنية مختلفة كذلك ، وفي أماكن معينة، من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى انتظار طلب ذلك من الأطراف المتنازعة أمامه .

لكن القانون لم يوجه القاضي إلى تحديد مفهوم للزيارة ، أو معناها أو الحالات التي يمكن إسقاطها.

ورغم أن القانون لم يورد نصوصا مفصلة للزيارة ، إلا أن الإحالة إلى الفقه الإسلامي تبرر لنا عرض بعض التفاصيل التي انتهى إليها الفقهاء في هذا الموضوع ، وبيان ذلك فيما يلي :

يرى الشافعية والحنابلة أن المحضون إن كان أنثى فإنها تكون عند حاضنها (أما أو أبا) ليلا ونهارا ، لأن تأديبها وتعليمها يكون داخل البيت ولا حاجة بها إلى الإخراج ، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر ، لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم ، ولا يطيل الزائر المقام ، لأن الأم بالبينونة صارت أجنبية ، والورع إذا زارت الأم ابنتها أن تتحرى أوقات خروج أبيها إلى معاشه .

وإذا لم يأذن زوج الأم بدخول الأب أخرجتها إليه ليراها ، ويتفقد أحوالها ، وإذا بخل الأب بدخول الأم إلى منزله أخرجها إليها لتراها ، وله منع البنت من زيارة أمها إذا خشي الضرر
حفظا لها.

والزيارة عند الشافعية تكون مرة كل يومين فأكثر لا في كل يوم . ولا بأس أن يزورها كل يوم إذا كان البيت قريبا كما قال الماوردي .

وعند الحنابلة تكون الزيارة على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع .

وإن كان المحضون ذكرا ، فإن كان عند أبيه كان عنده ليلا ونهارا ، ولا يمنعه من زيارة أمه ،

---

5 المادة 64 من قانون الأسرة.

لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم ، ولا يكلف الأم الخروج لزيارته ، والولد أولى منها بالخروج ، لأنه ليس بعورة .

ولو أرادت الأم زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك ، لما في ذلك من قطع الرحم ، لكن لا تطيل المكث ، وإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجه إليها ، والزيارة تكون مرة كل يومين فأكثر

فإن كان منزل الأم قريبا فلا بأس أن يزورها الابن كل يوم ، كم ا قاله الماوردي من الشافعية أما الحنابلة فكما سبق تكون الزيارة كل أسبوع .

وإن كان المحضون الذكر عند أمه كان عندها ليلا ، وعند الأب نهارا لتعليمه وتأديبه . وإن مرض الولد كانت الأم أحق بالتمريض في بيت الأب إن كان عنده ورضي بذلك ، وإلا ففي بيتها يكون التمريض ، وهذا كما يقول الشافعية وعند الحنابلة يكون التمريض في بيتها و يزوره

الأب إن كان التمريض عند الأم مع الاحتراز من الخلوة .

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته ، سواء أكان ذكرا أم أنثى . وإن مرضت الأم لزم الأب أن يمكن الأنثى من تمريضها إن أحسنت ذلك ، بخلاف الذكر لا يلزمه أن يمكنه من ذلك وإن أحسن التمريض ، وذلك كما يقول الشافعية .

ويقول الحنفية : إن الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته إليه وتعهده إن أراد ذلك . ولا يجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر ، بل يخرجه كل يوم إلى مكان يمكن للآخر أن يراه فيه .

وعند المالكية إن كان المحضون عند الأم فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعهده ويعلمه ، ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها . وإن كان عند الأب فلها الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتفقد حاله .

ولو كانت متزوجة من أجنبي من المحضون فلا يمنعها زوجها من دخول ولدها في بيتها ، ويقضى لها بذلك إن منعها.

المطلب الثاني: انقضاء وسقوط الحضانة ورجوعها

الفرع الأول:

انقضاء الحضانة

إن المعيار الذي أعمله المشرع الجزائري في تحديد انقضاء مدة الحضانة للأولاد المحضونين عن مستحقيها هو ضابط السن ، من خلال التصريح في قانون الأسرة الجزائري بأن الذكر تنقضي مدة حضانته ببلوغه سن العشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج وهو الذي تم تحديده طبقا لنص المادة 07 من ذات القانون ، كما أنه يمكن للقاضي المختص أن يحكم بتمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه السادسة عشر من العمر إذا كانت حاضنته هي الأم التي لم تتزوج ثانية ، مع الإشارة دائما إلى ضرورة مراعاة مصلحة الولد المحضون حال القضاء بانقضائها [1] كمعيار أساسي مقيد به القاضي المختص.

فالأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، و الأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش ، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى قضائية للمطالبة بالحضانة .

وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في قوله :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..."[2] ، إلا أن هذا النص تضمن استثناء لهذا الأصل ، عندما أردفه بالقول : "..وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. " [3]

إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية ،هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة الابتدائية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة حضانة الولد[4] ، من أجل رفع دعوى قضائية تتضمن طلبا قضائيا موضوعه التماس تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذا ما من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون .

الفرع الثاني:

سقوط الحضانة

---

1 المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

2 المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

3 المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

4 عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة،دار هومة،الجزائر،1996،ص 326

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه[1] فكلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه، وتسقط الحضانة إذا وجد مانع من استحقاقها والقانون حدد موانع وأسباب سقوط استحقاق الحضانة ، فيتحتم على كل شخص يتمسك بإحدى المسقطات وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك والمحكمة من جانبها تتريث ولا تحكم بالإسقاط ، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك ونظرا لتعلقها بمصلحة المحضون فعلى كل من يدعي تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة أن يثبت أمام القضاء أن الحاضن أصبح غير أهل لممارسة الحضانة، أو وجود مانع من موانع ممارستها وعلى القاضي التأكد من ذلك ، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة ، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من إصدار حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق .

كما أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون .

فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة ؟

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

أ – زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :

تنص المادة : 66 من قانون الأسرة على أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " ، وهذا معناه أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه ، سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تزوجت أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء لمحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه[2] .

1 العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص622 .

2 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص.300

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

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

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

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه :" ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة " .

إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة ، حيث جاء في أحد قراراتها :

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

وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة ا لعليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير اختياري عن الحضانة ، ومن ثمة فإن

طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه :

" إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم ، رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون " .

ب- التنازل عن الحضانة: [1]

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

بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة الم حضون لا يعتد به ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت في اجتهاداتها أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة :

" أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها ، وله القدرة على الحضانة ، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول ، وتعامل معاملة نقيض قصدها " .

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ،وعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم.

لكن هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ، وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ، وبما أن المحضونة تعد في

[1] المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري.

سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه .

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

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

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

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

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

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر

المقضي به ، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا والفضلى للمحضون.

وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون ، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة ، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناءا على تنازلها ، يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانته أمه .

ج . مرور سنة عن عدم المطالبة بدون عذر: [1]

جاء في قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، بمعنى أنه يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، مؤدى هذا أن الحضانة إذا استحقت وسكت صاحب الحق عن طلبها فإن حقه في الحضانة يسقط وإلى هذا ذهب المالكية ، إذا علم الحاضن باستحقاقه للحضانة ويعلم أن سكوته عن طلبها يسقط الحق فيها، وأن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة، وإلى هذا ذهب المالكية وأعتد القانون برأيهم فنص في المادة:68 من قانون الأسرة" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيه.[2]

كما تجدر الإشارة إلى أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر. بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ، ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال :

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

1 المادة 68 من قانون الأسرة.

2 أحمد نصر الجندي،الطلاق والتطليق وآثارهما،دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ،ص261

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

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها منها :

" من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ، ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية" ، وجاء في قرار آخر أنه "حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها" .

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضان ـة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون :" 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 مخالفة للقانون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون " .

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

د . سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة :[1]

ويعني أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة ومستمرة ، وإن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون ولا تربطه به قرابة التحريم ، فإن حق الخالة أو الجدة للأم في الحضانة سيسقط بقوة القانون ، إذا توافرت كل هذه العناصر مجتمعة ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة

1 المادة 66 من قانون الأسرة.

الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه، إذا كان هو ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية وضمان مصلحة المحضون ، أما إذا تخلف عنصر واحد منها فلا تطبيق لهذه المادة ولا سقوط للحضانة عن الخالة أو الأم[1] ، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوفرة ، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة ، وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة .

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

هـ . اختلال أحد الشروط المرعية في المادة 62 من قانون الأسرة:

إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأه لية الحاضن ، أ و اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة ، ونصت على هذه الحالة المادة67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية ، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة بمحدد م صلحة المحضون ، فللمسألة في هذه الحالة تقديرية ، والأمر يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية في إثبات الحضانة، أو إسقاطها عن الحاضن ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية ، فإذا كان ثمة إخلال الأم الحاضنة بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية، والسهر على الحماية، وحفظ المحضون صحة وخلقا، وثبت معه إهمال الأم للقيام بتلك الواجبات جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون ، وكذا الحال إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة[2].

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنّه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن

1 عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص 312.

2 الحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية ،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر ، 2006،ص490

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

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

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا . كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة .

و . الاستيطان في بلد أجنبي : [1]

المسألة هنا جوازية للقاضي ، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من السلطة التقديرية التي منحه إياها القانون وحرصا منه على حماية مصلحة المحضون من خلال ظروف وملابسات الوقائع المثارة أمامه في الملف[2] .

حيث جاء ضمن اجتهاد للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له ، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط ، إلا أنها اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج تعد سببا من

1 المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

2 العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص389.

أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب ، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا صعوبة ممارسة حقهفي الزيارة وذلك لبعد المسافة .

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

الفرع الثالث:

رجوع الحضانة

نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " : بمعنى أن يكون مجبرا على ذلك وليس بملء إرادته ، كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة حق الحضانة كعدم القدرة على حسن تربية ورعاية الولد لعجزه عن العمل ، أو توفير المصاريف المعيشية الضرورية لذلك ، أو إصابته بمرض وشفي منه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة ، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[1].

حيث أن القانون يقصد هنا عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضن فيه ، أما الذي يكون لإرادته دخل فيه فلإذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[2].

وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ:2000/11/21 قضت " حيث جاء في القرار المنتقد بأن زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة ، دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1004 ، حيث أن المادة: 71 من

1 العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص 390.

2 أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا بل كان بسبب زواج الطاعنة ، رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"[1].

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ:2000/11/21 في الملف رقم 252308 نقلا عن :حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 6990 ، ص 122 المرجع السابق، ص 408.

الفصـل الثانـي:

الجرائم الماسة برعاية الطفل وفق المادتين 327 و 328 من قانون العقوبات

الفصل الثاني:

الجرائم الماسة برعاية الطفل وفق المادتين 327 و 328 من قانون العقوبات

نتطرق في هذا الفصل إلى عرض تفاصيل الجرائم التي تقع حين مخالفة أحد أحكام الحضانة في حق المحضون ومعه في حق مستحقها كذلك ، طبقا لقانون العقوبات وقانون الأسرة الجزائريين ، حيث نعرض إلى جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير في أركانها المطلوبة قانونا ، والمتابعة القضائية لمرتكب الجرم ، إضافة إلى الجزاء المترتب عن هذا الفعل خلال المبحث الأول ، إضافة إلى عرض حول جريمة عدم تسليم طفل محضون في أركانها المطلوبة قانونا ، والمتابعة القضائية لمرتكب الجرم ، والجزاء المترتب عن هذا الفعل خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير وفق المادة 327 من ق ع

نتعرض في هذا المبحث إلى تبيان الأركان الثلاثة التي على أساسها تقوم جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير طبقا لنص المادة 327 من قانون العقوبات ، إضافة إلى المتابعة ضد مرتكبها والعقوبات الجزائية المترتبة عنها.

المطلب الأول: أركان الجريمة

الفرع الأول:

الركن الشرعي

تنص المادة 327 من قانون العقوبات على ما يلي: " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات " :

باستقراء هذا النص الجزائي نجد أن التنصيص على الجزاء الموافق للفعل المجرم ، والمرتكب من طرف الجاني قد حباه المشرع الجزائري بمادة قانونية واضحة ومستقلة ومتضمنة في قانون

العقوبات ، إذ لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص قانوني كما هو معلوم [1] قانونا ، فمادام النص القانوني موجود وواضح ، فان أي عقاب يناله الجاني مرتكب هذا الجرم مشمول بالشرعية بناء على المادة القانونية الموجودة والتي اقتضاها الركن الشرعي المطلوب لقيام هذه الجريمة.

الفرع الثاني:

الركن المادي

من أجل قيام الركن المادي لهذه الجريمة وجب أن تتوافر العناصر الآتية:

أ . يجب أن يكون الطفل قد وكل إلى الغير كما لو تم توكيله إلى مربية :

أو مرضعة ، أو إلى مدرسة داخلية، أو حضانة[2] ، لكن هذه الجريمة لا تقوم في حق الوالدين حتى وإن كانت الرابطة الزوجية منحلة، ، فلو افترضنا رفض الأب تسليم الطفل إلى والدته . الأم . التي تتمتع بالأولوية في حضانة الطفل حسب الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم ، وهذا قبل صدور حكم قضائي نهائي يمنحها حق الحضانة ، فلا يمكن متابعة الأب في هذه الحالة من أجل ارتكابه هذه الجريمة ، لأن الأب في هذه الحالة أي قبل صدور حكم قضائي فاصل في حق الحضانة ، يتمتع بالتساوي مع الأم في رعاية طفله والاحتفاظ به ، لأنه مع التنا زع في حق حضانة الطفل ، وقيام الشك في أولوية أحدهما على الأخر لا يسوغ توقيع العقوبة الجزائية قبل أن يتقرر أيهما صاحب الحق في حضانة الطفل من الجهة القضائية المختصة.

والأصل أن لا يتجاوز سن الطفل سبع 07 سنوات، كما يتبين ذلك من نص المادة 3/442 من قانون العقوبات ، رغم أن الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني تنص على سن التمييز هي 16 سنة مما يبعث الاعتماد أن 16 سنة هي السن المطلوبة.

ب . وجوب المطالبة به ممن له الحق في المطالبة به :

وهو الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة ، سواء كان الأب ،أو الأم ، أو الوصي بغض النظر عما إذا كان الطفل قد وكل إلى المتهم بطريقة غير مباشرة ،أو بصفة مؤقتة.

ج . وجوب قيام عدم تسليم الطفل :

---

1 المادة 01 من القانون رقم 23/06 ، المؤرخ في 2006/12/20 المعدل و المتمم للأمر 156/66 ، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 84 الصادر في 2006/12/24.

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

ويمثل جوهر الركن المادي للجريمة ، بحيث تقوم هذه الجنحة بتوافر العنصر المادي المبني على عمل سلبي: والمتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل، ويقصد بذلك عدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعايته إلى ذوي الشأن أو أهله أو أقاربه، وهذه الجريمة تختلف عن الخطف لأنها تتم بعمل سلبي وهو الامتناع عن تسليم الطفل الذي كان يجب عليه أن يسلمه في الوقت المحدد لذلك ، وهذا مستنتج من نص المادة: 327 من قانون العقوبات[1] ، سواء امتنع من أوكل له عن رده وإرجاعه ، أو امتنع عن تعيين مكان تواجده .

ومنه فان القانون لا يعاقب الفاعل إلا إذا كان متعمدا لارتكاب فعله هذا ،كما ذهب اجتهادات المحكمة العليا إليه ومنها ما صدر بتاريخ: 1996/07/14 : " من المقرر قانونا أنه كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته ، إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ، ولما ثبت - في قضية الحال -أن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنتين ، ولم يلجأ إلى أية مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي ومتى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي مما يستوجب النقض "[2].

وبهذا يتبين لنا أنه لقيام هاته الجريمة لابد من توافر الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل ، ويجب أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر رسمي يحرره القائم بالتنفيذ: المحضر القضائي، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود ،أو

باعتراف الممتنع بنفسه ، وهذا ما جاء في معرض تأسيس النقض المذكور أعلاه :"حيث أن جنحة عدم تسليم الأطفال إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بهم المنصوص والمعاقب عليها بالمادة327 من قانون العقوبات تشترط لقيامها على وجه الخصوص توافر العنصر المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل . ولا يتوفر العنصر المذكور إلا إذا أعلن الحاضن صراحة

1 محمد صبحي نجم ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ، ص 69.

2 المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ :1996/07/14، في الملف رقم129201 المجلة القضائية ، 2001 ، العدد1 ، ص . 102 نقلا عن :سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات . قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي . . للكلمات الدالة ، ط1 ،ج6 ، منشورات كليك، المحمدية،الجزائر ، 2014 ، ص 845.

عن رفضه تسليم الطفل ، أو إذا لجأ إلى مناورات لمنع من له الحق في المطالبة بالطفل بزيارته ، وذلك بإخفاء الطفل ، أو بإبعاده عن مكان إقامته المعتادة أو بتعمد الغياب يوم الزيارة."

كما تقوم جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا، بعدم التسليم المؤكد، أين تقوم بالامتناع عن التصريح بالمكان الذي يتواجد فيه الطفل[1] ، ومن هنا تعتبر جنحة ، ويعاقب مرتكبها أما إذا رفض الطفل الامتثال للحكم في الزيارة دون أن يخضع لتأثير الحاضن ،وذلك لأسباب عديدة منها العنف الأسري خلال قيام علاقة الزوجية ونوعية علاقة الطفل مع أبويه قبل الطلاق ، فإنه لا محل لجريمة عدم تسليم الطفل لعدم توافر العنصر المادي المتمثل في امتناع الحاضن عن تسليم الطفل ، وهذا ما أكده القرار في معرض تأسيسه أن المدعي لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم الطفل كما أنه لم يلجأ إلى أية مناورة لمنع والدة من زيارة البنتين بل صرح منذ مرحلة التحقيق الابتدائي عن استعداده تسليم البنتين إلى والدتهما وكل ما في الأمر أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب عند والدتهما كما يشهد على ذلك تصريحهما للمحضر القضائي في محضر مؤرخ1990/07/28 ، ومتى كان ذلك فإن العنصر المادي لجنحة عدم تسليم طفل لمن له الحق في المطالبة غير متوفر في قضية الحال ، وعليه فإن القضاة الذين قضوا بقيام الجنحة المذكورة في حق المدعي في الطعن يكونوا قد خرقوا القانون ولاسيما نص المادة327 من قانون العقوبات[2].

الفرع الثالث:

الركن المعنوي

حيث تتطلب هذه الجريمة توافر نية إجرامية لدى الجاني ومن ثم لا تقوم ارتكاب هذه الجريمة لدى الجاني إلا في حالة تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته ورفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به ، أو امتنع عن الإدلاء بالمكان الذي يوجد فيه الطفل.

وبهذا سبق وان قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:2001/03/27 بإدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة: 327 من قانون العقوبات ، بناءا على اعترافها، حيث جاء فيه:

---

1 مكي دردوس،القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة ،2005،ص 148.

2 المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ :1996/07/14، في الملف رقم130691 ، المجلة القضائية ، 1997 ، العدد1 ، ص 153 . نقلا عن : سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات ،ج 3، المرجع السابق ص 845.

"إن اعتماد القضاة على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة كان بناءا على اعتراف المتهمة والمحضون المحرر من طرف المحضر القضائي ، مما يعد تطبيقا سليما للقانون" [1]، وجاء في معرض تأسيسه:

" فقد اعترفت المتهمة بأنها لم تكن و محضونها في البيت بتاريخ الوقائع يوم:1998/09/10 رغم علمها بحق زيارة الأب مبني عن سوء نيتها في حرمان والد المحضون من حق الزيارة وأخذه.

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

وفي هذا الصدد فإن الركن المعنوي لهذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 327 من قانون العقوبات يقوم على عنصرين:

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

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

ومن خلال ما سبق فانه يستنتج قانونا بأنه إذا توفرت هذه العناصر مجتمعة ، فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في طلبه واستحق المتابعة والعقاب.

المطلب الثاني: المتابعـة والجزاء المترتب عنها

الفرع الأول:

المتابعة القضائية

حماية لمن له الحق في استلام المحضون قانونا، اعتبر المشرع الجزائري أن عدم تسليم الطفل ممن هو موضوعا تحت رعايته جريمة يعاقب مرتكبها متى ثبت توافر أركانها ويقع على الطرف المضرور

المحكمة العليا،غرفة الجنح، قرار بتاريخ :2001/03/27، في الملف رقم 239135 ، المجلة القضائية ، 2001 ، العدد2 ، ص377 . نقلا عن : سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات ،ج 3، المرجع السابق ص 1043.

إثبات الامتناع عن تسليم المحضون بموجب محضر امتناع عن التنفيذ الذي يسلمه القائم بالتنفيذ . أي المحضر القضائي . .

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

كما يمكن القول بأن الدعوى العمومية هي : مطالبة الجماعة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة[2] ، وهي تأخذ عدة طرق نذكر منها:

1 . الشكوى :

يقصد بالشكوى في الاصطلاح القانوني هو البلاغ الذي تقدمه الضحية للسلطات القضائية أو النيابة بطلب تحريك الدعوى العمومية لتأسس طرفا مدنيا.

وعليه فإن أول إجراء يتخذه المضرور جراء عدم تسليم المحضون ممن هو تحت رعايته طلبه لأجل تحرك هو تحريك الدعوى العمومية بتقديم شكواه أمام ضباط الشرطة القضائية، طبقا لنص

المادة 1/17 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص على أنه " يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات , يقومون بجميع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية " ، كما يمكن تقديمها للنيابة العامة طبقا لنص المادة:36 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص: " يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها "

ومنه فلم يشترط المشرع الجزائري توافر أي شروط ، أو احترام أي قيود من أجل مباشرة إجراءات المتابعة ضد الشخص مرتكب جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير ، بل أن جميع الإجراءات تتم وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون

1 فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر ،الجزائر ، 2008 ص 27.

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

الإجراءات الجزائية [1] حال قيام وتوافر أركان هذه الجريمة ، ابتداء بتحرك الدعو ى العمومية في جهاز النيابة العامة ، ليباشر ممثلها :أي السيد وكيل الجمهورية الإجراءات اللازمة منها فتح تحقيق بسماع الأطراف وأدلة الإثبات التي يحوزونها أو تقديم المعنيين أمامه.

2 . الاستدعاء المباشر:

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

ويتم إعلان التكليف المباشر بالحضور في هذه الحالة على يد المحضر القضائي للمثول أمام المحكمة للجلسة التي يحددها وكيل الجمهورية ، بعد تقديم طلب إليه وتحدد فيه بدقة هوية الخصم و التي تشمل :الاسم، اللقب، اسم الأب، العنوان الكامل، المهنة، وإيداع مبلغ الكفالة المناسب لدى أمانة ضبط المحكمة الذي يقدره وكيل الجمهورية .[2]

الفرع الثاني:

الجزاء المترتب عنها

جاء واضحا العقاب في حق مرتكب جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير في نص المادة 327 من قانون العقوبات بقولها :

" كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات " :

أي أن هذا الجرم يكيف على انه جنحة تمتد عقوبتها من سنتين إلى خمس سنوات ، ويعود في ذلك التقدير للقاضي رئيس محكمة الجنح الفاصل في النزاع .

---

1 المادة 01 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يوليو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل والمتمم لا سيما بالأمر رقم 15.02 المؤرخ في 23 يوليو 2015.

2 عبد الباقي بوزيان،"الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري"،مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2010/2009 ،ص 91.

إضافة إلى إمكانية أن يتأسس الضحية الشاكي كطرف مدني ليطالب بإلزام المشتكى منه بأن يدفع له تعويضا مدنيا عما لحقه من أضرار جراء هذا الفعل الضار الذي ارتكبه الجاني في حقه [1] ، باعتباره حقا محميا بقوة القانون حال الإثبات المقرون بالإدانة الجزائية.

المبحث الثاني: جريمة عدم تسليم محضون مخالفة لحكم قضائي

نتعرض في هذا المبحث إلى تبيان الأركان والشروط التي على أساسها تقوم جريمة عدم تسليم محضون مخالفة لحكم قضائي طبقا لنص المادة 328 من قانون العقوبات ، إضافة إلى المتابعة ضد مرتكبها والعقوبات الجزائية المترتبة عنها .

ذلك لأن هناك بعض الالتزامات التي تقع على عاتق أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية ويتعلق الأمر بحضانة الأولاد، فتدخل المشرع لحماية احترام هذه الالتزامات حفاظا على مصلحة المحضون ، من خلال تجريم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة ، ومنها جريمة الامتناع عن

تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي والمنصوص عليها في المادة328 من قانون العقوبات: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000إلى 100.000دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به" ، وهذه الحماية الجزائية من نوع خاص نظرا للمركز الذي يوجد به الطفل في كونه قاصر من جهة ، وأن يكون محل تسليم بموجب حكم قضائي إلى حاضنه.

المطلب الأول: أركـان الجريمــة

1 المادة 124 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58.75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم.

إن هذه الجريمة تكتسي أهمية بالغة نظرا لما تلحقه من ضرر بالولد المحضون وبالمطالب باستلامه ، ومنه وقبل التطرق لأركانها فإننا نورد الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام واقعة مادية تشكل قيامها حقيقة ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

أ . شرط أن يكون الولد قاصرا:

ذكرت المادة 328 من قانون العقوبات مصطلح القاصر بدل الطفل الذي نصت عليه المادة 327 من نفس القانون، مما يجعلنا نستنتج أن المادة 328 لا تقصد الطفل الذي لم يبلغ سن السابعة كما قي الجريمة السابقة المنصوص عليها بالمادة 327 ، لذا فإنه يحق لنا أن نتساءل عن المقصود من مصطلح قاصر، فبالرجوع إلى القانون المدني نجد أنه نص على سن الرشد وهو 19 سنة كاملة [1] ، ومن ثم فمن لم يبلغ هذه السن يعد قاصرا، ولكن ما دمنا نتحدث عن حضانة الطفل فيجب أن نرجع إلى ما نصت عليه أحكام قانون الأسرة لكي يمكننا تحديد مفهوم القاصر بالاعتماد على مسألة انقضاء الحضانة[2] حيث تنص المادة 65 منه على ما يلي:
"تنقضي مدة الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى وببلوغ الأنثى سن الزواج أي 19 سنة".

ب . شرط صدور حكم قضائي سابق:

أما ثاني عنصر يتطلب القانون وجوده لإمكانية قيام جريمة الامتناع عن تسليم قاصر إلى حاضنه أو حاضنته فهو العنصر المتمثل في ضرورة وجود حكم سابق يتمثل هذا الشرط في ضرورة وجود حكم سابق صادر عن القضاء ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، و يجب أن يكون هذا الحكم نهائيا، أي نافذا و قابلا للتنفيذ كالأحكام أو القرارات أو الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل ،أو حائزا لقوة الشيء المقضي به ، أو قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون أو بقوة مضمون ا حكم، كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني وتم تبليغه رسميا إلى المعني[3] ، ويقصد من ذلك أن يكون الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون

1 المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

2 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،المرجع السابق ، ص176.

1 عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ,المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 2000، ص 176.

نافذا أو يتوفر هذا الشرط في الأوامر المصحوبة بالنفاذ المعجل، أما إذا تعلق الأمر بحكم غير مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم مستأنف فلا تقوم الجريمة، و الطعن بالنقض لا يبرر رفض الزوج تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة ، إذ ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف طبقا لنص المادة361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

أما إذا كان صادرا عن جهة من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية ، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإداريةِ [2]، وكذا وفق ما نصت عليه الاتفاقات أو المعاهدات الدولية الثنائية أو الجماعية[3]، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا قضى بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي لأنه محل دعوى استئناف (قرار بتاريخ 1996/06/16، ملف رقم 132607 غير منشور).

و يمكن إقامة دعوى الحضانة أيضا أمام قاضي الأمور المستعجلة ، حيث خص المشرع الجزائري موضوع الحضانة هو الآخر بتدابير إستعجالية لما له من أهمية بالغة تستدعي الاهتمام ورعاية مركز المحضون الجدير بالحماية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر من قانون

الأسرة: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

ج . شرط الحضانة:

وفق ما جاء التنصيص عليه في قانون الأسرة[4] فان الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا ، وهي الرعاية التي يعطيها القاضي لأحد الزوجين إثر دعوى الطلاق، فقد يمنحها القانون للأم كما هو الحال غالبا وقد يمنحها للأب إذ ما توفر ما يبرره ذلك في ملف الطلاق ، لكن من المعمول به قضاء أن للزوج الذي يحرم من

1 مكي دردوس،المرجع السابق ، ص 149.

2 المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

4 عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 176.

4 الأستاذ نبيل صقر . قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ط 2006.

الحضانة حق الزيارة[1]، وهذا الحق يتمثل عادة في أخذ الطفل كل يومي جمعة وسبت لأنهما يومي عطلة أسبوعية في الجزائر ، وفي الأعياد الوطنية والدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساء.

ومن ثم يطبق حكم المادة: 328 من قانون العقوبات في حالة عدم احترام الحكم المتعلق بحق الحضانة والزيارة ، والهدف من ذلك هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها ، أو يعتدي عليها بالامتناع عن تسليمه .

وقد اعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أن الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة يشكل جريمة مستقلة مستنبطة من نص المادة 328 من قانون العقوبات ، وكذا نص المادة 64 من قانون الأسرة التي تنص : " على القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها أن يحكم في الحكم نفسه بحق الزيارة للزوج الأخر " ويضيف : أنه من خلال تحليل النصوص المذكورة أعلاه يتضح لنا أنه لكي يمكن قيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به وجوب توفر عدة عناصر وشروط تتمثل في ما يلي:

. وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

. أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ومنح حق الزيارة إلى الزوج الأخر.

. أن يكون الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ ، أو ثابت بواسطة شهادات الشهود ، أو باعتراف الممتنع نفسه.

وعليه فإذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته، واستحق بذلك المتابعة والعقاب وفقا لنص المادة 328 من قانون العقوبات.

و من خلال تحليل هذه المواد يمكن القول بأنه يتعين على القاضي عندما يحكم بالطلاق ، وبإسناد حق حضانة الطفل أو الأطفال إلى من يستحقها ، فإنه يجب عليه أن يحكم في نفس

2 مكي دردوس،المرجع السابق ، ص149.

الوقت ، وضمن نفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الأخر، ويحدد فيه زمان ومكان و كيفية ممارسة حق الزيارة .

ولكن إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن تنفيذ الحكم ورفض تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والكيفية التي حددها الحكم فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة ويؤدي إلى متابعة الطرف الرافض والممتنع ومعاقبته وفقا للتشريعات الجزائية المتعلقة بجريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحض ون: المادة 328من قانون العقوبات.

وبعد أن تكون الشروط سالفة الذكر قد توافرت ، يجب أ ن تكون أركان الجريمة قائمة من أجل متابعة الجاني على أساسها وهذا الأركان هي :

الفرع الأول:

الركن الشرعي

تنص المادة 328 من قانون العقوبات على ما يلي:

" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو ، بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ،وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو ،من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه ، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أ و ،إبعاده حتى ولو وقع ذلك يغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

من خلال هذا النص الجزائي نجد أن المشرع الجزائري أورد تفصيلا عن الجزاء الموافق لهذا الفعل المجرم، والمرتكب من طرف الجاني وأفرده بمادة قانونية واضحة ومستقلة ومتضمنة في قانون العقوبات ، إذ لا جريمة ولا عقوبة ولا تدا بير أمن إلا بنص قانوني كما هو معلوم [1]، فمادام النص القانوني موجود وواضح فان أي عقاب يناله الجاني مرتكب هذا الجرم مشمول

1 المادة 1 من قانون العقوبات.

بالشرعية بناء على المادة القانونية الموجودة والتي اقتضاها الركن الشرعي المطلوب لقيام هذه الجريمة.

الفرع الثاني:

الركن المادي

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

1 . النشاط الإجرامي :

وهو عمل نهى المشرع عن ارتكابه أو امتناع عن عمل أوجبه المشرع.

2 . النتيجة :

وهي الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.

3 . علاقة السببية :

وهي الرابطة التي تربط الفعل بالنتيجة بحيث تكون النتيجة قد تحققت بسبب النشاط الإجرامي.

وفي هذه الجريمة نجد أن المادة 328 من قانون العقوبات قد أوضحت قيامها حتى ولو وقعت بغير تحايل ، ولا عنف حيث يأخذ الركن المادي للجريمة أربعة أشكال وهي:

1 . الشكل الأول:

امتناع . من كان طفل موضوعا تحت رعايته . عن تسليمه إلى من أوكلت إليه حضانته بحكم قضائي:

أي من له الحق في المطالبة به وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ (قرار 1996/06/16 ملف رقم 132607 غير منشور) وإن كان هذا الشكل يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ولما أمكن متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها، ويجب

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

أن يحصل الامتناع بشكل متعمد وواضح ومقصود ، وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وإلا فلا يمكن اعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه أو صاحب الحق في حضانته ولا يمكن بالتالي متابعتها ولا تسليط العقاب عليه ، وفي هذا الصدد صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا نورد بعضها في ما يلي:

1- قرار 1996/07/19 ملف رقم 1306911 المجلة القضائية لسنة 1997 ج1 ص 153 " "متى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنتين ولكن هما اللتان رفضتا الذهاب

إلى والدتهما كما يشهد بذلك المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنتين يعد خرقا للقانون ".

2- قرار 1997/04/14 ملف رقم 145722 المجلة القضائية لسنة 1997 ج1 ص 163 " إن إعطاء المتهم مهلة لتمكين الوالدة من ز يارة أبنائها ومجيئها إلى منزله ، وامتناعه بعد ذلك عن تلبية رغبتها ، فإن هذه الأفعال تدل على توفر عنصر الامتناع عن تسليم الأولاد"

3- قرار 1989/02/14 ملف رقم 54930 المجلة القضائية 1995 ص 181 " تقتضي الجنحة بالضرورة توفر ركن أساسي يتعين على قرار الإدانة إبراز ه، وهو امتناع المحكوم عليه عن تسليم القاصر، ويتم إثبات ذلك بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ"

4- قرار 1984/06/26 ملف رقم 31720 المجلة القضائية 1989 " متى كان نص المادة 328 من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة ، فللأب أو الأم أو أي شخص أخر 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 من رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوما لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة ، وأن القضاء بما يخالف هذا المبد أ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن أذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للاحتفاظ بابنه القاصر لمدة 15 يوما فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة 328 من قانون العقوبات لم يكونوا على صواب في تطبيق هذا النص عليه ، وكان لذلك نعي على قرارهم بالوجه المثار من طرفه بالخطأ في تطبيق القانون مؤسسا وفي محله.

2 . الشكل الثاني:

إبعاد قاصر : ويتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز وجود القاصر معه لاحتجازه.

3 . الشكل الثالث:

خطف القاصر: ويتمثل في أخذ القاصر ممن أوكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها.

4 . الشكل الرابع:

حمل الغير على خطف القاصر أو إبعاده : الأصل أن هذه الجريمة في مختلف أشكالها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند للآخر ولكنها تنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة – عدا الوالدين– كالجدة من الأم والخالة والجدة من الأب والأقربين طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة.

وبصفة عامة تنطبق هذه الجريمة على كل من كان القاصر موضوعا تحت رعايته ، ويمتنع عن تسليمه إلى من أوكل القضاء إليه حضانته ، كما تنطبق على المستفيد من الحضانة الذي يمتنع عن الوفاء بحق الزيارة أو حق الحضانة المؤقتة التي منحها القضاء لغيره ، وفي كل الأحوال يشترط القانون صدور حكم قضائي نهائي أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل.

الفرع الثاني :

الركن المعنوي

حيث تتطلب هذه الجريمة توفر نية الإجرام لدى الجاني ، لذا فلا تقوم الجريمة إلا في حالة تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به أو امتنع عن الإدلاء بالمكان الذي يوجد فيه الطفل .

يرى الفقيه غارو أن جريمة عدم تسليم طفل المنصوص عليها في المادة 357 من قانون العقوبات الفرنسي من الجرائم العمدية ، ويستنتج عن هذه النية أن الأب أو الأم يجب أن يكونا قد تصرفا عن علم وإرادة ، أي يكونا قد خرقا عن علم بالأمر أو القرار القضائي الذي ق ضى في مسألة

حضانة الطفل ، وبالتالي يقوم الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته أو حفظه على عنصرين:

أ . علم أي من الوالدين أو الجدين بأن الطفل الموجود لديه ، أو في مكان الذي وضعه فيه أو لدى الشخص ، أو في المكان الذي عهد به إليه قد صدر قرار واجب النفاذ من جهة القضاء بشأن حضانته أو حفظه لصالح من يطلب استلامه .

ب . اتجاه إرادة الوالدين أو الجدين إلى فعل عدم تسليم الطفل الصادر قرار واجب النفاذ من جهة القضاء بشأن حضانته ، أو حفظه لصالح من يطلب استلامه.

ومنه فإن هذه الجريمة تقتضي توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم.

وتطرح مسألة القصد الجنائي عدة إشكالات ، فكثير ما يتمسك به من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل ، وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه وقد صدر بشأن هذه المسألة قرار عن المحكمة العليا بتاريخ: 1996/07/19 ملف رقم 1306911 جاء فيه ما يلي:

" متى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة عن رفض تسليم البنتين، ولم يلجأ إلى أي مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة ، بل أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنتين يعد خرقا للقانون".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد ذهبت مذهبا مخالفا لما درج واستقر عليه القضاء الفرنسي ولاسيما محكمة النقض حول رفض هذه الحجة مبررا أو عذرا قانونيا.

وهكذا قضي في فرنسا بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها ع لى الأطفال لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائي يقضي له بحق الزيارة . قرار محكمة النقض بتاريخ 1944/12/07 . ، كما قضي بقيام الجريمة في حق الوالدة المطلقة التي استفادت من حق الزيارة ، والتي امتنعت بعدما أقام ولدها في بيتها عن إلزامه بالعودة إلى مسكن والده . قرار محكمة النقض بتاريخ 1951/12/27 . .

كما يميز القضاء عادة بين الحالة التي يكون فيها الطفل في حضانة الجاني ، والحالة التي يكون فيها في غير حضانته، ففي الحالة ا لأولى قضي بأنه يتعين على الحاضن أن يستعمل سلطته على الطفل للحصول منه على احترام الرغبة الشرعية لصاحب حق الزيارة ، إلا أن هذا الالتزام

يكون أخف في الحالة الثانية ، وسواء لجأ المتهم إلى إكراه الطفل على البقاء معه ، أو لم يستعمل سلطته على الطفل لإرغامه على الاستجابة لما قضي به فإن الجريمة تقوم وتتم إدانة المهم.

المطلب الثاني: المتابعة والجزاء المترتب عنها

الفرع الأول:

المتابعة

لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق أحكام المادة 328 من قانون العقوبات ، إلا بناء على شكوى تقدمها الضحية وفقا الأشكال والشروط العامة المعروفة بهذا الصدد[1].

فق اشترط المشرع الجزائري توافر هذه الشروط ، وضرورة احترامها لأنه قيد يحول دون مباشرة إجراءات المتابعة ضد الشخص مرتكب جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير ، فجميع الإجراءات تتم وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها طبقا لقانون الإجراءات الجزائية حال قيام وتوافر أركان هذه الجريمة ، ابتداء بتقديم شكوى جزائية أمام ممثل النيابة العامة ، ليباشر هذا

1 المادة 329 من قانون العقوبات.

الأخير الإجراءات اللازمة منها فتح تحقيق بسماع الأطراف وأدلة الإثبات التي يحوز ونها ، أو يأمر بتقديم المعنيين أمامه .

اضافة إلى ما سبق فان المشرع الجزائري منح للشاكي ميزة أمام القضاء الجزائي تصب في مصلحة المشتكى منه ، بحيث يمكنه التنازل عن شكواه ، مما يجعل المتابعة القضائية موقوفة في حق المتهم بسبب صفحه عنه.

كما يمكن أن نذكر هنا بان القانون المصري الدعوى العمومية لا تحرك ولا تتخذ إجراءات التحقيق فيها في جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته والمنصوص عليها في المادة 292 من قانون العقوبات المصري ، إلا بناءا على شكوى شفا هة أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة ، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي.

ولمن قدم الشكوى أن يتنازل ع نها في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضي الدعوى العمومية بهذا التنازل.

ونلاحظ في هذا الصدد أن هذا التقدير الإجرائي حلا سليما لما اعتمده المشرع الجزائري و حذا حذوه عندما اشترط للمتابعة في هذه الجريمة تقديم شكوى من الضحية ، وجعل التنازل عنها يضع حدا للمتابعة ، كما هو الشأن في بعض الجرائم الأخرى كجريمة الزنا مثلا وجرائم السرقة التي تقع بين الأقارب ، والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة ، وكذا جرائم النصب وخيانة الأمانة ، وإخفاء الأشياء المسروقة ، التي تقع ضد نفس الأشخاص المشار إليهم

بالمادة 369 من قانون العقوبات ، وكذا جريمة خطف أو إبعاد القاصر وزواجها من خاطفها وكذا جريمة ترك أحد الوالدين لأسرته أو الزوج الذي يتخلى عن زوجته مع علمه أنها حامل.

ففي كل هذه الجرائم اشترط المشرع تقديم الشكوى من الضحية تأسيسا على ما ارتآه المشرع من أن ذلك يحمي المصلحة العامة ، ويساهم في تعزيز الروابط الأسرية وحرصا من المشرع على حماية الأسرة خاصة وأن معاقبة أحد أفراد الأسرة ولاسيما الأب أو الأم من شأنه أن يرتب أثارا سلبية على الحالة الاجتماعية والنفسية للطفل والأسرة عموما.

إن كل ما سبق ذكره ينطبق أيضا على جريمة عدم تسليم الطفل خاصة إذا كان الجاني هو أحد الوالدين أو أحد أقرباء الطفل.

الفرع الثاني :

الجزاء المترتب عنها

جاء واضحا العقاب في حق مرتكب جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير في نص المادة:328 من قانون العقوبات بقولها :

" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني" :

أي أن هذا الجرم يكيف على انه جنحة تمتد عقوبتها من شهر إلى ثلاث سنوات يعود في ذلك التقدير للقاضي رئيس محكمة الجنح ، إضافة إلى إمكانية أن يتأسس الضحية كطرف مدني ليطالب بالتعويض المدني عما لحقه من أضرار جراء هذا الفعل الضار الذي ارتكبه الجاني في حقه.

ونلاحظ هنا أنه في القانون المصري العقوبة اختيارية بين الحبس والغرامة ، فيمكن للقاضي أن يحكم بأيهما أي بالحبس فقط أو بالغرامة فقط ، في حين أن المشرع الجزائري تشدد نسبيا

وجعل عقوبتين الحبس والغرامة إجباريين دون المساس بسلطة القاضي في تطبيق الظروف المخففة ووقف التنفيذ.

أما في القانون الفرنسي فإن العقوبة التي نصت علي ها المادة 357 من قانون العقوبات الفرنسي تكاد تنطبق مع مثيلتها في قانون العقوبات الجزائري ، إذ تعاقب الجاني بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 15 إلى 5.000 .

وتجدر الإشارة في الأخير أن كل من المشرع الفرنسي ، والجزائري قد أوردا نصا يشدد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات ، إذا كان الجاني هو الأب أو الأم الذي أسقطت عنه السلطة الأبوية.

خاتمـــة

خـاتمــة

من خلال دراسـتنا هاته والتي انصبت حول موضوع الجرائم الواقعة بسبب مخالفة أحكام الحضانة ، تأكد لدينا الجانب الحساس والمعقد لمسائل الحضانة ابتداء : سواء في الشق المدني أو الجزائي ، ذلك أنها قائمة على معيار أساسي واجب احترامه دائما وهو مصلحة المحضون ، هذا المصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري بتكرار في جل المواد المتعلقة بالحضانة الواردة ضمن قانون الأسرة الجزائري ، إذ أن الدارس لهذا الموضوع وهو يعمل المعيار المذكور تستوقفه مدى مطاطية الدلالة القانونية ، والفقهية المراد بها هذا المصطلح ، لأنها تبقى قابلة للتوسيع والتضييق ، وهي غير محددة بدقة ومشمولة بكثير من الغموض و اللاوضوح .

فقد ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي . حال الفصل في نزاعات الحضانة . لموضوع مصلحة المحضون ، لا سيما أمام تفشي وانتشار ظاهرة الطلاق ، والتي تكثر بمناسبتها التجاذبات فيما يخص رعاية الولد بين مستحقي الحضانة ، وهو الأمر الذي شكل موضوع بحوث وآراء فقهية متعددة بين فقهاء القانون ، و كذلك في الشرع الإسلامي الحنيف ، باختلاف المدارس والرؤى ، فقد اعتمد كل مذهب فقهي فـي تأسيس رأيه على فتاوى واستنباطات وفقا لأحكام وضوابط يراها صالحة لشأن المحضون في تربيته وحمايته ، فمهما تعددت وجهات النظر إلا أنها جميعا تسعى لتحصين الأولاد في ابتداء حياتهم وفقا للأخلاق الإسلامية الفاضلة ، ومطعمين برعاية متوازنة ومتكاملة إلى غاية بلوغ رشد هم أين يمكنهم مواجهة حياتهم وهم مزودون بأدوات تربوية نافعة ، و ناجعة يكونون قد تلقوها بالأساس في المحاضن التربوية وقت صغرهم .

ومهما يكن من أمر فان الاختلافات الفقهية بين العلماء وفقهاء الإسلام حاولت محاصرة الشقاقات التي تحدث بين الزوجين ، وتعرض الأولاد لمخاطر الضياع ، وتهديد مصالحهم في نيل تربية ورعاية سليمة ، هذه المشاكل الزوجية أورد لها المشرع الجزائري نصوصا قانونيا يمكنها ضبط حقوق ، وواجبات ، كل طرف تجاه صاحبه ، وتجاه الأولاد المشتركين من خلال المواد القانونية الناظمة لشروط إسناد الحضانة ، وترتيب الحواضن ، وانقضاء الحضانة وسقوطها ورجوعها ، والولاية على المحضون ، وإمكانية المطالبة القضائية بحقوقه في إطار الخصومة

المدنية ، أو الجزائية أمام مرفق الجهاز القضائي طبقا للإجراءات المطلوبة قانونا، وهو الأمر الذي يجعل من مرتكب أي فعل من شأنه أن يكيف على أنه أ لحق ضررا بمصلحة الطفل ، سوا كان موضوعا تحت رعاية الغير من خلال المؤسسات الخيرية ، أو دور الحضانة ، أو المدارس الداخلية ،أو داخل ملجئ ، أو عند مرضعة أو مربية ، أو غيرها، أو محضونا من طرف أحد مستحقي الحضانة ، يجعله تحت طائلة القانون الجزائي لا سيما المادة 327 ، و 328 من قانون العقوبات ، والتي يتحمل على أساسها المسؤولية الجزائية سواء الحبس أو الغرامة ، أو كلاهما ،لان ذلك يعتبر في مفهوم هاذين النصين الجزائيين جنحة عقوبتها تصل إلى الخمس سنوات حبسا نافذة ، وغرامة مالية تصل إلى 100 ألف دينار جزائري ، و يمكن أن يت حمل بسببها و بالتبعية المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة التي ارتكبها وتسبب من خلالها بضرر ألحقها في حق الطرف المتضرر بموجب نص المادة 124 من القانون المدني بأن يدفع له تعويضا ماليا مقدرا.

فمهما يكن من تفصيل أو تأصيل ، إلا أنه يصوغ لنا القول بأن النصوص ا لقانونية الواردة سواء في قانون الأسرة ، أو قانون العقوبات تبقى دون مستوى حماية مصالح المحضون الذي يبقى في كثير من الأحيان والظروف معرض للضرر من طرف من يبتغي ضمان مصلحته هو فقط ، مما يحيل إلى نصوص قانون العقوبات في إسناد العقوبة لمرتكبي جرائم مخالفة أحكام ا لحضانة ، مع ما في هاته المواد من ليونة ونسبية واضحة في التدقيق المطلوب جزائيا وجب أن يعدل و يضبط ، و ينص عليه بالتفصيل ، والتبرير تلبية لحاجة المجتمع في ضمان حقوق الحاضن والمحضون معا.

قائمة المراجع

1/ إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة ، د ط ، مصر د ت.

2/ أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني . المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد . وآخرون . إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مسند الإمام أحمد بن حنبل عن عبد الله بن عمرو بن العاص رقم 6707 ج11 ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الأولى، 1421 هـ – 2001 م .

3 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية، مصر، 2014 .

4 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ،ص02 .

5 أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص،الجزء الأول،دار هومة، الجزائر، 2009 .

5 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

6 أ.أعمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ،دار الهدى الجزائر 2005.

باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية : تعويض . نفقة . عدة . حضانة . متاع البيت ،دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي،الطبعة الأولى ، دار الهدى ، الجزائر 2008.

7 بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر 2008.

8 د بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2012.

9 الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة مدعم باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة ، د ط ، دار الهدى ، الجزائر 2015.

10 الحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية ،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر ، 2006

11 حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 1996.

12 زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، المحقق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح ، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، الطبعة الخامسة ، بيروت – صيدا، ، 1420هـ / 1999.

13 سيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1397 هـ – 1977 م، بيروت ، لبنان، ج2.

14 سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات . قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي . . للكلمات الدالة ، ط1 ،ج6 ، منشورات كليك، المحمدية،الجزائر ، 2014 ، ص 845.

9/ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، 1415هـ – 1994م، ج5

10/ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ – 1992م، ج14.

3 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02 ، دار الوعي للنشر و التوزيع ، الجزائر ،1996.

11/ أ . محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفع ي الإفريقي، لسان العرب، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة – 1414 هـ، ج123/13.

12 مكي دردوس،القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة ،2005،ص 148.

13/ نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، ب ط ، الجزائر، 2006 .

13/ أ.عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ، دار هومة، الجزائر ، 1996.

14/ د. وَهْبَة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها) ، دار الفكر ، الطبعة الرَّابعة ج10، ب ت، سوريا.

15/ قانون الأسرة الجزائري

16/ القانون المدني الجزائري

17/ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

18/ قانون العقوبات الجزائري

19/ قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

20/ مذكرة نهاية التكوين .حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء .الطالبة القاضية عيسيو أسماء.2014/2011.

21/ مذكرة ماستر .حق الحاضنة في السكن .الطالبة خليفي سارة .جامعة بسكرة 2015/2014.

22 لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية ،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر ، 2006

23 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر ،الجزائر،2008 .

24 عبد الله أوهايبه،شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري(التحري و التحقيق)،الطبعة الثالثة،دار هومة، الجزائر ، 2012،ص48.

25 عبد الباقي بوزيان،"الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري"،مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2010/2009 ،ص 91.

1 المادة 124 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58.75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم.

القانون رقم 09.08المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 :فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداريةِ الجزائري،الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21،المؤرخة بتاريخ:23 ابريل 2008.

رضا فرج،شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر ،1976.

الفهرس

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمة .... أ

الفصل الأول

مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... 14

المبحث الأول

الحضانة في الفقه الإسلامي 14

المطلب الأول

تعريف الحضانة وشروطها 14

التعريف اللغوي للحضانة 14

التعريف الفقهي للحضانة..... 16

الحكم الفقهي للحضانة 17

شروط الحضانة 19

المطلب الثاني

ترتيب الحواضن وسقوط الحضانة 25

الفرع الأول

ترتيب الحواضن 25

الفرع الثاني

سقوط الحضانة 30

المبحث الثاني

الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 33

المطلب الأول

تعريف الحضانـة وآثارها 33
الفرع الأول
تعريف الحضانة 33
الفرع الثاني
آثار الحضانة 35
المطلـب الثاني
انقضاء وسقوط الحضانة ورجوعها 43
الفرع الأول
انقضاء الحضانة 43
الفرع الثاني
سقوط الحضانة 44
الفرع الثالث
رجوع الحضانة 52
الفصل الثاني
الجرائم الماسـة برعاية الطفل وفق المادتين 327 و 328 من قانون العقوبات.....55
المبحـث الأول
جريمة عدم تسليم طفل محل رعاية الغير وفق المادة 327 من ق ع 55
المطلب الأول
أركـان الجريمـة 56
الفرع الأول
الركن الشرعي 56
الفرع الثاني
الركن المادي 56
الفرع الثالث
الركن المعنوي 59
المطلب الثاني

المتابعـة والجزاء المترتب عنها 60
الفرع الأول
المتابعة القضائية 60

الفرع الثاني
الجـزاء المترتب عنها 62
المبحـث الثاني
جريمة عدم تسليم محضون مخالفة لحكم قضائي 63
المطلب الأول
أركـان الجريمـة 63
الفرع الأول
الركن الشرعي 67
الفرع الثاني
الركن المادي 68
الفرع الثالث
الركن المعنوي..... 71
المطلب الثاني
المتابعـة والجزاء المترتب عنها 73
الفرع الأول
المتابعـة 73
الفرع الثاني
الجزاء المترتب عنها 75
خـاتمـــة 79
قائمـة المراجـع 83
الفهرس..... 88