جامعة زيان عاشور – الجلفة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبين:

قنونة محمد.

بيض القول بن زيان

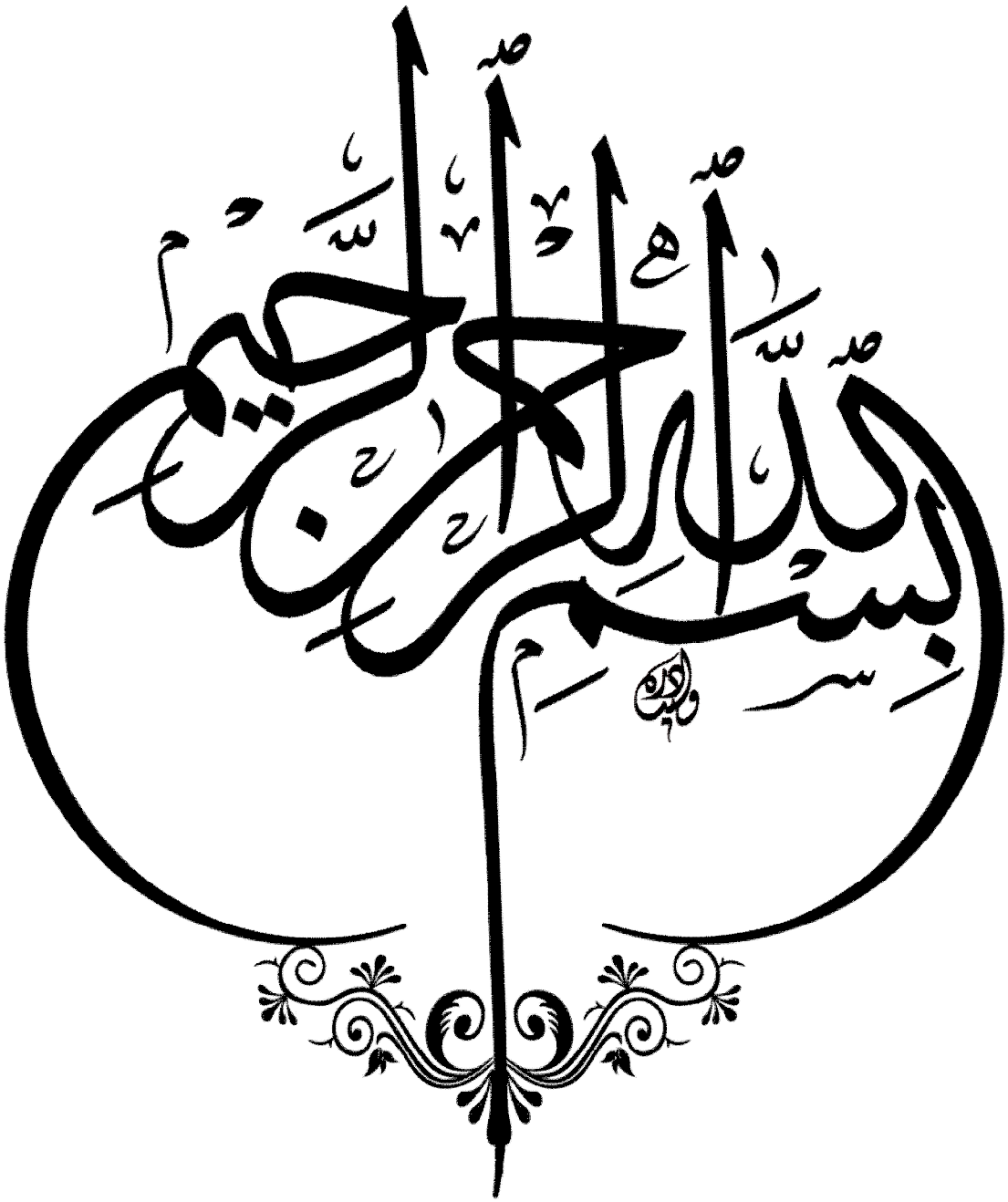
إشراف الأستاذ:

بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة:

- د. صدارة محمد رئيسا
- د.بن مصطفى عيسى مشرفا ومقررا
- د. بورزق أحمد مناقشا

السنة الجامعية: 2017-2018م/1438-1439هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال:

قال رسول الله ﷺ: ﴿كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول﴾

حديث صحيح رواه أبو داوود ومسلم

شكر وعرفان

الحمد لمن يستحق الحمد ولله المنان الذي وفقنا في انجاز هذا العمل المتواضع، ونشكره ونثني عليه على ما أغرقنا بآلائه ونعم لا تحصى ولا تعد.

وانطلاقا مما أوصانا نبينا صلى الله عليه وسلم ﴿من لم يشكر الناس لم يشكر الله﴾

نتشرف بتقديمنا الشكر الجزيل إلى الأستاذ الكريم المخلص الدكتور :

(بن مصطفى عيسى) على الدعم والتوجيه والتشجيع الذي تفضل به علينا.

كما يطيب لنا أن نتقدم بالشكر الخالص والتقدير والتبجيل إلى السادة الدكاترة أعضاء لجنة المناقشة، الذين تحملوا وتجشموا عناء الإطلاع والقراءة والتقويم والتقييم لهذه المذكرة.

والشكر موصول إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجازنا هذا،

□وكل من لم يبخل علينا بالرأي والنصح والتسرير، إلى كل هؤلاء ألف شكر.

إهداء

إلى روحيْ من ربياني وعلماني وتألما حتى صرت ما أنا عليه، إلى من رعياني وأغرقاني حبا وحنانا إلى والدي الغاليين، فاللهم اغفر لهما وارحمهما كما رباني صغيرا

إلى إخواني وأخواتي وعائلاتهم

إلى كل من أخذت من علمهم منذ أدركت للتعليم من قيمة

إلى أبنائي وبناتي

إلى من علمتني الجلد وتحملتني رغم كل الظروف إلى زوجتي الكريمة

إلى كل الأهل والأصدقاء وزملاء الدراسة

إلى كل من عرفني، وإخوتي في الله

قنونة محمد

مقـــــدمة

إن انحلال الرابطة الزوجية بالطرائق (طلاق، تطليق وخلع) بالإضافة إلى الفقد والموت. ولأن الطلاق وسيلة علاجية وحل للقضاء على الخلافات الزوجية عند تفاقمها وهي أيضا وسيلة وقائية تؤدي إلى حفظ الأسرة من التفكك، ذلك أنه عندما تعلم الزوجة أن للزوج الحق في تطليقها في أي لحظة إذا أساءت العشرة ونفس الشيء يحدث مع الزوج فإنه حين يدرك أن زوجته لها الحق في المطالبة بالتطليق أو تلجأ إلى الخلع إذا لم يحسن معاشرتها بالمعروف. ومما لا جرم فيها أن للطلاق أثارا، ومن أجل حماية الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية شرع المشرع الجزائري نصوصا قانونية وأهمها قانون الأسرة لأنه يسهر على تنظيم جانبا مهما من الحياة الاجتماعية ونرمي إلى الخلية الأساسية وهي الأسرة التي يتربى بين كنفاتها الطفل. لا امتراء بأن التعاون بين الزوجين لينتج على قرانهما نسل منظم محفوظ يفرض علهما تربية الطفل وتهذيبه وصيانته ورعايته ويعملان سويا على تحضير وتهيئة ظروف مستقبل صالح له وتتضافر جهودهما للتعاون وذلك ليعيش وينشأ الطفل بين أحضانهما حتى يبلغ أشده حتى رعايتهما وحفظهما له معنويا ماديا، حتى نصت المادة 65 من الدستور الجزائري: « يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم»[1].

[1] المادة 65 من الدستور الجزائري 2016 المعدل.

كل ذلك في حالة الأنس والتفاهم لكن عند ظهور خلافات شديدة بين الزوجين يؤدي إلى تعطل الاهتمام بالأسرة وهو ما يؤثر سلبا في الاهتمام بالأطفال وخاصة إذا انحلت الرابطة الزوجية لتظهر إشكالية من له حق الحضانة، فبما أن الحضانة تتمثل في القيام في تربيته شرعا قد نصت المادة 64 من قانون الأسرة على :« الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

أهمية الموضوع:

ومنها يتضح لنا أن مدار الحضانة تعود على نفع المحضون ومصلحته ورعايته مقدمة على أي مصلحة أخرى، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري ففي سن الحضانة تترسخ وتشكل لديه أي المحضون الكثير من المفاهيم والقيم بما في ذلك السلبية التي من المؤكد ستؤثر في سيرورة حياته سلبا من حيث الاستقرار والطمأنينة وتهدف إلى حمايته من الانحراف لأن مصلحته قوام الحضانة.

وقد أقرت من خلال مواد ونصوص قانونية تكفل له تلك التربية الصالحة تقيه من صدمة طلاق والديه.

إن دور الحضانة في حياة الطفل المحضون لأنه جزء من الحاضر لكنه كل المستقبل للأمة والوطن، وذلك لأنها تعتبر أثرا من آثار انحلال الرابطة الزوجية لارتباطها الوثيق بمستقبل الطفل وتربيته... وقد اهتم المشرع بها بشكل دقيق حيث ضبط الجوانب التي لها علاقة فيها ومنظمة لها وهنا تبرز أهمية دراسة الحضانة دراسة متمحصة ودقيقة. وقد أوكلت للقضاء مهمة تطبيق وتجسيد تلك النصوص السارية المفعول لتتناسب مع الأهداف والمرامي المتوخاة منها.

ورغم ذلك قد تثار إشكالات ماسة بمصلحة المحضون وأكيد أن القاضي ينبري لها من خلال الدعاوي التي تعرض عليه.

وبما أن أهم دعاوي الأحوال الشخصية للولاية على النفس هي دعاوي الحضانة. والسبب وحيد هو مصلحة المحضون لارتباطه بأبويه وما قد يترتب وينتج عنه بعد انحلال الرابطة الزوجية من تنازع حول حقوق وواجبات كليهما.

أسباب اختيار الموضوع:

إن اختيارنا لهذا الموضوع هو إظهار لما للحضانة من مكانة بالنسبة للمحضون والإشارة وذكر النصوص القانونية المنظمة لها مع ذكر وتبيين الأنفع والأصلح والأفضل للمحضون مع إبراز الميكانيزمات القانونية المعطاة للمتقاضي لحماية مصلحة المحضون من خلال اللجوء إلى القضاء حيث تبرز صلاحيات ودور القضاء في تقدير مصلحة المحضون ومع تبيين تلك الإشكاليات التي قد تواجهه مع تحديد مدى تماشي إحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مع التحديات الحاصلة في العالم و المجتمع الجزائري.

مما لا جرم فيه أن اختيارنا لهذا الموضوع لم يتأت اعتباطيا بل بدافع رغبة وتحليل ودراسة الحضانة التي تهتم بتربية الطفل في سن جد خطيرة وحساسة تتطلب مساعدة الغير وكل ذلك انطلاقا من النصوص القانونية المدعمة والمعززة أيضا بالأحكام والقرارات القضائية التي تتماشى مع الواقع المعيشي وإيجاد حلول للمشكلة، حيث نسعى جاهدين في إظهار ذلك الدور المهم والأساسي للقاضي في قطع الشك لدعاوي الحضانة حيث أعطى دورا مهما وفعالا، حيث يستعين بالخبراء (المرشدون الاجتماعيون والنفسيون) من تقديم مصلحة المحضون على غيرها من المصالح وقوفا على الحماية القانونية والجزائية التي أقرها التشريع وكيفية وطرائق تطبيقها وتجسيدها من لدن الأطراف القضائية المختصة مع إبراز الحضانة على المستوى القضائي عن طريق الدعاوى المثارة أمامه مع تبيين دور القاضي وكيفية تقدير مصلحة المحضون دائما مع ذكر الإشكاليات التي قد تعترضه.

الحقيقة التي لا يختلف فيها اثنان تعتبر الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية منبثقة من واقع اجتماعي تشير العديد من المسائل الواقعية التي يفصل فيها قضائيا ليست إلا ما هو متواجد في المجتمع وهذا ما يجرنا إلى طرح الإشكال الآتي:

الإشكالية:

- ✓ ما هي الميكانيزمات والآليات القانونية والقضائية التي أقرها التشريع الجزائري، وما مدى نجاعتها في تحقيق مصلحة المحضون؟

مما لا شك فيه أن هذا الموضوع يعتر حقلا مهما يستحق الدراسة لارتباطه بمصير الأولاد. عند وضعهم بين أحضان من حباه الله بالعاطفة الجياشة وحسن الخلق لتنتقل صفاته في تنشئة المحضون والمحافظة على حقوقهم وليوفر له الظروف ضمانا له حياة كريمة تهيئه إلى مستقبل يكون فيه رجلا صالحا. إن طبيعة الموضوع فرضت علينا منهجا وصفيا وذلك لتبيان الإجراءات اللازمة الإتباع عند لجوء صاحب المصلحة للقضاء مع ذكر النصوص القانونية التي نظمت الحق والواجب في الحضانة في التشريع الجزائري، وانتهجنا المنهج التحليلي لندرس ونحلل المواد التي لها علاقة وطيد بالحضانة رغبة في التوصل إلى مراكز الخلل إن كان مع تبيين موقف المحكمة العليا مع المسألة التي كان لها علاقة بهذا الموضوع.

منهج الدراسة:

فرضت علينا طبيعة هذا الموضوع منهجين رئيسيين:

المنهج الوصفي: وقد تناولنا من خلاله مواد قانون الأسرة المتعلقة بموضوع الدراسة وكذا الأحكام القضائية .

المنهج التحليلي: الذي من خلاله تناولنا تحليل المواد القانونية والأحكام القضائية والتي لها علاقة مباشرة لموضوعنا.

وقد اعتمدنا في الإجابة على الآليات القانونية المطروحة (الفصل الأول) وإشكالات التي تطرأ على الحضانة وطرائق حلها (الفصل الثاني).

خطة البحث:

لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على فصلين رئيسيين حيث خصصنا الفصل الأول للآليات القانونية والقضائية التي ترعى الحضانة، وقد تطرقنا في المبحث الأول إلى الطبيعة

القانونية للحضانة (قانونا وشرعا) أما في البحث الثاني فقد تكلمنا عن دعاوى الحضانة (نوعا وكذا الجرائم المتعلقة بها)

أما في الفصل الثاني فذهبنا لمعالجة إشكالات الحضانة وطرائق حلها من خلال التطرق إلى الرقابة على أفعال المحضون ومسؤولية الحاضن في المبحث الأول، و سلطة القاضي ومصلحة المحضون في المبحث الثاني، وتطرقنا إلى الزواج المختلط من خلال المبحث الثالث.

الفصل الأول

الآليات القانونية والقضائية التي ترعى الحضانة

الفصل الأول

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة لمصلحة الطفل المحضون وذلك عن طريق تنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه، حيث شرع نصوصا قانونية وذلك من خلال قانون الأسرة وبالضبط من المادة 62 إلى غاية 72 منه، وشرع نصوصا أخرى في قانون العقوبات في حالة الإخلال بمصلحة المحضون، المبحث الأول الطبيعة القانونية للحضانة، المبحث الثاني دعاوى الحضانة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحضانة

الإنسان شغوف برعاية ولده فطريا، فالعاطفة الجياشة والعارمة تجعله يشعر بالمسؤولية اتجاه ولده، لكن قد تحدث طوارئ تجعل هذه المسؤولية تنقص وتضعف فيتأثر الولد بذلك. من هذه الطوارئ انفصال الزوجين أو موت أحدهما أو كلاهما.

ولعلاج هذا الموضوع أي حضانة الأولاد، المشرع الجزائري أعطى أهمية بالغة للطفل المحضون حيث أقر قوانين تضمن حقوقه، ويبين واجبات الحاضن ويظهر ذلك جليا في قانون الأسرة من المادة 62-72.

ولرعاية مصلحة المحضون رعاية تامة أقر القانون الجزائري عقوبات صارمة إذا ظهر خلل أضر بمصلحة المحضون وقانون أ م والإدارية رقم 09/08 يضمن ذلك، وللحصول على حقوق الطفل المحضون أو دفع المضرة على مصلحة المحضون لابد من رفع الدعوى القضائية أمام المحاكم المختصة.(قسم شؤون الأسرة).

المطلب الأول: الحضانة في الشريعة الإسلامية

1. **التعريف اللغوي**: الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة والمحاضن هي المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها والواحد محضن ويقال حضن الصغير يحضنه حضنا أي رباه، والحاضن والحاضنة هي الشخصان الموكلان بالطفل يحفظانه ويربيانه والحاضنة هي التي تربي الطفل.[1]

[1] جمال الدين بن منضور ، لسان العرب ج13، دار صادر، بيروت، ط1، ص122.

2. **التعريف الاصطلاحي:** هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه.

3. **حكمها:**

اختلف فقهاء الإسلام في الحضانة هل هي حق للحاضن أو للمحضون أو لهما معا:

رأي الشافعي وأحمد: الحضانة حق للحاضنة ولها أن تتنازل عنه في أي وقت ولا تجبر إذا امتنعت.

أما جمهور الحنفية: قالوا أنها حق للحاضنة والمحضون.

وقال ابن قدامة: كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من الهلاك.

4. **مراتب الحاضنين:**

اتفق الفقهاء على أن الأم هي أولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج فإن تزوجت من غير ذي رحم محرم للمحضون سقط حقها في الحضانة وانتقلت إلى غيرها. واختلفوا فيما عدا الأم.

رأي المالكية: فالأم فأمها فجدتها فخالته فعمه الأم فجدته لأبيه فأبوه فأخته فعمته فخالته فالوصي فالأخ فالجد لأب فإن تساووا قدم الأفضل للمحضون من حيث الصيانة والشفقة فإن تساووا فالأسن.

رأي الشافعية: تقدم الأم فأمهاتها ثم الأب فأمهاته ثم الأقرب فالأقرب فإن عدم الأمهات والآباء ففيها ثلاثة أوجه:

أ- النساء أحق من الحضانة من العصبات.

ب- العصبات أحق بها.

ج- إن كان العصبات أقرب قدموا، وإن كان النساء أقرب قدمن وان استووا في القرب قدمت النساء.

أما الحنابلة: فالأم ثم أمها الأقرب فالأقرب منهن ثم الجد وأن علا ثم أمهاته الأقرب فالأقرب فالأخوات فالخالات فالعمات فخالات أبويه ثم عمات أبويه ثم بنات أخوته ثم بنات أعمامه وعماته وهلم جرا، ولا يستحق العصبات الحضانة إلا بعد من تقدم ذكره وهذا هو الصحيح في المذهب.[1]

5- **شروط الحاضنين:**

أ- أن يكون الحاضن والحاضنة بالغ عاقل.

ب- قادر على أن يكون ذا مقدرة على القيام بشؤون المحضون فإن كانت عمياء أو ذات عاهة تعجزها عن القيام بشؤونه فلا حق لها بالحضانة.

ج- أن يكون الحاضن أمينا أو أمينة عليه على نفسه وأدبه ودينه فإن كان فاسقا أو فاسقة فلا حق للفاسق في الحضانة.

د- التزوج بغير رحم محرم يمنع الحضانة.

[1] د. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر 2010، ص 508-509.

6- **زمن الحضانة:**

تبدأ الحضانة من حين ولادة الطفل أما الانتهاء فقد أختلف

المالكية: الغلام في الحضانة يترك حتى يحتلم أما الجارية فإنها تبقى في الحضانة حتى تتزوج.

الشافعية والحنابلة: فيذهبون إلى أن الغلام يبقى في الحضانة حتى يبلغ سبع سنين فإذا تنازعا فيه فأيهما اختاره فهو أولى به.

أما الجارية فذهب الشافعي إلى أنها كالغلام تخير بين أبيها وأمها بعد أن تبلغ السابعة من عمرها وأيهما اختارت ذهبت معه.

زيادة على هذا الجارية تخطب من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره.

يروي ابن القيم: أن أبوين تنازعا ع ولدهما عند بعض الحكام فخير بينهما فاختار أباه فقالت له أمه سله لأي شيء يختار أباه فسأله فقال أمي تبعثني كل يوم للكتاب والفقيه يضربني وأبي يتركني للعب مع الصبيان فقضى بع للأم.

7- **مكان الحضانة:**

هو المكان الذي تقوم فيه الحضانة فإن كانت الزوجة لأبيه ففي بيت الزوجية وإن كانت معتدة ففي مكان العدة.

8- **سكنى الحضانة:**

المالكية: السكنى على الأب للمحضون لا الحاضنة هناك قول للمالكية بأن أجرة السكن على الجماجم وتعهد في ذلك العام.

أما الحنفية السكنى على ولي المحضون إن لم يكن له مال، إيجاد مسكن على حسب وسعه لحضانة من تجب عليه النفقة.[1]

[1] د. المصري مبروك، مرجع سابق، ص 515.

المطلب الثاني: التعريف القانوني للحضانة

أوردت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تعريفا للحضانة: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام برعايته وتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط على الحاضن أن يكون أهلا لذلك »[1].

ولا بأس أن نذكر ما ذهبت إليه المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأن الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه.

أيضا عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته ..... ومن ذلك يظهر لنا أن المشرع الجزائري عكس المشرعين التونسي والمغربي، ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي الرعاية للمحضون، وتعليمه والقيام على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. كما أقر الأستاذ عبد العزيز سعد أن ما أورده المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر من الأحسن و الأفضل لاحتوائه على أساب وأهداف الحضانة،[2] وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية حيث جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية، الخلقية، التربوية والمادية. ومما سبق إن أهداف الحضانة تظهر فيما هو آت:

1- التعليم: ويقصد به التعليم الرسمي لأن التعليم في الجزائر مجانيا إجباريا وحتى الدعم المالي (3000 دج والكتب والأدوات) فللطفل الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وقدراته العقلية واستعداداته الفطرية النفسية.
2- تعليم المحضون على دين أبيه، وبما أن الدين الإسلامي دين الدولة ودين الجزائري فيتوجب على أن يربى على مبادئ وقيم وأحكام الشريعة السمحاء. وبما أن زواج المسلم بامرأة من أهل الكتاب جائز قانونا وشرعا فالقاضي يمنح حق الحضانة للأم غير المسلمة. لأنها في نظر القانون كالمسلمة بشرط أن تراعي أحكام الشريعة

[1] أمر رقم: 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق لـ 27 فبراير 2005م ، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84.
[2] عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون خاص، جامعة الوادي، ص 02.

الإسلامية في تربية ابنها، والواضح من خلال تفحص أحام وقرارات القضاء الجزائري نجده قد أخذ بما ذهب إليه الإمام مالك حيث ساوى بين الأم المسلمة والتي من هي من أهل الكتاب في استحقاق الحضانة وفي قضية مشابهة أسقط القاضي الحضانة عن أم النصرانية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها، لكن الملاحظ في الأخير أن المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري لم توضح الشروط الحاضن وتركها مبهمة، مما يحيل القاضي إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيله على أحكام الشريعة الإسلامية.

3- السهر على حمايته (المحضون) وبما أن الحضانة كما سبق هي رعاية وحماية وذود عن المحضون فمن الواجب أن تأخذ هذه الحماية كل أشكالها، فعليه يجب إبعاد المحضون عن أي اعتداء مهما كان ماديا كالضرب أو اعتداء معنوي كالتخويف والشتم والترهيب...، مما قد يؤدي إلى اضطرابات نفسية ومعنوية تؤثر حتما في الشخصية سلبا مستقبلا. وليس بالضرورة مما كان إن أردنا حمايته أن نتركه يفعل ما يشاء، ويأخذ ما يشاء بل هناك خطوط حمراء يجب أن يقف عندها لأن الحماية ليست من الغير فحسب بل من حتى نفسه.

4- حماية الطفل من الناحية الخلقية: حيث يتم تنشئته في وسط صالح على حسن الخلق والتهذيب والتأديب والتوجيه ليكون فردا صالحا لنفسه وأهله ووطنه ولا يجب أن يترك عرضة للشارع وجلساء السوء.

ومما لا شك أن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حين ذكرت فئة ثالثة من مستحقي الحضانة حيث ذكرت: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[1] دون ذكرهم أو تحديدهم وعليه القاضي مرة أخرى يلجأ أو يحال على المادة 222 قانون الأسرة الجزائري التي بدورها تحيله على الشريعة الإسلامية لانعدام النصوص القانونية في الموضوع .

[1] قانون الأسرة (11/84) المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعمم والمتمم بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد (15)، والمؤرخة بـ 2005/02/27.

ولقد جاء في المادة 64 قانون الأسرة الجزائري ترتيب الخاضعين من حيث الأولوية : كالأم أولى .

المبحث الثاني: "-دعاوى الحضانة –"

تعتبر الدعوى القضائية الوسيلة الوحيدة التي يلتجئ إليها من هو أحق بالحضانة وهذه الوسيلة في اغلب الأحيان يلتجئ إليها المطلقين وهذه الدعوى إما دعوى إسناد أو دعوى تمديد الحضانة أو دعوى إسقاط الحضانة.

المطلب الأول: دعاوي إسناد وتمديد وإسقاط الحضانة

الطفل أضعف عنصر في الأسرة لذا كان لزاما إعطاءه رعاية قوية وتامة حتى ينشأ متوازنا عقليا وخلقيا وجسديا فإذا وقع الطلاق فإنه يترتب عن ذلك نزاعا بين الزوجين على من هو أحق بحضانة الأولاد فترفع الدعوى أمام القاضي المختص.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

1- **قواعد الاختصاص:**

أ- شروط قبول دعوى إسناد الحضانة

- ✓ الصفة: هي الرابطة التي تربط بين أطراف الدعوى و بين موضوع النزاع والمادة 64 قانون الأسرة تحدد ذلك أما القاضي.
- ✓ المصلحة: هي الفائدة المرجوة من رفع الدعوى فلا دعوى من غير مصلحة،[1] والمصلحة لابد أن تكون قانونية أو محتملة.

[1] إدريس فاضلي إجراءات التقاضي أمام المحكمة، المجلس، المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، فسيلة للنشر والتوزيع، 2012، ص6.

والمصلحة في دعوى إسناد الحضانة نيل رعاية وحماية المحضون.

ب- شروط استحقاق الحضانة:

- ✓ الأمانة: المادة 62 من قانون الأسرة بين ذلك ونص المادة يقول: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام على تربية على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك، فلا بد أن يكون الحاضن أمينا أي على قدر كبير من الأخلاق والمسؤولية أما إذا كان غير ذلك فإن المحضون معرض للضياع[1].
- ✓ العقل: أهم شرط في التكلف بمسؤولية الحضانة فالمجنون والمعتوه لا يتصور أن يقوما بهذه المسؤولية فالغريق لا يستنجد بالغريق ففاقد لعقل يحتاج لمن يرعاه.
- ✓ البلوغ: المشرع الجزائري وضح أنه لن يكون شخص حاضنا حتى يكون قد بلغ 19 سنة وفي حالة وقع طلاق بين زوجين لم يبلغا 19 سنة فإن القاضي يأذن بالحضانة للأم لضرورة المصلحة.[2]
- ✓ القدرة: رعاية المحضون تتطلب القدرة الكافية فإذا كان الحاضن به عجز خلقي كالعمى والصم أو مريض جدا، فإن هذا الحق سيحرم منه، لأن مصلحة المحضون تتعارض مع هذا العجز.

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2014، ص 152.
[2] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص (غير منشورة).

جاء في قرار للمجلس الأعلى للقضاء " أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والمقعد والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها"[1]

ج- شروط أخرى:

- ✓ أن لا تتزوج المرأة الحاضنة بغريب غير محرم للمحضون.
- ✓ عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضونه.

2- **ترتيب مستحقي الحضانة:**

جاء في المادة (64) الأم أولى لحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، هذا الترتيب راجع إلى طبيعة الأم، فالأم هي الأكثر حنانا وشفقة على الولد، وكرس هذا القضاء فقد قضى المجلس الأعلى في قرار الصادر في 1984/04/02 " متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي"[2]

فإذا سقط حق الأم في الحضانة تنتقل إلى أم الأم وإن علت وتأتي الخالة بعد مرتبة أم الأم لأن القاضي له الحق أن يغير في هذا الترتيب إذا رأى في ذلك مصلحة المحضون، جاء في القرار الصادر بتاريخ 1993/02/23: من المقرر قانونا أنه لا يمكن

[1] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، في الملف رقم (غير موجود)، المجلة القضائية 1989، عدد 04 ص 78.

[2] المجلس الأعلى للقضاء،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/04/02، في الملف رقم (32394)، المجلس القضائي 1989، عدد 01، ص 77

مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بدور الحماية والرعاية للمحضون.[1]

3- **ترتيب مستحقي الحضانة بعد التعديل:**

جاء في قانون الأسرة المعدل (02/05) ترتيبا جديدا والترتيب هذا هو الأم ثم الأب وهذا مأخوذ عن الحنابلة.

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/02/18 " الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

1- **الشروط الموضوعية لدعوى تمديد الحضانة**

أ- **مدة الحضانة في القانون الجزائري**

هناك فرق بين حضانة الذكر وحضانة الأنثى باعتبار الحالتين مختلفتين نفسيا وعقليا وجسديا فالذكر مدة حضانته 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج (19 سنة) وهذا ما نصت عليه المادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة[2]، والمادة 65 من قانون الأسرة.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/02/23 في الملف رقم (89672).
[2] زكية حميدو، مرجع سابق ، ص 52.

جاء في قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/03/13 من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج.[1]

ملاحظة:

القاضي له سلطة التمديد بين 10 و 16 سنة جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/01/04: تنقضي حصانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.[2]

ب- كيفية تمديد الحضانة.

المشرع الجزائري أنهى حصانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج جاء في المادة 65 من قانون الأسرة " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أُمًّا لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فالقانون حدد مدة الحضانة القصوى في المادة 65 منه بالنسبة للأنثى سن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك

[1] المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ (1989/03/03) في الملف رقم (52221) المجلة القضائية 1993، العدد 1، ص 48.
[2] المحكة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 2006/01/04 في الملف رقم (347914).

على أن لا تتجاوز في كل الأحوال من التمييز الذي هو 16 سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني.[1]

ج- **شروط التمديد:**

- ✓ لتمديد الحضانة يجب أي يرفع الحاضن طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات، جاء في المادة 68 ف أ: أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني.
- ✓ أن تكون الأم غير متزوجة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون.
- ✓ من شروط التمديد أنه يتعلق بالذكر دون الأنثى لأن الفتاة إذا بلغت 19 سنة لا يحق لأحد من الحاضنين أن يمددها بطلب تمديدها.
- ✓ الأم فقط هي التي لها الحق في طلب التمديد.

دعوى إسقاط الحضانة:

مصلحة المحضون هي الغاية من إسناد للحاضنين فإذا تعرضت هذه المصلحة للضرر والخطر فاللجوء إلى القضاء هو الحل.

1. **الشروط الموضوعية لسقوط الحضانة:**

أ- سقوط الحضانة عند فقد أحد شروطها:

[1] نور منصوري، مرجع سابق، ص 96.

حددت المادة 62 من قانون الأسرة الشروط التي تشترط في الحضانة جاء في نص للمجلس الأعلى بتاريخ 1984//07/09 من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي لما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر وهي بذلك تعد عاجزا عن القيام بشؤون أبناءها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم الأولاد لها وهي على هذا الحال حادو عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.

- من مسقطات الحضانة جريمة الزنا فإذا أثبت بأن الحاضنة تمارس هذه الجريمة فإن الحضانة تسقط، جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/09/30 بقولها: من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.[1]
- ومن مسقطات الحضانة عمل المرأة الذي يؤدي إلى إهمال ولدها الحضون، جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ (2000/07/18) بقولها: من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاء المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/09/30، في الملف رقم (171684)اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 169.

واعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب وانعدام الأساس القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون.[1]

- ومن مسقطات الحضانة سكر الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم في هذه الحالة تسقط الحضانة وتستغل لمن يطلبها وهذا طبقا للمادة (70) قانون الأسرة ، تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.
- ومن أسباب سقوط الحضانة مرور سنة دون المطالبة بها جاء في المادة 68 من قانون الأسرة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها وقرار المحكمة العليا يعد هذا الصادر بتاريخ 1993/02/25: من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها فإن قضاء المجلس يحرمانهم من حق الحضانة من قبل الجدة من الأم وهي لازالت متمسكة بها فإن قضاء المجلس يحرمهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأم قد خالفوا القانون.[2]
- ومن مسقطات الحضانة إقامة الحاضنة في بلد أجنبي لا تسقط الحضانة في هذا الحال إلا إذا تهددت مصلحة المحضون والقاضي يقرر ذلك وجاء في المادة 69 ق أ

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/07/18، في الملف رقم (245156)، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص ص 188.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/02/25، في الملف رقم (58220)المحكمة القضائية 1993.

إذا انتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله وإلى جنوبه أو بالعكس فلا مجال للحديث عن السقوط.

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بالحضانة.

حرصا من المشرع الجزائري على مصلحة المحضون سن نصوصا قانونية تحمي الطفل المحضون من الجرائم التي ترتكب في حقه كجريمة اختطاف من حاضنه أو عدم تسليمه أو عدم تسديد النفقة.

الفرع الأول: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

جاء في المادة (328) من قانون العقوبات على أنه كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها الحاضنة وأبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك دون تحايل أو عنف.

1. **أركان جريمة اختطاف المحضون من حاضنه:**

أ- الركن العادي:

وجود حكم قضائي المادة 328 تنص على ذلك فلا بد من وجود حكم قضائي وبغض النضر أنه يكون مؤقتا أو نهائيا فلا بد أن يكون نافذا لأن المحكمة العليا قضت بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القضائي غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف.[1]

[1]أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة الجزائر2009، ص177.

ب- وقوع الاختطاف:

يقع الاختطاف بصور من هذه الصور اختطافه من بيت الحاضن ومن أماكن وضعه فيها الحاضن: كدور الحضانة أو المدرسة أو تكليف الغير بخطفه.

ج- الركن المعنوي:

والركن المعنوي يعني القصد والنية في ارتكاب هذا الجرم فالخطف من يجب أن يتوفر فيه إرادة الفعل مع تحقيق الغاية من الخطف وأن يكون عالما واعيا بما يفعله وتلك هي صورة القصد الجنائي.

2. **إجراءات الجزاء والمتابعة:**

المادة 328 تبين أن لمتابعة الخاطف لا بد من شكوى ترفع أمام المحكمة وإذا ما صفح الضحية على الخاطف فإن المتابعة تسقط ولا بد أن يكون الصفح قبل صدور حكم بات في الدعوى.

3. **الجزاء:**

العقوبة التي أقرها قانون العقوبات في حالة الاختطاف، الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة 20000 دج إلى 100000 دج

الفرع الثاني: جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا

1. **شروط قيام هذه الجريمة:**

✓ عدم تسليم الطفل:

لا يعاقب القانون على عدم التسليم إلا إذا كان عمدا جاء في قرار المحكمة العليا 1956/08/14 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 حفظها في الزيارة بل أن البنتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والتهما كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي.[1]

✓ لا بد من المطالبة من له الحق في المطالبة به فمتى طلب من له الحق في الزيارة وجب على الحاضن الانصياع .

2. **القصد الجنائي:** لا تقوم هذه الجريمة إلا إذا تعمد الحاضن رفض تسليمه وهذا ما نصت عليه المادة 327 من قانون العقوبات.

3. **إجراءات المتابعة والجزاء لهذه الجريمة**

أ- **الشكوى:** ترفع الشكوى للنيابة وذلك بتقديم الشكوى لضباط الشرطة القضائية جاء في المادة (01/17) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري " يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين (12،13) ويتلقون الشكاوي والبلاغات يقومون بجميع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية كما يمكن تقديمها للنيابة

[1] المحكمة العليا، غرفة الجنح، بتاريخ1996/07/14، المجلة القضائية 1997، العدد 1، ص 153.

العامة طبقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص :"يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوي والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها

ب- **الجزاء :**

العقوبة لهذه الجريمة هي جنحة بالحبس 1 سنة إلى 5 سنوات ونص المادة 327 هو : كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات.

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة

تعتبر النفقة من أهم الحقوق التي يتمتع بها المحضون وفقدها يعني ضياع الطفل المحضون مما جعل المشرع الجزائري بتشديد العقوبات على مرتكب هذه الجريمة والمادة 331 قانون العقوبات الجزائري توضح ذلك

1. **شروط قيام هذه الجريمة:**

أ- وجود حكم قضائي:

لابد من وجود حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية أو قرار صادر عن مجلس القضاء ولا يضر إن كان هذا الحكم حكما استعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم الزوجة سلفا لنفقة مؤقتة لأولادها.

ب- حكم نافذ: لا بد أن يكون الحكم القضائي الخاص بالنفقة أن يكون نافذا، ومبلغا للمعني تبليغا صحيحا.

ج- انقضاء مهلة شهرين يشترط في قيام هذه الجريمة انقضاء شهرين أي مدة الامتناع عن دفع النفقة.

د- جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17 من المقرر قانونا أنه يعاقب بالحبس كل من امتنع عمدا لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته وذلك رغم صدور ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن امتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أبنائه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته وقدم محضرا يثبت ذلك كون الحضانة لا زالت في ذمة المحضون ضدها، ألزموا المهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبة بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون.[1]

2. **إجراءات المتابعة والجزاء:**

لإثبات جريمة الامتناع عن تسديد النفقة لا بد:

أ- من وجود نسخة من محضر تبليغ المعني.

ب- محضر الامتناع يحرر من المحضر القضائي يتبين فيه مرور شهرين أو أكثر من تاريخ استحقاق الدفع.

ج- وجوب استخراج وثيقة من كتابة الضبط تتضمن عدم الطعن في هذا الحكم.

د- القيام بإجراء التنفيذ.

هـ- أن يمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمدة تفوق الشهرين.

[1] المحكمة العليا غرفة الجنح، قرار بتاريخ 1998/02/17، في الملف رقم(2281139).

الجزاء :

ورد في نص المادة 332[1] يعاقب بالحبس ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 50000 دج إلى 3000.000 دج وهناك عقوبات تكميلية كالحرمان من الحقوق الوطنية وذلك من سنة إلى خمسة سنوات.

[1] قانون العقوبات الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم (156/66) المؤرخ في 08 ينيو 1966، معدل ومتمم بالقانون رقم (02/16) المؤرخ في 19 ينيو 2016، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 22 ينيو 2016 .

خلاصة الفصل الأول:

لقد تفردت الشريعة الإسلامية في إقرارها للطفل المحضون حقوقا تتمثل في الرعاية والتربية الصالحة ولأرقى تلك الصور هي أن يترعرع المحضون بين أحضان وكنفات والديه لأنه ينموا ويكبر أمام أعينهما، حيث يسعيان للقيام بما ينمي جسمه وعقله، يؤدي ذلك إلى شخصية كاملة متكاملة، وهذه الرعاية والمراقبة والتربية أوجبتها الشريعة الإسلامية على الحاضن بعد انحلال الرابط الزوجية وهي أهم أثر لها.

لأن الشريعة الإسلامية جيء بها لصالح العباد و البلاد فقد سبقت في وضع أسس و أحكام لحماية المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية لأنه قد يكون فاقدا للرعاية ولمن يسير لشؤونه وذلك في منطق حياته لأنه عاجز وضعيف على أن يقوم بشؤونه بمفرده، ولأن المشرع الجزائري حقيقة افتراضا يعيش مشاكل معيقة فقط فقد أولى اهتماما وتركيزا بالغين فيما يصيب في مصلحة المحضون وذلك من خلال تنظيم كل مسائل حياتهم ونخص خاصة الحضانة ذلك من خلال تلك النصوص القانونية التي تحميه[25] وتضمن حقوقه جزائيا ومدنيا بحيث أقرها نقصد المشرع الجزائري في قانون الأسرة كصفتين حق للمحضون وواجب للحاضن. حيث حوتها نصوص قانونية في الكتاب الأول في الفصل الثاني من المادة 62 إلى غاية 72 منه أخذ حق الحماية الجزائرية في حالة مخالفة أحكام الحضانة أو الإخلال بمصلحته فيما حددت الإجراءات التي يجب أن تتبع عند اللجوء للجهات القضائية المختصة لحماية الحق المعتدى عليه وذلك في قانون الإجراءات المدنية الادارية (09/08)[26] .

وبما أن مصلحة المحضون هي الأسمى فكان لزاما على التشريع أو الأحكام أو قرارات القضاء حماية هذه المصلحة وذلك أكيد عن طريق الدعاوى المدنية ضف إليها متابعات جزائية تسلط على من يخل بأحكام الحضانة.

---

[25] ق 11/84مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1984، المتضمن قانون أ ج المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بالجريدة الرسمية، عدد 15 المؤرخة بتاريخ 2005/02/27

[26] القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر1429ه الموافق لـ2008/02/25، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزاءري الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21 المؤرخ بتاريخ 2008/04/23.

إن الوسيلة التي أتيحت قانونا لممارست حق القاضي هي الدعوى ويقصد بها المطالبة استعادت حق أو حمايته أو سحبه من الغير ، وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن رغبة في الدفاع عن الحق مما لا جرم أن من أكثر الدعاوى التي ترفع أمام القضاء هي دعاوى الحضانة وذلك لتنامي وزيادة قضايا الطلاق والتطليق الخلع، والرقم الرهيب المتمثل في 78 ألف حالة من 2017/01/01 إلى 2018/03/01 ومن المؤكد أن الدعاوى مختلفة من حيث الأثر المترتب عليها والمتمثل في الأثر المدني الحاصل عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضاء المخولة في شأنه (المبحث الأول) ثم الأثر الجزائي عن حق الحضانة ووسائل حمايته القضائية (المبحث الثاني).

الفصل الثاني

الإشكالات التي تطرأ على الحضانة وطرائق الحلول

الفصل الثاني

في هذا الفصل نعالج إشكالات الحضانة وطرائق حلها من خلال التطرق إلى الرقابة على أفعال المحضون ومسؤولية الحاضن في المبحث الأول، وسلطة القاضي ومصلحة المحضون في المبحث الثاني، ثم نتطرق إلى الزواج المختلط من خلال المبحث الثالث.

المبحث الأول: الرقابة على أفعال المحضون ومسؤولية الحاضن

المشرع الجزائري ألقى على عاتق الحاضن مسؤولية الرقابة والرعاية على المحضون وكل تقصير سيحاسب عليه المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 62 قانون الأسرة ونصت المادة 34 من القانون المدني " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

المطلب الأول: مسؤولية الحاضن

بعد إلغاء المادة 135 من القانون المدني صارت المادة (3/87) من قانون الأسرة على أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد وعليه فالمشرع وضع حدا لمشكلة مسؤولية الحاضن عن فعل المحضون خاصة في حالة الطلاق وذلك يمنح الولاية من قبل القاضي إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة وهذا ما أكدته المادة 92 :

" يجوز للقاضي أن يمنح الحق للأب أو الجد في تعيين ولي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".[27]

[27] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2005/2004، ص 94.

متى يكون الحاضن مسؤولا:

تقوم مسؤولية الحاضن إذا ارتكب المحضون فعلا ضارا للغير ولو كان المحضون غير مميز لأن القانون يعاقب متولي الرقابة لا المشمول بالرقابة فالقانون يعاقب الحاضن ليس على الخطأ الضار الذي ارتكبه من تحت رقابته ولن يعاقب الحاضن على تقصيره في الرقابة.

جاء في القرار الصادر في 1982/03/22 "مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه لأنه أهل مراقبة ولده ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه، ارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية ابنه.[28]

المطلب الثاني:الصيغة القانونية لمصحة المحضون

المشرع الجزائري رغم ما وضعه من مواد قانونية حماية للطفل المحضون إلا أن هذا لا يكفي ولا يفي بما تظهر من صعوبات في تحديد مصلحة الطفل المحضون لذلك أوكل مهمة ذلك إلى قاضي الأسرة ليجتهد في تحديد وبلورة مصلحة الطفل وجعل الحضانة كافية لرعاية مصلحته.

[28] المجلس الأعلى للقضاء، بتاريخ 1982/03/04، رقم الملف 30064، نشره القضاء، العدد الثالث 1985.

الفرع الأول: مصلحة المحضون

1. **تعريف المحضون:**

يعرف المحضون بأنه هو الطفل العاجز عن قيام بمصالح نفسه ولا يميز ولا يستقل بأمره غير مدرك لما يضره وما ينفعه.[29]

2. **التعريف القانوني لمصلحة المحضون:**

المشرع الجزائري أوكل مفهومها ومعناها إلى القاضي، فالسلطة التقديرية للقاضي هي التي تحدد معالمها وجوانبها الخفية والعلنية حسب ما ترفع إليه من دعاوي، زمن هنا يجب مراعاة حالة كل طفل حسب السن وحسب المحيط الذي يعيش فيه وإذا لم يغلب القاضي لمصلحة المحضون بأن مصير حكمه النقض.

3. **قانون الأسرة الجزائري ومصلحة المحضون:**

القانون الجزائري أعطى عناية كبيرة لمصلحة المحضون بحيث لا يجد صعوبة في تحقيقها ومن بين الأمور التي وضحها المشرع الجزائري:

أ- مدة الحضانة: المادة 65 وضحت ذلك وقرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/10/24 " تأييد الحكم القاضي بالطلاق والحضانة للأم – طعن بالنقض- لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن (10) العاشرة وهم تحت رعاية الأب - رفض الطعن-

[29] خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 15، نقلا عن عماري سناء.

ب- إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر (16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة".[30]

4. **تنازل الحاضنة:**

قضت المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/13 بأن تنازل الأم عن الحضانة جائزا إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون. والمادة 66 قانون الأسرة تؤكد ذلك وقد جاء فيها أن الأم إذا تنازلت عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون.

5. **مستحقي الحضانة على الترتيب:**

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10 بأنه تراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة (64) يخضع بتقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.[31]

[30] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1995/10/24، في الملف رقم 123889، نشرة القضاة 1997،ص 111.

[31] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2011/03/10، في الملف رقم (313469)، مجلة المحكمة العالياً، 2012، العدد 10.

6. **سقوط الحضانة:**

تسقط الحضانة إذا كان هنا إخلال بأحد شروطها الواردة في المادة 62، لكن مع مراعاة مصلحة المحضون، يؤكد هذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/15 يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون.

7. **الإقامة في بلد أجنبي لا يمنع من إسناد الحضانة:**

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12[32] أنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم.

الفرع الثاني:قاضي شؤون الأسرة وكيفية توظيف مصلحة المحضون في حكمه

هنا جانبان لا بد للقاضي أن يرعاهما وهما: الجانب النفسي والعاطفي والجانب المادي.

✓ الجانب النفسي والعاطفي:

لا شك أن الجانب النفسي والعاطفي للطفل أهم الجوانب فالعقد النفسية وعدم التوازن العاطفي يجر الطفل إلى حياة صعبة قد يعيشها طول حياته ولا يمكن التخلص منها لذا وجب على القاضي عند إسناد القاضي للحضانة لأحد الحاضنين الشرعيين أن يراعي مدى تحقيق مصلحة الطفل في هذا الجانب فمثلا الأم هي أولى الحاضنين لابنها في بداية العمر لأن العاطفة التي تتمتع بها الأمل لا مثيل لها.

[32] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/03/12، في الملف رقم (426431)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2008، ص 271.

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2006/06/04 حيث أنهمن المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة م لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة الطفل ارزقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

إذا فإسناد الحضانة للأم في السنوات الأولى يعد أمرا مهما يجب أن يرعاه القاضي خاصة السنوات الثلاثة الأولى أو الأربعة الأولى فقد قام العالم النفساني يولياي في سنة 1946 تحت إشراف منظمة الصحة العالمية والتي بين فيها أن الأولاد الذين يفصلون عن أمهاتهم في السنوات الثلاثة أو الأربعة من حياتهم غالبا ما يكونون أشخاص بلا عطف أو حنان وبالتالي قابلين لأن يكونوا سارقين.

هذا لا يعني أن الأب يهمل بل لا بد أن يمنع من زيارة المحضون كي تحقق التنشئة الكاملة من الجانب الديني والتعليمي.

لا بد للقاضي أن يرعي مصلحة المحضون في هذا الجانب فتعليمه وتربيته على دين أبيه بعد ضرورة يضمنها القانون.

✓ النفقة:

رعاية الجانب النفسي والعاطفي والتعليمي لا يكفي فلا بد رعاية مادية تغطي مصاريف المحضون لأن النفقة واجبة شرعا وقانونا لا يمكن للأب أن يمنح النفقة عن ولده سواء أثناء الزواج أو بعد الطلاق.

جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/02/19 ما يلي: من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهر به فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

وقضت المحكمة العليا بقرار آخر بتاريخ 2001/02/12 بأن قضاة المجلس بقضائهم إسقاط الحضانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون منه كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة والبنات بالنسبة للنفقة، وبكون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة حيث أنه بالرجوع إلى مسندات الملف والقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد الإطلاع على هذه الأخيرة يتبن أن قضاء المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإنفاق على محضونين أحدهما أثبت قاض أول درجة بأنه لا يزال قاصرا والآخر معوقا إعاقة كاملة والهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحاضنة بالإضافة إلى أن البنات دون سن

الزواج حسب المادة (07) من قانون الأسرة ملزم إنفاقهن حتى الدخول بهن وذلك طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو دينية أو مزاولا للدارسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب وحيث في أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الذي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن القاضي أول درجة طبق صحيح القانون.[33]

أما في يخص شمولية النفقة فإنها تنص عليها المادة 78 من قانون الأسرة ويتضح لنا أن قانون الأسرة قد حدد مدى شمولية النفقة بوضوح.[34]

ومن الملاحظ في قانون الأسرة أن الأب ألزم توفير السكن جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ (2010/09/16) بقولها توفير مسكن ملائم للأم لممارسة الحضانة محول دون مطالبتها ببدل الإيجاز.

أما بالنسبة إلى تحديد مبلغ النفقة فالمحكمة العليا أعطت السلطة في ذلك لقضاة الموضوع ولا تدخل للمحكمة العليا جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ 1991/05/21: بأن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق

[33] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2001/02/12، في الملف رقم (257693)، المجلة القضائية 2002 العدد 2،ص 436.
[34] عبد العزيز سعد، قانون الأسة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 107، نقلا عن سناء عماري، ص 194.

الحضانة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهما القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك.

1. **الحقوق المترتبة عن إسقاط الحضانة:**

أ- **الحق في النفقة:**

معلوم أن الرعاية لها شقان شق مادي وشق معنوي، فالمادي هو النفقة فالنفقة حق أقره القانون والمادة 78 ق أ بينت ذلك، جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/05/21 أن تحديد النفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولاده، المحضونين وحق الحاضنة في السكن يخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك.[35]

ب- **حق المحضون في السكن:**

جاء في المادة 72 المعدلة بموجب (02/05) وهي كالآتي في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

[35] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/05/21، في الملف رقم (72602)، نشرة القضاء 1995 العدد 47، ص145.

ج- **الحق في الزيارة:**

نصت المادة 64 من قانون الأسرة: على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.[36]

2. **الإجراءات المدنية والإدارية التي يتخذها القاضي:**

أ- **المعاينة:**

على القاضي الانتقال إلى المكان الذي يعيش في المحضون كي يأخذ صورة مفصلة عن المحيط الذي يعيش فيه المحضون ويلاحظ هناك المسافات التي بين البيت والمدرسة وهذا ما تنص عليه المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونص المادة هو: يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.

جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/21 بأنه "أن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال والبيت الذي يقومون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التبييت.[37]

[36] قانون الأسرة (11/84) المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعمم والمتمم بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد (15)، والمؤرخة بـ 2005/02/27.

[37] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 2003/21/21، في الملف رقم (302428)، نشرة القضاة 2006، العدد 58، ص 202.

ب- الخبرة:

الخبرة هي تحقيق يقوم به القاضي وذلك بتعيين خبير من أجل الحصول على معلومات كافية حول الوقائع المادية فالخبير يقوم بدراسة المحضون من حيث حالته الصحية والنفسية والاجتماعية والمادة 126 تدعوا إلى ذلك حيث تنص أنه:"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أ بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2005/11/16 ما يلي: إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية.

وجاء في قرار للمحكمة العليا في 1999/03/17 من الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم للأب مع وجود خالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم قبل وفاتها بسبب الميراث حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم للأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص في المادة (64) من قانون الأسرة إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم من غيره وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية لنفس المجلس.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 أقرت بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب.

ج- **سماع الشهود:**

المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تدعو إلى ذلك.[38]

د- **الاستماع إلى أطراف النزاع:**

تنص المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

- ❖سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- ❖سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
- ❖الأمر بأجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

جاء في قرار المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1982/01/11 من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أو في بضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه.

[38] القانون (09/08) المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة بتاريخ 23 أفريل 2008.

هـ- الاستماع إلى أفراد العائلة:

قد يضطر القاضي إلى إحضار أقاربه الخصوم لسماع شهادتهم حول الموضوع لأن المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص :"يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".[39]

[39] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1982/01/11، في الملف رقم (26503) نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 236.

المبحث الثاني:الزواج المختلط والإشكالات المتعلقة بالحضانة عند انحلاله

باعتبار العالم أصبح قرية وأصبحت سبل التواصل بينهم سهلة انجر عن هذا تقارب كبير بين الشعوب ومن هذا التقارب الزواج ولكن هذا الزواج قد يخلق مشاكل للأفراد والدول، خاصة إذا انحل هذا الزواج الذي ينتج عنه ضياع الأولاد ولحماية الأولاد وتوفير لهم حضانة ترعاهم كانت هناك اتفاقات بين الدول في هذا الشأن من الاتفاقيات اتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة بالأزواج المختلطين في حالة الانفصال الموقع عليها في الجزائر يوم 1988/06/21 المصادق بالمرسوم رقم (144/88) ليوم 1988/07/26 وجاءت هذه الاتفاقيات رغبة بين البلدين في دعم التعاون القضائي في هذا الشأن.[40]

المطلب الأول: تعريف الزواج المختلط

الزواج المختلط هو ما كان بين جنسيتين مختلفتين مما تثار تنازع القوانين سواء عند انعقاده أو انحلاله.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

هي الشروط الظاهرة للزواج كحضور الشهود وإعلانه وتحريره، والقانون الجزائري يوضح ذلك في المادة 19 من القانون المدني والتي نصها: تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

[40] سناء عماري،التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، ص 03.

1. **كيفية زواج الأجانب في الجزائر:**

نص المادة 21 من قانون الأسرة " تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

ومن شروط عقد الزواج في الجزائر من الأجانب لابد لأحد الزوجين أن يقيم مدة شهر على الأقل قبل العقد وينعقد العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي.

2. **الزواج المنعقد في الخارج:**

يعتبر القانون الجزائري عقد الزواج اليوم في الخارج عقدا صحيحا بشرط أن لا يخالف الشروط الموضوعية التي وردت في القانون الجزائري.

هذا العقد سواء حرر في الهيئات المحلية أو على مستوى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية، جاء في المادة 105 من القانون المدني:"الأعوان الدبلوماسيين يحررون طبقا لأحكام هذا الأمر عقود الحالة المدنية الخاصة بالمواطنين الجزائريين.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

أنواع التطبيقات القانونية في الشروط الموضوعية:

- ✓ التطبيق الموزع: وهو الذي أخذ به المشروع الجزائري قانون كل من الزوجين بشكل موزع بحيث يصح انعقاد الزواج إن توفر في كلا الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني.

- ✓ التطبيق الجامع: في هذا التطبيق يجب أن يكون الزواج موافقا لقوانين الزوجة والزوج فلابد من إدماج القانونين أي قانون الزوجة وقانون الزوج.

فالقانون الإسباني يمنع الزواج من مطلقة أجنبية والقانون السويدي يمنع الزواج بسبب الإصابة بأمراض معينة بالتطبيق الجامع يؤدي إلى العمل به وإن لم ينص عليه في قانون الزوج الآخر[41]، لأن هذا الاتجاه يصعب تطبيقه مما يؤدي إلى عدم انعقاد الزواج المختلط.

ملاحظة:

جاء في المادة 13 أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها المادتين 11 و12 من القانون المدني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد، ما عدا الأهلية التي تضل خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين.

المطلب الثاني: الآليات القانونية والحلول القضائية للحضانة الناتجة عن الزواج المختلط الحضانة أولى آثار الطلاق أو انحلال الرابطة الزوجية لذا كان لزاما على القضاة أن يجدوا محيطا صالحا للأطفال وخاصة الأولاد الناتجين عن الزواج المختلط.

وقد اختلف الفقهاء في كيفية معالجة هذا الأمر فمنهم من رأى أن الحضانة أثر من آثار الزواج وعليه فيطبق عليها قانون جنسية الزوج.

[41] حسن الهذاوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)الصيغة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن 1997،ص 107، نقلا عن سناء عماري، المرجع السابق، ص 132.

ومنهم من رأى أن تطبيق قانون الجنسية وقت رفع الدعوى هو الأصلح.

وذهب فقهاء آخرون إلى أن الحضانة يصلح لها القانون الأصلح لحماية الطفل إما القانون الشخصي للطفل أو القانون واجب التطبيق على آثار التطليق.

أما المشرع الجزائري اعتبر الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني

" يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/06/02 من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة ومن حق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي.[42]

وقد يطلب القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائري حسب المادة 13.

جاء في قرار المحكمة العليا في قضية تتعلق بجزائرية متزوجة من إيطالي حين طبق المحكمة الابتدائية بالمدية قانون جنسية الزوج وبعد طعن الزوجة في حكم المحكمة على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج فحكمت المحكمة العليا بمخالفة قضاة الموضوع القانون.

بعض الأحكام القضائية التي تتعلق بانتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

[42] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/06/02، في الملف رقم 845113، المجلة القضائية 1993 العدد 3 ص 91.

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/11/21 قضت المحكمة العليا بأنه " بأن إقامة الأم بالخارج بسبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنين بالخارج ولذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة.[43]

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 بقوله من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تستند على أساس مصلحة المحضون وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي.[44]

وجاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02 بأنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون لمخافة القانون غير مبرر يستوجب رفضه لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طلبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى أمهما فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المستأنف لديهم القاضي يرفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البينتين بفرنسا يغير من

[43] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1995/11/21، في اللف رقم 111048، نشرة القضاة 1995، العدد 52، ص102.

[44] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/10/12، في الملف رقم 334543، نشرة القضاة 2008، العدد 62، ص 381.

اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضلا عن الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه الحق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.[45]

وقد قضت المحكمة العليا في قراراها الصادر في 1995/11/21 أن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يعتذر على الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة.

السلطة التقديرية للقاضي التي منحها القانون له في إسناد الحضانة إذا تعلق الأمر بالحضانة خارج الإقليم، جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2008/03/12 يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم.

وجاء في القرار الصادر في 2007/11/14 الحكم تلقائيا بمنح المحضون المسندة حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي حيث يقيم والده بصفة قانونية خطأ في تطبيق القانون.[46]

التشريع الجزائري لم يحسم في انتقال الطفل إلى بلد غير مسلم خشية ومخافة على دينه وكذلك مشكل المسافة إلا أن القضاء عالجها بإعطاء القاضي سلطة تقديرية مراعاة

[45] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/01/02، في الملف رقم 52207، المجلة القضائية 1990، العدد 04، ص 74.

[46] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2007/11/19، في الملف رقم 408248مجلة المحكمة العليا 2011، العدد 01، ص 244.

لمصلحة المحضون وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا الصادر في 2008/03/12، يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم.[47]

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/11/14 الاتفاقيات الدولية التي تخص الحضانة والنزاع المختلط حفاظا على مصلحة الطفل ومراعاة لحقوقه لجأت الدول إلى إيجاد حلول لهذا الأمر فأبرمت اتفاقيات ثنائية تنظم هذا الزواج وترعى آثاره عند العقد وعند الانحلال، من هذه الاتفاقيات الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين المصادق عليها بالمرسوم رقم (144/88) المؤرخ في 1988/07/26.

وتتعلق هذه الاتفاقيات بالأطفال الشرعيين مستبعدة الأطفال الطبيعيين والأطفال المتبنين، لأن المشرع الجزائري يرى النسب مؤسس على علاقة الزواج والإقرار بالبنوة، هذه الاتفاقيات تخص الزوجين المختلطين أحدهما جزائريا أو فرنسيا والآخر من جنسية أخرى كما تستبعد أيضا الزوجين إذا كانا جزائريين مقيمين في فرنسا أو يكونا فرنسيين مقيمين بالجزائر.[48]

[47] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم (426431)، مجلة المحكمة العليا 2008، العدد 1، ص 271.

[48] بوبكر مولود، الاشكلات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2009/2008، ص 70، نقلا عن سناء عماري.

1. **آثار انحلال الزواج المختلط :**

إن الزواج المختلط يطرح مشاكل عند انعقاده فإنه كذلك يطرح مشاكل عند انحلاله للقضاة عند تطبيق القانون الواجب تطبيقه وخاصة إذا كان هناك أولاد فالحضانة تطرح إشكالات جمة للقضاة.

- ✓ ما هو القانون الواجب تطبيقه على انحلال الزواج المختلط؟

جاء في المادة (2/ الفقرة 2) "يسري عل انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، ويأخذ بالقانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائري إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة. جاء في قرار المحكمة العليا 1992/10/27 بقولها: من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا في بلد أجنبي وطلبا التقاضي أما محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي و أن الحالة تتعلق بسادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه.[49]

[49] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/10/27، ملف رقم (8639)، المجلة القضائية، العدد 1، ص 123.

2. **كيفية سير هذه الاتفاقيات:**

يعتمد سير هذه الاتفاقيات على ثلاث جهات وهي السلطة المركزية وهي تتبع وزارة العدل في كلتا الدولتين والجهة الثانية الهيئات القنصلية في كلا الدولتين، والجهة الثالثة هي الجهة القضائية المختصة وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي.

أولا: السلطة المركزية:

جاء في المادة الأولى من الاتفاقية أنه تنشأ سلطتين مركزيتين تتبع وزارة العدل في كلتا الدولتين، هاتين السلطتين مهمتهما تنفيذ التعهدات التي بين البلدين التي نصت عليها الاتفاقية جاء في المادة 02: يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن يتخذ بناء على السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:[50]

أ- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

ب- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

ج- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

د- تسيير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

ه- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

[50] الإتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال المؤرخة في 1988/06/21 المصادق عليها بالمرسوم (88-144) المؤرخ في 26-06-1988 الجريدة الرسمية العدد(28-3) 1988.

و- إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

ز- تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

جهة الهيئات القنصلية مهمتها اتخاذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارت القنصلية المختصة لهذه الدولة.

ثانيا: الجهة القضائية:

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/06/02 حينما أقرت على أنه من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج.

ومن المقرر أيضا قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتها بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا

إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة والزيارة طبقوا صحيح القانون.[51]

هذا القرار كان تطبيقا للمادة 05 من الاتفاقيات المبرمة لأن هذه المادة نصت على اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي وهذا من أجل الحفاظ على العلاقة التي بين الطفل ووالديه وحرية تنقله من البلدين.[52]

3. في حالة ارتكاب الحاضنين للمخالفات:

نصت الاتفاقية على تجريم الأفعال المرتكبة من الحاضن وخاصة إذا افتعل عراقيل لمن الزيارة، جاء في المادة 07: يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائرية الخاصة بعد تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود البلدين أو فيما بين حدودهما، الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.[53]

---

[51] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/06/02، ملف رقم (84513)المجلة القضائية1993، العدد 3، ص 91.

[52] أمين دريه،مرجع سابق، ص 249.

[53] الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشان أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال، المؤرخة في 1988/06/21، المصادق عليها بالمرسوم 144/88 في 1988/06/26، الجريدة الرسمية العدد 28-30 لسنة 1988.

استثناء :

إما إذا انحلت الرابطة الزوجية بين أزواج مختلفين الجنسية فهنا يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أما إذا كان أحد الطرفين جزائري فإنه يطبق القانون الجزائري المادة (13).

4. **أي قانون يطبق على آثار عقد الزواج المختلط:**

في الجانب الشخصي:

جاء في المادة 36 من قانون الأسرة يجب على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة و المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

في الجانب المالي:

المشرع الجزائري يؤكد على الاستقلالية في التصرف المالي لكلا الزوجين وهذا ما جاء في المادة 38 قبل التعديل من قانون الأسرة "للزوجة حرية التصرف في مالها، وبعد التعديل جاء في المادة 37 بأنه يمكن أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لا حق حول الأموال المشتركة بينهما.[54]

[54] ق 11/84مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1984، المتضمن قانون أ ج المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 022005/27 بالجريدة الرسمية، عدد 15 المؤرخة بتاريخ 2005/02/27

وفي هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج؟

إن المشرع الجزائري يخضع آثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام العقد حيث جاء في المادة 12 من القانون المدني "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

خلاصة الفصل الثاني

إن المشرع الجزائري قد أعطى للمحضون أهمية بالغة والتي تظهر من خلال سنه قوانين التي تضبط الحاضن وتجعله يحس بعظم المسؤولية المنوط به فيلتزم برقابة المحضون ويتحمل المسؤولية في حالة الضرر بالغير ويعتني به صحيا وتعليميا وخلقيا.

أما القضاء فعليه تحقيق مصلحة المحضون من خلال دعاوى الحضانة لتتحقق الرعاية التامة للمحضون.

ويبقى الإشكال الكبير في كيفية تطبيق النصوص القانونية في حالة تنازع المطلقين مختلفي الجنسية عن الحضانة، خاصة في جانب الزيارة وانتقال المحضون عندما لا تكون هناك اتفاقيات بين الجزائر وباقي الدول، أما إذا كانت هناك اتفاقيات فإن الأمر سيكون أقل صعوبة.

الخاتمة

لقد أعطى التشريع الجزائري عناية بالغة للحضانة من خلال قانون الأسرة الجزائري حيث أكد على حماية المحضون وسلامة مصلحته كي يعيش الطفل المحضون في أحسن بيئة وأصلح محيط وخاصة أن قضايا الطلاق زاد عددها بصورة كبيرة ومؤسفة مما يشكل خطرا كبيرا على الأطفال باعتبار الحضانة أهم تداعيات الطلاق ومنها يتبين أهمية القضاء ودوره في تأكيد وحماية مصلحة المحضون فالقاضي خول له القانون كل الصلاحية من أجل ضمان مصلحة المحضون والسبب هو الواقع المعقد من المسائل التي عالجها المشرع الجزائري من أجل حماية المحضون.

1- أن يوضع المحضون عند من أعطى له القانون حق الحضانة ويستبعد القاضي كل من لا يسمح له القانون بذلك وهنا دور القاضي يظهر جليا في تقدير المصلحة.

2- قد تمدد الحضانة وقد تسقط لسبب من الأسباب القانونية وهنا القاضي مخول له بأن يفصل في الأمر مراعيا في ذلك مصلحة الطفل المحضون، زيادة على هذا إن المشرع الجزائري أثرى قانون الأسرة في هذا الجانب وذلك من خلال تعديله بمقتضى الأمر (02/05).

من النقاط التي عدلت:

2- أدخل ترتيبا على مستحقي الحضانة حيث جعل الأب يعد الأم مباشرة.

3- أصبحت المادتين 52، 72 غير متعارضتين.

4- أصبح عمل المرأة لا يشكل عائقا في تحمل أعياء الحضانة ولا يشكل سببا لإسقاط الحضانة عنها.

5- بالموافقة على إنشاء صندوق النفقة يكون المشرع الجزائري قد حل كثير من المشاكل التي تنجر عن عدم تسديد النفقة في أوقاتها المحددة.

6- المشرع الجزائري خصص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالرغم من التعديلات إلا أنه تبقى صعوبة تعترض القضاة في تحقيق مصلحة المحضون خاصة مسائل الحضانة الناتجة من المطلقين مختلفي الجنسية وتظهر جليا عندما لا تكون هناك اتفاقية ثنائية من دولتي الطليقين مختلفي الجنسية، ونظرا لهذه الصعوبات يبقى التشريع الجزائري يشوبه بعض النقص في مسألة الحضانة من بين هذه النقاط:

7- المادة 62 من قانون الأسرة فيها غموض من حيث أهلية الحاضن، أي لم توضح الشروط وبقيت عباراتها مبهمة فيما يجعل الأحكام والقرارات مختلفة.

8- المادة 222 من قانون الأسرة تدعوا القاضي إلى الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية لكن يبقى الأمر صعب المنال إذا لم يكن للقاضي إلمام بمصادر الشريعة الإسلامية.

9- أعطى المشرع الجزائري سلطة كبيرة للقاضي في تحديد مصلحة المحضون مع مراعاة النصوص القانونية لكن هذا الأمر يبقى صعب لأن مفهوم المصلحة أمر يصعب تحديده بسهولة لأن متغيرات الزمان والمكان تخلق الصعوبات.

وبعد هذه الدراسة نقترح بعض النقاط علها تكون حلولا لبعض إشكالات الحضانة.

الإقتراحات:

وفي الأخير بعد هذه التحليل والدراسة لموضوع الحضانة من الجانبين القانوني والقضائي استحسنا الخروج بهذه الاقتراحات علنا نكون سباقين في المساهمة في توضيح وسمو النصوص القانونية والأحكام القضائية الذي تصب في نفع الحلقة الأضعف في الأسرة بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة .

1- ضبط معايير مصلحة الطفل المحضون لأن على ضوئها يتم الفصل من لدن القاضي في النزاع الموضوع على طاولته وذلك حسب سلطته التقديرية
2- المشرع مطالب بوضع نصوص قانونية تحدد وتنظم الزيارة وكل ما له علاقة بالمكان والمدة لأنها حق من حقوق الطرف الثاني والمحضون .
3- ومن أجل إزالة اللبس الوارد في المادة (62) قانون الأسرة الجزائري نقترح تحديد الشروط التي يجب أن تتوفر في الخاص حتى تسند إليه الحضانة.

4- نقترح أن يشرع المشرع نصوصا تكون محددة كيفية الزيارة عند الانتقال بالمحضون كحق في الزيارة وكل ذلك لوضع حد للمشاكل التي تتعلق بالحضانة ونخص خاصة هؤلاء الناتجين عن الزواج المختلط أو يكون أحد أطرافه جزائريا .

وبناء عليه نحن نقول أن للمشرع وفّر وفّعل كل الضمانات للمحضون وذلك يتأتى بالعودة إلى النصوص المشرعة حتى الآن للحضانة و تعديلها ورفع كل ذلك اللبس عليها ومحاولة تتمة ما هو ناقص لأن الطفل هو الحلقة الأضعف وعليه يجب تحقيق منفعته ومصلحته .

5- حبذا لو أن المشرع عند الإحالة من خلال المادة 222 قانون الأسرة الجزائري أن يلزم القاضي بمذهب واحد كما هو الحال في المدونة المغربية وذلك من أجل رفع الحرج عن القاضي الذي يعرف الجميع أنه غير مكون شرعيا ودينيا.

6- على المشرع أن يحدد عند الإحالة إذا ما كان المقصود هي الأحكام الشرعية كما جاء في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أو المقصود هو مبادئ الشريعة الإسلامية كما جاء في المادة 01 من القانون المدني الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع

1. أبو السعود رمضان مصادر الالتزام الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007
2. أبو السعود رمضان مصادر الالتزام الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007
3. أبو عامر زكي قانون العقوبات القسم الخاص الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1989
4. أعراب بالقاسم القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الطبعة العاشرة الجزء الأول دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2008
5. بالحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري (الواقعة القانونية) الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999
6. بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الأولى منشورات بغدادي الجزائر 2009
7. بغدادي مولاي ملياني الإجراءات الجزائرية في التشريع الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992
8. بلتاجي محمد في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج والغرفة الطبعة الأولى دار التقوى دون بلد النشر 2001
9. بلعيور عبد الكريم محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الطبعة الأولى الجزء الأول دار هومة الجزائر 2009

10.بن حرز الله عبد القادر المدخل إلى علم المقاصد الشرعية من الأصول النصية إلى الإشكالية المعاصرة مكتبة الرشد رياض 1426، 2005

11.بن سعيد عمر الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة دار الهدى عين مليلة الجزائر 2004

12.بن سعيد عمر الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة دار الهدى عين مليلة الجزائر 2004

13.بن عزوز عبد القادر أحكام فقه الأسرة (دراجة مقارنة) الطبعة الأولى دار قرطبة للنشر والتوزيع للنشر والتوزيع الجزائر 2007

14.البنا كما صالح المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء دار الفكر والقانون ، لمنصورة 2005

15.البوطي محمد سعيد رمضان ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية الدار المتحدة للطباعة والنشر سوريا 1987

16.تقنية عبد الفتاح مباحث في القانون الأسرة الجزائرية من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي مطبعة تالة بدون بلد النشر 1999-2000

17.جبار الخزرجي عروبة حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2009

18.جمال الدين شارع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2007

19.الجندي أحمد نصر حضانة قومي للمرأة دار الكتب القانونية مصر ، 2013

20.حمدان عبد المطلب عبد الرزاق الحضانة وآثارها في تنمية سلوى الأطفال في الفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة الأزاريطة 2008

21.حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون الخاص غير منشورة

22.دربال عبد الرزاق الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة الجزائر 2004

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

24.ذيابي باديس آثار فكر الرابطة الزوجية (تعويض نفقة عدة حضانة متاح) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي دار الهدى الجزائر 2008

25.رياض البشة غالية حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2010

26.زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري " مقارنا بالقوانين العربية " تنازع القوانين) الجزء الأول مطبعة الكاهنة الجزائر 2000

27.سعد عبد العزيز الجرائم الاعتداد على الأموال العامة والخاصة دار هومة الجزائر 2005

28.سعد عبد العزيز الجرائم الواقعة على نظام الأسرة المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 2000

29.سعد عبد العزيز الزواج والطلاق في القانون الأسرة الجزائري الطبعة الثالثة دار هومة الجزائر 1996

30.سعد عبد العزيز نظام الحالة المدنية في الجزائر الطبعة الثانية دار هومة الجزائر 1995

31.سلطان أنور مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2007

32.سلطان أنور مصادر أنور مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2007

33.سلمان نصر سطحي سعاد ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة مع قانون الأسرة" دار الهدى عين مليلة 2003

34.سمارة محمد أحكام وآثار الزوجية الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2002

35.سنقوقة سامح شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول دار الهدى عين مليلة الجزائر 2011

36.السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام) الطبعة الثالثة الجزء الأول المجلد الثاني منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2000

37.سنيكات مراد محمود الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2008

38.شامي أحمد قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة) دار الجامعية الجديدة الإسكندرية 2010

39.شتوان بلقاسم الطلاق في الفقه المالكي (دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري) دار الفجر – الجزائر بدون سنة نشر

40.شريفي نسرين بوفرورة كمال قانون الأسرة الجزائري أشراف ديدان مولد الطبعة الأولى دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر 2013

41.صقر نبيل قمراوي عز الدين قانون الأسرة نصا وتطبيقا دار الهدى الجزائر 2008

42.طاهري حسين الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري الطبعة الأولى دار الخلدونية الجزائر 2009

43.نصر واصل فريد الولايات الخاصة " الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى دار الشروق ،القاهرة 2002

44.نمور محمد سعيد شرح قانون العقوبات القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص) الطبعة الأولى الجزء دار الثقافة ، عمان 2005

45.وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثانية الجزء السابع دار الفكر بدون بلد النشر 1985

ثانيا: المذكرات الجامعية

1. جزار فاطمة الزهراء جريمة اختطاف الأشخاص مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 2013-2014

2. رابطي زهية الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير فرع قانون دبلوماسي كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 2007-2008.
3. سلامي دليلة حماية الطفل في قانون الأسرة مذكرة الماجستير فرع قانون خاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008
4. سويقات بلقاسم الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري مذكرة ماجستير في القانون الجنائي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة 2010-2011
5. مزروقي فريدة جرائم اختطاف القاصر مذكرة ماجستير في فرع القانون الجنائي كلية الحقوق جامعة الجزائر 2010-2011 .
6. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة ومشكلاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.جامعة الوادي.

ثالثا:المقالات العلمية

1. دربة أمين شارع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة دفاتر السياسة والقانون جامعة سعيدة العدد 2001/4
2. يوسف فتيحة " مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص" مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة تلمسان العدد رقم 03 ، 2005

رابعا: الاتفاقيات

1. الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال المؤرخة في 21/06/1988 المصادق عليها بالمرسوم (88-144) المؤرخ في 26-06-1988 الجريدة الرسمية العدد (28-3) 1988.
2. الامر رقم (11-02) المؤرخ في 23 فيفري 2011 المتمم للأمر رقم (66/155) المؤرخ في (08-07-1966) المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية
3. القانون (84/11) المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم (05/02) المؤرخ في 27 فبراير 2005 صادر بالجريدة الرسمية عدد (15) المؤرخة بتاريخ 27-02-2005
4. القانون رقم (05-10) المؤرخ في 13 جمادي الأولي عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 المعدل والمتمم للأمر (75-58) المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية (44) السنة 26 يونيو 2005 م
5. القانون رقم (08/09) المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21، المؤرخ بتاريخ 23 أبريل 2008
6. المادة 65 من الدستور الجزائري 2016 المعدل.

خامسا:النصوص القانونية والتنظيمية الأجنبية.

1. قانون (98-97) الصادر في 27 نوفمبر 1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الجريدة الرسمية رقم 96 لسنة 1998

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ إلى ج
الفصل الأول: الآليات القانونية والقضائية التي ترعى الحضانة	08 إلى 30
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحضانة	09
المطلب الأول: الحضانة في الشريعة الإسلامية	09
المطلب الثاني: التعريف القانوني للحضانة	14
المبحث الثاني: "-دعاوى الحضانة –"	17
المطلب الأول: دعاوي إسناد وتمديد وإسقاط الحضانة	17
المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بالحضانة.	25
ملخص الفصل الأول	31
الفصل الثاني: الإشكالات التي تطرأ على الحضانة وطرائق الحلول	34 إلى 60
المبحث الأول: الرقابة على أفعال المحضون ومسؤولية الحاضن	35
المطلب الأول: مسؤولية الحاضن	35
المطلب الثاني: الصيغة القانونية لمصحة المحضون	36
المبحث الثاني: الزواج المختلط والإشكالات المتعلقة بالحضانة عند انحلاله	48
المطلب الأول: تعريف الزواج المختلط	48
المطلب الثاني: الآليات القانونية والحلول القضائية للحضانة الناتجة عن الزواج المختلط	50
ملخص الفصل الثاني:	61
الخاتمة	63 إلى 66
قائمة المراجع والمصادر	68
الفهرس	