وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

إشكالات إسناد الحضانة وممارستها

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

من إعداد الطالبتان :
✖ عزايز حوية
✖ باهي فاطمة

تحت إشراف الدكتور:
✖ حرشاوي علان

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

سلام على عهد الطفولة إنه
أشد سرور القلب طفل إذا حبا
ويا بسمة الأطفال أي قصيدة
توفي جلال الطهر وراد ومشربا
فيا رب بسمة الطفل كي نرى
على وجهه الريان أهلا ومرحبا
ويارب كفكف دمعه برعاية
ولطفك بالجسم الصغير إذا كبا

عائض القرني

شكر وعرفان

نحمد الله ونشكره الذي وفقنا في إتمام هذا العمل .
نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا الكريم حرشاوي علان
الذي كان لنا مرشدا ومدعما في إنجاز هذا البحث.
كما نشكر جميع الأساتذة الكرام الذين رافقونا طيلة
مشوارنا الدراسي والى كل القائمين على الجامعة عامة
وكلية الحقوق خاصة

إهـــــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أتم نعمته عليا ووفقني بفضله إلى إنجاز هذا العمل أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا إلى من كان لهما الفضل في وصولي الى هذه المرحلة إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم والنجاح والدي العزيز والى نبع الحنان ورمز الحب والدتي الحبيبة إلى إخوتي الأعزاء وأخواتي الحبيبات أدامهم الله لي ذخرا ونورا ينير دربي، وإلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل

فاطمة

إهـــــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أتم نعمته علينا ووفقنا بفضله

إلى إنجاز هذا البحث أهدي عملي هذا إلى روح والديا العزيزين رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته

وإلى زوجي العزيز وإلى عائلتي الكريمة وإلى كل الزميلات والزملاء وإلى كل من ساعدنا بدون استثناء

حوية.

مقدمة

مقدمة:

يعتبر الواقع مضمون للقاعدة القانونية وهذه القواعد منها التي لا تقبل التغيير ومنها المرنة التي يضعها المشرع الجزائري ليعتمد عليها القاضي لما يعرض عليه من قضايا ولا يتقيد بحل واحد بل بتغير الظروف، وحتى ينصف المظلوم وإحقاق للحق لا بد من تطبيق القانون خاصة في الظروف التي تتطلب من القاضي أعمال النظر والتصرف لإنهاء الخصومة.

فالسلطة التقديرية للقاضي خولها له المشرع ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون النص القانوني فيها دلالته غير قطعية فالقاضي له حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه، وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنها من أثار بالغة الأهمية، ومن ابرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة الزواج الذي هو أساس تكوين الأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع من هنا تتبلور شخصية الطفل في كنف أسرته فقد يحرم الطفل من أحد والديه أو كلاهما بالموت أو الطلاق فلا بد أن يتوفر من يحل محل الأبوين في رعاية الطفل ويعوضه هذا الحرمان والحضانة شرعت للتخفيف من حدة الأثار المترتبة عن إنتهاء العلاقة الزوجية كنوع من أنواع التكفل الإجتماعي والنفسي والتربوي للطفل ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد ومساعدته على التأقلم.

وأحكام الحضانة يحكمها مبدأ هام هو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة المحضون (عند اسناده للحضانة أو لأسقاطها عمن أسندت إليه وقد أشار إليها المشرع الجزائري في 5 مواد من أصل 11 مادة تتناول أحكام الحضانة من المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة لذلك ارتأينا خلال مرحلة البحث الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا.

أهمية الموضوع:

يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع فلا بد من توفير الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة وتوفير بيئة صحية مناسبة له في كنف العائلة، غير أنه قد تنحل الرابطة الزوجية مما يخلف تشتت للعائلة وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة (الطفل) قدرا من الحماية وتعتبر أحكام الحضانة الحل القانوني السليم لذلك.

فالحضانة من أعقد المسائل التي تطرح اشكالات تمس مصلحة الطفل واللجوء إلى القضاء لحل هذه المسائل والقاضي يتعامل معها بكل دقة لمراعاة المحضون في أحكامه.

أسباب إختيار الموضوع

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

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

3-إكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة ومدى سلطته في مراعاة مصلحة المحضون.

4-تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في إسناد الحضانة.

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

إطار الدراسة: نتناول موضوع الحضانة من خلال أحكام قانون الأسرة خاصة مرحلة ما بعد تعديله بالقانون (02/05) ونظرا بالإرتباط الموضوع محل الدراسة بالفقه الإسلامي ونظرا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا مهما من مصادر قانون الأسرة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة .

يطرح هذا الموضوع عدة إشكاليات

-ما مفهوم الحضانة، وما مسقطاتها ، وماهي إشكالات إسنادها؟

ويهدف هذا البحث إلى إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل وتوضيح الأحكام القانونية والقضائية المتعلقة بالحضانة. وقد تناولت عدة دراسات موضوع الحضانة، ومصلحة المحضون. **المصلحة:** هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينهم (البوطي–محمد سعيد رمضان ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ط2، 1977، ص 23.

وعرفها الغزالي بأنها: عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، وتعني المحافظة على مقصود الشارع (الصانع محمد، المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر العربي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2007، ص 24.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتطرق إلى مفهوم المصلحة أو إلى تحديدها ولعل مرده إلى صعوبة ضبط معيار المصلحة، لأنها تختلف من حالة إلى أخرى، فمفهومها نسبي يتغير بتغير المكان والزمان والحالات الخاصة(رقية، أحمد داود، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل سنة 1989 يوم دراسي حول الحقوق الأساسية للطفل، جامعة وهران، 2004، ص 4.

الفصل الأول:
ماهية الحضانة وآثارها

الفصل الأول: ماهية الحضانة وآثارها

من أهم آثار انحلال عقد الزواج وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه والحضانة نوع من أنواع الرعاية الي يمكن أن تقدم للطفل التربية الصحيحة والخلق السليم، من هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية بالطفل.

وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نبين مفهوم الحضانة في المطلب الاول وشروط ممارستها في المطلب الثانى ، وأولويات الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها.

المبحث الأول : ماهية الحضانة

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

الحقوق التي تضمنها الحضانة كثيرة ومتعددة، كما أن الجهات التي تتولى صياغتها وتنفيذها مختلفة، وللحضانة عدة خصائص، فلزم الأمر عرض هذه التعريفات الفرع الأول(تعريف الحضانة لغة وفقها في فرعها الثاني وفي فرعها الثالث قانونا (قانون الأسرة الجزائري).

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة

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

وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه فهو حاضن، والجمع حضنه، وهي حاضنة والجمع حواضن ويقال احتضن هذا الأمر: تولى رعايته والدفاع عنه والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه والحاضنة: التي تقوم مقام الأم في تربية الولد والحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه[2].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها

وردت عدة صيغ في تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، ولعل أشهرها بإعتبار المذاهب الفقهية مايلي:

1 الرازي محمد أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، 1989، ص 125.

2 المعجم الوسيط، مصر، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004،ص 182، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ط1، 1980، ص 158.

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

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

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

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

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

ويرى ابن القيم الجوزية أم الولاية على الطفل نوعان، نوع يقدم فيه الأب عن الأم ومن جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم عن الأب وهب ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد[4].

1 زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط 1، ج10، 1993، ص 7.

2 الدسوقي، شمس الدين، الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، ص 226.

3 زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 07.

4 عطاء الله، احمد، تربية الطفل في الإسلام، الأردن، دار الفكر، ط1، 2007، ص 52.

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

أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول منها يكون للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي يستغني غيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم على شؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته فلا يمكن الإستغناء عن وجود النساء بجانبه خاصة[1].

وإنه من الطبيعي أن تناط حضانة الطفل بوالديه بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين حضانة الطفل واجب طبيعي فطري لما جبلا عليه من الرحمة والشفقة والرفع بفلذة كبدهما، فهما أجدر الناس بحضانته[2].

الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة

لم يخرج المشرع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير، كما أنه إعتقد في تعريفه لها على اسبابها وأهدافها.

1 أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، مصدر، دار العربي ، ط2، 1957، ص 406.

2 أباش ، أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص 196.

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

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

واستعداده الفطري والنفسي[2].

ثانيا: تربيته على دين أبيه: حيث يجب أن يربي على قيم الدين الإسلامي تأكيد المشرع في م 62 ق أ ج بقوله أن: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه[3].

أي أن الحضانة للأم وقد اكون كافرة، ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل وهذا ما جسده قضاة المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته "لا يسقط إكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي[4].

1 ديابي، باديس، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر دار الهدى، 2012، ص 125.

2 بن عصمان، نسرين، ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009، ص 113.

3 المادة 62 من القانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو1994، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،ج،رقم 15.

4 قرار رقم 457038 صادر في 2008/09/10، م م ع، 2008، ع2، ص 313، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط1،ج 3، 2013، ص 1462.

والقرار الصادر في 1989.03.13:"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ والأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف – في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد اسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، بإعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أ ج.

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

ثالثا: السهر على حماية المحضون: فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية لابد أن تشتمل هذه الحماية على أشكالها، فيجب أن يكون الطفل عرضة للأب إعتداء مادي كالضرب أو إعتداء معنوي، وأن يأدب في حدود ما يسمح به الشرع.

رابعا: حمايته صحيا: التكفل به صحيا وهي من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل

1 قرار رقم 5222 صادر في 1989/03/13، م ق، 1993، ع1، ص48، عن سايس، جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر منشورات كليك، ط1، ج2، 2013، ص644.

النشأة السوية خلقيا ودراسيا والإعتناء به فالرعاية تكون من الأشهر الأولى للطفل وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك[1].

خامسا: حمايته خلقيا: بتنشئته على الأخلاق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا وسويا حمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984.01.09 والذي جاء فيه مايلي:"متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما للأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها بإتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها[2]" وبناءا على ذلك ومراعاة لحاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية يتعين عن المحكمة أن تراعي كل الأهداف التي تضمنها المادة 62 ق أ ج كما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي وذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة[3].

أ-الحضانة من النظام العام:

1 ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 126.

2 قرار رقم 31997 صادر في 1984/01/09، م ق، 1989، ع1، ص 73، عن سايس جمال الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط1، ج 1، 2013، ص 308.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة الجزائر، 1996، ص 21.

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

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

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

1 بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، الجزائري، دار الخلدونية، ط1، 2007، ص 350.

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

3 طعيبة عيسى، سكن المحضون في اشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص 42.

ب-الحضانة حق مشترك:

يحتاج الولد في حياته الأولى في تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين[1].

حيث تعتب عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين، هما كون الحضانة حق وكونها في نفس الوقت واجبا، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن ومن جهة أخرى إلتزام على الحاضن ولهذا إذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في كلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار، ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لإحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة الأولى من حياته لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه[2].

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

1 بن ملحة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، ج 1، 2005، ص 131.

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

3 كربال، سهام، مرجع سابق، ص 12.

4 حسين عزيزة، مرجع سابق، ص 47.

ومنه تعتبر الحضانة حق وواجب في نفس الوقت فهي منه جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة، لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للولد على حاضنه – سواء كانت الأم أو غيرها – يتعلق بحضانته[1].

وعلى إعتبار ان الحضانة حق للحاضن من وجه آخر، فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون[2].

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه لما يؤذيه لعدم تمييزه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل[3]، فلا شك أن الولد الصغير محتاج لمن يعتني به، ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه، وذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره، وما ينفعه، والشارع قد ناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه وماله، وقد تنتقل هذه الحضانة لغيرهما في حالات كالوفاة أو الطلاق[4].

1 بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص 69.

2 كربال، مرجع سابق، ص 12.

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

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

ما نجده في نص المادة2/64 ق أ ج:"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" وهو قول كما يبدو عام ومبهم لايدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح[1].

وهذا يحفز إلى التوجه مباشرة إلى الإستنجاد بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة نفسه في هذا الميدان، وإلى القواعد التي تضمنتها إجتهادات الأئمة والفقهاء المسلمين في مجال شروط الحضانة وعليه فإنه بإمكاننا استنادا إلى نص المادة 222 ق أ ج القول بأنه يشترط في الشخص الذي تستند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط الأساسية[2] لهذه المهمة وهي مقسمة إلى شروط عامة وأخرى شروط خاصة كمايلي:

الفرع الأول: الشروط العامة للحضانة

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

1-**العقل:** وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره؟ وحسب المادة 81 ق أج لا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنها في حاجة إلى من يرعى شؤونها وهذا حسب المادة 42 إلى 44 ق أج.

1 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري،في ثوبه الجديد(احكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق،ص 140.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،(مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 295،296.

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 13-02-2002:" إن اسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة" إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه ما لا يليق، واشترط الحنابلة مع المالكية بالإضافة غلى العقل عدم المرض (كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

أما المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 5: ق أ ج"تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"

2-**البلوغ:** الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتباعتها إلا الكبار بل إن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما إذا دعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق إدعائها وكون البلوغ شرط في الحاضنة، شرط سار عليه سائر الفقهاء، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شؤونه، فكيف له أن يتولى شؤون غيره والبلوغ شرط أساسي للإستحقاق الحاضن للحضانة لأن به إكتمال الإرادة عادة

والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة بإعتباره متفق عليه ففقهاء الشريعة الإسلامية

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

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

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

غير أن المشرع صرح في المادة2/67 من الأمر 05-02 " أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، لأن عمل الأم

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

2 المادة 40 ق م ج،"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة.

3 الجندي، احمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009، ص 152.

4 قرار رقم 53578 صادر في 1989/05/22. م ق .1991، ع4، ص 99 عن سايس، جمال، للإجتهاد القضائي فب مادة الأحوال الشخصية ج1، مرجع سابق، ص 519.

5 بن حرزالله عبد القادر، مرجع سابق، ص 359

6.قرار رقم 33921 صادر في 09-07-1984، م ق، 1989، ع4، ص 76 عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 304.

7 بن حرزالله عبد القادر، مرجع سابق، ص 359

8 قرار رقم178086 صادر في 1997/12/23، ن ق ، 1999،ع52،ص33، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص 943.

الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية، مع أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.

5-الإسلام: الشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولايته ولا ولاية كافر على مؤمن لقوله تعالى:" وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً "[1]، وهي كالولاية على الزواج والمال لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن، وحرمهم على تنشئته على دين أبيه فرسول الله(ص) قال:"كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، إلا أن المالكية ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط وأنه لا أثر للإختلاف الدين في الحضانة، تجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية حتى ولو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا والمحضون مسلما سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى[2].

أما الحنفية فرقوا بين حضانة النساء وحضانة الرجال، ففي حضانة النساء لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وفي حضانة الرجال يشترط اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه فإختلاف الدين يمنع استحقاق الحضانة[3] ، لأن اختلاف الدين يمنع من التعصيب[4].

1 الآية 141 من سورة النساء.

2محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر، الأردن، 2008، ص256.

3 أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري، محلى بالأثار، دار الطباعة مصر، بدون سنة نشر، ص 323.

4 عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 32.

أما موقف القانون جاء في المادة 62 ق أ ج:" والقيام بتربيته على جين أبيه....." على الرغم من عدم وجود نص صريح حول إشتراط الدين الإسلامي في ممارسة الحضانة إلا أتن قضاء المحكمة العليا لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة[1]. بل أعطى لها الأولوية في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون خاصة إذا كانت الأم تسكن بالجزائر إلا إذا خشي على دينه، كما رأى المشرع أنه إذا كانت الأم قاطنة في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب فإن ذلك يعد مخالفا للقانون، ولذلك يجب أن تراعي مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه[2] وجاء في قرار آخر بتاريخ 25-12-1989 من المقرر قضاء مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة[3].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالإناث:

هناك عدة شروط خاصة بالإناث تتمثل فيمايلي:

أ-شروط عدم التزوج بأجنبي غير الصغير:

اختلف الفقهاء في حكم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون على آراء منها:

-**الرأي الأول:** قولهم أن الحضانة تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة المالكيــة، الشافعــية، الحنابلة،

1 ملف رقم 50876 بتاريخ 07-11-1989، المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد3، سنة 1991، ص 48.

2 ملف رقم 59013 قرار بتاريخ 19-02-1990، نبيل صقر وقمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 138.

3 ملف رقم 86597 بتاريخ 25-12-1989، المجلة القضائية،العدد 4، 1991، المرجع السابق، ص 117

والحنفية وحجتــهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امــرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاد وحجري له هواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال رسول الله (ص)"أنت أحق به مالم تنكحي[1]" فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق فيسقط حقها في الحضانة[2] ويدل ذلك قول المرغاني:" وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها، لأن زوج الأم إذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا ثم يقول "إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه ام مقام أبيه كذلك إذا كان الزوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة[3].

-**الرأي الثاني:** قيل أن الحضانة لا تسق بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو رأي الحسن البصري وإبن حزم الظاهري والذي احتج لرأيه بقوله تعالى:" وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ [4] لأنه (ص) تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وقد أثار ابن حزم على عدم سقوط الحضانة بالزواج فقال الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغ المحيض.

1 صالح بوغزارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون(غير منشور، جامعة الجزائري، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 78.

2 عبد اللطيف عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 39.

3 محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 98.

4 سورة النساء، الأية 23.

والإحتلام، وإثبات التمييز وصحة الجسم سواء أكانت أمه متزوجة أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل ثم يقول:(ولم يأت نص صحيح فقط بأن الأم، إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة)[1].

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه " يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل، مالم يضر بمصلحة المحضون" وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها الأجنبي وبقريب غير محرم وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قرارتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 05-05-1986 يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون ولذلك يستوجب تقص القرار الذي خالف هذا المبدأ وإسناد حضانة البنت لجدتها لا لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[2].

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 20-04-1999 أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك[3].

وجاء في القرار المؤرخ في 18-05-2005 أنه: يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم[4].

1 محمد علي بن أحمد سعيد حزم الظاهري، مرجع السابق، ص 323.

2 ملف رقم 40438 قرار 05-05-1986، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد 02، سنة 1986، ص75.

3 ملف رقم 2204070 قرار بتاريخ 20-04-1999، مجلة الإجتهاد القضائي،صادر عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد 1 ، بدون سنة نشر، ص 181.

4 ملف رقم 331058 بتاريخ 18-05-2005، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد02، سنة 2005، ص 383.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الجمهور والحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزوجها القريب بغير قريب للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون وخدمة لمصلحته.

ب-شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:

الحاضنة تكون ذات رحم محرم للطفل، كأمه وأخته أو خالته وجدته، لأن مبنى الحضانة على الشفقة فلا حضانة لبنت العم والعمة ولا لبنات الخال والخالة لكن لهن الحق في حضانة الذكور، إلا الحنفية فقد قالوا أن لهن الحق بحضانة الأنثى[1].

جـ-شروط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقطا لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا اسكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا مت نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري" تسقط حضانة الجد أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

د-شرط ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار ابيه:

يرى الفقهاء أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحظنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن

1 عبد المطلب عبد الرزاق، حمدان ، ص ص، 40-41

الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب بإبقاء الصغير عند أمه وهو معسرا[1].

هـ-عدم الإستطان بالمحضون في بلد أجنبي:

إختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضنة أو الولي إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

***القول الأول:** التفريق بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة و الإنقطاع والسكن في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة فإذا كان سفر أحدهما للنقلة والإنقطاع سقطت الحضانة.

وقد ذهبوا إلى أنها في سفر الإنقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، وفي السفر لحاجة يشترط أن يكون الطريق آمنا والمكان المتنقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير[2].

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

الرأي الأول:بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين وهو تحديد المالكية.

الرأي الثاني: أنه لا فربق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.

1 احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 598.

2 نور الدين أبو كية، المرجع السابق، ص 122.

الرأي الثالث: تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.

الرأي الرابع: إذا كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها وهو قول الإمام أحمد[1].

وقد ورد في نص المادة 69 ق أ ج إذا اراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه...." فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي إلى بلد أجنبي بل إشترط فيه الإستطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محدودة.

في حين أغلب الفقهاء يرون ان التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن (ستة) برد ما يعادل 20 كلم مسقط للحضانة[2].

فإذا كان الأبوين يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته ولن يسقط حق الحاضن في فذلك يسهل حتما التكفل بالمحضون على أحسن وجه ومراعاة حقوقه، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا صحيح القانون[3].

1نور الدين أبو كية، المرجع السابق، ص 122.

2 ملف رقم 5221 قراربتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01،لسنة 1993، ص 48.

3 ملف رقم 56397 قرار بتاريخ25-12-1989، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1991، المرجع السابق، ص 61.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالذكور

يشترط في الرجال بالإضافة إلى شروط عامة (العقل – الأمانة – الدين) شروط خاصة بهم وهي:

أ–أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

الحاضن إذا كان رجلا والمحضونة أنثى بلغت سنا معينة أن يكون محرما لها[1]، فقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين حذرا من الخلوة للإنتفاء المحرمية بينهما[2]، وإذا لم تبلغ هذا السن أعطيت له بالإتفاق فلا يكون لإبن العم حضانة ابنة عمه[3].

ب–إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأن حق الرجل مبني على حق الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمة من عامة أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمة غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما، إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث[4].

وإذا توفرت هذه الشروط فإن الحضانة تستند إليه مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لكي لا يترك ما يصعب مهمة القاضي وذلك لحمايته بممارسة الدعاوي المدنية كما سيأتي بيانها.

1 بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 07.

2 كربال سهام، المرجع السابق، ص 37.

3 عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 42.

4 محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 408.

المطلب الثالث: أولويات الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها

من المعلوم أن الفقهاء قدموا بعضهن على بعض بحسب المحضون فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال للأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم واختلفوا احيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة.

الفرع الأول: أصحاب الحضانة من جهة الأم وترتيبهم

إتفق الفقه الإسلامي على أن الأم أحق بالولد من غيرها سواء كانت متزوجة بأب الصغير أو مطلقة في عدتها متى كانت أهلا للحضانة، ومن ثم يثبت لها حق التقدم لكونها أرفق الناس بالصغير[1].

وعليه فلا يحق لأحد حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق[2]، ثم تأتي النسوة اللواتي هن قريبات الأم لأنهن أرحم بالمحضون، فإن لم تكن الأم أهلا للحضانة تليها مباشرة أمها، وهي أقرب وأكثر شفقة بالمحضون من غيرها وإذا لم توجد أو لم تكن أهلا للحضانة إنتقل حق الحضانة للأخوات، ويكن أحق من الخالات والعمات، وإذا لم يكن للصغير أو للصغيرة أخت إنتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات والأخوات للأم[3].

الفرع الثاني: أصحاب الحضانة من جهة الأب وترتيبهم

1 أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص 224.

2 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 225.

3 احمد فرج حسين، المرجع السابق، ص 224.

إذا لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة إنتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ للأم وما نزل، وإذا انعدمت العصبان آل حق الحضانة للمحارم ذوي الأرحام[1] ، وإذا لم يكن للمحضون أحدمن المحارم ذوي الأرحام كانت الحضانة لأقربائه غير المحارم على أنه لا حق للإناث في حضانة الذكور، كما أنه لا حق للرجال في حضانة البنات، مع الإشارة إلى أنه إذا وجدت أنثى محضونة لا قريب لها إلا إبن عم لها فالقاضي يختار من هو الأصلح[2].

حسب نص المادة 64 من ق أ ج:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" يلاحظ من خلال نص المادة أن أصحاب حق الحضانة وفقا للقانون عديدون ولهم مراتب ودرجات محددة في القانون[3]. فقد منحت المادة 64 ق أ ج الأب حق الحضانة بعد الأم مباشرة تليه أم الأم ثم أم الأب[4].

1 عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ واحكام الفقه الإسلامي، دار تالة ، الجزائر، 2000،ص 268.

2 حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة أطروحة دكتورة (غير منشورة) كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية،2004-2005، ص 328.

3 أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص 226.

4 قرار المحكمة العليا، ملف رقم 31997 بتريخ 09-01-1984، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد01، 1993، ص 48.

وقضت المحكمة العليا " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ والأنثى حتى الزواج.

وقضاة الإستئناف في قصية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة من جديد وإسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم أصابوا بخصوصهم الولدين بإعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطؤا بخصوص البنت خارقين بذلك احكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أ ج[1].

كما قضت في حكم آخر أن قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تأكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح[2].

وقضت في حكم آخر لحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر وأن الأولاد الأربعة هم صغار السن وغير مميزين وضمهم لأمهم أولى ، وأحق من تجزئة الحضانة بين الأم والأب وهذا ملائمة للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب[3].

وإن لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات السابقة أو وجود مانع مادي للتكفل بالطفل المحضون أو غير أهل لذلك نص المشرع في م 64 ق أ ج أن القاضي يختار ما يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب (كإبن العم مثلا) هنا على القاضي إن رأى غموضا في نص المادة السالفة الذكر له أن يعود

1 ملف رقم 5221 قراربتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01،لسنة 1993، ص 48.

2 ملف رقم 153640 قراربتاريخ 18-02-1997، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01،لسنة 1997، ص 39.

3 ملف رقم 32594 قراربتاريخ 023-04-1984، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01،لسنة 1989، ص 77.

لنص المادة 222 من ق أ ج التي تحيلها لأحكام الشريعة الإسلامية والقاضي يراعي في كل الأحوال مصلحة الطفل[1].

الفرع الثالث: الأقارب ودرجتهم

إختلفت المذاهب الأربعة في ترتيب القريبات فالمالكية يرتب القريبات من المحارم إبتداء من الأخت وتقدم الشقيقة على التي للأم، وهذه الأخيرة على التي للأب ثم عمته أخت أبيه ثم عمة أبيه وأخت الجدة ثم خالة أبيهم، وبنت الأخ الشقيق ثم التي للأم وبعدها التي للأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي للأب[2] وإن إجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة وبعضهم رجع بنات الأخ على بنات الأخت[3].

أما الحنفية رتب القريبات الحاضنات بداية من أخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات ثم بنات الإخوة ثم عمات المحضون فخالات الأم ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب وتقدم دوما الشقيقة على التي للأم والتي للأم على التي للأب[4]، أما الحنبلي قدم الأم وأمهاتها والأب وأمهاته ثم الأخوات بدأ بالشقيقة فالخالة فالعمة ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات أخواته

1 أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 219.

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 229.

3 عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 218.

4 محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، بدون سنة نشر، ص 406.

وأخيرا المذهب الشافعي فقد ذهب إلى أن الأم أولى بحضانة إبنها أما عن القريبات من المحارم فهن الأخت ثم بنت العمة ثم بنت العمة ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي للأب على التي للأم[1].

المبحث الثاني: آثار الحضانة

نتطرق في هذا المبحث إلى حقوق المحضون التي أقرتها الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية للأولاد على الأباء، وذلك بتبين آثار الحضانة، ولعل أهم أثر لها النفقة التي تعتبر حقا ثابتا للأولاد ذكورا كانوا أم إناثا، إلا أنها تختلف من حيث مدتها، فهي تمتد إلى غاية بلوغ سن الرشد القانوني بالنسبة للذكور، أما نفقة البنات فإنها تمتد إلى غاية الزواج لأنها تنتقل من الأب إلى الزوج بعد الدخول بها [2].

كما أن إنحلال الرابطة الزوجية يطرح مشكلة حق المحضون في السكن المناسب لممارسة الحضانة، وعلى هذا الأساس وجب على القاضي أن يجدد محلا لسكنهم ضمانا لحق المحضون.

إضافة إلى أثر آخر وهو حق رؤية الصغير أو حق زيارته التي أقرها الشرع والقانون سواء لأحد الأبوين أو لكليهما إذا كان المحضون في حضانة الغير حتى لا ينقطع عن والديه.

وسنتناول في هذا المبحث حق المحضون في النفقة والمسكن والزيارة من خلال ثلاثة مطالب.

1 عبد الفتاخ تقية ، المرجع السابق، ص 260.

2 المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: نفقة المحضون

يقصد بنفقة المحضون الأموال التي تنفق على الطفل من مأكل وملبس وغيرها من الضروريات، وكمبدأ عام فإن نفقة المحضون واجبة على الأب وذلك لقوله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [الطلاق. الأية 6] حيث أوجب أجر رضاع الولد على أبيه

وبالرجوع إلى القانون الجزائري ومن خلال المادة 75 من قانون الأسرة التي نصت على :تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول ..... عنها بالكسب.

ومن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أوجب نفقة المحضون من مال أبيه مالم يكن للمحضون مال، وهذا ما ذهب إليه المالكية إذ قالوا إن نفقة الطفل واجبة على الأب بالنسبة للذكر حتى يبلغ سن الرشد عاقلا قادرا على الكسب وبالنسبة للأنثى حتى يدخل بها زوجها.

أما الإمام الشافعي فيرى أن الأب ينفق على ولده حتى يبلغ المحيض والحلم، ثم لا نفقة له عليه ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.

ورأى الحنابلة أن الأبن الضعيف يلزم أباه الغني أن ينفق عليه.

وتسقط نفقة الأب إذا كان معسرا، أو إذا كان الولد الذكر قد بلغ سن الرشد[1] دون أن يكون مصابا بعجز بدني أو عقلي من القيام بشؤونه المادية والمعنوية ولم يكن مزاولا لدراسة تمنعه من العمل لكسب قوته.

أما نفقة البنت فتجب على الأب إلى حين زواجها والدخول بها لتنتقل بعد ذلك على عاتق زوجها[2] .

الفرع الأول: مشتملات النفقة

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي:" تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والمادة"

نجد ان المشرع في هذه المادة أعطى تعريفا عاما للنفقة وما تشتمله من مصاريف، مما يدل على مشتملات النفقة هي كل ما يحتاجه الإنسان في حياته لضمان العيش الكريم، من مأكل وملبس ومأوى وغيرهم، ولا يحدد القانون جميع مشتملات النفقة ، بل ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، وألحق عبارة (ما يعتبر من الضروريات في العرق والعادة) ليترك المجال مفتوحا حسب العادات الجارية بين الناس[3]

1 حددت المادة 40 من القانون المدني بـ 19 سنة كاملة.

2 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل". ص 431.

3 احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 162،163.

وإذا نظرنا إلى التعريف الشرعي للنفقة فإنها تعرف بأنها الإدرار على الشخص بسيء فيه بقاؤه، او هي كفاية مؤونة من الطعام والكسوة والمسكن [1].

ومن هنا يتبين لنا أهم مشتملات النفقة المتمثلة في الطعام والكسوة والمسكن.

الفرع الثاني: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها

1-تقدير النفقة

من أهم المسائل المثارة في موضوع النفقة هو كيفية تقديرها، وماهي أهم معايير ضبط قيمتها؟

لم يحدد لا الشرع ولا القانون مقدارا محدد للنفقة، فهي خاضعة للمستوى المادي والمعيشي للأبوين، فالبرجوع الى القرآن الكريم يقول الله تعالى" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا" [سورة الطلاق الأية 07] يحثنا الله سبحانه وتعالى على وجوب النفقة، لكن لم يحدد قيمتها بل جعلها حسب مقدور كل إنسان.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة التي تنص على " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة الحكم" فمسألة النفقة هي مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع فالقاضي هو من يقدر النفقة حسب حال

1 بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1987، ص 93.

الطرفين، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر مخالفة للقواعد الشرعية[1].

وبعد تقدير النفقة وصدور الحكم لا يمكن للقاضي أن يعيد تقديرها لا زيادة ولا نقصانا إلا بعد مرور سنة من تاريخ الحكم السابق قد أكدت المحكمة العليا أنه من المقدر قانون عدم جواز مراجعة القاضي لحكم النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها[2].

2-تاريخ وكيفية استحقاق النفقة:

جاء في المادة 80 من قانون الأسرة " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" وعليه فإنه يمكن المطالبة بها من يوم رفع الدعوى.

أما عن كيفية استحقاق النفقة فإنها تحصل بموجب اتفاق رضائي بين الطرفين تهم فيه تحديد كيفية تحصيل النفقة ومقدارها ومدتها أو عن طريق القضاء إذا امتنع المدين عنه تسديد النفقة.

وفي حالة ما إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي المحدد لميلغ النفقة بسبب عجز المدين أو امتناعه عن التسديد فيمكن للحاضنة أن تلجأ إلى

1 ملف رقم 446630 بتاريخ 09-04-1987، المجلة القصائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، سنة 1990، ص 55.

2 أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 163.

صندوق النفقة[1] وتهم إثبات تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره المحضر القضائي وبعدها تتم الإستفادة من الصندوق بإجراءات محددة.

الفرع الثالث: أجرة الحضانة

تتطلب الحضانة مجهودات مادية ومعنوية من طرف الحاضنة لرعاية وتربية المحضون والسهر على حماية مصالحه، إذ نعتبر عملا مشروعا يمكن تقييمه بالمال كما يمكن أن يمارس تبرعا سواء كانت الحاضنة أما للمحضون أو غيرها، وتختلف أجرة الحضانة على نفقة المحضون.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية أجرة الحضانة، منهم من أيدها ومنهم من رفضها.

المالكية لم يؤيدوا هذه الفكرة ورأوا أنه ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أما للمحضون أو غيرها، فإن كانت الحاضنة أما وكان ولدها المحضون مالا، فإنه ينفق عليها لفقرها وحاجتها وليس لحضانته، أما نفقة المحضون على والده وللقاضي أن يقدرها حسب ما يراه مناسبا لحالة الصغير[2].

أما الحنفية فقالوا بأنه إذا كانت الحاضنة أما للصغير وكانت في عصمة زوجها فإنها لا تؤجر على حضانته، والأم المعتدة من طلاق رجعي لا تستحق أجرة الحضانة في فترة العدة لأن لها نفقة على الزواج[3]، وتستحق النفقة حسبهم كأجرة

1 القانون رقم 1.15 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد 01، الصادر بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموفقة لـ 07 يناير 2015.

2 عبد الرحمن الحريري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت، لبنان، ص 603.

[3] محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر، الأردن، 2008.

للرضاع، وللأم مؤونة ونفقة لقوله تعالى: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" [سورة البقرة الأية 233]

أما الشافعية والحنابلة والزيدية فإنهم قالوا أن الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، فالحضانة واجبة على الأم ولو استغنت ولا تجبر عليها لو امتنعت ، ومؤونة الحضانة تكون من مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، والأجرة على حضانة الأم هي أجرة المثل[1].

وإذا رجعنا الى المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة فإنه لا يتطرق إلى موضوع أجرة الحضانة ولم يعرفها، لكنه أفسح المجال للإجتهاد القضائي من خلال نص المادة 222 التي ترجعنا الى احكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، وللقاضي أن يراعي مصلحة المحضون في هذا الموضوع.

فيما يخص الحاضنة، فمنهم من رأى أن سكنها يقع على عاتق من عليه نفقة المحضون، ومنهم من رأى أنه عليها هي.

وجاء في مذهب المدونة أن المسكن واجب كذلك فيما يخص الحاضنة اما إذا كانت ميسورة الحال بغير الأب فإنه يسقط واجبة في توفير السكن[2].

وقد ورد عن الإمام سحنون" إن سكن الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجرة بين أب المحضون ونصفها على الحاضنة[3].

1 عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 58.

2 نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2016، ص 262.

3 الإمام سحنون سعيد الفتوحي، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي ط1،دار الكتب العلمية، بيروت،1994، ص 264.

أما الحنفية فقد اختلفوا في حكمهم حول على من تقع مسؤولية توفير مسكن الحضانة، فأراد ابن عابدين أن يوفق بين الرأيين فقال في كتابه رد المحتار:" والحاصل لزوم أجرة السكن على من لزمته نفقة المحضون، فإن المسكن من النفقة لكن هذا إن لم يكن للحاضنة مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه" وقال كذلك :" فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين ولا يخفى أن هذا هو الأوفق للجانبين فليكن به العمل" واتفق الشافعية والحنابلة على ان السكن من النفقة وهو من واجب الأب إذا كان موسرا حاله حال أجرة الحضانة وأجرة الرضاع[1].

المطلب الثاني: سكن ممارسة الحضانة

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن ممارسة الحضانة بل إكتفى بالإشارة إليه في المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص على:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"

1 عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 26.

ومن خلال استقراءنا لهذه المادة نجد ان المشرع ألزم الأب بتوفير السكن المناسب لممارسة الحضانة وإذا لم يكن قادرا على ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار، وأعطى الحق للحاضنة في مطالبة الأب بسكن الحضانة واعطاها كذلك صفة في التقاضي لهذا الطلب بإعتباره من مشتملات نفقة المحضون.

الفرع الأول: سكن الحضانة في الشريعة الإسلامية

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية السكن بأنه" كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام حيث يكون حرما آمنا لايباح لغيره دخوله إلا بإذن منه[1]" هذا كتعريف عام للسكن، أما بخصوص سكن الحضانة فإنهم لم يعطوه تعريفا خاصا، بل كانت لهم آراء مختلفة حول الطرف الملزم بتوفير سكن للمحضون.

المالكية اتفقوا على أن السكن واجب على الأب بخصوص المحضون, واختلفوا فيما يخص الحاضنة , فمنهم من رأى ان سكنها يقع على عاتق من عليه نفقة المحضون, و منهم من رأى انه عليها هي .

و جاء في مذهم المدونة ان المسكن واجب كذلك فيما يخص الحاضنة, ام اذا كنت ميسورة الحال بغير الاب فإنه يسقط واجبه في توفير السكن[2].

وقد ورد غم الامام سحنون :(ان سكن الطفل على ابيه وعلى الحاضنة مايخص نفسها,ويكون توزيع الاجرة بين اب المحضون ونصفها على الحاضنة)[3].

2 عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرو لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 46.

3 نبيل صقر, قنةن الاسرة نصا و فقها و تطبيقا, دار الهدى ,الجزائر, 2016,ص 262

اما الحنفية فقد اختلفوا في حكمهم حول على من تقع مسؤولية توفير مسكن الحضانة, فاراد ابن عابدين ان يوفق بين الرأيين فقال في كتابه رد المحتار (و الحاصل لزوم اجرة السكن على من لزمته نفقة المحضون , فإن المسكن من النفقة لكن هذا ان لم يكن للحاضنة مسكن, ام لو كان لها مسكن يمكنها ان تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الاجرة لعدم احتياجها اليه), وقال كذلك (فينبغي ان يكون هذا توفيقا بين القولين , ولا يخفى ان هذا هو الاوفق للجانبين فليكن به العمل).

واتفق الشافعية و الحنابلة على ان السكن من النفقة و هو من واجب الاب اذا كان موسرا حاله حال اجرة الحضانة و اجرة الرضاع[1].

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة

يعد مكان ممارسة الحضانة من أهم المسائل المطروحة في الحضانة لكونه يتعلق بحق آخر وهو حق الرؤية أو حق الزيارة للطرف الآخر الذي لم تسند له الحضانة.

ولأن مصلحة المحضون تتطلب رعاية واشراف والديه، فإنه من الواجب ممارسة الحضانة في مكان يسمح لهما بذلك.

وقد قدر العلماء ان مكان الحضانة فينبغي ان يكون في الموطن المعتاد للزوجين سواء كان من الرجال أو النساء، إذ لا يجوز للحاضن الإنتقال بالمحضون

1 الامام سحنون سعيد التنوجي, عن الامام عبد الرحمان بن قاسم, المدونة الكبرى للامام مالك بن انس الاصبحي, ط1 , دار الكتب العلمية ,بيروت, 1994, ص 264

الى مكان بعيد دون موافقة الطرف الآخر مما يتسبب في حرمانه من رؤية المحضون ومجالسته والتحادث معه[1].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنه لم يتكلم صراحة من مكان ممارسة الحضانة، لكن يمكننا ان نستنتج موقفه من خلال نص المادة:69 من قانون الأسرة التي نصا على:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومن خلال قراءتنا لهذه المادة نرى بأن المشرع الجزائري قصد من خلالها أنه من الأنسب أن تمارس الحضانة في بلد المحضون الذي هو محل اقامة والده حتى يتسنى له حق الزيارة والمراقبة والرعاية.

وترك المجال مفتوحا أمام القضاء فيما يخص مصلحة المحضون ، فإذا كان الإنتقال به يكون في مصلحته سمح القاضي بذلك وإذا كان في غير مصلحته فإن القاضي له صلاحية اسقاط الحضانة على الحاضن الذي أراد أن يستوطن في بلد أجنبي يتنافى ومصلحة المحضون وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها:" من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب ان تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمة فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم

1 العربي بختي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ط1، الجزائر، 2014، ص 136.

التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقص القرار المطعون فيه)[1] .

أما إذا كانت الحاضنة إمرأة أخرى غير الأم، فمكان الحضانة هو بلد أب المحضون ولا يجوز لها الإنتقال به إلا إذا أذن والده بذلك[2].

الفرع الثالث: مواصفات سكن الحضانة

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ....." من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مواصفات سكن الحضانة ولكنه اكتفى بعبارة (سكنا ملائما للحاضنة).

وحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤوليتها، يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة مواصفات خاصة تتمثل في:

-أن يكون السكن مناسبا للمحضون والحاضنة وحسب مقدور الأب، حيث يجب أن يتوفر المسكن على كل ما يلزم من أثاث وفراش ومرافق ضرورية للأسرة،

-أن يكون السكن مستقلا وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، وينبغي أن يكون في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى[3].

1 ملف رقم 59013، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 01، ص 116.

2 عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 54.

3 بوقرة ربيع وزروقي مبروك، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري والإجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة المسيلة كلية الحقوق، السنة الجامعية2016-2017 ، ص13.

وبالعودة إلى الشريعة الإسلامية فإن الفقهاء اشترطوا في المسكن مواصفات واضحة لابد من توفرها حتى يكون صالحا للعيش فيه وهذه الشروط هي:

-أن يكون المسكن يحتوي على باب به غلق وأن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام والغرف.

-أن يحتوي على مستلزمات العيش الضرورية من طعام وكسوة.

-يشترط في المسكن ان يكون له جيران[1].

المطلب الثالث: حق الزيارة

وكذا بعد حل الرابطة الزوجية وانفصال الزوجين، يحكم القاضي بحق الحضانة لأحد الأبوين أو لغيرهما ممن تثبت كفاءته للحضانة، فيقتضي هذا الحكم ابتعاد الصغير عن أحد الأبوين أو كلاهما، لذلك كان حق الزيارة حقا ثابتا شرعا وقانونا حماية للأطفال وحفاظا على العلاقة الأسرية، وسنتطرق في هذا المطلب رأي الشرع والقانون في موضوع الزيارة وكيفية ممارسة حق رؤية المحضون.

الفرع الأول: حق رؤية المحضون في الفقه

يعتبر الحق في زيارة ورؤية المحضون من الحقوق الثابتة شرعا للآباء والأبناء، لم يختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية عموم، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل.

1 بوقرة ربيع، زروقي مبروك، المرجع السابق، ص 12.

المالكية رأو أن لكل من الأم والأب الحق في رؤية صغارهم المحضونين، فإذا كان الولد في حضانة والده فلأمه حق رؤية كل يوم إن كان صغيرا، وإذا كان كبيرا، فلها حق رؤيته مرة في كل اسبوع، ونفس الحكم بالنسبة للأب إذا كان الولد في حضانة أمه، سواء كان الصغير بالغا سن التعلم أو لم يبلغه, واذا اراد الاب ان يراه فإن الام لا تجبر على إرساله لكنها لا تمنع ذلك, و كذلك الاب فإنه لا يجبر على إرسال الولد لامه ولا يمنع رؤيتها له ان ارادت هي ان تراه, ام اذا كان الولد في حضانة والده و كانت امه متزوجة و امتنع الاب من اخذه لها في منزل زوج امه، فإنه يتوجب عليه إخراج الصغير اليها في مكان يسمح لها من رؤيته[1].

و إذا كان الصغير في حضانة امه في منزل زوجها , فإنه من حق الزوج ان يأذن بزيارة الاب لصغيره,ام إذا لم يأذن بذلك فعلى الام اخراج الولد ليتمكن الاب من رؤيته.

وراى الشافعية ان حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز و اختياره العيش مع احد ابويه, وفيما يخص وقت الزيارة فإنه مرة في الاسبوع او اكثر وليس كل يوم.

و قال الاحناف ان الاب يزور ولده كل يوم, ام اذا كان هو الحاضن فللام حق الزيارة مرة كل اسبوع , ام لغير الام فمرة كل شهر على الاقل، و الحنابلة رأوا ان الصغير المميز له حق اختيار الالتقاء مع ابيه او امه .

الفرع الثاني: حق رؤية المحضون في قانون الأسرة الجزائري

1 عبد الفتاح تقية ,مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ و احكام الفقه الاسلامي , دار تالة,الجزائر ' 2000,ص 274

حق الرؤية أو الزيارة من الحقوق التي حصاها القانون نظرا لأهميتها في حياة المحضون فمن خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وفي جزئها الأخير(.....وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.)

نستنتج أنه وجب على القاضي أن يصدر الحكم بالزيارة مع الحكم بإسناد الحضانة ولو غفل المعني بالأمر عن ذلك فجعل المشرع الحكم بالزيارة من صلاحيات القاضي، وهو حكم تلقائي تابع لحكم اسناد الحضانة يستفيد منه الطرف الذي لم تسند له الحضانة.

ولم يحدد القانون الأوقات والأماكن الخاصة بالزيارة بل ترك الأمر في يد الأطراف واعتبره مسألة رضائية بينهم، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها(... فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد ان يسهل على الأخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تقييد أو تطبيق أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبين الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[1].

ووجب على القاضي عند الحكم بحق الزيارة أن يراعي في ذلك أولا وقبل كل شيء.

وإذا اراد الأب ان يراه، فإن الأم لا تجبر على إرساله، لكنها لا تمنع ذلك وكذلك الأب فإنه لا يجبر على ارسال الولد لأمه، ولا يمنع رؤيتها له إذا أرادت هي أن تراه.

1 ملف رقم 79891، قرار مؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد 3، ص 55.

أما إذا كان الولد في حضانة والده و كانت أمه متزوجة. وامتنع الأب من أخذه لها في منزل زوج أمه، فإنه يتوجب عليه إخراج الصغير إليها في مكان يسمح لها من رؤيته[1].

وإذا كان الصغير في حضانة أمه في منزل زوجها فإنه من حق الزوج أن يأذن بزيارة الأب لصغيره، أما إذا لم يأذن بذلك، فعلى الأم إخراج الولد ليتمكن الأب من رؤيته.

ورأى الشافعية أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الأبوين وفيما يخص وقت الزيارة فإنه مرة في الأسبوع أو أكثر وليس كل يوم.

وقال الأحناف إن الأب يزور ولده كل يوم، أما إذا كان هو الحاضن فللأم الزيارة مرة كل اسبوع أما لغير الأم فمرة كل شهر على الأقل، والحنابلة رأوا أن الصغير المميز له حق إختيار الإلتقاء مع أبيه أو أمه.

مصلحة المحضون وحالته وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16-08-1990 أنه [يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعدهم، بما يحتاجون إليه، ويتعاطف معهم ومن ثم جاء القرار المطعون فيه بترتيب حق

1 عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ واحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر،2000، ص 14.

الزيارة للأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون)[1].

وقد ميز القانون الجزائري حق الزيارة بخاصية القضاء المستعجل بصفة مؤقتة إذا تعسف من له حق الحضانة ومنع الطرف الأخر من زيارة ورؤية المحضون، وهذا ما جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة (يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ماتعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن).

1 باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، ص63.

الفصل الثاني:

إشكاليات التطبقات القضائية للحضانة

الفصل الثاني: اشكالات التطبيقات القضائية للحضانة

تطرح الحضانة العديد من الإشكالات نظرا لحساسية الموضوع لكون الأطفال أهم طرف فيه من جهة ومن جهة أخرى بعض الفراغات الموجود في قانون الأسرة الجزائري مما يصعب مهمة القاضي ويفتح أمامه المجال للإجتهاد لتبقى مصلحة المحضون أهم هدف يسعى إليه القانون والقضاء على حد سواء.

وعليه تناولنا في هذا الفصل أبرز الإشكالات القضائية المتعلقة بالحضانة فتطرقنا في المبحث الأول إلى الدعاوى التي يثيرها موضوع الحضانة المدنية منها والجزائية، وفي المبحث الثاني تناولنا أهم الإشكالات التي يتوقف عليها إسناد الحضانة.

المبحث الأول: الدعاوى المتعلقة بالحضانة

نتناول في هذا المبحث الدعاوى المتعلقة بشقيها المدني والجزائي فالدعاوى المدنية تتمثل إما في المطالبة بإسناد الحضانة لصاحب الدعوى المرفوعة أو إسقاطها عن غيره ، أما الدعاوى الجزائية فتتمثل في مخالفة تنفيذ أحكام الحضانة.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة

وتتمثل هذه الدعاوى في دعوة اسناد الحضانة، دعوى تمديد الحضانة، ودعوى اسقاط الحضانة.

الفرع الأول: دعوى اسناد الحضانة.

ويتم اللجوء إلى دعوى اسناد الحضانة في ثلاث حالات، حالة انفصال الزوجين سواء طلاق أو تطليق أو خلع، وفي حالة الوفاة أو الفقد.

1- حالة الإنفصال:

يعتبر موضوع الحضانة من أبرز المسائل التي ينظر فيها القاضي لأنها أهم أثر من آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان الإنفصال طلاقا بالتراضي أو بإرادة الزوج المنفردة، أو كان بطلب التطليق من طرف الزوجة، أو بالخلع، فمهما اختلفت أسباب الإنفصال يبقى القاضي ملزما بالنظر في موضوع الحضانة والفصل في مصير الأولاد مع مراعاة مصلحتهم بالدرجة الأولى.

وحسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري فإن الأم هي الأحق دائما بحضانة الأولاد إلا إذا حدث لها عارض يسقط عنها الحق المحدد لها شرعا وقانونا فتكون حضانتها للأولاد في غير مصلحتهم وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد

قرارتها (إن الأم أحق بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية)1

إلا أنه يمكن للقاضي أن يمنح الحضانة لغير الأم إذا استدعت مصلحة المحضون ذلك، وهذا ما أكدته المحكمة العليا(إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم، واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح القانون)2.

2- في حالة الوفاة أو الفقد:

إذا كانت دعوى الحضانة في الحالة الأولى دعوى تبعية لدعوى الإنفصال، فإنها تكون في مثل هذه الحالات دعوى أصلية في حالة ما إذا توفي من اسندت إليه الحضانة أو فقد، يكون من حق أي شخص آخر توفرت فيه الشروط القانونية والشرعية للحضانة أن يرفع دعوى أمام المحكمة مطالبا اسناد الحضانة له وذلك لرعاية المحضون.

في حالة الوفاة ترفع الدعوى بعد إثبات ذلك، أما في حالة الفقد فإنها ترفع بعد إصدار الحكم بالفقد.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة:

الأصل أن الحضانة تنتهي عند بلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى ببلوغ سن الزواج والذي حددته المادة 7 من قانون الأسرة بـ19 سنة، وبعدها يكون حق المحضون في اختيار الشخص الذي يعيش معه، هذا ما جاء في المادة 65 من

نفس القانون حيث نصت (تنقضي مدة حضانة الذكر 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج....) وورد في نفس المادة استثناء لهذه القاعدة حيث أضاف المشرع عبارة (.... وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون).

وعليه من خلال نص المادة نستنتج أن صاحب هذا الحق هي فقط الأم التي لم تتزوج ثانية فهي الوحيدة التي بإمكانها رفع دعوى تمديد حضانة ولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة، وتكون السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها (إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة)[1].

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

دعوى اسقاط الحضانة هي دعوى أصلية يقوم صاحب الحق برفعها أمام القضاء إذا رأى أن الحاضن طرأت عليه ظروف منعته من ممارسة الحضانة أو كانت هذه الظروف تتعارض مع مصلحة المحضون ما يستدعي اسقاط الحضانة وتسليم المحضون إلى من يليه ممن يستوفي بشروط الحضانة.

1 ملف رقم 123889 بتاريخ 1995/10/24، المجلة القضائية، العدد 03، ص 111.

وقد أورد المشرع الجزائري أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة، في عدة مواد فجاء في المادة 62 منه(الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) فإذا اختل أحد هذه الشروط يسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة[1].

وهذا ما أكدته الماد 67 من نفس القانون، وأكدته المحكمة العليا حين اعتبرت جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون[2].

وجاء في المادة 66 من نفس القانون (يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون) أي أن زوج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، وكذلك التنازل عن صاحبة حق الحضانة مالم يكن مضرت بمصلحة المحضون، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا حيث نص على (من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونيين فإنهم طبقوا صحيح القانون)[3].

1 صالح بوقرار، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون.

2 ملف رقم 171684، بتاريخ 1997/09/30، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 01، بدون سنة نشر، ص 169.

3 ملف رقم 89234، بتاريخ 2998/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص175.

ويثبت التنازل بموجب حكم المحكمة، ولا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة اسنادها إليه وإنما يمكنه التراجع لأنها مسألة تخص مصلحة المحضون.

ونصت المادة 68 على سبب أخر من أسباب سقوط الحضانة، حيث جاء في نصها(إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها) وهنا اشترط على صاحب الحق في الحضانة المطالبة به في المواعيد المحددة لسريان هذا الحق والمقدر قانونا بمدة سنة من تاريخ العلم بإستحقاق الحضانة وإلا سقط حقه فيها، ومن الملاحظ أن عبارة(بدون عذر) التي وردت في نص المادة وسعت من سلطة القاضي وأعطته صلاحية التمييز في كون مستحق الحضانة قد تنازل عنها، أو أنه كان مجبرا على التأخير .

جاء في قرار المحكمة العليا(ومتى كان المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ولما ثبت أن الجدة الأم طلبت بإسناد الحضانة لعا بعد مضي سنة كاملة، من سبق اسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة)[1].

ويسقط حق الحضانة كذلك عند انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بسبب إستحالة ممارسة حق الزيارة والرقابة من طرف الأب إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون في بقائه مع الحاضنة فيجوز له اثبات حق الحضانة لها[2].

1 ملف رقم 33636، بتاريخ 1984/06/25، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1989، ص 45.

2 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"احكام الزواج والطلاق" المرجع السابق، ص142.

وهذا ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري(إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو اسقطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون) وأكدته المحكمة العليا في قرارها (من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكل 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 الشرط)[1].

وجاءت المادة 70 من نفس القانون بسبب آخر من أسباب سقوط الحضانة حيث نصت (تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم) وعليه فإن اسقاط الحضانة على أحد الحاضنتين يتوقف على شرط وهو سكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[2].

ونستنتج مما سبق أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به بوجه صحيح بقي له هذا الحق إلى غاية بلوغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة. وإن أخل بأحد شروط وجب اسقاطها عليه.

غير أنه إذا اسقطت الحضانة عن الحاضن لأحد الأسباب المذكورة أعلاه ثم زال هذا السبب فإنه بالإمكان إعادة هذا الحق إلى صاحبه إذا كان سبب السقوط

1 قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.، ص 138.

2 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"احكام الزواج والطلاق بعد التعديل" المرجع السابق، ص143.

غير اختياري وهذا ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة : (يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري).

المطلب الثاني: الدعاوي الجزئية للحضانة

تدعيما لمبدأ مصلحة المحضون نص المشرع الجزائري من خلال قانون العقوبات علة مجموعة من الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب

الفرع الأول: الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية وركن مادي ومعنوي[1].

1-شروط قيام الجريمة

أ-أن يكون المحضون قاصرا: بما أن الموضوع يتعلق بالحضانة فإن المرجع لتحديد سن القاصر يعود إلى قانون الأسرة، وتحديدا إلى انقضاء سن الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 من هذا القانون حيث نصت على (تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ عشرة سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة.....).

وبالعودة إلى المادة 07 من نفس القانون نجد أن المشرع حدد سن الزواج بتمام تسعة عشر سنة وعليه فإنه يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون المحضون الذكر لم يبلغ ستة عشر سنة، والمحضون الأنثى لم تبلغ التاسعة عشر سنة.

1 سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 124.

2-وجود حكم قضائي: الشرط الثاني لقيام هده الجريمة هو وجود حكم سابق صادر عن القضاء يقضي بإسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل سواء كان هذا الحكم مؤقتا أو نهائيا، لكن يجب أن يكون هذا الحكم نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، وإلا فلن تقوم الجريمة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قضت بعدم قيام الجريمة لأن الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي مونه محل استئناف[1].

ويجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، لأنه إذا كان صادرا من جهة أجنبية فإنه لا يجوز الإستناد إليه إذا كان مصادقا عليه وممهورا بالصيغة التنفيذية وفقا لنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية.

2-عناصر الجريمة: يعتبر الإمتناع أهم أركان الجريمة رغم أنه موقف سلبي من الممتنع إلا أنه لا تقوم الجريمة بدونه، ويتم اثبات الإمتناع بواسطة محضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ، وإثبات أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا تحت سلطة المتهم الممتنع عن تسليمه

أما إذا كانا في نفس المنزل لكن المحضون كان تحت سلطة الغير ممن سيكونون معهم في المنزل فإن المتهم المتمنع لا يعتبر مسؤولا عن عدم تسليم الطفل، وعليه فإن كان الطفل المحضون موجودا عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون أبوه، وصدر حكم قضائي أو قرار يمنع حق حضانة هذا الطفل إلى

1 ملف رقم 132607، مؤرخ في 1996/06/16، المحكمة العليا، الغرفة الجزائية.

شخص آخر كان الأم أو غيرها ممن يستحق الحضانة، وعند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب تنفيذ الحكم ولم يسلم الطفل إلى صاحبه حق الحضانة دون مبرر فإنه يقع تحت طائلة جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه مخالفا لحكم قضائي[1].

بالإضافة إلى عنصر الإمتناع يجب أن يتوفر الركن المعنوي للجريمة وهو القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذه، فلا تقوم الجريمة إذ لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، أما إذا امتنع عن التنفيذ مستندا في ذلك على ترخيص من المحكمة لمدة معينة، فلا تقوم الجريمة خلال الفترة المسموح له بها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها (متى كان مؤدي نص المادة 328 من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة للأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بموجب حكم إلى من له الحق في المطالبة، ومن ثم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب من أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بإبنه لمدة 15 يوما لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون)[2].

ويتفرع عن جريمة عدم تسليم طفل إلى حاضنة عدة صور أهمها إختطاف المحضون من الحاضنة، والإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

1 دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص 152.

2 قرار مؤرخ في 1982/10/12، المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، نشرة القضاة، العدد 04، سنة 1986، ص 39.

الفرع الثاني: إختطاف المحضون من الحاضنة

تشترك هذه الجريمة مع الجريمة السابقة في الموضوع والهدف ويخضعان إلى العقوبة موحدة لأن الهدف الأساسي منها هو حماية مصلحة المحضون والحاضنة ولا تقوم هذه الجريمة إلا بتوفير العناصر التالية:

1-العنصر المادي: يتمثل العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من الحاضنة في عدة صور، وكل صورة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وتتمثل هذه الصورة في اختطاف المحضون ممن اسندت إليه حضانته، أو إختطافه من الأماكن التي وضع فيها كالمدرسة أو دار الحضانة أو تكليف الغير بخطف المحضون أو إبعاده عن المكان الموجود فيه لسبب من الأسباب، ولا يتم توافد هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام إختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير[1].

وإذا وقع الإختطاف بواسطة الغير بواسطة شخص معين كالأب أو الأم، فإن الشخص الذي وقع الإختطاف بطلبه يعتبر فعلا أصليا، والغير الذي نفذ الطلب يعتبر شريكا في الجريمة.

2-توفير حكم قضائي: سبق وأن أشرنا إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر قيام الجريمة السابقة، ويجب توفيره كذلك في هذه الجريمة لأن الشخص

1 سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

الذي يدعي اختطاف محضونه منه يطالب استرداده من خاطفه، لا يمكنه المطالبة بذلك إذ لم يستند في طلبه إلى اساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ[1].

3-القصد أو النية الجرمية: ويعتبر من الأركان العامة المطلوبة توفره في كل سلوك إجرامية، ويستخلص القصد الجنائي للجريمة من الظروف المحيطة بالوقائع فالقانون يعاقب على مجرد فعل الخطف، سواء كان هذا الخطف مباشرة من الحاضن أو بأي صورة من صور الخطف المذكورة سابقا ،. دون أن يعير أي إهتمام للفرض من اختطاف ولا الوسائل المستعملة في ذلك وتبقى النية هنا مستخلصة من تصرف المتهم المتمثل في تجاوزه لحكم الحضانة، ولكي تسقط عنه المتابعة الجزائية يجب عليه أن يثبت حسن نيته وعدم قصد فعل الإختطاف أو الإبعاد[2].

الفرع الثالث: الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

ونستنتج مصادر هذه الجريمة من خلال قرائتنا للنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص أنه على القاضي حينما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها أن يحكم بحق الزيارة للطرف الأخر، وعليه إذا امتنع الحاضن من تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والطريقة التي حددها الحكم التام. فإنه يكون قد خالف حكما قضائيا وارتكب جريمة تمس بنظام الأسرة وهذا ما أيدته المادة 07 من إتفاقية الجزائرية الفرنسية بشأن أطفال الزواج المختلط [3].

1 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 174.

2 نبيل صغر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دون طبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 216.

3 اتفاقية موقع مصادق عليها في 26 يوليو 1988، بموجب مرسوم رقم 88-144.

مايلي:(الوالد الحاضن سيتعرض لمتابعات جزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعيات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي ويتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري، ويباشر بإجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه لشكوى من الطرف الآخر)

ولقيام هذه الجريمة يجب توفر العناصر التالية:

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

-أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق واسناد الحضانة إلى أحد الطرفين ومنح الطرف الآخر حق الزيارة.

-أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو تم إثباته بواسطة شهادة الشهود، أو باعتراف الممتنع نفسه.

ومنه ومتى توفرت هذه العناصر فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب[1].

1 أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 159.

المبحث الثاني: اشكالات اسناد الحضانة في ق أ ج

المطلب الأول: اشكالية الزواج المختلط

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها[1]، خاصة إذا كان الزواج مختلطا، لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها الجزائري إلى محاولة وضع الحلول لبعض المشاكل قد تعتري الزواج المختلط، خاصة بعد الإنفصال، لأنه يكون الطفل ضحية لذلك حرصت بعض الدول إلى تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد إنفصال أبويهم، فتم إبرام إتفاقية ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات، وأبرزها التي أبرمتها الجزائر (اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر) والموقعة في مدينة الجزائري بتاريخ 21-06-1988 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88/44، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائري وأجنبي لا تكون بين دولتهم الجزائر معاهدة في هذه الحالة يتم الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: في حالة وجود اتفاقية دولية

لأسباب تاريخية وكثرة المهاجرين بفرنسا وقعت علاقة زواج بين الجزائريين والفرنسيين نتج عنه أبناء وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء هذا الزواج المختلط أبرمتها اتفاقية في 21-06-1988 تتعلق بأبناء زواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، من أجل حمايتهم والسهر على حرية التنقل بين البلدين مع

1 أنظر زروقي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة الجزائر،2000، ص 127.

مراعاة مصلحتهم بالدرجة الأولى، ولتطبيق هذه الإتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالإلتزمات المحددة في الإتفاقية[1].

المادة (6)من الإتفاقية تنص في الفقرة1 " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها" وإلزام القضاة عند إصدار حكم اسناد الحضانة يمنح للوالدين نفس الوقت حق الزيارة وهو ما ذهب إليه التشريع الجزائري في المادة 64 ق أ ج، هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو الفرنسية تواجهها مشاكل في التنفيذ من بينها:

-إذا تم اسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، يطرح هذا السؤال هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 ق أ ج وهذا بتربية الولد على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت كتابية؟من خلال بنود الإتفاقية لا نجدها تنص على حل، هنا يؤدي ذلك إلى تنازع الإختصاص وعدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الولدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر ورغم معالجة الإتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة، وبقيت عدة مسائل عالقة فعند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة فلا يرد الطفل المحضون إلى الحاضن كما أن الإتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية.

1 أنظر المادة7 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، الملحق رقم 2.

المادة (5): " إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل" هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم؟ وهذا أمام نفس القاضي حتى يربي أبنائه على دينه مستندا في ذلك على أحكام قانون الأسرة الجزائري م 62 ق أ ج[1]. وما ناشدت به المواثيق الدولية من بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [2].

لهذا ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية والعكس صحيح إذا تم عرض القضية في فرنسا، وهو ما أثارت أليه المحكمة العليا في قرارتها[3].

وعليه يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي ذلك إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: في حالة عدم وجود اتفاقية دولية

قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكزن بين دولتهم والجزائر معاهدة ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري[4].

1 تنص المادة62 ق أ ج:"الحضانة هي..... بتربيته على دين أبيه"

2 المادة3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1984/12/10، تنص:"للأباء الحق الأول في إختيار نوعية تربية أولادهم".

3 أنظر قرار المحكمة العليا 1993/06/23، ملف رقم 91671، م ق، 1994، ص 72.

4 بوجان، عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص 253.

فالحضانة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وهذا من خلال آثار انحلال الزواج، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد م 2/12 ق أ ج التي نصت " يسرى على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزواج وقت رفع الدعوى" بمعنى حالة طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة والزوج الآخر لم تبرم دولته إتفاقية مع الدولة الجزائرية هنا تطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى إذا كان الزوج جزائري يطبق قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة 69 منه، أي أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري حسب نص المادة 13 من ق أ ج[1].

حيث أن القضاء الجزائري استقر في مسألة الحضانة على أنه:

–في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها[2].

في حين أن الأمر تعقد بالرجوع إلى نص المادة 13 ق أ ج، جعل القانون الجزائري وحده تطبيق على انحلال الزواج مت كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى في حالة عرض النزاع أمام القاضي الجزائري فقط فلو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف

1 بن عصمان، نسرين، إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2009، ص 162.

2 قرار رقم52207 صادر في 02–01–1989، م ق، 1990، ع 4، ص 74، عن سايس جمال الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 433.

قاضي أجنبي[1]، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة وهذا يؤدي إلى عدم تربية الولد عل دين أبيه كما نص عليه القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة الولد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي وبالتالي دائما القاضي أو المشرع يأخذ بعين الإعتبار مصلحة المحضون[2].

قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 19-02-1990 والذي جاء فيه "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون.

المطلب الثاني: إشكالية مصلحة المحضون

كل التشريعات تسعى لضمان حقوق الطفل والتكفل به، فالقاضي في موضوع الحضانة يحكم حسب سلطته التقديرية[3].

الفرع الأول: مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

1 بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 162-163.

2 بوترريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 79.

3 بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 108.

من خلال نصوص قانون الأسرة يتضح أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون لكنه لم يضع لها تعريفا عاما، لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، لذلك حضي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء، والكل أجمع على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا للقاعدة الشرعية:"دار المفسدة مقدم على جلب المصلحة[1]، "فمصلحة المحضون" أو " مصلحة الطفل" اعتبار فقهي يصعب إفراغه في قاعدة قانونية مثل كثير من القواعد والمبادئ (النظام العام–الأداب العامة.....إلخ).

والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا، رغم عدم تعريف إلا أننا يمكن أن ننظر لها من عدة زوايا تميزها[2]، القاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع به، فالطفل عند البدو الرحل تختلف عن الطفل في المدن الكبرى مثلا: الإنقطاع عن الدراسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل عل عكس المدن الكبرى ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المدن الكبرى بإعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة تعليمه[3].

1 طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص 60.

2 حسين، عزيزة، مرجع سابق، ص77.

3 سلامي، دليلة، كرجع سابق، ص 49.

يتضح مما يتقدم أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة، تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكانية وتختلف من زمن إلى أخر ومن طفل إلى أخر، تختلف باختلاف الأطفال ومن قاض إلى أخر حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية[1].

يتبين لنا أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

أورد المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة، وهذا في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني ويمكن إبراز هذه القاعدة التي إهتم بها المشرع الجزائري في النقاط التالية:

أ-عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد وربط الترتيب بشرط مراعة مصلحة المحضون وهذا حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة ويكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة، على سبيل المثال إجتهادات المحكمة العليا، بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدية، غرفة الأصول الشخصية، ففي القرار رقم 15 الصادر بتاريخ 26-01-2002 أسس القضاة قرارهم على مايلي: حيث أنه في الحكم بإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون وكذا النص القانوني حيث تنص المادة 64 ق أ ج على أن "الأم أولى بحضانة أولادها، وحيث أن بقاء الطفل عند أبيه المستأنف لا يعطيه الحق في حضانته التي تبقى من حق الأم لعدم قيام مسقطاتها..."

1 حسين، عزيزة، مرجع سابق، ص 80.

قرار صادر عن مجلس قضاء المدية غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 08-06-2002 تحت رقم 2002/101 ، وحيث أنه ردا على الطلب فإن الحضانة هي حق المحضونين شرعا وقانونا وأن مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة ، وطالما أن الأم أولها من غيرها لأنها أعرف و أرأف وأصبر وأخبر بالمراعاة التربية من غيرها، فكان عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندها إليها تماشيا وأحكام الشرع في ذلك.

ب-تطرقت في المادة 65 ق أ ج إلى إنقضاء مدة الحضانة غير أن الفقرة التالية من المادة 65 اشترطت في الحكم القاضي بالإنتهاء وممراعاة مصلحة المحضون، وهو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا، ومن ذلك ما جاء في القرار رقم:257693 الصادر بتاريخ 12-02-2001 أين أسس القضاة قرارهم على مايلي: " حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنين إلى الدخول بهما الأمر الأول يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 ق أ ج لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كم تشترط المادة 65 ق أ ج كما أن المشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في المادة 66 ق أ ج وهذا عن التكلم على سقوط الحضانة في إختلال أحد الشروط، ومن حالات السقوط تنازل الحاضنة عن المحضون غير أنه لا يعتد بتنازل الأم عن أولادها إذا

كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، وقد ورد في قرار المحكمة العليا رقم 189234 المؤرخ في 98/04/21 أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذ أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون1.

د- كما نص المادة 67 ق أ ج اوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا، مراعاة مصلحة المحضون، ومعنى هذا أنه حتى ولو اختلت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون ولا تسقط الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط ، وهو الهدف الذي يسعى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، وورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا: أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أن الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة، ولم تطالب بهما إلا في سنة 1993 بعد 5 سنوات، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون2

ه-بالإضافة لما سبق ذكره قد راعى المشرع مصلحة المحضون وأخذ بها حتى في حالة اسناد الحضانة إلى شخص يستوطن في الخارج، حيث تركت عملية إسناد الحضانة أو إسقاطها ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، ذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما أشارت إليه المادة 69 ق أ ج ، وعليه من كل ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون وجعلها هي

القاعدة السائدة التطبيق عند الحكم بالحضانة أو اسقاطها، إلا أنه في الوقت أخضعها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي

المشرع الجزائري أعطى أهمية كبرى لمصلحة المحضون وفوق كل اعتبار وقد أعطت للقاضي كامل الصلاحيات للوصول كما هو أنسب للمحضون، وهذه السلطة تختلف من قضية لأخرى.

ومن الأمثلة التي تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين إعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكن الرابطة الزوجية إنفكت بالوفاة.

غير أن في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية أن اسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتض ذلك بعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسيين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق وليست من أثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة أخرى قبلت أن ترعاها وتربيها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 02/62 من قانون الأسرة.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه كالتحقيق

والمعاينة والإعتماد على الوثائق المقدمة من خلال الطرفين والموازنة بينهما وله كذلك الإعتماد على المادة 43 ق أ ج.

له كذلك الإستماع إلى أفراد العائلة والإنتقال للمعاينة ومعرفة المحيط الذي تمارس فيه الحضانة وذلك من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح رأيه وهذا عملا بالمادة 64 ق أ ج، ولا يأخذ القاضي باختبار الطفل المحضون لصعوبة ذلك لأنه لا يستطيع أن يعرف ما هو الأصلح له، فلو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فإن الطفل من يساعده على اللعب وفي هذا اصدر نقض من المجلس (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر بتاريخ 21-10-1982 عن مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.

فقوام الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون على الرغم من أن السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب.

ومن هذه المشاكل ما لوحظ على مستوى مجلس قضاء ومحكمة المدية في حالة تعدد الأطفال المحضونين وعدم تجزئتهم واسنادهم إلى حاضن واحد هذا أن اسناد حضانة كل الأولاد لطالبها غير سديد ويمكن ارجاع ذلك أن كون مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار، فما هو أصلح للطفل الرضيع لا يكون للطفل

الصغير البالغ من العمر 7 سنوات، لأن مصلحة الرضيع مع أمه إلى غاية سن الفطام على الأقل في حين الطفل الصغير قد تكون مع أبيه.

المطلب الثالث: المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.

الأصل أن القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسأل عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيره أي أساس المسؤولية على الخطأ بمعنى المضرور لابد أن يثبت خطأ الفاعل، هناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره ومثل هذه الحالات تكون فيها المسؤولية مفترضة فلا يكلف المضرور بإثبات حطأ المسؤولية عن فعل الغير لأن مجرد وقوع الضرر يعتبر دليلا عن صدور الخطأ وهذا الغير إما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه اتفاقا وقضاء[1].

هنا يتبادر إلى الذهن نتلا يسأل عن أفعال المحضون الموضوع تحت رعايته ورقابته؟

ولدراسة مسؤولية المحضون وجب علينا تسليط الضوء على المبادئ العامة التي وضعها المشرع لقيام مسؤولية متولي الرقابة عن الأعمال التي يقوم بها الخاضع للرقابة على ضوء ما جاء به القانون المدني.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة

1 حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة) الطبعة الأولى، الجزء الأول، داؤ وائل للنشر، عمان الأردن، 2002، ص 321.

حسب نص المادة 134 من ق م ج حول مسؤولية متولي الرقابة حيث جاء فيها : كل من يجب عليه قانون أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

وحسب نص المادة 62 ق أ ج على الحاضن رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا والالتزام بالرقابة على أفعال المحضون وتحمل المسؤولية في حالة قيام بفعل ضار.

وهذه المسؤولية لا تتحقق إلا إذا قام الالتزام بالرقابة (قانونا أو إتفاقا)

1-الملتزم بواجب الرقابة: حسب نص المادة 87 ق أ ج يكون الأب وليا على القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

في هذا الشأن قضى المجلس الأعلى بتاريخ 02-03-1982 بأن مسؤولية الأب تقدم على أساس خط مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه فارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاص مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب تربية ابنه[1].

فالأب يبقى مسؤولا مدنيا على أفعال القصر الضار بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية في حالة هجرة العائلة وإهمالها وذلك حسب نص م 330 ق ع ج ، فالأب

1 المجلس الأعلى ، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 02-03-1982 في الملف رقم 30064، نشرة القضاة، العدد الثالث1985، نقلا عن : محمد سعدى صبري، المرجع السابق، ص 204.

لا يتحمل مسؤولية عن الأفعال الضارة في حالة عجزه أو موته أو الحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه، تقع مسؤولية الأم عن الضرر الذي يحدثه ولدها القاصر بالغير، عندما تثبت لها الولاية عن نفسه وذلك في حالة وفاة الأب أو التحقق حالة من الحالات المذكورة في المادة 91 ق أ ج هنا الأم تتولى الرقابة على الأولاد القصر لأنها تحل محل الأب قانونا.

في حالة انحلال الرابطة الزوجية وإسناد الحضانة إلى الأم من هو المسؤول عن الأفعال الضارة من الأبناء القصر المحضونين من طرف أمهم؟ هل الأب مسؤولا باعتباره الوالي على نفس القاصر أم الأم باعتبارها الحاضنة.

أ- قبل إلغاء المادة 135 ق م ج " يكون الأب بعد وفاته الأم مسؤولة عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما..." ونص المادة 87 ق أ ج " ويكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تصل الأم محله قانونا "

يلاحظ أن الأب هو الرقيب ما دام حيا ولا مسؤولية على الأم في حياة الأب

فالأب يبقى هو الوالي الشرعي على أولاده القصر والسلطة الأبوية لا تنتقل إلى الأم إلا بعد وفاة الأب حسب نص المادة 87 ق أ ج قبل تعديله، في هذا الصدد قضت المحكمة العليا أنه " من القدرة قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تجد الأم محل قانونا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا الاستئناف من أم المطعون ضده، وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لازال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه

الأم، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار[1]"

ب-بعد التعديل وإلغاء المادة 135 ق م أصبحت المادة 3/87 من ق أ ج تنص على أنه:" في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد وعليه فالمشرع وضع حدا لمشكل مسؤولية الحاضن فعل المحضون خاصة في حالة الطلاق وذلك بمنح الولاية من القاضي إلى الطرف الذي أسندت له الحضانة سواء أما كانت أم أب أو غيرهما وهذا ما أكدته المادة 92 من نفس القانون بقولها " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية[2] ففي حالة الطلاق المسؤولية على عاتق الحاضن[3] وهو ما يجعل الأم متولية الرقابة على أساس المادة 134 ق م ج بصفتها قد أسندت لها الحضانة "الولاية" بمقتضى المادتين (62-87 ق أ ج) ومن عنا قرر المجلس الأعلى بأن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، ومسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحق هذا المحضون بالغير مدة الحضانة (أي مدة وجوده لديه)"[4] وهذا قرار يقزم على المنطق والعدالة.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ17-05-1998 في الملف رقم (167835)، المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 75، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق، ص 451.

2 زكية حميدو، المرجع السابق، ص 94.

3 حسن علي الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 129.

4 المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 13-11-1970 في الملف رقم (غير موجود)نشرة القضاة 1972، عدد1، ص 67، نقلا عن: العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزمات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 291.

وعلى هذا الأساس ذهب مجلس قضاء معسكر إلى أنه" إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة فإنه يكون تحت سلطة هذا الأخير ورعايته ورقابته المباشرة"[1].

الخاضع للرقابة: إما أن يكون صغير السن وإما أن يكون بالغا سن الرشد وبحاجة لمن يتولى رقابته، المشرع لم يحدد سن القاصر الذي يخضع للرقابة كما فعل القانون المدني المصري وغنما ذكر حالة الرقابة بسبب القصر دون تحديد (نص المادة 40 ق م(كل شخص لم يبلغ سن الرشد بـ19 سنة كاملة))، لكن بالرجوع للأحكام قانون الأسرة مدة الحضانة بالنسبة للذكر 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 16 سنة، إذا كانت الخاضعة أما لم تتزوج ثانية، أما الأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج مما يلزم الحاضن بأداء واجبه وهو رقابة المحضون خلال مدة الحضانة.

وعليه تكون للأم الرقابة على ولدها وهو في سن الحضانة ومتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده1.

ب-الرقابة بسبب الحالة العقلية والجسمانية: إذا كانت حالة الشخص العقلية والجسمية تجعله في حاجة إلى رعاية دون صدور خطأ منه يضر بالغير، قامت عليه الرقابة قانونا واتفاقا (م 134 ق م ج) (المجنون-المعتوه، وذو الغفلة في حاجة للرقابة بسبب الحالة العقلية، والأعمى والمشلول والمصروع رقابة بسبب الحالة الجسيمة 2.

1 العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزمات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ص 291

جـ–صدور فعل ضار ممن تحت الرقابة: الفعل الضار كل فعل مخالف للقانون بوجه عام وبسبب ضرر للغير وهو الركن المادي للخطأ،3 ولقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة فعل غير مشروع يصيب الغير، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 134 ق م ج.

الفرع الثاني: مدى مسؤولية الأم الحاضنة

بمقتضى أحكام المادة 135 ق م ج فالأم لا تسأل عن أفعال ابنها الضارة إلا بعد وفاة الأب، وبالتالي فهو يتحمل المسؤولية عن أفعال ابنه القاصر طالما هو على قيد الحياة وفي المقابل تسأل الأم لوحدها كذلك بعد وفاة الأب وحسب الدكتور علي فيلالي إن ما هو منصوص عليه في المادة 135 ق م يتعارض مع الواقع، حيث يمكن للضحية أن تطالب بمسؤولية الأب والأم في آن واحد، فتطالب الأب بالمسؤولية المترتبة عليه بصفته أبا طبقا للمادة 135 ق م، وتطالب بالمسؤولية الشخصية للأم طبقا للمادة 124 ق م عن الفعل الشخصي1

وقد يتعذر على الضحية مسائلة الأب استنادا إلى المادة 135 ق م رغم وجوده وهذا كونه مصابا عقليا أو باعتباره غائبا ، أو لتخلف شرط الإقامة لكون الأبن محضون من طرف والدته فهل تطالب الأم مع أن الأب على قيد الحياة بمسؤولية متولي الرقابة؟

وحسب الأستاذة حنيفي لويزة2 فإن مسؤولية الأب تستند إلى السلطة الأبوية ومن المفروض أن تسأل الأم اسندت لها السلطة الأبوية وعليه المشرع لم ينشغل

بحالة سقوط السلطة من الأب، حيث اقتصر التشريع على الوضع العادي للعائلة واهتم بانحلال الزواج لسبب الموت فقط.

السلطة الأبوية جاء بها القانون الفرنسي وهي مجموعة حقوق وواجبات لكلا من الأب والأم معا وللأب بالدرجة اولى لأنه رب العائلة وبتطور القانون الفرنسي سنة 1970 تطورت هذه السلطة الأبوية وأصبحت تستند لمن له حراسة الأبناء وإدارة ممتلكاته والانتفاع بها وتحمل المسـؤولية عن أفعال المحضـون الضارة (المادة 134-153 ق م).

والإشكال المطروح في حالة ارتكاب الطفل للفعل الضار أثناء ممارسة الطرف غير الحارس لحقه في الزيارة والإيواء، فهل يكون مسؤولا على أساس أن شرط المساكنة قد توفر أم أن المسؤولية تضل ملازمة للحارس؟

حسب قانون الأسرة الجزائرية لا يعرف السلطة الأبوية وإنما اكتفى المشرع بالكلام عن الولاية فقط دون ذكر السلطة الأبوية.

حسب الدكتور العربي بلحاج قسم الولاية إلى ثلاث أقسام:

الولاية على النفس- الولاية على الأموال-الولاية على المال والنفس معا.

على عكس الإمام أبو زهرة صنفها إلى ثلاث أصناف (ولاية النفس- المال - التربية) حسب نص المادة 62 ق أ ج وبالتالي اعتبار الحضانة جزء من الولاية فقط وليس هي الولاية، وحسي نص المادة 87 ق أ ج فإن الولاية تكون للأب بداية بعد وفاته للأم " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"

الخاتمة

الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة وتطرقنا إلى أبرز مواضيعه وإشكالاته تبين لنا أنه من المواضيع المعقدة والحساسة، لأن موضوع الحضانة قائم بالدرجة الأولى على قاعدة مصلحة المحضون، وإذا عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري خاصة في مواده المتعلقة بالحضانة نجد أن مصطلح "مصلحة المحضون" قد تم ذكره في أغلب هذه المواد تقريبا، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه القاعدة بدقة ولم يوضح معالمها مما جعلها فكرة مرنة قد تقبل التوسيع أو التضييق وترك المجال مفتوحا أمام القاضي في تقديره لهذه المصلحة وهذا ما قد يجعله في حرج نظرا لتفشي ظاهرة الطلاق وما يتبعها من قضايا الحضانة، فهو ملزم من جهة بالبحث عن كمصلحة المحضون واسناد الحضانة لمن هو أجدر بها، ومن جهة أخرى كثرة القضايا واختلافها تجعله ربما لا يعط العناية اللازمة والدراسة الكافية للملفات المعروضة عليه.

وما يمكن ملاحظته على المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائرية يتبين لنا أن المشرع قد أصاب في بعضها و أخفق أو اهمل عدة جوانب في البعض الآخر وهذا ما سنتعرض له في النقاط التالية:

1-من خلال نص المادة 62 نجد أن المشروع قد تعرض لتعريف الحضانة من خلال الأهداف الموجودة منها فحدد وظائفها الأساسية التي يجب على الحاضن القيام بها اتجاه المحضون، ولكنه أهمل تحديد شروط الحضانة واكتفى بقوله (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك).

مما يدفع إلى العودة إلى الشريعة الإسلامية لتحديد هذه الشروط، وعليه فإن المشرع لم يصب حين أغفل تحديدها وكان من الواجب عليه ضبطها لأنها خطوة أساسية في تحديد من يستحق الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

2-أصاب المشرع بتعديل نص المادة 64 حين غير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم، لكنه طرح اشكالا بقوله (الأقربون درجة) فلم يقم بتحديدهم وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، ولم يبين لنا الحل في جالة تعدد مستحقي الحضانة من نفس الدرجة.

وألزم المشرع في نص المادة القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لكنه لم يحدد ذلك ولم يشر إلى مكان ومواقيت الزيارة.

3-المادة 65 نصت على تمديد حضانة الذكر إلى غاية 16 سنة وحصر هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية فقط، فلا يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة في غير هذه الحالة وإن اقتضت مصلحة المحضون ذلك مما أوجب على المشرع إعادة النظر في هذا الموضوع.

4-حصر المشرع سقوط الحضانة عن الجدة والخالة دون غيرهما من خلال نص المادة 70 وذلك إذا سكنتا بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم.

5-جاءت المادة 72 حماية المحضون حين نضت على وجوب توفير سكن الحضانة من طرف الأب فالطفل بعد الطلاق يكون عرضة للأخطار النفسية والإجتماعية خاصة إذا لم يكن له مسكن يأويه، إلا أن المشرع لم يحدد مواصفات هذا المسكن ولا الشروط الواجب توفرها فيه واكتفت بعبارة (سكنا ملائما للحضانة)،

وحينما نص على بدل الإيجار لم يعط الأسس التي يستند إليها القاضي في تحديد ذلك ولم يبين من هو الملزم بتوفير سكن الحضانة في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم المطلقة، وفي حالة ما إذا كانت هذه الأخيرة تملك سكنا خاصا بها، فهل يبقى الأب ملزما بتوفير سكن الحضانة أم أن الحضانة تكون في منزل الأم الحاضنة؟ كل هذه النقاط كان لابد للمشرع أن يذكرها بالتفصيل وذلك لحماية حق المحضون في سكن الحضانة.

6-نجد أن المشرع الجزائري تكلم عن الحضانة وبين أصحاب الحق فيها، لكنه لم يفصل في موضوع المسؤولية تجاه أفعال المحضون الضارة، فلم يبين على عاتق من تقع المسؤولية ومن الملزم بتعويض الصرر الناجم عن هذه.

-استحدث المشرع قانون 01/15 الذي تضمن انشاء صندوق للنفقة حماية للطفل المحضون من جهة ومن جهة أخرى رفع الحرج والمشقة على الحاضنة ووجب عليه وضعه حيز التنفيذ للإستفادة منه.

ومنه ورغم مجهودات المشرع الجزائري في تعديل بعض أحكام الحضانة وذلك لتوفير حماية أفضل للمحضون، إلا أنه تبقى هناك بعض النقائص التي وجب عليه تداركها حتى تكتمل هذه الحماية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر المراجع:

المصادر

1- القرآن الكريم.

2- أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، المجيد الأول، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، بدون سنة نشر.

3- عهد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الثالث، دار الجيل، لبنان.

القوانين والأوامر:

1- القانون رقم 11/48 المؤرخ في 09 يونيو 1984، التضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 43 الصادر في 22 يونيو 2005.

2- القانون رقم 09.08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008.

3- القانون رقم 01.15 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجرية الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436، الموفق لـ 07 يناير 2015.

4- الأمر رقم156.66 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49 الصادر في 20 صفر 1386 الموافق لـ 10 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

5- الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 20 رمضان 1393، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 24 رمضان 1393 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

الكتب:

1- أحمد بن محمد الدريني، أقرب المسالك للإمام، الجزء الأول، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

2- أحمد بن محمد علي الفيومي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة المكتبة العلمية لبنان.

3- ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدى خير العباد، دار الفكر، بيروت 2003.

4- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب" منشأة المعارف، الإسكندرية 1988.

5- أبي عبد بن أحمد الأنصار القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، دار المكتبة العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.

6- عبد الرحمن الحريدي، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت، 1969.

7- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.

8- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر 2005.

9- أحمد قندوز، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت 1976.

10- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009.

11- العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات، الجزائر 2000.

12- الشحات ابراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.

13- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

14- باديس دیابي، نثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة، متاع) دار الهدى، الجزائر، 2008.

15- باديس دیابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

16- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة في الشريعة، منشورات حلب الإحترافية، بيروت، 2002.

17- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1989.

18- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائري، 1996.

19- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد " أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل"، دار هومة، الجزائر 2007.

20- عبد القادر حرزالله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقنون الأسرة، دار الخلود للنشر والتوزيع، الأردن 2007.

21- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002.

22- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائري 2000.

23- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثارها في تنمية سلوك الأطفال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.

24- عز الدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

25- فضل سعد الله، شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق" الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، 1996.

26- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر، الأردن، 2008.

27- بدران أبو العينيين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1987.

28- الإمام سحنون سعيد التنوحي، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، الطبعة الأولى، دار الكتب التعليمية، بيروت لبنان، 1994.

29- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر 2014.

30- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2016.

31- دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

32- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دون طبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

33- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، "الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال"، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

34- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة، دار الرسالة، بيروت، 1936.

35- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، بدون سنة نشر.

36- مصطفى فهمي، النظام القانوني لحماية الطفل والمسؤولية الجنائية والمدنية في إطار الإتفاقيات الدولية والتشريعيات الوطنية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ن 2012.

37- نور الدين بولحي، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.

مذكرات الماجستير:

1. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر (غير منشورة)، 2010-2011.

2. بوقرة الربيع، زروقي مبروك، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائرية والإجتهاد القضائي، مذكرة ماستر في حقوق، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2016-2017.

المجالات القضائية

1. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 الصادر سنة 1990.

2. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 الصادر سنة 1991.

3. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 الصادر سنة 1993.

4. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 الصادر سنة 1989.

5. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، عدد خاص الصادر سنة 2001.

6. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 الصادر سنة 1991.

الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان 1989.

- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط4، مكتبة الشروق الدولية مصر 2004.

- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط1، مكتبة الشروق الدولية مصر 1988.

- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ط 1 ج10، مؤسسة الرسالة- لبنان 1993.

- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيد الشيخ محمد عليش- ج 2 ، دار إحياء الكتب العربية.

- بن عصمان، نسرين إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009.

- سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ط1، ج3، منشورات كلية 2013.

- سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ط1، ج 2، 2013.

- سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ط1، ج1 ، 2013.

- بن قوية سامية آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الحزائر، ع 1، 2010,

- ياغي أكرم، قوانين الأحوال ش لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء لبنان، منشورات زين الحقوقية، ط2، 2008.

- بوغرارة صالح

- محمود علي السرطاوي، فقه أ،ش، الزواج والطلاق، دار الفكر الأردن 2008.

- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري، محلى بالإثار، دار إدارة الطباعة، مصر بدون سنة إصدار.

- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة–الجزائر، 2000.