جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

سلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- مبخوتة عثمان
- عمري عبد الباقي

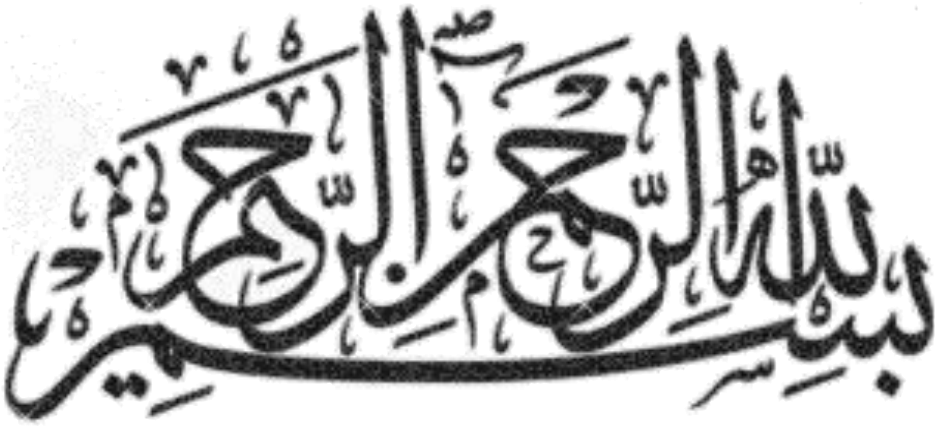
إشراف الأستاذ:
-د. هواري صباح

لجنة المناقشة

-د/أ. غربي علي	رئيسا
-د/أ. هواري صباح	مقررا
-د/أ. بنابي سعاد	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

M071F/1901914341/19039025069


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان :

الحمد لله الذي أسبغ علي نعمه ظاهرة وباطنه، والشكر لله الذي أمدني بعونه وسهل لي المسير في دروب العلم، والنهل من معينه العذب الصافي الزلال، فبتوفيق من رب العالمي نظهر هذا العمل إلى حيز الوجود، وأرجو من الله العلي القدير أن يكلله بالفائدة والنفع للجميع.

ولا يغيب عن ذهني – وأنا أسطر هذه الكلمات في بداية عملي البحثي– الكثير ممن استحقوا الشكر والتقدير عرفانًا منيب ما بذلوه من جهد لإتمام هذه الدراسة فأتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتي الذين تعلمت على أيديهم الكثير والكثير، وأخص بالشكر أستاذتي المشرفة صباح هواري على هذا العمل السيدة المحترمة جدا : وذلك لتوجيهاتها وملاحظاتها التي كان لها أثر واضح في بلورة هذا البحث.

لكم مني جزيل الشكر والعرفان

قائمة المختصرات :

الرمز	المدلول
ص	صفحة
ص ص	صفحات متعددة
ط	طبعة
ج	جزء
مج	مجلد
م	تاريخ ميلادي
ه	تاريخ هجري
ب ب	بدون بلد نشر
ب س	بدون سنة نشر
تع	تعليق
ت	ترجمة
تح	تحقيق
ع	العدد
س	السنة
ب د	بدون دار نشر

الملخص :

تعتبر الحضانة حفظ من لا يستقل بأموره و تربيته وفق ما يصلح حاله ، و هي واجبة شرعا ، لأن المحضون يهلك إن لم يقم بها أحد ، و هذا الوجوب ، يكون كفائيا إذا تعدد الحاضنون ، أما إذا لم يتوافر إلا حاضن واحد فإن الحضانة تكون واجبة عليه عينا ، كما أنها حق للحاضن غير المتعين لا عليه، فإذا امتنع عناه لم يجبر عليها ، و لو أراد أن يسقط حقه فيها لأمكنه ذلك ، و ينتقل الحق حينها لمن يليه ، و حضانة الطفل بالأصل تكون لوالديه ما دام الزواج قائما ، فإذا افترقا كانت حقا للأم بالاتفاق ، فإذا امتنعت الأم أو تزوجت أو ماتت انتقل الحق إلى من بعدها، و قد اختلف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم ، إلا أن جملة الأمر في ذلك تقديم النساء على الرجال لأنهن أرفق و أهدى إلى تربية الأطفال .

مقدمة

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

و القواعد القانونية نوعان منها التي لا تقبل التغير و التطور و منها المرنة التي يضعها المشرع عادة للقاضي ليعتمد عليها فيما يعرض عليه من القضايا و لا تفيد فيها بحل واحد بل بتغير الظروف .

حتى يتسنى للقضاة إحقاق الحق و إنصاف المظلومين مكنهم المشرع من تطبيق القانون، فجعل لهم مساحة كبيرة للتحرك ، خاصة في الأحوال و الظروف التي تتطلب من القاضي إعمال النظر و التصرف لإنهاء الخصومة .

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

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

تعد المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق و ما يترتب عنهما من آثار بالغة الأهمية، من أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة الزواج بوصفه الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع و لكي تستطيع المحافظة على متانتها و وحدتها يجب أن تقوم على أسس راسخة .

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

إن من أبرز الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال و المشاكل التي تطرحها مصلحة هذا الطفل المحضون ، فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها .

أهمية الموضوع :

للموضوع أهمية بالغة كونه يتعلق بالطفل ، وهو أحد المقاصد السامية للزواج و لاشك أن رعاية الأولاد بعد حل الزواج تأخذ نفس الأهمية و العناية أثناء قيام الزواج ، كما أن للطفل حقوقا إنسانية أساسية ينبغي أن يعمل المجتمع عامة و الأسرة خاصة على توفيرها له ، و هو أمر واجب لرعايته و حفظه خاصة في حالة إنهاء العلاقة الزوجية بين الوالدين.

و إن من أبرز الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال و المشاكل التي تطرحها مصلحة هذا الطفل المحضون و من يكفله .

و مما لا شك فيه أن الحضانة تعد من أهم الأمور التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة ، لأنها تختص بالطفل باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة و المجتمع ، و هي من أهم الأولويات التي يجب الأخذ بها ، لأنها تقوم من يوم ازدياد الطفل ، لكن مصلحة الطفل لا

تظهر بشكل يلفت النظر إلا بعد التفرقة بين الزوجين ، و هذا لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية له.

و الحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل ، لأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها .

أسباب اختيار الموضوع:

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

2-الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة و خاصة موضوع الحضانة باعتباره مؤثرا مباشرا على الأسرة من جهة تأثيرها السلبي على الأطفال .

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

4-تحديد مدى سلطة و حرية القاضي في إسناد لحضانة .

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

الإشكالية :

كما يطرح هذا الموضوع عدة إشكاليات تتلخص في: **ما هي ضوابط السلطة التقديرية التي منحها المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسألة إسناد الحضانة ؟ و ما هي الأدوات والوسائل التي في يد القاضي لتحقيق مصلحة الأطراف جميعاً (الحاضنين) وعلى رأسها المحضون ؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بوضع خطة بحث استهلت **بمقدمة** لهذا البحث ليأتي **الفصل الأول:** حول الحضانة والسلطة التقديرية للقاضي، والذي انطوى تحته مبحثين الأول عن ماهية الحضانة أما الثاني فجاء لكشف ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة، أما **الفصل الثاني** فكان بعنوان : القرارات القضائية في إسناد الحضانة داخليا و خارجيا، وتكون من مبحثين، المبحث الأول : الحلول الداخلية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط، والمبحث الثاني : حول الحلول الخارجية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط، ليختتم البحث بخاتمة وكذا قائمة المصادر والمراجع.

أهداف الدراسة :

يهدف هذا البحث إلى إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل ، و تبيين الوضع الأصلح للطفل فيما يختص بالحضانة ، و كذا توضيح الأحكام القانونية و القضائية المتعلقة بالحضانة .

الدراسات السابقة :

أما فيما يخص الدراسات السابقة فهي متنوعة تمت الاستفادة منها نذكر منها ما يلي :

[1] -المصلحة هي: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم و نفوسهم، و عقولهم ، ونسلهم ،و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم " البوطي ، محمد سعيد رمضان ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة ، ط2 ،1977، ص 23.

-أطروحة الدكتوراه للباحثة حميدو زكية بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2005 بعنوان **"مصلحة المحضون في القوانين المغربية ".**

-أطروحة دكتوراه للباحث شامي أحمد بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2014 بعنوان **"السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"** .

-مذكرة ماجستير للباحثة عماري سناء بكلية الحقوق جامعة الوادي 2014-2015 بعنوان **التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري".**

المنهج المتبع :

لا شك أن الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن الاستغناء عنها من طرف الباحث إذا ما أراد إيصال أفكاره بسهولة ، و مثل هذه الدراسة التي نقوم بها لا شك فإننا نعتمد فيها على أكثر من منهج ، فعن استخدامنا المنهج الوصفي فكان ذلك لإعطاء الصورة الفعلية للحضانة كما هي مقررة في قانون الأسرة الجزائري مع تبيان المبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي .

كما اعتمدنا على المنهج التحليلي و ذلك لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ، و مدى تناسب القرارات القضائية في هذا الجانب مع الاستناد لمصلحة المحضون و بعض الآراء القانونية .

الفصل الأول:

الحضانة والسلطة التقديرية للقاضي

تمهيد:

إن من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية هي الحضانة والتي يصعب الفصل فيها عند التقاضي لما في ذلك من صعوبة في تقدير حقوق الأطراف ومصالحهم نتيجة الروابط الأسرية المتشابكة ونتيجة لعدم معرفة أين تكمن مصالح الأطراف وعلى أرسها مصلحة المحضون، هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين سنعالج مفهوم و هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين سنعالج مفهوم الحضانة (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة (المبحث الثاني).

المبحث الأول :مفهوم الحضانة

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره سواء كان ذلك من الأم أو من يقوم مقامها سواء كان ذكرا أو أنثى ، والمحافظة على المحضون تكون شاملة ، من تدبير طعامه وملبسه ورعايته وتنظيف جسمه ومكان إقامته وذلك في سن معين وتكون هذه الرعاية والحماية ممن له الحق في كفالة الطفل.

المطلب الأول : تعريف الحضانة

الحقوق التي تضمنتها الحضانة كثيرة و متعددة كما أن الجهات التي تتولى صياغتها و تنفيذها مختلفة ، و للحضانة عدة خصائص ، فلزم الأمر عرض هذه التعريفات.

1-التعريف اللغوي

الحضن :ما دون الإبط إلى الكشح (و الكشح ما بين الخاصرة و الضلوع) و الحضن هو الجنب ، و حضن الطائر بيضه من باب نصر و دخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه .[1] 2-

التعريف الاصطلاحي

أما اصطلاحا الحضانة هي رعاية و تربية الطفل و العناية به و القيام بكل ما يصلح أمره ووقايته ولباسه و تنظيفه و نومه[2] .

أولا :التعريف الفقهي

وردت عدة صيغ في تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي ظن و لعل أشهرها باعتبار المذاهب الفقهية ما يلي :

أما الحنفية فعرفوها بأنها : هي تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة [3].

عرفها الشافعية :بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغره أو جنون أو عته [4].

كما عرفها الحنابلة بأنها حفظ صغير و مجنون و معتوه عما يضره و ترتيبهم بعمل مصالحهم كغسل رأس وبدنه و ثيابه و دهنه و تكحليه، وربطه في المهد و تحريكه لينام و نحوه [5]

عرفها فقهاء المالكية بأنها :حفظ الولد في بيته و ذهابه و مجيئه و القيام بمصالحه ، أي طعامه و لباسه و تنظيف جسمه و موضعه [6].

والظاهر من هذه التعريفات أنها تتفق في مدلولها و محتواها حول الحضانة و تتماشى مع المحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة و هي حفظ المحضون من الضياع بالرغم من الاختلاف في العبارات .

ثانيا : التعريف القانوني

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

---

[1] -الرازي محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، لبنان ، مكتبة لبنان ، 1989، ص 125.

[2] -بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000، ص 112 .

[3] -ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت 2000 ، ص 560 .

[4] -الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،ط1 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ،1997 ،ص452 .

[5] -البهوتي ، كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت، لبنان ،1982 ، ص 496 .

[6] -الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ،د.ت ، ص526 .

في هذا الشأن يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 من.ق.أ.ج.يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها و ذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية [1].

و انطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهداف فسنذكرها مفصلة فيما يلي :

1-تعليم الولد: يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا و إجباريا [2]، إلا أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته و إمكانياته الذهنية و قدراته العقلية و استعداده الفطري و النفسي [3].

2-تربيته على دين أبيه : ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة ، و ذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في م 30 ق أ ج المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت و نوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم أو العكس جائز شرعا و قانونا .[4]

أي أن الحضانة للأم و قد تكون كافرة و ذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الدين الإسلامي ، و هو دين الأب في تنشئة الطفل .

و هذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته :"لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية ، حقها في الحضانة ، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي "[5].

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

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه و تنشئته النشأة السوية و عليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع و يجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير .

4-حمايته صحيا : التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن ، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا و دراسيا و الاعتناء به ، و يبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل و عرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك [6].

5-حمايته خلقيا : الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا و سويا ، و حمايته من مخاطر الشارع و رفقاء السوء .

و تدعيما لحقوق المحضون وصونا لها عن أي تهديد ، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية و القانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن و مدى تحمله للمسؤولية و الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية[7]،و ذلك من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في

---

[1] -عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، دار هومة ،الجزائر ،1996، ص 293 .

[2] -ديابي باديس ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، الجزائر ، دار الهدى ، 2012 ، ص 125 .

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

[4] -ديابي باديس ، المرجع السابق ، ص 125 .

[5] -قرار رقم 457038صادر في 2008/09/10/ م م ع ، 2008 ، ع 2 ، ص313 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزائر ، منشورات كليك ، ط 1 ، ج 3 ، 2013، ص1462 .

[6] -ديابي باديس ،مرجع سابق ، ص 126.

[7] -المرجع نفسه ،ص 126 .

1984/01/09و الذي جاء فيه ما يلي :"متى كان من المقرر شرعا حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا من حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا .

وبناء على ذلك و مراعاة لحاجيات المحضون و مصلحته الحقيقة يتعين على المحكمة أن تراعي كل الأهداف التي تضمنتها المادة 62 ق.أ.ج لما لها من تأثير على نشأة الطفل و توازنه النفسي و الصحي ، و ذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب و تفصل في حق الحضانة[1].

المطلب الثاني :شروط الحضانة و استحقاقاتها

الحضانة هي حق للحاضن من جهة باعتبار أن المستفيد من الحضانة صاحب حق فيها ، وصاحب حاجة لها لما في ذلك من إشباع الرغبات الإنسانية مثل الأمومة والأبوة، أو الحنان بصفة عامة اتجاه الأبناء والأطفال ، كما أنها حق للمحضون في تولي الرعاية والتربية والحفظ.

ـالفرع الأول :شروط خاصة بالرجال

أولا :شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم ، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما ، فليس له حق في الحضانة ، بل حضانته إلى ذوي رحم من عامة أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمة غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما ، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث [2].

و إذا توافرت هذه الشروط فإن الحضانة تسند إليه ، لكن مع مراعاة مصلحة المحضون و ذلك لكي يترك ما يصعب مهمة القاضي .

ثانيا:أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط ، و لكن جعله عاما في مصلحة المحضون ، من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 "الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة من الأم ، ثم الجدة من الأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[3]"، فإذا كانت مصلحة المحضون منعدمة إذا أسندت الحضانة لغير محرم للمحضون جاز للقاضي أن يسقط الحضانة عن الحاضن الغير المحرم للمحضون بناءا على مصلحة المحضون ، لكن كان الأولى أن يضع المشرع الجزائري هذا الشرط في قانون الأسرة و ذلك تفاديا لتباين أحكام القضاء في مسألة واحدة ، و ذلك لأن مصلحة المحضون قد يراها قاض دون الآخر .

ـالفرع الثاني :شروط خاصة بالنساء

أولا : ألا تكون متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم منه

نجد أن المشرع الجزائري ساير الفقه المالكي في مسألة خلو الحاضنة من زوج أجنبي عن المحضون و ذلك في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت " يسقط حق

---

[1] -سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر ، دار هومة ، ط3 ،1996 ،ص293 .

[2] -محمد أبو زهرة ، مباحث في أحكام الفتوى ، دار ابن حزم للطباعة و النشر ، لبنان ، بدون سنة نشر، ص 406 .

[3] -المادة 64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر رقم 15 ،2005 .

الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون "، و لقد جاء أيضا في قرار المحكمة العليا رقم 341320 الصادر بتاريخ 13-07-2005 " إذا كان القانون أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها ، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم "، و بمفهوم المخالفة إذا تزوجت بقريب محرم لا تسقط حضانتها[1] .

ثانيا:أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغض المحضون

جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على " أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" ، و قد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 50011 بتاريخ 20-06-1988 " من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة ، و ألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ، و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون و من ثم النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير مؤسس[2] ".

ثالثا:أن تكون الحاضنة ذا رحم من المحضون إذا كان ذكرا

المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذا الشرط ، بل اكتفى بذكر مصلحة المحضون و هذا ما يعطي السلطة التقديرية الواسعة للقاضي ، لكن ما يعيب هو أن السلطة التقديرية للقاضي تجعل أحكام القضاء متباينة ، ذلك لأن مصلحة المحضون قد يراها قاض دون الآخر .

المطلب الثالث: مدة الحضانة و سقوطها

لقد شرعت الحضانة لحفظ الصغير وتربيته ورعايته وهو في سن حساسة لا يقدر فيها بمفرده على القيام بهذه الشؤون، وهذا لعجزه عن ذلك، لذلك أوكلت الحضانة إلى من هو أقدر منه عليها، ولكن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده، وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج إلى من يؤهله ويعلمه لخوض تجارب الحياة، وعليه فما هي المدة المحددة التي يبقى الصغير فيها تحت حضانة الحاضن؟ وما هو مصيره بعد انتهاء المدة؟.

-الفرع الأول :نفقة المحضون و سكناه

أولا: نفقة المحضون

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية و كسوة و علاج و تربية و سكن و كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته ، كل ذلك يتطلب مجهودات مالية قوامها المال تتجلى في نفقة المحضون و ذلك ما سنتطرق إليه فيما يلي :

1-نفقة المحضون :

يعتبر الحق في النفقة من أهم الحقوق المالية المكفولة للطفل شرعا و قانونا ، فهي الضمان الذي تصان به حياته و توفر له الحماية و الرعاية و العيش الكريم ، أما الالتزام بالنفقة فيقع كأصل عام على عاتق الأب ، سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلال هذه الرابطة ، ذلك على اعتبار أن الأب ينفق على نفسه لأنهم جزء لا يتجزأ منه ، و عليه يمكن تعريف النفقة على النحو التالي :

تعريف النفقة لغة :هي ما أنفقه الإنسان من الدراهم و نحوها على نفسه و عياله و غيرهم ، أي ما أخرجه.

---

[1] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش، ملف رقم 341320 بتاريخ 2005/07/13 ، نشرة القضاة ، العدد 62 ،2008 ، ص 73.

[2] -المجلس الأعلى ، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية ، عدد2 ،1991 ، ص 57.

تعريف النفقة اصطلاحا : تعرف على أنها كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته ، من طعام و كسوة و سكن و خدمة ،و كل ما يلزم للشخص بحسب ما جرى عليه العرف .[1]

تعريف النفقة قانونا : فقد أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 78 من ق.أ.ج كما يلي " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

و حسن ما فعل المشرع الجزائري عندما أضاف عبارة " و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " و ذلك لكي لا يحصر النفقة بل ترك إمكانية أن تشمل كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون [2].

و قد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه إذا لم يكن له مال ، و هو ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب[3]،حيث تنص المادة 75من ق.أ.ج على " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور حتى سن الرشد ، و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عن الكسب". و يعد العسر من مسقطات النفقة ، فلكي تكون النفقة واجبة على الأب لابد أن يكون قادرا على الكسب و أن يكون الابن محتاجا لها على اعتبار لا مال له و تستمر إلى غاية الاستغناء عنها كما ورد في المادة 75 .

بينما البنت تظل محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/07/08 الذي قضى " حيث أن القرار المنتقد فعلا خالف القانون و أساء تطبيقه ذلك لأن المطعون ضدهما بنتين للطاعن لم يتزوجا بعد و ليس لهما دخل و يواصلان دراستهما"[4].

و قد نصت المادة 76 على حالة ما إذا كان الأب معسرا و عاجزا فينتقل واجب النفقة إلى الأم بقولها " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

و يلاحظ أن إعسار الأم ترجمت في القانون بكلمة "عجز" و المقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو لتقاعس.[5]

تقدير قيمة النفقة :

نص المشرع الجزائري على مسألة تقدير النفقة في نص المادة 79 ق.أ.ج بقوله " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " يظهر من خلال نص هذه أن النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع ، و كذلك أن تقدير النفقة يكون حسب حال الأب ، فإذا كان موسرا فرضت عليه نفقة الموسرين ، و إذا كان معسرا تفرض عليه نفقة المعسرين ، و إن كان متوسطا

---

[1] -أحمد فراج الحسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 261 .

[2] -يوبي سعاد ، الحضانة في القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2018-2019 ، ص 70.

[3] -وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ط1، ج7 ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، دمشق ، 1984، ص 431.

[4] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ملف رقم 506369 ، بتاريخ 2009/07/08.م.م.ع ، العدد الثاني ، 2009 ، ص 308 .

[5] -بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2012 ، ص 387 .

يلزم بنفقة الوسط أي بحسب من يناسبه من الأصلح أو الأيسر فيه الدفع ، فالعامل المحترف تقدر نفقته حسب عمله ، و الموظف بالشهر[1].

سكن المحضون :

المقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية ، لأنه في حالة توفير الأب مسكنا لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الطفل به ، ففي هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة ، فمسكن الحضانة ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا و مستوفيا المرافق الشرعية خلاف مسكن الزوجية و الذي لا يشترط فيه أن يكون مستقلا باعتبار أن الزوجية قد قبلت الإقامة به[2].

و لكن الإشكال الذي يطرح هو الذي يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة،و لم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها .

لقد حسم المشرع الجزائري مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارستها ، حيث جاءت المادة 72 المعدلة من ق.أ.ج بصيغة الوجوب و التي نصت على " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما ، و إن تعذر عليه دفع بدل الإيجار ، و تبقى الحاضنة في بيت الزوجة حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

و ذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا بالتأكيد على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة [3]، فقد قضت "من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة "و جاءت في قرار آخر "إن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة ، و منه فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين ، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع "[4].

غير أن المادة 72 المعدلة لم تسلم من النقد بشأن الفقرة الثانية التي تنص على " و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن ".فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن .

-الفرع الثاني :أجرة الحضانة

هي ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير و هو لها شبه بالنفقة و شبه بالأجر ، فلها شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ، ولها شبه بالأجر لأنه يعطى للحاضنة نظير العمل الذي تقوم به فهي تقوم بحفظه و تربيته[5].

ومن خلال النظر إلى المواد 75-76-77-78 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ، و أمام سكوت المشرع الجزائري سنحاول دراسة المسألة من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبق لنص المادة 222 من ق.أ.ج الذي يعد العلاج لسد هذا الفراغ القانوني ، وقد عرف الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحاضنة على النحو التالي :

---

[1]-عبد الفتاح تقية، ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، د.ط ،دار تالة ، الجزائر ،2000 ،ص 172 .

[2] -شامي أحمد ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية) ، المرجع السابق ، ص 426.

[3] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ملف رقم 339617 ، بتاريخ 2005/07/13، ن.ش ، العدد 63 ،2008 ، ص 343 ، نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج3، المرجع السابق ، ص 1478 .

[4] -المحكمة العليا غ.أش ، ملف رقم 197739 ، صادر في 1998/07/21 / ن.ق ، العدد 56 ، 1999، ص 37 . نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج2، المرجع السابق ، ص 945.

[5]-يوبي سعاد ، الحضانة في القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ، ص 4 .

-يرى المالكية بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أو غير ذلك ،و بغض النظر عن حالتها المادية ، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال فينفق عليها لأنها فقيرة و ليست لكونها تمارس الحضانة و للمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة و الغذاء و الغطاء و الحاضنة تقبض نفقة من الوالد و تنفقها على الولد[1].

-بينما يرى الحنفية و الحنبلية و الشافعية أن الأم لها طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق و بعد انتهاء العدة ، و معنى ذلك هو أن ما دامت النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد ، ثم إن الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أو غير أم و هي غير أجرة الرضاعة ، فإن كانت الأم هي المرضعة و طلبت أجرة الرضاعة أجيب طلبها ، و بالتالي الحاضنة طلب أجرة الحضانة و الأم أحق بحضانة الصغير و لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا[2].

و عليه كان أجدر على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة خاصة و أن أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط للحاضنة بل أيضا للمحضون ، و ترى الأستاذة حميدو زكية أن في الاعتراف للحاضنة بأجرة الحضانة الرأي الصائب لأن حصولها على مقابل ما تقدمه في تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه ، و عدم الوفاء بهذا المقابل المادي فيه ضرر بالمحضون و الحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره[3].

الفرع الثالث :عودة الحق في الحضانة

إن الحضانة حق للمحضون ، و الأولى بها في سنينها الأولى النساء لصلاحهن فطريا و خلقيا للقيام بهذه المهمة في رعاية المحضون في هذه السن و العناية به و الصبر عليه و على احتياجاته و البقاء معه بما يكفي لحسن نشأته و صلاح نباته .

و أضافت دار الإفتاء الجزائرية في إجابتها عن سؤال :" من الأحق بالحضانة بعد موت الأم ، فإذا توفيت أو فقدت أو عجزت أو كانت متزوجة بأجنبي عن المحضون فتحضن النساء من جانبها ، كأمها أو أختها بشرط عدم زواجهن من أجنبي عن المحضون ، فإن فقدن أو عجزن أو كن متزوجات بأجنبي عن المحضون فالنساء من جانب أبي المحضون بشرط عدم زواجهن من أجنبي عن المحضون .

-الفرع الرابع :سقوط الحضانة

تحمل على الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها ، وهي الواجبات الطبيعية المحمولة على الأبوين حسب ما يقتضيه العرف و العادة و الهادف إلى تحقيق الاستقرار النفسي و البدني للطفل ، إضافة إلى واجب التربية و التوجيه و التي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق ، و يتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة و إسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل.

و في حالة عدم توفر الشروط السابقة يصبح المترشح للحضانة ليس أهلا للقيام بها طبقا لنص المادة 1/67 ق.أ.ج و بالتالي لا تسند إليه أصلا ، كما أن هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق فيها، فكيف عالج القاضي هذه المسائل ؟ و كيف راعى مصلحة المحضون ؟

---

[1] -الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ج5 ، في حضانة الأم ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1323ه ، ص 546 .

[2] -وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 767 .

[3] -حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق ، ص 125 .

أولا :إسقاط الحضانة في حالة التنازل

يسقط حق الحضانة في حالة إذ تنازل عنه صاحبه ، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[1]، مع الملاحظ أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون ، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب ، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها [2]،لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه ، بالرغم من تنازلها عنها [3]، و بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة و له القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة : "لأنه من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها و له القدرة الحاضنة ، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيضها "[4].

و يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم ، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقتضى به ؟

ذهبت المحكمة العليا إلى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها ، لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم ، و أن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ، إذ لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون [5].

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضى به ، ذلك أن الحكام الصادر في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا الفضلى للمحضون ، و أن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا أنها كانت تحقق مصلحة المحضون ، و أنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة ، و بالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا كانت تحقق مصلحة المحضون ، و أنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة ، و بالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغر الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانته أمه[6].

1-الإخلال بواجبات الحضانة

إذا كانت المادة 62 ق أ ج تشير إلى الغرض من الحضانة هو رعاية الولد المحضون و تعليمه ، و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، و تشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بهذه المهمة ، فإن الإخلال بأحد أو بعض الشروط يترتب عليه سقوط حق الحضانة على الحاضن ، و إمكانية إسناده إلى غيره ، على أن

---

[1] -قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13 ، م ق ، 2004 ، ع 1 ، ص 275، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1238 .

[2] -بن عصمان نسرين إيناس ، مرجع سابق ، ص 146.

[3] -قرار رقم 581222 صادر في 2010/10/14 ، م م ع ، 2011 ، ع 1، ص 248 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1238 .

[4] -قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19 ، م ق ، 1990، ع 4 ، ص 70 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 430 .

[5] -قرار رقم 220470 ،صادر في 1999/04/20 ، ا ق ، 2001 ، ع خ ، ص 181 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص1074.

[6] -قرار رقم 235456 ، صادر في 2000/02/22، م ق ، 2001 ، ع 1 ، ص 280 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص982.

يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون ، و هذا ما نصت عليه المادة 67 ق.أ.ج.[1]

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

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

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

كما اعتبرت جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، و أن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون و أحكام المادة 62 ق أ ج[5]، إلا أنه استثناء يمكن إسنادها لها متى تحققت مصلحة المحضون و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2010/07/15 " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا ، متى تحققت مصلحة المحضون "،[6] و متى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا ، و ما دام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة [7]،و لأنه يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام المادة 67 ق أ ج أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة و تقارن بين الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول و بين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على الحاضن و إسنادها إلى غيره [8].

2-التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 ق أ ج ، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع ، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق ، و لأن كلمة " مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا و من ثم فكل مالا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع ، و للتأكيد على ذلك

---

[1]-سعد عبد العزيز ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، مرجع سابق ، ص 185 .

[2] -ملويا ، لحسن بن الشيخ ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، الجزائر ،دار هومة ، ط 3 ، ج 1 ،2011 ،ص 490 .

[3] -قرار رقم 50270 صادر في 1988/11/07 ، م ق ، 1991 ، ع3 ، ص 48، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص488.

[4] -قرار رقم 31997 صادر في 1988/01/09 ، م ق ،1991 ، ع 31، ص73، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص208.

[5] -قرار رقم 171684 صادر في 1997/09/30 ، ا ق ، 2001 ، ع خ ، ص 169، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج1، مرجع سابق ، ص1067.

[6] -قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15 ، م م ع ، 2010 ،ع 2 ، ص 262، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج3، مرجع سابق ، ص1505.

[7] -سعد عبد العزيز ،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، مرجع سابق ، ص 189 .

[8] -سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القانونية) ، مرجع سابق ، ص 301 .

بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الاستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية ، "تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف ".
مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة و مساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال ، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حركتها ، و لكن إهدار لمصالح الطفل و إجحافا لحقوقه ، لذلك كان من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل .[1]

3-سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها :

إذا توافرت شروط الحضانة السابقة في شخص ، ثبتت له الحضانة ، و لكنها قد تسقط لعذر أو لغير عذر ، فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة [2]،حيث إن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق في مدة تزيد عن سنة بدون عذر[3].
و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1984/06/25 "متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ...و إذا كان الثابت –في قضية الحال- أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة ، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة ...و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].
كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون ،و هذا ما جاء في القرار المؤرخ في 1990/02/25 :"من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له حق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .
و لما كان من الثابت –في قضية الحال-أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لازالت متمسكة بها ،فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة و إسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون "[5].
إلا أنه من زاوية أخرى نتساءل عن كيفية حساب مدة السنة ، فهل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر فيه سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بالأم أو الأب ، مع الإشارة أن الحاضن الذي يكون حقه مهددا بالسقوط يبقى محتفظا بالحضانة ما دام القاضي لم يتدخل لسحبها منه [6].
و مما لا ريب فيه أن القضاء في غياب النص التشريعي أو غموضه يجد نفسه مضطرا إلى سد الثغرات، إذا أنه المخاطب الأول بتفسير المادة 68 من ق أ ج بسبب احتكاكه الدائم مع الحياة العملية ، و هذا ما تبنته القرارات القضائية فعلا ، فقضى المجلس الأعلى في

---

[1]-إلياس مسعودة نعيمة ،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق " دراسة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،2010، ص 177.
[2] -سمارة محمد ، أحكام و آثار الزوجية ، الأردن ، دار الثقافة للنشر ، ط1 ،2008 ،ص 392 .
[3] -المادة 68 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج ر رقم 15 .
[4] -قرار رقم 33636 صادر في 1984/06/25 ، م ق ، 1989، ع 3 ، ص 43، ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1 ،مرجع سابق ، ص 281.
[5] -قرار رقم 58220 صادر في 1990/02/05 ، م ق ، 1993، ع 3 ، ص 53 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2،مرجع سابق ، ص681.
[6] -حميدو زكية ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ، مرجع سابق ، ص 509 .

1979/02/05 "بأن طلب المطعون ضدها جاء متأخرا بمدة طويلة من تاريخ تنازل ابنتها ، أم الوالدين إذ وقع هذا التنازل عن حضانة ابنيها في 1972/08/30 و لم تحرك الجدة ساكنا حتى 1978/01/08 ، هو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلبها حضانة حفيديها ، في حين أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة ، و بناء على ذلك ، فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا ذلك المبدأ ، و بالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان..."[1].

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

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

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

حيث إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية و اقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى و بدارها و تركها حضانة بنتيها لوالديها كان أمرا ضروريا ..."[3].

و لا ريب أن إدخال المرض الخطير من باب الأعذار إنما يتماشى مع المحكمة التي وضع من أجلها نص المادة 68 ق أ ج ، فقد يرتب على عدم تطبيق روح هذا النص القانوني أن يبقى أطفال كثيرون بعيدين كل البعد عن حنان الأم و عطفها مع أن هذه الأخيرة أصبحت أهلا لحضانتهم و من ثم ، فإنه لا مناص من جعل هذا النص ساريا كلما دعت مصلحة المحضون ذلك ، حتى يحدث أثره و تتحقق المنفعة المرجوة .[4]

ثانيا :تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة

نص المشرع في المادة 66 ق أ ج :" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، حيث لم يفرق القضاء بين الحاضنة الأم أو غيرها من الحواضن إذا اشترط أن لا تكون المترشحة للحضانة و أيا كانت متزوجة بغير قريب محرم لما في ذلك من خطر على المحضون [5]،و إن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق

---

[1] -قرار رقم 19303 صادر في 1979/02/05 ، ن ق ، 1981 ، ع1 ، ص 77 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1،مرجع سابق ، ص131-132.

[2]-قرار رقم 32829 صادر في 1984/07/09 ، م ق ، 1990، ع 1، ص 60 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 339-340 .

[3]-قرار رقم 15403 صادر في 1978/02/27 ، غير منشور ، نقلا عن حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ، مرجع سابق ، ص 510 .

[4] - حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ، مرجع سابق ، ص 510 .

[5] -و هذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05 ماي 1986 ، حيث قضى أنه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية ، أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ أسند حضانة البنت إلى جدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة ".

الحضانة عنها و تمنحه إلى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد[1].

ويتضح مما تقدم أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة2/62 ق أ ج والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون ، ومن ثم فالقاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ويكون حكمه كاشفا.[2]

كما أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 ق أ ج[3] وهذا الحكم بالنسبة للمتزوجة بأجنبي،فإن تزوجت بقريب محرم من الصغير كأن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له فلا تسقط ، لأن الجد أو العم محرم للصغير وصاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه ، فيتم بينهما التعاون على كفالته بخلاف الأجنبي[4].

كما أن المشرع ومن خلال المادة 70ق أ ج التي تنص "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، إضافة إلى ما جاء في المادة 66 ق أ ج جعل قبول حضانة الجدة أو الخالة مرتبط مساكنتهم لأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك حتى لا يتم إمساك المحضون في بيت المبغضين له، حيث" من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون...، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا ولذا استوجب رفض الطعن[5].

ويظهر أنه من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي[6]، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71ق أ ج على أنه :" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري "، و هذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/02/05 أنه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، و لما كان من الثابت –في قضية الحال-أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي ، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة

قرار رقم 40438 صادر في 1986/05/05 ، م ق ، 1989 ، ع 2 ، ص 75 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1 ،مرجع سابق ، ص 257 .

[1] -و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 18 ماي 2005 بأنه "يسقط حق الأم في الحضانة ، بزواجها بغير قريب محرم ". قرار رقم 331058 صادر في 2005/05/18 ، م م ع ،2005 ، ع2 ، ص 383، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3 ،مرجع سابق ، ص1290.

[2] -جاء في قرار المحكمة العليا بأنه "إذا كان القانون قد أعطى ، الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها ، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم "

[3] -قرار رقم 102886 صادر في 1994/04/19، ن ق ، 1997 ، ع 51 ،ص 92 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2،مرجع سابق ، ص 856 .

[4] -مدقر عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 223.

[5] -قرار رقم 50011 صادر في 1988/06/20 ، م ق ،1991 ،ع 2 ، ص 57 ،عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1 ،مرجع سابق ، ص 468 .

[6]-قرار رقم 58812 صادر في 1990/02/05 / م ق ،1992 ، ع 4، ص 58 ،عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ،مرجع سابق ، ص 623 .

إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا ، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالف للقانون ".

إلا أنه لا يلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف ، حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة ،حيث جاء في إحدى قراراتها المؤرخ في 2000/11/21 "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط و دون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أ ج يعد مخالفا للقانون و قصور في التسبيب "[1].

و تأكد هذا الموقف للمحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار آخر أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير اختياري عن الحضانة ، و من ثم فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 ق أ ج [2].

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

و لدقة الموضوع و حرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها ، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الأب لابنه ،و هذا جائز و لو تحت عنوان الكفالة ، و إذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير و إسقاطها عن الأم.

و لهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 ق أ ج يشمل ما قلناه في الموضوع ، و ذلك على النحو التالي :"للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير و بشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه ".

لذلك يجب أن يترك الأمر بيد القاضي و لا خوف على المحضون ، لأن القاضي إنما يراعي ما هو خير و أصلح له ، و عليه خدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات التالية :

-عدم وجود حاضنة للمحضون سواها .

-أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز .

-عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة [3]،و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة [4].

ثالثا: عمل الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون :

---

[1] -قرار رقم 252308 صادر في 2000/11/21 ، م ق ،2001 ،ع 2 ،ص 284 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ،مرجع سابق ، ص992 .

[2] -قرار رقم 201336صادر في 1998/07/21 ، ا ق ، 2001 ،ع خ ،ص 178 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ،مرجع سابق ، ص1072.

[3] -حميدو زكية ، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،ع 1، ج 41 ، ص 183-184-185 .

[4] -المادة 68 ق أ ج " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد هن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " .

إن مسألة عمل المرأة الحاضنة لا يمكن إغفالها ، لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها ، لم يعد دخيلا عليه بل ضروريا في مشاركتها في تنميته ، و هذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة ، فإنه بالأحرى ينطبق على الحاضنة العاملة أيضا [1].

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة ، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها ، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن و هي غير منصوص عليها في القانون 84-11 من بينها سقوط الحضانة بسبب العمل ، حيث أن احتراف العمل في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة، و إنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون و إهماله فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لسقوط الحضانة ،رغم عدم وجود النص القانوني .و نظرا لوجود هذا الفراغ القانوني و حساسية هذا الموضوع ،و لأن مصلحة المحضون هي من النظام العام ، فتدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 و أعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 2/67 معدلة ق أ ج التي جاء فيها :"و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ".

فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي ، أو أنه مهمل ، و هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون و المرتبطة دوما بالنظام العام ، فقد تسقط الحضانة على الحاضن ، و يعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع و القانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما [2]،و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها حيث نصت على ما يلي " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون ، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ، و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[3] .

رابعا: الاستيطان في بلد أجنبي

تعتبر التربية الدينية من بين العناصر الأساسية التي نقوم عليها مصلحة المحضون، لذلك إذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها إلا أنها قد تسحب منها متى قررت الاستقرار ببلد أجنبي غير مسلم، فلا شك أن الطفل المحضون يتأثر بعادات وأخلاق البلد الذي نشأ فيه، مما يشكل خطرا على معتقداته الدينية[4].

فإذا أرادت الحاضنة تغيير موطنها الذي تمارس فيه الحاضنة رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة لها، أو إسقاطها عنها، مراعيا في ذلك ما تقضيه مصلحة المحضون بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة[5].

---

[1] -بوجاني عبد الكريم ،إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014 ، ص 232 .

[2] -قرار رقم 295996 صادر في 2002/10/23 ، ن ق ، 2006 ، ع 57 ، ص 219 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1314 .

[3] -قرار رقم 245156 صادر في 2000/07/18 ، ا ق ، 2001 ،ع خ ، ص 188 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2، مرجع سابق ، ص1078 .

[4] -زاير فاطمة الزهرة ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2011 ، ص 120 .

[5] -المادة 69 ق أ ج "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون .

يتضح لنا أن المشرع قد فرق بين حالتين لثبوت أو سقوط حق الحضانة، الحالة الأولى وهي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، والحالة الثانية وهي ممارستها خارج التراب الوطني، وقد نظمها في المادة69 ق أ ج وترك الحالة الأولى دون حكم خاص بها، والمشرع بسكوته هذا ترك أمر حلها للقضاء ، و من ثم فقد منح له الحرية الكاملة في تطبيق 222 من ق أ ج و اتخاذ ما يراه مناسبا . و من هنا نجد الحكم الفقهي المعروف و الذي مفاده أن يقيم الطفل في نفس موطن أبيه حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة السلطة الأبوية و الإسراف على المحضون ورقابة سلوكه و تربيته.

و سعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي ، و من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 1995/11/21 حيث جاء في محتواه ما يلي : "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، و إسنادها للأب ، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج ، و كذا حق الزيارة ، و ذلك لبعد المسافة"[1].

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

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

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

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

و في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا "أن إسناد حضانة الأبناء إلى الأب بعد وفاة الزوجة إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة ، كون مصلحة الأبناء تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون ، مؤسسين ذلك على أنه بالنظر إلى سن البنتين ، فإن مصلحتهما تكون

---

[1] -قرار رقم 111048 صادر في 1995/11/21 ، ن ق ،1997 ، ع 52 ،ص 102 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 860 .

[2] -قرار رقم 334543 صادر في 2005/10/12 ، ن ق ، 2008 ، ع 62 ، ص 318 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص1467.

[3] -قرار رقم 91671 صادر في 1993/06/23 ، م ق ، 1994 ، ع 1 ، ص 72 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 730 .

[4] -القدومي عبير ربحي شاكر ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، الأردن ، دار الفكر ، ط 1 ، 2007 ، ص 173 .

[5] -قرار رقم 426431 صادر في 2008/03/12 ، م م ع ، 2008 ، ع1 ، ص 271 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص1447.

ببقائهما تحت رعاية والدهما ، و لما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير مصلحته العيش بين أختيه و تحت رعاية الأب "[1].

[1] -قرار رقم 274683 صادر في 2001/12/26 ،م م ع ، 2004 ،ع 2 ، ص 346 ، عن سايس جمال ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص1248.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة

إن الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسيير الدعوى والوصول إلى العدالة بإعطائه دورا إيجابيا، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون، وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبق مكتوف الأيدي أمام القضية المطروحة أمامه.

ونكون أمام سلطة تقديرية إذ ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع، ويترك له الحرية كذلك بالنسبة لكيفية وفحوى القرار المتخذ، والحدود الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل وكيفية مواجهة كل حالة على حدى من قبل القاضي.

فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع إحداث مستقبلا ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها وان يضع الحلول المناسبة لها.

المطلب الأول: مراعاة مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته. وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون. ولقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

-الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون:

ما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما. ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وأعمالا للقاعدة الشرعية: درأ المفسد مقدم على جلب المصلحة.

إن«مصلحة المحضون» أو «مصلحة الطفل» اعتبار فقهي يصعب إفراغه في مادة قاعدة قانونية شأنها شأن كثير من القواعد والمبادئ (النظام العام، الآداب العامة، حسن النية.... الخ)، فهي أمور متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا.

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية وتطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية، ولا تعني مصلحة مالية وحسب، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع، ومع أن قاعدة مصلحة الطفل لم يضبط لها تعريفا إلا أننا يمكن أن ننظر لها من عدة زوايا تميزها، فهي قاعدة متغيرة غير ثابتة، ذلك أن حاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، كما تعتبر قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه، فمصلحة البدو الرحل وبعض

المناطق النائية تختلف عن مصلحة أطفال المدن الكبرى، فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لان هذه المناطق لا تهتم بالدراسة، فان ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المدن الكبرى (المناطق الشمالية) باعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة وتعليمه.

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

-الفرع الثاني:ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون،لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها،ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي من الموضعية والعدالة، ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، كما أن الفقه الإسلامي أولى عنايته لتحقيق مصلحة المحضون بتنظيم أحكامه، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها، ومن بين هذه المعايير ما يأتي:

أولا: المعيار المعنوي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، الذي يشكل حجر زاوية تلك مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس،وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا أن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون.[1]

فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما_ومن الأم على الخصوص_لا بديل لهما،فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية،ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى.فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى،[2] ترك هذا الحرمان أثارا سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل،[3] ولعل أهمية هذا المعيار بالإضافة إلى ما قيل أعلاه، تكمن في درء

---

[1]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة تلمسان،2014،ص 418.

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

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

المخاطر عن المجتمع ككل، فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال،لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية.[1]

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

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

ثانيا:المعيار المادي

إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح،لان العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية،وهي تكاليف لا بد منها.

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

ثالثا: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إذا كانت مصلحة المحضون العمود الفقري للحضانة،فانه ينبغي دراسة كل اقتراح يمكن أن يساعد على تحقيقها، ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه،ومما لا شك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية، فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل،و لكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر،يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته.[5]

المطلب الثاني: دور القاضي في غياب النصوص القانونية

إن القاضي ملزم بان يفصل في الدعوى المطروحة أمامه ، متوخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة ، فإن مختلف التشريعات أدخلت ضمن قوانينها ما يخول القاضي باتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يقدر ويصدر حكمه في الدعوى المثارة إمامه.

-الفرع الأول:التحقيق والمعاينة

أصبح للقاضي دورا ايجابيا و فعالا؛ سواء من حث إثارة المسائل القانونية من تلقاء نفسه دون التقيد بأطراف الخصومة القضائية أو من حيث الأمر بإجراء تحقيق في أي مسألة يرى

---

[1]-حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،مرجع سابق، ص105-106.
[2]- ياسر يوسف إسماعيل،مرجع سابق، ص53.
[3]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق،ص420.
[4]- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، 112-116-117.
[5]-بوتريبات عائشة، بوجمعة نجاة، مرجع سابق، ص41.

لها داع أو إلزام الخصوم بضرورة تقديم مستندات معينة...إلخ من السلطات التي منحها إياه المشرع [1]

إن ترك المشرع للقاضي حرية الاجتهاد في تقدير مصلحة الطفل عند إسناد الحضانة يمكن تفسيره أن المسألة تحكمها الميولات الشخصية للقاضي و نظرته للموضوع؛ فإن فقه القضاء قد أوجب التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة؛ باعتبار أهمية آثارها في تحديد مستقبل الطفل و ظروف نشأته؛ فذهب إلى أن أسباب الحضانة توجب على المحكمة أن تستوعب جميع العناصر المادية و الأدبية التي تحيط بالدعوى لتقدير حقيقة الأصلحية حرصا على أن حماية المحضون أمر أساسي و مسألة موضوعية تتطلب من القاضي البحث و التحقيق،

و له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل الطفل و ظروفه حتى يقدر و يصدر حكمه؛ سواء يقم به هو بنفسه (أولا)؛ كما يمكن له الاستعانة بآراء أشخاص مؤهلين (ثانيا)؛ كما يمكن طرح التساؤل و بعدها نصت المادة 3 مكرر ق أ ج على اعتبار النيابة العامة طرفا في قضايا شؤون الأسرة على دور هذه الأخيرة في توجيه القاضي(ثالثا)

أولا: التحقيق والمعاينة

فإذا ما رحت قضية أمام قاضي الأحوال الشخصية تخص الأطفال سواء كانت متعلقة بالنسب أو الحضانة؛ فهو يملك القيام بكل إجراءات التحقيق التي تساعده على تكوين قناعته.[2]

1-الاستماع إلى أطراف النزاع:

لقاضي الأحوال الشخصية أن يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة؛ و هذا ما يؤكده قانون الإجراءات المدنية و الإداريّة؛ حيث أن الاستماع إلى أطراف النزاع؛ و الإطلاع على الوثائق المعروضة تسمح للقاضي بأن يأخذ فكرة عمن سيتولى حضانة الطفل؛ كما يمكن أن يستنتج أسلوب و طريقة حياة الوالدين؛ و الحالة الصحية للطفل... إلخ.

إلا أن السؤال الذي يطرح هنا: هل استدعاء رأي الطفل في القضايا المتعلقة به ضروري و مقيد؟ و هل يعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟

إن قانون الأسرة لم يأت بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة،[3] فحسب أحكام المادة 64 ق أ ج؛ و التي تنص على أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم لا تبدو مؤيدة لاستماع المحضون و أخذ رأيه في حاضنه؛ لأن مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع في هذه المادة فرض تحقيقها من بين الأشخاص المذكورين؛ و هم محددون قانونا يختارهم القاضي لا المحضون.

---

[1]- لمطاعي نور الدين،"سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية،كلية الحقوق،جامعة الحقوق،جامعة الجزائر،ع2012،3،ص329.

[2]-بن عصمان نسرين ايناس،مرجع سابق، ص164.

[3]-بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص165.

و لكن؛ استماع المحضون لن يلتمس إلا إذا اقتضت مصلحته الاستماع إليه؛ و يكون هذا الإجراء بأمر من القاضي كون الاستماع داخلا في إطار سلطته التقديرية.

و من ثم؛ يمكن القول أنه لا يوجد في الاستماع للمحضون ما ينفي كليا مصلحته؛ إذ يمكن أن يؤخذ برأيه كما يمكن أن يستبعده؛ فمسألة الترك للمحضون اختيار حاضنه ليست بمطلقة و لا بمقيدة بل تظل مصلحة المحضون هي الموجه؛ و هذه لا يقدرها القاضي[1] و في هذا قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 11 /1982/01 بقوله: في الحضانة لا يؤخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل إنما مصلحته؛ فإذا أكد المجلس القضائي على الوجه المتعلق برغبة الأولاد فإنه قد استعمل سلطته التقديرية و إذا سلط الضوء على رغبة الأولاد؛ فإنه فقط لتعزيز حججه لا لتأسيس قراره."[2]

و جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 عندما قال بأنه:

"يظهر من تحريات قضاة الموضوع؛ و من تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج؛ و مراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس و بحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي و على مصلحة الأولاد أنفسهم؛ مما يستوجب رفض طلب النقض".[3]

فهنا إذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له، حكم له به؛ و إذا رأى انتقاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول؛ و مع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للاستعانة و الكشف عن مصلحة المحضون.

و هذا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإداريّة في المادة 2/54" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك ".

و كذا المادة 463 من نفس القانون إذ تنص على:" يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر و تصريحات والده و أمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا؛ و يمكن إعفاء القاصر من الحضور ".[4]

و بالتالي و بموجب هذه المواد فيكون المشرع قد جعل من معيار استماع المحضون أمر جوازيا للقاضي؛ و هذا حسب سلطته التقديرية.

2.الاستماع إلى أفراد العائلة:

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه[5] ،و هذا ما ذهب إليه

---

[1]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية"، مرجع سابق،ص 441-443-444.

[2]-قرار رقم26225صادر في 1981/12/14،م ع ،غير منشور،نقلا عن بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص166.

[3]-شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص444.

[4]-المادة454-463 من القانون رقم08-09 المؤرخ في 25فيفري2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج ر 21،المؤرخة في 23افريل 2008.

[5]- المادة 459 من القانون رقم08-09 المؤرخ في25فيفري2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج ر 21، المؤرخة في23أفريل2008.

المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإداريّة في مادته 459 إذ جاءت كما يلي:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر و سلوك الأبوين "[1].

3.انتقال القاضي إلى المعاينة:

يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون؛ و من هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه؛ و مدى قربه أو بعده عن المدرسة؛ فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.

و بهذا جاءت المادة 146 ق إ م إ إذ نصت على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم؛ القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات... مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك "[2].

-الفرع الثاني: الأحداث التي تتطلب الاستعانة بالخبراء الأخصائيين:

اجتهاد القاضي لا يجب أن يكون استنادا إلى آرائه الخاصة؛ و إنما إلى عناصر موضوعية و مادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل؛ و حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء للاستعانة بالخبراء لسد ثغرات سكوت القانون، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2005/05/18:" يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية "[3].

فعلى قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل و من ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية ، فإذا رأى أن النزاع يستدعي تعيين خبير أو عدة خبراء كان له ذلك؛ و في أغلب الأحيان يكون اللجوء إلى الخبرة في الأمور الصحية؛ و لجمع المعطيات المادية و الاجتماعية و النفسية حول الوالدين قبل البث في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه أو للغير من أصحاب الحق في الحضانة.

و هذا ما نص عليه المشرع أيضا في نص المادة 425 ق إ م إ على أن يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال؛ و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون؛ أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."[4].

---

[1]- بن عصمان نسرين إيناس،مرجع سابق، ص168.

[2]- المادة146 من القانون رقم08-09 المؤرخ في25فيفري2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج ر 21، المؤرخة في23أفريل2008.

[3]- قرار رقم330566 صادر في 2005/05/18، م م ع ،2005، ع1،ص 301، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق،ص1274.

[4] -المادة 425 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر 21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

كما قد يلجأ القاضي إلى المختص النفسي، و هذا من أجل فهم المشاكل التي يعاني منها الطفل و اقتراح الحلول الممكنة له؛ و كذا بالمختص الاجتماعي؛ و هذا من أجل البحث و التحقق من البيئة الاجتماعية للطفل.[1]

و مع ذلك فإن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون[2] ، و هو غير ملزم كذلك برأي الخبير؛ حيث إن النتيجة التي يتوصل إليها الخبير لا تعد إلا رأيا يستأنس به القاضي في حكمه على أساس أنه رأي تقني؛ فرأي القاضي مستقل تمام عن رأي الخبير.[3]

و كل هذا سعيا من القاضي إلى فهم الإشكال المطروح عليه؛ و حله بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للمحضون.[4]

و عليه يمكن القول أن قوام الحضانة تحقيق للمصلحة الفضلى للمحضون؛ و على الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب؛ و هذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية؛ لأنه مجرد من كل الوسائل الضرورية التي تساعده على تحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه.

ـالفرع الثالث: دور النيابة العامة

للنيابة العامة حق تحريك و مباشرة الدعوى العمومية؛ و لكن دورها يختلف في القضايا المدنية؛ و هي إما أن تعمل كطرف منظم؛ بمعنى أن يكون لها حق إبداء الرأي؛ و هذا الانضمام إما أن يكون إجباريا أو اختياريا كما كان منصوص عليه في المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائها بقانون الإجراءات المدنية و الإداريّة؛ و كان لا يمكن للنيابة العامة الادعاء مدنيا و أن تكون طرفا أصليا إلا إذا وجد نص خاص كما كان عليه الحال في المادة 102 من قانون الأسرة، والتي بموجبها يمكن للنيابة أن تقدم طلبا للحجر على أي شخص، و لكنه و بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الآمر 05-02 جاء نص المادة 3 مكرر صريحا باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، و من ثم أصبحت المادة 102 بدون جدوى.[5]

---

[1] ـقرار رقم 302428 صادر في 2003/05/21 ، ن ق ، 2006 ، ع 58 ، ص 202 ، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1320 .
وقرار رقم 332324 صادر في 2005/07/13 ، ن ق ، 2006 ، ع 59 ، ص 236 ، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1324 .

[2] ـقرار رقم 650014 صادر في 2011/10/13 ، م م ع ،2012 ،ع 1 ، ص 313 ، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1608 .

[3] ـبن عصمان نسرين إيناس ، مرجع سابق ، ص 169 .

[4] ـحمليل صالح ، " إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري "، مجلة الفقه و القانون ، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية و القانونية ، المغرب ، ع 19 ، 2014 ، ص 11 .

[5] ـالمادة 102-3 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج ر ،15 .

واعتبار النيابة العامة طرفا اصلبا في قضايا شؤون الأسرة لـه اثر مهم، لاسيما من حيث تقديم الطلبات و الادعاء مدنيا، وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية[1] ، كما انه يجب تكليف ممثل النيابة بالحضور للجلسة وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا. [2]

و لأن ممثل النيابة طرف أصلي في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لزم حضوره جلسات المحاكمة وتقديم طلبات تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة، وهذا هو المعمول به عمليا.[3]

حيث جاء النص في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/1/15" أن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي اوجب القانون فيها إشراك النيابة العامة، و اخذ رأيها حولها و ذلك بإرسال ملفاتها إليها وإلا كان القرار الصادر في شئنها عرضة للإبطال. وبالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه، فانه ليس في أي منهم ها ما يثبت من اطلاع النيابة العامة على الملف مما يعد خرقا لإجراء جوهري يتعلق بالنظام العام، ما يترتب عنه نقض وإبطال القرار المذكور ".[4]

و حماية للأسرة و المرأة أصبحت النيابة العامة طرفا في القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة، لأنها تمس بالأمن العام بمقتضى المادة 3 مكرر.[5]

و إن نص المشرع على اعتبار النيابة العامة طرفا في الدعوة خاصة في المسائل المتعلقة بالأطفال، دليل على أن المشرع يسعى إلى وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.

فما يمكن قوله أن تدخل النيابة العامة في شؤون الأسرة وخاصة منها المتعلقة بالأطفال أمر ضروري لأنها تساعد القاضي على الوصول إلى الحقيقة لما لها سلطة في البحث و التحري، كما أنها تسعى إلى تطبيق القانون تطبيقا سليما و بالتالي، حتى ولو انحرف القاضي عن الحكم الصائب، فهنا للنيابة أن تتدخل.[6]

---

[1] -حمليل صالح ، المرجع السابق ، ص 11 .

[2] -المادة 15-438 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر 21 ،المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

[3] -حمليل صالح ، المرجع السابق ، ص 11 .

[4] -قرار رقم 39381 ، صادر في 1986/01/15 ، م ع ،غير منشور ، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966-2010 ، مرجع سابق ، ص 329 .

[5] -بن صغير محفوظ "أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة "، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، ع 1 ، 2014 ، ص 112 .

[6] -بن عصمان ، نسرين إيناس مرجع سابق ، ص 171-172.

خلاصة الفصل :

نستخلص مما سبق أن المعيار الأساسي في إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون ، و ما الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة إنما هو الموجه للقاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة و المؤهلين لها ، مع وجوب البحث على إمكانية تحقق مصلحة المحضون من خلال ما هو معروض على القاضي من أدلة و معطيات ، و أن تقدير تلك المصلحة تعد من المسائل من المسائل الموضوعية التي تعود لتقدير القاضي و الأساس الذي يجب عليه تعليل قراره تعليلا واضحا ، فالمصلحة هنا تعتبر المعيار الأساسي لإسناد الحضانة ، و تبقى صلاحية تقدير ذلك للقاضي .

الفصل الثاني:

القرارات القضائية لإسناد الحضانة داخليا و خارجيا

تمهيد:

إن إسناد الحضانة يعتمد في الأساس على السلطة التقديرية للقاضي إلا أن المشرع والفقه جعل لذلك شروطا وأدوات من خلالها يمكن لمجموعة أشخاص أن يكونوا محل قبول ساعتها تتدخل يد القاضي في الترجيح والتفضيل وعليه على القاضي لإيجاد الحلول الداخلية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط (المبحث الأول)، والحلول الخارجية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الحلول الداخلية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط

لقد فصل المشرع في ترتيب الحاضنين إلى الدرجة السادسة بعد التعديل الذي جاء به في الأمر رقم 02/05 بتاريخ: 2005/02/27 لكن تبقى السلطة التقديرية واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية عند إسناد الحضانة تقديرا للمصلحة بعد الدرجة السادسة تطبيقا لمفهوم كلمة الأقربون درجة يثير المشكل.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أنه:

" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

ما يستكشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة.

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنه: " متى أوحيت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكـ بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حقئ الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعيدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن صم فإن القرار المطعون فيه القاضي يقوم بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

-الفرع الأول :حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مستحقها ، و الذي يكون في الغالب الأم لأنها الأولى برعاية مصلحة المحضون ، مما يؤدي إلى الابتعاد عن والده ، و ذلك ما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإصرار من الوالد من جهة أخرى و ذلك بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون .

أولا :تنظيم حق الزيارة في القانون الجزائري

***أصحاب حق الزيارة**

من حق أبوي المحضون متابعة ولديهما و زيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، و بهذا يتحقق للمحضون الحفظ و تلبية طلباته و ملاحظة وضعه الصحي و السؤال عن سلوكه.[1]

قد أورد المشرع الجزائري حق الزيارة في نص المادة 64 من قانون الأسرة و الذي من خلاله ألزم المشرع القاضي بالحكم بالزيارة في حالة إسناد الحضانة، و مفاد هذا الحق السلطة الأبوية[2].

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها المشرع جزائيا نظرا لأهميته وذلك بترتيب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق و يبعث به.[3]

و ما يجب التنويه إليه أن المشرع الجزائري لم ينص على أصحاب حق الزيارة إلا أنه أشار إلى هذا الحق ضمن المادة المرتبة لأصحاب حق الحضانة و هذا دليل على أن هؤلاء فقط لهم طلبه ، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فلابد عليه أن يقضي بحق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق.أ.ج فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن "[4].

و الملاحظ هنا هو أن قانون الأسرة الجزائري لم يعطي للقاضي للتوجيه في طرق الزيارة و كيفية ممارستها بالإضافة إلى أنه لم يشر إطلاقا إلى مصلحة المحضون و بالتالي فالمشرع منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح و الأنسب للمحضون ، لأنه هو الذي يحدد طرق الزيارة سواء من حيث المدة ، أو من حيث مكان ممارستها [5].

***مدة و مكان ممارسة حق الزيارة**

إن مسألة مدة ومكان ممارسة حق الزيارة من المسائل التي لم يفصل فيها المشرع الجزائري ، حيث أنه لم يعط للقاضي و لا توجيه في طرق الزيارة و كيفية ممارستها ، لأن المسألة قد تكون رضائية حيث يتفق الأطراف على تحديدها مكانا و زمانا .

و يرى الأستاذ بن شويخ رشيد أنه " بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد إلا أنه كان على المشرع أن يوسع مفهوم الزيارة لتشمل لزيارة لوقت قصير و تشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية و السنوية ، إذ من خلال يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما "[6] .

---

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

[2] -رقية أحمد داود ،الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2003 ، ص 94 .

[3] -المادة 238 من قانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 .

[4] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 189181 بتاريخ 1998/04/21 ، ا.ق ،ع.خ ، 2001 ، ص 192 ، نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 10933 .

[5] -بن عصمان نسرين إيناس ،مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 123-124 .

[6] -بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ،ط1 ،دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص 259 .

أما القضاء الجزائري فقد استقر على أن حق الزيارة يمنح في العطل و الأعياد و المناسبات الدينية و الوطنية [1].

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

ثانيا:حق الزيارة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

إن حق الزيارة ليس مكرس فقط في التشريعات لداخلية بل حتى في الاتفاقيات الدولية ، منها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 10 من هذه الاتفاقية على " للطفل الذي يقيم والده في دولتين مختلفين الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية و اتصالات مباشرة بكلى والديه إلا في ظروف استثنائية "[3].

إن السبب الرئيسي في إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هي الإشكالات العويصة التي تثار بسبب الزواج المختلط بعد انفصال الزوجين التابعين للبلدين و ضياع معها مصلحة المحضون بسبب نزاعهما ، بالإضافة إلى حرص كل من الدولتين الجزائرية و الفرنسية على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلطين في حالة الانفصال و حرية تنقلهم بين البلدين، ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة منتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال ، حيثما توجد إقامتهما.

و ما ينبغي التأكد عليه هو أن منطق حماية مصلحة المحضون لا يتحقق إلا مع ضمان علاقة مستمرة و منتظمة للمحضون مع كلا والديه حيثما وجدا ، و كل إخلال بذلك يعرض صاحبه للمتابعات الجزائية المقررة في تشريعات كلا البلدين و اللذان يتعهدان باتخاذ التدابير الملائمة بما فيها تسهيل إيجاد أي حل ودي وفقا للمادة 1و التي تنص على "تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية . و لهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة ، تكون تداخلاتهما مجانا ،كما تتعهدان بترقية السلطات المختصة في مجال حماية القصر" ، و نصت المادة 2 على " يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى ، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي :

-البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

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

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

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا .

---

[1] -باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –عدة –حضانة-متاع) ، المرجع السابق ، ص 160-161 .

[2] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 59784 ، بتاريخ 1990/04/16 ، غ.أ.ش.م ، المحكمة العليا ، م.ق ، العدد 4 ، 1991 ، ص 126 .

[3] -مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ، الجريدة الرسمية ، العدد 91 ،سنة 1992 .

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم .
-إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة و النتائج المخصصة لها.
-تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه [1].

بالإضافة إلى ذلك تتعهد كلا الدولتان بضمان عودة المحضون الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما حسب المادة 8 من الاتفاقية و التي تنص على ما يلي " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما "[2] .

كما ألزمت الاتفاقية قضاة البلدين عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة أن يمنح في نفس الحكم للطرف الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين و هذا ما نصت عليه المادة 6 في فقرتها الثالثة و التي جاءت كالآتي " و إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل "[3].

لكن الاتفاقية أغفلت مكان ممارسة الزيارة ، فهل يكون ذلك في مكان ممارسة الحضانة أو في مكان آخر كمكان إقامة الأب ، و لذلك كان من الأجدر تعميم حق الأب في استضافة المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة فيما بين الحدود بين البلدين بعيدا عن الحاضن ،و ذلك لطالما أن الاتفاقية قد منحت ضمانات للحاضن في حماية حقه في الحضانة و عودة الطفل إليه بعد انتهاء الزيارة ، و تسهيل ممارسة حق الزيارة ، و تسهيل ممارسة حق الزيارة انطلاقا من مضمون الاتفاقية [4].

-الفرع الثاني :الزواج المختلط

أولا :إشكالية الزواج المختلط في إسناد الحضانة

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة [5]، فمن مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، لذلك سعت اغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط[6].

---

[1] -الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 ه ، الموافق ل 26 يوليو 1988 ،ج.ر ، عدد 30 ، الصادرة في 1988//07/27 .

[2] -المادة 8 من لاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 ه ، الموافق ل 26 يوليو 1988 ،ج.ر ، عدد 30 ، الصادرة في 1988//07/27 .

[3] -المادة 03/06 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 ه ، الموافق ل 26 يوليو 1988 ،ج.ر ، عدد 30 ، الصادرة في 1988//07/27 .

[4] -يوبي سعاد ، الحضانة في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 91.

[5] - بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص263.

[6] - بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 249.

و إضافة إلى هذه الحلول التشريعية و القضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية و الثنائية التي أبرمت في هذا المجال، و تقدم حلولا من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط، و في هذا الصدد فقد أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية مع فرنسا بأولاد الزوجين المختلطين و المتفرقين، و قد تضمنت هذه الاتفاقية بعض الإجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي و تحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط[1].

وقد جاء في مسببات الاتفاقية أن الدولتين تحرصان على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، وقناعة منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء بالدرجة الأولى؛ هذه المصلحة التي تستدعي أن يكون للطفل علاقة مستمرة و هادئة مع والديه المنفصلين[2].

حيث تهدف هذه الاتفاقية إلى ضمان ممارسة حق الحضانة و زيارة المحضون و حماية القصر بالدرجة الأولى؛ إذ أن حق الحضانة و حق الزيارة لم يعودا في الاتفاقية مقررين لمصلحة الوالدين بقدر ما هما مقررين فقط لمصلحة الطفل التي ينبغي أن تكون وفق علاقة مستمرة و هادئة و منتظمة مع كلا الأبوين حيثما وجدا[3].

أولا: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر

ينتج عن علاقات زواج الجزائريين و الفرنسيين أبناء؛ و حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا اتفاقية في 1988/06/21 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال؛ و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى؛ و سعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية[4].

و من بين الالتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى:"يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين و فيما بين حدودهما "[5].

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة؛ أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة؛وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال المادة 64 ق أ ج،غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية

---

[1]- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012،ص 242.

[2]- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص64-65.

[3]- رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الاسرة الجزائرية،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2008، ص69.

[4]- المادة الاولى من المرسوم رقم88-144 المؤرخ في 26يوليو1988،يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة باطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21يونيو1988،ج ر رقم30.

[5]- المادة06 من المرسوم رقم88-144المؤرخ في 26يونيو1988،يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21يونيو1988، ج ر رقم30.

أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها: في حالة إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم _كونها أولى بحضانة الطفل _ من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا؛ فالسؤال الذي يطرح هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 ق أ ج؛ و هذا بتربية الولد على دين أبيه؛ خاصة إذا كانت الأم كتابية؟

و الإشكال الآخر أنه عند تفحص بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حل؛ و هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي؛ لتعارضه مع النظام العام الجزائري[1].

و عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر؛ و رغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة؛ فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة؛ فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن؛ و رغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة؛ أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري؛ فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها؛ و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإثابات القضائية الدولية و بالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون[2].

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية؛ إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنها أشارت في المادة 04 منها على أنه: " إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر؛ فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل "[3].

و من ثم يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم؛ أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه.

فإن كانت الإجابة بنعم؛ فهذا يطرح السؤال من جديد: هل يحكم لصالحه؟

و منه و بطبيعة الحال فإشكالية عدم المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها؛ و عليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية.

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية؛ و العكس صحيح إذا تم

---

[1]- بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص250.

[2]- بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص160.

[3]-المادة04 من المرسوم رقم88-144 المؤرخ في 26يوليو1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في21يونيو1988، ج ر رقم30.

عرض القضية في فرنسا و هو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها:" 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.

و لما ثبت _ من قضية الحال _ أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة؛ القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا _تلقائيا_ ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو بفرنسا؛ و عليه كانت يجب مراعاة حالة الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط؛ و ما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي "[1].

و عليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص[2].

و إجمالا نقول أن الزواج المختلط يعتبر فعلا من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية؛ بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة و خاصة المادة 62 المتعلق بالتربية على دين أبيه.

و لا شك أن هذه المسألة و غيرها من قضايا المسكن و النفقة و حق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط؛ و ذلك بسبب مشكل اختلاف الدول[3].

ثانيا: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

قد يكون هناك زواج بين جزائريين و أجانب لا تكون بين دولتهم و الجزائر معاهدة؛ ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري[4].

تعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية؛ و هذا من خلال آثار انحلال الزواج؛ و بالرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 02/12 ق م ج التي تنص أنه " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ". أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة؛ و أن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية؛ ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد؛ بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى؛ و بالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة 69 منه. أي أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري؛ و هذا ما نصت عليه المادة 13 من ق م ج[5].

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة و تخاصما على الأولاد في الجزائر؛ فإن من يوجد بها أحق بهم و لو كانت

---

[1]- قرار رقم 91671 صادر في 1993/06/23،م ق،1994،ع1،ص72،عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية،ج2،مرجع سابق، ص730.

[2]- بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص161.

[3]- بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص253.

[4]- المرجع نفسه،ص252.

[5]- بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص162.

الأم غير مسلمة؛ و أنه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبيّة التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها[1].

في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 ق م ج؛ أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه؛ بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة و هو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري؛ لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فانه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاض أجنبي[2]، خاصة إذا كانت الأم أجنبية و أسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه كما نص على ذلك القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تستند حضانة الولد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي، وبالتالي دائما القاضي أو المشرع يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون[3].

ومثال ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا و المؤرخ في 1990/02/19 والذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون"[4].

ثانيا: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

تتعدد التزامات الحاضن بالنظر إلى المهمة التي يقوم بها من تربية وحفظ ورعاية وتنشئة للطفل تنشئة صالحة، فلا تنتهي هذه الالتزامات بمجرد استعمال السكن والنفقة في الحدود المقررة قانونا لمصلحة الطفل، ولا يتمكن المحضون له من رؤية الصغير أو العكس، بل تتعداها فيقع على عاتق الحاضن الالتزام بالرقابة على أفعال المحضون وتحمل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار بالآخرين[5].

أما إذا نظرنا إلى الموضوع من خلال قانون الأسرة، فانه لم يخصص حكما له، غير ان المادة222منه تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا تمنح ولاية للأم على طفلها إلا ولاية التربية وهي الحضانة عند الشيخ ابو زهرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ولكنه بالرجوع إلى نص المادة 62ق أ ج فإننا نجد المشرع قد توسع في تحديد وظائف الحضانة مما يدفع بنا إلى أن نعتبر انه من وظائف الحضانة الرقابة أيضا، وذلك لما للأم من

---

[1]-قرار رقم52207 صادر في1890/01/02،م ق،1990،ع 4،ص74،سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية،ج1،مرجع سابق،ص433.

[2]-بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص162-163.

[3]-بوتريبات عائشة، بوجمعة نجاة، مرجع سابق، ص79.

[4]- قرار رقم59013 صادر في 1990/02/19، م ق،1991،ع4، ص117،سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية،ج1، مرجع سابق، ص530.

[5]-كربال سهام، مرجع سابق، ص85.

حق في حماية المحضون، هذه الحماية تكون على الطفل من نفسه ومن غيره فيتحمل أن تدفع عنه الأخطار وتحول دون ارتكابه للأخطار أيضا[1].

وبالتالي فانه حسب هذه الأحكام لا مسؤولية للأم عن أفعال ابنها المحضون الضارة في حياة والده، لأن الحضانة بهذا المفهوم لا تعطي للحاضنة أية سلطة على الولد، ويبقى الطفل خاضعا لولاية والده وهو تحت مسؤوليته ويمارسها عن طريق الزيارة، ولكن عمليا في الواقع نجد انه في حالة الطلاق لا تكفي الزيارة لممارسة الرقابة سويعات فقط طيلة أسبوع كامل، هذا إن قام بها الأب حيث إننا نجد الكثير من الآباء يهملون هذا الحق بالرغم من أنه منصوص عليه بقوة القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، ومعالجة إشكالية مسؤولية الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة[2].

والمشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد،وبالتالي فان حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة40ق م ج ب 19سنة، لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنتهب10سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16سنة، و بالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرر لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة.

أما إذا بلغ المحضون سن الرشد المادة40ق م ج فانه يتحرر من الرقابة سواء كانت قانونية أو اتفاقية إذا كان سليما، لكن إذا أصيب بعد اكتمال سن الرشد بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة.كذلك لو أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة نظرا لحالته الجسمية فان الرقابة تفرض عليه[3].

وبالنسبة لمسؤولية الحاضنة عن أفعال المحضون الضارة فعند الرجوع إلى نص المادة 2/125ق م ج، والتي تنص انه:"إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو بعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم[4]."

وهذا على أساس العدالة وليس لكونه مسؤولا، وعن الحكم بالتعويض في هذه الحالة، يجب أن يكون تعويضا عادلا، وهذا يتنافى مع القواعد العامة للمسؤولية التي تستلزم أن يكون التعويض ملزما، ويكون قصد جبر الضرر بغض النظر عن مركز الخصوم[5].

وبتطبيق المادة 134ق م ج على الحاضن فانه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص أخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير

---

[1]- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص110-111.

[2]- بوترييات عائشة، بوجمعة نجاة، مرجع سابق، ص82.

[3]- كربال سهام، مرجع سابق، ص86.

[4]- المادة125من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم75-85المؤرخ في 26سبتمبر 1975الجريدة الرسمية رقم78 المؤرخة في 30سبتمبر 1975المعدل والمتمم بالامر رقم07-05، المؤرخ في 13ماي 2007 ج ر رقم31 المؤرخة في13ماي 2007.

[5]- بوترييات عائشة، بوجمعة نجاة، مرجع سابق، ص83.

الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لان وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته[1].

الفرع الثالث: الحلول الداخلية

حسما للخلاف القائم حول مسألة تكييف الحضانة و تحديد القانون الذي يحكمها [2]،يطبق لقانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 02/12 من القانون المدني ، و يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبق لنص المادة 13 من القانون المدني ، و من ثم يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضعية الخاصة بها لتحديد من تثبت له الحضانة أسباب انقضائها و سقوطها ، و تحديد نفقة المحضون [3].

1-الزوجيين الوطنيين المقيم أحدهما في بلد أجنبي

من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي و ذلك طبقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري و عليه فالحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة 62 من ق.أ.ج و كل إخلال بهذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة 67 من ق.أ.ج ، و هو ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار الذي قضى "في حالة وجود أجد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بل يكون أحق بهم ، و لو كانت الأم غير مسلمة و يتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين ، و كل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية و يحول بينه و بين تنفيذه .

استنادا لهذا القرار رفض المجلس طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا ، لأن بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما و يمس بقواعد النظام العام ، بالإضافة إلى ذلك فالأب له الحق في الرقابة و إبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق ، و من ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول"[4]،و بمعنى آخر قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم و لو كان غير مسلم .

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا على أنه :" من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون ، و القيام بتربيته على دين أبيه ، و من 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 مخالف للشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

انطلاقا من هذه الأحكام يتضح لنا أن المقصود بالإقامة في بلد أجنبي هو الإقامة المستمرة و الدائمة بنية الاستقرار ، وعليه فالسفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة لا يخضع لذات الأحكام .

---

[1] -كربال سهام، مرجع سابق،ص86.

[2] -مسعودي يوسف ، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2012 ، ص 239.

[3] -عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص 231 .

[4] -المجلس الأعلى للقضاء ، غ.أ.ش ، ملف رقم 52207 ، بتاريخ 1989/01/02 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ،1990 ،ص 74 ، نقلا عن: سايس جمال ،الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 433 .

[5] -المحكمة العليا ،غ.أ.ش ، ملف رقم 59013 ، بتاريخ 1990/02/19 ، المجلة القضائية ، عدد 4 ، 1990 ، ص 116 .

كما أن الإقامة ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام و التي لا يخشى فيها على ديانة و عادات و تقاليد المحضون ، و أن كانت هذه المسألة سيئة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون .[1]

كما قضت المحكمة العليا أيضا في قرارها الصادر في 1995/11/21 "إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة و ذلك لبعد المسافة "[2] و عليه فالمشرع جعل الانتقال بالمحضون لبلد أجنبي يقع تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي فيه مصلحة المحضون من حيث دينه و سلوكه وزعزعة استقراره ، و هذا ما أكده القرار الصادر في 2001/12/26 عن المحكمة العليا بقوله " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر"[3].

[1] -جندولي فاطمة زهرة ، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2010-2011 ، ص 36 .

[2] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، الملف رقم 408248 ، بتاريخ 1995/11/21 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1، 2011، ص 244 ، نقلا عن سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في الأحوال الشخصية ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 860 .

[3] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 273526 ، بتاريخ 2001/12/26 ، نقلا عن باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 213 .

المبحث الثاني :الحلول الخارجية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط

في سبيل تنظيم مسائل الحضانة لجأت الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية و أخرى متعددة و الهدف منها هو وضع حد و التقليل من العراقيل الناجمة عن افتراق الزوجين قصد الحفاظ على مصلحة الطفل ، منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين المصادق عليها بالمرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 1988/07/26 حيث جاءت هذه الاتفاقية نتيجة للمشاكل التي نشبت بين الجزائريين و الفرنسيين بسبب النزاعات القائمة حول حقوق الحضانة و زيارة الأطفال الناتجين عن عقود الزواج [1].

1-مجال تطبيق الاتفاقية

يقتصر مجال تطبيق هذه الاتفاقية على الأطفال الشرعيين الطبيعيين و الأطفال المتبنيين، فالأطفال المزدادون من علاقة المعاشرة غير القائمة على الزواج شرعي لا تنطبق عليهم هاته الاتفاقية على الرغم من أن القانون الفرنسي يعترف بهذا النوع من العلاقة [2].

أما بالنسبة للوالدين فالاتفاقية تحمي الزوجين المختلطين الذين وقع بينهما انفصال و الذين يكون أحدهما جزائريا و الآخر فرنسيا بمعنى أن الاتفاقية تستبعد من التطبيق في حالة ما إذا كان أحد جزائريين مقيمين في فرنسا أو يكونا فرنسيين مقيمين في الجزائر [3].

2-أحكامها :

-التعاون القضائي و الإداري :

أسست هذه الاتفاقية التعاون القضائي و الإداري في مجال الأطفال المولودين من الزواج المختلط طرفاه منفصلان و تضمنت الإشارة إلى ثلاثة مستويات :

أ-السلطة المركزية :

بموجب من المادة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا الخاصة بأولاد الأزواج المختلطين أنشأت في كلتا الدولتين سلطتين تتبع وزارة العدل و هذا الغرض تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها الدولتان بمقتضى تعاون السلطات المختصة في مجال ضمان اجتناب فقدان الطفل صلته بأبويه و تهيئة الظروف المناسبة لإحاطته بجو من الاستقرار و الأمان.[4]

و مهام هذه السلطة نصت عليه المادة 02 منها التي جاء فيها :

-البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر .

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

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

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا .

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم .

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

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

---

[1] -عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ،د.ط ،دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 181 .

[2] -بو بكر مولود ، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2009 ، ص 181 .

[3] -بو بكر مولود ، نفس المرجع ، ص 71 .

[4] -زهية رابطي ، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائرية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، 2007-2008 ، ص 67 .

ب-الهيئات القنصلية :

تنص المادة 4 من الاتفاقية على :

-تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة .

-تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد اتخاذها .

ج-الجهة القضائية المختصة :

نصت الاتفاقية على ضرورة اتخاذ إجراءات قضائية تتفق مع مبادئ الحماية لأجل المحافظة على علاقة الطفل بوالديه و حرية تنقله بين البلدين [1]، و ذلك عن طريق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة و هي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي وذلك حسب المادة 5 من الاتفاقية ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/6/2 الذي قضى :"من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق و ما يترتب عليها من حضانة و حق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي و من المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج .

و من المقرر أيضا قانونا ، أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا .

و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و انعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر و ثبتت إقامتها بها و أصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة و رفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة و الزيارة طبقوا صحيح القانون "[2].

كما أكدت الاتفاقية على حماية مصلحة المحضون من خلاص تجريم بعض الأفعال المرتكبة حيث تنص المادة 7 "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعد تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين ، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما ، الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر .

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة .

أما في حالة انحلال الرابطة الزوجية ، و لم تبرم الدولة الجزائرية اتفاقية مع الدولة الأخرى ، ففي هذه الحالة تطبق قاعدة الإسناد و هي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائريا تطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني.

---

[1] -دربة أمين ، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، كلية الحقوق، جامعة ورقلة ، العدد 4 ، جانفي 2011 ، ص 249 .

[2] -المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 84513 ،بتاريخ 1992/06/02 ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، 1993 ، ص 91 ، نقلا عن : سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 699 .

خلاصة الفصل :

على الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة و الحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية داخلية ، بالإضافة إلى اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها .

لكن الواقع العلمي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق ، خاصة تنازع الزوجين المنفصلين مختلفي الجنسية عن الحضانة و كيفية ممارسة حق الزيارة ، الذي يؤول في الأخير بخطف المحضونين و حرمان الطرف الآخر منهم ، و ما يزيد الأمر تعقيدا هو في حالة عدم وجود اتفاقية بين الدولتين التي يحمل المطلقين جنسيتهما لكي تمنح هذا الحق جملة من الضمانات من خلال حماية الطفل المحضون و السهر على كفالة حرية تنقله بين البلدين و العودة إلى حاضنته .

خاتمة

الخاتمة :

يعد عرض معطيات البحث الذي مكن من بيان موقف المشرع الجزائري من ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، و ذلك لفض النزاع المطروح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فالحلول القضائية وان كانت تعتبر عن إرادة المشرع إلا أن للطابع الشخصي والقدرات الذهنية للقاضي نصيب فيها، ومنه فالسلطة التقديرية يعبر بها عن صلاحية القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر وذلك بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه في جميع مراحله.

تعتبر الحضانة من الدراسات الهامة والمميزة،لأنها تجمع بين الكيان الأسري والقانون، وهي من الدراسات الشيقة لكونها ترتبط بالجانب النفسي و الاجتماعي.

هي من المواضيع الحساسة و الدقيقة والمعقدة أيضا، ذلك أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المصطلح الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا إلا أنه غير واضح وغير محدد بدقة إذ أن مصلحة المحضون فكرة مطاطة قد تقبل التوسيع والتضييق منها.

مع تسجيل أن موضوع الحضانة جدير بالدراسة الواسعة والشاملة لارتباط بالشريعة الإسلامية وتقييده بضابط مصلحة المحضون مما دفع في هذا البحث إلى دراسة أبعاد هذا المبدأ من حيث تكوين شخصية الأولاد.

الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه بل هي أصلا حق للمحضون كونها شرعت من اجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا، وبمعنى أدق يقصد بمراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أنه يجب على القاضي أن بتحري عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون.

لقد قيد المشرع الجزائري تطبيق كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل، و لكنه لم يعط مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع، وهذا قد يؤدي إلى وجود عدة تأويلات فكل قاض له مفهومه الخاص فكان الأجدر ضبط مفهوم لهذا المبدأ وذلك لتفادي التطبيق الخطأ والناجم عن التفسير الشخصي، خصوصا وان القاضي مقيد به.

لقد حاول البحث الإتيان بتعريف لمصلحة المحضون، لكي يصبح مرشدا لدراسة المسائل المتعلقة بهذا الموضوع فهما دقيقا وخاصة وأن الأمر هنا تعلق بدراسة موضوع دقيق يمس بنية الأسرة.

رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا انه يوجد بعض الثغرات، فالمشرع قد ركز في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة 62ق أ ج ويكون بذلك قد حدد نطاقها ووظائفها الأساسية، ومنه يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريفها. وقد جعل من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه وقد ساوى الفقه والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، ويقع على الوالد أو من يحل محله عبء مراقبة ومتابعة تربية الولد تتم فعلا على دين أبيه.

فيما نلاحظ انه من الصعوبة بمكان أن يستطيع متابعة أبيه في هذه الحالة لبعده عنه وعدم التقائه به يوميا، وكون المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسة حق الزيارة لا تقارن بالمدة التي يبقى فيها مع حاضنته غير المسلمة ثم أن الزيارة حق، فما الذي يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه؟وكي فتكون تربية الطفل؟ ومن يراقب ذلك؟

يظهر انه على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل مابين إسناد الحضانة لام غير مسلمة،وتربية الولد على دين آبيه.

كما انه يلاحظ على المادة نفسها أنها أهملت الحديث أو تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها، أي عدم تحديدها للشروط الواجب توافرها في الحاضن، وذلك بالاكتفاء بعبارة:"وأن يكون أهلا بذلك" مما يؤدي للتضارب بين النصوص والقرارات القضائية، وهذا لا يخدم مصلحة المحضون، فضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

كما أن المادة64جاء مقتضبا ومختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى خاصة عندما نصت:" على الأقربون درجة"، فالمشرع لم يحددهم وترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة، ولم يبين ما هو الحل إذا تعدد الذين يستحقون الحضانة من درجة واحدة.

ثم إن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة لم يحدد معناها؛ و لا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن؛ و لم يتطرق إلى مكان ممارسة الحضانة خاصة و أن المادة 69 تتعلق بالانتقال خارج التراب الجزائري؛ و نظرا لشساعة قطر الدولة كان عليه أن يحدد

المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة و صاحب الزيارة حتى يتسنى للقاضي الفصل في الموضوع بشكل سليم.

تطرح المادة 72 ق أ ج إمكانية الجمع بين أجنبيين إذ لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و مرت فترة العدة؛ و هو أمر غير مقبول شرعا.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري حين منح الولاية للحاضنة بحكم قضائي و إسقاطها عن الأب أو الوالي الشرعي دون سبب يذكر مما يؤدي إلى تضارب النصوص القانونية مع بعضها البعض؛ إذا كيف يجرد الأب من الولاية و في نفس الوقت يلزم بالنفقة على المحضون؛ كما أنه يمنع غير المسلمة أما كانت أو غيرها من تقرير الولاية لها الممارسة على المحضون المسلم.

إن استماع المحضون في اختيار حاضنته و رضائه به و خصوصا إذا بلغ سن معينة لا يعد عاملا منافيا لمصلحة المحضون؛ و لكنها حتى إن أخذها القاضي بعين الاعتبار إلا أنه غير مجبر بها؛ لأن مصلحة الطفل لا يجب أن تعتمد على الميول الشخصية؛ و للقاضي الحرية الكاملة في الأخذ أو عدم الأخذ بها؛ ما دام أنه الراعي الأول لمصلحة المحضون .

الجدير بالذكر أن خروج الحاضنة للعمل قد يصبح أحيانا أمرا ضروريا؛ و منه لا يعد سباب لإسقاط الحضانة ؛ أو أنه يعرض الطفل لمخاطر وخيمة. أضف إلى ذلك أن الحضانة تتطلب مصاريف باهظة أمام غلاء المعيشة خصوصا إذا علمنا بأن النفقة التي يقدرها القاضي لا تغطي كافة هذه المصاريف في كثير من الأحيان.

منه نستنتج أن المشرع لم يحدد المعايير و الأسس التي يستند عليها القاضي أثناء إسناد الحضانة و اقتصر على ربط ذلك بمصلحة المحضون .

عليه فالمأمول منه أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة المعايير و الضوابط التي يعتمد عليها في إسناد الحضانة .

من خلال ما سبق عرضه و تحليله و مناقشته بخصوص إسناد الحضانة و حق كل طرف فيها مع الآثار المترتبة على إسناد الحضانة و محاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في مثل هذه القضايا من جهة و مدى ضبط قانون الأسرة لشروط ذلك و حالاته و معالجة الآثار الناجمة عن الحكم به من جهة أخرى؛ و في ظل تزايد كبير لحالات الطلاق في مجتمعنا و وجود قواعد مرنة تتماشى و متغيرات الواقع الجزائري من جهة و منع

تفاقم التأثير المباشر على الأطفال بعد الانفصال.. كل هذا و غيره دفع إلى التوصل للنتائج التالية:

_أنه من الضروري أن يتدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة و بتفصيل أكثر؛ و تدارك النقائص الموجودة و منح الحضانة مزيدا من الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة المحضون.

_بالنسبة للقيود التي تنقص أو تحد من هذه السلطة و تجعل القاضي مستسلما لوقائع مادية و نصوص قانونية معينة وضع المشرع مصلحة المحضون كضابط ليساعد القاضي على اتخاذ القرار في مثل هذه الحالات و يقيد سلطته من جهة أخرى.

-انه من المسلم به: قاعدة أولوية الأم بحضانة أولادها الصغار،وهي قاعدة راسخة قد توصل إليها الفقه الإسلامي وتم إثباتها بالنص في قانون الأسرة مع إبقاء تقدير مصلحة المحضون كحرية للقاضي في جميع الحالات، ذلك يؤدي بنا إلى القول بأنه ينبغي إلا يفرق بين المحضون وأمه إلا في الحالات التي يكون فيها وضع الأم متعارض و مصلحة المحضون.

- وواجب التقييد من قبل المشرع للقاضي يعد تضييقا كبيرا قد يتنافى مع ما يتطلبه موضوع الحضانة من وجوب إفساح المجال لاجتهاد القاضي لاتخاذ ما يراه صالحا لفض الخلافات التي تحدث بين مستحقي الحضانة، وخاصة أن أحكام الحضانة أغلبها أحكام اجتهادية بناء على المبدأ الأساسي المتمثل في مصلحة المحضون.

-هناك الكثير من الأحكام التي جاء بها في موضوع الحضانة تنقصها الصياغة القانونية الدقيقة، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى غموض القاعدة المراد تطبيقها، وذلك سيكون على حساب مصلحة المحضون.

ومن ثم، أن الحضانة يجب أن يظل إطارها مدققا ويظل العمل بها متطورا كلما يكتشف عن مظاهر آو عناصر تستوقف القاضي، وذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون.

التوصيات :

نرجو من المشرع صياغة نصوص تتوافق ومصلحة المحضون، من خلال تبني آليات الاجتهاد القضائي المعتمدة في هذه المسألة.

فبالرغم من تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم09/08لاجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة من المادة 423الى 499 إلا أن الأمر يتطلب إصدار قانون إجراءات التقاضي في مادة الأحوال الشخصية.

عليه، يتضح لنا أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المعيار الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في جميع النصوص المتعلقة بالحضانة تقريبا إلا أنه لم يوضح ذلك ولم يحدده بدقة إذ أن مصلحة المحضون عامة تقبل التوسيع والتضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القاضي، و أمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه في وضع حرج، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون و أين يجدها حتى يسند الحضانة للأجدر والأحق بها، ومن جهة أخرى يجد القاضي نفسه معدم من الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توفرها لان كثرة القضايا من شأنها أن تجعله لا يعطي للملفات المعروضة العناية اللازمة والدراسة الكافية، لأنه أصبح مقيد بالفصل في القضايا في أحسن الآجال.

قد ترك المشرع الجزائري البحث وتقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي. وبالنظر إلى تفشي ظاهرة الطلاق وتوسعها بشكل كبير الأمر الذي يطرح بشدة موضوع الحضانة باعتبارها نتيجة حتمية للطلاق، وان الأمر يقتضي بالمعالجة أن ترجع إلى أسبابها.

من اجل التطبيق الحسن لهذه القاعدة الجوهرية يجب أن يحظى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون بكامل الدعم المادي و المعنوي حتى يقوم بمهمته على أكمل وجه، ويبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص، ومن ذلك أن يوضع تحت تصرفه متخصصون نفسيون واجتماعيون وأطباء من شأنهم أن يوضحوا الواقع الذي ينير الاتجاه الذي يسلكه القاضي بخصوص الطفل، باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه، لان مهمة القاضي ليست بالبسيطة فإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية، ومعرفة تقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهمته.

فإضافة إلى كونه قاض عليه أن يكون فقيها ومحللا نفسيا لكي يتماشى وضابط مصلحة المحضون.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع :

أولا :القرآن الكريم

ثانيا: الكتب:

-ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت 2000.
-الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ج5 ، في حضانة الأم ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1323ه .
-البهوتي ، كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت، لبنان ،1982.
-الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ،د.ت -عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، دار هومة،الجزائر ،1996 .
-الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،ط1 ، دار المعرفة ، بيروت، لبنان،1997.
-الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ط 6 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ،1998 .
-القدومي عبير ربحي شاكر ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، الأردن ، دار الفكر ، ط 1 ، 200722 .
-بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2012 .
-بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 .
-بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)،ط1 ،دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 .
-ديابي باديس ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، الجزائر ، دار الهدى ، 2012 .
-سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)
-سمارة محمد ، أحكام و آثار الزوجية ، الأردن ، دار الثقافة للنشر ، ط1 ،2008 .
-عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ،د.ط ،دار هومة ، الجزائر ، 2013 .
-ملويا ، لحسن بن الشيخ ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، الجزائر ،دار هومة ، ط 3 ، ج 1 ،2011.
- الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ط1، ج7 ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي، دمشق ، 1984 .
- تقية عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، د.ط ،دار تالة ، الجزائر ،2000 .
- فراج أحمد الحسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2004 .

ثالثا: الرسائل و الأطروحات :

- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة تلمسان،2014.
- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012.

-إلياس مسعودة نعيمة ،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق " دراسة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،2010.
-حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة تلمسان،2005.
-مسعودي يوسف ، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2012.
-يوبي سعاد ، الحضانة في القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2018-2019 ، الجزائر ، دار هومة ط3 ،1996 .
- رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائرية،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2008.
-بن عصمان ، نسرين إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2009.
-بو بكر مولود ، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2009 .
-بوجاني عبد الكريم ،إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014.
-جندولي فاطمة زهرة ، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2010-2011.
-رقية أحمد داود ،الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2003 .
-زاير فاطمة الزهرة ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2011 .
-زهية رابطي ، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائرية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، 2007-2008 .
-ياسر يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير،كلية التربية، الجامعة الإسلامية، بغزة،فلسطين،2009.

رابعا: النصوص القانونية

-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 ه ، الموافق ل 26 يوليو 1988 ،ج.ر ، عدد 30 ، الصادرة في 1988/07/27 .
-قانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 8 يونيو 1966المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ، بالقانون رقم 06-23المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .
-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية رقم 15 .

-مرسوم رقم 88-144 في 26 يوليو 1988 ، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية ، العدد 30 .
-قانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015 ، يتضمن إنشاء صندوق النفقة ، الجريدة الرسمية ، العدد 30 ، المؤرخة في 7 جانفي 2015 .
-مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ، الجريدة الرسمية ، العدد 91 ،سنة 1992 .
-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .
-القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالأمر رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007 .

خامسا: المجلات :

- لمطاعي نور الدين،"سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية،كلية الحقوق،جامعة الحقوق، جامعة الجزائر،ع2012،3.
-بن صغير محفوظ "أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة"، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، ع 1 ، 2014 .
-حمليل صالح ، " إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري "، مجلة الفقه و القانون ، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية و القانونية ، المغرب ، ع 19، 2014 .
-دربة أمين ، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، كلية الحقوق، جامعة ورقلة ، العدد 4 ، جانفي 2011.
-نافع حميد صالح ، حضانة الطفل و حمايته في الفقه الإسلامي ، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الأنبار ، العراق ، العدد 20 ، 2009 .

سادسا: المعاجم

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

سابعا: القرارات القضائية :

-المجلس الأعلى ، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية ، عدد2،1991.
-المجلس الأعلى للقضاء ، غ.أ.ش ، ملف رقم 52207 ، بتاريخ 1989/01/02 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ،1990 ،ص 74 ، نقلا عن: سايس جمال ،الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج1 ، المرجع السابق.
-المحكمة العليا ،غ.أ.ش ، ملف رقم 59013 ، بتاريخ 1990/02/19 ، المجلة القضائية ، عدد 4 ، 1990.
-المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 59784 ، بتاريخ 1990/04/16 ، غ.أ.ش.م ، المحكمة العليا ، م.ق ، العدد 4 ، 1991 ، ص 126 .
-المحكمة العليا ، غ.أ.ش، ملف رقم 341320 بتاريخ 2005/07/13 ، نشرة القضاة ، العدد 62 ،2008.

-المحكمة العليا ، غ.أ.ش ملف رقم 506369 ، بتاريخ 2009/07/08.م.م.ع ، العدد الثاني ، 2009 .

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
المقدمة	أ-د
الملخص	
الفصل الأول : الحضانة والسلطة التقديرية للقاضي	
المبحث الأول :مفهوم الحضانة	7
المطلب الأول :تعريف الحضانة	7
1-التعريف الفقهي	7
2-التعريف الاصطلاحي	8
المطلب الثاني :شروط الحضانة و استحقاقاتها	10
الفرع الأول :شروط خاصة بالرجال	10
الفرع الثاني :شروط خاصة بالنساء	11
المطلب الثالث: مدة الحضانة و سقوطها	12
الفرع الأول :نفقة المحضون و سكناه	12
-الفرع الثاني :أجرة الحضانة	15
الفرع الثالث :عودة الحق في الحضانة	16
الفرع الرابع :سقوط الحضانة	16
المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة	30
المطلب الأول: مراعاة مصلحة المحضون	30
الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	30
الفرع الثاني:ضوابط ومعايير مصلحة المحضون	31
المطلب الثاني: دور القاضي في غياب النصوص القانونية	33
الفرع الأول:التحقيق والمعاينة	33
الفرع الثاني: الأحداث التي تتطلب الاستعانة بالخبراء الأخصائيين	37
الفرع الثالث: دور النيابة العامة	39
خلاصة الفصل	42
الفصل الثاني :القرارات القضائية لإسناد الحضانة داخليا و خارجيا	
المبحث الأول : الحلول الداخلية لإشكال إسناد الحضانة في الزواج المختلط	44
المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري	44
الفرع الأول :حق الزيارة	44

الفرع الثاني :الزواج المختلط	48
الفرع الثالث :الحلول الداخلية لإشكالات إسناد الحضانة	56
المبحث الثاني :الحلول الخارجية لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط	59
خلاصة الفصل	62
الخاتمة	64
قائمة المصادر و المراجع	
الفهرس	