جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع : حقــوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالـــب(ة) :
قوراري سمــاح
كرميش محمد يحي

يوم: 20 / 06 /2022

السلطـــة التقديريـــة لقاضـــي شـــؤون الأســـرة في الحضانـــة والنفقـــة

لجنة المناقشة :

الأستاذ: سقني صالح	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
الأستاذ : عشور نصر الدين	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا ومقررا
الأستاذ: حملاوي دغيش	أ. مح أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022 - 2023

المـقدمـــة

القانون هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني ، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية التي يتقيد القاضي بها للتوفيق بين الواقع والقاعدة القانونية .

والقواعد القانونية نوعان : الجامدة لا تقبل التغير ولا التطور ، ومنها المرنة وهي التي يسترشد بها القاضي فيما يعرض عليه من القضايا ولا يتقيد فيها بحل واحد بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف والملابسات ، فالقاضي وان كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير ما يسير له أن يجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف فالقاضي حينما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسلطته القضائية ومعنى ذلك أنه لايقوم بعمل المشرع فهو لا يضع قاعدة قانونية جديدة وإنما يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة وهو بهذا النشاط يرمي إلى تحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة .

السلطة التقديرية هي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه لحل نزاع وتنعدم هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره .

ومادامت السلطة التقديرية للقاضي مرتبطة بممارسته لنشاطه القضائي مهما كان موضوع النزاع فائنا تطرقنا لتخصيص موضوع دراستنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسألة حضانة الطفل المحضون وتقدير النفقة الزوجية.

أهمية الموضـــــــــوع :

للموضوع أهمية كبيرة وذلك لعدة اعتبارات منها قيمة هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع ، فهذا القانون ينظم العلاقات الداخلية للآسرة ويرتب الحقوق والواجبات لأفرادها ويمس بجوهر الحياة الخاصة .

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الآسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو القضايا الاجتماعية ، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية ، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير ، باعتبار إصلاح الأسرة هو إصلاح المجتمع بأكمله لان الأسرة هي اصغر وحدة في النظام الاجتماعي .

الإشكالية :

والإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع هي:

– كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسائل الحضانة والنفقة ؟

دور القاضي في معالجة مسالة الحضانة والنفقة وسلطته التقديرية لايجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي يتعرض لها

–وعلى ماذا يعتمد قاضي شؤون الأسرة أثناء إعمال سلطته التقديرية ؟

أسبـــاب اختيـــار الموضـــــوع :

الأسبـــاب الذاتيـــة :

إن الحضانة والنفقة موضوع حيوي يمس واقع الآسرة التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع .

والشغف الذي ينتابني في معرفة كيفية توصل قاضي شؤون الأسرة للحل الأنسب للصعوبات التي تواجهه في القضايا المتعلقة بالحضانة والنفقة التي أصبحت من المشاكل والنزاعات اليومية التي تعترضه .

الأسبـــــاب الموضـوعية :

معرفة الأساس الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في معالجة موضوع الحضانة والنفقة وذلك بالاعتماد على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الجزائري .

وهل لقاضي شؤون الأسرة سلطة مقيدة أو الحرية المطلقة في تقدير النفقة والحضانة للزوجة والطفل ؟

أهـــدف البحـــث :

وقد اقتصرنا في دراستنا على معالجة دور القاضي في مسائل الحضانة والنفقة دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع، إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانون الأسرة يحتاج إلى مجلدات، فقد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن السلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها وقد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاة في معالجة هذه النقاط وكيفية إعمالهم لسلطتهم التقديرية في مسائل الحضانة والنفقة ذلك باعتمادنا على ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية.

صعوبـات البحـــث :

الصعوبات التي اعترضت البحث عدم الإمكانية من اجل الحصول على مراجع و المصادر أكثر.

منهـج البحـــث :

إن المنهج المعتمد عليه هو منهج تحليلي الاستقرائي ، أي تحليل ، واستقراء النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع ، وذلك للوقوف على سلطة التقديرية القاضي في موضوع الحضانة بتقدير مصلحة المحضون مع تبيان الأصلح للمحضون في الحضانة ، وكذلك بالنسبة للنفقة وتقديرها للزوجة والأبناء في حالة إعسار الزوج لاقتراح الحلول البديلة للنقائص التي يشوبها .

للإجابة على هذه الإشكالية بتطرقنا إلى تقسيم بحثنا إلى فصلين أساسيين :

الفصل الأول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الحضانة

الفصل الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النفقة

وذلك من خلال الخطة التالية:

الفصـل الأول : السلطـة التقديرية لقاضـي شـؤون الأسرة في الحضـانة

المبحـث الأول : مفهـوم الحضانة شروط ممارستها

المطلب الأول : مفهـوم الحضـانة

الفرع الأول : تعريف الحضانة لغة

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث : تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني : شـروط ممارسة الحضانة

الفرع الأول : الشروط العامة

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال

المبحث الثاني : مجـال تدخل قاضي شؤون الاسرة في ترتيب الصحاب الحق في الحضـانة وتنظيم حـق الزيـارة

المطلب الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

الفرع الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل القانون الجزائري .

الفرع الثاني : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد تعديل القانون الجزائري .

الفرع الثالث : أسباب تعديل ترتيب أصحاب الحق في الحضانة .

المطلب الثاني : دور قاضي شؤون الأسرة في تنظيم حق الزيارة للمحضون

الفرع الأول : دور القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الزيارة للمحضون

الفرع الثاني : دور القاضي في تنظيم مدة الزيارة للمحضون

الفرع الثالث : جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

المبحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في مراعاة مصلحة المحضون في والإشكالات المتعرض إليها

المطلب الاول : دور قاضي شؤون الأسرة في مراعاة مصلحة المحضون

الفرع الأول : دور القاضي في إسناد الحضانة

الفرع الثاني : دور القاضي في إسقاط الحضانة

الفرع الثالث : دور القاضي في التنازل عن الحضانة

المطلب الثاني : إشكالات سلطة قاضي شؤون الأسرة في مسألة المحضون

الفرع الأول :جريمة الامتناع عن تسليم المحضون لحاضنه

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

الفرع الثالث : اجراءات المتابعة والعقوبات المقررة

الفصل الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النفقة

المبحث الأول : مفهوم النفقة وشروط استحقاقها

المطلب الأول : مفهوم النفقة

الفرع الاول : تعريف النفقة لغة

الفرع الثاني: تعريف النفقة في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث : تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني : شروط إستحقاق النفقة الزوجية

الفرع الأول : شروط استحقاق النفقة الزوجية :

الفرع الثاني : مشمولات النفقة المستحقة الزوجية

الفرع الثالث : أنواع النفقة الزوجية

المبحــث الثانــي : سلطــة قاضــي شؤون الاسرة في إجراءات سيــر التقاضــي لأداء النفقــة الزوجيــة

المطـلب الأول : دور القاضــي قي تحديد مقـدار النفقــة الزوجية

الفرع الأول : تقدير النفقة الزوجية

الفرع الثاني : مسقطات النفقة الزوجية

المطلب الثاني : دور القاضي في سير الدعوى لأداء النفقة الزوجية

الفرع الأول : الإجراءات المتبعة

الفرع الثاني: دور صندوق النفقة

المبحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في تحديد العقوبات والجزاءات المترتبة عن عدم تسديد النفقة الزوجية

المطلب الأول : العقوبات الأصلية

المطلب الثاني :العقوبات التكميلية

الخـــــاتمــة

الفصل الاول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الحضانة

المبحــث الأول : مفــهوم الحضــانة وشروطـ ممارستها

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة الجزائري لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للطفل وذلك نتيجة الوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية التي لم تستمر والمشاكل التي تطرحها حول مصيرهم ومن يكفلهم وكيفية الاعتناء بهم؟

لأنها تختص بالطفل باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة والمجتمع وهي من الأولويات التي يجب الأخذ بها ، لأنها تقوم من يوم ميلاد الطفل ، لكن مصلحة الطفل لا تظهر بشكل يلفت النظر إلا بعد التفرقة بين الزوجين ، وهذا من أجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية له .

فكان من الضروري حماية الطفل وعدم تركه عرضة للأخطار واستجابة لمصالح هذه الفئة الحساسة من المجتمع فقد جسدت التشريعات الوضعية ما أتت به الشريعة الإسلامية من خلال قانون الأسرة الجزائري التي جاءت نصوصه مرنة تسمح للقاضي إيجاد الحل المناسب ، مما فتح المجال واسعا له لأعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسة عمله القضائي ، وهو الأمر الذي يلتمس باستقراء مختلف نصوص قانون الأسرة خاصة فيما يتعلق بمسالة الحضانة لأن القاضي يكون في كثير من الأحيان الأقدر من غيره في ذلك بحكم خبرته في فض النزاع ،إذ يتعامل مع هذه المسالة بكل دقة .

المطـلـب الأول : مفهوم الحضـــانـــة

الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس وتثبت للمحضون حفاظا على مصالحه وحتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك [1] ،وقبل التعمق في الموضوع لابد من تعريف الحضانة وذلك من الناحية اللغوية ، والفقهية ، والقانونية كما يلي

الفرع الأول : تعريف الحضانة لغة

الحضانة من الفعل حضن ، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الصدر ، والعضدين وما بينهما والحاضن اسم فاعل ، والحاضنة الموكلة بالصبي وحفظه وتربيته ، وهي مأخوذة من الحضن وهو الجنب ، والجمع أحضان الفعل حضن ، ومنه حضن الكاثر بيضه ، اذ ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، ونقول حضنت الشيء أو احتضنته إذا ضمته إلى جنبيك ، وحضنت الأم طفلها أي ضمته إلى صدرها [2] .

[1] محفوظ بن الصغير : قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر رقم 05 / 02 ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2012 ، ص 208 .

[2] مجد الدين الفيروز آبادي :" القاموس المحيط "،ط1، دار الحديث ، مصر،2008،ص375.

الفرع الثاني : تعرف الحضانة في الفقه الإسلامي

عرفها الحنابلة بأنها : " حفظ صغير ومجنون ومعتوه ، وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم ، كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه ، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه [1]

أما الشافعية فعرفها بقولهم " الحضانة شرعا حفظ من لايستقل بأمور نفسه عما يؤذيه ، لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون وتربيته ، أي تنمية المحضون بما يصحه بالتعهد بطعامه وشرابه ونحو ذلك[2] .

وقد عرفها المالكية بأنها : " حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه " [3]

عرفها الكساني بقوله : " حضانة إلام ولدها ، وضعها أيضا في جنبها واعتزالها إياه عن أبيه ، ليكون عندها ، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل الثياب [4]

غرفها الحنفية بأنها " تربية الولد لمن له حق الحضانة "

[1] عبد الله عبد العزيز العنقري :" الروض المربع "،ج2، مطبعة الرياض،السعودية ، ص251.

[2] محمد عليوي ناصر : " الحضانة بين الشريعة والقانون" ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2010 ، ص25.

[3] احمد الدريدي : " الشرح الصغير "،ج1، دار المعارف، مصر ، ص451.

[4] ابو بكر مسعود الكساني ، بدائع الصنائع في الشرائع ،ج4 ،1986 ، بيروت ، لبنان ص 40 .

الفرع الثالث : تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. [1]

فهي تربية الولد ورعاية شؤونه ، لمن له حق الحضانة ، حتى يبلغ سنا معينا [2]

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز على أسباب وأهداف الحضانة محدد بذلك نطاقها الأساسية ، ومن هنا فانه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة ان تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف .

وبمكن من هذا التعريف إجمال أهداف الحضانة فيما يلي [3]

أ – **تعليم الولد** : ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس ,

ب– **تربية الولد على دين أبيه** : حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي ، فنجد أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما نص على تربية الولد على دين أبيه وليس أمه ، لان تربية الولد على دين امه قد يشكل خطر على أخلاقه ، لاسيما عند زواج الأب من أجنبية ليست على دينه.

ج– **السهر على حماية المحضون** : فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد ان تشتمل هذه هذه الحماية على اشكالها ، فيجب ان لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالشتم والتخويف .

[1] المادة 62 من الامر رقم 05 _02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، عدد 15 .

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة ، الخطبة ، الطلاق ، الميراث ، الوصية) ،ج1 (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ، الجزائر ،ص279 .

[3] باديس ديابي :" اثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة ، عدة ، حضانة ، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، ،دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ،2008 .ص 51،52.

د- **حماية الطفل من الناحية الخلقية :** وذلك بتنشئته على الأخلاق ، وتهذيبه وإعداده لان يكون فردا صالحا وسويا .

هـ- **حماية المحضون صحيا :** حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل حاضنة ، خاصة في السنوات الأولى من حياته .

شروط الحضانة :

المطلب الثاني : شـــروط ممـــارسة الحضـــانة

بالنسبة إلى شروط الحضانة فإن قانون الأسرة الجزائري إكتفى بالقول ، أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة ، وهو قول كما يبدو عام ومبهم لا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واحد وصريح[1].

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بتوافر شروطها إذ يرى الفقهاء أن هناك شرووط عامة ، كما ان المشرع حصر شروط الحضانة في الاهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري امعدل والمتمم إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " إذ يقصد بالأهلية هنا القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل .

وعليه فإنه بإمكاننا استنادا لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري القول أنه يشترط في الشخص الذي تستند اليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط الأساسية [1]

الاهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء ، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير إحتياجاته المتنوعة ،

[1] سعيد عبد العويز، قانون الاسرة الجوائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) ، ط4، الجزائر، دار الهومة 2011،ص 140.

ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء :

الفرع الأول : الشروط العامة للحضانة

1-<u>العقل</u> : يجب على الحاضن أن يكون مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير وملم بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله عند أدائه لهذه المهمة ، فليس باستطاعة المجنون أو الذي يعاني من البلاهة أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي أن لا يكون المنصب المتولي لشؤون غيره دلك أنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله [1] وذلك لان الحضانة ولاية ، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره ؟ وحسب المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري من كان فاقد الأهلية أو نقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفيه ، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون " لا حضانة للمجنون والمجنونة لأنهما بحاجة لمن يرعى شؤونهما وهذا حسب نص المادة 42 إلى 44 من القانون المدني المادة 42 :" لا يكون أهلا لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة .

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

المادة 44 : " يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون [2]

وقد اكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي الولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 من قانون الاسرة الجزائري والتي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه : "... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد "[3]

[1] سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)،الجزائر،سنة1996،ص296.

[2] قانون المدني ، الصادر بموجب الامر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1978 رقم 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07/ 05 المؤرخ في 05/13/ 2007 .

[3] تنص المادة 87 ق أج قبل التعديل :" يكون الاب وليا على اولاده القصر بعد وفاته تحل الام محله قانونا" .

المجنون والمعتوه يخشى منهما على المحضون بسبب سوء تصرفاتهم لذلك كان شرط العقل ضروريا فلا حضانة للمجنون والمعتوه ولا حتى للسفيه مبذر ، وهذا عند من اشترط مع العقل الرشد ، فقد جاء في الشرح الكبير من الفقهاء المالكية ورشده والمراد به صون المال ، فلا حضانة لسفيه مبذر ، لئلا يتلف مال المجنون وإلى هذا ذهب الشافعية إذ يرون أن يكون الحاضن رشيدا واكتفى الحنابلة بالقول :" ولا حضانة لمجنون ولا لمعتوه ولا لطفل "[1].

2- <u>الأمانة</u> : يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا ، وهذا شرط يتعين مراعاته ، ومؤذي ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا .

فالتربية في مسيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا ، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته حتى بعض أن الفقهاء قالوا " ان الحضانة لو كانت كثيرة الصلاة واستولت عليه محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها من الوالد ، ولزم ضياعه ، نزع منها وسقطت الحضانة عنها .

وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء إمرأة أو رجل تسقط عنه الحضانة ، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة وهم من أجل ذلك بإسقاط الحضانة في حقهم خوفا على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون .

[1] احمد نصر الجندي ، نفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، مصر ،2006 ،ص205.

3- الإسلام : فلا تثبت الحضانة للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأن الحاضنة ولاية ولم يجعل الله ولاية للكافرين على المؤمن لقوله تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمن سبيلا " (سورة النساء الآية 14)، فهي كولاية الزواج والمال ، لأنه يخشى على دينه من الحاضنة كحرصها على تنشئته على دينها ، وتربيتها على هذا الدين ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عته ، وهذا اخطر ضرر يلحق بالطفل ، ففي الحديث : كل مولود يولد على الفطرة لأن أبويه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه ، وذهب الأحناف والمالكية ان الحضانة تثبت للحاضنة مع كفرها وإسلام الوالد لأن الحضانة لا تتجاوز رضاع الطفل وخدمته ، وكلاهما يجوز من الكافرة ، اما الأحناف رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لان المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام او تموت على الحبس، فلا تتاح لها فرصة لحضانة الطفل ، فان تابت وعادت عاد لها حق الحضانة.

وبالرجوع الى موقف المشرع الجزائري على هذه المسألة أعدت المادة 62 من قانون الإجراءات الجزائية على ان يربى الطفل على دين أبيه أو لا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة ،

ويتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء انه تمسك بموقف الامام مالك رضي الله عنه ، حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة .

4- البلوغ : بما ان الصغير لا يستطيع ان يقوم برعاية نفسه ، فلا يصلح لرعاية غيره ذلك لا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة ، من المادة 40 من القانون المدني : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 كاملة ، الراشد يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ وعلى حفظ المال وان لم يصاحب بلوغ ، فالرشد امر كلي ونقصد به الصادق باي نوع منه فلذلك تثبت للصبي الحضانة لغيره حيث كان حافظا للمال عقلا مستوفيا لباقي الشروط [1].

1 التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، الجزائر ، دار الوعي ، ط 2، سنة 2001،ص 879.

5- القدرة على التربية :

هذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء والمقصود به القدرة على القيام بشؤون المحضون من حفظه وصيانته في خلقه وصحته ، فلا حضانة لعاجز لا يمكنه المحافظة على شؤونه الخاصة ومن ثم لا يمكنه المحافظة على شؤون المحضون وتوفير الراحة له أو يهمل عنده ، كان يخرج الحاضن كل وقت ويترك محضونه ضائعا فلا يجد من يرعاه ، ومن المقرر إن المحضون في يد حاضنة في حكم الأمانة ومضيع الأمانة لا يأتمن .

يعبر المالكية عن القدرة على صيانة المحضون كالسن اي من بلغت سنا لا يمكنها ان تتعهد بمحضونها وتحفظه ن وكذلك المريضة التي يعجزها المرض عن رعاية محضونها ،

الفرع الثاني : الشروط الخاصة في النساء

1 – أن لا تكون متزوجة مع أجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه :

ومن شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي وهذا الشرط عند الأحناف والملكية والحنابلة والشافعية ، ومؤدي هذا ان الحاضنة إذا كانت متزوجة من أجنبي فلا حق لها في الحضانة وبسبب ذلك تسقط حق الحضانة ، فالرسول صلى الله عليه وسلم قال للمراة : " أنت أحق به ما لم تنكحي " فالحضانة شرعت لمصلحة المحضون وزواجها يشغلها عنه ،

فزواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها ضمنيا في الحضانة ، وهذا ما جاءت به نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم " فزواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها ،

2- عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه :

هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء ، فمنهم من لم يعتبره شرط على الحضانة ، وهذا ما عمل به الشافعية والحنابلة ومنهم ما اعتبره شرطا لازما ، وهذا حسب ما ورد عن المذاهب الحنفية وفي قول المالكية بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد

الشهوة من الفساد والذكر ليس معني ، فإذا كان المحضون في جهة غير مأمونة فإن حضانته تسقط ,

فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد في بيت يعرضه للضياع والضرر فالصغير يتأثر لمحيطه فإذا وفروا له الجو المناسب والظروف التي يجد فيها راحته النفسية تنمي سلكاته ومواهبه ، وأصبح عضو صالح في المجتمع ينفع نفسه وأسرته والمجتمع .

فحسب نص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار .

وتنص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على انه تسقط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا :

ان لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة فان كان الأب معسرا وقبلت تربيته أخرى تربيته مجانا تسقط حق الأولى في الحضانة فامتناع إلام عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة .

4- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير :

كأمه وأخته وجدته فلا حضانة لبنات العم والعمة ولا لبنات الخال والخالة بالنسبة للصبي ، بعدم الحرمية ، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الانثى .

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى ما سبق من الشروط العامة ما يلي :

1-أن يكون الحاضن محرما للمحضون أن كانت أنثى :

اجمع الفقهاء على ان حاضن الأنثى ينبغي إن يكون محرما لها ، وقال الأحناف والحنابلة إن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لإشهاد المحرمية ،

أما في حالة عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها ، لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه البالغة ، غير ان الحنفية اجز الحضانة لابن العم إذا لم يكن لها أحد .

2-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون :

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا وارث بين المسلم وغير المسلم ، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له خق الحضانة بل حضانة إلى ذوي رحمة من أهل دينه واذا كان المحضون مسلما وإذا رحمه دون ذلك فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينها .[1]

[1] باديس ديابي ، نفس المرجع السابق ، ص 139.

المبحــث الثاني : مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحـاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيــارة للمحضون

المطــلب الاول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

الفرع الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل القانون الجزائري :

قبل التعديل كان حق الأب مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها وهذا غير منطقي، لأن الأب أولى منهن وأكثر حرصا على رعاية أبنائه.

د –عدم ذكر كل أصحاب الحق في الحضانة مثلما قام به الفقه الإسلامي، يرجع إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، من المسائل التي لم يتحقق حولها الإجماع، إذ أن الخلاف بين الفقهاء حول هذا الموضوع قد حال دون اتفاقهم على إجراء محدد يمكن أن يكتمل به التشريع، ضف إلى ذلك أن إسناد الحضانة يقوم على أساس مصلحة المحضون.

هـ –وضع الأسرة الاجتماعي والاقتصادي والسكني اليوم يفرض قصر الحضانة على الأبوين، ولا يبدو أن هناك مبرر تقديم الجدات، والخالات على الأب.

وفي الأخير يمكن القول أن الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في تعديله الجديد فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، قد خالف فيه الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكامها، باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق ومراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد تعديل القانون الجزائري

لقد أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة وذلك بنصها على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وهذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا استثناءا وبناءا على مصلحة المحضون وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17 ذلك والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخافة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة..."[1]

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة؟ وما هو الترتيب الذي يعتمده القاضي بينهم – الأقربون درجة– ؟.

ما على القاضي إلا الاعتماد على نص المادة 222 والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا اختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة، ومنهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام، ومنهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأم ثم الذين لأب، ومنهم من يقدم الذين لأب على الأخوة لأم، وهذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة، ونحن نرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه أن ينظر إلى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى،

أما عن المذهب الذي يعتمده فما دام المشرع أحاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فه حر في اختيار المذهب الذي يراه مناسبا وفقا لما له من سلطة تقديرية ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك لوضوح حجته فهو يرى أن في الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع اثنان فأكثر، فإن استوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد والعمة على العم والأخت على الأخ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند استواء درجتهما، وعند اختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرب فتقدم الأخت على ابنتها وهكذا، ولا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من العصبات وكذلك الخال،

لكن كان من الأفضل لو أن المشرع ضبط ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في مادة قانونية واضحة على غرار بعض القوانين العربية كالقانون المصري في المادة 20 والقانون السوري في المادة 139.

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1988/03/17،ملف رقم 179471 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001، ص 172.

المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة أحدث تغيير في المادة 64 من قانون الأسرة في تعديلها بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

محافظا على مكانة الأم، باعتبار أن لها الأولوية في حضانة أولادها، كونها أعطف، أحن وأشفق على الولد المحضون من غيرها، كما احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، إذ من شأنها تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة [1] ، فتقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

غير أن المشرع عدل عن مذهب الجمهور، وخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن إذ جعل الحضانة للأب بعد الأم.

وانطلاقا من نص المادة 64 السالفة الذكر فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل الآتي:

1-الأم، -2 الأب، -3 أم الأم، -4 أم الأب، -5 الخالة، -6 العمة، -7 ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

[1] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص308

المآخذ الملاحظة على نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل:

أ –يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يعلق استحقاق الأب، أو غيره من الذكور للحضانة على الشرط الذي جاء به الفقه المالكي القاضي :بأن يكون للأب حاضنة من النساء، كالزوجة، أو الأم، أو الأخت إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره كالرضيع،و إ ن كان هذا الشرط يستفاد ضمنيا من عبارة" :مع مراعاة مصلحة المحضون "إلا . أن العمل بالقواعد الضمنية لا يزيل الإبهام، ولا يوجد الأحكام.

ب–إذا لم يكن في الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري من تتحقق معه مصلحة المحضون، فما هو الحل في مثل هذه الحالة؟ وهل يمكن إسناد الحضانة لشخص أجنبي عن المحضون؟ وما هو الإجراء الذي تكتمل به مصلحة المحضون.

يمكن القول أن القاضي هو الذي تخول له مهمة وضع المحضون عند من يثق به، ويكون كفء لها، وقادر على تحمل المسؤولية، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، فمثلا يسند حضانة الولد إن كان ذكرا للرجال،و إ ن كانت أنثى للنساء، غير أن القاضي عليه أن يتحقق من الشروط التالية:

_انعدام حاضن قريب للمحضون

_إسناد حضانة الذكر للرجال و الأنثى للنساء عندما يخشى عليها من الفتنة.

_أن يثق القاضي بهؤلاء الحواضن، ويتأكد من قدرتهم على الحضانة، وحماية المحضون خلقا وصحة، وذلك كله رعاية لمصلحة المحضون.

ج –الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 64 المذكورة أعلاه يطرح مسألة ما إذا كان القاضي ملزما باحترامه أم هو مجرد اقتراح؟.

فحسب نظرة الفقه الإسلامي فإن هذا الترتيب إلزامي متى توفرت في كل الأشخاص شروط الحضانة حسب مصلحة المحضون، أما نظرة القانون الوضعي فإن هذا الترتيب أصله مراعاة مصلحة المحضون، فتسند الحضانة لمن تتوفر هذه المصلحة، وبالتالي فهو غير إلزامي، وليس من النظام العام، فهو بمثابة معيار للقاضي في كشف المؤهلين للحضانة فقط[1].

د –ذكر المشرع الجزائري بعض أصحاب الحق في الحضانة، وحددهم بصفاتهم، إلا أنه ترك البعض الآخر دون تحديد، ودون ذكر لا صفاتهم ولا نوعية قرابتهم" الأقربون"، وهذا ما يؤدي بنا للخوض في الفقه الإسلامي، والذي تتباين فيه الآراء إلا أنه، ومادام المذهب السائد في الجزائر هو المالكي فعلى المشرع التنويه لذلك في القانون.

وفي الأخير نخلص إلى أن الترتيب الذي جاء به تعديل 2005 لمستحقي الحضانة بعد الأم قد خالف الترتيب الوارد في الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكامها، ولا سيما عدم إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على ترتيب محدد، إضافة إلى أن كل من الفقه والقانون يهدفان إلى تحقيق مصلحة المحضون[2] .

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص293 .

[2] وخناف صبرينة وبوطار رجاء، ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017–2018، ص118.

الفرع الثالث : أسباب تعديل ترتيب مستحقي الحضانة:

يمكن القول أن أسباب التعديل **في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري**

ترجع لما يلي:

أ –راعى المشرع الحقائق الاجتماعية المعاشة، وما أصاب المجتمع الجزائري من تطور، وتفكك الأسرة الكبيرة.

ب –التعديل الجديد يحاول فيه المشرع الموازنة بين الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة.

ج –أحق الناس بحضانة الولد من الرجال هو الأب، لأنه من يتحمل عبئ النفقة، فليس من غير المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بالحضانة[1]

كما أنه يمكن القول أن الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ليس من النظام العام، وبالتالي يمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن أحد الحواضن ليس أهلا لممارسة الحضانة، وأن غيره أحق بها، فالمشرع أورد عبارة" :مع مراعاة مصلحة المحضون" التي تعني إمكانية مخالفة هذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[2].

[1] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص309

[2] ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية :تعويض،_____ نفقة، عدة، حضانة، متاع، دار الهدى، الجزائر، 2008 ، ص 77.

المطلب الثاني : سلطة قاضــي شؤون الأسرة في تنظيم حق الزيــارة للمحضون

تنص المادة 64 من قانون الاسرة على انه :"وعلى القاضي عندما يحكم باسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة

فمن خلال نص المادة نستنتج ان المشرع الجزائري اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة فاوجب على القاضي عند الحكم باسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة .

وبالرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقا لتنظيم حق الرؤية (الزيارة) ولذلك يجب – دفعا للضرر– أن يراعي القاضي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق، وأن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون والاطمئنان على أحواله وإشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون.

الفــرع الأول : دور القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الزيارة للمحضون

إن حق زيارة الابوين ورؤيتهما لمحضونهما هو حق مقرر شرعا ، وبمقتضى هذا الحق يكون لكل منهما رؤيته عند من هو في يده ليرعاه وليعلم حاله وليطمئن قلب كل منهما عليه ، فلا يحق لأي منهما حرمان الآخر من رؤية ولده ، فزيارة المحضون حق للطرف غير الحاضن من الأبوين ، كما هي حق للطفل التمتع برؤية والده غير الحاضن ، بعد إسناد القاضي لأحد الأبوين الحضانة وعادة ماتكون الام يفصل تلقائيا وجوبيا في حق الزيارة للأب ، وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30 اقر بأنه : " من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيده به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما ، وعلى من كان عنده الولد ان يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده ، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[1].

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1990/04/30 ، ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية . سنة 1992 ، العدد1 ، ص55 .

فالمشرع نص على الحق في الزيارة دون ان يقتصر على طرف معين ولم يحدد أصحاب الحق في الزيارة مما يعد فراغا قانونيا يجب مراعاته ، تاركا الأمر مفتوحا أمام سلطة القاضي التقديرية ، وذلك من اجل التمكين من الاطمئنان على المحضون وعلى وضعيته والحفاظ على أواصر الترابط مع محيطه العائلي ككل ، حيث تضمن زيارة الأقارب للمحضون بقاء رابطة القرابة والمودة والصلة بينهم وبين الصغير[1] ، فللعاصب حق رؤية المحضون سواء الأب (أو الجد في حالة عدم وجود الأب) ، وعليه فقد يتقرر حق الزيارة لكل من الجد أو العم أو الخال وكل من يهم هان يبقى المحضون في صله دائمة معه.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى منح حق للأصول في زيارة فروعهم، حيث ورد في قرار المحكمة العليا انه : " مادام أن المطعون ضدها (الجدة للأب) تعد من الأشخاص الذين لهم حق الحضانة طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة ، ومن الأصول الذين تجب عليهم نفقة الفروع في حالة القدرة والاحتياج طبقا لأحكام المادة 77 من نفس القانون ، وبالتالي فإنها تستفيد إليه من حق الزيارة فهي تعتبر جدة لأولئك الأطفال وبالتالي فهي بمنزلة والدهم المتوفي ، وانه حرصا على توطيد وتقوية صلة الرحم التي تجمعها بهم ، وسعيا لمنع أي محاولة لقطعها ، يتعين إفادتها من ذلك الحق ، ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعنة بتمكينها من حق زيارة أحفادها على هذا الأساس ، يكون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما ، وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية[2] .

وفي قرار آخر أكدته المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 بقولها " للخالة حق الزيارة لان القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ، ومتى كان كذلك فان لها الحق في الزيارة مما يجعل المطعون فيه قد وفق فيما قضى له [3] .

[1] باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 90.

[2] المحكمة العليا ، غرفة شؤون الاسرة والمواريث ، قرار بتاريخ 2012/10/11 ، ملف رقم 699801 ، غير منشور ,

[3] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشحصية ، قرار بتاريخ 2001/01/23 ، ملف رقم 258479 ، المجلة القضائية ، سنة 2001 ، العدد 2 ، ص 300 .

كما أن كذلك إعطاء حق الزيارة للجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون كما أكدت المحكمة العليا ذلك في إحدى قراراتها الذي جاء فيها :" من المقرر شرعا انه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن ، يكون له حق الزيارة أيضا ، ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي ، كما تجب عليه النفقة ، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الاسرة ، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن .

الفــرع الثاني : دور القاضي في تنظيم مدة الزيــارة للمحضون

يتولى قاضي شؤون الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة تمكين الولي غير الحاضن من زيارة المحضون في أوقات محددة يتم الفصل فيها ضمن الحكم ، وغاية المشرع من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي للمحضون ، معتمدا أساسا على مصلحة المحضون في تنظيم كيفية ممارسة حق الزيارة مراعيا خصوصياته المرتبطة بالمراحل العمرية التي يمربها ، فمصلحة المحضون هي الاولى عند النظر في مسألة الزيارة على اعتبارات الوالدين يفترض ان يتحملون تبعات قرارهم بالانفصال ويراعون مصلحة المحضون .

فمدة الزيارة هي المدة التي يستغرقها المستفيد من الزيارة ، فالأصل أن أوقات رؤية وزيارة الولد المحضون مسالة مبنية على المرونة والتوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الطفل ، لكونها مسالة رضائية بحيث يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا ، وبما أنها غير محددة في القانون يصير الأمر إلى يد القاضي الذي خوله المشرع الفصل في جميع المسائل المتعلقة بالزيارة ، فما استقر عليه القضاء الجزائري ان حق الزيارة يمنح في العطل الأسبوعية والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[1]، وتتم الزيارة في المعتاد مرة في كل أسبوع للأبوين ، وذلك لاستحقاق الأب للزيارة دوريا ولمرة على الأقل في الأسبوع ، من 9 صباحا إلى 4 مساءا .

[1]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1998/12/15 ، ملف رقم 214290، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 149.

[2]عماري سناء ، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون أحوال شخصية ،قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2021_2022.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ، ومن ثم فإن القرار بترتب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

كما أن المشرع ألزم القاضي في نفس المادة –المادة 64– عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق ولا ضوابطه.

ونحن نرى أن كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف ولا بد أن يكون تحديد حق الزيارة تحديدا مرنا وفقا لما تقتضيه حاله المحضونين، ومن المفيد الإشارة هنا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16 والذي جاء فيه" متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضى بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[1]، 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 والتعاطف معهم.

وفي قرار آخر قضت بأنه " زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة [2] " ، غير انه إذا كان المحضون رضيعا فإن الزيارة لا بد أن تكون اقل من ذلك من اجل مصلحته وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قراراتها ، حيث قضت بأنه :" يجوز تقليص مدة الزيارة لسن المحضون ومصلحته ، على أن يكون مدة الزيارة قابلة لإعادة النظر فيها بعد بلوغ المحضون ثلاث سنوات ، وفي كل الأحوال يراعى فيها مصلحة المحضون[3] ،

[1]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1990/04/16 ، ملف رقم 59784، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع ، ص 126.

[2]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 2006/01/04 ، ملف رقم350942، مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول ، لسنة 2006 ، ص 455.

[3]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 2013/05/09 ، ملف رقم 722681، غير منشور .

وقضت بأنه : " تخضع مسالة تقدير مدة الزيارة الرضيع ومكانها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع "[1] ، ومتى تجاوز الطفل المحضون لدى والدته سن الرضاعة ، فالأب يبقى محق بزيارة ابنه حسب الأوقات المحددة له قضاءا .

الفرع الثاني :جريمــة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيــارة

باستقرائنا لنص المادة 64 من ق.أ.ج والتي سبق الإشارة إليها [2]نجدها نصت أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها، عليه أن يحكم بحق الزيارة للطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة يؤدي إلى قيام الجريمة المنصوص عليها في نص المادة 328 من ق.ع.ج ومعاقبة مرتكبها، لأن جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم بزيارة جنحة معاقب عليها، فليس من حق الأم الحاضنة عرقلة زيارة الأب لابنه أو العكس، فإذا تبث المنع، جاز رفع دعوى على قاضي الأمور المستعجلة [3] .

أما إذا رفض المحضون تنفيذ الحكم القاضي بزيارة دون منع من الحاضن فلا مجال للجريمة هنا وهذا ما جاء تأكيده في قرار محكمة العليا الصادر بتاريخ2006/04/26 يعد قصورا في التسبيب إدانة الأب بجريمة عدم تسليم القاصر، من دون مناقشة محضر أشكال التنفيذ المعاين، رفض الأطفال الذهاب مع الأم المحكوم لها بالحضانة.

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 2009/07/08 ، ملف رقم 505325، غير منشور .

[2] سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,، ص180 .

[3] نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنه " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ولقيام هذه الجريمة وجوب توفير عدة عناصر:

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

2-أن يكون الحكم قد قضي بالطلاق أو إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، ويمنح حق الزيارة إلى الزوج الأخر.

3-أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة تابث بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ أو ثابت بشهادة الشهود، أو باعتراف الممتنع نفسه.

4-فإن توفرت هذه العناصر مجتمعة، فإن الطرق الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق الزيارة، واستحق المتابعة والعقاب

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أولى اهتمام بالغا بالطفل المحضون عندما نص على جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنة.

المبحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في مراعاة مصلحة المحضون والإشكالات المتعرض إليها :

يعد الطفل المحضون أي طفل برعم الحياة ، وغدا حقه في الحياة حقا أساسيا له يتفرع منه العديد من الحقوق وتحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا وعقليا ونفسيا واجتماعيا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه واتجاه الآخرين .

فتعريف المحضون لم يرد إلا قليلا مقارنة مع تعريف الحضانة[1]

تعريف المحضون : الطفل الصغير الضعيف الذي يحتاج إلى غيره ليساعده إلى أن يكبر ويقوى فيعتمد على نفسه والمحضون هو كذلك يحتاج للحاضنة أو الحاضن ليقوم على رعايته وتدبير شؤونه [2].

استعمل الفقهاء لفظ الصغير والصبي والطفل الغلام دلالة على المحضون وهو : ما لم يبلغ من بني الإنسان وحالة من ولادته إلى بلوغه يمر بمرحلتين :

أ – **مرحلة ما قبل التمييز** : ويكون فيها الطفل غير عارف ما يدور حوله ، وما يضره وما ينفعه ، ولهذا سموه في هذه المرحلة بغير المميز وقي مرحلة التمييز : التي يبدأ فيها الطفل بمعرفة ما يدور حوله ، ويستطيع الى حد ما التمييز بين النافع والضار ،

ب – **مرحلة البلوغ :** وسمي فيها الطفل عندها بالمميز العاقل ، وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ. فالمشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاء لإعمالهم سلطتهم التقديرية باعتماده أساسا على مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة .

[1] عمر دربالي ، رضوان قسمية ، حماية الطفل المحضون في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، فرع حقوق ،تخصص قانون الاسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، سنة 2021 ,

[2] سليمان دعيج بوسعيد ، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقانون البحريني "دراسة مقارنة " الشهاب، مجلد6 ،عدد3، ص313.

المطـلب الأول : دور قاضي شؤون الاسرة في مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون من خلال توظيف لفظ المصلحة دون ذكر المصطلح، إلا أنه لم يعطي لها تعريفا واضحا ودقيقا، تاركا السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه وبما أن المشرع الجزائري استقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222 منه يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذ لم يوجد نص قانوني في مسألة ما فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن عاقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه فأعطاها إياه وقال لعمر، ريحها ومسحها وريقها خير من الشهد عندك"

فمبدأ مراعاة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أج ا رها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا، لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا لنقض لضعف التسبيب فالحكم الذي بقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون ، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث .

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه ونذكر منها:

– **التحقيق و المعانية:** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وذلك بالاستناد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية، وهذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعده للوصول إلى القرار الصائب.

– **الاستعانة بالخبراء:** ويمكن للقاضي الاعتماد على نص المادة 47 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والتي تناولت موضوع الخبرة ومن قبيل الخبراء الذين يمكن للقاضي الاعتماد عليهم المرشدة الاجتماعية، وذلك لتحديد مصلحة المحضون بل أن تعين المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا في بعض الحالات وهذا جاء في اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد مماطلة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة لجنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقص القرار المطعون فيه".

–**الاستماع إلى أحد أفراد العائلة:** يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصهارهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات للتحديد الأمثل لمصلحة المحضون وهذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية.

ولابد أن نشير هنا أنه من الأفضل استبعاد شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق.

وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها م ا رعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنه
أو حاضنته في جو يسوده الأمن المعنوي ، من خلال القيام بالواجبات التي تهدف إلى الفائدة

للطفل، وعليه فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا حق الأولوية على الأب، وإن اعتبار الأم حاضنة مثالية لأبنائها لا يغني الطفل عن حقه في ولاية والده لتربيته وإعداده للحياة ورعاية مصالحه المعنوية.

الفرع الأول: دور القاضـي في إسناد الحضـانة:

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية ولا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة. فالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل والقاضي هو الذي يحدد الشروط ومدى توافرها في الشخص الذي تستند إليه الحضانة وذلك وفقا لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال، والمشرع لم يحدد له شروطا ومواصفات محددة وما عليه إلا الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها فصلت في شروط الحاضن ونذكر منها:

شرط العقل: وهذا الشرط يتماشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره.

وعليه فلابد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد إن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[1].

شرط البلوغ: الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة وليست بالأمر الهين، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

[1] المحكمة العليا. غرفة الاحوال الشخصية .، قرار صادر تاريخ 1989/12/15. ملف رقم 202430 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ،ص77.

وتجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أولادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا استنادا على نص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

شرط الأمانة على لأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للأخلاق لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل وخلقه، فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلا تسقط حضانتها على أولادها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"[1].

وعليه لابد أن يتأكد القاضي من استقامة الحاضن وحسن سلوكه وأخلاقه قبل منحه الحضانة.

شرط القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعده الفراش كالمشلول مثلا، أو مصاب بمرض معدي وخطير من شأنه أن يؤذي المحضون، وقد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/7/9 عن شرط القدرة وجاء فيه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي[2].

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 169.

[2] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع، ص 76.

ولما كان الثابت – في قضية الحال– أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ".

شرط الإسلام: أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما.

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك ,

ونحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/3/13 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية والقانونية" [1] .

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 ، ملف رقم 52221 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الاول ،ص 48 .

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك اسقط الحضانة عنها وإن تبين انه لا خوف على دينه فيعطيها الحضانة ولو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلا يشترط أن يكون محرما للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلا وافيا، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية وإن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت ومثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقا لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه.

الفرع الثاني: دور القاضي في إسقاط الحضانة

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة وسنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي مدعما بذلك اجتهادات وقرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية .

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" من استقراء نص هذه المادة يمكن أن نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات؟ وهل يعتبر هذا الزواج تنازلا اختياريا عن الحضانة أم أنه غير اختياري؟ وفي حالة التنازل على الحضانة هل يمكن إجبار المتنازل عليها؟.

المشرع الجزائري لم يعطي إجابة واضحة على هذه التساؤلات وما على القاضي إلا أن يجيب عليها وفقا لما له من سلطة تقديرية.

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة وهذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة وحسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ومثال ذلك القرار الصادر 1986/5/5 والذي جاء فيه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشرط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما. أحرى 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". [1]

لكننا نرى أن سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته– أما كانت أو غيرها–وأصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، نحن نرى انه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتأكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة وكان الزوج رجلا مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو انه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه وهناك استثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم وهو أن تكون هذه الأخيرة– الحاضنة– وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ويحصرون هذا الاستثناء في الأم الحاضنة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينزع منها، وهذا هو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم.[2]

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1986/5/5، ملف رقم 40438، االمجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني ، ص 75.

[2] المستشار أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص129,

بالنسبة لمسألة اعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلا اختياريا عن الحضانة أو تنازلا غير اختياري وبالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وحتى المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد فهناك قرارات تعتبر أن هذا الزواج تنازل اختياري عن الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1990/02/25 والذي جاء فيه "...ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي

فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون"[1]

وهناك قرارات أخرى تعتبر أن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة واعتبرت أن هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون[2] .

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1990/02/25 ، ملف رقم 201336 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 178 .

[2] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21 ، ملف رقم 201396 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 198 .

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سببا اختياريا لسقوط الحضانة أم أنه سبب غير اختياري لذلك؟ وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة أن تطالب بها بعد طلاقها أو وفاة زوجها؟ طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الدين انقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

وهناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون أنما يسقط حقها في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام والشراب فأشبه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية.

وعليه فاختلاف قرارات المحكمة العليا حول اعتبار الزواج سببا اختياريا لإسقاط الحضانة أم لا مرده الاختلاف بين الفقهاء، ونحن نرى أن الرأي القائل بحق المرأة التي تسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، أكثر ملائمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة أن تعيش مطلقة أو أرملة دون أن يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كما أن هذا الرأي ليس فيه أي إجحاف لحق المرأة واتفق عليه غالبية الفقهاء.

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة وإن زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها وهذا اعتمادا على القاعدة الفقهية التي تقول إذا زال المانع عاد الممنوع، والقاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية في إعادة الحضانة للأم من عدمه فلو رأى أن المحضون كبر وترعرع في كنف أبيه بعد زواج أمه لعدة سنين مثلا، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه والعيش من أبناء رجل آخر خوفا منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للأم إذ قدر أن مصلحة المحضون

تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر الحكم وفقا لمعطيات كل قضية وطبقا لمصلحة المحضون.

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها وهي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".[1]

وعليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين وظروفهما ومصلحة المحضون، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص – الموكول له حق الحضانة – الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس عند تأيدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي."[2]

[1] المادة 69 من قانون الاسرة الجزائري

[2] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1990/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني ، ،ص72.

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون ومدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير وما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه "من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة...".[1]

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحضون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولم يبين إذا كان ذلك من أسباب سقوط الحضانة أم لا، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها وصدر عنها اجتهاد قضائي بتاريخ 1986/09/22 جاء فيه "من المستقر فقها وقضاءا أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون." [2]

كما أنه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يتشرطون مسافة قريبة، والعلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه والمحافظة عليه.[3]

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث ، ص74.

[2] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 3594، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع ،ص41.

[3] الكتور محمد سمارة " احكام وآثار الزوجية " ، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية ، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، سنة 2002 ، ص 404 .

الفرع الثالث : دور القاضـي في التنـازل عن الحضـانة :

بالنسبة لمسالة إجبار المتنازل عن الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 والذي جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون".[3]

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فلو كان في هذا التنازل إضرار بالمحضون يرفضه القاضي ويجبرها على الحضانة ومثال ذلك أن يكون المحضون رضيعا في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/12/19 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة".[1]

وبناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحضون وله مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسبا لمصلحته –المحضون–.

[1]المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار51687 صادر بتاريخ 1989/03/27،، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ، ص85.

المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار 51894صادر بتاريخ 1989/12/29،، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع ،ص70 .

المطلب الثاني : إشكـالات سلطـة قاضـي شؤون الأسرة في مسألة المحضون :

الفـرع الأول : جريمــة الإمتنــاع عن تسليم المحضـون لحـاضنه

تتمثل هذه الجويمةفي معارضة حكم نهائي قضي بإستاد الحضانة الى من له الحق فيها وبالتالي كل من امتنع عن تسليم الطقل المحضون لمن له الحق فيه يعد مرتكبا لفعل إجرامي الأركان المكونة لهذه الجريمة ونلخصها فيمايلي :

أولا : الركن المادي لجريمة الإمتناع عن تسليم المحضون لحاضنه

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة على عدة عناصر وهي الامتناع عن التسليم وجود حكم قضائي ووجود الطفل المحضون تحت سلطة المتهم وهذا تفصيلها:

1-الامتناع عن تسليم: هذه الجريمة تقوم على نشاط سلبي من الجاني الذي صدر الحكم بالحضانة ضده وهو الامتناع عن تسليم القاصر امتثالا لما جاء في الحكم القضائي، ويشترط أن يكون الامتناع بشكل معتمد واضح ومقصود، مع علم المتهم بوجود حكم قضائي[1] .

2-وجود حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة لابد من وجود حكم قضائي سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب تسليم الطفل إليه، و إن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشيء المقضي به، وأما مشمولا بالنفاذ المعجل، وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون أو بقوة مضمون الحكم، كما يجب أن يكون هذا الحكم صادر عن القضاء الوطني[2].

3-وجود الطفل المحضون تحت سلطة المتهم: يجب أن يتبث أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا، و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع .فإذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي يعيش فيها المتهم فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم مسؤولا عن عدم تسليم .الطفل و لا يمكن متابعته[3].

[1] حسينة شرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل أي حاضنة، مخبر أثر الإجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 07 سنة2010.

[2] إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2014 _ 2015 .

[3] العايب نصر الدين، الجرائم المتعلقة بالإعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري، مجلة الفقه و القانون لسنة 2013 .، ص 59 .

ثانيا :الركن المعنوي لجريمة الإمتناع عن تسليم المحضون لحاضنه.

يجب توفر عنصرين:

1-علم الجاني:

يشترط لقيام هذه الجريمة علم الجاني بوجود الطفل لديه و يعلم بصدور حكم نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر.

2-إرادة الجاني:

عناد الطفل و رفضه الإلتحاق بصاحب الحق في الحضانة[1] ، مما يؤدي إلى براءة المتهم وهذا وفقا لأحكام و قرارات صادر عن القضاء الجزائري .غير أن القضاء الفرنسي على غرار القضاء الجزائري استقر على على اعتبار أن الملزم بالتسليم يعتبر مذنبا يوقع عليه العقاب لأنه لم يبذل ما في وسعه لحمل الطفل على الذهاب إلى من يطلبه و أن عناد الطفل لا يشكل عذرا قانونيا.

الفـرع الثاني :جريمة اختطـاف المحضون من حاضنــه

نصت المادة 382 الفقرة 02 من ق ع وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانة ، ومن الإمكان التي وضعها فيها ، أو بعده عنه، وعن تلك الأماكن ، أو حمل الغير على حفظه أو أبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

أركان الجريمة :

تقوم هذه الجريمة على أركان لابد توفرها:

أولا :الركن المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه

الركن المادي في جريمة اختطاف المحضون عدة صور وتتجسد في[2] :

1-صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة الحضانة

2-صورة اختطافه من الامكان التي يكون الحاضن قد وضعه فيها، مثل المدرسة، دار الحضانة.

3-صورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه لسبب من الأسباب ولا يمكن أن يتحقق هذا الركن إلا بتحقق النتيجة، وهي تمام اختطاف المحضون، سواء مباشرة أو بواسطة الغير.

[1] حسين بن عيسى، جرائم الامتناع في القانون الجزائري ،أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باتنة1 ،2015-2016 ، ص182.

[2] سعد عبد العزيز ،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المرجع السابق،ص126.

ثانيا :توفير الحكم القضائي

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة(جريمة الامتناع عن تسليم المحضون لحاضنه)، وهذا العنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا وذلك أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يرغم أن هذا الطفل له حق في حضانة، وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه، إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه .حكم قضائي قابل التنفيذ [1]

ثالثا : الركـن المعنوي

المقصود منه النية الجريمة ، وأن قانون العقوبات لم يذكره صراحة كعنصر من عناصر تكوين الجريمة ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بواقع الجريمة .

الفرع الثالث : إجراءات المتابعــة والجــزاءات المقررة :

أ – إجـــراءات المتــابعــة :

حرص المشرع لتوفير الحماية الإجرائية ضمانا لحقوق المجني عليه في الجرائم بصفة عامة وفي جريمة عدم تسليم قاصر محضون بصفة خاصة ، واقر مجموعة من القواعد الاستثنائية عن الأصل العام

_ الشكــوى : قيد المشرع الجزائري مباشرة الدعوى العمومية في جنحة عدم تسليم المضرور، وهذا حسب نص المادة 329 مكرر من قانون العقوبات[2] ، وتقدم الشكوى حسب نص المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية أمام النيابة العامة أو بطريقة شفهية أمام رجال الشرطة القضائية وفقا لنص المادة 17 من نفس القانون .

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الاموال ، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، سنة 2003 ، ص 174 _ 175,

[2] المادة 329 مكرر من الامر 06-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم تنص على أنه :" لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 الا بناء على شكوى الضحية ، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية .

_ <u>الاستدعاء المباشر</u> :مكن المشرع أيضا لمن له الحق في المطالبة بالمحضون إتباع إجراءات الاستدعاء المباشر لسرعة المتابعة القضائية وهذا ما جاء به نص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ، وتقدم الشكوى أمام وكيل الجمهورية وتسجل بسجلات المحكمة مع تحديد جلسة لمحاكمة المتهم .

وما يمكن الإشارة إليه انه يحق للمضرور التنازل عن المتابعة في أي مرحلة من مراحل الدعوى الى غاية صدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، استنادا لنص المادة 06 فقرة 03 من قانون الإجراءات الجزائية ، كما اقر المشرع أيضا في نص المادة 329 مكرر من قانون العقوبات بأن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة.

الفـرع لثالث : العقوبـات والجزاءات المتـرتبة عنـها :

يعاقب مرتكب جنحة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته لموجب حكم قضائي بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20,000 الى 100,000 دينار جزائري وتصل عقوبة الحبس إلى ثلاث 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني وهذا حسب المادة 328 من قانون العقوبات : " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 الى 100.000 دينار ، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته وبحكم مشمول بالنقاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضع فيها او أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده أو حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية على الجاني .

الفصل الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النفقة

المبحـث الاول : مفهوم النفقــة وشـروط استحقـاقها

إن الأسرة هي الركيزة الأساسيّة التي يقوم عليها بناء المجتمع، وللحفاظ على هذه

ال ا ربطة هناك حقوق وواجبات على كل فرد من أفراد الأسرة أن يؤدّيها نحو الآخر، ومن بين هذه الواجبات النفقة والتي لها الفضل الكبير في الحفاظ على هذه الرابطة الأسريّة من التفكّك أو الضّياع وسؤال الغير والحرمان، خاصة إذا تمّت على أكمل وجه على من تجب عليه، وللأهميّة الكبيرة للنّفقة فقد أولاها القرآن الكريم أهمية كبيرة وحفظها في العديد من الآيات قوله تعالى "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف "[1],

وكذلك رتب لها المشّرع ضوابط قانونية جاء بها في قانون الأسرة الجزائري .

المطلــب الأول : تعريف النفقــة

الفــرع الأول :تعريف النفقــة لغــة:

مشتقة من النفوق بضم النون أي الهلاك نقول نفق الفرس أي هلك من النفاق بفتح النون أي الرواج

نقول نفقت السلعة أي راجت [2].

نفق الشيء نفذ وفنى وقل ، البيع راج ورغب فيه ،

[1]سورة البقرة ، الآية 227 .

[2] أحمد محمد المومني ، إسماعيل امين نواهضة ، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ واتفريق والخلع ، ،ط1 ، دار السيرة ، عمان ، الأردن ، 2009 ، ص191.

قامت السوق وراجت تجارتها ، نفق نفوقا الرجل أو الدابة خرجت روحها والنفقة إسم من الإنفاق ،ما تنفقه من الدراهم جمع نفقا ونفاق وإنفاق [1].

والنفقة : إسم مشتق من الإنفاق : ما تنفقه الزوجة من الدراهم جمع نفقات ونفاق وإنفاق

النفقة في اللغة بمعنى الإخراج والذهاب ، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من كلك صاحبها بالبيع[2] .

الفـرع الثاني : تعريف النفقة في الفقه الإسلامي

" هي الطعام والكسوة والسكن " .

كما عرفت نفقة الزوجة على أنها " ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة ، وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف ، وهي حق واجب ما على زوجها " ,

وعرفت النفقة كذلك بأنها " ما يدفع به الإنسان حاجة غيره من غذاء ومسكن وملبس وما يلتحق بذلك من مطالب المعيشة والحياة "

[1] فراد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، دار المشرق ، ط12،، بيروت ، لبنان ، سنة 1971، ص820.

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية،ط4، الجزائر ،2005،ص169.

الفرع الثالث : تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري :

تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على انه تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة [1].

وعليه فان قانون الأسرة الجزائري لم يعرف النفقة فترك هذه المهمة للفقه لأنه المختص أصلا بوضع التعريفات لذا اكتفى القانون بتعداد أنواع النفقة من خلال المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ، لكن هذا التعداد على سبيل المثال .

ومن خلال هذه التعاريف جميعا يمكن القول بان النفقة هو الشيء الذي ينفقه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه وتشمل الطعام والكسوة والسكن أو أجرته والعلاج ، وما يعتبر ضروري في الحياة .

1 المادة 78من قانون الاسرة الجزائري

المطلب الثاني : شروط النفقـة الزوجية واستحقاقها :

ويقصـد بالنفقـة مـا يصـرفه الـزوج علـى زوجتـه وأولاده وأقاربـه مـن طعـام وكسـوة ودواء ومسكن وكل ما يلزم من ضروريات الحياة وذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب قدرة الزوج المالية.

وقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

والسبب المباشر لوجوب النفقة للزوجة على زوجها هو حق الزوج في احتباسها ودخولها في طاعته واستيفائه لحقوقه الزوجية.

الفـرع الاول :شروط استحقـاق النفقـة الزوجيـة

ومن خلال ما جاء في نص المادة 74 من قانون الأسرة :

يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها حتى تجب نفقة الزوجة على زوجها هي:

1-الدخول بالزوجة : وهي الخلوة الصحيحة بالزوجة ، سواء تمت المجامعة بينهما فعلا ام لم تتم متى كان العجز عن المجامعة يعود لضعف في الزواج ذلك لعدم حصول الجماع لرفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزا منها ، ويسقط حقها في النفقة حسب المادة 1/37 من قانون الأسرة الجزائري ، ولو امتنعت كذلك الزوجة عن الانتقال إلى البيت الزوجية بعد العقد الصحيح ، فلا نفقة لها لأنها ناشزة ولا يثبت النشوز إلا بوجود مسكن شرعي ورفضت الزوجة الانتقال إليه .

2-أن يكون عقد الزواج صحيحا : يجب ان يكون الزواج صحيحا شرعا ، مستوفي جميع أركانه طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري ، ولكن بشرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته او الاستعداد له ، ولهذا كان المعقود عليها عقدا فاسدا او باطلا لا تجب لها نفقة الزوجة حسب المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري ، وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة ، أما عدة دخول بهد زواج فاسد لا تجب .

3-أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة : وذلك ان كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للائتناس او الخدمة ، لم تجب لها النفقة ، وان كان زواجها صحيحا لفوات الانتفاع بثمرات الزواج ,فالمشرع الجزائري يشترط سن المرأة 18 سنة حسب المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري ، مما يمكنها بذلك من معرفة وإدراك حقوقها وواجباتها الزوجية ، وغليه فانه تجب النفقة الزوجية على الزوج ولو مع اختلاف الدين ، من نشوء العقد صحيحا ولو كانت مقيمة في بيت أهلها ، ما لم يطلب الزوج منها الانتقال إلى بيته وامتناعها دون مبررا لها سقط حقها قي النفقة .

4 – ألا تكون الزوجة ناشزة : فإذا نشزت فلا نفقة لها والناشزة هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي ، بشرط أن لا تكون حاملا وناشزا في آن واحد وجب على الزوج نفقتها .

الفرع الثاني : مشمولات النفقة الزوجية :

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أنه : " تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ومن هذه المادة يتبين لنا ان النفقة تشمل الأنواع التالية :

1 – الطعام والشراب والغذاء .

2- اللباس والكسوة .

3 – المسكن الصالح أو أجرته على حسب يسار الزوج .

4 – العلاج بالقدر المعروف .

5 – الضروريات في العرف والعادة .

بالنسبة لنفقة السكن، مما تقدم عرفنا أن النفقة تشمل السكن، فيجب إذن على الزوج إعداد مسكن مستوفي للشروط الشرعية، كما يتضح من نص المادة 78 من قانون الأسرة، وإذا لم يقم بذلك فرض القاضي للزوجة أجرة المسكن إذا طلبت ذلك، وعليه أن يراعي في هذا المسكن ملاءمته لحال الزوج المالية وبيئته وأن تؤمن فيه الزوجة على نفسها ومتاعها وأن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق ضرورية، وأن يكون المسكن خاليا من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج، أي على القاضي عند حكمه على الزوج

بتوفير سكن للزوجة أو بدفع بدل الإيجار أن يراعي أولا حال الزوج كما تم بيانه، ثم ينظر في الشروط السابق ذكرها في السكن.

بتوفير سكن للزوجة أو بدفع بدل الإيجار أن يراعي أولا حال الزوج كما تم بيانه، ثم ينظر في الشروط السابق ذكرها في السكن.

بالإضافة إلى ما تقدم بخصوص مشتملات النفقة هناك ثمن الدواء والعلاج الذي يقع ضمن النفقة المقررة للزوجة على زوجها وذلك وفقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

وبهذا يجب على القاضي الذي سيحكم، بمثل هذه النفقة للزوجة، أن يضع نصب عينيه كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة[1].

[1] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، سنة 1996 ، دار هومة، ص 227 .

الفـرع الثالث : أنـواع النفقـة الزوجيـة

للمطلقة الحق في النفقة والسكن طيلة فترة العدة كما لها نفقة الإهمال في حالة عدم إلتزام الزوج الأنفاق عليها طيلة الفترة الممتدة من تاريخ رفع دعوى الطلاق إلى غاية صدور الحكم القاضي بالطلاق ، كما يمكن المطالبة بها لمدة سنة قبل صدور الحكم بناء على بينة .

وهي انواع :

1 – نفقة العدة : قضى المشرع الجزائري بحق المطلقة في نفقة العدة والسكن خلال فترة العدة وذلك من خلال نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري حيث نص على أنه لا تخرج لا تخرج الزوجة المطلقة والمتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق [1] .

فللقاضي السلطة التقديرية بأن يحكم للمطلقة بنفقة العدة وإن مدتها محدودة بمدة العدة ، أي إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بثلاث قروء ، ولكن المعمول به أمام الجهات القضائية هو الحكم بنفقة ثلاثة أشهر في كلا الحالتين

2 – نفقة الإهمال : عادة ما يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته قبل النطق بالطلاق وهي ما تزال زوجة ، فتسمى نفقة الإهمال وفي أغلب الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية ، وتبقى مدة زمنية في بيت أهلها دون الإنفاق عليها من طرف الزوج ، أو يغادر الزوج البيت ولا ينفق عليها ، مما يترتب على ذلك رفع دعوى نفقة الإهمال والتي تطالب الزوجة بها قضاء نتيجة عدم إنفاق الزوج عليها فترة زمنية.

1- بلقاسم صونية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ،تخصص عقود ومسؤولية " الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية قانون الاسرة الجزائري " جامعة آكلي محمد بلحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، 2012 ، 2013 ، ص 17 .

كما يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة الإهمال التي يبدأ سريانها أصلا من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق ، غير أن المشرع قد أورد استثناء على هذه القاعدة في المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى ونفقة الإهمال تبدأ من يوم رفع الدعوى ومثال ذلك صدر الحكم في فيفري 2017 ، رفعت الدعوى في جانفي 2017 يجوز أن يحكم بنفقة الإهمال ابتداء من جانفي 2014 .

3_ نفقة المحضون : كما ذكرنا سابقا في مشملات النفقة الزوجية تشمل الغذاء والكساء والعلاج والسكن وأجرته ، وما يعتبر من الضروريات ، وإن كان المؤكد أن المحضون لا بد له من نفقة " الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه امون من ماله ، إن كان له مال ألزم الأب بان ينفق على ولده[1] .

وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث الى الدخول وتستمر في حالة إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ، وتبقى النفقة في إطار الحضانة قائمة وينتقل واجب النفقة من الأب إلى إلام في حالة :

_ أ _ إذا كان الأب عاجزا وإلام قادرة على النفقة .

_ب_ يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة إلام على الإنفاق ، وأكد ذلك قضاة المحكمة العليا في قرار لهم : من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي .

1 – باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ، دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة ، الجزائر ، ص153 ,

4 – مسكن الحضانة : حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارسة الحضانة بصيغة الوجوب وذلك وفق التعديل لقانون الأسرة الجزائري في 27 فيفري 2005 ، وفي المادة 72 منه والتي تنص على : " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر سكنا ملائما لممارسة الحضانة وان تقدر ذلك فعلية دفع بدل الإيجار [1] .

وبالتالي فالمادة المعدلة جاءت واضحة وأسلوبها غير صارم أذا جاءت على النحو التالي " نفقة المحضون وسكناه من ماله اذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وات تعذر عليه أجرته .

هذه المادة جعلت القضاة يحيدون عن مسألة الزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به .

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا يؤكدون على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الايجار ,

فقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلي :

" السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة واسس قراره بقوله ان القرار المنتقد خرق فعلا نص المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة إلا اذا كانت حاضنة لاكثر من ولدين ، وانه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الاسرة ،

وان النص الواجب التطبيق في موضوع توفير السكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري .

[1] المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري.

المبحث الثاني : سلطة قاضي شؤون الأسرة في إجراءات سير التقاضي لآداء النفقة الزوجية

المطلب الأول : دور القاضي في تحديد مقدار النفقة الزوجية

الفرع الأول : تقدير النفقــة الزوجية:

قدرها الفقهاء باعتبارها النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تقتير في حدود المعروف وحدود طاقة الزوج وذلك بقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا ما آتاها " [1].

فالآية صريحة باعتبار حال الزوج يسارا أو إعسارا في الإنفاق على الزوجة ، وكذلك اتفق الفقهاء على تقدير النفقة حسب عرف وعادة أهل البلد وحال الأسعار , يبرز لنا السلطة الواسعة التي أعطاها المشرع للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات وأعراف المنطقة وكذا حالة الأطراف من عسر أو يسر.

كما أن المادة 79 من قانون الأسرة " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم "

فحسب نص المادة نجد أنها منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة على أن يراعي حالة الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار من يوم الطلب، على ألا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر، ومن هنا كان من الجائز الزيادة أو الإنقاص في قيمة النفقة حسب تغير حالة الزوج المالية أو الأسعار في البلد غير أن القانون قيد القاضي بعدم مراجعة قيمة النفقة قبل مضي سنة على فرضها إلا في الحالات الاستثنائية .وأكدت المحكمة العليا ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم[1] ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة

عامة"، ويتبين أن هذه المدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى وإن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيرا كبيرا.

ورغم أن طالب النفقة قد يتجرأ على طلب مبالغ ضخمة من المكلف بدفع النفقة، حيث تصل أحيانا إلى مبالغ خيالية لا يحكمها عقل ولا منطق وفي انعدام مراقبة الضمير فإن القاضي ستكون مهمته صعبة في تقدير مبلغ النفقة وفق ميزان عادل ، ومع ذلك ستكون سهلة نوعا ما إذا حكم ضميره، واعتمد في تقديره على مراعاة الأيسر و الأسهل على الزوج في الدفع، ذلك أن الهدف من إصدار الأحكام القضائية هو الوصول إلى حسن تنفيذها فإذا كان في حكم القاضي نوع من الإرهاق للمكلف بالنفقة وتحميله مالا طاقة له به فهنا نجده يمتنع عن آدائها وبالتالي تضيع الحكمة من الحكم بإلزام الزوج قضائيا بها، حيث أنه من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج أي على القاضي أن يقدر المبلغ المستحق وفق قدرة المكلف، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/16 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم[2] .

[1]المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشحصية ، قرار صادر بتاريخ 1996/04/23 ، ملف رقم 136604 ، المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الثاني ، ص 89.

[2]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 ،ملف رقم 51715 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الثاني ، ص 55 .

وعليه نجد انه يجب تقدير النفقة بحسب حال الزوجين يسرا ام عسرا مهما كانت الزوجة ، وقد صدر حكم محكمة باتنة جاء فيه على الخصوص بان نفقة المنفق لهم واجبة شرعا مع مراعاة الظروف المادية والاجتماعية للمتفق وحاجة المنفق لهم ، والحال ان المدعي المذكور موسر .

كما أن المحكمة العليا قررت بان تقدير النفقة موكول لرأي القاضي على أساس إمكانية الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد ، وانه يجب على القاضي أن يراعي في تحديد النفقة أمران : حال الزوج ووضعه المالي ، وغلاء الأسعار

وتطورها من ارتفاع أو انخفاض ، وقد ترك له القانون سلطة تقديرها بعد دراسة أحوال الطرفين وجعل الاستئناس بالخبرة عند اللزوم

وما تجدر الإشارة إليه أنه يصح أن تفرض النفقة سنويا أو شهريا أو أسبوعيا أو يوميا حسب ما هو ميسور للزوج، والمتعارف عليه الآن وجاري به العمل في المحاكم هو فرض أجرة شهرية للنفقة بكل أنواعها بدون تفصيل مع مراعاة الكفاية في الطعام والكسوة والسكن حسب حالة الزوجين.

بالنسبة لتاريخ استحقاق النفقة، فقد نصت المادة 80 من قانون الأسرة بأنه : " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، ويتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة، ولكن يحدث في الواقع أن ترفع الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها طالبة النفقة لها ولأولادها لمدة طويلة سابقة قد تمتد إلى شهور وسنوات وتقديرها من طرف القاضي يكون بمبالغ خيالية، وعادة ما يكون الزوج عاجزا عن دفعها، ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل يجب أن يحكم لها بما تستحقه هي وأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى وابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم كقاعدة عامة، إلا أن المادة 80 من قانون الأسرة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها هي وأولادها شرعا، بشرط أن تثبت عدم الإنفاق، والإثبات هنا يكون بكل طرق الإثبات.

كما أن المادة 57 مكرر من نفس القانون نصت على أنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة... والمسكن"، وتقدير حالة الاستعجال يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

فنتيجة الإهمال في عدم رفع الدعوى لا يعني سقوط الحق، فتبقى ذمة الزوج مشغولة بنفقة ما قبل هذه المدة، إن لم يكن قد أداها، ولو أدى هذه النفقة مما وراء المدة يعتبر مؤديا حقا وليس له استرداده.

أما بخصوص مراجعة تقدير النفقة فإن المادة 79 من قانون الأسرة تقرر بوضوح إمكانية ذلك بعد مضي سنة من تاريخ الحكم، إذا تغير حال الزوج الذي أتخذ أساسا لتقدير النفقة أو تغيرت الأسعار تغيرا كبيرا زيادة أو نقصا، فيجوز لكل من الزوجين الذي يتأثر حقه بهذا التغير أن يطلب تعديل النفقة زيادة أو نقصا، ومجال تدخل القاضي في هذه النقطة واسع جدا فهو الذي يقدر مدى تأثير تغير حال الزوج أو الأسعار على المبالغ المحكوم بها.

وحسنا فعل المشرع الجزائري في قانون الأسرة عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع من الضروريات في العرف والعادة يتغير حسب الزمان والمكان وأحوال الناس لأن ظروف الحياة في تغيير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت لازما في وقت لاحق، وما يعتبر من الضروريات في منطقة معينة هو من الكماليات في منطقة أخرى، وهذا ما يبرز لنا السلطة الواسعة التي أعطاها المشرع للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات وأعراف المنطقة وكذا حالة الأطراف من عسر أو يسر.

الفـرع الثانـي : مسقطـات النفقـة للزوجــة :

بالنسبة لمسقطات النفقة على الزوج، فإذا تحققت شروط وجوب النفقة استحقتها الزوجة لها ولأولادها بالتراضي أو بالتقاضي ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة، فالنفقة على الزوجة واجبة بتوفر عقد صحيح حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة كما اشرنا إلى ذلك، ولا بد أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة لتحقيق أغراض الزواج، وإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة وذلك ما يظهر في الزوجات الآتية:

- المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناءا على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقة لهما لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح وكذا انعدام الاحتباس المشروع 1.
- الزوجة المريضة قبل أن تزف ولم يدخل بها، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية.
- الزوجة الناشز وهي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، وبالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج. وعلى العموم فإن سقوط النفقة على الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد تقدير القاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقرير النشوز من عدمه، وبعد تبليغها بالحكم النهائي القاضي برجوعها لبيت الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم.

[1]الدكتور بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانةن الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 177 و 178 .

[2]المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشحصية ، قرار صادر بتاريخ 1986/04/21 ، ملف رقم40428 ، المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الثاني ، ص69.

كل هذا بالنسبة لنفقة الزوجة أما نفقة الأولاد والأقارب، فكافة الأحكام السابقة في تقدير النفقة من طرف القاضي للزوجة تنطبق على الأولاد إلا بعض الاستثناءات وبعض الأحكام التي خص بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الأولاد والأقارب بحيث نص في المادة 75 من قانون الأسرة أنه:

" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

أما المادة 76 منه فقد نصت على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ". ومنه نتوصل إلى النتائج التالية:

1- أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام، ولا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد ما يمكن أن ينفق منه على نفسه، وذلك بغض النظر عن كون الولد موسرا أو معسرا، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 والذي جاء فيه :"... النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون ...[1] .
2- إن مدة وجوب النفقة للأبناء على الآباء مدة مؤقتة أحيانا ومستمرة أحيانا أخرى، فهي تنتهي بالنسبة إلى الولد الذكر السليم عند بلوغه سن الرشد المدني وهو سن 19سنة، وتنتهي بالنسبة للفتاة السليمة عند زواجها ودخولها إلى بيت زوجها، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه :"أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل لبيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة"[2].

[1] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشحصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/03/16 ، ملف رقم 216886 ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، العدد الثاني ، ص203.

[2] المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشحصية ، قرار صادر بتاريخ 1999/02/16 ، ملف رقم 21736 ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، العدد الثاني ، ص206.

أما إذا تعلق أمر وجوب النفقة بولد أو فتاة ممن أعجزهم المرض العقلي أو البدني عن الكسب أو كانوا ممن يزالون التعليم والدراسة، فإن وجوب النفقة على الأب يبقى مستمرا ولا يسقط هذا الواجب على الأب إلا بشفاء المريض، وانقطاع الطالب عن طلب العلم أو باستغناء أي منهم عن النفقة بالكسب الحلال وبالوسائل المشروعة، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/02/17 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا بأنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى تبث– في قضية الحال– أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون"[1].

إن مبدأ وجوب نفقة الأبناء على الآباء يستلزم بالضرورة أن يكون الأب موسرا وقادرا على الكسب، والابن فقير وعاجز على الكسب أيضا، أما إذا أصبح الأب فقيرا وعاجزا عن الكسب وتوفير المال اللازم بالإنفاق على نفسه وعلى زوجته وأولاده فإن واجب الإنفاق على الولد الصغير الذي ليس له مال ينتقل من على كاهل الأب إلى كاهل الأم، وتصبح هي الملزمة بالإنفاق على أولادها سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة، ولكن هذا الواجب لا ينتقل إلى الأم إلا إذا كانت ذات مال وذات مدخول.

ويتضح مما تقدم أن للقاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية دورا مهما وحساسا في تقرير وتقدير قيمة النفقة للزوجة والأولاد، وأن مجالها واسع خاصة في البحث عن قدرة الزوج وظروف وحالة الطرفين والبيئة التي يعيشون فيها وتغير ظروف المعيشة وغلاء الأسعار وانخفاضها، كل هذا يفرض على القاضي المختص أن يكون باحثا اجتماعيا واقتصاديا يعلم بكل التغيرات الواقعة بالإضافة إلى احترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة من خلال المواد 74 إلى 80 وكذا أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة حتى يستطيع الوصول إلى قرار سديد وعادل لا يظلم فيه أحد.

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشحصية ، قرار صادر بتاريخ 1988/02/17 ، ملف رقم 179126 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال ا لشخصية لسنة2001 ، ص198.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا أن تقدير النفقة يكون بنفقة شهرية بكل مشملاتها بدون تفصيل مراعيا في ذلك الكفاية في الطعام والكسوة وكل ما هو من الضروريات حسب حالة كل من الزوجين، كما أنها اعتبرت –المحكمة العليا– أن تقدير النفقة يعد مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

المطلب الثاني : دور القاضي في إجراءات سير الدعوى لاداء النفقة الزوجية

الفرع الاول :الإجراءات المتبعة :

في هذا الإطار وحتى يكون الشخص المدين محل متابعة قضائية يجب صدور حكم قضائي يقضي بأداء النفقة المستحقة ومصطلح الحكم هنا يأخذ مفهوما واسعا إذ يمكن أن يكون حكما صادرا عن المحكمة الابتدائية أو قرار صادر عن مجلي قضائي أو أمر صادر عن رئيس المحكمة أو رئيس قسم شؤون الأسرة ، كما قد يكون حكما صادرا عن جهة قضائية أجنبية ، وهنا يتوجب أن يكون ممهورا بالصيغة التنفيذية [1] .

ويعتبر الإعسار هو السبب الوحيد الذي يمكن قبوله فعلا كمبرر لعدم تسديد النفقة المحكوم بها ، كما لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال ، وحسب المادة 331 من قانون العقوبات أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت المتهم عكس ذلك فسوء النية مفترض فلا يقع على عاتق النيابة العامة إثبات توافر سوء النية إنما يتعين على المتهم إثبات انه حسن النية .

تطبيقا لأحكام المادة 337 من قانون الإجراءات الجزائية أصبح بإمكان المحكوم له بالنفقة أو حاضن المحكوم له بالنفقة تقديم شكوى عن طريق الاستدعاء المباشر مرفقة بالوثائق التالية :

- **حكم قاضي بالنفقة .**
- **محضر إلزام بالدفع .**
- **محضر يحرره المحضر القضائي يثبت امتناع المدين عن دفع مبلغ النفقة ،**

يحدد وكيل الجمهورية تاريخ الجلسة إذ لا يتعدى 8 أيام ويستدعي المتهم لهذه الجلسة ، وبتاريخها المحدد يقع مايلي : في حالة حضور المتهم ودفعه بأنه دفع النفقة المحكوم بها كاملا او جزءا منها وأنكر الدائن قبضه لهذا المبلغ ، يوجه رئيس الجلسة الطرفين لمحضر قضائي من اجل إجراء محاسبة بين الطرفين لمعرفة المبلغ الحقيقي للنفقة المتبقي أو غير المدفوع ، وان كان المتهم قد دفع كل النفقة المحكوم بها عليه تؤجل المحكمة الدعوى وتحدد له أجل آخر من اجل تسوية وضعيته مع العلم ان تسوية الوضعية لا اثر لها على معاقبة المتهم من جنحة عدم تسديد النفقة .

وفي حالة عدم حضور المتهم تقضي المحكمة في غالب الأحيان بحكم غيابي بإدانة المتهم مع الأمر بالقبض بالإضافة إلى مبلغ مالي للضحية يمثل مبلغ النفقة والتعويض ، وبعد تبليغ المتهم بالحكم الغيابي يتم عليه تنفيذا للأمر بالقبض وتحدد له جلسة للمحاكمة من جديد وهو رهن الحبس الاحتياطي ، وهنا ينظر القاضي في حيثيات ملف الدعوى هل دفع النفقة كليا أم جزئيا أم لم يدفعها إطلاقا .

الفرع الثاني : دور صندوق النفقة

وفي حالة إعسار الزوج المعسر الملزم بالنفقة وعدم وجود له دخل وإما لعدم وجود أموال ظاهرة للحجز عليها أو إما لعدم معرفة مكانه ، تبقى المرأة الممارسة للحضانة بدون نفقة أو للطفل المحضون لممارسة الحضانة عليه مما يدفعها ذلك للجوء إلى الخروج للعمل ، فقد تتعرض للتحرش لكي تعيل أطفالها القصر باعتبارها الحاضنة المسؤولة عنهم ، مما دفع المشرع الجزائري باستحداث نظام جديد لحماية مصلحة الطفل المحضون والمرأة الحاضنة بإصدار قانون خاص يعالج هذه الإشكالية هو قانون صندوق النفقة رقم 01/15 [1]، وبموجب هذا القانون أنشيء صندوق النفقة المحكوم بها وفقا لقانون الأسرة لصالح الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين ويستفيد من المبلغ الذي يدفعه الصندوق للطفل المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة .

ويتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو للحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن دفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته ويثبت تعذر التنفيذ بمحضر يحرره المحضر القضائي [2] .

يقدم طلب الاستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا مرفقا بملف تحدد بقرار مشترك بين وزير العدل وحافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني ويبت فيه القاضي بأمر ولائي في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تلقيه الطلب .

[1] الدكتور عبد الرؤوف ديابي ، مجلة الفكر ، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الاسر ، عدد 14.

[2] بوقندورة سليمان ، الروائع الفقهية في الاحوال الشخصية ، شرح قانون الاسرة ، الباب الاول ، الزواج وانحلاله مدعم باجتهادت المحكمة العليا ، الالمعية للنشر والتوزيع ، ص395 .

ويبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولاية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني في أجل أقصا ثمانية وأربعون (48) ساعة من تاريخ صدوره ، تتولى هذه المصالح الأمر بصرف المستحقات المالية في أجل أقصاه خمسة وعشرون 25 يوما من تاريخ تبليغ الأمر ، وتستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا الى حين سقوط حقه في الاستفادة منها ، ونفس الشيء اذا توقف المدين بالنفقة بموجب محضر معاينة ح محضر قضائي وذلك بناء على أمر ولائي صادر عن قسم شؤون الأسرة .

الميحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في تحديد العقوبات والجزاءات المقررة لعدم تسديد النفقة الزوجية :

والعقوبة جزاء يحدده المشرع ويوقعه قاضي الحكم على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب الفعل المجرم، وبالتالي فهي تهدف إلى إيلام الجاني والإنقاص من كل أو بعض حقوقه [1].

ويشترط في الحكم الذي يقضي بالنفقة للاعتداء يه ما يلي :

_ ان يكون قابلا للتنفيذ أي حائز لقوة الشيء المفضي فيه ولا يقبل أي طعن من طرق الطعن العادية وإذا كان غير نهائي يجب أن يعجل النفاذ بقوة القانون رغم المعارضة والاستئناف ، ونجد الأوامر القضائية المتعلقة بالنفقة والمشمولة بالنفاذ المعجل أساسها القانوني في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة نظرا لما يتميز به هذا الحق من طابع استعجالي خاصة خلال سير دعوى الطلاق ,

المطلب الأول : العقوبات الأصلية :

ويعاقب على جنحة عدم تسديد النفقة بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج الى 300.000 دج، كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته ، ويجوز علاوة على ذلك الحكم عل المتهم بالحرمان من الحقوق الواردةَ 14 من قانون العقوبات وذلك من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر ، وتجدر الإشارة انه حكم القاضي على المتهم بعقوبة جزائية لارتكابه جنحة تتعلق بعدم تسديد النفقه فلا يجوز له الحكم للضحية بمبلغ النفقة الغير مسددة لأنها دين سابق على جنحة ذلك أن المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية تشترط أن تستند

الضحية في طلب التعويض إلى ضرر مباشر تسبب عن الجريمة غير انه يستطيع الحكم نتيجة الضرر الحاصل من الجريمة .

يظهر جليا من خلال المادة 331 من قانون العقوبات أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو يلوك سلبي يتحقق في امتناعه عن دفع مبلغ النفقة المحكوم بها عليه لمدة تتجاوز شهرين.

قد أوجب المشرع الجزائري أن يتم الوفاء بكامل قيمة النفقة المحكوم بها ، فالوفاء الجزائي لا يعتد به ، ولا ينفي وقوع الجريمة .

من هنا يتضح ان العقوبات الأصلية المقررة قانونا في جريمة الامتناع عن تسديد النفقة تنقسم إلى عقوبات سالبة للحرية ، يتم من خلالها حرمان المحكوم في حقه في الحريات وذلك بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات ، إضافة إلى غرامة مالية على شكل غرامات تتراوح ما بين 50.000 دينار جزائري إلى 300.000 دينار جزائري ، وما يميز هذا النوع من العقوبات أنها وجوبيه بالنسبة للقاضي [1] .

[1] القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 ينابر 2015 ، المتضمن انشاء صندوق النفقة ، الجريدة الرسمية العدد 7 الصادر في 7 يناير 2015.

المطلب الثاني : العقوبـات التكميليـة

بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة ، حددتها المادة 332

من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على ما يلي : " ويجوز الحكم علاوة على ذلك ، على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330، 298، 331 بالحرمات من الحقوق الواردة في المادة 4 من هذا القانون ، من سنة على الأقل إلى (5) سنوات على الأكثر.

وبالرجوع لنص المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص على ما يلي :" يجوز للمحكمة على قضائها في جنحة ، وفي الحالات التي يحددها القانون تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوظيفية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة تزيد عن 5 سنوات " .

وبالرجوع للمادة 9 مكرر نجدها تنص على مايلي :" يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية :

_ العزل او الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة .

_ الحرمان من حقوق الانتخاب والترشح ، ومن حمل أي وسام .

_ عدم الأهلية ، لان يكون مساعدا محلفا ، خبيرا او شاهد على أي عقد أو شاهدا أمام القضاء الأعلى ، إلا على سبيل الاستدلال .

_ الحرمان من حمل الأسلحة ، والتدريس وفي إدارة مدرسة ، وخدمة مؤسسة ، التعليم بصفة أستاذا أو مدرسا أو مراقبا .

_ عدم الأهلية أن يكون وصيا أو قيما .

_ سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها .

خـــاتمـة

بعدما رأينا أهم المسائل المتعلقة بالحضانة والنفقة في القانون الجزائري، و آثارهما و الدعاوى المتعلقة بها، وجدنا أن هذه ا لهما أهمية كبيرة في رعاية الطفل والنفقة عليه و حماية الأسرة، فهي تعتبر من أعقد المسائل بالنظر إلى حساسية الموضوع الذي تعالجه و هو مصير الطفل بعد انفصال أبويه، و لأن الأبناء هم مشعل الوطن و مستقبل الغد،و الحضانة هي من المواضيع الدقيقة أيضا، و تقوم على معيار أساسي و هو مصلحة

المحضون، و هو المصطلح الذي ذكره المشرع في مواد عديدة في القانون، تاركا تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، الذي هو يبحث عن مصلحة المحضون من جهة، ومن جهة أخرى عليه أن يسند الحضانة للأحق بها، إلا أنه نظرا لتفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع، أصبحت قضايا الطفل والنفقة عليه كثيرة، مما يجعل القاضي لا يعطي للملفات المعروضة في من هو الأصلح للحضانة وتقدير قيمة النفقة للزوجة المطلقة لكي تعيل أبناءها الذين هم في رعايتها والمحكوم في حقها من طرف القاضي إسناد الحضانة إليها

هذا ما قد يؤثر على مصلحة المحضون.

و نظرا لأهمية الطفل و الطفولة، فنجد في البلدان الغربية جمعيات متخصصة يمكن لها أن تنتزع الطفل من والديه، ووضعه في دور الحضانة، أذا رأت أنه لا يعامل معاملة حسنة، وبما أن الجزائر لا تملك مثل هذه الجمعيات فلابد من دعم القضاة حتى يسهروا على حماية مصلحة المحضون، كأن يوضع تحت تصرفهم أخصائيين نفسانيين و اجتماعيين حتى يساعدوهم في المسائل التي تصعب عليهم معرفة ما بأنفسهم.

و قد جاء ق.ا ج الصادر سنة 1984 بعدة أحكام تنظم الحضانة، إلا أنها كانت تحتوي على الكثير من الثغرات، خاصة عند تطبيق القضائي فكثيرا ما يجد القاضي نفسه أمام وضعيات لا يوجد لها حل في القانون فجاء تعديل ق.أ بموجب الأمر02 فبراير 2005 ، و أعطى حلول جديدة، و سد بعض الثغرات، كنصه على أن عمل المرأة لا يكون سببا لسقوط الحضانة عنها، كما أنه عدل في ترتيب مستحقي الحضانة، حيث جعل الأب ترتيبه ثانيا مباشرة بعد الأم، و من جهة أخرى أقر نص بتوفير السكن كممارسة الحضانة أو دفعه بدل الإيجار.

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري تعريف الحضانة، أنه ركز على أهدافها من

خلال المادة 62 من ق.ا، و منه يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريف الحضانة وهي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

كما أنه يلاحظ في نفس المادة أنها لم تذكر بصفة دقيقة شروط الحضانة واكتفت بعبارة:

"وان يكون أهلا للقيام بذلك "و معرفة هذه الشروط من شأنها أن توضح أكثر عبارة مصلحة المحضون.

أيضا نلاحظ أن المشرع في المادة 64 ، تحدث عن الأقربون درجة دون أن يحدد من هم الأقربون درجة، وترك أشخاص عديدة في نفس المرتبة لاستحقاق الحضانة، و هذا ما يشكل صعوبة للقاضي في إسناد الحضانة.

كما أن المشرع لم يحدد لنا أوقات زيارة و الحالات التي يمكن سقوطها، كما نلاحظ أن المشرع جعل طلب تمديد حضانة الذكر على الأم فقط بحيث لا يمكن لأحد غير طلب تمديد الحضانة إذا كان الحاضن هو شخصا غير الأم حتى لو كانت مصلحة المحضون تقتضي غير ذلك ، لذا نرى أن يجب على المشرع أن يتدخل ليعدل في القانون مرة أخرى حتى يتدارك النقائص الموجودة في التشريع، وحتى نضمن حماية أكبر للأطفال المحضونين.

الإجابة عن الإشكاليات المطروحة في مقدمة بحثنا ، و وصلنا إلى جملة من النتائج تتمثل في النقاط التالية:

-المصادر التي يستمد منها القاضي سلطته التقديرية فهي جاءت بالتدريج في نص المادة الأولى من ق. م. ج . وهي تتجلى في مصادر رئيسية وأخرى احتياطية . .وكذلك نص المادة 222من ق.أ.ج -السلطة التقديرية هي ملازمة للولاية القضائية ويجب إخضاعها إلى جملة من الضوابط التي تحكم العمل القضائي بشكل عام والتي ينبغي على القاضي أن يلتزم بها عند استخدامه لهذه السلطة.

-نجد أن المشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقديره لمسألة النفقة وذلك بحسب اجتهاده إذ لا نجد تقدير للنفقة من جهة المشرع ، بشرط مراعاة حال الطرفين يسار وإعسار. خاصة في إعسار -كما يجب على المشرع إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص القانوني إلى مذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي ، و ذلك حتى لا تتضارب الأحكام القضائية.

-السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون نتيجة سكوت المشرع في بعض المسائل ، و يُفهم من سكوته أنه ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي وذلك تبعا لمتغيرات أحوال الناس وظروف عيشهم .

الاقتراحـات والتوصيــات :

ارتأينا إلى إدراج بعض الاقتراحات التي نأمل أن تساهم بالارتقاء النصوص القانونية والأحكام القضائية

1_ إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة ورفع اللبس الوارد فيها بتحديد وحصر الشروط اللازمة إلى الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا لإسناد الحضانة له

2_ وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة والمسائل المتعلقة بها من حيث مكان الزيارة ومدتها باعتبارها حق من حقوق المحضون.

3_ تعديل نص المادة 331 من قانون العقوبات فقرة 3 منها، وذلك بإنقاص المدة المقدرة بشهرين، وذلك لأن مدة شهرين هي مدة طويلة وكافية لهلاك الرضيع

4_ ضرورة إعادة صياغة بعض النصوص العقابية، وفقا لما سبق بيانه في هذه الدراسة

5_ إدخال عقوبات جديد تتناسب وطبيعة الجرائم الأسرية، خاصة التي تكون عقوباتها السالبة اللحرية قصير المدة.

6_ ضرورة عقد مؤتمرات وملتقيات علمية من أجل التعمق أكثر في دراسة موضوع الأسرة والجريمة التي يتعرض لها الطفل المحضون .

7_ ضرورة تقدير النفقة الزوجية بشكل لا يضر به خاصة في حالة إعساره وتمكينه من فرص بديله لتبديدها من غير صندوق النفقة .

8 _ تحديد حد متفق عليه ومضبوط لقيمة النفقة المفروضة على الزوج لزوجته في جميع مناطق الوطن .

9_ جعل النفقة الزوجية مناصفة بين الرجل والمرأة في حالة المرأة العاملة وإعسار الزوج .

10_ إضافة مواد في مسائل النفقة لاسيما في على حالة عجز كل من الأب والأم عن الإنفاق مثل صندوق النفقة في حالة اعسار الزوج ,

الملاحق

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولا : قائمــة المصــادر :

أ / القران الكريم

سورة البقرة : الآية 227

ب / السنة النبوية الشريفة

ج / القواميس والمعاجم :

_مجد الدين الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط1 ، دار الحديث، مصر، 2008

ثانيا : قائمــة المراجــع :

أ / الكتــب :

_عبد الله عبد العزيز العنقري: " الروض المربع"،ج2،مطبعة الرياض، السعودية.

_محمد عليوي ناصر:" الحضانة بين الشريعة والقانون" ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الادرن 2010.

_احمد الدريدي:"الشرح الصغير، ج1، دار المعارف ، مصر .

_ابوبكر مسعود الكساني ، بدائع الصنائع في الشرائع ، ج4 ، 1986 ، بيروت،لبنان,

-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة ، الخطبة ، الطلاق ، الميراث ، الوصية) ، ج1(الزواج والطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر.

-باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة ، عدة ، حضانة ، متاع)، دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى ، عين مليلة ،الجزائر 2008.

-سعيد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) ، ط4 ، الهومة 2011,

-سعد عبد العزيز،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري(مدعم الإجتهادات القضائية)،الجزائر،ط3،سنة 1996،دار هومة ،الجزائر .

-أحمد نصري الجندي،نفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، مصر ،2006 ,

-التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالادلة ،الجزائر،دار الوعي،ط2،سنة 2001,

-شامي احمد ،قانون الاسرة الجزائري ،طبقا لاحداث التعديلات،دراسة مقارنة ،دراسة فقهية نقدية مقارنة ,

-سعد عبد العزيز،الجرائم الواقعة على نظام الاسرة ،

-سليمان دعيج بوسعيد، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقانون البحريني "دراسة مقارنة "الشهاب ،مجلد 6 ،عدد 3 .

-محمد سمارة "احكام وآثار الزوجية "،شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1،سنة 2002.

-فراد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ،دار المشرق ،ط12،بيروت ،لبنان ،سنة 1971.

-باديس ديابي ،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،دار الهدى للطباعة والنشر ،عين مليلة ، الجزائر .

-محفوظ بن الصغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ، المعدل بالامر رقم 02/05 دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012.

_أحسن بوسقيعة ، الوجيز فيي القانون الجنائي الخاص ،الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال ،ج1،دار هومة ، الجزائر ، سنة 2003.

-أحمد محمد المومني ،إسماعيل أمين نواهضة ، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ وتفريق والخلع ،ط1، دار السيرة ، عمان ، الأردن ،2009 .

-بوقندورة سليمان ، الروائع الفقهية في الأحوال ، شرح قانون الأسرة ، الباب الأول ، الزواج وانحلاله (مدعم بإجتهادات المحكمة العليا) ، الألمعية للنشر والتوزيع .

ب/الرسائل والمذكرات الجامعية :

1_ أطروحات الدكتوراه :

° حسين بن علي ، جرائم الامتناع في القانون الجزائري ،أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باتنة 1،2015 -20016 ,

°

2_ المذكرات ماجستير :

° إيمان معمري ،ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، 2014-2015.

° عائدة البرماني بن غربال ، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض مسائل الاسرة (تونس مثلا) رسالة ماجستير ، حقوق الطفل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجامعة اللبنانية ، 2006.

3_ المذكرات ماستر :

° وحناف صبرينة وبوطا رجاء ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، 2017-1018.

° عمر دربالي ، رضوان قسمية ، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر ، فرع حقوق ، تخصص قانون أسرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، سنة 2021.

° بلقاسم صونية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية " الآثار المالية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية قانون الاسرة الجزائر"

°جامعة آكلي محمد بلحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، الجزائر ، 2012-2013 .

ج/ المجلات :

° حسينة شرون ، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل أي حاضنة ، مخبر آثار الإجتهاد القضائي على حركة التشريع ، مجلة الإجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 04 ، سنة 2010.

° العايب نصر الدين ، الجرائم المتعلقة بالإعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري ، مجلة الفقه والقانون ، سنة 2013.

° الدكتور عبد الرؤوف دبابي ، مجلة فكر، صندوق النفقة وعلاقته بالإستقرار الأسري،عدد 14 .

د/ النصوص القانونية :

- المادة 62_ من الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، عدد 15.
- قانون مدني ، الصادر بموجب الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1978 رقم 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 .
- تنص المادة 87 من قانون الاسرة الجزائري قبل التعديل :" يكون الأب وليا على أولاده القصر بعد وفاته احل الأم محله قانونا ".
- نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنه :"على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".
- المادة 69 من قانون الاسرة الجزائري .
- المادة 329 مكرر من الأمر 06-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم تنص على أنه :" لا يمكن مباشرة العوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناء على شكوى الضحية ، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية ".

- **المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري .**
- **المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري .**
- **القانون رقم 15 -01 المؤرخ في 04 يناير 2015 ، المتضمن غنشاء صندوق النفقة ، الجريدة الرسمية ، العدد 7 الصادر في 7 يناير 2015 .**

هـ/ الاجتهادات القضائية :

- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 03/17/ 1998 ، ملف رقم 179471 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 04/30/ 1990 ، ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأسرة والمواريث ، قرار صادر بتاريخ 10/11/ 2012 ، ملف رقم 699801 ، غير منشور .**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 01/23/ 2001 ، ملف رقم 258479، المجلة القضائية .عدد 2 .**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 12/15/ 1998 ، ملف رقم 214290 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 04/16/ 1990 ، ملف رقم 59784 ، المجلة القضائية ، عدد الرابع ، لسنة 1991.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 2006/01/04 ، ملف رقم 350942 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول لسنة 2006.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 05/09/ 2013 ، ملف رقم 722681 ، غير منشور.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 2009/07/08 ، ملف رقم 505325 ، غير منشور .**

- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 12/15/ 1989 ، ملف رقم 202430 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 09/30/ 1997 ، ملف رقم 171684 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 07/09/ 1989 ، ملف رقم 33921 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع ,لسنة 1989.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 03/13/ 1989 ، ملف رقم 52221 ، المجلة القضائية ، العدد الاول ، سنة 1993.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 05/05/ 1986 ، ملف رقم 404438 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني، لسنة 1989.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 02/25/ 1990 ، ملف رقم 201336 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 07/21/ 1998 ، ملف رقم 201396 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 06/23/ 1990 ، ملف رقم 91671 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد الثاني ، لسنة 1994.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 01/02/ 1989 ، ملف رقم 52207 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد الثالث ، لسنة 1991.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 09/22/ 1986 ، ملف رقم 3594 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد الرابع ، لسنة 1992.**

- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 04/23/ 1996 ، ملف رقم 136604، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة 1992.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 04/21/ 1986 ، ملف رقم 40428 ، االمجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة 1997.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 03/16/ 1989 ، ملف رقم 216886، المجلة القضائية ،العدد الثاني ، لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 02/16/ 1999 ، ملف رقم 21736 ، المجلة القضائية، العدد الثاني ، لسنة 2001.**
- **المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بناريخ 02/17/ 1998 ، ملف رقم 179126 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001.**

الفهرس

الفهرس

الاهداء

الشكر واالعرفان

مقدمة

الفصل الأول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الحضانة

المبحث الأول : مفهوم الحضانة وشروط ممارستها

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة

المبحث الثاني : مجال تدخل قاضي شؤون الاسرة في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة للمحضون

المطلب الأول : دور القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

المطلب الثاني : دور القاضي في تنظيم حق الزيارة للمحضون

الميحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في مراعاة مصلحة المحضون والإشكالات المتعرض إليها

المطلب الأول : دور القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في طل قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني : إشكالات سلطة قاضي شؤون الأسرة المتعرض إليها في مسالة المحضون

الفصل الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النفقة

المبحث الاول : مفهوم النفقة وشروط إستحقاقها

المطلب الاول : تعريف النفقة

المطلب الثاني : شروط استحقاق النفقة الزوجية .

المبحث الثاني : سلطة قاضي شؤون الأسرة في إجراءات سير التقاضي لأداء النفقة الزوجية

المطلب الأول : دور القاضي في تحديد مقدار النفقة الزوجية

المطلب الثاني : دور القاضي في سير الدعوى لأداء النفقة الزوجية

المبحث الثالث : سلطة قاضي شؤون الأسرة في تحديد العقوبات والجزاءات المقررة عن عدم تسديد النفقة الزوجية

االمطلب الاول : العقوبات الأصلية

المطلب الثاني : العقوبات التكميلية

خاتمة

ملحق

المراجع والمصادر

الفهرس

الملاحق

خلاصة

ملخـص الفصـل الأول والثانــي بالعربيــة :

لقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، فقد وسع قانون الأسرة الجزائري من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن، وهذا باستعمال سلطته التقديرية بالبحث عن العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالحها.

إن القاضي يلعب دورا كبيرا في المحافظة على الأسرة والنظام الاجتماعي بوجه خاص، لا سيما وأن الأسرة هي اللبنة الأولى في تكوين المجتمع، فالأسرة الصالحة تعني المجتمع الصالح، وبذلك فإن أي مطالبة بأي أمن سياسي أو اقتصادي لا يمكن إن يكون إلا بموازاة تحقيق الأمن الاجتماعي كما الشريعة الإسلامية قد أوجبت على القاضي الكثير من الأعمال، وفوضته في الكثير من الأمور بالاجتهاد لاستنباط حكم الشرع وكذلك المشرع الجزائري من خلال المادة 222 ق.أ.ج ؛ فقد اشترط الشارع فيمن يتولى منصب القضاء شروطا متعددة لضمان عدم وقوعه في الحيف والجور، ثم أعانه على عمله بان شرع له منارات يستهدي بها خلال عمله وحكمه، ووضع له ضوابط حظر عليه تجاوزها أو تعديها أثناء استخدامه لتقديره الذهني في القضاء ، وهذا النشاط الذهبي الذي يقوم به القاضي في تحديده لنوع الدعوى واختباره للحكم المناسب لها وتنفيذه للحكم هو ما يدعى بالسلطة التقديرية للقاضي، وهي ملازمة للسلطة القضائية، إذ حيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية؛ إذ لا يقام قضاء من دون قاض.

نص المشرع، من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، على حماية حقوق الطفل، وضرورة مواجهة المشاكل.

وبالنسبة لممارسة الحضانة، فقد بدأت تستوفي مجموعة من الشروط في الحاضنة، ولأن الأم أكثر تعاطفًا ومودة تجاه أطفالها، فقد أعطت الأولوية على الآخرين في استحقاق الحضانة، وعملها لا يشكل عقبة أمام ممارستها،

للحضانة آثار عديدة مثل السكن والإعالة والحق في الزيارة إلا أن التنازل عن الحضانة قد يسبب العديد من المشاكل التي تؤدي إلى رفع دعوى قضائية، مثل الدعوى المدنية، وأهمية وحساسية موضوع الحضانة، فهو من أهم القضايا القانونية، ومدى أهميته في التشريع، لأنه يقوم على رعاية الطفل، وتربيته، وتعليمه، والحفاظ عليه كرجل غدًا ، مُنح القاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق تحكمها السيطرة على المصلحة، لذلك كان للمحكمة العليا دور فعال في حل معظم المشاكل القضائية التي تمس هذه المصلحة، وذلك نتيجة حسن تطبيق النصوص القانونية التي تحمي الطفل المحضون

أما بالنسبة للسلطة التقديرية لقاضي شؤوون الأسرة في تقدير النفقة الزوجية التي أمدها المشرع للقاضي في إعمال سلطته التقديرية في نص **المادة79**

من قانون الاسرة الجزائري و التي تقضي على أنه **يراعى في تقدير النفقة حال الطرفي و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.**

تعتبر السلطة التقديرية جوهر العمل القضائي وهي ملازمة له، يمارسها القاضي في كل مراحل الدعوى فهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون غير أنها تكون متميزة وحساسة في قانون الأسرة بحكم المسائل التي يتناولها خاصة في ممارسة الحضانة و تقدير حق النفقة مما يجعل دور القاضي إيجابيا وفعالا.

Résumé des chapitres premier et deuxième

La plupart des règles du droit de la famille étaient souples, laissant une place fertile a l'intervention du juge par son pouvoir d'appréciation selon chaque cas porté devant lui sa discrétion est de rechercher le traitement approprié pour chaque symptôme qui peut interférer avec la stabilité de la famille ou menacer ses intérêts.
Le juge joue un rôle majeur dans la préservation de l'ordre familial et social en particulier, d'autant plus que la famille est la première pierre angulaire de la formation de la société, la charia islamique a obligé le juge à faire beaucoup de travail, et l'a délégué dans des nombreuses matières à la diligence de dériver la règle de la charia ainsi que le législateur algérien à travers l'article 222 BC. UN J : le législateur a stipulé pour ceux qui assument le poste de magistrat plusieurs conditions pour s'assuré qu'il ne tombe pas dans l'injustice , puis l'a aidé dans son travail en lui fixant des balises pour qu'il soit guidé pendant son travail et son jugement , et établi pour lui des contrôles qui lui interdisaient de les transgresser en utilisant sa discrétion mentale dans le judiciaire , et cette activité en or qu'il exerce le juge l'utilise dans sa détermination du type d'affaire , son test de la décision appropriée pour celle-ci et son exécution du jugement , qui est ce qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire du juge , et il est inhérent a l'autorité judiciaire existe, il ya l'autorité discrétionnaire, cela ne se fait pas sans juge .
Le législateur a stipulé de l'article 62 à l'article 72 du code de la famille algérien, la protection des droits de l'enfant, le besoin d'affronter les problèmes .
Quant à la pratique de la garde elle a commencé à remplir un ensemble de conditions en couveuse, et parce que la mère est plus sympathique et affectueuse envers ses enfants, elle a donné la priorité aux autres dans le droit à la garde, et son travail ne constitue pas un obstacle à son exercice.
La garde a de nombreux effets tels que le logement , l'entretien et le droit de visite, mais la renonciation à la garde peut entrainer de nombreux problèmes qui conduisent à intenter une action en justice, comme une action en justice civil, et l'importance et la sensibilité du sujet de la garde, comme c'est l'une

des questions juridiques les plus importantes , et son importance dans législation, car elle repose sue la prise en charge de l'enfant , son éducation ,et sa préservation en tant qu'homme demain, le juge a accordé un large pouvoir discrétionnaire régi par la contrôle de l'intérêt , de sorte que la cour suprême a eu un rôle effectif dans la résolution de la plupart des problèmes judiciaires affectant cet intérêt , grâce à la bonne application des textes juridiques qui protègent l'enfant accueilli.

Quant au pouvoir discrétionnaire du juge aux affaires familiales dans l'estimation de la pension alimentaire conjugale qu'il a prévue de la loi algérienne ,le législateur habilite le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire dans le texte de l'article 79 sur la famille, qui stipule que dans l'estimation de la pension alimentaire, la condition des parties et les circonstances de la pension sont prises en compte, et son l'estimation n'est pas réexaminée avant l'expiration d'un an à compter de la décision , le pouvoir discrétionnaire est considéré comme l'essence du travail judiciaire et lui est exercé par le juge a toutes les étapes, le procès est de même nature dans toutes les branches du droit, mais il est distingué et sensible en droit de la famille de par les questions qu'il traite, notamment dans la pratique de la garde et de l'estimation du droit à la pension alimentaire , ce qu'il rend le rôle du juge est positif et efficace