

جامعة محمد خيضر - بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري

مذكرة مكملّة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصّص قانون الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ:
- عزالدين كيجل

إعداد الطالبة:
- فضيلة شاكر



مقدمة

مقدمة

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله رابطة مقدسة تقوم على المودة والتعاون والاحترام المتبادل بين الزوجين، وجعل رعاية الأطفال الناتجين عن هذه الرابطة من حق الوالدين يمارسانها جنباً إلى جنب وذلك باعتبار أن أسمى ألوان تربية الطفل تكون بين أحضان والديه إذ ينال من رعايتهما ما ينمي جسمه وعقله ويعدّه الإعداد الأمثل للحياة باعتبار أن الطفل في هذه المرحلة يكون عاجزاً عن القيام بشؤون نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه، إلا أنه قد يطرأ على الحياة ما يعكر صفوها فيتفرق الوالدان إما لوفاة أحدهما أو طلاق ونحوه فينشأ بسبب ذلك نزاع حول حضانة الطفل سواء بين الوالدين أو غيرهم من الأقارب ممن يستحق الحضانة ويصبح من الضروري هنا اللجوء لحل هذه النزاعات وقد حرص المشرع الجزائري على وضع أحكام لممارسة الحضانة وتنظيمها من خلال نصوص القانون ويكون ذلك بالمثل أمام القضاء.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء تثار عدة إشكالات تمس بمصلحة الطفل المحضون، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي له من خلال الدعاوي التي تعرض عليه وذلك باعتبار أن الحضانة تعد من المسائل الحساسة التي ينظر فيها القاضي، لذلك فهو مجبر أن يتعامل معها بكل دقة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها.

لذلك إرتأينا خلال مرحلة إعداد البحث الربط بين الجانب النظري، والجانب التطبيقي، من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا.

❖ أهمية الموضوع

يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع يتعين على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة وتوفير بيئة صحية ومناسبة له، وتعتبر العائلة البيئة المثالية لتنشئة الأطفال، غير أن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة كثيراً ما تنتهي بالطلاق مما يخلف تشتت العائلة، وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة أي الطفل قدراً من الحماية وتعتبر أحكام "الحضانة" الحل القانوني والسليم لذلك. إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري، والوقوف على الآليات القانونية لها.

❖ الإشكالية

ما مدى كفاية التشريع المتعلق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري بالمقارنة بما عليه الحال في الفقه الاسلامي؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات فرعية وهي:

- هل نجح المشرع الجزائري في معالجة المسائل المتعلقة بالحضانة؟
- ما الشروط الواجب توافرها في مستحقي الحضانة فقها وقانونا؟
- ما الإشكالات العلمية التي تعترض القضاة عند النظر في قضايا الحضانة؟
- ما مواطن الغموض في الأحكام القانونية للحضانة في التشريع الجزائري؟
- ما أبرز النزاعات التي تثار بشأن الحضانة؟ وهل وفق القانون والقضاء لإيجاد حلول لها؟

❖ أسباب اختيار الموضوع

إن أهم ما دفعني للبحث في هذا الموضوع هو:

- أهمية موضوع الحضانة وتأثيره المباشر على حياة الصغار، والحرص على أن يوفى كل طفل حقه في الرعاية والتربية بعيدا عن النزاعات التي تؤدي إلى اضطرابه نفسيا.
- إن انتشار ظاهرة الطلاق أدى إلى نزاعات كثيرة لأجل حضانة الأولاد، لذلك وجب وضع حلول للحد من النزاعات، وذلك بحسب ما يخدم مصلحة المحضون.

❖ أهداف الدراسة

1- إن المواضيع المتعلقة بالأسرة عموما لا يمكن أن تدرس بالاعتماد على القانون وحده، بل لابد من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظرا لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نص قانوني، ومن ثم فإنه من الأهمية بمكان أن نبين مواطن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

2- إن موضوع الحضانة من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة وأن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة الطفل المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث عن موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالحضانة.

3- البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والآليات القانونية التي وضعها المشرع لتوفير هذه الحماية.

4- بحث الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهمها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

5- الوقوف على مكانة موضوع النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري من الدراسات القانونية في مجال حماية الأسرة.

6- الوقوف على مدى الإنسجام بين قانون الأسرة وغيره من فروع القانون من جهة وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

❖ المنهج المتبع

من أجل توضيح أهمية الموضوع و تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، و لما كان نجاح موضوع البحث مرتبطاً بنجاح الباحث في اختيار المنهج المناسب لبحثه. وحيث أن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى مع وضعية الدراسة، ارتأيت اختيار المناهج التالية:

- 1- المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتماداً عند تحليل النصوص القانونية.
- 2- المنهج الوصفي وذلك بجمع النصوص القانونية والآراء الفقهية في هذا الموضوع.

❖ خطة الدراسة

بغرض الإجابة على الإشكالية المشار إليها، قمت بتقسيم دراستي إلى فصل تمهيدي وفصلين، الأول يتعلق بآثار الحضانة وإشكالاتها، والثاني بإجراءات الفصل في نزاعات الحضانة.

الفصل التمهيدي بعنوان "ماهية الحضانة"، قسمته إلى مبحثين، المبحث الأول يتناول مفهوم الحضانة. وقسم بدوره إلى مطلب أول فيه تعريف الحضانة، ومطلب ثاني أبين فيه مشروعية الحضانة ومدتها.

والمبحث الثاني يتعلق بشروط الحضانة وأصحاب الحق فيها، قسمته إلى مطلبين أولهما يبين شروط الحضانة أما الثاني فأبين من خلاله أصحاب الحق في الحضانة.

الفصل الأول بعنوان "آثار الحضانة وإشكالاتها"، قسمته إلى مبحثين. المبحث الأول

تطرق فيه إلى آثار الحضانة، وضحت في المطلب الأول نفقة المحضون وأجرة

الحاضنة، وفي المطلب الثاني السكن أو بدل الايجار، وفي المطلب الثالث حق الزيارة.

أما المبحث الثاني فخصصته للإشكالات المطروحة في مجال الحضانة، فتطرق في المطلب

الأول إلى حالة الزواج المختلط، وفي المطلب الثاني إلى مصلحة المحضون وفي المطلب

الثالث إلى مسؤولية الأبوين عن المحضون.

الفصل الثاني بعنوان " إجراءات الفصل في نزاعات الحضانة"، قسمته أيضا إلى

مبحثين، الأول تطرق فيه إلى دعاوى الحضانة، أبين من خلال المطلب الأول دعاوى اسناد

وتمديد الحضانة، وفي المطلب الثاني النزاعات المتعلقة بمدة الحضانة وسقوطها.

وفي المبحث الثاني الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة، قسمته إلى مطلب أول تطرقت

فيه إلى عدم دفع نفقة المحضون، وفي المطلب الثاني إلى الحماية الجنائية للمحضون، وأخيرا

أنهيت بحثي بخاتمة وأهم النتائج والمقترحات المتوصل إليها.

فصل تمهيدي:

ماهية الحضانة

المبحث الأول:

مفهوم الحضانة

المبحث الثاني:

شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها

فصل تمهيدي:

ماهية الحضانة

من آثار انحلال عقد الزواج هو الاطمئنان على الطفل بوضعه في يد شخص أمين قادر على رعايته والاهتمام بشؤونه، بحيث يكفل له هذا الشخص التربية الحسنة والبيئة المناسبة للتنشئة الخلقية السليمة. والحضانة هي من مظاهر العناية بالطفل. وعليه سوف نتناول في هذا الفصل التمهيدي:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

المبحث الثاني: شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها

المبحث الأول:

مفهوم الحضانة

نظمت الشريعة الإسلامية الحضانة وقررت لها العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود، كما حاول المشرع الجزائري تنظيم موضوع الحضانة سعياً منه إلى حماية الصغير من الضياع من خلال اسناد مهمة رعايته و القيام بشؤونه. وبناءً على ذلك سوف أتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الحضانة (مطلب أول)، ومشروعية الحضانة ومدتها (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

تعريف الحضانة

في هذا المطلب سوف أستعرض تعريف الحضانة لغة و في اصطلاح الفقهاء، و كذلك في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريفها لغة

الحضانة من كلمة حضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو في الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك للشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحضن الصبي يحضنه حضناً وحضانة جعله في حضنه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحاً

لقد اعتنى كل من رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية بالتعريف بالحضانة، ولقد جاءت تعريفاتهم مختلفة. وسنتطرق إلى ذلك في مايلي:

أولاً: الحضانة شرعاً

أورد فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعاريف، نذكر منها: أن الحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، أصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال. فإذا بلغ الطفل سنّاً معينة، كان الحق في تربيته للرجل

(1) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، المجلد التاسع، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، دون

لأنه أقدر على حمايته وصيانتته وتربيته من النساء.⁽¹⁾
ولقد عرفها فقهاء المالكية بأنها الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون، ومصالحه وهي فرض كفاية، ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة.⁽²⁾
أما بعض فقهاء الشافعية فيعرفونها بأنها، حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته، بما يصلحه ويقيه ما يضره.⁽³⁾

ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان: نوع مقدم فيه الأب وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع.⁽⁴⁾
أما الشيخ أبو زهرة، فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات:
الأولى ولاية التربية والثانية ولاية النفس والثالثة هي الولاية على المال، وأسرد قائلاً بأن الولاية الأولى فهي ولاية التربية والدور للنساء وهو ما يسمى بالحضانة.⁽⁵⁾
ثانياً: الحضانة قانوناً

لقد جاء تعريف الحضانة في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".⁽⁶⁾
فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي للحضانة، سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلاً من الصغير و الصغيرة.
وعرفت المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصلحه.
كما عرفت المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1446، ص 7295.

(2) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 357.

(3) سيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة نشر، ص 482.

(4) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، دون بلد نشر، دون سنة نشر، ص 123.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دون بلد نشر، دون سنة نشر، ص 474.

(6) المادة 62 من قانون الأسرة رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم وفقاً للأمر 05-02، المؤرخ في

27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 43 بتاريخ 22 يونيو 2005.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.⁽¹⁾

المطلب الثاني:

مشروعية الحضانة ومدتها

سنتناول في هذا المطلب الحكم الشرعي للحضانة والأدلة التي اعتمدها الفقهاء وكذا مدة الحضانة.

الفرع الأول: مشروعية الحضانة:

حكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك.

- ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾.⁽²⁾

- أما من السنة النبوية، فقد وردت عدة أحاديث نذكر منها:

روي عن ابن داود في سنده، حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تتكحي».⁽³⁾

وعن أبي هريرة أن امرأة قالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعتني وسقاني من بئر أبي عتبة، وفي رواية أخرى من يجافني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه وانطلقت به».⁽⁴⁾

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 21.

(2) سورة آل عمران، الآية 37.

(3) حسن بن عودة الحواشي، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، الجزء الخامس، دون دار نشر، بيروت، 2004، ص 414.

- أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، المجلد الثاني، دار الجيل، لبنان 1992، ص 292.

(4) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1997، ص 114.

الفرع الثاني: مدة الحضانة

لقد اختلف الفقهاء حول المدة في الحضانة وكذلك في مدة حضانة الأنثى عن الذكر، وسنبين ذلك فيما يلي:

في الفقه الإسلامي يميز فيما إذا كان المحضون ذكرا أم أنثى:

- فإذا كان المحضون ذكرا فإن الحضانة تبقى للأم أو لأي حاضنة أخرى حتى يبلغ⁽¹⁾، وأن الحضانة تكون للأب بعد بلوغه سن التمييز وبذلك قال فقهاء الحنفية، لأن الأب عندهم أقر على تعويد ابنه على طبائع الرجال.

أما بعد بلوغ الذكر فإنه يخير بين أبيه وأمه⁽²⁾، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية استدلالا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم.⁽³⁾

ولقد قدر الحنفية سن حضانة الغلام بـ 7 سنوات، أما أبو بكر الرازي فقدرها بـ 9 سنوات، أما المالكية فيرون أن الطفل يبقى عند أمه ومن يحل محلها حتى يبلغ ثم يذهب إلى أي يشاء.⁽⁴⁾

- أما إذا كان المحضون أنثى، فإن الحضانة تستمر إلى سن المراهقة، ولقد اختلف الفقهاء في تقدير السن، فمنهم من قدرها بـ 11 سنة وآخرون بـ 9 سنوات، أما المالكية فقالوا بأن حضانة الأنثى تستمر إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها، لأنها بعد الاستغناء عن خدمة الحاضنة تحتاج الأنثى لمن يعلمها آداب النساء، فتكون الحاضنة الأم حتى تبلغ ثم للأب⁽⁵⁾ ولا يلزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكن معه أو اللحاق به بغير حق.

- أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 65 منه على أن حضانة الذكر تنتقضي ببلوغه 10 سنوات والأنثى سن الزواج أي 19 سنة وفقا للمادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 387.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة في الفقه والمذاهب السيرة والمذهب الجعفري، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 184.

(3) جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما تشاء، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ».

(4) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر، 2000، ص 274.

(5) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 400.

كما أنه يمكن تمديد مدة الحضانة للولد إلى 16 سنة، كما يراعي القاضي في الحكم بانتهاء مدة الحضانة مصلحة المحضون.⁽¹⁾

المبحث الثاني:

شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها

إن تربية الطفل تتطلب عناية خاصة و يشترط في استحقاقها أمورا باجتماعها يمكن الوصول الى تلك التربية المنشودة وبفقدان أحدها يتطرق الخلل الى تربية الصغير. بحيث سأتناول في هذا المبحث شروط الحضانة (المطلب الأول) وأصحاب الحق في الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

شروط الحضانة

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الحاضنة أو الحاضن واكتفى بقوله في المادة 62 الفقرة الثانية: "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك..."، ويتضح من ذلك أنه ذكر الشروط العامة للحضانة، إلا أنه ومن الناحية الفقهية هناك شروط عامة في النساء والرجال (الفرع الأول) وشروط خاصة في النساء والرجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

وهي الشروط التي يجب ان تتوفر في النساء و الرجال على العموم و هي كالاتي:

- البلوغ: فلا حضانة للصغير و لو كان مميزا.
- العقل: لأنه لا حضانة لناقص الأهلية من مجنون أو معتوه، كما اشترط المالكية إضافة لذلك الرشد، فلا حضانة للسفيه.
- القدرة أو الاستطاعة: فلا حضانة للعاجز والكبير السن أو المريض.
- الأمانة على الأخلاق: فلا حضانة للفاسق كان رجلا أو امرأة.
- الإسلام: وهو ما اشترطه الشافعية والحنابلة، فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية له عليه. ولم يشترط الحنفية والمالكية هذا الشرط، وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري فقد قضت

(1) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 400.

المحكمة العليا: "أنه من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه..."⁽¹⁾

الفرع الثاني: الشروط الخاصة في الرجال والنساء

أولا: شروط خاصة بالرجال

وهي شروط تختص بالرجال و نوردها كالآتي:

- أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى.
- أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة أو أم، إذا لا قدرة ولا دراية للرجال على أحوال الأطفال.

ثانيا: شروط خاصة بالنساء

وهي شروط مخصوصة بالنساء و هي كالآتي:

- ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي أو بغريب غير محرم.
- أن تكون ذات رحم من الصغير كأمه وجدته وخالتها، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة.
- ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه.

المطلب الثاني:

أصحاب الحق في الحضانة

اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال فالنساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة، واتباعا لذلك رتبوا الحاضنات من النساء وجعلوا بعضهن مقدم على بعض حسب القرابة، ومن ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث.⁽²⁾

الفرع الأول: مستحقو الحضانة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقه الإسلامي على أن الأم أحق بالولد من غيرها، وعليه فلا يحق لأحد حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق⁽³⁾، ثم تأتي النسوة القربيات

⁽¹⁾ قرار رقم 5221 بتاريخ 13 / 03 / 1989، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1993، ص 48.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1997، ص 225.

⁽³⁾ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 225.

للأم، فإن لم توجد الأم تليها أمها، ثم انتقل الحضانة للأخوات ثم إلى بنات الأخوات الشقيقات والأخوات لأم.⁽¹⁾

وإذا لم يوجد من النساء حاضن انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصابة على حسب ترتيبهم في الإرث، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم وما نزل، وإذا انعدمت العصابات آل الحق الحضانة للمحارم ذوي الأرحام.⁽²⁾

الفرع الثاني: مستحقو الحضانة في القانون الجزائري

جاء القانون الجزائري على غرار أغلب القوانين العربية⁽³⁾ مسائرا للاتجاه الفقهي الذي يعتبر الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

- ولقد استقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على عدم الأخذ بتجزئة المحضونين بين الحاضنين، إلا بمبرر شرعي أو كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فلقد جاء في إحدى قراراتها:

* "إن القضاء برفض دعوى الطاعنة (الخالة) وإسناد حضانة البنيتين للأب نظرا لأن مصلحة المحضونتين توجد مع إختوهم المحضونين من طرف الأب بغرض جمع الشمل بين العائلة الواحدة، وأن الأب له حق حضانة أولاده طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة يعد تطبيقا صحيحا للقانون".⁽⁴⁾

* وجاء أيضا عن نفس المحكمة: "عن الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، بدعوى أن القرار المطعون فيه إذا قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإسناد حضانة الولد (ع) إلى أمه

(1) أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 220.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 268.

(3) تطرق القانون العراقي لحق الأم في الحضانة وقيده بمصلحة المحضون فجاءت المادة 01/57 من قانون الأحوال

الشخصية العراقي: "الأم أحق بحضانة الولد وترتيبه حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك".

انظر إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 سنة 1959 المعدل، وبه قال القانون المصري في المادة 205 والقانون التونسي في المادة 57 منه.

(4) قرار رقم 386406، المؤرخ في 2007/03/14، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

مع اسناد حضانة الأولاد الآخرين إلى الأب، مع أن الحضانة لا تجزأ طالما أن الأم أحق بحضانة الأولاد من الأب نظراً لتزايد حاجتهم إليها متى كان الأبوان متنازعين على الحق في الحضانة التي تكون وفق مصلحة المحضون، وهو ما يعيبه مما يستوجب نقضه. وحيث أنه من المقرر شرعاً أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق للمحضون من جهة، لذلك لا يتجزأ بين الأبوين ويراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ولما كان ذلك، كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائماً على أساس سليم وأسباب سانحة مادام مخالفاً لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة، وعليه فهذا الوجه على غير أساس يتعين معه نقض القرار⁽¹⁾.

- وإذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلاً لذلك، فلقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون دوت تحديدهم، ولا ذكر راتب استحقاقهم.

فعلى القاضي في غموض المادة السابقة الذكر، الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، على اختلاف مذاهبها وآرائها، ولكن القاضي سيراقي في ذلك مصلحة الطفل المحضون⁽²⁾.

(1) قرار رقم 275990، المؤرخ في 2002/07/31، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003، ص 300.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 229، بالتصرف.

الفصل الأول:

آثار الحضارة وإشكالاتها

المبحث الأول:

آثار الحضارة

المبحث الثاني:

الإشكالات المطروحة في مجال الحضارة

الفصل الأول:

آثار الحضانة وإشكالاتها

رتب المشرع الجزائري حقوق المحضون وكيفية ممارستها لكل من الزوجين المنفصلين، وهي نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده ورشد أركانه، فالحضانة تتطلب مجهودا كبيرا في تربية المحضون، فهي تتطلب النفقة لصالح المحضون، إضافة إلى عمل الحاضنة الشاق والمتعب الذي يأخذ منها مجهودا ماديا ومعنويا، فهي تحتاج بالمقابل إلى نفقة ومسكن بالإضافة إلى الإشكالات المطروحة في هذا المجال. ومن هنا سوف أستعرض هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: آثار الحضانة.

المبحث الثاني: الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة.

المبحث الأول:

آثار الحضانة

إن حضانة الطفل تستلزم توفير كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته وتنشئة قويمه، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، وتتجلى في نفقة المحضون وسكنه وكسوته، وعلاجه، والحق في الزيارة، وهذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا المبحث.

المطلب الأول:

نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

إن حق النفقة من أهم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل المحضون، فيها تصان حياته وتوفر له الحماية والرعاية اللازمة.⁽¹⁾

والنفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلى في الخير، وجمعها نفقات، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي في الأصل تكون من الأموال.⁽²⁾

والنفقة اصطلاحاً لفظ عام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة، والقانون لمّا عرف النفقة لم يحدد طبيعتها، وإنما جاء ببعض مشتملاتها وألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف وحسب العادة الجارية بين الناس.⁽³⁾

الفرع الأول: مشتملات النفقة

لقد تضمنت المادة 78 من قانون الأسرة عناصر نفقة المحضون، وهي:

الطعام و اللباس و العلاج والسكن أو أجرته، وكل ما يعتبر في العرف والعادة، وعليه تتمثل عناصر النفقة فيما يلي:

أولاً: الغذاء

وهو كل ما يقتات به المحضون من طعام وشراب، وكل ما يلزم لإشباع المحضون وفق ما هو متعارف عليه عادة.

(1) كمال لدرع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،

الجزء 39، رقم 1، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2004، ص 53.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 65.

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

ثانيا: اللباس أو الكسوة

وتتمثل في لباس الشتاء والصيف وتكون حسب الكفاية والعادة.

ثالثا: العلاج

علاج المحضون ضروري على والده في حال مرضه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، فلقد جاء في إحدى قراراتها: "تعتبر مصاريف علاج المحضون من مشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة إضافة إلى النفقة الغذائية، وما دام الأب هو المؤمن لدى صندوق الضمان الاجتماعي وهو الذي يتلقى التعويضات على العلاج فهو ملزم بالإففاق على ابنه المعوق".⁽¹⁾

غير أن هذا العلاج الذي يستحقه المحضون يكون في حدود قدرة الحاضن له دون أن يؤدي ذلك إلى إرهاقه وتكليفه بما لا طاقة له، ولقد جاء في قرار المحكمة العليا: "حيث أنه فعلا كان يمكن معالجة الابن المذكور داخل الوطن مجانا أو مقابل مصاريف معقولة، إلا أن المطعون ضدها لم تسع إلى ذلك وهي بذلك تحاول أن تكلفه بما لا طاقة له، وبالتالي فإن قضاة المجلس بمساييرتها لها وقضائهم بإلزام الطاعن بدفعه لها يكونون فعلا قد تجاوزوا سلطتهم، الأمر الذي يجعل هذا الوجه مؤسسا ويتعين الاستناد إليه".⁽²⁾

* إضافة لما سبق ذكره يعتبر الحق في الضمان الاجتماعي وفي المنح العائلية من مشتملات النفقة، إذ جاءت عدة تشريعات وطنية تؤكد على حق الأطفال في الضمان الاجتماعي⁽³⁾ على غرار اتفاقيات دولية كاتفاقية حقوق الطفل.⁽⁴⁾

(1) قرار رقم 404527 المؤرخ في 2007/10/10، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(2) قرار رقم 692938 المؤرخ في 2012/09/13، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(3) مثلا قانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق لـ 25 يونيو سنة 1983 المتعلق بالتأمينات

الاجتماعية، جريدة رسمية رقم 28 المؤرخة في 5 يونيو 1983.

وأیضا المرسوم التنفيذي رقم 326-94 المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1415 الموافق لـ 15 أكتوبر سنة 1994 والمتعلق

بتحديد مبلغ المنح العائلية، جريدة رسمية رقم 68 المؤرخة في 23 أكتوبر 1994.

(4) تنص المادة 26 من اتفاقية حقوق الطفل: "تعترف الدول الأطراف بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي بما في ذلك

التأمين الاجتماعي...".

المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة

على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/29، جريدة رسمية رقم 91،

المؤرخة في 1989/12/19، ص 2325.

وعليه مادامت المنح العائلية حق للمحضون فيحق للأب المطلقة مطالبة الأب بمنحة الطفل في حال ما إذا أسندت لها الحضانة، والوالد الذي يتقاضى هذه المنحة ملزم بدفعها للمحضون من غير حكم قضائي، ومن ثم فإن الحكم بالمنح العائلية تلقائي من طرف القاضي إضافة إلى النفقة.⁽¹⁾

كما أن المنحة العائلية حق للمحضون يقبضها من له الحق في الحضانة.⁽²⁾

الفرع الثاني: تقدير النفقة وشروط استحقاقها:

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون الحاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق، يقوم لمن كانت له حضانة الولد بالمطالبة بنفقة المحضون لارتباط النفقة بالحضانة، فكيف يمكن تقدير النفقة الواجبة على الحاضن له؟ وما هي شروط استحقاق هذه النفقة؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الفرع.

أولاً: تقدير النفقة

لقد نصت المادة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

ويظهر من هذه المادة أن النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. وكذلك أن تقدير النفقة يكون حسب حال الأب، فإن كان موسراً فرضت عليه نفقة الموسرين، وإذا كان معسراً تفرض عليه نفقة المعسرين، وإن كان متوسطاً يلزم بنفقة الوسط أي بحسب ما يناسبه من الأصح والأيسر في الدفع، فالعامل المحترف تقدر نفقته حسب عمله، والموظف بالشهر.⁽³⁾

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الخصوص: "أنه من المقرر فقها وقضاءً أن تقدير النفقة المستحقة يعتمد على حال الزوجين يُسرّاً أو عُسرّاً، ثم حال مستوى المعيشة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية".⁽⁴⁾

(1) قرار رقم 267158 المؤرخ في 2002/07/31، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، غير منشور.

(2) المجلة القضائية، العدد الأول، 2006، ص 485.

(3) عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 172.

(4) ملف رقم 446630، قرار بتاريخ 1987/04/09، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا،

العدد 03، 1990، ص 55.

ثانيا: شروط استحقاق النفقة

من المعلوم أن نفقة المحضون واجبة على أبيه ولا يشاركه فيها أحد، وإنفاق الشخص على جزئه فيه إنفاق على نفسه، كما أن الولد ينسب إلى أبيه ولا يشارك الأب أحد في نسب ولده إليه.⁽¹⁾

والأصل في وجوب نفقة الابن على أبيه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾⁽²⁾، إلا أن هذا الوجوب في الإنفاق لا يكون بصفة مطلقة، فهو مقيد بشروط لابد من توفرها حتى تكون هذه النفقة واجبة على الأب، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- احتياج المحضون

ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون المحضون طالب النفقة محتاجا لا مال له، لأن الأصل في نفقة الشخص في ماله أولا إن كان غنيا، فإن لم يكن للصغير مال كانت نفقته على أبيه.⁽³⁾

وهذا ما أكدته القانون في المادة 75 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". هذه المادة اعتبرت أن الأصل في الإنفاق على الصغير من ماله أولا، فإذا لم يكن له مال كانت نفقته على أبيه، شرط أن يكون الابن من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا.⁽⁴⁾

2- يسار الأب

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 76 من قانون الأسرة على ما يلي: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، ولقد جاء في المادة 77 من نفس القانون: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 189.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 431.

(4) قرار رقم 47915 بتاريخ 1987/02/07، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص 65.

فنقل المشرع واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة بأن يكون لها مال، والعجز هو عدم يسار الأب وعدم قدرته على الكسب، لكن إذا كان الأب ميسورا أو كان قادرا على الكسب فهو ملزم بالنفقة ولا يمكنه مثلا الادعاء بيسار الأم لإسقاط النفقة عنه، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها: "حيث يتجلى من القرار المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلغاء النفقة المقضي بها بالحكم المستأنف بمقولة "يسار الطاعنة" مع أن هذا اليسار لا يسقط حقها وحق البننتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة للنفقة الزوجية الواجبة لها أو لنفقة البننتين الفقيرتين التي تكون على أساس موارد والدهما الطيب، فضلا على ذلك أنه يتبين من مدونات الحكم المستأنف أن المطعون ضده لم يذكر الإعسار المدعى به أمام قاضي الدرجة الأولى وإنما أثار الدفع المتعلق بالإعسار أمام قضاة المجلس، ولما كان ذلك القرار لم يلاحظ أحكام المواد 37، 61، 72، 75، 78 من قانون الأسرة التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها في الحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه..."⁽¹⁾

كما لا يمكن للأب الادعاء مثلا بتنازل الأم عن نفقة الأولاد، إذ أن النفقة حق للمحضون.⁽²⁾

كما لا يمكن للأب كذلك الادعاء بأن ابنه يتقاضى منحة المعوقين ليتصل من مسؤولياته في الإنفاق على ولده فهو ملزم بالإنفاق عليه وهذا ما أكدته المحكمة العليا التي اعتبرت أن المنحة التي يأخذها الولد ليست كسبا بل هي مجرد إعانة لا تغطي حاجياته.⁽³⁾

* أما في خصوص إثبات عسر الأب فإن تقديم الأب شهادة عدم العمل لإعفائه من دفع نفقة المحضون لا يمكن الأخذ بها كدليل، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها.⁽⁴⁾

فإذا ثبت عجز الأب ولم تكن الأم ميسورة أو عاملة انتقلت النفقة للأصول حسب قدرتهم واحتاج الصغير ودرجة القرابة في الإرث، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها.⁽⁵⁾

(1) قرار رقم 237148 المؤرخ في 2000/02/22 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 284.

(2) قرار رقم 311458 المؤرخ في 2004/01/21 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 379.

(3) قرار رقم 179126 المؤرخ في 1998/02/17 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 198.

(4) قرار رقم 216886 المؤرخ في 1999/03/16 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 203.

(5) قرار رقم 725051 المؤرخ في 2013/03/14 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

وأما بخصوص كيفية استحقاق النفقة فإنها تخضع إما إلى اتفاق الطرفين أو إلى تثبيت هذا الاستحقاق عن طريق القضاء.

الفرع الثالث: حق الحاضنة في أجره الحضانة

اختلف الفقهاء حول أجره الحضانة بين مؤيد لها وبين معارض:

- فالمالكية يرون أنه ليس للحاضنة أجره على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، فإذا كانت الحاضنة أما وكان لولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من ماله لفقرها لا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش ويقدر القاضي النفقة حسب ما يراه مناسبا لحالة الصغير.⁽¹⁾

- ويرى فقهاء الحنفية أنه تجب للحاضنة أجره إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أب الولد، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، وكذلك لا تستحق أجره الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن، وتستحق النفقة من أب الطفل، وهذا على أحد القولين المصححين في مذهب أبي حنيفة، وهذه الأجره ليست عوضا خالصا.⁽²⁾

- أما الشافعية والحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن الحاضنة تستحق الأجره على الحضانة سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها، وزاد الحنابلة عن ذلك أنه لو وجدت متبرعة مجانا وامتنعت الأم عن الحضانة دون مقابل سقط حقها وانتقل إلى غيرها على الوجه المتقدم.⁽³⁾

- ونجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لأجره الحضانة ولم يذكرها حتى، إلا أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، مما يستوجب الأخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يستقروا على موقف واحد بخصوص أجره الحضانة كما ذكرنا سابقا.

(1) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969، ص 603.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر 1957، ص 408.

(3) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الطفل، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2008، ص 58.

المطلب الثاني:

السكن أو بدل الإيجار

السكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان والمكان الذي يعده سكنا له، وبعد فك الرابطة الزوجية فإن الأب ملزم بتوفير مسكن مخصص لرعاية وتربية وحفظ المحضون، وعليه يمكن القول أن مسكن الحضانة هو حق مقرر للمحضون كأساس، فلولا وجوده في العلاقة الزوجية المنفكة لما استحققت الحاضنة تقرير هذا الحق لها.⁽¹⁾

الفرع الأول: مفهوم السكن ومواصفاته

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

ولعل المقصود بالسكن الملائم، أن يكون مناسباً للحاضنة والمحضونين معا حسب وضعية الأب وحالته الاجتماعية، ألا يكون في اختياره للسكن قصد الإضرار بالحاضنة كأن يتواجد في مكان معزول بعيدا عن العمران أو بناية غير آمنة أو عبارة عن كوخ أو غرفة واحدة لا تتوفر على أدنى شروط الصحة والنظافة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا.⁽²⁾ ولقد ذهبت المحكمة العليا لأبعد من ذلك حيث اعتبرت أن توفير مسكن للحاضنة بعيدا عن أهلها كثيرا لا يعد سكنا ملائما.⁽³⁾

كما لا بد للسكن حتى يكون ملائما أن يكون مزودا بكل ما تتطلبه الحياة المعيشية من ضروريات ومستلزمات للعيش فيه بقدر يساره.⁽⁴⁾

ولابد أن يكون مسكن الحضانة مستقلا خاصة إذا كانت الحاضنة مطلقة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها.⁽⁵⁾

(1) حميدة مبارك، الجوانب المادية لأحكام الطلاق، نشرة القضاة، العدد 47، الجزائر، 1995، ص 129.

(2) قرار رقم 692938 المؤرخ في 2012/09/13 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(3) قرار رقم 722151 المؤرخ في 2013/01/10 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(4) مورييس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء في النفقة، دار الكتاب الذهبي،

مصر، 1999، ص 79.

(5) قرار رقم 215212 المؤرخ في 1999/02/16 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية،

العدد الأول، 2000، ص 181.

الفرع الثاني: إلتزام الأب ببذل الإيجار

لقد جاءت المادة 72 من قانون الأسرة صريحة، ملزمة الأب بدفع بدل الإيجار المسكن في حالة عدم استطاعته توفير مسكن ملائم للحاضنة، فالواجب هو توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك ينتقل الإلتزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم بواحد منهما على سبيل الخيار، وذلك ما قضت به المحكمة العليا.⁽¹⁾

كما لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى لو كان للحاضنة سكن⁽²⁾ وأن الحكم ببذل الإيجار للحاضنة رغم أنها عاملة، وذلك لكون سكن ممارسة الحاضنة إلتزام على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة.⁽³⁾ ولا يمكن للحاضنة التنازل عن حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو منح بدل الإيجار.⁽⁴⁾

وتسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة⁽⁵⁾ كما يمكن المطالبة ببذل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجة الشيء المقضي فيه.⁽⁶⁾

ولقد قضت المحكمة العليا بأن الحكم ببذل الإيجار السكن للممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر، ولا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار متى كانت الحاضنة

(1) قرار رقم 474255 المؤرخ في 2009/01/14 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 267.

(2) قرار رقم 288072 المؤرخ في 2002/07/31، غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 285.

(3) قرار رقم 189260 المؤرخ في 1998/04/21، غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 213.

(4) قرار رقم 384529 المؤرخ في 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2008، ص 291.

(5) قرار رقم 460137 المؤرخ في 2009/01/14، غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 251.

(6) قرار رقم 481857 المؤرخ في 2009/01/14، غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 292.

مقيمة خارج الإقليم الوطني.⁽¹⁾

ولقد أعطى المشرع الحق للحاضنة في البقاء في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وهذا في الفقرة الثانية للمادة 72 من قانون الأسرة.

فإذا كان المسكن الزوجية مستأجرا من قبل الأب أثناء العلاقة الزوجية، بقيت الحاضنة والمحضونين حتى تنفيذ الأب للحكم القاضي بالسكن أو ببطل الإيجار، دون تمسك الحاضنة بحق البقاء فيه بعد انتهاء عقد الإيجار على أساس الحضانة مادام أن ملكية المسكن تعود لشخص آخر.⁽²⁾

أما إذا كان المسكن الزوجية ملكا لأبوي المطلق أو لشخص آخر على سبيل التسامح، فهو ليس من حق الحاضنة ومحضونيه.

أما إذا تعلق الأمر بالمسكن المملوك للمطلق فإن الحاضنة يحق لها البقاء في هذا المسكن لغاية تنفيذ الأب لالتزامه بتوفير السكن أو بدل الإيجار، ولا يعني ذلك بقاءه معها في المسكن الزوجي.

كما أعطت المحكمة العليا للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر مراعاة لمصلحة المحضونين.⁽³⁾

المطلب الثالث:

حق الزيارة

إن الولد بعد طلاق والديه يكون ملزما بالعيش مع أحد الوالدين دون الآخر، وعليه فإنه إذا أسندت الحضانة لأحدهما يكون للآخر الحق في زيارة ابنه المحضون، فرعاية المحضون لا تعني الإلتزام بالرعاية في الشق المادي بدفع النفقة، بل تشمل حتى الرعاية المعنوية وذلك باستمرار اتصاله بوالده البعيد.

⁽¹⁾ قرار رقم 622754 المؤرخ في 2011/05/12، غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 304.

⁽²⁾ قرار رقم 58532 المؤرخ في 2001/03/28، غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 316.

⁽³⁾ قرار رقم 223834 المؤرخ في 15 جوان 1999، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 225.

ولقد عرف بعض الفقهاء حق المحضون بالزيارة أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية.

الفرع الأول: أصحاب الحق في الزيارة

أولاً: حق الأبوين في الزيارة

إن حق زيارة الأبوين ورؤيتهما لمحضونهما هو حق مقرر شرعاً، 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.⁽¹⁾

ويرى فقهاء المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهم المحضونين فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه كل يوم إن كان صغيراً، أما إذا كان كبيراً فلها رؤيته في كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب سواء قبل بلوغ الصغير سن التعليم أو بعد بلوغه.⁽²⁾

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، أما الأحناف فيرون أن الأب يزور محضونه كل يوم أما إذا كان هو الحاضن فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوعاً، أما غير الأم فلها حق رؤية الصغير كل شهر على الأقل، أما الحنابلة فقد رأوا أن الصغير المميز له حق اختيار الالتقاء نهاراً مع أبيه وأمه، إذا كانت بنتاً وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب.⁽³⁾

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة بعد تحديدها لمراتب الحضانة على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وأمرته بإعطاء هذا الحق ولو غفل عنه المعني بالأمر⁽⁴⁾، كما جعلها المشرع من التدابير المؤقتة التي يفصل فيها القاضي على وجه الاستعجال وذلك بموجب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

(1) أحمد نصر الجندي، "رؤية الصغير"، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 14، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مصر، أكتوبر 1993، ص 15.

(2) كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون، جامعة البويرة، كلية الحقوق، 2013، ص 27.

(3) نفس المرجع والصفحة.

(4) إن الحكم يكون معيياً إذا جاء في منطوقه بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من الدائرة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

فحق الأم في رؤية ولدها مقرر شرعا ومرتتب على وصف كونها أمًا وعلى الفرق بها، والأب كذلك له حق زيارة ولده حتى لا يضار به ولحاجة المحضون الكبيرة والشديدة إلى رؤية والده ورعايته وتأديبه.⁽¹⁾

ودائما يشترط في استعمال حق الزيارة تحقيق مصلحة المحضون قبل أي مصلحة أخرى، فمتى تعارضت مصالحته مع مصلحة والديه أو أحدهما وجب العمل على تحقيق مصلحة المحضون دون الالتفات إلى حق طالب الزيارة سواء كان أبًا أو أمًا.⁽²⁾

ثانيا: حق الأقارب في الزيارة

إن المشرع وبعد ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة أكمل هذه الأخيرة بوجوب الحكم بالزيارة عند إسناد الحضانة، فبنصه على حق الزيارة لم يجهرها في الأبوين وإنما يتعدى ذلك إلى كل من له مصلحة، فيمكن أن يتقرر حق الزيارة لكل من الجد والعم والخال وكل من يهمه أن يبقى المحضون في صلة دائمة معه، وبه قضت المحكمة العليا بحق الخالة في زيارة ابن أختها لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحاضنة.⁽³⁾

كما قضت المحكمة العليا بحق الجد في زيارة حفيده بعد وفاة ابنه⁽⁴⁾، كما أعطت للجددة لأب حق زيارة أحفادها مادامت تعد من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة والنفقة على الفروع في حالة القدرة، وكذلك حرصا على توطيد وتقوية صلة الرحم التي تجمعها بهم بعد وفاة أبيهم.⁽⁵⁾

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 76.

(2) المرجع نفسه، ص 77.

(3) قرار رقم 258479 المؤرخ في 2001/01/23، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001، ص 300.

(4) قرار رقم 189181 المؤرخ في 1998/04/21، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 192.

(5) قرار رقم 699801 المؤرخ في 2012/10/11، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور.

الفرع الثاني: زمان ومكان رؤية المحضون

إن مسألة تحديد مكان وزمان رؤية المحضون من بين المسائل التي لم ينظمها المشرع وتركها للسلطة التقديرية للقاضي بالرجوع دائماً إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.⁽¹⁾

فلا يجبر الحاضن على أن يرسل المحضون إلى مكان صاحب الحق في الزيارة ليرى ولده، فيكفي أن يخرج له المكان المتفق عليه أو المحدد قضاءً.⁽²⁾

والمعمول به قضاءً أنه من يملك حق الزيارة هو من يأخذ والده لرؤيته وتفقدته، وإرجاعه للحضانة عند انتهاء الوقت المحدد للزيارة.⁽³⁾

كما يشترط في المكان أن يكون ملائماً لا يضر بنفسية الصغير، وأن لا يسبب حرجاً للحاضنة مثلما لو كانت الحاضنة مطلقة، فممارسة حق الزيارة في بيتها يسبب لها حرجاً لأنها صارت أجنبية عنه.⁽⁴⁾

ولقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

فثبتت الحق في الحضانة متروك أمره للقاضي ، ولقد قضت المحكمة العليا أنه تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر.⁽⁵⁾ أما المقصود بالمدة اللازمة لحق الزيارة، فهي المدة الفاصلة بين كل زيارة وأخرى ومدة دوام واستمرار هذه الزيارة.

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 77.

(2) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقاً لأحدث التعديلات، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 271.

(3) قرار رقم 350492 المؤرخ في 2006/01/04، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 455.

(4) قرار رقم 214290 المؤرخ في 1996/12/15، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 194.

(5) قرار رقم 273526 المؤرخ في 2001/12/26، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 264.

ولم يحدد القانون المدة التي يستغرقها الحاضن في الزيارة، واستقر القضاء على أن للحاضن حق الزيارة يوماً كل أسبوع وكذلك في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية. كما أن حق الزيارة المقرر للأب مثلاً، لا يقتصر على مجرد الرؤية مثلما يوحي إليه المعنى الحرفي، وإنما يخوله من الحين للآخر الحق في أخذ المحضون معه إلى البيت من أجل تلقينه فنون التربية والتأديب التي يقتضيها ذلك الحق خاصة وأن ذلك لا يقلل من شأن قيمة الحاضنة أو يغير معنى حق الزيارة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا رقم 717951 المؤرخ في 2013/01/10، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا،

غير منشور.

المبحث الثاني:

الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة

إن موضوع الحضانة لا يخلو من المشاكل المطروحة على الصعيد العملي، ويرجع هذا إلى قصور التشريع من جهة، وإلى التطور السريع الذي شهدته البشرية في الآونة الأخيرة. وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المبحث: حالة الزواج المختلط (مطلب أول) وكذلك مسألة مراعاة مصلحة المحضون (مطلب ثاني) وأخير مسألة مسؤولية الأبوين عن أفعال المحضون.

المطلب الأول:

حالة الزواج المختلط

تعد ظاهرة الزواج المختلط من الظواهر المنتشرة بكثرة على الصعيد الدولي، غير أن هذه العلاقات قد لا تتوج دائما بالدوام والاستمرار، لذلك سعت بعض الدول لوضع حل لهذه المشاكل وتحقيق أفضل حماية للأطفال المحضونين بالدرجة الأولى.⁽¹⁾

الفرع الأول: الحضانة عند الزواج المختلط وفقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية

في إطار توحيد القواعد والأحكام المتعلقة بحضانة الأولاد الناتجين عن الزواج المختلط، ولكثرة المشاكل والنزاعات بين المطلقين الجزائريين والفرنسيين بعد فك الرابطة الزوجية، أبرمت الجزائر اتفاقية مع فرنسا⁽²⁾ والتي تتضمن 14 مادة، تهدف إلى حماية مزدوجة للأطفال بعد انفصال أبويهم وحرية تنقلهم بين البلدين، وضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال والتي لا تتحقق إلا بمحافظه الطفل على علاقاته الهادئة والمستمرة مع والديه المنفصلين.

(1) وجود اتفاقيات على المستوى الدولي منها: اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة في نوفمبر 1989، واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الموقعة في 25 أكتوبر 1980 والاتفاقية الأوروبية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الخاصة بحضانة الأطفال الموقعة في ماي 1980.

وكذلك اتفاقيات ثنائية منها: الاتفاقية المصرية الأسترالية بشأن احترام حقوق الأطفال الذين يملكون جنسية أي من البلدين في حال انفصالهم عن أحد الوالدين أو كليهما الموقعة في القاهرة في أكتوبر 2000.

(2) أنشأت عن طريق المرسوم 88 - 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق لـ 26 يونيو 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، في مدينة الجزائر، يوم 01 يونيو 1988، جريدة رسمية رقم 30.

وقد تضمنت هذه الاتفاقية عدة إجراءات يجب أن تتبع من طرف السلطة المركزية لكل دولة تسهيلا لعملية حماية مصلحة الطفل المحضون، وكذلك الحماية القضائية لضمان حق الزيارة والاتصال.

كما أن الاتفاقية أتت بأمر مهم وهو تنفيذ الأحكام القضائية بمجرد صدورها ولو مؤقتا، واعتبار هذه الأحكام بمثابة رخصة لخروج الطفل من التراب الوطني دون اخضاع هذه الأخيرة للرقابة القضائية والدفع بالنظام العام، وهو ما يحقق فعالية وضمان أكبر لممارسة حق الحضانة والزيارة، فتمنح الصيغة التنفيذية للأحكام القضائية و لو كانت ابتدائية، وهذا يعد من بين الإيجابيات التي جاءت بها الاتفاقية.⁽¹⁾

غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ.

ومن بين المشاكل التي قد تصادفنا هي إسناد الحضانة للأم الكتابية من طرف القاضي الفرنسي، فنجد أنه يتعارض مع فحوى المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بتربية الولد على دين أبيه، فلا نجد في بنود الاتفاقية حلا لذلك وهو ما يؤدي إلى عدم المصادقة على تنفيذ حكم أجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

ومن النزاعات التي تطرح كذلك، تلك المتعلقة بعدم رد الطفل المحضون إلى الحاضن عند ممارسة أحد الأبوين لحق الزيارة، ورغم ما جاءت به المادة 11 من الاتفاقية من حلول إلا أنه تبقى مجرد حلول من الناحية التطبيقية وذلك لعدم قبول كل دولة تلقي أوامر من الدولة الأخرى، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، وكذلك الأحكام المتعلقة بالطفل المكفول، بحيث أن فرنسا لا تعترف بنظام الكفالة، وعدم اعتراف الجزائر بنظام التبني.

وعليه في كل ما سبق، يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين، يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.

(1) مصطفى معوان، "الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

والاقتصادية والسياسية، عدد 41، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2000، ص 135

الفرع الثاني: الحضانة في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

في حالة الزواج المختلط هناك تنازع حول تطبيق القوانين، هل يطبق القانون الأجنبي أم القانون الوطني.

في هذه الحالة وجب على القاضي تحديد الوصف القانوني للحضانة حتى يمكن أن يعين لها قواعد إسناد لتشريع معين، فيسهل عليه معرفة الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الحاضن والمحضون.⁽¹⁾

ولقد نصت المادة 9 من القانون المدني الجزائري أن القانون الجزائري هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها، فإن الحضانة وفقا لهذا القانون من مسائل قانون الأسرة وتعتبر من آثار الطلاق.⁽²⁾

ولقد تطرق المشرع الجزائري في المواد من 10 إلى 16 من القانون المدني إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.

فلقد جاءت المادة 02/12 منه: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

وعليه مادامت الحضانة من بين آثار الطلاق، ولم تأت بشأنها قاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق، فإن القاعدة العامة التي تحكم الطلاق هي التي تطبق، بحيث أنه في حالة وقوع طلاق بين زوجين أحدهما جزائري والآخر أجنبي ولم تبرم اتفاقية مع دولة هذا الأخير فيما يخص الحضانة والزيارة، ففي هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق، وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإن قانون الأسرة الجزائري هو المطبق، مع مراعاة مصلحة المحضون.⁽³⁾

(1) صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2004، ص 12 و13.

(2) زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول:تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة 2000، ص 135.

(3) فتيحة يوسف عماري، "قواعد التنازع الدولي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق - الجزء 37 - رقم 02، 1999، ص 116.

ولم يقتصر المشرع الجزائري على هذا، بل وضع استثناءً في المادة 13 من نفس القانون، فأخضع انحلال الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده في حال كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

المطلب الثاني:

مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك وضعت عدة معايير يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون، ولقد لقيت اهتماماً كبيراً من طرف المشرعين إلى أن أصبحت القاعدة الوحيدة التي يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إن المصلحة لغة تعني المنفعة وهي مثلها لفظاً، والمصدر بمعنى الصلاح، وهي اسم لواحدة من المصالح، وتطلق أيضاً على المنفعة، وكل ما يبعث على الصلاح وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.⁽¹⁾

أما المصلحة اصطلاحاً فلقد عرفها الغزالي بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمس: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة ودفع للمصلحة.⁽²⁾

ومن الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأنها مسألة مستقبل انطلاقا من حاضره، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة.⁽³⁾

ولقد أخذ المشرع الجزائري بها دون أن يحدد لها معنى عاماً ومجرداً، فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية، أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى.

(1) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة، دار الرسالة، بيروت، 1936، ص 04.

(2) حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324 هـ، ص 286، 287.

(3) كريال سهام، المرجع السابق، ص 30.

وما يمكن قوله هو أن مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية، فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر ومن طفل إلى آخر.⁽¹⁾

ولقد أورد المشرع الجزائري هذه القاعدة في عدة نقاط، وهي:

* ترتيب مستحقي الحضانة حسب المادة 64 من قانون الأسرة جاء مع مراعاة مصلحة المحضون.

* تطرقت المادة 65 من قانون الأسرة إلى انقضاء مدة الحضانة، ومع مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 66 من قانون الأسرة، في حالات السقوط، تنازل الحاضنة عن المحضون مع مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 67 من قانون الأسرة، أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 69 من قانون الأسرة، في حال اسناد أو إسقاط الحضانة من شخص يستوطن في الخارج، مع مراعاة مصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للمصلحة، بل ذكرها من خلال المواد المذكورة أعلاه،

وكذلك لم يحدد المعايير الواجب العمل بها. وبذلك وجب الرجوع إلى المعايير الواردة في

الشرعية الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تتلخص في معيارين:

* أولهما: المعيار المعنوي:

وهو معيار جوهري له أهمية في حياة الطفل، فالطفل الصغير له حاجة إلى التربية والرعاية بما يضمن نموه السليم.⁽²⁾

فمصلحة المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي المنسجم والمتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية وذلك ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 299.

(2) عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة

الجزائر، 2011، ص 69.

*** ثانيهما: المعيار المادي:**

فالمشرع الجزائري أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى، وأعطى للقاضي السلطة في تقدير هذه المصلحة، بحيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة، له اللجوء إلى عدة وسائل، ومن ذلك:

أولا: التحقيق والمعاينة

فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وكذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات طبقا للمادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

ثانيا: الانتقال للمعاينة

وذلك لمعرفة المكان الذي تمارس فيه الحضانة، والظروف المحيطة بذلك الوسط مثل: ضيق السكن، مدى قرب السكن من المدرسة...

ثالثا: الاستماع إلى الشهود

للقاضي أن يطلب حضور الأقارب أو الأصهار أو إخوة أو أخوات أحد الخصوم لتجميع المعلومات وترجيح رأيه طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية. غير أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين.⁽¹⁾

(1) علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 06.

المطلب الثالث:

مسؤولية الأبوين عن المحضون

تعرف المسؤولية بأنها ذلك الجزاء الذي يترتب على المرء عند أخلاله وعدم إلتزامه بقاعدة من قواعد السلوك، وهي لغة كل ما يتحمله مسؤول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه⁽¹⁾. وكثيرا ما تكون مسؤولية الأبوين محلا للعديد من النزاعات المطروحة أمام القضاء خاصة بعد طلاقها.

الفرع الأول: المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

إن مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة تدخل ضمن المسؤولية الناشئة عن فعل الغير، منها مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأفعال الضارة التي ينسب فيها الخاضع للرقابة⁽²⁾ والتي تنص عليها المادة 134 من القانون المدني⁽³⁾ خاصة بعد إلغاء المادة 135 من نفس القانون التي كانت تشترط لقيام مسؤولية الأم أن يكون الأب متوفيا. وطبقا للمادة 87 من قانون الأسرة أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل محله الأم.

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". ويمكن القول أنه مادامت الولاية من صلاحيات الأم والأب فإن كلا الوالدين مسؤولان عن أفعال ابنهما الضارة بموجب المادة 134 مدني على أساس مسؤولية متولي الرقابة، فمن يملك حق الولاية يملك بطبيعة الحال سلطة الرقابة على المحضون مادام أنه المكلف برعايته والإشراف على شؤونه.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 06.

(2) المرجع نفسه، ص 96.

(3) تنص المادة 134: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملتزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 و المعدل و المتمم

الفرع الثاني: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون

في حال ارتكاب المحضون للفعل الضار أثناء فترة تواجده مع أمه لا يعني عدم مساءلة الوالد الآخر في حال تعذر على المتضرر الحصول على التعويض من الوالد المسؤول. وهذا لأن رقابة الأب لا تكون إلا في فترة زيارته لابنه المحضون بل تمتد إلى المدة التي يتواجد فيها المحضون لدى حاضنته من خلال رقابة هذا الأخير في كل ما يتعلق بصحته وتعليمه ومعرفة حاجياته وتربيته وحمايته وحفظه.

وبالتالي فإن مسؤولية الأبوين عن أفعال ابنهما المحضون هي مسؤولية مشتركة بينهما.

الفصل الثاني:

إجراءات الفصل في نزاعات الحضانة

المبحث الأول:

دعاوى الحضانة

المبحث الثاني:

الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

الفصل الثاني:

إجراءات الفصل في نزاعات الحضانة

إن المقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن حضانة الطفل تبدأ منذ ولادته وتنتهي بالسن الذي يستغني فيه عن خدمة الحاضنة وذلك بأن يقدر على القيام بحاجاته الضرورية دون الاستعانة بأحد.

وإن الحصول على حق حضانة الطفل المحضون يتطلب القيام بمجموعة من الإجراءات، وتختلف هذه الإجراءات باختلاف نوع الدعوى المرفوعة من طلب الحضانة بحسب ما نصه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالإضافة إلى توفير حماية جنائية للمحضون، وذلك بفرض عقوبات جزائية على كل شخص يتعرض له، وذلك حفاظا على سلامته ومصلحته.

بحيث سأعرض في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: دعاوى الحضانة.

المبحث الثاني: والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة.

المبحث الأول:

دعاوى الحضانة

لمباشرة الدعاوى الخاصة بالحضانة، نص قانون الإجراءات المدنية وخاصة المادة 12 منه⁽¹⁾ على جملة من الشروط الشكلية التي ينبغي احترامها لصحة الدعوى. فينبغي أن يكون طلبا مكتوبا من المدعي أو وكيله مؤرخا وموقعا منه، يقدم إلى كاتب الضبط المكلف بقيد الدعوى، والذي بدوره يحدد تاريخ الجلسة، ويكلف أطراف الخصومة حسب الأوضاع المنصوص في المادة 13.

سأستعرض في هذا المبحث: دعاوى إسناد وتمديد الحضانة (مطلب أول) والنزاعات المتعلقة بمدة الحضانة وسقوطها (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

دعاوى إسناد وتمديد الحضانة

للحصول على حضانة الطفل يجب مراعاة مجموعة من الإجراءات وذلك عن طريق رفع دعوى الحضانة، أو عن طريق أمر على عريضة.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أن الأم أولى بحضانة ولدها وهو حق منح لها إلا في حالة وجود مانع يحول دون توليها للحضانة. حيث جاء في القرار 31997 لسنة 1989 أنه: "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي".⁽²⁾

وإن دعوى إسناد الحضانة تكون إما:

أولا: عن طريق دعوى تبعية كما هو الحال في حالة الطلاق، وذلك تبعا لدعوى الطلاق المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة، فيفصل في دعوى الطلاق وتسند الحضانة في نفس الحكم.

(1) قانون رقم 08/09 الصادر بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

(2) بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،

الطبعة الرابعة، الجزائر، 2012، ص 328.

ثانياً: إما عن طريق دعوى أصلية مثل في حالة الوفاة، وذلك برفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة للمطالبة بالحضانة لكل من يهمه الأمر وتوفرت فيه الشروط القانونية.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

لقد نصت المادة 65 من قانون الأسرة على: "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

فمن خلال نص المادة 65 نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد استثناءً على القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه العشر سنوات بشروط وهي:

- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة.
- أن تكون الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة.
- أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.
- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا انقضت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.
- ولقد نص المشرع في المادة 65 الفقرة الثانية من قانون الأسرة "على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فإن رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتادي بانتهائها حكم بذلك، وإذا صرحت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك.

ومن بين المبررات التي قد يأذن فيها القاضي بتمديد الحضانة مثلاً:

- مرض الصغير وعدم إدراكه لأمره، كأن لا يستطيع القيام بشؤونه الخاصة من تنظيف جسمه وارتداء ملابسه والمحافظة على فراشه ليلاً كما هو الحال بالنسبة للمعتوه.⁽¹⁾
- أن يكون والد الصغير متزوجاً بغير أمه، وكانت الحاضنة أما متفرغة لخدمة الصغير والقيام بشؤونه. أو كان الأب فاسداً غير مأمون على ابنه ولم يكن هناك عاصب آخر يكون في ضم المحضون إليه مصلحته.⁽²⁾

(1) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، مصر 1961، ص 332.

(2) عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 343.

- ويكون ذلك بأن يصدر حكماً من القاضي يقضي ببقاء المحضون عند الحاضنة بعد بلوغه 10 سنوات، وهو حكم مؤقت ذو حجة مؤقتة يخضع فيه إبقاء الحضانة أو عدمها لتقدير القاضي لمصلحة المحضون.
 - فيمكن للقاضي أن يعيد النظر في مدة الإبقاء إذا ادّعى أمامه بانتقاء مبرر التمديد، كما لا يمنع ذلك القاضي من إسقاط الحضانة رغم صدور حكم سابق بتمديداتها لأن مصلحة الصغير فوق كل اعتبار.
 - ولقد صدرت عدة قرارات منها ما أفضى بتمديد الحضانة وأعطى الحق للأم في إبقاء المحضون معها متى اقتضت مصلحة المحضون مع مراعاة سن الطفل.⁽¹⁾
 - ولقد أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن الأم هي الوحيدة التي يحق لها طلب التمديد، ورفضت طلب الطاعنة الحاضنة الغير الأم في تمديد الحضانة.⁽²⁾
- المطلب الثاني:**

النزاعات المتعلقة بمدة الحضانة وسقوطها

لم تقتصر النزاعات المثارة بشأن سقوط الحضانة إلا في عدم توفر الشروط اللازمة لممارستها، فكثيراً ما تطرح نزاعات بسبب مدة الحضانة سواء ما تعلق بانقضائها أو بتمديداتها (كما أوردناه سابقاً).

وسوف نتناول في هذا المطلب انقضاء مدة الحضانة (الفرع الأول) وسقوط الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء مدة الحضانة

تنص المادة 65 من قانون الأسرة: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج".

وسن الزواج جاءت به المادة 07 من قانون الأسرة التي تنص: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة".

⁽¹⁾ قرار رقم 559850 المؤرخ في 2011/02/10 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 281.

⁽²⁾ قرار رقم 351321 المؤرخ في 2006/02/08 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

وعليه نلاحظ أن المشرع حدد مرحلة انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر وجعلها ببلوغه 10 سنوات، وبالنسبة للإناث ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة، وانتهاء الحضانة - طبقاً للمادة المذكورة أعلاه - يكون بقوة القانون دون الحاجة لاستصدار حكم ينشئ هذا الانتهاء. فعند بلوغ المحضون أقصى سن للحضانة ينتهي حق الحضانة بالنسبة للمرأة الحاضنة ويلحق الصغير بوالده أو من يملك حق الضم من العصابات، والأب ملزم بأخذ الصغير لأنه ملزم بالنفقة، إضافة إلى أنه الأقدر على تأديب الولد وتعليمه والسهر على حمايته وحفظه وصيانتها بعد تجاوزه سن الحضانة.⁽¹⁾

ولقد كرست المحكمة العليا ما جاء به المشرع في قرارها، بأن الطفلة المطالب بإسقاط حضانتها من طرف الطاعن والمزدادة بتاريخ 1984/10/02 قد تجاوزت سن الزواج أي عمرها أكثر من 18 عاماً، وبالتالي فإن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.⁽²⁾

الفرع الثاني: سقوط الحضانة

قد تسقط الحضانة قبل انقضاء مدتها لعدة أسباب سوف نوردتها كالاتي:

أولاً: تنازل الحاضنة عن الحضانة:

يمكن أن يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً، وقد يكون إرادياً بغير عذر أو غير إرادي بعذر.

1- التنازل الضمني:

يتمثل هذا التنازل في سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها، حيث جاء في المادة 68 من قانون الأسرة: "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر يسقط حقه فيها".

فعدم مطالبة من له حق الحضانة لأكثر من سنة دون وجود عذر يحول دون مطالبته بذلك يعد تنازلاً ضمناً منه ويوحي ذلك إلى عدم رغبته في الحضانة. ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا بسقوط حق الأب في الحضانة لطلبه لها بعد فوات أكثر من سنة بدون عذر.⁽³⁾

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 27، 28.

(2) قرار رقم 347914 المؤرخ في 2006/01/04 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة

القضائية، العدد الأول، 2006، ص 449، 450.

(3) قرار رقم 222655 المؤرخ في 1999/05/18 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية،

العدد الخاص، 2001، ص 185، 186.

ولقد قضت المحكمة العليا أيضا: "من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون - ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".⁽¹⁾

2- التنازل الصريح:

لقد نص المشرع على هذا التنازل في المادة 66 من قانون الأسرة "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فالحاضنة تملك حق التنازل عن الحضانة بشرط عدم إضرار هذا التنازل بالمحضون، والقاضي يملك رفض التنازل وإجبار الحاضن على احتضان الصغير إن رأى أن مصلحته لا تتحقق إلا بوجوده مع هذا الحاضن بالذات.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: "حيث متى تنازلت المطعون ضدها في دعوى الطلاق الرضائي عن حضانة أطفالها وحقوقهم الشرعية والقانونية فإن ذلك يعد مساسا بحقوق الأطفال القصر والتي لا يجوز التنازل عنها، وبما أن المشرع وضع حماية قانونية للأبناء القصر ولما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانتهم وتقريرهم النفقة الشهرية فإنهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون مما يتضمن رفض الوجه وتبعا لذلك رفض الطعن".⁽²⁾

كما جاء أيضا عن نفس المحكمة: "حيث أنه بالفعل لقد جاء في القرار المنتقد بأنه لا يمكن إجبار الأم على ممارسة الحضانة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى إمكانية استغنائها عنها وأن هذا التنازل لا يضر بهما طبقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 66 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس".⁽³⁾

⁽¹⁾ قرار رقم 58220 المؤرخ في 1990/02/05 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1993، ص 53.

⁽²⁾ قرار رقم 659578 المؤرخ في 2011/12/08 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

⁽³⁾ قرار رقم 28215 المؤرخ في 2002/02/13 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 282، 283.

كما أن المحكمة العليا قامت بنقض قرار المجلس القاضي بإسناد الحضانة للأب بدلا من الأم المتنازلة

عن حقها في الحضانة ما دامت البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب.⁽¹⁾

3- تنازل الحاضنة عن الحضانة بغير عذر:

إذا تركت الحاضنة الحضانة لغير عذر كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها أو أسقطت الحضانة منها بعد استحقاقها لها فلا تعود لها وليس لها الحق فيها ولو زال الزواج بطلاق أو موت.⁽²⁾

4- تنازل الحاضنة عن الحضانة لعذر:

وقد يكون تنازل الحاضنة عن الحضانة لعذر أو مانع خارج عن إرادتها كالمرض أو سفر الولي بالمحضون وعدم قدرتها على السفر معه.

وكان المشرع صريحا في المادة 71 من قانون الأسرة: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

وهو ما أكدته القضاء في العديد من القرارات، فلقد جاء في قرار المحكمة العليا: "أن الأم تنازلت عن حضانة ابنها بسبب مرضها ولما تعافت طالبت باسترجاع حق الحضانة، وباستجابة القضاة لطلبها يكونون قد طبقوا صحيح القانون".⁽³⁾

وعليه فإن تنازل الحضانة بدون عذر يحرمه من إعادة هذا الحق في المستقبل وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها.⁽⁴⁾

كما أقرت المحكمة العليا وسمحت في قرار آخر باسترجاع الحضانة بعد التنازل عنها، لأن التنازل عن الحضانة لا يعتبر نهائيا ما دام أن حضانة الأولاد هي من المسائل المتعلقة بحالة

⁽¹⁾ قرار رقم 54353 المؤرخ في 1984/07/03، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 45.

⁽²⁾ عبد الرحمن صادق غرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان بيروت 2002، ص 167.

⁽³⁾ قرار رقم 717314 المؤرخ في 2013/02/14 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

⁽⁴⁾ قرار رقم 53340 المؤرخ في 1989/03/27 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 85.

الأشخاص ومصلحتهم التي يمكن الرجوع فيها اعتباراً لمصلحة المحضون وفقاً لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة.⁽¹⁾

ثانياً: وفاة الحاضن

إن القضاء لم يستقر على اتجاه معين في هذا الشأن، فكان سابقاً يسند الحضانة للأب في حالة وفاة الأم ولا تعطى الحضانة للجدّة لأم إلا إذا كانت ابنتها على قيد الحياة.⁽²⁾

ثم تراجع وأصبح يطبق نص المادة 64 من قانون الأسرة في إسناد الحضانة بعد وفاة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون، هذا ما ورد في قرار المحكمة العليا أنه: "تطبق المادة 64 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة (أمر 05-02) على حالة الطلاق والوفاة".⁽³⁾

كما اعتبرت المحكمة العليا في قرارها أن العبرة في مسألة الترتيب بعد وفاة الأم بالمصلحة وليس بالأولوية طبقاً للمادة 64 من قانون الأسرة، وجاء فيه: "حيث أن الحضانة الفعلية منذ وفاة الأم إلى غاية الآن كانت عند الجدة، ومن مصلحة البنت بقاؤها عند جدتها والتي تستطيع تلبية حاجياتها كامرأة بصفتها بنت، وحيث أن العبرة ليست بالأولوية طبقاً للمادة 64 من قانون الأسرة وإنما العبرة بالمصلحة".⁽⁴⁾

وإذا كانت أغلب النزاعات فيما يخص وفاة الحاضن تطرح بين الجدة لأم والأب إلا أن هذا لا يعني عدم وجود نزاعات بين أطراف أخرى في هذا الشأن، فقد يكون النزاع بين الجدة لأم والخال، أين رجحت مصلحة المحضون، كما نقض القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يستعينوا بمروشة اجتماعية.⁽⁵⁾

(1) قرار رقم 235456 المؤرخ في 2000/02/22 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 280.

(2) قرار رقم 61561 المؤرخ في 1990/09/24 الصادر عن الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، غير منشور.

(3) قرار رقم 511644 المؤرخ في 2009/09/16 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2010، ص 228.

(4) قرار رقم 0737488 المؤرخ في 2013/04/11 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، غير منشور.

(5) قرار رقم 364850 المؤرخ في 2006/05/17 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007، ص 437.

وقد يكون بين الأب والخالة أو بين الجدة لأم والجد، كما هو الحال في إحدى القرارات حيث رفضت المحكمة العليا طلب الجد وأيدت قرار المجلس القاضي بإسناد حضانة البننتين إلى الجدة لأم، لأن مصلحة المحضونتين تكون في وجودهما مع هذه الجدة.⁽¹⁾

المبحث الثاني:

الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

إن الحضانة كما أوردنا سابقا هي رعاية الولد والقيام بشؤونه لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا غير مدرك لما يضره وينفعه، ولقد كفل له القانون شخصا لحضنته والسهر على رعايته وجعل الحضانة حقا من حقوقه ووضع أحكاما لذلك وحرّم كل فعل يضر به ويحول دون الهدف من الحضانة.

ولذلك سوف أتعرض في هذا المبحث في المطلب الأول: عدم دفع النفقة للمحزون، وفي المطلب الثاني: استحداث صندوق النفقة.

المطلب الأول:

عدم دفع النفقة للمحزون

الأصل أن الأب يكون ملزما بالإنفاق على ابنه المحزون دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يجعل لمن كانت له حضانة الولد الحق في مطالبة الأب بنفقة المحزون.

ومن هنا سأعرض مراجعة نفقة المحزون (الفرع الأول)، جزاء الامتناع عن تسديد النفقة (الفرع الثاني)، استحداث صندوق النفقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مراجعة نفقة المحزون

نصت المادة 79 من قانون الأسرة على مراجعة النفقة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". وعليه يلاحظ أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محزونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها.

⁽¹⁾ قرار رقم 679626 المؤرخ في 2012/03/15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، المجلة

القضائية، غير منشور.

ولقد استقرت المحكمة العليا على أنه يجوز مراجعة النفقة حسب ظروف وحال الطرفين طبقاً لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة.⁽¹⁾

ومادام أن النفقة الغذائية تتغير كلما زاد سن مستحقيها وكلما زادت متطلبات الحياة الاجتماعية، فإن رفع النفقة بعد مراجعتها يخضع تقديره للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽²⁾ ويجب اثبات إعسار الزوج في مراجعة النفقة حتى يتم تخفيض مبالغ النفقة⁽³⁾ كما لا يجوز للحاضنة طلب مراجعة نفقة ولدها المحضون بعد كل سنة من تاريخ الحكم بها⁽⁴⁾ ويعتبر بدل الإيجار من مشمولات النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة والتي يجوز مراجعتها ضمن المدة المحددة بالمادة 79 من قانون الأسرة مع مراعاة ظروف الأب.⁽⁵⁾

كما لا يجوز للحاضنة طلب مراجعة نفقة ولدها المحضون بعد كل سنة من تاريخ الحكم بها ويعتبر بدل الإيجار من مشمولات النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة والتي يجوز مراجعتها ضمن المدة المحددة بالمادة 79 من قانون الأسرة مع مراعاة ظروف الأب. كما أن حق الحاضنة في المطالبة بمراجعة نفقة محضونها لا يستمر بعد انتهاء مدة الحضانة إذ لا يجوز لها طلب ذلك لعدم امتلاكها الصفة، وقد استقرت المحكمة العليا في هذا الشأن على أنه: "لا يجوز للحاضنة طلب مراجعة النفقة للبنات البالغات سن الرشد لانعدام الصفة لها، فلهن حق المطالبة بالنفقة على والدهن حتى الدخول بهن أو الاستغناء بالكسب، ولا يحق للأم بعد انتهاء حضانة ابنتها ببلوغها سن الرشد مطالبة والد البنت بنفقتها إلا بوكالة منها".⁽⁶⁾

الفرع الثاني: جزاء الامتناع عن تسديد النفقة

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 75 منه على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال.

(1) قرار رقم 350016، المؤرخ في 15/03/2006، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(2) قرار رقم 327208، المؤرخ في 23/03/2005، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(3) قرار رقم 393978، المؤرخ في 09/05/2007، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(4) قرار رقم 354322، المؤرخ في 12/04/2006، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(5) قرار رقم 330254، المؤرخ في 18/05/2005، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، غير منشور.

(6) قرار رقم 494366، المؤرخ في 13/05/2009، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، مجلة

المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 292.

ولذلك جعل المشرع الامتناع عن تسديد النفقة جريمة يعاقب عليها طبقا لنص المادة 331 من قانون العقوبات⁽¹⁾ التي تنص على: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة من القضاء لإعالة أسرة ومن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتماد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال. دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

وعليه فإن الحاضنة بعد رفعها لدعوى تطالب فيها بنفقة محضونها، وبعد الحكم على الأب بالإففاق بحكم قضائي يكون الأب ملزما بدفع النفقة المقدرة قضاء. وفي حال امتناعه عن دفع هذه النفقة ترفع الحاضنة على الأب دعوى عدم تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا، ويخضع هذا الأخير للعقوبة المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر. أما الأركان المكونة لهذه الجريمة فهي كالآتي:

أولا: الركن المادي

حتى تقوم الجريمة لابد من امتناع الأب وعدم رغبته في تسديد النفقة كاملة أو جزء منها، لأن دفع جزء من المبلغ لا يحول دون قيام الجريمة⁽²⁾. والنفقة المقصودة هي كل ما يلزم من غذاء وكسوة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة، فبدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة، وبعدم تسديده تقوم جريمة عدم تسديد النفقة⁽³⁾.

(1) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 10 يونيو 1966 معدل و متمم.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 162.

(3) قرار رقم 380958، المؤرخ في 26/04/2006، الصادر عن غرفة الجرح والمخالفات بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص 585.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي لتوافر الركن المادي لهذه الجريمة الجنحة مجرد امتناع الأب عن دفع نفقة محضونه، إذ لابد من توافر شروط وهي:

1- وجود سند قضائي:

تقضي جنحة عدم تسديد النفقة وجود سند قضائي بأمر المدين بأداء النفقة لمحضونه، وقد يكون هذا السند عبارة عن حكم أو قرار أو أمر.⁽¹⁾

2- قابلية تنفيذ سند قضائي:

أن يكون السند القضائي قابلاً للتنفيذ أي حائزاً على قوة الشيء المقضي فيه.

3- القيام بإجراءات التنفيذ:

بعد امهار السند بالصيغة التنفيذية، لابد من القيام بالإجراءات القانونية للتنفيذ بدءاً بالتبليغ الرسمي عن طريق المحضر القضائي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء بالدين وفقاً للأشكال والشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية.

4- انقضاء مدة شهرين من يوم الإمتناع عن دفع النفقة:

والمقصود هنا هو امتناع المدين عن تسديد النفقة ويبدأ سريان هذه المهلة من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوم المحددة في التكليف بالدفع الذي يحرره المحضر القضائي. ويرى الأستاذ بوسقيعة أنه إذا اشترطنا أن تكون المهلة متواصلة فقد يؤدي ذلك إلى حلول غير معقولة بحيث يمكن للدائن تجنب المتابعة إذا دفع المبلغ كاملاً شهراً ثم امتنع في الشهر الموالي في حين يدان الدائن الذي يدفع كل شهر نصف المبلغ، لذا يرى بعض الفقهاء في ظل سكوت المشرع حيال هذه المسألة بأن مهلة الشهرين لا يشترط أن تكون متواصلة ولا أن تكون متقطعة وفي كلتا الحالتين تقوم الجريمة.⁽²⁾

ثانياً: الركن المعنوي

يتمثل في توفر القصد الجنائي، والذي يتمثل في الامتناع عمداً عن تسديد هذه النفقة لمدة أكثر من شهرين، إذا أن سوء النية مفترض في جنحة عدم تسديد النفقة، ويقع عبء إثبات حسن النية على المتهم.

ويعد الاعسار السبب الوحيد الذي يمكن قبوله كمبرر لعدم تسديد النفقة.⁽³⁾

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 160.

(2) المرجع نفسه، ص 160.

(3) المرجع نفسه، ص 166.

ثالثا: الجزاء

طبقا لنص المادة 331 من قانون العقوبات فإنه يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء...".

كما أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائية.

الفرع الثالث: استحداث صندوق النفقة

بالإضافة إلى كون النفقة من النظام العام كان على الدولة التدخل بإنشاء صندوق نفقة للمعسرين، والهدف من هذا القانون⁽¹⁾ هو إنشاء حل بديل لتسديد النفقة. كما حدد القانون إجراءات الاستفادة وذلك من أجل حماية الحقوق الأساسية للمحضونين في حالة طلاق الوالدين.

بحيث يستفيد من هذه المستحقات المالية لصندوق النفقة الطفل المحضون المحكوم له بالنفقة، ويتولى قبض هذه النفقة لصالح المرأة الحاضنة، كما تستفيد المرأة المطلقة من هذه النفقة. يتم دفع هذه المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة نظرا لامتناع المدين عن الدفع أو عدم معرفة محل إقامته.

ويسقط حق الاستفادة من المستحقات المالية بسقوط الحق في الحضانة أو انقضائها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها.

المطلب الثاني:**الحماية الجنائية للمحضون**

نصت المادة 328 من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 20,000 دج إلى 100,000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضنته أو من الأماكن الذي وضعه فيها، أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده

(1) الأمر رقم 15 - 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول سنة 1436 الموافق لـ 4 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

وبالتالي لا تقوم الجريمة المنصوص عليها في المادة السابقة إلا بتوافر الأركان والشروط، وأسعرضها كآلاتي: الركن المادي (الفرع الأول)، الركن المعنوي (الفرع الثاني)، الجزء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الركن المادي

نلاحظ من خلال المادة 328 من قانون العقوبات أن المشرع ضم ثلاث فئات من الجرائم ضمن جريمة واحدة، لابد من التمييز بينهم كآلاتي:

الصورة الأولى: عدم تسليم المحضون

يقصد بعدم تسليم المحضون امتناع من كان الطفل تحت رعايته عن تسليمه لمن له الحق في المطالبة به.⁽¹⁾

وعدم التسليم هو عبارة عن موقف سلبي، والجريمة إن كانت تقوم على الفعل الإيجابي فإنها تقوم كذلك على الفعل السلبي، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة المتجددة التي يجوز فيها محاكمة الممتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع عن تسليم القاصر، ولا يجوز التمسك بسبق الفصل، كما أنها من الجرائم السلبية البسيطة التي يقوم ركنها المادي على مجرد الامتناع.⁽²⁾

الصورة الثانية: خطف المحضون القاصر

يتمثل هذا الفعل في قيام الأب أو الأم أو أي شخص آخر بأخذ القاصر من الشخص الذي أوكلت إليه حضانته أو من أماكن قد وضع فيها كالمدرسة... والملاحظ في هذه الصورة أنها تتضمن فعلا إيجابيا عكس الصورة الأولى والمتمثل في أخذ المتهم للمحضون دون موافقة الحاضن إلى مكان آخر، سواء كان المكان معلوماً أو مجهولاً بغير تحايل أو عنف.⁽³⁾

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 177.

(2) حسينة شرون، "جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه"، مجلة الاجتهاد القضائي، قسم الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، ديسمبر 2010، ص 23، 24.

(3) محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية، دون دار نشر، 1999، ص 61، 62.

الصورة الثالثة: إبعاد المحضون القاصر

يقصد بالإبعاد نقل المحضون من مكان إقامته العادية أو من المكان الذي وضع فيه كالمدرسة... ويكون الإبعاد سواء قام به الشخص صاحب الحق في الزيارة أو المستفيد من الحضانة المؤقتة فيحتجز القاصر المحضون، وقد يتعلق الأمر بحمل الغير وتحريضه على إبعاد القاصر عن المكان الموجود فيه.⁽¹⁾

وبعد ذكر الركن المادي للجرائم المنصوص عليها في المادة 328 السابقة الذكر، تجدر الإشارة إلى أن هذا الركن لا يقوم إلا بتوافر شرطين أساسيين وهما:

1- أن يكون المحضون قاصرا:

والسن الذي يقصده المشرع في نص المادة 328 من قانون العقوبات هو 10 سنوات بالنسبة للذكر و19 سنة بالنسبة للأنثى.⁽²⁾

2- توفر حكم قضائي:

يشترط توفر حكم قضائي يتضمن اسناد الحضانة أو حق الزيارة أو كلاهما، ويشترط أيضا في الحكم أن يكون نهائيا حائزا على قوة الشيء المقضي فيه.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

تعد جريمة عدم تسليم المحضون أو خطفه أو إبعاده من الجرائم العمدية والتي لابد من توافر القصد الجنائي العام فيها والمتمثل في علم المتهم بوجود حكم قضائي نافذ، إلا أن المتهم يصر على عدم رغبته في تنفيذ الحكم بتسليم المحضون أو بخطفه أو بإبعاده مع علمه بخطورة الفعل المرتكب وكذلك عقابه.⁽³⁾

كما اعتبرت المحكمة العليا أن امتناع المتهم الأم عن توقيع محضر التبليغ يثبت سوء نيتها وعدم رغبته في تسليم المحضون، وذلك يؤكد الركن المعنوي للجريمة.⁽⁴⁾

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 177.

(2) المرجع نفسه، ص 176.

(3) عب العزيز سعد، مرجع سابق، ص 127.

(4) قرار رقم 529498، المؤرخ في 2010/05/27، الصادر عن غرفة الجنج والمخالفات بالمحكمة العليا، غير منشور.

الفرع الثالث: الجزاء

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة لا تقوم إلا بتوفر جميع أركانها وشروطها والتأكد من وجود حكم قضائي نهائي وعنصر الامتناع العمدي للمتهم⁽¹⁾، وكذلك أن مباشرة المتابعة لا يكون إلا بناءا على شكوى الضحية وفق ما نصت عليه المادة 329 من قانون العقوبات، كما أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية.

(1) قرار رقم 647792، المؤرخ في 2011/06/23، الصادر عن غرفة الجنج والمخالفات بالمحكمة العليا، غير منشور.

الخاتمة

الخاتمة

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع الهامة والتميزة لتعلقه بالأولاد زينة الحياة الدنيا، فكان من الضروري الاهتمام بهم واعطاؤهم أهمية كبيرة. وقد أثمر البحث جملة من النتائج وبعض المقترحات فيمايلي:

❖ النتائج:

- 1- إن المسلم به فقها وقانونا وقضاءً هو أولوية الأم بحضانة أولادها من أي شخص آخر عند تمتعها بالشروط اللازمة لممارسة الحضانة، ولأن مصلحة الطفل تقتضي وجوده معها.
- 2- عدم مسايرة المشرع الجزائري لأي مذهب من المذاهب الأربعة في ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة، واعتماده على ترتيب خاص بإعطاء الحق للأب بعد الأم مباشرة.
- 3- أهمل المشرع تحديد شروط الحضانة، فاكتمى في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك" تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.
- 4- المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة غير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بنصه على عبارة "الأقربون درجة"، مما يجعل القضاة في حيرة من أمرهم خاصة مع عدم اتباع المشرع لأي مذهب من المذاهب الأربعة في بداية ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة.
- 5- إن تحديد المشرع لسن انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر بـ 10 سنوات مع إمكانية التمديد لـ 16 سنة وللبنت حتى بلوغ سن الزواج مع مراعاة مصلحة المحضون في الحكم بانتهائها، جاء متماشيا مع الظروف الحالية للمعيشة، إلا أنه يعاب عليه فقط أنه لا أحد لغير الأم الحاضنة يحق له طلب تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة، حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التحديد.
- 6- حق المحضون في النفقة وكذلك مصاريف العلاج والمنح العائلية والضمان الاجتماعي. ويكون الأب ملزما بالإتفاق على محضونه حسب قدرته ويساره ولا يمكنه الادعاء بيسار الأم لإسقاط النفقة عنه، كما أن شهادة عدم العمل لا تعفيه من الالتزام بدفع النفقة. كما أنه يجب على الأب توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة وإن لم يوجد دفع أجرته التي تعتبر من مشتقات النفقة التي يلزم بها الأب حتى لو كانت الأم عاملة أو تمتلك سكنا.

7- إن تقدير أصحاب الحق في الزيارة والزمان والمكان يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع مع مراعاة مصلحة المحضون.

8- تكون الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ولدها المحضون المرتكبة أثناء تواجدها عندها في فترة الحضانة، ونفس الشيء للأب.

9- يعد فعل عدم تسليم الطفل المحضون وخطفه وإبعاده من الجرائم المعاقب عليها بنص المادة 328 من قانون العقوبات وذلك حماية للطفل المحضون.

❖ الاقتراحات:

1- ضبط المشرع لأصحاب الحق في الحضانة بتحديد الأقربين درجة أو تحديد المذهب الذي يرجع له.

2- إضافة مادة تفيد بأنه للحاضنة الحق في أجره الحضانة.

3- مادام أن الطفل المحضون غير مسؤول عن إغفال والدته عن المطالبة بالنفقة اقترح وضع مادة تنص على أنه لا تخضع نفقة المحضون للتقادم المسقط.

وعموما ورغم وجود بعض الثغرات والنقائص في أحكام الحضانة إلا أن المشرع الجزائري قد أحسن ووفق في علاجها إلى حد قد يضمن معه تحقيق مصلحة المحضون ويوفر له الحماية والاستقرار.

قائمة المصادر والمراجع

❖ قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

- 1- القرآن الكريم.
- 2- السنة النبوية الشريفة
- محمد بن إسماعيل البخاري. صحيح البخاري. الطبعة الأولى. دار السلام. الرياض، 1997.
- أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي. سنن أبي داود. المجلد الثاني. دار الجيل. لبنان، 1992.
- 3- القوانين والمراسيم:
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم. جريدة رسمية رقم 43 مؤرخة في 22 يونيو 2005
- قانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق لـ 25 يونيو سنة 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، جريدة رسمية رقم 28 المؤرخة في 5 يونيو 1983.
- قانون رقم 08/09 الصادر بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- المرسوم التنفيذي رقم 326-94 المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1415 الموافق لـ 15 أكتوبر سنة 1994 والمتعلق بتحديد مبلغ المنح العائلية، جريدة رسمية رقم 68 المؤرخة في 23 أكتوبر 1994.
- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/29، جريدة رسمية رقم 91، المؤرخة في 19/12/1992، ص 2325.
- المرسوم 88 - 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق لـ 26 يونيو 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال. في مدينة الجزائر، يوم 01 يونيو 1988، جريدة رسمية رقم 30.

• الأمر رقم 15 - 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول سنة 1436 الموافق لـ 4 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

• الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 والمعدل والمتمم.

• الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 10 يونيو 1966 معدل ومتمم.

3- المعاجم والقواميس:

- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم (ابن منظور). لسان العرب. المجلد التاسع. الطبعة الأولى. دار صادر. بيروت، دون سنة نشر.

المراجع:

أولاً- الكتب:

1- أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب. منشأة المعارف. الإسكندرية، 1988.

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

3- _____ شرح قانون الأسرة الجزائري. دار الكتب القانونية. مصر، 2009.

4- _____، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون. دار الكتب القانونية. مصر، 2004.

5- سيد سابق. فقه السنة. المكتبة العصرية. بيروت، دون سنة نشر.

6- بلحاج العربي. قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة. الجزائر، 2012.

7- أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الطبعة الخامسة عشر. دار هومة الجزائر، 2008.

8- حسين بن عودة العواشية. الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة. الجزء الخامس. دون دار نشر. بيروت، 2004.

9- جمال الدين صلاح الدين. مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية، 2004.

- 10- زيروتي الطيب. القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزء الأول: تنازع القوانين. مطبعة الكاهنة. 2000.
- 11- عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. دار إحياء التراث العربي. بيروت. 1969.
- 12- عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. الطبعة الثالثة. دار هومة. الجزائر، 1996.
- 13- عبد الفتاح تقية. مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي. دار تالة. الجزائر، 2000.
- 14- عبد القادر بن حرز الله. الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق. دار الخلدونية للنشر والتوزيع. الجزائر، 2007.
- 15- عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. مؤسسة الريان. بيروت، 2012.
- 16- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان. الحضانة و آثارها في تنمية سلوك الطفل. دار الجامعة الجديدة. القاهرة، 2008.
- 17- عثمان التكروري. شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات. الطبعة الأولى. الإصدار الرابع. دار الثقافة. الأردن، 2009.
- 18- علي فيلالي. الفعل المستحق للتعويض. الطبعة الثالثة. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية. الجزائر، 2010.
- 19- الغرياني. صادق عبد الرحمان الغرياني. مدونة الفقه المالكي و أدلته. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. مؤسسة الريان. بيروت، 2002.
- 20- الغزالي. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي. المستصفى من علم الأصول. الجزء الأول. دار إحياء التراث العربي. بيروت، 1324 هـ.
- 21- ابن قيم الجوزية. زاد المعاد في هدى خير العباد. المجلد الثاني. دار الكتاب العربي. بيروت ، دون سنة نشر.
- 22- محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. الطبعة الثالثة. مصر، 1957.

- 23- محمد سعيد رمضان البوطي. ضوابط المصلحة في الشريعة. دار الرسالة. بيروت، 1936.
- 24- محمد سمارة. أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، 2005.
- 25- محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة في الفقه والمذاهب السيرة والمذهب الجعفري. الطبعة الرابعة. الدار الجامعية. بيروت، 1983.
- 26- محمد عبد الحميد الألفي. الجرائم العائلية. دون دار نشر. دون بلد نشر، 1999.
- 27- مورييس صادق. قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء في النفقة. دار الكتاب الذهبي. مصر، 1999.
- 28- وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر. دمشق، 1446.
- 29- ———. نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي. الطبعة الرابعة. دار الفكر المعاصر. بيروت، 1997.
- ثانيا: المذكرات:**
- 1- عيسى طعيبة. سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي. مذكرة ماجستير في الحقوق. كلية الحقوق. جامعة الجزائر، 2011.
- 2- كربال سهام. الحضانة في قانون الأسرة الجزائري. مذكرة ماجستير في القانون. جامعة البويرة. كلية الحقوق، 2013.
- ثالثا: المجلات:**
- 1- أحمد نصر الجندي. "رؤية الصغير"، المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد 14. الأمانة العامة لجامعة الدول العربية. مصر. العدد 14. أكتوبر، 1993.
- 2- حسينة شرون. "جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه". مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع. قسم الحقوق و العلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة. ديسمبر 2010.
- 3- حميدة مبارك. "الجوانب المادية لأحكام الطلاق". نشرة القضاة. العدد 47. الجزائر، 1995.

- 4- فتيحة يوسف عماري. "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. الجزء 37 رقم 02. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق. الجزائر، 1999
- 5- كمال لدرع. "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. الجزء 39. رقم 1. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق، 2001.
- 6- مصطفى معوان. "الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. عدد 41. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق. الجزائر، 2000.
- رابعا: المجالات القضائية
- 1- المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا. العدد 03، 1990.
- 2- المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.
- 3- المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1993.
- 4- المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.
- 5- المجلة القضائية، العدد الأول، 2001.
- 6- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001.
- 7- المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001.
- 8- المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.
- 9- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003.
- 10- المجلة القضائية، العدد الأول، 2004.
- 11- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004.
- 12- المجلة القضائية، العدد الأول، 2006.
- 13- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.
- 14- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007.
- 15- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2008.

- 16- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
- 17- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
- 18- المجلة القضائية، العدد الأول، 2010.
- 19- المجلة القضائية، العدد الأول، 2012.
- 20- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

سادسا: مواقع الانترنت

- 1- الجمهورية العراقية، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، موقع www.krjc.iq بتاريخ 2017/04/13
- 2- قانون رقم 05 لسنة 1961 لدولة الكويت المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات عنصر أجنبي، موقع: www.startimes.com بتاريخ 2017/04/20

الفهرس

الفهرس:

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة.
02	فصل تمهيدي: ماهية الحضانة
03	المبحث الأول: مفهوم الحضانة
03	المطلب الأول: تعريف الحضانة
03	الفرع الأول: تعريفها لغة
03	الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحا
03	أولا: الحضانة شرعا
04	ثانيا: الحضانة قانونا
05	المطلب الثاني: مشروعية الحضانة ومدتها
05	الفرع الأول: مشروعية الحضانة
06	الفرع الثاني: مدة الحضانة
07	المبحث الثاني: شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها
07	المطلب الأول: شروط الحضانة
07	الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء
08	الفرع الثاني: الشروط الخاصة في الرجال والنساء
08	أولا: شروط خاصة بالرجال
08	ثانيا: شروط خاصة بالنساء
08	المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة
08	الفرع الأول: مستحقو الحضانة في الفقه الإسلامي
09	الفرع الثاني: مستحقو الحضانة في القانون الجزائري
12	الفصل الأول: آثار الحضانة وإشكالاتها
13	المبحث الأول: آثار الحضانة
13	المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

13	الفرع الأول: مشتملات النفقة
13	أولاً: الغذاء
14	ثانياً: اللباس أو الكسوة
14	ثالثاً: العلاج
15	الفرع الثاني: تقدير النفقة وشروط استحقاقها
15	أولاً: تقدير النفقة
16	ثانياً: شروط استحقاق النفقة
18	الفرع الثالث: حق الحاضنة في أجره الحضانة
19	المطلب الثاني: السكن أو بدل الإيجار
19	الفرع الأول: مفهوم السكن ومواصفاته
20	الفرع الثاني: إلزام الأب ببذل الإيجار
21	المطلب الثالث: حق الزيارة
22	الفرع الأول: أصحاب الحق في الزيارة
22	أولاً: حق الأبوين في الزيارة
23	ثانياً: حق الأقارب في الزيارة
24	الفرع الثاني: زمان ومكان رؤية المحضون
26	المبحث الثاني: الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة
26	المطلب الأول: حالة الزواج المختلط
26	الفرع الأول: الحضانة عند الزواج المختلط وفق للاتفاقية الجزائرية الفرنسية
28	الفرع الثاني: الحضانة في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر
29	المطلب الثاني: مصلحة المحضون
29	الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون
31	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون
31	أولاً: التحقيق والمعاينة
31	ثانياً: الانتقال للمعاينة
31	ثالثاً: الاستماع إلى الشهود

32	المطلب الثالث: مسؤولية الأبوين عن المحضون
32	الفرع الأول: المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة
33	الفرع الثاني: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون
35	الفصل الثاني: إجراءات الفصل في نزاعات الحضانة
36	المبحث الأول: دعاوى الحضانة
36	المطلب الأول: دعاوى إسناد وتمديد الحضانة
36	الفرع الأول: دعاوى إسناد الحضانة
37	الفرع الثاني: دعاوى تمديد الحضانة
38	المطلب الثاني: النزاعات المتعلقة بمدة الحضانة وسقوطها
38	الفرع الأول: انقضاء مدة الحضانة
39	الفرع الثاني: سقوط الحضانة
39	أولاً: تنازل الحاضنة عن الحضانة
42	ثانياً: وفاة الحاضن
43	المبحث الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة
43	المطلب الأول: عدم دفع النفقة للمحضون
43	الفرع الأول: مراجعة نفقة المحضون
44	الفرع الثاني: جزاء الامتناع عن تسديد النفقة
45	أولاً: الركن المادي
46	ثانياً: الركن المعنوي
47	ثالثاً: الجزاء
47	الفرع الثالث: استحداث صندوق النفقة
47	المطلب الثاني: الحماية الجنائية للمحضون
48	الفرع الأول: الركن المادي
49	الفرع الثاني: الركن المعنوي
50	الفرع الثالث: الجزاء
52	الخاتمة

55	قائمة المصادر والمراجع
62	الفهرس
	ملخص

ملخص:

اهتم المشرع بالطفل من خلال قانون الأسرة، ووضع مجموعة من الأحكام تضمن له الاستقرار النفسي وتحقق له التنشأة السليمة في حالة انتهاء العلاقة الزوجية، فطلاق الرجل لزوجته لا يعني أن يضيع الأولاد ويشقون.

ولقد انعكس هذا الاهتمام على أحكام قضائية صادرة من المحاكم الجزائرية والتي يعمل القضاة على تقديم مصلحة الطفل على غيرها من المصالح.

ولقد اشترط المشرع الجزائري وقبله في الشريعة الإسلامية على جملة من الشروط التي يجب توافرها في الحاضن وكذلك أصحاب الحق في الحضانة، كما نص على آثار الحضانة من نفقة ومشتملاتها والسكن وبدل الإيجار. ولقد نص على أبرز النزاعات التي تثور في هذا المجال. كما حدد أهم دعاوى الحضانة من إسناد وتمديد وإسقاط، دون أن ينص على أحكام مفصلة في هذا الشأن وتركها إلى سلطة التقديرية للقاضي والتي يجب أن يراعي فيها مصلحة المحضون.

ولقد حما المشرع الطفل المحضون جنائيا بفرضه عقوبات جزائية على كل مخالف أو مرتكب لجرائم تمس بالطفل المحضون، وذلك لحماية الطفل ودمجه في مجتمعه.