وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:
عماري سناء

إشراف الأستاذ :
دبابش عبد الرؤوف

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة	المؤسسة
كيحل عز الدين	أستاذ	رئيسا	جامعة بسكرة
دبابش عبد الرؤوف	أستاذ	مشرفا و مقررا	جامعة بسكرة
خلف الله ميلود	أستاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة بسكرة
سلطاني آمنة	أستاذ	ممتحنا	جامعة الوادي
رحماني إبراهيم	أستاذ	ممتحنا	جامعة الوادي
خشمون مليكة	أستاذ	ممتحنا	جامعة جيجل

السنة الجامعية: 1442– 1443/ 2021– 2022

الإهـداء

إلى والديّ الكريمين حفظهما الله

إلى روح الغاليين . . طيب الله ثراهم وجعل الجنة مثواهم

إلى سندي في الحياة زوجي "محمد العيد"

إلى قـرة عيني أبنـائي نصر . محمد نزار

إلى من ترقبوا نجاحي عائلتيّ الكريمتين

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة

جهدي

قائمة المختصرات

I. باللغة العربية :

ط	طبعة
ج	جزء
ص	صفحة
هـ	هجري
م	ميلادي
د.ط	دون طبعة
ص ص	من صفحة إلى صفحة
د.ب .ن	دون بلد نشر
د.ت.ن	دون ذكر تاريخ

II. باللغة الأجنبية:

Op.cit	**Ouvrage précité**
P	**Page**
No	**Numéro**

مُقَدِّمَةٌ

يعد الطلاق من المشكلات التي قد تصاحب الزواج، والتي هي مؤشر على مستوى جودة وكفاءة العلاقات الأسرية والزوجية، ومدى ارتكاز البنيان الأسري على ركائز صلبة من حسن الاختيار والكفاءة في المستويات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسلوكية، فالطلاق إرباك وهدم للكيان الأسري الذي كان يعيش الأفراد فيه ويؤمن لهم السكن والاستقرار والتوافق والتساند.

لهذا فالطلاق وإن اعتبر أحيانًا مخرجًا من أوضاع سلبية لا يمكن معها استمرار الحياة إلا أنه يبقى أبغض الحلال إلى الله، فهو مشكلة تصيب الكيان الأسري الذي هو اللبنة الأساسية في التكوين الاجتماعي، وغني عن القول أن استقرار المجتمع هو في مدى استقرار وسلامة الأسرة فيه. فالأسرة هي خط الحصانة والوقاية والدفاع الأول لدى الأفراد وعلى قوتها وتماسكها يقوم المجتمع ويتربى وينضج أفراده، أما إذا أصاب الخلل تكوين الأسرة وقدرتها على أداء وظائفها فإن ذلك نذير بوجود خلل في التماسك الاجتماعي، يكون مدخل لمزيد من الانحرافات والمشكلات الفردية والجماعية.

والأطفال هم أكثر أعضاء الأسرة تأثرًا بالطلاق وبالمشاحنات والصراعات الأسرية عموما، فما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملامح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعضها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية، بسبب نقص الإشراف العائلي للوالدين وهنا يكتشف الطفل المتروك لذاته أنه ليست هناك أية تأثيرات ضبطية وقائية عليه، كما أنه ليست هناك تأثيرات تربوية إنشائية كل هذا له آثاره السلبية في تصرفات الطفل حيث قد يقوم ببعض التصرفات غير السوية للحصول على ما هو مرغوب فيه، فالأطفال الذين ينشؤون في أسر مفككة يكونون غير قادرين على الحفاظ على حياتهم الزوجية وعادة ما تنتهي علاقاتهم الزوجية بالطلاق أيضًا في المستقبل.

حيث يترك الطلاق آثاره في حياة الأطفال مثلما يتركه في الرجل والمرأة حيث يؤثر في نموهم النفسي والمعرفي والسلوكي، وتعتبر رعاية الأطفال بعد طلاق ذويهم مشكلة صعبة بالنسبة للأسرة والمجتمع، بوصفهم حلقة ضعيفة في المجتمع، قد تتعرّض للعديد من الانتهاكات التي يمكن أن تقوده للانحراف، لهذا اعتنى بهم المشرّع الجزائري عناية خاصة وحاول إحاطته بمنظومة قانونية توفر له بيئة صالحة لكي يتربى على الأخلاق السليمة والقيم النبيلة، ومن ثمّ يتحوّل إلى مواطن صالح يفيد مجتمعه ووطنه، فرعاية الطفل وإحاطته

بالحماية من واجب المجتمع بكل مؤسَّساته، بداية من الأسرة التي تمثل الحضن الأول لحياته، حيث ينشأ ويتلقَّى القيم والرعاية اللازمة قبل تَدَخل مؤسسات المجتمع الأخرى في رعايته وتنشئته .

فحماية الطفل المحضون إنما يعني الحق الأساسي في التمتع بمختلف التدابير الوقائية ذات الصبغة الاجتماعية والتعليمية والصحية وغيرها من الأحكام والإجراءات الرامية إلى حمايته من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو المعنوية أو المادية أو الإهمال أو التقصير التي تؤول إلى إساءة المعاملة أو الاستغلال، بما فيها الآثار السلبية المترتبة عن طلاق والديه إذ تؤدي إلى عدم الاستقرار وعدم الطمأنينة، بالإضافة إلى ضمان الشروط اللازمة لحسن التكفل باحتياجاته، وتسخير الإمكانيات اللازمة لرعايته، وتركيز الجهود لتوفير الإطار التشريعي والتنظيمي والآليات الضرورية التي تضمن تكريس حقوقه وتجسيد الحماية الفعلية لها خاصة بالنسبة لطفل المحضون الذي يعيش أوضاعا وظروفا صعبة تجعله عرضة للفقر والانحراف وهو الأمر الذي أكده التشريع وحرص على ضرورة تجسيده لضمان حماية حقوق المحضون طبقا للآليات الدولية، والاهتمام بالأطفال ينصب على عدة جوانب من أبرزها تربيتهم وتنشئتهم تنشئة صحية وسليمة وتوفير المناخ الملائم لرعايتهم وحمايتهم من جراء المعاملة السيئة بين أفراد الأسرة وأعمال العنف والتعسف التي ظهرت بكثرة اتجاه المرأة والطفل ولأن الأسرة هي البُنية القاعدية للمجتمع، والمُحرك الأساسي لنشاطه وازدهاره ورقيّه، حرص المشرع الجزائري على الاهتمام بشؤون الأسرة بما يُدعم استقرارها ويكفل قيامها بواجباتها تجاه أبنائها من رعاية صحية ونفسية وتربية وتوجيه، حيث اهتم المشرع بالطفل والأسرة في تعديل الدستور لسنة2016 م حيث نصت المادة 72 منه على أنه: "تحضى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع .

تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل..."

وبغية ترقية حقوق الطفل وتعزيزها، ظلت حماية الطفل ورعاية مصلحته محور اهتمام المشرع في التعديل الدستوري لسنة 2020م المؤرخ في30 ديسمبر 2020م من خلال تكريس المصلحة العليا للطفل و حمايته من كل أشكال العنف وهذا ما أكدت عليه المادة71 الفقرة 2 منه على أنه: " حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل".

ويرجع اهتمام الدستور بالطفل والأسرة، باعتبار هذه الأخيرة هي الخلية الأساسية في تكوين المجتمع، حيث حاول المشرع الجزائري بكل إمكانياته المحافظة على استقرارها وحمايتها من كل ما من شأنه تشتيتها، فأجاز لكل متضرر من أفراد الأسرة الواحدة المطالبة بحقوقه قضائيا برفع دعوى قضائية أمام القسم المختص بذلك ألا وهو قسم شؤون الأسرة ويكون المعني ملزم بإتباع إجراءات قانونية معينة ومحددة، لأن حماية المحضون من كل أشكال التعسف، يشكل انشغالا أساسيا والتزاما لكل الفاعلين العاملين في مجال النهوض بحقوق الطفل من حكومة ومؤسسات عمومية وجماعات محلية ومجتمع مدني، وتعتبر حماية الأطفال من متطلبات دولة الحق والقانون، وعلى هذا نجد أن قضايا الطفولة في الوقت المعاصر قد أخذت حظا ليس بالقليل من الدراسات و الأبحاث، لأن الناظر للطفولة في خريطة البناء التَّربوي للمجتمعات يجدها تمثل نصف الحاضر وأمل المستقبل، وخاصة ما يحمله المستقبل من المتغيرات العالمية المتسارعة والتي تتطلب بذل الجهود لإعداد الطفولة لمواكبة ومواجهة المتغيرات، فالحماية القانونية والقضائية للطفل المحضون تتحقق من خلال حصوله على حقوقه المعنوية والمادية لأن هؤلاء الأطفال هم جيل المستقبل فبصلاحهم يصلح المجتمع وبفسادهم يفسد المجتمع، فلا بد أن تكون النصوص والأحكام تتمشى ومصلحتهم وحقوقهم وتكفل لهم الرعاية الكاملة.

وكان التشريع الجزائري من بين التشريعات التي سعت لحماية الطفل بما فيه المحضون فسن المشرع عدة قوانين منها قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية...الخ، ثم صدور قانون رقم 84-11المؤرخ في09 يونيو1984م المتعلق بقانون الأسرة الذي عدل بالأمر رقم05-02 لتدارك الثغرات والنقائص التي كانت موجودة وتكمن الحماية المقررة للطفل المحضون والأسرة في هذا التعديل من خلال تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في جميع قضايا شؤون الأسرة طبقا لأحكام المادة 3 مكرر من الأمر المذكور فأصبحت القضايا التي تمس الأسرة بما فيها مصلحة الأطفال المحضونين موكولة للنيابة العامة، وبعدها جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينظم إجراءات شؤون الأسرة ويحث على تكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر فأصبح لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات قاضي الاستعجال في اتخاذ التدابير والأوامر التي تكون في صالح حماية الأسرة والطفل بصفة خاصة.

وظل الاهتمام بالأطفال يحتل مكانة هامة في السياسة العامة في الجزائر، وخاصة بعد انتشار ظاهرة قتلهم وخطفهم في السنوات الأخيرة، مما أدى إلى تعديل قانون العقوبات وتشديد العقوبة ومضاعفتها على مرتكبي الجرائم ضد الأطفال واستغلالهم، ومع تزايد ظاهرة الإجرام وما آل إليه وضع الطفل وضياع حقوقه سواء في الأسرة أو المدرسة أو المجتمع نتيجة خلل في الرعاية اللازمة له، وما يعانيه من أنواع الانتهاكات في شخصه وجسده من الظلم والأذى والحرمان والخطف والقتل والعنف الأسري والمدرسي المستمر ضده، تم إصدار قانون حماية الطفل 12/15 الذي جاء كدعامة أساسية لتعزيز سبل ووسائط حماية الطفل وتفعيلها واقعيا من خلال نصه على قواعد وآليات تهدف إلى ضمان حقوقه وتكريسها في الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، وكذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيا في ذلك مصلحة الطفل، فتقدير تلك المصلحة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لتقدير القاضي فالطفل بسبب قصوره من ناحية النضج البدني والعقلي فهو بحاجة ماسة إلى أسباب خاصة للوقاية والرعاية ومعالجة أوضاعه وتحقيق مصلحته الفضلى، والقضاء على الظواهر الاجتماعية السلبية المهددة لطفل والتي أصبحت تؤرق جميع القائمين على الشأن الاجتماعي من الأمهات والآباء والمؤسسات التربوية والوسط الاجتماعي ومؤسسات رعاية الطفولة، كما أضاف المشرع آلية جديدة ضمن الترسانة القانونية لحماية الأسرة والمحافظة على الاستقرار الأسري، وهي آلية مستحدثة لحماية المرأة والطفل والمتمثلة في إنشاء صندوق النفقة قانون01/15 يحل محل الأب أو الزوج المدين بالنفقة إذا تقاعس أو عجز عن دفع النفقة الأسرية، في محاولة منه لحماية حق المحضون في ظل الظروف الاجتماعية، فيعد خطوة ايجابية خطاها المشرع صيانة لشرف المرأة الحاضنة وطفلها المحضون وتوفير الاستقرار الأسري الذي يسعى المشرع لتحقيقه، فالمصلحة المادية والمعنوية هي المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه، وتبقى الصلاحية للقاضي في تقدير ذلك.

ولكن رغم هذا الاهتمام نجد في الواقع المعيش الطفل المحضون يعاني العديد من المشاكل والتي أصبحت تهدد أمنه واستقراره، باعتباره أضعف فرد في الأسرة بسبب عدم اكتمال نضجه العقلي والجسمي أصبح هو الضحية الأولى لتعسف وللإهمال الأسري، لذلك

كان لازما على المشرع التدخل لإنقاذه من هذه الوضعية بكل الطرق المتاحة له، فحماية الطفولة وإحاطتها بالضمانات التي تكفل لها رعاية سليمة وتنشئة سوية في كل الأوضاع ليس واجبا وطنيا فحسب، وإنما هو مبدأ أخلاقي إنساني في سبيل الاهتمام بالإنسان الذي هو أساس الحياة. ومن ذلك فالإلمام بموضوع" الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري" يعتبر خير سبيل للوقوف على مدى اهتمام المشرع الجزائري بحماية الطفل المحضون في هذه الوضعية .

أولا – أسباب ومبررات اختيار الموضوع :هناك أسباب موضوعية وأخرى ذاتية جعلتني أختار الموضوع تتمثل فيما يلي:

1- الأسباب الموضوعية:

أ-كثرة المشاكل الأسرية في هذا العصر وخاصة حالات الطلاق، وما ينجم عنها من آثار سلبية على أفراد الأسرة بصفة عامة وعلى الأبناء بصفة خاصة.

ب- تكتسي الحضانة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق ومظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة أهمية بالغة لتعلقها بمصير الأولاد، من خلال وضعهم عند من يحسن تنشئتهم والحفاظ على حقوقهم وتوفير كل المقومات التي تضمن لهم الحياة الكريمة ومن ثم كان لزاماً المبادرة إلى تناول هذه المسألة ضمن دراسة شاملة، لضبطها بقواعد القانون والشريعة والقضاء.

ت- الحضانة كأثر من آثار الطلاق مسألة أسرية نابعة من عمق الواقع الاجتماعي تطرح الكثير من المسائل الواقعية، وعليه كان من الأولى معرفة أهم الإشكالات في الواقع العملي الناتجة عن انتهاك حقوق الطفل، وعدم احترام كل من الوالدين لحقوقه والتزاماته وعدم احترام وتنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة، فكان من المهم أن نبين ما لكل منهما من حقوق والتزامات مخولة له بمقتضى الشرّع والقانون وهذا حرصا منا على ضمان أفضل رعاية للطفل المحضون.

ث- تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في دعاوى الحضانة وإبراز الدور الأساسي للقضاء في حسمها من خلال إعطاءه دورا ايجابيا في ذلك مستعينا بأهل الخبرة من المرشدين الاجتماعيين والنفسيين لترجيح مصلحة الطفل المحضون على غيره من المصالح، نظرا لغياب النص القانوني الذي يحدد معنى مصلحة المحضون .

ج- الوقوف على الحماية القانونية والجزائية التي كرسها المشرع لصالح المحضون وطريقة تطبيقها وتجسيدها من طرف الجهات القضائية المختصة، وتبيان واقع الحضانة على المستوى القضائي من خلال الدعاوى المرفوعة أمامه مع إظهار دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون وإبراز الإشكالات التي تواجهه.

ح- معرفة النصوص القانونية التي أقرّها المُشرّع من أجل حماية الطفل من الجرائم التي تقع عليه من قِبل والديه، وخاصة بعد الانفصال بجميع صورها والذي يكون له أثر بالغ في نفسيته وتربيته خلال فترة الطفولة، من خلال توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون حتى في مواجهة أبويه عندما يتعلق الأمر برعايته فالحماية في الجانب الحقوقي وحده لا تتحقق بل لابد من مكمل لها وهو الحماية في الجانب الجزائي.

خ- إبراز اهتمامات وجهود المجتمع المدني والمؤسسات والهيئات الحكومية في مجال حماية الطفل المحضون بتقديم البرامج والمشاريع التي توفر لهم الرعاية والحماية الاجتماعية المتنوعة، سواء من خلال برامج ومشاريع موجهة للأسرة بصفة عامة والمرأة بصفة خاصة أو موجهة للأطفال مباشرة.

2-الأسباب الذاتية :تتمثل فيما يلي

أ- الميل الذاتي والشخصي لدراسة موضوع الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون على ضوء قانون الأسرة من وجهة نظر الفقه الشرعي، وكذا في قانون الأسرة الجزائري، بالاستناد إلى النصوص القانونية معززًة ذلك بالأحكام والقرارات القضائية التي تتناسب مع الواقع وحل كل مشكلة مع إبراز الدور الأساسي للقضاء في حسم دعاوى الحضانة.

ب- الرغبة في البحث في هذا الموضوع لإدراك المفاهيم وأبعاد المشاكل التي يتخبط فيها الطفل المحضون ومحاولة المشاركة في إيجاد الحماية الفعالة والمساهمة في ذلك قدر الإمكان.

ثانياً -أهمية الموضوع :إن موضوع" آليات القانونية والقضائية لحماية المحضون "هو موضوع مهم جداً، وهو بحاجة إلى بحث وتأصيل قانوني وشرعي، وتكمن أهميته في جانبيه العلمي والعملي :

1-الأهمية العلمية:

أ-إن أهمية موضوع الحضانة تنبع من مدى مكانتها ودورها، فارتباط موضوع الحضانة بالمصلحة الاجتماعية باعتبار المحضون فردا من المجتمع وهو ما يقتضي من المشرع صياغة نصوص قانونية تهدف لرعاية الفضلى للمحضون من جراء تفكك أسرته وحمايته من الانحراف لأن مصلحته قوام الحضانة.

ب- شعوري بأهمية الموضوع نظرا للآثار السلبية المترتبة عن الطلاق و تأثيرها على المحضون إذ تؤدي إلى عدم الاستقرار وعدم الطمأنينة، فالحضانة تكفل للطفل الحماية من جراء تفكك أسرته. لهذا تناولت دراسة هذا الموضوع بشكل مستقل بتأصيل مباحثه تأصيلاً شرعياً وقانونيا وقضائيا.

ت- حرص التشريعات الوضعية وخاصة الجنائية على وضع حماية خاصة للأطفال الذين يتعرضون لاعتداء من قبل والديهم، نتيجة تعنتهم وعدم تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بشأن حضانة الأطفال أو نفقتهم أو إهمالهم، وتقرير أحكام متماشية ومصلحتهم، لأن ذلك يكفل لهم التربية الحميدة.

ث- تعد حقوق المحضون من أهم المسائل التي يجب أخذها بجدية والحرص، باعتباره لم يعد مجرد منتفع بالحماية وإنما صاحب حقوق لهذا أولاها المشرع اهتماما بالغا وذلك بضبط كل الجوانب المنظمة لها، من خلال تكريس مبدأ مراعاة مصلحة المحضون والذي يعد مقياسا وتوجها ثابتا لرعاية المحضون سواءا اجتماعيا أو تشريعيا أو قضائيا وهو معيار مرتبط بآليات التغيير الاجتماعي والحضاري ومواكبتها تحقيقا لمصلحته.

ج- تعتبر حماية المحضون من الأولويات الوطنية حيث تتكافل العديد من القطاعات في مجابهة التحديات التي تواجهه من خلال وضع البرامج والآليات التي تراعي خصوصياته بالإضافة إلى تكريسها تشريعيا من خلال التأكيد على ضرورة اعتبار مصلحة الطفل المحضون في جميع القرارات المتعلقة بالمحضون.

2- الأهمية العملية:

أ- تكريس مبدأ مصلحة الطفل في القانون الجزائري يرتكز على التعاون بين كل من المشرع الذي يضع نصوصا قانونية عامة ومجردة وبين القاضي الذي يفسرها ويفصل حسب كل حالة على حدة من خلال الدعاوى المرفوعة أمامه.

ب- مرونة الأحكام المنظمة للحضانة مما يجعلها تسمح لقاضي شؤون الأسرة بإيجاد الحلول المناسبة باختلاف الملابسات والظروف كل قضية، حيث فتح المشرع أمام القاضي بإعمال سلطته التقديرية بغرض التوصل لمصالح هادفة وإفرادها من أجل الإلمام والتكفل بجميع النزاعات والمسائل المتعلقة بالمحضون.

ت- يعتبر من بين أهم المجالات التطبيقية لمبدأ مراعاة المحضون إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو لغيرهما عند الطلاق، فعلى القاضي أن يراعي هذه المصلحة لأنها مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي بناءا على الأبحاث والتحقيقات التي يجريها فللقاضي مسؤولية كفالة هذا الحق وحمايته من خلال سلطته التقديرية المبنية على عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل في سبيل تحقيق هذه المصلحة.

ث- جعل المشرع قاعدة مصلحة المحضون جوهر كل انطلاقة في مجال حماية المحضون و هو مبدأ محوري يحكم حقوقه ينشد المثالية غير واضح المعالم يقتضي اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل المحضون وأفضلها إذا تعددت الحلول وترجيحها على بقية المصالح، وهذا يستدعي البحث والتدقيق في مقتضيات تطبيقه وضوابطها لأنه كمفهوم قانوني يعاني قصور على مستوى الإطار المفاهيمي.

ج- إن التطورات و التحولات التي يشهدها المجتمع بصفة عامة والأسر بصفة خاصة في الوقت الحالي مع ارتفاع حالات الطلاق يستلزم ضرورة إبراز الغاية العملية والقانونية لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون نظرا لدورها في البحث عن الحقيقة الموضوعية و تحقيقها للحماية اللازمة.

ثالثاً -أهداف الدراسة:

أ- تسليط الضوء على موضوع الحضانة و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها وبيان أحكامها وفق الآليات القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لحماية هذه الفئة من المجتمع.

ب- تفاقم ظاهرة التعسف على الحقوق المادية والمعنوية للطفل المحضون، لذا ارتأينا بيان أحكام الحضانة وحقوق المحضون والحماية المقررة لذلك من التأصيل الشرعي والقانوني والواقع العملي.

ت- معرفة أوجه التشابه وأوجه الخلاف، بين الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري في معالجة موضوع الحضانة، وما يرتبط بها باعتبارها من أهم دعاوى الأحوال الشخصية للولاية

على النفس، ويرجع السبب في ذلك إلى مصلحة الصغير المحضون والارتباط بأبويه قبل انحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عنه من تنازع بين المطلقين حول حقوق وواجبات كلا الطرفين .

ث- معرفة مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان حماية حقوق الطفل المحضون والآليات القانونية التي وضعها المشرع لتوفير هذه الأهمية.

ج- تسليط الضوء على الجرائم الواقعة على الطفل والمرتبطة بحق الحضانة، لتبيان مدى أهمية الحماية الجنائية في الدفاع عن حقوق الطفل المرتبطة بالحضانة، وخاصة التي تقع على الطفل من قبل والديه، أو حاضنه في قانون العقوبات الجزائري لمعرفة الشروط والأركان التي تقوم عليها هذه الجرائم .

ح- البحث عن الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهملها النص، وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

خ- تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في مسائل الحضانة .

د- تقويم سياسة المشرع التشريعية في مجال حماية الطفل المحضون سواء في الجوانب الموضوعية من جهة والعمل القضائي من جهة أخرى ومن ثم تشخيص مواطن الخلل في القوانين النافذة، واقتراح الحلول المناسبة لها .

ذ- بيان الضمانات القانونية المستحدثة التي أقرها المشرع الجزائري للطفولة وهي ضمانات كفيلة لضمان حقوق الطفل المادية و المعنوية.

رابعا- الدراسات السابقة :هناك عدد من الدراسات السابقة التي لها علاقة بموضوع البحث سأذكر منها على سبيل المثال:

- أطروحة دكتوراه للباحثة :حميدو زكية بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2005 بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية التي تناولت فيها الباحثة مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في التشريع الجزائري و بعض القوانين المغاربية معتمدة على أسلوب المقارنة بين هذه التشريعات من جهة و الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

وما يتميز به طرحي للموضوع إضافة إلى ما سبق، هو التطرق للحكم التفصيلي من الناحية الشرعية لموضوع الحضانة باستعراض آراء الفقهاء من جهة و القانون الأسرة الجزائري و العمل القضائي من جهة أخرى وبيان مدى توافق الموقف القانوني مع الشريعة

الإسلامية، باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري بموجب نص المادة 222 منه، والحداثة والتي تجسدت في الإجراءات والآليات التي من خلالها حماية الطفل بمجرد الإحساس بوجود خطر محدق يعرض كيانه المادي و المعنوي للخطر آخرها قانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو2015 والمتعلق بحماية الطفل، وقانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة.

- أطروحة دكتوراه للباحث: شامي أحمد بكلية الحقوق جامعة تلمسان 2014 بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية تعتبر مرجعا مهما جمع فيه الباحث آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في عدة قضايا تتعلق بالأسرة مركزا على دور القاضي الاجتهادي في المسائل الأسرية.

وما يتميز به طرحي للموضوع إضافة إلى ما سبق، هو إبراز ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في مسائل الحضانة.

- أطروحة دكتوراه للباحث عبد الرحمن بن نصيب بعنوان الأسرة والقانون الجنائي بجامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة لسنة 2015/2014.

وما يتميز به طرحي للموضوع إضافة إلى ما سبق، هو تبيان الحماية الجنائية لحقوق الطفل المرتبطة بحق الحضانة، من خلال تجريمه للأفعال التي من شأنها أن تلحق الأذى بالطفل وتعتدي على حقوقه.

خامسا- صعوبات البحث

رغم الأهمية التي يكتسيها موضوع حماية المحضون خصوصا في جانبيه الشرعي والقانوني، فقد واجهتنا العديد من الصعوبات ونحن بصدد إعداد هذا البحث، والتي من الطبيعي أن تعترض الباحث مجموعة من الصعوبات والعقبات أثناء إنجازه والتي تختلف تبعا لطبيعة البحث وظروف الباحث، وكثيرا ما تسهم في توجيه مسار البحث والتأثير عليه ويمكن إجمالها فيما يلي :

1- قلة المراجع التي تتناول موضوع الحضانة والإشكالات العملية المطروحة في الواقع.

2- غموض في النصوص القانونية المتعلقة بمجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في المسائل المتعلقة بالمحضون.

3- غياب تعريف واضح ومحدد لمصلحة المحضون بالرغم من الاجتهادات القضائية التي حاولت تحديدها، ويبقى صعب التحديد نتيجة للتضييق والغموض القانوني من جهة وفقر على مستوى فقه القضاء من جهة أخرى.

سادسا- إشكالية الموضوع

انطلاقا من أن الأطفال هم ضحايا شقاق الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية بحكم هشاشتهم وحاجتهم المفرطة للحماية نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية ونجاعة النصوص القانونية والأحكام القضائية في حماية حق المحضون في التشريع الجزائري؟

أو بصيغة أخرى: **إلى أي مدى استطاع المشرع الجزائري أن يكفل الحماية القانونية والقضائية للطفل المحضون ضحية التفكك الأسري ؟**

سابعا- المنهج المتبع في الدراسة

نظراً لطبيعة الموضوع التي تعتبر دراسة لمسائل من الناحية الشرعية والقانونية والقضائية فإن ذلك يتطلب مني الاستعانة ببعض المناهج التي تتيح لي التعرف على هذا الموضوع وقد اعتمدت في دراستي على المناهج التالية:

1. المنهج التحليلي:

وذلك من خلال تحليل نصوص القانون الجزائري والأحكام والقرارات القضائية وأراء الفقهاء بشأن موضوع آليات حماية المحضون، للتوصل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة بها من أجل صياغة الحلول والمعالجات المناسبة، للمشاكل الناجمة عنها في الواقع الاجتماعي وهذا في قانون الأسرة الجزائري وكذا في مختلف المذاهب الفقهية.

2. المنهج الوصفي:

وقد استعملت هذا المنهج والذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية، وهذا من خلال توضيح بعض المفاهيم والتعريفات، موصفا الظاهرة الاجتماعية الخاصة حماية المحضون والتي يكون ضحيتها نتيجة الطلاق، من خلال سرد المعلومات وعرض ما له صلة بموضوع الدراسة لنصل في الأخير إلى الحلول والنتائج.

3. المنهج المقارن:

وذلك بالمقارنة بين النصوص القانونية والشرعية المتعلقة بالموضوع، من خلال عرض وتبيان مواقفهم من هذا الموضوع ومعرفة مواطن التداخل والخلاف بينهما ومدى مسايرة المشرع للفقه الشرعي.

ثامنا- خطة البحث :تقتضي الإجابة على إشكالية هذا البحث، تقسيم الدراسة إلى بابين يتضمن الباب الأول الأسس القانونية للحضانة في القانون الجزائري، حيث تناولت في الفصل الأول ماهية الحضـانة وضوابطهـا، وتناولت في الفصل الثاني مسقطات الحضانة والآثار المترتبة عنها أما الباب الثاني فيتضمن الحضانة على ضوء الممارسة القضائية والواقع العملي حيث خصصت الفصل الأول منه الأثر المدني والجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه، وخصصت الفصل الثاني للضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة، وفي نهاية البحث توصلت إلى خاتمة ذكرت فيها أهم النتائج والمقترحات.

الباب الأول

الأسس القانونية للحضانة في القانون الجزائري

الباب الأول

الأسس القانونية للحضانة في القانون الجزائري

لقد حرص الإسلام على الاهتمام بالطفولة المبكرة بتعليمها وتربيتها في شتى الجوانب الإنسانية، وشرع للأطفال من الحقوق ما يضمن لهم تربية وتعليم مناسبين لمواجهة متطلبات المستقبل وحتى يستطيع الطفل إدراك دوره في المجتمع الذي ينتمي إليه على أفضل حال انطلاقا من الأسرة التي تُعد البيئة الأولية التي يتوجب عليها الوفاء بحاجات الطفل ومتطلباته من الرعاية القائمة على الحب والتعاطف والأمن النفسي والاجتماعي بالصورة التي تؤهله ليشب ناضجا وراشدا وقادرا على تحمل مسؤولياته وتبعاته وواجباته في المستقبل.

إن الأساس الصحيح الذي تُبنى عليه الأسرة هو الزواج الشرعي، الذي يضمن لنا أسرة ذات نقاء أخلاقي ووراثي، ينعم بها الطفل ويعرف بها نسبه، فتكون له خيرَ حاضنٍ، وقد بين لنا النبي صلى الله عليه وسلم في أحاديثَ كثيرة، الأسس التي تُبنى عليها الأسرة الصالحة ومن أهمها أن ينشأ الطفل في ظل زواج شرعي وأن يحسن كلٌ من الزوجين اختيار الآخر وخاصة اختيار الزوجة لأنها ستصير أُمًّا فيما بعد، وثلاثة أرباع التربية تقع على الأمّ كما جاء من طريق أبي هريرة رضي الله عنه قال **:جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :يَا رَسُولَ اللهِ مَنْ أَحَقُّ الناس بِحُسْنِ صَحَابَتِي ؟ قَالَ : أُمُّكَ " قَالَ: ثُمَّ مَنْ ؟ قَالَ " : أُمُّكَ" ، قَالَ : ثُمَّ مَنْ ؟، قَالَ " : أُمُّكَ " قَالَ ثُمَ مَنْ ؟ قَالَ : أَبُوكَ."**[1]

إلاّ أن هذه الأسرة قد يهددها خطر الطلاق، فقد تسوء العشرة ويشتد الخلاف بين الزوجين ويفقد الزواج معانيه السامية ولا يبقى العلاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية، فواقعة الطلاق تؤثر على المجتمعات بصفة عامة وأفراد الأسرة بصفة خاصة، فهي ليست مجرد تصرف ثنائي بل هي تصرف اجتماعي ينعكس أثره مباشرة على المجتمع فبمجرد تفككها تنهار دعائم الحياة الزوجية ويتعرض الطفل لتبعات الطلاق، فيجد الطفل

1 رواه: محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن الكثير، دمشق، بيروت، 1423هـ/2002م، كتاب الأدب، باب مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ الصُحْبَةِ، رقم الحديث5971 ، ص 1214

نفسه أمام غياب أحد الدعائم الأساسية لحياته النفسية والمادية مما يؤدي إلى نقص المتابعة الدائمة من قبل أحدهما كما كانت من قبل، فالطفل يعتبر أكبر متضرر من الطلاق لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى والديه كلاهما مجتمعين ليعيش طفولة سوية وليجد من يقوم برعايته وتربيته.

وبناء على ذلك فإن الأسرة تعتبر إحدى مقومات تكريس مصلحة الطفل وهي المسؤولة بالدرجة الأولى على صيانتها وفقدان الأسرة أو تصدعها يمس بالضرورة بها وهو ما يبرر تدخل الدولة من خلال التشريعات والتدابير لحمايتها.

فقد أولى المشرع الجزائري اهتماما خاصا بالطفل فعمل على إرساء منظومة تشريعية اختزلت جملة المعاني والقيم ارتكزت على أخلاقيات مؤداها أن الطفل بسبب عدم نضجه البدني والفكري هو دائن بالحماية للمجتمع بأسره من خلال تنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه ومنها الحضانة، وكفلها بنصوص قانونية لحمايته وضمان حقوقه من الناحية المدنية والجنائية، حيث أقر المشرع هذا الحق في قانون الأسرة ووضع له نصوص قانونية وذلك في الكتاب الأول، في الفصل الثاني من المادة 62 إلى غاية المادة 72[1] منه، وبسط على هذا الحق الحماية الجزائية في حالة مخالفة أحكام الحضانة أو الإخلال بمصلحة المحضون في قانون العقوبات .

وأحكام الحضانة يحكمها مبدأ هام هو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو تمديدها أو إسقاطها عمن أسندت إليه، وقد أشار إليها المشرع الجزائري في خمسة(05) مواد من أصل إحدى عشرة 11 مادة تناول فيها أحكام الحضانة من المواد62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة بموجب الأمر05- 02 الذي ألغى المادة 63 وأخضع بعض موادها للتعديل، ولهذا نجد أن معظم الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة

[1] القانون(11/84)المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ09 يونيو1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم(02/05)المؤرخ في 27 فبراير2005، صادر بالجريدة الرسمية العدد15، المؤرخة بتاريخ 2005/02/27.

كلها اجتهادية من خلال تقدير القاضي هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها ولا معيار تطبيقها .

كل هذا نعرض له تفصيلا في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: ماهية الحضانة وضوابطها

الفصل الثاني: مسقطات الحضانة والآثار المترتبة عنها

الفصـــل الأول

ماهية الحضـــانة وضوابطهـــا

الفصـل الأول

ماهية الحضـانة وضوابطهـا

تُعد التنشئة الأسرية السليمة أساس بناء المجتمع فإذا نُظم هذا الأساس وبُنِيَ على قواعد سليمة ومبادئ وقيم دينية رفيعة ظل هذا البناء شامخا متماسكا لا تؤثر فيه عوامل التعرية يحمي كل من يأوي بداخله خاصة الأطفال، لأن البيئة الأسرية لها دور أساسي وفعال في تنشئتهم ونموهم وإشباع حاجاتهم النفسية والاجتماعية والبيولوجية بما يؤدي إلى تشكيل شخصيته ويحدد ملامحها وطابعها في مستقبل حياته.

ولا شك أن تقصير الأسرة في رعاية الطفل هو نتيجة مباشرة للطلاق، تؤدي إلى العديد من التأثيرات السلبية، فالضياع والجوع والحرمان هو مصير الأولاد عند انفصال الأبوين.
ومن أبرز الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث تكفل له التربية الصحيحة والخلقية السليمة، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة.

أن الحضانة تعد من أهم الأمور التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، لأنها تختص بالطفل باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة والمجتمع، وهي من أهم الأولويات التي يجب الأخذ بها، لأنها تقوم من يوم ازدياد الطفل، إلا أن مصلحة الطفل لا تظهر بشكل يلفت النظر إلا بعد التفرقة بين الزوجين.

ولهذا حرص المشرع الجزائري على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري وإدراجها تحت معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية والمتمثل في مصلحة المحضون سواء في التشريع أو الأحكام أو قرارات القضاء.

المبحـــث الأول

مـــفهوم الحضانـــــة

الحضانة من الحقوق الثابتة للأطفال، إذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته من المرحلة الأولى من عمره ولم تقتصر الحضانة على ذلك بل تتعدى إلى التربية النفسية ومراعاة المؤثرات الخارجية عليه[1]، كما يقرر علماء التربية والاجتماع أن الطفل يولد وعقله صفحة بيضاء تتولى الأسرة ملأها بالقيم الاجتماعية والمبادئ والمعايير والأخلاق والأعراف كل هذه الأسس ترسخ في مرحلة الحضانة.[2]

ونحن بصدد دراستنا لهذا الحق سوف نقوم بتعريف الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها وتبيان طبيعتها القانونية من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي القانوني للحضانة

المطلب الثالث: الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المتشابهة لها

1 رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط 1 مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012 م، ص52.

2 خالد عبد العظيم أبوغاية أحمد، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013 م، ص152.

المطلب الأول

تعريف الحضانة ومشروعيتها

يحتاج الولد في حياته الأولى إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين[1]، وللحديث عن الحضانة يقتضي بالضرورة التعرف على مصطلح الحضانة لغة مرورا بتعريفها الفقهي وأخيرا تعريفها حسب ما جاء به قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول

تعريـــف الحضانـــة

أولا: التعريف اللغوي للحضانة

الحضن: ما دون الإبط إلى الكشح و(الكشح ما بين الخاصرة والضلوع) والحضن هو الجنب وحضن الطائر بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه.[2]

وحضن الرجل الصبي : رعاه ورباه فهو حاضن، والجمع حضنة وحضان وهي حاضنة والجمع حواضن ويقال: احتضن هذا الأمر تولى رعايته والدفاع عنه، والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، والحاضنة :التي تقوم مقام الأم في تربية الولد.

والحَاضِنَةُ في الأصل مصدر للفعل حَضَنَ، أي ضم، وهو يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية، فقال حَضَنَتْ المرأة ولدها حَضَانَةً، إذا ضمته إليها، فإن المعنى اللغوي للحضانة أنها (تربية الولد).[3]

وبعد استعراض كلمة الحضانة في اللغة يتبين أنها تحمل معانٍ عديدة:

المعنى الأول: حضن بمعنى ضم، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينها والجمع أحضان.

---

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج 1، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م ص131.

[2] محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، (د.ط)، مكتبة لبنان، لبنان، 1989م، ص125 .

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج4، ط3، مؤسسة الرسالة، مصر، 1980م، ص215.

المعنى الثاني: الحضن بمعنى التربية، فيقال حضن الصبي حضنا والحاضن والحاضنة الموكلان بالمحضون يحفظانه ويربيانه.

فالحضانة هي الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه[1]، وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه، ورعايته والقيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه، والاهتمام بنظافته ممن له حق تربيتهِ شرعاً.[2]

ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة

عرفت الحضانة في اصطلاح الفقه الإسلامي بتعريفات متعددة:

1- عرفها الحنفية بعدة تعريفات نذكر منها:

- **عرفها ابن عابدين بأنها:** " تربية الأم أو غيرها، ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها".[3]

- **عرفها الكساني بقوله:** "حضانة الأم ولدها، وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه، ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه".[4]

- **عرفها السرخسي بأنها:** "للجارية وإن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر".[5]

2- عرفها الشافعية بعدة تعريفات نذكر منها:

- **عرفها الشربيني بأنها:** "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه، بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك".[6]

1مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، ط4، المكتبة الشروق الدولية مصر، 1425هـ-2004م، ص 182

2 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار البصائر، الجزائر، (د.ت.ن) ص204.

[3] محمد أمين بن عمر بن عابدين، رد المحتارعلى الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت لبنان، (د.ت)، ص555.

[4] أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، (د.ط)، دار الحديث، مصر، (د.ت.ن)، ص40.

[5] شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج5، ط1، دار المعرفة، لبنان، (د.ت.ن)، ص107.

[6] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دراسة و تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، تقديم وتقريظ :محمد بكر إسماعيل، ج3، ط3، مطبعة الحلبي، مصر 1946 م، ص452.

- **عرفها الشافعي الصغير بأنها:** "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه، ودفع ما يضره".[1]

3- عرفها المالكية بعدة تعريفات نذكر منها:

- **عرفها الدسوقي بأنها:** " حفظ الولد، والقيام بمصالحه".[2]
- **عرفها الرهوني بأنها:** "وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه، حتى يقوم بنفسه".[3]

4- عرفها الحنابلة :

- **عرفها ابن قدامة بأنها:** "كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك".[4]

وبالنظر إلى هاته التعريفات عموما، نجد أنها تتفق جميعها على أن مناط الحضانة هو حفظ المحضون، وإن اختلفت الألفاظ والشروح لهذا النوع من الحفظ من تربية ورعاية وما يحتاج إليه ممن لا يستقل بنفسه، ويكون الحفظ في جسم المحضون ومبيته وطعامه توجيهه وتربيته وكسائه، وأي شيء يحقق له المصلحة ويدفع عنه المفسدة لأن الحضانة من الولاية على النفس[5] تثبت للحاضنة، صيانة للصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره.[6]

غير أن معظم هذه التعريفات أغفلت ذكر بعض العناصر التي ينبغي أن يتضمنها تعريف الحضانة لكي يكون جامعا مانعا لمفهومها وهي:

---

[1] شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3، (د.ط)، مطبعة الحلبي، مصر (د.ت.ن)، ص241.

[2] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، (د.ط)، مطبعة الحلبي، مصر، (د.ت.ن)، ص526.

[3] الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج4، (د.ط)، دار الفكر، لبنان، 1978م، ص249.

[4] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، المغني، ج8، (د.ط)، دار الكتاب العربي، لبنان، (د.ت.ن)، ص297.

[5] ويرى ابن قيم الجوزية أن الولاية على الطفل نوعان، نوع يقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.أنظر أحمد عطا الله، تربية الطفل في الإسلام، ط1، دار الفكر، الأردن، 2007 م، ص 52

[6] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص45.

1- **سبب الحضانة:** إن الطفل في بداية حياته في حاجة ماسة إلى من يحفظه ويتعهده ويقوم على تربيته بما يصلحه ويحميه مما يضره، لأنه في هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا عن القيام بشؤون نفسه.[1]

2- **مصدر الحضانة:** وهو الشرع باعتبار كونها ولاية[2]، فالشارع أناط ذلك للأقارب ولا يشارك الأم في القرب من الولد إلا أبيه.[3]

3- **الهدف من الحضانة:** حفظ الصغير وصونه وحفظ النفس البشرية من الضياع.[4]

4- **مدة الحضانة:** تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة[5].

5- **أطراف أو أركان الحضانة:** وهي الحاضنة أو الحاضن والمحضون له وهو الأب أومن يقوم مقامه والمحضون.

6- **حكم الحضانة:** اتفق الفقهاء على وجوب الحضانة، وعللوا ذلك بأن المحضون قد يهلك أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه عن الهلاك.[6]

و بناء على ضرورة اشتمال تعريف الحضانة على العناصر المذكورة يمكن تعريف الحضانة بأنها " حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وبتربيته والقيام بمصالحه ممن له الحق في الحضانة وجوبا في الفترة الأولى من حياته حتى يسلم إلى أبيه أو من يقوم مقامه".[7]

وما يجب اعتباره ومراعاته في الحضانة :

- أنها سلطة شرعية للحاضن على المحضون لتحقيق مصالح المحضون العاجلة والآجلة.

---

[1] خالد عبد العظيم أحمد أبوغاية، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013م، ص151.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص47.

[3] خالد عبد العظيم أحمد أبوغاية، مرجع سابق، ص157.

[4] ضو مفتاح غمق، الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة)، (د.ط)، دار شموع الثقافة، الجماهرية العربية الليبية، 2002 م، ص11.

[5] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983م، ص781.

6 نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، (د.ط)، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2009 م، ص100.

[7] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص48.

– أنها الجزء الأول من الولاية، تقدم فيه النساء على الرجال بخلاف الجزء الثاني للولاية.

– إنها تشمل كل ما يحتاج إليه المحضون من ماديات مثل المؤونة وكل ما يحفظ حياة المحضون حفظا تاما، ومن المعنويات بتربية المحضون والحنان الواجب لنشأته السوية وتعليمه كل ما يحتاج إليه في حاله ومستقبله.

– أن مدتها تحدد بالوصف والسن تساعد في ذلك، لهذا حصل خلاف في مدة الحضانة.[1]

ثالثا: التعريف القانوني للحضانة

خلافا لما أَلِفه وتعود عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة، يعرف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد[2]، وذلك بنصه على ما يلي :" الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا".

والملاحظ من التعريف:

– أن المشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة.

– يتسم بالعمومية ويجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[3]، فمن الماديات المؤونة وكل ما يحفظ حياة المحضون حفظا تما، ومن المعنويات بتربية المحضون والحنان الواجب لنشأته السوية وتعليمه كل ما يحتاج إليه في حاله ومستقبله.[4]

– أن المشرع لم ينص على حماية الجانب الجسدي للمحضون فقط، وإنما أعطى أهمية للجانب الروحي والعقائدي.

---

[1] أبوبكر لشهب، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية(دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، كلية الحقوق، قسنطينة، الجزائر، العدد09 ، (د.ت.ن)، ص480 .

[2] باديس دياربي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008 م، ص50.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996م، ص21 .

[4] أبو بكر لشهب، مرجع سابق، ص477.

– ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمَّنها هذا التعريف[1].

الفرع الثاني

مشروعية الحضانة

سنتطرق في هذا الفرع على الحكم الشرعي للحضانة والأدلة مشروعيتها.

أولا: الحكم الشرعي للحضانة

حضانة الصغير وكفالته واجبة، لأنه يُهلك بتركها، فيجب حفظه وإنجاؤه من الهلاك بوجوب رعايته وتفقده والإنفاق عليه[2]، فالحضانة من الولاية على النفس، تثبت للحاضن صيانة الصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره وتتمثل في إمساكه وحفظه في مبيته أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته.[3]

ثانيا:دليل مشروعيتها

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

1- من الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾. سورة البقرة:الآية 233.

فقد دلت هذه الآية الكريمة على أحقية الطفل في الرضاع، ولا شك أن فترة الرضاع من مدة الحضانة.[4]

---

1 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، (د.ط)، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988م، ص225.

2 بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي(دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري)، (د.ط)، دار الفجر، الجزائر، (د.ت.ن)، ص337.

3 أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص220.

4 عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008 م، ص7.

كما ثبتت الحضانة من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ **وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا**﴾ سورة الإسراء: الآية 24.

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير، وهذه التربية حضانته والقيام بشؤونه.[1]

2- من السنة النبوية:

ما روى ابو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أنَّ امرأةً قالت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ ابني هذا كان بَطني له وِعاءً، وثَدْيي له سِقاءً، وحِجْري له حِواءً، وإنَّ أباه طلَّقَني، وأراد أن ينتَزِعَه منِّي، فقال لها رَسولُ الله صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: أنتِ أحَقُّ به ما لم تَنكِحي"[2]

فقد دل هذا الحديث على مشروعية الحضانة، وأن الأم أحق بها، فالوعاء هو الظرف الذي يحفظ فيه، كالقربه للماء، والحواء اسم لكل شيء يحوى غيره، أي يجمعه، والسقاء: ما يسقى منه اللبن، ولا شك أنها الأحق لاختصاصها بكل هذه الأوصاف دون الأب.[3]

3- من الإجماع:

ما روي عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه فارق امرأته بعد أن أنجب منها ابنه"عاصم"، ثم قام نزاع بين عمر ومطلقته بشأن حضانته فكل منها يود أن يضمه إليه ومن ثمَّ رفع النزاع إلى أبي بكر الصديق(رضي الله عنه) فمنع عمر من ضمه إليه وقال لعمر ريحها ومسها ومسحها خير له من الشهد عندك، وكان الصحابة حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان إجماعا [4].

---

[1] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009 م، ص11.

[2] حسن بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ج5، (د.ط)، بيروت، 2004 م ص414 .

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 8.

[4] محمد بن أبي بكر شمس الدين بن قيم الجوزية، زاد المعاد في الهدى خير العباد، ط27، دار الفكر، بيروت، 1994 م ص305.

4- من المعقول:

أما من ناحية المنطق والمعقول فقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره.[1]

ثالثا: الحضانة ومنزلتها من المصالح المعتبرة شرعا

تندرج الحضانة تحت المصالح الضرورية ولاسيما المتعلقة بحفظ النفس والنسل والدين[2]، فهي شرعت لتحقيق جملة من المصالح للمحضون أذكر منها: حماية الطفل ورعايته الأخلاقية والخلقية بتربيته على محاسن العادات وتوفير الرعاية الصحية له لضعفه وحاجته مما يجعله يشب في صحة وعافية فيخدم أهله وأفراد مجتمعه وأمنه.

- علاقة حفظ النفس بالحضانة: هي القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومرقده والسهر على صحته حتى لا يهلك، وهذا الغرض هو نفسه المراد بحفظ النفس كضرورة في الشريعة الإسلامية.[3]

- أما علاقة حفظ النسل بالحضانة: فالله سبحانه وتعالى شرع لنا الزواج للتناسل، وبقاء النوع الإنساني على أكمل وجه.[4]

- وعلاقة حفظ الدين بالحضانة: لأن الحضانة تربى الولد على مبادئ الدين الإسلامي الحنيف وتغرس قواعده العامة حتى ينشأ صالحا في دينه.[5]

---

[1] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة 2010 م، ص303.

[2] ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010م، ص97.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص139.

[4] ناصر جبر القرم، مرجع سابق، ص98.

[5] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص139.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي والقانوني للحضانة

تقتضي الحضانة حفظ المحضون وتربيته ورعايته، ولما كان الطفل عاجزا عن النظر في مصالحه جعل الله تعالى ذلك إلى من يلي أمره، ففوض الولاية في المال والعقود إلى الرجال، لأنهم أقدر على ذلك، وفوض أمر الحضانة إلى النساء، لأنهن أشفق وأحن وأقدر على التربية من الرجال[1]، فطرفا الحضانة هما المحضون أي الصغير ومن في حكمه والحاضنة إذا كانت أنثى أو الحاضن، فإذا قلنا إن المحضون هو صاحب الحق في الحضانة، فإن من تقضي مصلحة الصغير أن يكون في حضانته ليس له أن يمتنع عن قبولها، وللقاضي أن يجبره على ذلك، وإذا قلنا أن الحضانة حق الحاضن أو الحاضنة فإنه لا يجبر عليها ويملك إسقاط الحق فيها، لأن صاحب الحق لا يجبر على استيفائه[2]، فالسؤال المطروح: ما هو التكييف الفقهي للحضانة؟ هل هي حق للحاضنة؟ أم هي واجب عليها؟ أم هي حق للمحضون؟

الفرع الأول

طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول طبيعة الحضانة وصاحب الحق فيها إلى آراء وفقا لما يأتي:

أولا: الحضانة حق لله تعالى: ذهب إلى هذا بعض الإباضية ودليلهم على ذلك أن الحضانة شرعت حفظا للنفوس ولا شك أن حفظ النفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالى[3]، لأنها ولاية شرعية مُقدرة بحكم الشرع على وجه الإلزام، فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع.

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص11.

[2] أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009 م، ص454 .

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص101.

ثانيا: الحضانة حق للحاضنة: ويرى أن الحضانة حق للحاضنة (الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت عن حقها إلا إذا لم يوجد غيرها، أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها أو لم يكن للأب أو للصغير مالا يكفي لاستئجار حاضنة، وممن ذهب إلى هذا القول جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ورواية عن مالك.[1]

ويترتب عن كون الحضانة حقا للحاضنة ما يأتي:

– ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة، لأن في ذلك تفويت لحق الحاضنة.[2]

– إذا كان الصغير يرضع من غير الحاضنة فعلى المرضع أن ترضع الصغير عند الحضانة.[3]

– لا يجوز للأب أن يأخذ الطفل من الحاضنة صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لغيرها إلا لمبرر شرعي.[4]

ثالثا: الحضانة حق للمحضون: ذهب بعض الحنفية[5] وبعض المالكية[6] وبعض الشافعية[7] إلى أنها حق للصغير فليس للأم الامتناع عن حضانة طفلها، وتُجبَرُ عليها، فالحضانة بهذا تصبح واجبا[8]، ويُؤَديه الحاضن بالتراضي أو بالتقاضي[1]، ويتفرع عن أن الحضانة حق للصغير ما يلي:

---

[1] خالد عبد العظيم أبو غاية أحمد، مرجع سابق، ص159.

[2] كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء، (د.ط)، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005 م، ص48.

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2014 م، ص 151.

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص102 .

[5] ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2002 م ص256.

[6] عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج2، (د.ط)، دار إحياء الكتب العربية بيروت (د.ت.ن)، ص532.

[7] محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج18، (د.ط)، دار الفكر، بيروت، (د.ت.ن)، ص325.

[8] توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1982م ص 364.

– إذا خالعت الأم زوجها، على أن يبقى عنده ولدها الصغير الذي في سن الحضانة في المدة المقرر لحضانة النساء، فالخلع صحيح والشرط باطل لا يعمل به، لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء حق له فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق[2].

– إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه، كان هذا الشرط باطلا مراعاة لحق الولد، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه، وتفويتا لحق من يلي الأم في الحضانة، وهي لا تملك إسقاط حق غيرها.[3]

– إذا عُينت امرأة لحضانة الصغير (بأن لم توجد حضانة سواها من محارمه) وامتنعت عن حضانته، أجبرت عليها للمحافظة على الصغير[4] لعدم توفر غيرها من محارمه، أما إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها، لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير في امتناع الحاضنة عن القيام بها لوجود من يحل محلها، فيكون لها الحق في الامتناع عنها.[5]

ومما لا شك فيه إن النساء الحاضنات هن أولى بالحضانة وتربية المحضون في أدوار حياته الأولى، هذا المحضون الذي فرضت عليه ظروفه أن يقوم أحد بتعهده بعد ولادته ليحفظه ويدبر شؤونه كلها، لأنه عاجز عن قضاء مصالحه وحاجاته بنفسه، وقضاء هذه الحاجات وتلك المصالح يحتاج إلى شخص من نوع خاص يتميز بالرفق والحنان والشفقة

---

[1] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م، ص 148.

2 إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج، الفرقة، وحقوق الأقارب)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999 م، ص355.

3 بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون(الزواج والطلاق)، ج1، (د.ط)، دار النهضة العربية، لبنان، 1967م، ص 545

4 هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، (د.ط) دار الكتب القانونية، مصر، 2013 م، ص60.

5 عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، مطبعة الكاهنة قسنطينة، 1999م، ص266.

على هذا المحضون من أجل ذلك نجد الشرع جعل الأم أولى الحاضنات وأحقهن بالحضانة.[1]

رابعا: الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا: ذهب بعض الحنفية [2]و الحنابلة [3] إلى أنها حق مزدوج لكل من الأم والمحضون، فإذا أسقطت الأم حقها بقى حقه هو، وهذا يعنى أنها تجبر على الحضانة إذا لم يوجد غيرها من ذوي الأرحام كي لا يضيع الولد[4]، فلو وجد من يقوم بها غير الأم فلها إسقاطها والتنازل عنها، والامتناع عن القيام بها، وإلا تعينت فلا حق لها في تركها وإسقاطها لأن حق الصغير أقوى من حقها.[5]

وبعد استعراض الآراء السابقة الذكر نلاحظ أن القول المختار هو القول الذي يجعل الحضانة حقا للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه أو في حضانة النساء عموما في هذه الفترة المعينة من حياته إذ النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال، ومن ناحية أخرى هي حق للحاضن لأن الشارع جعل لها ذلك[6]، فكلاهما حق على سبيل الاشتراك، وعند تعارض الحقين فإن حق المحضون أقوى وأولى بالاعتبار، فإذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها، مراعاة لحق الصغير ومصلحته[7]، فحق الحاضنة يقبل الإسقاط والتنازل في بعض الحالات، وحالات أخرى لا يقبل التنازل[8]، وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1968/12/25 بقوله " الحضانة حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الطفل والحفاظ عليهم، وأن الأم التي تتخلى عن أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم.

---

[1] أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013م، ص16.

[2] علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج3، دار الفكر، بيروت، (د.ت.ن)، ص614.

[3] علاء الدين المرداوي، الإنصاف، ج9، ط1، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1998 م، ص314.

[4] خالد عبد العظيم أبوغاية أحمد، مرجع سابق، ص160.

[5] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010م، ص50 .

[6] خالد عبد العظيم أبوغاية أحمد، مرجع سابق، ص162.

[7] محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ- 1995م، ص412.

[8] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص754.

ومن ثم فإن الحكم وقد أثبت أن الأم أهملت أولادها منذ وفاة والدهم الحاصلة في سنة 1957 وأنهم أقاموا عند جدتهم لأبيهم التي هيأت لهم الرعاية والتربية وذلك بعد الإطلاع على الشهادات المقدمة وعلى نتائج التحقيق الذي أجرى في هذا الشأن ثم استخلص ما أثبته أنه من المصلحة ترك الأولاد عند جدتهم يكون قد أصاب وجه الحق في تطبيق القانون.[1]

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للحضانة

تعد الأسرة أهم وسط من اوساط التنشئة الاجتماعية، حيث تسهم في تشكيل سلوك الأبناء خاصة في السنوات الأولى من عمرهم، وتؤثر بدرجة كبيرة على تطوير شخصيتهم ونموهم، لهذا قررت الحضانة لصالح الأطفال الناتجين عن زواج فاشل ببسط القانون حمايته عليهم. فالسؤال المطروح: ما هو التكييف القانوني للحضانة في التشريع الجزائري؟

بالرجوع إلى الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة لمعالجة مسألة الحضانة واستقرائها نستخلص موقف مشرع الذي اعتبارها ذات طبيعة مزدوجة، أي حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم من خلال:

– المادة 66 من قانون الأسرة التي تنص بأنه ""يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" فهذه المادة أقرت ازدواجية الحضانة وهذا من خلال الألفاظ المستعملة فنص على حق الحضانة صراحة باللفظ وأتبعها بالسماح لها بالتنازل عن حضانتها، وعليه يُفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم، ومما لا شك فيه أن القضاء يعكس صورة التشريع باعتباره أداة لتطبيق القانون ووسيلة لتحصيل الحق، فالمحكمة العليا كرست هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في1986/05/05 " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1968/12/25، الملف رقم(غير موجود)، نشرة القضاة 1969 العدد4، ص23، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا –مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج1، ط1، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013م، ص53.

متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدتها للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[1]." كما نص على حق المحضون في الحضانة في حالة تنازل الحاضن شريطة عدم الإضرار به، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة حيث قضت أنه" من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فان لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيضها."[2]

– تأكيد المشرع على حق الحاضنة في الحضانة في المادة 67 فقرة 2 قانون الأسرة التي تنص على أنه " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة" وهذا ما أكده موقف القضاء الجزائري في العديد من القرارات ومنها القرار الصادر في2002/07/03 "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"[3] ولم يكتفِ بهذا بل أكد على سقوط هذا الحق على الحاضن إذا لم يطلبه من له الحق فيه مدة تزيد عن سنة بدون عذر في المادة 68 قانون الأسرة ، وأكدت المادة 71 من ذات القانون على أن:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/05/05، في الملف رقم(40430)، المجلة القضائية 1989، العدد2، ص75 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق ص257.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/12/19، الملف رقم(51894)، المجلة القضائية 1990 العدد4، ص70، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص430.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية03، قرار بتاريخ /2002/07، الملف رقم (274207)، المجلة القضائية 2004، العدد1، ص262 ، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2 ، مرجع سابق ص1232.

– تعزيز حق المحضون في الحضانة وتغليبها عند تعارض مصلحته مع مصالح أخرى والتي هي مجسدة بعبارة " مراعاة مصلحة المحضون " في المواد62 و64 و 67 و70 من قانون الأسرة وعبارة " مالم يضر بمصلحة المحضون " في المادتين 65 و69 قانون الأسرة وهذا يتضح جليا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/05/18 حيث قضت فيه بأنه": من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون".[1]

المطلب الثالث

الحضانة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

الحقيقة إن مفهوم الحضانة يتداخل في مدلوله ومقصوده مع بعض الأنظمة التي تنطوي على بعض المصطلحات المشابهة كالكفالة والولاية على النفس والتبني وهذا راجع لكون موضوع هذه الأنظمة ككل هو الطفل والهدف منها هو تربيته ورعايته، هذا ما يستدعي إلى ضرورة دراسة كل واحدٍ منهم للتفريق بينهم :

الفرع الأول

التفرقة بين الحضانة والكفالة

عالج المشرع الجزائري موضوع الكفالة في القانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125أي خصص لها عشرة مواد كما نص على الإجراءات التي تحكمها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 492 إلى المادة 497 أي خصص لها 6 مواد وبالتالي تكون ستة عشرة مادة في المجمل.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ18 /1990/05، الملف رقم(222655)، المجلة القضائية 2001 عدد خاص، ص185، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق ص1076.

أولا: تعريف الكفالة

1- الكفالة لغة: الكفالة بفتح الكاف، كَفَلَ يَكفُل كَفَالَةٌ بمعنى التزام أو الضمان، كأن تقول تكفلت بالمال أي التزمت به بمعنى الضم أي ضمها إلى نفسه.[1]

2- الكفالة شرعا: تعرف بأنها " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل" وهذا التعريف خاص بفقهاء الأحناف، أما باقي الأئمة فيعرفونها بأنها " ضم الذمتين في المطالبة بالدين ولها أسماء أخرى فهي تسمى بالحمالة والزعامة[2] .

3- الكفالة اصطلاحا: الكفالة في القانون لها معنيان هما:

أ- الكفالة في القانون المدني:

عرفته المادة 644 من القانون المدني على أنه "هو عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"

فالكفالة في القانون المدني هو ذلك العقد الذي ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية أو التزام بين(الدائن والمدين، والكفيل فلا يأتي إلا للوفاء بذلك الدين في حالة عدم وفاء المدين به.[3]

ب- الكفالة في قانون الأسرة:

عرف المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة في المادة 116 بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وهذا يكون أمام القاضي أو الموثق، ويميز المشرع الجزائري بين كفالة الطفل معلوم النسب والطفل مجهول النسب، فالطفل معلوم النسب يكفل برضى والديه ويحتفظ بنسبه أما الطفل مجهول النسب فيخضع للأحكام الواردة ضمن قانون الحالة المدنية الخاصة بإثبات ولادة الطفل

[1] محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفانس، لبنان، 1408هـ/ 1988م، ص287.

[2] عبد الرحمان الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م ص934.

[3] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008م، ص61.

المهمل حيث يكون له اسم خاص به مع إمكانية منحه لقب الكافل مع الإشارة إلى ذلك في سجل عقود الميلاد على الهامش[1].

ثانيا: خصائص الكفالة

تتميز الكفالة بخصائص تستقل بها عن غيرها من الأنظمة الأخرى وعليه فإن جملة الخصائص تكمن فيما يلي:

1- الكفالة هي التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه[2]، وهي إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب.[3]

2- الكفالة نظام اجتماعي أقرتها الشريعة الإسلامية واتخذتها القوانين الوضعية كآلية قانونية لحماية الطفل القاصر مجهول أو معلوم النسب، ليعيش حياة عائلية مستقرة ومتوازنة.[4]

3- الكفالة عقد على وجه التبرع وهي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية بدون مقابل[5]، ليس لأنه غير أهلا للالتزام فحسب بل لأنه ليس هناك التزام أو واجب يقابلها على الإطلاق.[6]

4- الكفالة عقد شرعي يتم أمام المحكمة أو الموثق طبقا للمادة 117 قانون الأسرة .

ثالثا: تمييز الحضانة عن الكفالة

إن نظامي الحضانة والكفالة يتداخلان ويتشابهان في بعض الأحكام والجوانب والتي تجعلهما يبدوان وكأنهما نظام واحد، فكثير من الفقه جعلهما مرادفين.[7]

---

[1] المادة 62 من القانون(07/05) المؤرخ في 2007/05/13، المعدل والمتمم للأمر رقم(85/75)، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد(31)، الصادرة في2007/05/13.

[2] Houari belrbi, l'enfant né hors mariage et le droit algérien, thèse de doctorat d'état en droit, soutenue à l'université de jean Moulin , LYON 3, non publiée, année 2002, pp 287 – 290.

[3] محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، (د.ط)، منشأ المعارف، مصر، (د.ت.ن) ص67،68.

[4] محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، (د.ط)، منشأة المعارف، 1991م، ص65.

[5] زوبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، (د.ط)، دار الأمل، بجاية، 2012م، ص125، 126.

[6] عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، (دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة)، ط1، مكتبة دار السلام، الرباط، 2008 م، ص87 .

[7] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (قسم الأحوال الشخصية)، ج3، (د.ط)، دار الفكر، دمشق، 1992م، 717ص.

1- تعد الكفالة والحضانة نظامان شرعهما الله في كتابه المطهر ونظمت أحكامهما في القوانين الوضعية.

2- كلاهما يهدفان إلى حماية الطفل وتحقيق مصلحته، فحضانة الطفل واجبة شرعا لحفظه من الهلاك[1]، حيث تقتضي مصلحة الطفل من مستحقها حفظ وتربية الولد في ذاته وطعامه وشرابه وكسائه وسكنه ودفع ما يضره، فكل ذلك تتفق معها الكفالة وتنطبق عليها لكون الكفالة هي حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته وهي ولاية جائزة وتنعقد تبرعا، ولا تصح ممن كان أهلا للتبرع بها.[2]

3- كلا النظامين مؤقتان لكونهما ليسا أبديين فكل منهما ينتهي لسبب من الأسباب المنصوص عليها قانونا.

- وبالرغم من نقاط التشابه بين النظامين إلا أنهما يختلفان في جوانب عدة منها:

1- الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين[3]، أما الحضانة فتطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما.

2- تسند الحضانة بحكم قضائي، بينما عقد الكفالة لا تتم إلّا بموجب عقد توثيقيّ يحرّره الموثّق بحضور شاهدين أو حكم صادر عن رئيس المحكمة، أو قاضي الأحوال الشخصيّة[4] بعد تلقي القاضي طلب الكفالة.

3- يلتزم الكافل بالإنفاق على الطفل القاصر المكفول[5]، بينما في الحضانة تكون نفقة المحضون واجبة على أبيه أو على من يلزمه نفقته.[6]

---

[1] محمد حميد الرصيفان العبادي، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية(دراسة مقارنة)، ط1، دار وائل الأردن، 2013م، ص107 .

[2] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013 م، ص213 .

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص44.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومه، الجزائر، 2016 م، ص336.

[5] محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، ج7، كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان، ص 76.

[6] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص132 .

4-أن الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا هو القول الذي ندعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنوات، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك[1].

5- الكفالة التزام على وجه التبرع، خلافا على خلاف الحضانة التي يجوز فيها المقابل وهي الأجرة.[2]

6-الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية بينما الكفالة نظام مستقل دون أن يكون أثرا لعقد آخر.

7-الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب، أما الولد المحضون يكون معلوم النسب .

8-أن الكفالة تنقل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان الأصليان للكافل على الولد المكفول بمقتضى الكفالة، إذ يعتبر بمكان والده الشرعيّ فيلقى عليه واجب نفقته وتربيته ورعاية الصغير والقيام بما يحتاجه، وكذا تزويج من كان قاصرا وولاية ماله.[3]

الفرع الثاني

التفرقة بين الحضانة والولاية على النفس

أولا: تعريف الولاية على النفس

1- الولاية لغة:

الولاية بفتح الواو وكسرها، وهي مصدر ولي الرجل إذا أعانه ونصره وقام بأمره وتولى شؤونه، وهي من ولي الشيء وولي عليه، والولي بالسكون تعني اللّم والقرب والدنو والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور العباد ويقال لغة ولي فلان ولاية فتح الواو وكسرها إذا نصره وأعانه.[4]

---

[1] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004 م، ص96

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص734، 735

[3] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص334

[4] عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 140

2- الولاية اصطلاحا:

هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب الآثار الشرعية عليها، والتي تنصب على القاصر، فهي بهذا المفهوم إشراف الراشد على الشؤون الشخصية والمالية للقاصر[1]، فهي سلطة تخول لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات، بمعنى أنها تترتب عليها أثارها الشرعية بمجرد صدورها منه.[2]

و تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى:

أ- **الولاية على المال:** هي السلطة التي يتمتع بها الشخص في أن يقوم بتصرفات قانونية على مال الغير، فتنتج هذه التصرفات آثارها في حقهم، وذلك بغرض حماية صاحب المال والذي يكون غير قادرٍ على ذلك بسبب نقص أهليته أو انعدامها حقيقة أو حكما[3]، فهذه الولاية مختصة بإدارة مال القاصر، تزكيته وتنميته وحفظه وصيانته حتّى يبلغ أشدّه.[4]

ب- **الولاية على النفس:** هي سلطة الولي المتعلقة بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتزويجه، ومدار ثبوتها عجز المولى عليه من إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه فتثبت على كل عاجز سواء صغيرا أو من بحكمه، فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلا مأمونا على نفسه وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج كما تثبت على المجانين والمعاقين حتى يزول عنهم سبب حجرهم وعجزهم.[5]

ثانيا: خصائص الولاية على النفس

---

[1] أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، (د.ط)، دار الثقافة، الأردن، 2012م، ص14.

[2] حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ج2، ط2، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع مصر، 1998 م، ص407 .

[3] الهادي معفي، سلطة الولي على أموال القاصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، 2014/2013 م، ص10.

[4] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، (د.ط)، دار الرائد العربي، بيروت، 1970 م، ص 10.

[5] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م، ص177.

- **الولاية شرعية قانونية:** فالولاية تكليف شرعي مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، ونيابة قانونية مباشرة تستند لنصوص القانون الذي نظمها وقرّرها لحماية القصّر وناقصي الأهلية وعليه فيستلزم على الولي التقيّد بالحدود التي رسمها القانون له.

- **الولاية ذاتية وأصلية:** تثبت الولاية على النفس للأب في المقام الأول، ثم تحل الأم محله قانونا بعد وفاته، ذلك أن ولايتهما طبيعية تقوم على صلة الدم، كما يمكن أن تتولى الأم ولاية الأولاد رغم عدم وفاة الأب وذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، فتتولى هنا القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، كتمثيل القاصر أمام القضاء، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا" من المقرر قانونا أنّه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثمة فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون، وكما كان الثابت أن قضاة المجلس لمّا قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصّر ومصالح الولي فإنّهم قد خالفوا القانون"[1]

- **الولاية نيابة إلزامية:** فالشرع والقانون خول للأبوين نيابة إلزامية على نفس ومال أولادهم فهي حق وواجب في آن واحد، فليس لهما حق في الاختيار في قبولها أوردها.[2]

ثالثا: تمييز الحضانة عن الولاية على النفس

إن نظامي الحضانة والولاية على النفس يتشابهان في بعض الجوانب ويختلفان في جوانب أخرى على النحو التالي:

1- إن الحضانة والولاية على النفس وإن كان لهما العديد من نقاط الاختلاف إلاّ أنهما يشتركان في الهدف المراد من تشريعهما ألا وهو حفظ مصلحة المحضون إذ أن الطفل يخرج من الحياة عاجزا عن كل شيء فيحتاج إلا من يقوم بأمره ويحفظ مصالحه[3].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/03/01، في الملف رقم(25478)، غير منشور.

[2] زوبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص51

[3] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص736

2- الحضانة شرعت لمصلحة المحضون تبدأ من الولادة، ومدتها تتحدد بقدر حاجة الصغير إليها، تحقيقا لمصلحته وتنتهي بانتهاء الحاجة إليها وذلك بقدرة الصغير على قضاء حاجاته وشؤونه بنفسه، ويعرف ذلك ببلوغ المحضون سنا معينة تصلح أن تكون قرينة على ذلك، مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى[1] ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس، وعلى الولي ضم الولد إليه، بعد انتهاء فترة حضانة النساء[2].

3- من حيث توزيع الاختصاص، فعلى الحاضنة الرعاية والقيام على شؤونه الحيوية من مأكل وملبس وإيواء، وعلى الولي على النفس العناية بالتهذيب والإصلاح والحماية والإنفاق فيمكِن الحاضنة مما تحتاج إليه من مال.[3]

4- الولاية على النفس تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث[4]، بينما تسند الحضانة للنساء أي للأم وجهتها[5]، فتسمى ولاية الإرضاع والحضانة ولاية النساء وولاية الإنفاق والحفظ والرعاية ولاية الرجال، وولاية النساء مقدمة في الترتيب في هذه المرحلة على ولاية الرجال نظرا للواقع المادي المحسوس، لأن الطفل في هذه المرحلة بالنسبة للأم أو من يحل محلها كالعضو منهالا يستغنى عنها بأي حال في كل أموره غالبا.[6]

5- تنتهي الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية ببلوغ الذكر وزواج الأنثى، أو تقدمها في السن[7] بينما الحضانة تستمر مشاركة الولاية على النفس حتى تنتهي مدتها، وقد اختلف

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج10، ط2، مؤسسة الرسالة بيروت 2000م، ص86.

[2] عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط5، دار الفكر، سوريا، 2011م، ص219.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص7.

[4] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، (د.ط)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999م ص470.

[5] صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط2، مكتبة الكشاف، بيروت، 1947م ص 58.

[6] نصر فريد واصل، الولايات الخاصة(الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، ط1، دار الشروق، القاهرة 2002 م، ص 54

[7] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص791، 792.

الفقهاء في مدة انتهائها، وإذا انتهت صارت الرعاية الكاملة على النفس، وصار الولي على النفس هو المهيمن وحده، وهو يتولى إصلاحه وتربيته، وحمايته، وتكوينه على الفضيلة الاجتماعية العالية[1].

الفرع الثالث

التفرقة بين الحضانة والتبني

أولا: تعريف التبني

1- **التبني لغة:** من تبنى يتبنَّى :تَبَنَّ، تبنيا بمعنى اتخذ الصبي ابنا[2] ومنه ضم الولد إلى الرجل[3].

2- **التبني إصطلاحا:**

عرف التبني بأنه" اتخاذ المرء إبنًا له من غير صلبه، ويسمى الابن متبنَّى، وسماه الإسلام دعيًا أي : إبنا بالدعوى لا بالحقيقة بلفظ اللسان لا بسلالة الدم[4].

كما عرف" أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرف على أنه ليس ولده، فينسب هذا المتبنى إلى من تبناه، ويكون له على هذا المتبني حقوق الولد، فالمتبني لا يقول إن هذا الولد ابنه من صلبه، ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق الولد وقطع نسبه لغيره.[5]

عرف أيضا على أنه " عملية استلحاق شخص آخر به، معلوم النسب كان أو مجهولة مع علمه يقينا انه ليس منه، وهي علاقة بين طرفين أحدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمى المتبني(بالكسر)أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنَى(بفتح النون)[6].

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص7.

[2] محمود المسعدي، القاموس الجديد للطلاب(معجم عربي مدرسي ألفبائي)، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991م، ص169.

[3] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، (د.ط)، دار الفضيلة، مصر، 2004م، ص33.

[4] أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار القلم، كويت ، 1983م، ص213.

[5] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ص55.

[6] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م ص224 .

أما موقف المشرع الجزائري من التبني فقضى بما قضت الشريعة الإسلامية إذ نص صراحة في المادة 46 من قانون الأسرة على تحريم التبني وعدم ثبوت النسب به، وأسباب هذا التحريم راجع إلى كون أن التبني يؤدي إلى تزوير نسب الطفل المتبنى وإبعاده عن الواقع ويؤدي إلى تغيير الحقوق والأحكام[1]، حيث أثبتت الدراسات إصابة الأطفال الذين نشئوا على أساس بنوة زائفة بعقد نفسية تدفع بهم للحقد على المجتمع وارتكاب الجرائم[2].

ثانيا: خصائص التبني

– التبني رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم، تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبنَّى شبيهة بالبنوة الشرعية.[3]

– ينزل الولد المتبنى منزلة الابن الصلبي ويجعلهما متساويان في الحقوق والواجبات.[4]

– التبني قد يقع من شخص راشد رجلا كان أو امرأةً، متزوجا كان أو غير متزوج.[5]

– تم تحريم التبني لمنع اختلاط الأنساب وحماية رابطة الدم من الافتعال والتَزَييف.[6]

– أن التبني هو تصرف قانوني منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن بنوة حقيقية كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، بل هي بنوة ثابتة بحكم القانون[7].

– يخول التبني للمتبني الولاية التامة على نفس ومال المتبنى.

–

---

[1] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2001 م، ص521 .

[2] أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، سوريا المجلد23، العدد 2، 2007 م، ص521.

[3] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري(قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992م، ص17 .

[4] François Terré ،Dominique Fenouille ,droit civil: les personnes, la famille, les incapacités 6eme edition, Dalloz , Paris, 1996,p774.

[5] فتحي حسن مصطفى، دعاوي الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1991م، ص 256.

[6] عبد العزيز مخيمر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي(دراسة مقارنة)، ط1، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، 1997 م، ص145.

[7] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط3، منشورات الجامعة الليبية، 1998 م، ص591.

ثالثا: تمييز الحضانة عن التبني

يشتركان في كون أن كليهما ينصبان على الطفل، ويهدفان إلى حمايته ورعايته ماديا ومعنويا، غير أن هذا الاتفاق لا ينفي الفروق الجوهرية القائمة بينهما:

- الحضانة مشروعة شرعا وقانونا، أما التبني محرم شرعا وقانونا.

- الحضانة بنوة شرعية وحقيقية، تنشأ بسبب رابطة النسب[1]، أما التبني تصرف قانوني[2] يتم بإدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص أو إدعاء بنوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي[3].

- يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات، فيكون له كل الحقوق وعليه كل الالتزامات التي تقوم بين الأب والابن من حيث النسب والنفقة والولاية والحضانة والطاعة والميراث[4] وحرمة الزواج، أما الحضانة فلا ترتب شيئا من ذلك.

- التبني بنوة ولدٍ معروف أو مجهول النسب[5] مع التصريح بأنه يتخذه ولدا له[6] فالطفل المتبني يأخذ نسب العائلة المتبنية[7]على خلاف الحضانة التي يحتفظ من خلالها المحضون بنسبه.

---

[1] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص51، 50.

[2] عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي، إنجليزي، فرنسي)، ط2، دار الثقافة، الأردن، 1998 م ص100.

[3] سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص151.

[4] بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، (د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1981م، ص 41 .

[5] تواتي بن التواتي، المبسط في الفقه الملكي بالأدلة، المجلد الرابع، (د.ط)، دار الوعي، الجزائر، 2009 م، ص85، 86

6 إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، مرجع سابق، ص 326 .

[7] التبني البسيط يحتفظ الطفل برابطة النسب بأسرته الأصلية، أما التبني الكامل يفقد الطفل بمقتضاه رابطة النسب بأسرته الأصلية، ويصبح ابنا شرعيا للأسرة المتبنية انظر: عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص294 .

المبحث الثاني

شروط استحقاق الحضانة

تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف، وهذه المراكز هي الحضانة وما يترتب عنها من أحقية، حيث تثير إشكالا من حيث ممارستها والأحقية في الأولوية فيها[1]، ولهذا حرصت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية مصلحة الطفل المحضون، لأن مصلحته تقتضي بالضرورة دفع كل ما يلحق به من ضرر، لذلك اشترطت الشريعة الإسلامية في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة، بها تتحقق الأهلية للحضانة[2]، لكون الحضانة من الولايات، والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وهذا لا يأتي إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولهذا يشترط الفقهاء شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه[3]، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة لابد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت الأهلية للحضانة بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال أو الحاضنة من النساء[4].

ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة واكتفى في المادة62 من قانون الأسرة في الفقرة الثانية " :ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك. " ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة التي جاء فيها" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة على ضوء الفقه مع الإشادة إلى موقف القضاء الجزائري من خلال الاستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

---

[1] محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2004م، ص109

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص550

[3] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص135.

[4] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص148.

المطلب الأول

الشروط العامة في الرجال والنساء

ولاية الحضانة ثبتت على الولد لحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك حتى يبقى النوع الإنساني إلى الوقت المقدر في علم الله تعالى، وثبتت أيضا لتربيته تربية قويمة حتى يشب على الحادة المستقيمة ولما كان الحفظ والتربية يقومان على القدرة على القيام بمصالح المحضون وعلى القدوة الصالحة والأسوة الحسنة اشترط الشارع فيمن يتولى هذه الولاية شروطا كثيرة[1]، فالحاضن هو من يتولى شؤون الصغير تبرعا ومعاوضة، بإذن الشرع أو بأمر القاضي أنثى أو ذكر حيث يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع الاختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب[2]، فالحضانة تنسب للشخص المؤهل لذلك متى توفرت شروط استحقاقها والتي تجعل الشخص الحاضن مؤهل لرعاية المحضون، لأنه في مراحل حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالحه بنفسه[3] حيث بتوفر هذه الشروط تتحقق الغاية المنشودة من الحضانة والتي تتطلب الحكمة واليقظة والصبر والخلق الكريم[4] والتي سوف نتعرض إليها بالتفصيل من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

الأهليـــــــة

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة، في الرجال والنساء على حد سواء، وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي، وأشار إليه المشرع الجزائري في المادة 62 فقرة 2 من قانون الأسرة بأنه " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا بذلك".

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص227

[2] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص148

[3] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص134

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص143

أولا: تعريف الأهلية:

أ-**الأهلية لغة:** الأهلية مؤنث الأهلي، يقال أهله لذلك الأمر تأهيلا وأهله رآه له أهلا واستأهله استجوبه[1] فهي الصلاحية والكفاية لأمر من الأمور، يقال فلان أهل لهذا العمل أي صالح لأدائه[2].

ب- **الأهلية اصطلاحا:** هي الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه وصلاحيته لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليه آثارها الشرعية[3] وهي مرتبطة بالبلوغ والعقل[4].

فيشترط لاستحقاق الحضانة أن يكون الحاضن بالغا عاقلا[5] وهذان الشرطان متفق عليهما إجماعا عند الفقهاء[6] لكون لهما مساس بمصلحة المحضون ورعايته.

1- العقــل:

أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير وملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره، ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله[7].

ويقصد بشرط العقل هو اكتمال القوة المدركة لحقائق الأشياء، مما يعني أنه لا حضانة لمعتوه[8] ولا مجنون ولو يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به خفة عقل[9]، ولا فرق بين الجنون

---

[1] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق ، ص 31.

[2] محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998 م، ص77.

[3] وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، ط2، المطبعة العلمية، دمشق، 1978-1979 م، ص ص77-80.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، مرجع سابق، ص166، 167.

[5] ابن عابدين، مرجع سابق، ص545.

[6] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص81.

[7] باديس ديابي، مرجع سابق، ص55

[8] **العته** هو آفة تصيب العقل تجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم يشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين، والمعتوه لا يضرب ولا يشم كما يفعل المجنون، والعته لا يذهب العقل بالكلية فيكون عند صاحبه بقية منه.انظر :البستاني بطرس، محيط المحيط، (د.ط)، مكتبة لبنان، لبنان، 1998 م، ص575.

[9] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013 م، ص259 .

المتقطع قليلا أو كثيرا فكلهم تعد تصرفاتهم باطلة ولا يستحقون الحضانة، لأن ثورة الجنون لا يُعرف لها وقت محدد وفي أي وقت تكون – ولو كان نادرا– فلا بد الابتعاد عن كل مظنة ضرر[1] ولا لمن يتعرض للإغماء[2] لفترات مستمرة ومتقاربة[3]، لأن غير العاقل لا يحسن القيام على شؤون الصغير لعدم معرفته لما ينفعه، بل يخشى عليه الضرر منه، لأنه هو في حاجة إلى من يحضنه، ويخشى على المحضون من الضرر وهو عنده[4].

إضافة إلى العقل اشترط المالكية الرشد فإذا كان الحاضن سفيها[5] في عقله، ذو طيش وقلة ضبط، لا يحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، فلا أحقية له في الحضانة، فإن كان سفيها في المال مبذرا، فلا أحقية له في الحضانة، لئلا يتلف مال المحضون، أما إذا كان سفيها مولى عليه ذا صيانة وقام بالمحضون، فلا يسقط حقه في الحضانة[6].

وقد ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص عليه أو بذكره مراد وفاته والجميع يعدونه من الشروط اللازمة للحضانة[7]، لأنها من باب الرعاية فكيف يدرك فاقد العقل لوازمها ومتطلباتها حتى لو كان محبا شغوفا بالصغير يهتم بأمره وقادرا على رعايته فالحضانة تتضمن التربية وهنا لا يمكن بحال القول بتحققهما في ناقص العقل[8]، وبهذا يكون شرط العقل قد أجمع عليه فقهاء الأمة لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير للمحضون[9].

---

[1] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1961 م، ص235.

[2] **الإغماء** هو آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى الحركة للإنسان أو المدركة فيه ولا تزيل العقل. انظر: البستاني بطرس، مرجع سابق، ص 668.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص182، 183.

[4] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص259

[5] **السفه** يعرف عند الفقهاء والأصوليين بأنه عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل والشرع، وعلى هذا المنع يبني الفقهاء منع المال من السفيه ووجوب الحجر ونحو ذلك.انظر: البستاني بطرس، مرجع سابق، ص415.

[6] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص35

[7] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص87.

[8] حاتم صبحي الأرناؤوطى، دعاوى النفس أمام محكمة الأسرة، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ت.ن)، ص403.

[9] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص87.

أما عن موقف المشرع الجزائري من اشتراط العقل في استحقاق الحضانة، فنجده قد أكد عليه ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 من قانون الأسرة المعدلة والتي نصت في فقرتها الأخيرة على"....وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، وما جاء في المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص أنه "من كان فاقدا لأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عَتَهٍ أو سَفَهٍ ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" وعليه فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما وهذا حسب المواد من (42)إلى غاية (44) من القانون المدني[1].

أما موقف القضاء من اشتراط العقل في استحقاق الحضانة ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون ويعتبرها الركيزة الأساسية لإسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسلامة الحاضن عقليا، ويمكن إثبات نقص العقل أو تمامه بالكشوف الطبية أو بمناظرة المحكمة إن أمكنها ذلك أو خبيرها الاجتماعي والنفسي إن أمكنهما ذلك حيث لضعف العقل علامات لا تخفى ولا تتطلب خبرة لكشفها في كثير من الأحيان[2].

وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا فجاء في إحدى قراراتها " :إسقاط الحضانة عن الأم دون إثبات مرضها يعد مخالفة للقانون، ومتى تبين – من قضية الحال – أن إسقاط الحضانة عن الأم معتمد على شهادات طبية من طبيب عام قدمت على مستوى المجلس فإن ذلك يجعل من صعوبة إثبات أن الطاعنة مريضة عقليا ما دامت الشهادة حررت من طبيب غير أخصائي في الأمراض العقلية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية"[3].

[1] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة، الجزائر، 2012م، ص148.

[2] حاتم صبحي الأرناؤوطى، مرجع سابق، ص403.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/07/12، في الملف رقم(388639)، غير منشور.

حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من " المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية."[1] وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة.

حيث أنه يتبين من التقرير الطبي المبرر في ملف الدعوى أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب نفسي بيسيكاتري، وإنما كان من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكما على القدرة العقلية لفرد ما طالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم النفس الإكلينيكي فيما يتعلق بتحديد الأمراض العقلية النفسية[2].

ومنه ما جاء أيضا:" أن الخبير المعين من طرف المجلس والذي أودع تقريره الطبي بتاريخ2009/10/12 قد توصل في خلاصته أن الطاعنة مصابة باضطراب زعتري عاطفي تفاعلي مع إفراط في الانفعال العصبي، وأن حالتها الصحية والعقلية لا تسمح لها بحضانة الأطفال، وبضرورة عرضها على طبيب مختص في الأمراض العقلية.

و حيث بالرجوع إلى الخبرة العقلية التي أجراها الطبيب السيد(م) المختص في الأمراض العقلية أكد فيها أن الطاعنة تعاني من مرض نفسي من نوع القلق المزمن، وبالتالي ونظرا لهذا المرض الذي تعاني منه الطاعنة لا يساعد الطفلين على بقائهما تحت حضانة والدتهما المريضة ذلك أنه من مصلحتهما أن يتولى والدهما حضانتهما، الشيء الذي يؤدي إلى القول

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1965/12/22، في الملف رقم(غير موجود)، المجلة الجزائرية 1968، العدد4، ص1242 نقلا: عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة"، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 م، ص368.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/02/13، في الملف رقم(265727) .نقلا عن :نبيل صقر، عز الدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008م، ص119.

بأن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم حينما أسندوا الحضانة للمطعون ضده(الأب) الأمر الذي ينبغي رفض الوجهين لعدم تأسيسهما وتبعا لذلك رفض الطعن"[1].

2- البلوغ

يشترط في الحاضن سواء كان رجلاً أو امرأةً أن يكون بالغا، لأن الحضانة من باب الولاية[2]، والصغير ليس من أهل الولاية، وهذا الشرط محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية[3]، لأن غير البالغ لا يستطيع القيام بشؤون نفسه أولى فكيف يستطيع القيام بشؤون غيره[4]، فالحضانة جزء من الالتزامات التي لا يصح أن يقوم بها إلا مكتمل بالغ، ويثبت البلوغ في الصبي والصبية بعلاماته الطبيعية، لذلك أعطى بعض الفقهاء للبلوغ صفات وهى ظهور علامات على الصغير تنبئ على بلوغه وهذه العلامات تختلف بحسب الذكورة والأنوثة لأن لكل منهما تكوينه الطبيعي المختلف عن الآخر فبالنسبة للولد يعرف بلوغه بالاحتلام مع الإنزال أو الإنزال بأي سبب أو الاحبال وبالنسبة للأنثى يعرف بلوغها بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الإنزال[5]، وبعضهم حدد بسنين معينة[6] فذهب المالكية بأن تحديد سن الصبي لبلوغه بثماني عشرة[7] أما الحنابلة بخمسة عشر سنة في الذكر والأنثى[8] وذهب الشافعية إلى خمسة عشرة سنة للذكور، وتسعة سنين للإناث، وفي رواية أخرى للشافعية للإناث مثل الذكور خمسة عشر سنة[9] أما الحنفية فالأنثى تبلغ باستكمال خمسة عشرة سنة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2012/09/13، في الملف رقم (692322)، غير منشور.

[2] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص234 .

[3] خالد عبد العظيم أبوغاية، مرجع سابق، ص 171.

[4] محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج3، (د.ط)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ت.ن)، ص733.

[5] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص154.

[6] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص82.

[7] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص599.

[8] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ص297

[9] شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، مرجع سابق، ج3، ص212

وفي الذكور عنه روايتان أحدهما يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة، والأخرى ثمانية عشرة سنة[1].

أما المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني[2]، غير أنه يمكن للأم الذي سبق لها الزواج بناء على إذن قضائي أن تمارس حقها في الحضانة بموجب المادة 7 من قانون الأسرة التي نصت على أنه " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، كما نصت في الفقرة الثانية على أنه" يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات." فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره أو بالطلاق وما ينجم عنه [3] ، فللإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا[4] فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة.

الفرع الثاني

القـــــــــدرة

تعد القدرة من الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته[5]، فيشترط في الحاضن أن تكون لديه الاستطاعة البدنية والقدرة

---

[1] محمد أمين بن عمر بن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص447.

[2] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10المؤرخ في20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية، السنة12، العدد78، بتاريخ 24رمضان 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر1975)" تنص على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة ".

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص56 .

[4] حميدو زكية، مرجع سابق، ص237.

[5] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م، ص359.

الكاملة على حفظ المحضون ورعايته[1] والمقدرة على النهوض بأعباء الحضانة[2]، وقد اشترطت القدرة في الفقه الإسلامي، ووقع خلاف بين الفقهاء في المقصود بالقدرة، أساسه هل المراد بها اليسار والقدرة على الإنفاق أو القدرة من حيث القوة وسلامة الجسم[3].

لذلك أضحى ضروريا الرجوع إلى الفقه الإسلامي واستعراض بعض أقوال المذاهب الفقهية، فالحنفية اعتبروا شرط (القدرة) من شروط الحاضن، ويراد به القدرة على الرعاية، ولا يقصد به الإنفاق لأنه من واجب الأب وليس من واجب الحاضنة، كما جاء عن المرغيناني (أن الأم أشفق وأقدر على الحضانة)[4] أما الشافعية فقصدوا به سلامة البدن لتتحقق القابلية على الرعاية التامة [5] والحنابلة كالمالكية اشترطوا القدرة البدنية، كعدم العجز، والخلو من عاهة مانعة، والخلو من مرض معد[6].

ولعدم القدرة عدة صور تجعل الحاضن أو الحاضنة غير قادر على حفظ المحضون وهي:

1- **المرض:** هو حال للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة، أو هو عارض يصيب الإنسان ولا ينافي الأهلية، ولكنه يؤثر في القوى البدنية لمن يصاب به[7]، فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه إذا كان الحاضن مريضا بمرض من الأمراض المعدية أو المزمنة والخطيرة التي يخاف على الطفل من انتقال العدوى إليه فإنه يسقط حقه في الحضانة[8]، وإن ما ذكره الفقهاء للأمراض المعدية والمسقطة لحضانة الحاضن على المحضون، كانت على سبيل المثال وليس

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص204

[2] حاتم صبحي الأرناؤوطى، مرجع سابق، ص404

[3] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص94

[4] برهان الدين أبي الحسن على ابن عبد الجليل المرغيناني، الهداية، ج2، (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت .لبنان (د.ت.ن)، ص37

[5] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص95

[6] نفس المرجع، ص95، 96

[7] عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن الأصول عن أصول فخر الاسلام البزدوي، ج4 (د.ط)، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت.ن)، ص307

[8] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص206

الحصر، لأنه قد تكون هناك من الأمراض الأخرى المعدية والمؤذية للمحضون حديثة، لذلك يكون من الأفضل ترك مثل هذه الأمور إلى لجنة طبية مختصة تشخص المرض المعدي والمؤذي والمسبب الضرر للمحضون، فإذا كان المريض ما يرجى شفاؤه، فمن الممكن لقاضي الموضوع أن يودع المحضون بصورة مؤقتة لدى من يستحق الحضانة الذي يلي الحاضن المريض، فإن شفي أرجع المحضون إلى المستحق الأول، أما إذا كان الحاضن غير مرجو الشفاء أو شفاؤه يستغرق وقتا طويلا، يقضي القاضي بإسقاط الحضانة حفاظا على مصلحة المحضون.

2- **وجود عاهة:** عاهات مشهورة بتأثيرها على قدرة الحاضن أو الحاضنة في القيام بمصالح الصغير أو الصغيرة مثل العمى وعدم السمع (الأطرش) والشلل، فهل الإصابة بأحد هذه العاهات يمنع من استحقاق الحضانة؟

فالمالكية ذهبوا إلى عدم إسناد الحضانة لعاجز بسبب بلوغه سن الشيخوخة أو إصابته بعاهة العمى أو الصم أو البكم، ما لم يكن عنده من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافه[1] أما الشافعية فلا تثبت الحضانة للعاجز الذي فقد حاسة البصر إذا كان يباشر أمور الحضانة بنفسه وتصح عندهم حضانة الأعمى إن وجد من يباشر أحوال المحضون نيابة عنه[2]، فيرى الرملي في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" إن الأوجه أن العمى مانع من الحضانة إن احتاجت للمباشرة ولم تجد من يتولاها عنها وإلا فلا "[3] والحنابلة يعتبر العمى من موانع الحضانة بل تشددوا وجعلوا من موانع الحضانة أيضا أن تكون الحاضنة ضعيفة البصر[4] ويعلل البهوتي ذلك بأن ضعف البصر يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون[5].

---

[1] ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997م، ص23.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص212، 213.

[3] شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، مرجع سابق، ج6، ص373 .

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص213.

[5] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، (د.ط)، المطبعة الشرقية، القاهرة 1320/1319هـ، ص328.

3- **السن:** يرى جمهور الفقهاء أنه لا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون كمسنة أقعدها السن عن القيام بشؤون المحضون إلا أن يكون عندهم من له القدرة على الحضانة، والمراد هنا الشيخوخة التي تؤثر في القيام بواجبات الولد وحفظه[1] لأن الطفل في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظا من مراقب لا يسهو ولا يغفل عنه لأوشك أن يهلك[2].

أما المشرع الجزائري فاشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك في المادة62 من قانون الأسرة، ومن ثم فلا تكون أهلا للممارسة الحضانة كل من كانت عاجزة لكبر سنها أو مرض أو عاهة، ولا يعتبر عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة ما لم يضر مصلحة المحضون طبقا لنص المادة 67 من قانون الأسرة .

أما موقف القضاء الجزائري حول شرط القدرة فيظهر في العديد من القرارات ومنها "أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها"[3]، وفي قرار آخر "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية "[4] .

وعموما القدرة شرط مشترك بين قوة البدن وسلامته وبين ما يوفر الرعاية والعيش الأفضل من الجانب المادي، واجتماعهما في الحاضن يجعله مفضلا على غيره عند التنازع[5]، فقدرة الحاضنة على الحضانة أو عدمها متروك لقاضي الموضوع لكونها مسألة تقديرية يستطيع من خلال حكمه أن يحقق مصلحة المحضون أو المحضونة، ويمكنه أن

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص215

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص228

[3] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1984/07/09، في الملف رقم(غير موجود)، المجلة القضائية 1989 عدد 04، ص.78 نقلا عن:زكية حميدو، مرجع سابق، ص262

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية2002/07/03، في الملف رقم(274207)، المجلة القضائية، 2004 عدد1، ص262، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق،ص1232 .

[5] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص97.

يستعين برأي الخبراء في مجال الطب وعلماء الاجتماع لتحديد المرض ودرجة خطورته[1] فمسألة المقدرة معيارها شخصي لا موضوعي تترك لقاضي الموضوع في كل حالة على حدة فما يعد منافيا للمقدرة على الحضانة عند حاضن ما، لا يعد كذلك بالضرورة لدى كل حاضن آخر فالسن والمرض والعمل بحرفة ما قد يصاحبه وهن وضعف أو عدم تفرغ لدى الحاضن يحول بينه وبين النهوض بواجبات الحضانة على أكمل وجه وقد لا يعد كذلك عند غيره والأمر من ثم متروك لقاضي الموضوع له تقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة[2].

الفرع الثالث

الأمانـــــــــة

أن تكون الحاضنة أمينة[3]، والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون به أهلا للحضانة وبيئة مصاحبة تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير[4]، فأكثر الفقهاء نص على اشتراط الأمانة في الحاضن[5]، لكن اختلفوا في تحديد مفهومها في تفسير المقصود بالأمانة فالبعض فسرها ضد الخيانة أو العفة والعدالة، وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع والصلاح في الدين[6]، والبعض فسرها بعدم الفسق والبعض الآخر بوجوب تفرغ الحاضنة لرعاية المحضون[7] ، سنعرض أقوال الفقهاء كمايلي:

– **قول المالكية:** عدوا الكفاية والحرز من ضروريات الحاضن، فمن كان ثقة وأمينا في حفظ المال والدين فهو ثقة في الحضانة أمين عليها[8]، ونستدل على ذلك بقول الإمام مالك رحمه

[1] ربيعة حزاب، حالات السقوط الإجباري للحضانة في قانون الأسرة الجزائري وسلطة القاضي في ذلك، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإنسانية، جامعة وهران، الجزائر، العدد 10، أفريل 2004م، ص147.

[2] حاتم صبحي الأرناؤوطى، مرجع سابق، ص404.

[3] محمد أمين بن عمر بن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص556.

[4] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص149.

[5] نور الدين لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، (د.ط)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009 م، ص140.

[6] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص91.

[7] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص221.

[8] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص92.

الله في ذلك: (فرب جدة لا تؤمن على الولد، ورب والد يكون سفيها سكيرا، يخرج من بيته ويدع الولد) [1].

- **قول الشافعية:** يشترط الأمانة، ويكفي أن يكون مستور الحال، أي مستور العدالة[2].

- **قول الحنابلة:**أجمع فقهاء الحنابلة على شرط الأمانة، وعبروا عنها مرة باشتراط العدالة الظاهرة، وأخرى الحفظ من الفساد[3] فلا حضانة لفاسق، لأنه لا يوثق به فيها، ولاحظ للمحضون في حضانته[4].

- **قول الحنفية:** أخذوا بالشرط وعدوه من ملازمات الحضانة، على أنه ورد عندهم تحت ألفاظ كثيرة تؤدي معنى الأمانة، منها ما عبر عنها ابن عابدين بالفسق الذي يلزم منه ضياع الولد[5] فالحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها في الحضانة وإلا فهو أحق به إلى أن يعقل الولد فسق أمه وفجورها فينزع منها[6]، وعبر عنها أيضا بالخروج من يديها كل وقت وتترك البنت ضائعة وعبر عنها كذلك بالمرأة الثقة[7].

أما بالرجوع لقانون الأسرة فإنه اشترط في الحاضن أن يكون أمينا على أخلاق المحضون حيث اشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته لأن القانون اعتبره ونص عليه في المادة62 من قانون الأسرة، وخلاف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[8].

فلا يثبت حق الحضانة لمن تكن غير أمينة على تربية الصغير وتقويم أخلاقه، ويشترط في الأمانة أن لا يكون الحاضن فاسقا[9] وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق الذي يجعل الحاضن

---

[1] مالك بن أنس الأصبحي، بروية سحنون عبد الرحمان، المدونة الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1995م، ص357.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص36 .

[3] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص93.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص36.

[5] محمد أمين بن عمر بن عابدين، المرجع سابق، ج3، ص557.

[6] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص35.

[7] محمد أمين بن عمر بن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص557.

[8] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص152.

[9] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص219 .

غير أمين ومما قالوه أن يكون شريبا أو مشتهرا بزنا أو لهو محرم أو يكون سارقا[1]، وأن لا يكون الحاضن مهملا[2]، وبمفهوم المخالفة حسب أقوال بعض الفقهاء فلو كانت الحاضنة كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفها حتى اشتغالها عن الولد ولزم ضياعه، نزع منها وسقطت الحضانة عنها[3]، وأن يكون المكان الذي يقيم المحضون مصونا يؤمن فيه على نفس المحضون[4]، لأن توفر الأمانة والأمن والشفقة في الحاضن شرط لتحقيق الغرض من الحضانة[5].

أما موقف القضاء الجزائري فقد تشدد في اعتبار الأمانة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة، بالرغم من عدم النص عليها صراحة في قانون الأسرة الجزائري، ويظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا " 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 فعل خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة62 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة[6].

وفي قرار آخر قضى أنه " من الثابت فقها وقضاءا أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود شاهدوا وفي آن واحد مباشرة الزنا، وكما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال لأن الزوجة قد صدر في حقها حكم بالبراءة المؤيد أمام المجلس

---

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص228.

[2] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص118 .

[3] محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الكتاب العربي، مصر، 1958م ص394.

[4] عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، (د.ط)، منشورات، elga فاليتا، مالطا، 1997م، ص46.

[5] محمد بن يحي بن المطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، ج2، ط2، دار الفكر، صنعاء 1989م، ص613.

[6] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1997/09/30، في الملف رقم (171684) . نقلا عن : باديس ديابي، مرجع سابق، ص181.

ومن ثم فإن الزوجة عند صدور الطلاق فهي أولى بحضانة أولادها حتى يسقط حقها شرعا وتنتفع بجميع حقوقها الزوجية من نفقة لها ولأولادها.... [1].

فالأمانة شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فالأصل في الحضانة الأمانة وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه.[2]

الفرع الرابع

الإســـــــــلام

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة على النحو التالي:

- **قول الحنفية:** فقد ذهبوا إلى التفريق بين حضانة النساء والرجال:

▪ ففي حضانة النساء لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، أي أن الإسلام في حضانة النساء ليس بشرط، ووجه ذلك أن الشفقة على المحضون المطلوبة لا تختلف في الحاضنة باختلاف الدين، فلو كانت الحاضنة كتابية والولد المحضون مسلما فهي كالمسلمة في استحقاق الحضانة[3].

▪ أما حضانة الرجال: يشترط اتحاد الدين، لأن الحضانة ولاية على النفس سبيلها العصوبة والتوارث واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره[4].

- **قول المالكية:** فقد ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط، وأنه لا أثر له لاختلاف الدين في الحضانة، فتجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية، حتى ولو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غيره، وكان المحضون مسلما، وسواء كان الحاضن ذكرا أم أنثى، إلا إذا خيف

[1] العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05"، مرجع سابق، ص372.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 244.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص32.

[4] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص230.

على المحضون من فساد الحاضن[1]، فإنه لا ينزع منها، وإنما تضم الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها[2].

– **قول الشافعية والحنابلة:** يشترط في الحضانة اتحاد الدين، لأن الحضانة ولاية، وهي لا تثبت لكافر على مسلم[3]، وعليه فإن اختلاف الدين يؤثر في إسقاط الحضانة، فلا تثبت الحضانة للكافر ولو كان أما، بينما تثبت الحضانة للمسلم على الكافر[4].

ولا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا أو امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستتابة فلا ولاية له على غيره.[5]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فساير المذهب المالكي في المادة 62 من قانون الأسرة بنصه على عبارة" القيام بتربيته على دين أبيه"[6]، فما دام زواج المسلمة بغير المسلم ممنوعا شرعا وقانونا، ويجوز للزوج أن يتزوج غير المسلمة، فإنه يجب على هذه الأخيرة أن تربي الأبناء في حالة وجودهم على دين أبيهم وهو الإسلام، فسبب استحقاق الحضانة هو الشفقة الباعثة على القيام بشؤون الصغير والرأفة به، والمحافظة عليه من الضياع، ولا يختلف ذلك باختلاف الدين، لكن إذا تبين أن في وجود الصبي مع حاضنة يخالف دينها دينه خطرا على دينه انتزع منها. [7]

فأساس مسايرة المشرع لهذا الاتجاه جاء مراعاة لمصلحة الصغير الذي هو في أشد الحاجة لأمه في مراحل حياته الأولى، إضافة إلى أن الشريعة لم تمنع المسلم من الزواج بكتابية، فالولد الناتج يعد ثمرة من ثمراتها فلا يعقل أن تمنع هذه الأم من حضانة ابنها، إلا إذا خيف على دينه، وهذا ما نستشفه من قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1979/04/16 " لقد

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص33.

[2] نور الدين لحية، مرجع سابق، ص137.

[3] محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2002، ص392.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص34.

[5] محمد سمارة، المرجع السابق، ص392.

[6] باديس ديابي، مرجع سابق، ص135.

[7] عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (د.ط)، لبنان، المكتبة العلمية، 2007م ص405 .

ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك، لهذا استوجب النقض"[1]

الفرع الخامس

الحريـــــــــة

مع انعدام الحاجة لهذا الشرط، لاختفاء الرق والعبودية في المجتمعات، إلا أن هذا الشرط شرط فقهي مرهون بواقع الحال[2] وليس بالإمكان الإعراض عنه وإهمال اعتباره واحدا من شروط الحضانة، واقتضاء الحرية في الحاضن مسألة نظرها الفقه الإسلامي، واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على شرط الحرية، وذلك لأنَّ المملوكة مشغولة بخدمة سيدها عن تربية ولدها[3].

المطلب الثاني

الشروط الخاصة بالنساء

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للمرأة، فهذا اعترافا وتكريما لها بدورها في حماية المحضون وهي تهدف في ذلك إلى حماية المحضون قبل الحاضن[4]،لأن الولد الصغير محتاج لمن يعتني به ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه وذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه والشارع قد

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ04/16/ 1979، رقم (19287)، نشرة القضاة، 1981 العدد2، ص108.

[2] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص87.

[3] عبد الحميد محمد محي الدين، مرجع سابق، ص 404.

[4] Abderrahman Hernane . La Hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algerien. Office de publication Universitaire.1996.p 54

أناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه وماله وتلك هي الحكمة من الحضانة[1].

الفرع الأول

خلو الحاضنة من زوج أجنبي أو بقريب غير محرم

يشترط في الحاضنة أن لا تكون متزوجة من شخص أجنبي أو بقريب غير محرم لصغير فأن كانت كذلك، فهنا لا يثبت لها الحضانة[2]، لأن الطفل إذا فقد حنان الأبوين باجتماعهما فلا أقل من أن يكون بعيدا عمن يبغضه ويكون مظنة لإيذائه[3] وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود الصغير مع أمه، فيشعر الصغير بالجفاء منه، وهذا له تأثير سيء على نفسيته[4]، فما تلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[5] .

فالسؤال المطروح :هل يشترط الدخول بالأجنبي أم تسقط الحضانة بمجرد العقد؟

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

- **الحنفية والشافعية والحنابلة:** فقد ذهبوا إلى أنه لا يشترط الدخول بالأجنبي، فتسقط حضانة المتزوجة بأجنبي عن الصغير من حين العقد، لأن التزوج اسم للعقد، فلا يتوقف السقوط على الدخول.[6]

---

[1] نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة مع قانون الأسرة) ، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، 2003 م، ص206.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره)، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا 2006م، ص230.

[3] عمر البوريني وآخرون، الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2012م ص 326.

[4] عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004 م، ص410.

[5] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط1، دار الثقافة، الأردن 1433هـ/2012 م، ص337.

[6] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 39.

▪ **أما المالكية:** فعندهم الحضانة لا تسقط بمجرد العقد، ولا بد من الدخول الحقيقي[1] لأن الدخول الحقيقي هو الذي يحصل به انشغال الحاضنة الحقيقي عن الطفل[2]، هذا وقد استثنى المالكية عدم السقوط بالتزوج من أجنبي في حالات منها:

– أن يعلم من له حق الحضانة بزواجها ودخولها ويسكت بلا عذر.

– عدم قبول المحضون غير الحاضنة أما أو غيرها، فلا تسقط بدخول الزوجة للضرورة.[3]

وعن عودة حق الحضانة للحاضنة المتزوجة فهل تعود الحضانة إليها أم لا؟ اختلف في ذلك على قولين:

▪ **القول الأول:** إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي، وهو قول الجمهور لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت [4] والعلة من سقوط الحضانة هو زواجها، فمتى زالت ولاية الزوج الأجنبي عن الحاضنة تعود لها الحضانة.[5]

▪ **القول الثاني:** إذا تزوجت ودخل بها، لم يعد حقها من الحضانة، وإن طلقت وهو المشهور في المذهب المالكي.[6]

أما بخصوص التشريع الجزائري، فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم

[1] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص513.

[2] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج5، ص46.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 39.

[4] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص120.

[5] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص301.

[6] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص121.

فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة[1]، وعلى هذا المبدأ سارت العديد من قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في القرار المؤرخ في2005/05/18 "يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة...." [2].

وما دام مصلحة المحضون تؤخذ فوق كل اعتبار في إسناد الحضانة، فإذا كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيبها.[3]

قضت المحكمة العليا بإسناد الحضانة إلى الأم المتزوجة بغير قريب محرم متى استوجبت مصلحة المحضون ذلك، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها بتأييد قضاة المجلس فيما قضوا به عند إسنادهم حضانة الطفلين لأمهم رغم ثبوت زواجها بغير محرم وذلك مراعاة لمصلحة المحضونين ما دام أن الأب لم يبدِ استعداده لتكفل بالطفلين وحضانتهما. [4]

الفرع الثاني

أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون

يشترط في المرأة أن تكون ذات رحم محرم للصغير وقريبة منه كالأم، الأخت، الخالة لأن مبنى الحضانة على الشفقة، وذات الرحم المحرم هي المختصة بالشفقة[5]، وعليه فلا

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص65.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/05/18، في الملف رقم331058 نقلا عن:نبيل صقر عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 134.

[3] سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر1، الجزائر، المجلد 47، العدد 1, ص145 .

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/01/14، في الملف رقم 457970، غير منشور.

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 40.

تثبت الحضانة لمن لم تكن قريبة للصغير وإن كانت محرما له كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة[1]، كما لا تثبت للقريب الغير محرم لبنات العم، وبنات العمة، وبنات الخال وبنات الخالة، بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق بحضانة الإناث، ولا حق لأبن الخال، ولا ابن الخالة، ولا ابن العم، ولا ابن العمة، في حضانة الإناث.[2]

الفرع الثالث

عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه

ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه، لأن التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن بل بسلامة الروح أيضا، ونفس الصغير تتضرر لا شك[3]، فإذا أقامت الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ويكرهه، ولو كان قريبا سقطت حضانتها، لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته، وفي إقامتها مع المبغض للولد تعريض له للأذى والضياع، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانته، وحضنته جدته (أم أمه) فهذه الأخيرة لا حضانة لها إذا سكنت مع ابنتها المتزوجة إلا إذا انفردت بسكن آخر[4].

و هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فالشافعية والحنابلة لم يعتبروه شرطا في الحاضن، أما الأحناف فاعتبروه شرطا لازما، أما المالكية ففي قول عنهم بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد والذكر لسن معينة، فإذا كان المحضون في جهة غير مأمونة فإن حضانته تسقط، كما اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد في بيت يتضرر به يعرضه للعناء والضياع، فالصغير يتأثر بمحيطه فإذا وفرو له الجو المناسب والظروف التي يجد فيها راحته النفسية تنمي ملكاته ومواهبه لأصبح عضوا صالح في المجتمع[5].

---

[1] رمضان علي الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ، (د.ط)، منشورا ت الحلبي الحقوقية بيروت، 2007م، ص402.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص230.

[3] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 40.

[4] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص552.

[5] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، ج4، (د.ط)، دار التراث العربي، بيروت، لبنان 1969 م، ص598، 599

الفرع الرابع

ألا تكون قد امتنعت عن حضانته والأب معسرا

نص الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسرا[1] وبالتالي يسقط حقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرط ضروري لتحقيق مصلحة المحضون[2] .

المطلب الثالث

الشروط الخاصة بالرجال

ويشترط في الرجال الحاضنين بالإضافة إلى شروط عامة شروط خاصة بالرجال وهى:

الفرع الأول

أن يكون ذا رحم محرم للصغير

يشترط في الحاضن العصب أن يكون ذي رحم محرم للصغيرة المحضون أي لا يجوز له الزواج بها شرعا وينحصر ذلك في ابن العم الشقيق وابن العم لأب[3]، فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرم، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها[4]، ولقد فرق الفقهاء بين مرحلتين من حياة الأنثى المحضونة كما يلي:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل الرغبة فيها

بأن تكون غير مشتهاه أو غير مطيقة وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون السابعة[5] وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق الحاضن الرجل للمحضونة على قولين:

---

[1] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2004م، ص603.

[2] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص274 .

[3] حاتم صبحي الأرناؤوطى، مرجع سابق، ص405.

[4] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص143.

[5] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ج3، ص264.

القول الأول: يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم في كل الحالات بدون اعتداد بسن الصغيرة، وهو قول لبعض الأحناف والزيدية[1].

القول الثاني: لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى لأنها غير مشتهاة طالما أنه مأمون عليها، وهو قول الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف والمالكية.[2]

المرحلة الثانية :تكون المحضونة فيها مشتهاة أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فأكثر، وفي هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع[3].

أما موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، لم يرد نص في شأنه، وبالتالي يمكن للقاضي إيجاد الحل في مختلف المذاهب الفقهية من خلال الاستعانة بمضمون المادة222 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني

أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء

اشترط الفقهاء أن يكون عند الحاضن سواء الأب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كالزوجة أو خالة أو عمة أو مستأجرة للخدمة مع استفائهن الشروط اللازمة في الحضانة، فإن لم يكن عند الرجل من يقوم بأعمال الحضانة من النساء فلا يحق له في الحضانة عند المالكية، لأن الرجل لا يستطيع أن يعطي للطفل ما يحتاجه من العطف والحنان والصبر على العناية به وتنظيفه والسهر على حمايته كالأنثى[4].

أما في التشريع الجزائري فلا يوجد نص صريح يقرر هذا الشرط، وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في القضية المعروضة أمامه، بالاستئناس بالآراء الفقهية الإسلامية في حالة عدم وجود نص صريح في ذلك.

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص281.

[2] أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق وضبط وتصحيح :محمد عبد السلام شاهين، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م، ص529.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص281.

[4] عبد الرحمان الصادق الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002 م، ص166 .

وعموما تعد الشروط التي جاءت بها الشريعة الإسلامية والتي ينبغي على القاضي، عند إسناده للحضانة، الالتزام بها تحقيقا لمصلحة الطفل المحضون، ضمانات لتحقيق مصلحة المحضون، ولتحقيق الأهداف المتوخاة من الحضانة والمتمثلة أساسا في التربية والرعاية والحماية الصحية والخلقية للمحضون، فمن غير المعقول أن تسند الحضانة إلى شخص غير عاقل أو غير بالغ لعجزه عن القيام بالواجبات التي تقتضيها الحضانة، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص الحاضن غير قادر على تربية الطفل المحضون أو غير أمين عليه كأن يكون سيء الخلق ويكون ذلك في غير مصلحة المحضون.

المبحث الثالث

ترتيب مستحقي الحضانة

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية، والولاية على النفس والولاية على المال إن كان له مال، وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة[1]، وهو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، فالأصل في الحضانة مصلحة الصغير التي تعد العمود الفقري لها[2]، لكونهم عاجزين عن تولي أمورهم والقيام بمصالحهم فكان لابد من تعيين من يقوم بها عنهم، فجعل المشرع الإسلامي هذا الأمر قسمة بين والديه، وأوكل مسألة الولاية والنفقة للآباء لأنهم الأقدر والأقوى في ذلك، أما الحضانة فقد أناطها للأمهات لأنهن الأحن والأشفق والأصبر والأفرغ على القيام بها[3]، وتتحمل في سبيله مالا يتحمله الأب أو غيره من مستحقي الحضانة[4]، وإتباعا لذلك رتبوا الحاضنات من النساء وجعلوا بعضهن مقدم على بعض حسب القرابة، ومن ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث[5].

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 404 .

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط04 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص379

[3] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص193 .

[4] أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، مرجع سابق، ص7، 8.

[5] وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1997م، ص225 .

وسنتعرف في هذا المبحث، على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بخلفية شرعية بحكم أن فقهاء الشريعة قد فصلوا في ترتيب مستحقي الحضانة، والتي من خلالها تمت صياغة النصوص القانونية، وسنعرض في هذا المبحث أصحاب الحق في الحضانة، وهذا من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: الترتيب الشرعي لمستحقي الحضانة

المطلب الثاني: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة

المطلب الأول

الترتيب الشرعي لمستحقي الحضانة

مبنى الحضانة على الشفقة والصبر على القيام بالتربية، ولذا فإن من توفر فيه الوصفان يقدم على من توفر فيه أحدهما فقط، ومن هنا كان النساء أحق بحضانة الصغير من الرجال، كما أن من تغلب شفقتها منهن تقدم على غيرها، وتعرف زيادة الشفقة بالجهة وقوة القرابة وتعدد درجاتها[1].

الفرع الأول

الأم ومن يليها من قريباتها

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون[2]، فالمتتبع لما كتبه الفقهاء في هذا الشأن يجد أن لكل مذهب طريقة خاصة في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم[3].

[1] أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص 460.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص357 .

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 17.

أولا-المذهب الحنفي

يرى الأحناف أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث[1]، فإذا لم يوجد أحد يستحق الحضانة من عصبة الصغير أو وجد وكان غير أهل لها انتقل هذا الحق على محارمه من الرجال، فإذا تعدد المستحقون للحضانة وتساووا في ذلك كان الأحق بها أكبرهم سنا، وذلك لأنهم غالبا ما يكون أكثر تجربة وأعرف بما فيه مصلحة الصغير، فإذا لم يوجد من يقوم بذلك فان القاضي يضعه عند من يثق به[2].

ثانيا- المذهب المالكي

يرى المالكية أن الأحق بالحضانة هم :الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة الأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم الموصى، ثم للأفضل من العصبة[3].

ثالثا- المذهب الشافعي

يرى الشافعية أن الأحق بالحضانة هم الأم، ثم أم الأم، الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم.[4]

رابعا- المذهب الحنبلي

يرى الحنابلة أن الأحق بالحضانة هم: الأم فأمهاتها القربى بالقربى، ثم بعدهن يأتي دور الأب ثم أمهاته، ثم الجد (أب الأب) ثم أمهاته، ثم جد الأب ثم أمهاته، ثم جد الجد ثم أمهاته، وبعد الأصول يأتي دور الأخوات، وبعد الأخوات تأتي الخالات، ويقدمن على العمات، ثم يأتي دور العصبة، الأقرب فالأقرب[5].

---

[1] وهبه الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص730.

[2] عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص406.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 19.

[4] سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة)، ط1، دار المنار، مصر، 1986 م، ص28.

[5] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص546

ويمكن توضيح ترتيب الحواضن بين المذاهب الفقهية واختلافهم من خلال الجدول التالي[1]:

الحنفية	المالكية	الشافعية	الحنابلة
الأم	الأم	الأم	الأم
الجدة لأم	الجدة لأم	الجدة لأم	الجدة لأم
الجدة لأب	الخالة	الجدة لأب	الجدة لأب
الأخوات	الجدة لأب وإن علت	الأخوات	الجد
الخالات	الأخت	الخالات	أمهات الجد
بنات الأخت	العمة	بنات الأخت	الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب
بنت الأخ	بنت الأخ	بنت الأخ	الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب
العمات	الوصي	العمات	العمات
العصبات بترتيب الإرث	الأفضل من العصبة	العصبات بترتيب الإرث	خالة الأب
ذوو الأرحام إذا عدم العصبة			عمة الأب
			بنت الأخ
			بنت عم الأب
			باقي العصبة الأقرب فالأقرب

الفرع الثاني

الأب ومن يليه من أقاربه

إذا لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة، انتقل حق الحضانة إلى محارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث[1]، وهذا ما سنتطرق له من خلال ما جاء به فقهاء الشريعة على النحو التالي:

[1] نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 208

أولا/ المذهب الحنفي:

يرى الأحناف أن الأحق بالحضانة هم: الأب ثم أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم، فإن لم يوجد من عصبته المحارم أحد أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى المحارم غير العصبة[2].

ثانيا/ المذهب المالكي:

تنتقل الحضانة بعد الحواضن من النساء إلى الوصي الذي يعينه القاضي أو الولي، ثم يجعل الأخ أسبق من الجد وهو الجد لأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق أو لأم، ثم يليه الذي لأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، وبالتالي يحق له حضانة الطفل، ثم أبناء العم[3]، ولهم حق حضانة الذكور دون الإناث، وذلك لأن ابن العم غير محرم ولا حق لغير محرم من الأقارب في حضانة الإناث[4].

ثالثا/ المذهب الشافعي:

يرى الشافعية أن الأحق بالحضانة إذا انعدمت الحاضنات من النساء، انتقلت الحضانة للوارثين من الرجال على ترتيب ولاية النكاح، الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة[5].

رابعا/ فقهاء المذهب الحنبلي:

تنتقل الحضانة بعد الحواضن من النساء كالآتي: فأولاهم الأب، ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم.[6]

---

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 269.

[2] عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم ط2، دار القلم، الكويت، 1990 م، ص195.

[3] التواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص869.

[4] خالد عبد العظيم أبوغاية، مرجع سابق، ص 166.

[5] محمد سمارة، مرجع سابق، ص 388.

[6] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص127.

الفرع الثالث

حضانة ذوي الأرحام

إذا لم يوجد للولد أحد من العصبات من المحارم انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة، ويقصد بذوي الأرحام في الحضانة كل قريب ليس صاحب سهم ولا عاصب وبعبارة أخرى هم كل قريب ذي رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة[1]، وهم على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم ولا حق لبنت العمة والخالة والخال وسواء كان المحضون ذكرا أو أنثى لأن شرط ثبوت ولاية الحضانة للأقارب غير العصبة المحرمية وولد العمة ونحوه وان كان قريبا إلا أنه غير محرم للمحضون فلا تثبت له هذه الولاية[2].

الفرع الرابع

ما يراه القاضي الأصلح للمحضون

إذا وجد من يستحق الحضانة فهو أهل لذلك، أما إذا تعدد أهل الحضانة في المرتبة الواحدة قدمت أقربهن درجة على الترتيب المبين، فإن تساوين في الدرجة كأخوات شقيقات فإن كانت إحداهن أصلح لتربيته قدمت، وإن تساوين في المرتبة ودرجة القرابة والصلاحية للحضانة[3] قدم من كان أكبر سنا لأنه في الغالب عند دراية بما فيه المصلحة للصغير وأكثر تجربة وإلا فيختار القاضي منهم من يشاء[4].

فإذا لم يوجد أصحاب الحضانة من الدرجات السابقة، فإن أمر الحضانة يرجع إلى القاضي، فله أن يضع الولد عند من يثق به رجلا كان أو امرأة، حتى وإن كان أحد أقاربه الذين لا حضانة لهم.[5]

---

[1] خالد عبد العظيم أبوغاية، مرجع سابق، ص 166.

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص226.

[3] عبد الحميد محمد محي الدين، مرجع سابق، ص 407.

[4] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 269.

[5] عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2010 م، ص268.

ومن الملاحظ مما سبق أن الناظر المتأمل في ترتيب أصحاب الحضانة، في المذاهب الفقهية يرى اختلافا بينا في ترتيبهم، وعلى كل فهذه التقسيمات والترتيبات في الحضانة أمر اجتهادي بحيث يمكن أن يكون الاجتهاد فيه صوابا ويمكن أن يكون مجانبا للصواب[1] واتفاقا بينا في بعض الضوابط التي اتفق عليها الفقهاء في ترتيبهم ممن له الحق في الحضانة على النحو التالي:

- أن الاعتبار في الحضانة بالولادة المحققة وهي الأمومة ثم الولادة وإن من لوازم تقديم الأمومة تقديم من في جهتها على الأب ومن في جهته.[2]
- أن الحضانة ولاية تعتمد على الشفقة والتربية والملاطفة فأحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة.

المطلب الثاني

الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة

أخذ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من قبل المشرع الجزائري حيث اعتمد في ذلك على الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة وشفقة والأكثر حرصا على تربيته وتأديبه ورعايته تحقيقا لمصلحة المحضون، حيث جاء في64 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل الأخير بموجب الأمر (02/05) بأن" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."وفي هذا الصدد سنبين ترتيب مستحقي الحضانة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة11/84:

جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري 11/84 على أن " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة "

[1] محمد سمارة، مرجع سابق، ص389.

[2] خالد عبد العظيم أبوغاية، مرجع سابق، ص 168.

فمن الطبيعي أن تناط حضانة الطفل بوالديه بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين في حضانة الطفل واجب طبيعي فطري، لما جبلا عليه من الرحمة والشفقة والرفق بفلذة كبدهما، فهما أجدر الناس بحضانته[1]، ولهذا فإن للأم الأولوية في استحقاق الحضانة، فهي أول الحاضنات، لأنها أشفق وأرفق وأحن من غيرها على الصغير[2] وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته[3]، لأن الله خلق في تكوينها الجسدي والنفسي والعقلي ما يجعلها أهلا لذلك، كما يسر لها من السبل بحيث تقوم بوظيفتها خير قيام[4] فتشريع الجزائري سير مع القواعد الطبيعية فلقد جعلت المرأة لدور الإنجاب والرعاية والحفظ وسار على ما أجمع عليه المذاهب في تقديم الأم على غيرها من مستحقي الحضانة إلا أنه لم يسايرهم في ترتيبهم لأصحاب الحق في الحضانة، وهذه القاعدة محل إجماع فقها ومكرسا قانونا وقضاءا وهذه الأحقية والأولوية متعلقة بمدى توافر شروط الحضانة في الأم ومدى تحقق مصلحة المحضون، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02 بأنه " متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي[5].

ولأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب[6]، تسند الحضانة لأم الأم في حالة وفاة الأم، أو سقطت في حقها الحضانة لأن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ويقدم المدلي بالأم إلى أم الأم على المدلى بالأب عند إتحاد

---

[1] أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010 م، ص196 .

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 153.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص381.

[4] مفتاح غمق ضو، مرجع سابق، ص 18.

[5] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1984/04/02، في الملف رقم(32594)، المجلة القضائية 1989، عدد01، ص77 .نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 210.

[6] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 758.

المرتبة ولذلك تنتقل الحضانة من الأم إلى أم الأم وإن علت [1] وتأتي مرتبة الخالة في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم المحضون.

ثم تأتي مرتبة الأب بعد إعطاء الأولوية في الحضانة بعد الأم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم مع مراعاة هذه المصلحة، ويجعل الأب في مرتبة لاحقة لمرتبتهن، لأن دور الأب في المرحلة الأولى من عمر الطفل (من 1-7سنوات) دور يستلزم فيه توفير السكن والراحة والهدوء للطفل والكافلة من النساء(الحاضنة)، فدوره هو النفقة وتوابعها خارج البيت لان الطفل خلال هذه المرحلة في حاجة إلى من يخدمه والنساء أقدر على ذلك من الرجال[2] وفي هذا حرج وتعارض، إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابلته ورعايته[3].

فالملاحظ لترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة 11/84 أنه:

- غلب عليه جانب النساء على جانب الرجال[4]، فتقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية تستجيب مع واقع الحياة وتوافق تكوين المرأة والحاجات الطبيعية للصغار[5].

- اكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة دون بيان الأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص بعد هذا التحديد الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة(222) من قانون الأسرة بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[6].

---

[1] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 621.

[2] مفتاح غمق ضو، مرجع سابق، ص 19.

[3] .أحمد شامي، مرجع سابق، ص292 .

[4] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 183.

[5] محمد كمال الدين أمام، مرجع سابق، ص 150.

[6] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 306.

– للأم الأولوية عند إسناد الحضانة، وما عدا ذلك يرتب على سبيل الإلزام، وتسند الحضانة من بعد الأم لمن كان أقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة من نفقة وسكن وغيرها[1]، فالقاضي يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطّفل يضعه ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن يرى أنَّ مصلحة الطّفل تتوفر لديه[2] فإذا تنازع في حضانة الطفل أمه وخالته أباه وجدته، فللقاضي أن يحكم للأب دون غيره بحضانة أبنائه إذا وجد أنه يحقق الرعاية الخلقية والتربوية[3].

الفرع الثاني

ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة02/05:

أحدث المشرع الجزائري تعديلا في نص المادة 64 بموجب الأمر02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة إذ نصت هذه الأخيرة بقولها" :الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ." فالملاحظ هنا أنه بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة، أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه حق الحضانة، فالأم أولى بحضانة الطفل، فإذا توافرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك[4]، فالمشرع أخذ في تعديله في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم[5] بالرواية المرجوحة عن الحنابلة في هذه

[1] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2008م، ص256 .

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص293 .

[3] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد(مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ط1، مطبعة الطالب، الجزائر 2008 م، ص60.

[4] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن .يوسف بن خدة، الجزا ئر، 2007م، ص78.

[5] أحمد شامي، مرجع سابق، ص294

المسألة[1] إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، حيث جاء في المغني" ولا يشاركها- أي الأم في الحضانة- في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه"[2] .

وإعطاء الأولوية للأب في الحضانة بعد الأم جاء لمواكبة واقع النزاعات التي يعيشها القضاء الجزائري في مسألة إسناد الحضانة بحيث تقع أغلب هذه النزاعات بين الأم والأب وهذا الأخير كان يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها[3] بالنظر للأهمية التي يتحلى بها الأب في الحضانة كونه يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة[4] وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها"يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون، بدعوى أن القاضي يراعي في إسناد الحضانة مصلحة المحضونين، وأن الأبناء كانوا يعيشون عند والدهم ...مادام يؤدي النقض"[5]، وفي قرار آخر قضى بأن"إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون"[6]

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، (د.ط)، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 م، ص304

[2] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ص414

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 79

[4] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 309

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2008/02/13، في الملف رقم(424292)، مجلة المحكمة العليا 2008، العدد الأول، ص267، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1445.

[6] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2001/02/12، في الملف رقم(25629)، مجلة المحكمة العليا 2002، العدد الثاني، ص421، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1188.

فتعديل الجديد كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري، لأنَّ السّواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، لهذا لابد عند إسناد الحضانة مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع، فالطّفل دائما بعد الأبوين تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات هو أمر منطقي[1] ، فالوضع الطبيعي أن الأم والأب والجدات أقرب رحما من غيرهم وأشفق على الصغير ويعملون لمصلحته[2]، لهذا ساوى المشرع بين جهة الأم والأب، وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب وإقراره مبدأ التداول بينهما[3].

كما أن الترتيب المنصوص عليه غير إلزامي[4]، أي أن المشرع لم يجعل من ترتيب مستحقي الحضانة وجوبياً على القاضي يتقيد به ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجهاً له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما[5]، فرغم أن الأب قد يملك حنان وشفقة على أبنائه إلا أن الطفل الصغير يحتاج لرعاية وعناية وتفرغ كبير له والأب منشغل عن متطلبات الحضانة بمتطلبات الحياة[6] لا يملك الوقت الكافي للقيام بهذه الأمور للصغير على عكس النساء فيضطر إلى إعطاء ابنه لمن هي أقدر على ممارسة هذه الرعاية[7]، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في1997/02/18"

---

[1] الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص256 .

[2] مفتاح غمق ضو، مرجع سابق، ص 36.

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص79 .

[4] غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل(دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011 م، ص 149، 150.

[5] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 310.

[6] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، (د.ط)، الجزائر، دار هومة 2013م، ص178

[7] حنان براهيمي، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، جوان 2007 م، ص54 .

الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1].

وفي الأخير يمكن القول بأنَّ إسناد حق الحضانة يخضع لتقدير القاضي الذي راعى مصلحة المحضون، وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/13 والذي جاء فيه " :فمن المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"[2] .

ومن الأسباب والدوافع التي يمكن أن تكون وراء تعديل المادة 64 من قانون الأسرة حسب وجهة نظرنا هي:

- التغيرات المستحدثة على الأدوار التقليدية المنوطة للوالدين نتيجة التغيرات الحاصلة في المجتمع، حيث صار بوسع بعض الآباء القيام بتربية الصغير وما يتعلق بها من تنظيف وتغذية ... ورعايته والقيام بأعمال كانت منوطة لنساء فقط، نتيجة تغير دور المرأة وخروج من البيت بهدف العمل.
- صورية الأحكام القضائية المتعلقة بإسناد الحضانة وعدم تطبيقها على أرض الواقع كالحكم بإسقاط الحضانة للأم بسبب زواجها بغير قريب محرم وإسنادها لأم الأم أو الخالة فالمحضون يبقي مع أمه بناءا على اتفاق بين الأم والحاضنة، لهذا لابد من إسنادها للأب لأن إسنادها لقريبات الأم يظل الحكم شكلي ولا ينفذ على أرض الواقع.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/02/18، في الملف رقم(153640)، المجلة القضائية1997، العدد الأول، ص39، نقلا عن فضيل العيش، مرجع سابق، ص63.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/05/13، في الملف رقم(497457)، المجلة القضائية2009، العدد الأول، ص297.

- تكريس فكرة المساواة بين المرأة والرجل التي باتت التزاما دوليا يفرض على المشرع بعد الانضمام الدول للاتفاقيات الدولية الرامية إلى القضاء على كل أشكال التمييز بين الرجل والمرأة[1].

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبير طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[2]، ويقدم الأصلح فالأصلح عند اجتماعهم وتنازعهم فيما بينهم أو مع الأب[3]، لأن اجتهاد القاضي في إسناد الحضانة لا يجب أن يكون استنادا إلى آراءه الخاصة وإنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل ومدعمة وجعل التحليل مبدأ أساسي في إسناد الحضانة من خلال الاستعانة بالمرشدين الاجتماعيين لجمع المعطيات المادية والاجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة.

[1] أنيسة لشهب، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة،، العدد13، 2010م، ص285

[2] أحمد شامي، مرجع سابق، ص310

[3] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص216

الفصل الثاني

مسقطات الحضانة والآثار المترتبة عنها

الفصل الثاني

مسقطات الحضانة والآثار المترتبة عنها

تعتبر الحضانة المرحلة الأساسية التي ينشأ الطفل في مهادها، ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تترك الطفل في مهب الريح، فهي لم تعف الوالد من تحمل مسؤولية ما ولد له بل قررت للطفل حق الحضانة من أجل حمايته حماية كاملة فوضعت قواعد تكفل للصغير هذا الحق الخاص، حتى ينشأ في وسط أسرة ترعاه وتحميه من كل ما يؤذيه، فالحاضن هو القدوة والأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية، يستطيع من يشرف عليها تكييفها وقولبتها حسب ما يريد، ولذا يكون لشخصيته تأثير في المحضون، ولما كان الإسلام حريصا على نشأة الجيل نشأة صالحة تنهج النهج السليم، لذا فقد احتاط في أمور الحضانة، باشتراطه شروط كثيرة في الحاضن ليضمن مصلحة المحضون، وهذا المبدأ ذاته تخضع له كل الحالات المتعلقة بمسقطات الحضانة أو التنازل عنها، فكلما كانت مصلحة المحضون حاضرة، كانت الحضانة قائمة، وكلما انتفت المصلحة سقطت الحضانة.

فالمشرع أولى اهتماما بالغا بموضوع الحضانة من خلال تنظيم أحكامه على مبدأ هام وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون سوءا عند إسناد الحضانة أو عند تمديدها بل لم يكتفي بهذا الحد بل ذهب إلى الأبعد من ذلك وبقي مواصلا في تتبع الطفل المحضون مراعيا مصلحته وذلك بإسقاط الحضانة عن من أسندت إليه، ويقصد بسقوط الحضانة عندما تثبت لشخص ما ثم بعد ذلك يطرأ طارئ يجعلها تسقط عنه ثانية[1]، كتعارضها مع مصلحة المحضون أو وجد سبب من أسباب سقوط هاته الحضانة، فمصلحة المحضون قوام الحضانة وتتجسد من خلال تقرير نصوص قانونية تكفل له التربية الحميدة وحمايته من الصدمة التي تلقاها من فقدان أحد والديه.

ومسقطات الحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل لأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع

[1] محمد كشبور، مرجع سابق، ص86.

هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها، وللقضاء بإسقاط الحضانة يتحتم على كل شخص، يتمسك بأحد أسباب سقوط الحضانة، وفقا لما هو منصوص عليه قانونا، أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك والقاضي ينظر في موضوع الدعوى ولا يحكم بإسقاط الحضانة، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

لأن الاهتمام بمصلحة المحضون لا يقتصر عند إسناد الحضانة بل يتواصل إلى مرحلة ممارسة الصلاحيات من طرف من أوكلت له المحكمة مهمة ذلك، فوسائل حماية الأطفال لا يمكن أن تكتسي طابعا جامدا فهي ليست قرارات نهائية وإنما هي قرارات قابلة للمراجعة المستمرة بحسب ما تمليه حاجاتهم بعد، فعلى هذا الأساس فإنه يبقى من الممكن طلب إسقاط الحضانة عن الطرف الذي عهدت إليه بموجب حكم الطلاق إذا ثبت لاحقا أنه لم يعد يوفر للمحضون ظروف التربية السليمة المطلوبة منه.

ولكي تتضح مسقطات الحضانة من مختلف جوانبها، لابد من الإحاطة بالأساس القانوني لها في ظل قانون الأسرة الجزائري في حالة تغيير الوضع القانوني للحاضن مراعاة لمصلحة المحضون، ويحسن تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول:سقوط حق الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا

المبحث الثاني: سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الصريح عنها

المبحث الثالث: سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الضمني

المبحث الأول

سقوط حق الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا

يترتب على إسناد الحضانة تحمل الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون، باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها، وهي واجبات طبيعية محمولة على الأبوين حسب ما يقتضيه العرف والعادة والهادفة إلى تحقيق الاستقرار النفسي والبدني للطفل، إضافة إلى واجب التربية والتوجيه والتي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق، ويتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل.

فكلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر فيمكن أن يلجأ صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمر تلقائي بل لابد فيه من حكم قضائي، و تكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون، وهذا ما تعرضت له المادتان 62 و67 من قانون الأسرة وسوف نتطرق له من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: سقوط حق الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية

المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن

المطلب الثالث: سقوط حق الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة

المطلب الأول

سقوط حق الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية

يسقط حق استحقاق الحاضنة للحضانة إذا اختلت شروط الحضانة، وهذه الشروط حددتها المادة 62 من القانون الأسرة[1]، كما يسقط أيضا بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من القانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا حسب المادة(المادة67 ف1وف3 من نفس الأمر) [2].

الفرع الأول

الأساس القانوني

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على سقوط الحق في الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تبين نوع الرعاية والتربية والحماية والحفظ الواجبة للمحضون على الحاضن، فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية، وافتقر للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه سقط حقه في الحضانة[3]، لأن هذه الشروط مقررة على سبيل الدوام[4]، وأي إخلال بأحد أو بعض هذه الشروط يترتب عليه سقوط حق الحضانة على الحاضن وإمكانية إسناده لغيره[5] فيشترط في كل من الحاضن أو الحاضنة سلامة العقل، لأنّ مناط الأهلية هو العقل[6] فلابد للحاضن أن يكون عاقلا مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه في حضانته

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 156.

[2] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 187.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص142.

[4] الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص260.

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

[6] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1418ه/1998م، ص109.

للصغير وملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة[1] لهذا اشترط الفقهاء الأهلية العقلية المتحققة بالبلوغ والعقل والأهلية الصحية فاعتبروا من موانع الحضانة الأمراض المعدية والمنفرة[2] ، ومما تتحقق به الأهلية أيضا القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لمن كان عاجزا بسبب المرض أو الهرم، فلو كان مقعدا أو مشغولا أو مرض مرضا يشغله بنفسه عن غيره فلا يصح منه حضانة الصغير لأعذاره في ذلك[3]، فلا حضانة لعاجزة عجزا كليا أو جزئيا كالمريضة مرضا لا برأ منه أو مرضا معديا يتحقق معه وجود الخطر على حياة الطفل، أو لكونها مصابة بعاهة أو شيخوخة، فلا حق لها لأن هذا الحق إنما ثبت لها لحفظ الولد وتربيته، وهذا لا يتحقق مع العجز[4]، ويجب التفرقة بين المرض الذي لا يخشى منه خطر أو يتوقع من إصابته ضرر، كالصداع اليسير والحمى الطارئة وهذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة[5]، أما المرض الذي يطول فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به بل وعلى غيره كالجذام والسل والجرب، ويكون مانعا لحق الحضانة، لذلك يشترط لممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا[6] لأن الطفل معروف بحركاته وسكناته فلو كان الحاضن غافلا لهلك المحضون[7].

ويعد من قبيل إخلال الحاضن في واجباته اتجاه المحضون إهماله بالتقصير في التربية والرعاية وتهاونه بصفة ملحوظة عن أداء واجبه في تربية الطفل ورعايته بقصد الإهمال والمقصود بالتربية هنا التربية بكل مكوناتها الأخلاقية والسلوكية فيجب أن يتربى المحضون على الدين والقيم الإنسانية النبيلة والعقائد الصحيحة والمفاهيم التي تشجع على الاستقامة

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص55.
[2] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص135.
[3] محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص74.
[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص205.
[5] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص30.
[6] باديس ديابي، مرجع سابق، ص58.
[7] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص233.

والفضيلة والرحمة والتسامح والصدق وتبعدهم عن أمراض العصر الفتاكة مثل: النفاق والتحلل والقسوة والأنانية[1]، وبالإضافة إلى الجوانب المعنوية للتربية الإنفاق وتسديد الحاجيات المادية للطفل مثلا أن تصرف نفقة أبنائها المحضونين لقضاء شؤونها الخاصة وتركهم في حالة خصاصة، فإذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، أو إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة كأن تدخل السجن أو تصاب بمرض يمنعها من الاستجابة لاحتياجات المحضون[2].

الفرع الثاني

مـــــوقف القضـــــاء

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه[3]، لأن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته[4]، فمن الشروط المنصوص عنها في المادة 62 هي خلو الحاضن من الأمراض العقلية والجسدية بحيث يشترط في الحاضن سلامة العقل والجسد، فالعقل هو أداة التفكير ومناط التكليف لهذا يشترط في الشخص الذي يسهر على تربية الصغير أن يكون عاقلا وهو شرط مشترك بين الحاضن والحاضنة وغير العاقل هو نفسه يحتاج إلى الرعاية فكيف يتولى شؤون غيره[5]، فالعقل قد تكتنفه عوارض تحول دون تحقيق مصلحة المحضون، والتي لا تتحقق إلاّ في شخص يدرك قيمة هذا الواجب الملقى

---

[1] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص 188.

[2] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، ط 3، الجزائر، دار هومة، 2011 م، ص490 .

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 388.

[4] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1988/11/07، في الملف رقم(50270)، المجلة القضائية1991، عدد03، ص48، .نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 488.

[5] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص296.

على عاتقه نظرا لسلامة عقله، ولهذا ينبغي للقاضي أن لا يسند الحضانة إلى حاضن مصاب بمرض عقلي، لأنه يشكل خطورة على نفس وحياة المحضون، فلا يصان ولا تتحقق مصلحته، وهذا ما ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث قضى " حيث أنه من الثابت أمام المجلس، أن الزوج إنما صمم على طلاق زوجته، لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي، وحيث أن المجلس لم يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم، المدعى عليها بأنها حائزة لصحة العقل، أو البرء من المرض الذي أصابها، حتى تصبح صالحة للقيام بمحضونها، وعليه فإن قضاة الاستئناف لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا "[1] .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا حيث قضى " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[2] حيث جاء في حيثيات القرار أن".... حيث إن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك إنه يتبين من التقرير الطبي المبرر في ملف الدعوى أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي" بسيكاتر "وإنما كان من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكما على القدرة العقلية لفرد ما لطالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم النفس الإكلينيكي فيما يتعلق بتحديد الأمراض العقلية والنفسية وحيث إن مجرد إدخال الزوج زوجته قبل الطلاق إلى مستشفى عين عباسة قسم الأمراض العقلية للتشخيص بتاريخ 24 سبتمبر 1996 وخروجها منه بتاريخ 16 أكتوبر 1996 دون البقاء به كما يتجلى من تقرير الخبير المعين في الدعوى لا يعتبر دليلا في حد ذاته على أنها متأخرة عقليا وقت حكم الطلاق الصادر في 14 ديسمبر 1996 بإرادة الزوج وإسناد حضانة الأولاد إلى الأم مادام لم يظهر من ملف الدعوى أن التقرير الطبي الصادر عن المستشفى قد أثبت ذلك الأمر الذي يؤكد تأكيدا كبيرا على أنها مالكة لقواها العقلية وقادرة على الحضانة لثبوت أهليتها ولما كان لك وكان القرار المطعون

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 08/25/ 1998، ملف رقم(15395)، غير منشور.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر في02/13/ 2002، رقم (265727)، مجلة قضائية، 2002 العدد الثاني، ص432، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص 1193.

فيه أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبإسناد حضانة الأولاد إلى الأب رغم عدم ثبوت المرض العقلي فإنه قد خالف القانون فضلا عن انطوائه على فساد في الأساس وحيث أنه على هدى ما تقدم يضحى الطعن برمته على أساس فاسد ويتعين معه نقض القرار دون إحالة".

ومنه ما جاء أيضا في قرار للمحكمة العليا "أن الخبير المعين من طرف المجلس والذي أودع تقريره الطبي بتاريخ2009/10/12قد توصل في خلاصته إلى أن الطاعنة مصابة باضطراب زعتري عاطفي تفاعلي مع إفراط في الانفعال العصبي، وأن حالتها الصحية والعقلية لا تسمح لها بحضانة الأطفال وبضرورة عرضها على طبيب مختص في الأمراض العقلية .

وحيث بالرجوع إلى الخبرة العقلية التي أجراها الطبيب السيد (م) المختص في الأمراض العقلية أكد فيها أن الطاعنة تعاني من مرض نفسي من نوع القلق المزمن، وبالتالي ونظرا لهذا المرض الذي تعاني منه الطاعنة لا يساعد الطفلين على بقاءهما تحت حضانة والدتهما المريضة ذلك أنه من مصلحتهما أن يتولى والدهما حضانتهما، الشئ الذي يؤدي بالقول إلى أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم حينما أسندوا الحضانة للمطعون ضده (الأب) الأمر الذي ينبغي رفض الوجهين لعدم تأسيسهما وتبعا لذلك رفض الطعن"[1] .

كما ينبغي على القاضي الناظر في دعاوى الحضانة، أن يتحقق من توفر شرط آخر يتمثل في السلامة الجسدية للحاضن، أي من عدم إصابته بعجز جسمي أو بمرض خطير يحول دون قيامه بواجباته نحو المحضون من رعاية وتربية[2]، فالعجز الجسمي يأخذ صورتين فالحاضنة العاجزة لكبر في الس، ليست أهلا للحضانة، لأنها لا تستطيع التصرف إلاّ بمشقة نظرا لضعفها الجسدي أو الصحي، كما أن الإعاقة الجسمية تحول دون ممارسة حق الحضانة بنوعيها سواء حسية فهي ذلك الخلل الذي يصيب الحواس: كالصم والبكم والعمى أو الإعاقة البدنية أو الحركية وهي الإعاقة التي تشل عضوا من أعضاء الشخص أو كل

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر في 2012/09/13، رقم (692322)، غير منشور.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 174.

الجسم، فيصبح المصاب عاجزا عن القيام بشؤونه بنفسه فكيف له القيام بشؤون غيره، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في هذا الخصوص بتاريخ 1984/07/09 بأنه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي لما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[1] وجاء في حيثيات القرار"....فالمريض الضعيف القوة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها وقضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة، يتعين معها نقض قرارهم فيها وحدها دون سواها".

كما يشرط في الحاضن سلامته من الأمراض الخطيرة، حيث يعتبر المرض الخطير عاهة تجعل الحاضن المصاب به، عاجزا عن ممارسة الحضانة[2]، لهذا يشترط في الحاضن خلوه من الأمراض الخطيرة لأنه يؤثر على قدرة الحاضن بسبب تدهور صحته وعدم قدرته على التكفل بالمحضون، من خلال الاستعانة بالخبرة الطبية وللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بهذه الخبرة ، لأن مسألة تعيين طبيب لمعرفة مدى قدرة الحاضنة لممارسة الحضانة هي من المسائل الموضوعية التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع[3]، وهذا ما ظهر جليا في قرار للمحكمة العليا حيث قضت " يثبت مرض الأم بالخبرة الطبية في حالة النزاع في الحضانة .

---

[1] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، في الملف رقم (33921)، نقلا عن نبيل صقر، عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 149.

[2] صادق موريس، النفقة والحضانة والطاعة(معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء والنفقة في مصر والدول العربية)، (د.ط) دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999 م، ص53.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر في 2007/02/14، رقم (381439)، غير منشور.

ومتى تبين من قضية الحال أن الأم عرضت على خبير طبي وأن الخبرة توصلت إلى أنها أهلا لاستئناف الحياة الزوجية وممارسة الحضانة فإن إسناد الحضانة لها اعتمادا على هذه النتيجة هو قضاء سليم مما يستوجب رفض الطعن "[1].

فإذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى أحد مستحقيّها قانونا وثبت فيما بعد أنّ هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية فإنه لم يعد أهلا للحضانة، ويمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط حقه في هذه الحضانة على أن تراعي المحكمة دائما مدى توافر مصلحة المحضون[2]، فإذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، أو إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة كأن تدخل السجن أو تصاب بمرض يمنعها من الاستجابة لاحتياجات المحضون[3]، وهذا ما تجسد في قرارات القضاء، حيث ذهبت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه" متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا"[4].

فالقدرة شرط أساسي لأهلية الحاضن، وهي الاستطاعة على صيانة الصغير في صحته وخلقه، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية[5]، كما أن تخلفها يؤدي إلى سقوط الحضانة عن الحاضن، فالقاضي لا يمكن أن يمنح حق الحضانة

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر في 2007/02/14، رقم (380556)، غير منشور.

[2] .عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص301 .

[3] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 488.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في1988/11/07، رقم (50270)، مجلة قضائية، 1991، العدد الثالث، ص48، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 488.

[5] عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد15، 2005 م، ص 186.

لشخص يعجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض، حيث يرى غالبية الفقهاء[1] لأن مدار الحضانة مصلحة المحضون فإن هذه المصلحة تحتم أن لا يحضنه من هو مريض بالأمراض المعدية والخطيرة حفاظا على صحته وحياته[2]، فقدرة الحاضنة على الحضانة أو عدمها متروكة لقاضي الموضوع لكونها مسألة تقديرية يستطيع من خلال حكمه أن يحقق مصلحة المحضون، ويمكنه أن يستعين برأي الخبراء في مجال الطب وعلماء الاجتماع، لأن الأصل هو سلامة الحاضن وقدرته على القيام بواجبات الحضانة إلى أن يثبت العكس.

فواجب القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط، وهي تربية جسمه وعقله وروحه، بدون التفات إلى أي اعتبار آخر، إذ صيانة الطفل هي الغاية المقصودة للشارع من الحضانة[3] .

المطلب الثاني

سقوط حق الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن

إن القيم التي يكتسبها الطفل أثناء سيره نحو النضج، إنما هي نتيجة لمؤثرات عديدة إلا أن تأثير البيت هو أقواها، إذ أن المبادئ التي سارت عليها تربيته الأولى ستؤثر في سلوكه ولذلك أعتبر السلوك المشين من مسقطات الحضانة[4].

والسلوك المشين هو سلوك اختياري يرتب سقوط الحق في الحضانة، والأصل في ذلك ليس مشروعية العمل، بل إضراره بالصغير[5]، فكل ما يؤدي إلى فساد أخلاق المحضون يعد سلوك مشين، لهذا يشترط توفر الأمانة والاستقامة في الحاضن وإلا سقط حقه فيها.

---

[1] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 195.

[2] عامر عبد العزيز، مرجع سابق، ص273 .

[3] أبو بكر الجزائري جابر، منهاج المسلم، (د.ط)، دار السلام، الإسكندرية، القاهرة، (د.ت.ن)، ص366.

[4] زكية حميدو، مرجع سابق، ص410.

[5] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص149.

الفرع الأول

الأساس القــانوني

بالرجوع لقانون الأسرة نلاحظ أنه اشترط في الحاضن أن يكون أمينا على أخلاق المحضون بحفظه صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته لأن القانون اعتبره ونص عليه في المادة 62 من قانون الأسرة، وخلاف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[1].

فالأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا ألقى بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته[2] فالحاضنة المستهترة المهملة شؤون الصغير، والسيئة السلوك التي لا تراعي حرمة الأخلاق والشرف، لا تكون أهلا للحضانة[3]، فلا حضانة لفاسق كشرّيب خمر ومشتهر بزنا ولهو محرم ويشترك في ذلك الرجل والمرأة[4]، فالأمانة هي حفظ الدين والخلق، فشعور الطفل بالحنان والأمن والاستقرار في أسرته يبعد عنه القلق والاضطراب، ويفتح أمامه الطريق لضبط انفعالاته وتقويم أخطائه واكتساب الصفات المحمودة التي تجعله محل قبول من الآخرين، فيتوفرّ له الأمن النفسي والسكينة والطمأنينة، كما يمكنه من أنّ ينمي قدراته وإمكانياته ليكون مواطنا ناجعا نافعا سويا[5]، فهي تشمل الأمانة على نفس المحضون وماله والمكان الذي يقيم فيه، ووقايته مما يؤذيه كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها[6].

---

[1] –أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 152.

[2] محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص394.

[3] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص110 .

[4] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص528 .

[5] محمد علي حسن، علاقة الوالدين بالطفل وأثرها في جناح الأحداث، (د.ط)، مكتبة أنجلو المصرية، القاهرة، 1970 م ص151.

[6] حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2005م، ص64 .

أولا/ الأمانة على نفس المحضون

من حق المحضون أن يتربى في بيئة بعيدة عن التلوث الأخلاقي والجرائم ومظاهر العنف والإكراه والمخدرات والخمور والسكاير وكل ما من شأنه أن يضر ببنيانه الجسدي والأخلاقي والعقلي[1]، لذا يشترط في الحاضن أن يكون أمينا على المحضون في سلوكه وخلقه، لأن توفر الأمانة والأمن والشفقة في الحاضن شرط لتحقيق الغرض من الحضانة[2] كأن لا يكون فاسقا يشرب الخمر أو يزنى أو يسرق، ولا تكون الحاضنة مثلا محترفة حرفة دنيئة كالرقص والغناء وغيرها، فالمحضون لاحظ له في حضانة الفاسق، لأنه يتربى وينشأ على طريقته [3].

ثانيا/ الأمانة على مال المحضون

ويقصد به المال الخاص لنفقة المحضون أثناء فترة الحضانة، فالمشرع الجزائري اهتم بحق الطفل في النفقة، وأقره بجملة من النصوص القانونية واتبعه بحماية جزائية نظرا لتقصير الملزمين بالإنفاق على الطفل إما إهمالا أو تعمدا منهم ونظرا لأهميتها حيث تؤمن له حاجياته المادية المتمثلة في المأكل والملبس والعلاج، وتوفر له الحماية من الوقوع في مثالب الإجرام كالسرقة، لذا يشترط في الحاضن أن يكون أمينا على مال الصغير ولا يستغله لمصالحه الشخصية، لأن الأمانة على المال فرع من الأمانة على النفس، إذ الأمانة جزء لا يتجزأ[4]، فإذا كان الحاضن غير أمين على مال المحضون فلا يجاب إلى طلب إسناده الحضانة.

[1] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص 188

[2] محمد بن يحي بن المطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، ج2، ط2، دار الفكر، صنعاء 1989م، ص613.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص83.

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص.233

ثالثا/ الأمانة على مكان إقامة المحضون

يشترط أن المكان الذي يقيم المحضون مصونا يؤمن فيه على نفس المحضون[1] فتسقط الحضانة إن كان بيت الحاضن غير مأمون، بأن كان بيته مأوى للفساق أو يجاورهم بحيث يخاف على البنت المحضونة المطيقة منهم الفساد، وعلى الولد المحضون سرقة ماله وغصبه[2]، فالحاضنة الفاسقة أو العاهرة التي تتعاطى الفحش وفساد الأخلاق في منزلها في محضر المحضون وعلى مرأى ومسمع منه ، أو تصحبه معها إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق والفجور لا تعتبر أمينة على المحضون[3]، لأن الإقامة بالمحضون في مكان غير أمين ومخوف منه على نفس الصغير أو ماله تعريض بالولد للضياع ولماله بالسرقة وذلك يعتبر إهمالا في أخص شأن من شؤون الحضانة هو الحفظ، فيجب أن يكون المسكن حصينا لا يخشى فيه الفساد وخصوصا في البنت التي بلغت حد الوطء أو لم يخف على الابن الفساد فلا يشترط حرز المكان بل يستحب[4].

الفرع الثاني

موقف القضاء

من الحقوق الأساسية التي أقرتها الشريعة الغراء للطفل، حقه في الحماية البدنية والنفسية والعقلية، وذلك لينشأ نشأة صالحة لنفسه ولمجتمعه[5]، كما ألزمت الآباء بضرورة تربية الأولاد وتعويدهم العادات الحسنة والسلوك السوي فيشترط على القائم بالرعاية، أي الحاضن أنّ يتحلى بأخلاق عالية، وبصفات حميدة تؤهله إلى القيام بواجبه على أحسن وجه.

فيجب أن يكون الحاضن مستقيم السلوك، مهذب الأخلاق، فإذا كان الحاضنة فيجب أن تكون عفيفة، تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، فلا بد أن تكون غير فاسقة وذات

[1] عز الدين محمد الغرياني، مرجع سابق، ص46.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص83.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص296.

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص234.

[5] العربي البختي، مرجع سابق، ص 71.

أخلاق حسنة وإلا سقطت عنها الحضانة عند إثبات فسقها وسوء أخلاقها، وهو ما استقر عليه المجلس الأعلى بتاريخ1989/05/22 والذي قرر بموجبه أن " من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون"[1]

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى حيث قضى" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها.

كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة، كذلك لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع وخالف قواعده مخالفة تعرضه للنقض دون إحالة"[2]، وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت " حيث أنه طبقا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة فإن الحضانة هي رعاية الولد المحضون والقيام بتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

وحيث أنه لما تبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنتين إلى أبيهما مستندين في ذلك إلى مصلحة المحضونتين بعد أن ثبت لديهم أن البنتين شهدتا

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،، قرار بتاريخ 1989/05/22، رقم (53578)مجلة قضائية، 1991، العدد الرابع، ص99، نقلا : عن جمال سايس،، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 519.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/01/09، في الملف رقم(31997)، المجلة القضائية 1989، العدد1، ص73 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 208.

على سلوك أمهما اللأخلاقي وهو السلوك الذي يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة السالفة الذكر، فضلا على أن إسناد الحضانة إلى الطاعنة مع شهادة البنتين ضدها لا يستقيم وما سبق ذكره مما يجعل الوجه المثار غير سديد يستوجب الرفض"[1]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا قضى "حيث أن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة أبرزوا في حيثياتهم بأنه ثبت سوء سلوك المستأنفة المتسببة في الطلاق بحكم جزائي مؤرخ في 2005/08/02 بعد اتهام الزوجة الطاعنة بإبعاد قاصرة وعقابها بعام واحد موقوف التنفيذ المؤيد بموجب قرار صادر عن المجلس في 2006/01/25 حيث أن قضاة الموضوع إلى أن مثل هذه التصرفات تمس بحسن الأخلاق التي يجب أن تتوفر في الحاضنة، وعدم توفرها يحول دون إسناد حضانة الأولاد لها، لأن ذلك لا يحقق مصلحتهم التي تعد من الأمور المنوطة لقضاة الموضوع، ومن ثم يكون ما تدعيه الطاعنة بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن"[2] .

وقد اتجه القضاء اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون من خلال اعتبار جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة فشدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون[3] ، وفي هذا الصدد صدرت عدة قرارات قضائية، نذكر منها قرار المحكمة العليا بتاريخ1997/07/30" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،، قرار بتاريخ 2012/07/12، رقم (691310)، غير منشور.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، صادر في2009/01/14، رقم 477048، غير منشور.

[3] – باديس ديابي، مرجع سابق، ص 60.

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

و القول بأن الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدل من الرجال، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الاعتراف سيد الأدلة، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى " أنه من الثابت فقها وقضاء أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشاهدون في آن واحد مباشرة الزنا.

وبما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال فالقضاة لما اعتمدوا على شهادة رجل وامرأة لإثبات الزنا كانوا بذلك انتهكوا قواعد الإثبات وبالتالي خالفوا القانون والشرع معا الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان" .[2]

و جاء في قرار آخر للمحكمة العليا " لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة بدعوى أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإسناد حضانة الولدين للمطعون ضده على أساس المعلومات الواردة من رجال الأمن على أن الطاعنة صاحبة سلوك سيئ مع أنها ترفض هذه الاتهامات.

حيث أن قضاة الموضوع اسندوا حضانة الولدين للمطعون ضده بناءا على محضر التحقيق الذي أجرته مصالح الأمن بطلب من المحكمة المتضمن عدم صلاحية الطاعنة لممارسة الحضانة.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،، قرار بتاريخ 1997/09/30، رقم (171684)مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص169، نقلا : عن جمال سايس،، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 1067.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1979/12/24، في الملف رقم(20841)، نشرة القضاة 1981، العدد1، ص80 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 132

حيث أن الاعتماد على مصالح الأمن لا يعتبر دليلا كافيا لحرمان الطاعنة من حقها في الحضانة بل هي مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها وكان على قضاة الموضوع الالتجاء إلى وسائل أخرى بالاستماع إلى شهادة شهود أو مرشدة اجتماعية قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الأولاد وعليه فإن الوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه "[1]

وصلاحية الحاضن لاستحقاق الحضانة أو عدمها لانعدام الضابط الأخلاقي يرجع لسلطة القاضي التقديرية، لأن ما يراعى في الحضانة هو فائدة المحضون، وتقدير الفسق الذي يضيع به الولد والذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي وهو في كل حالة تعرض عليه يتحرى الوقائع ويحكم في الأمر المعروض عليه بالحضانة أو بعدمها تبعا لما يراه من تحقق الفسق الذي يضيع به الولد والذي لا يضيع به[2] ، فإذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فإن المحضون يبقى عند أمه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:" إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت(س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة وإذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة(س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، في الملف رقم(245123)، المجلة القضائية 2004، العدد1، ص247 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1224.

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص228.

المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما "[1] .

كما تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال، وهو ما سار عليه القضاء حيث قضى " إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصور في التسبيب.

بدعوى أن القرار المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق المادة 64 من قانون الأسرة عندما قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم دون مراعاة مصلحة المحضون مع أن الخبير الطبي المعين بموجب أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة توصل إلى أن المحضون يشكي من معانات نفسانية عبر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة كما أن التحقيق الذي أجرته المساعدة القضائية المعينة من طرف قاضي الأحداث ذكرت في تقريرها أن خال الولد الساكن مع الجدة لأم قد حكم عليه جزائيا من أجل تهمة استهلاك المخدرات "[2]

المطلب الثالث

سقوط حق الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة

إن توزيع المهام بين الأم والأب في الأسرة توزيع يتفق مع طبيعة كل من الرجل والمرأة، ومع طبيعة دور كل منهما في الحياة الأسرية، وهو بطبيعة الحال يكفل للطفل منفعة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2010/07/15، في الملف رقم(564787)، المجلة القضائية 2010، العدد2، ص262، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1505.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/07/13، في الملف رقم(245123)، المجلة القضائية 2004، العدد1، ص247 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1224.

أكثر ويحقق له نموا سليما، فحق الطفل في النمو السليم والتكامل الجسدي والعقلي من القضايا الموضوعة التي ينبغي أن يحتملها الأبوان حفظا على النظام الاجتماعي[1]، إذ المعول عليه عادة أن ينشأ الطفل بين أبويه لأن رعاية والديه وتوجيههما، وخصوصا من جانب الأم للطفل، هما اللذان يحققان مطالب النمو تحقيقا سليما يضمن الوصول إلى أقصى مستوى من مستويات النمو النفسي والجسمي والعقلي، فغياب الأب أو الأم بسبب الموت، أو الانفصال أو ظروف العمل، ولاسيما في حالة اشتغال الأم وانشغالها عن الطفل وتركه للخدم وإيداعه في مؤسسة يؤثر تأثيرا سلبيا في نموه[2] ، فشخصية الطفل تتكون خلال السنوات الأولى من عمره، وأنه في هذه المرحلة يكون محل تأثير تام بما يحيط به من أجواء ومن الصعب إزاحة سلوكه في المستقبل سواء كان سويا أو غير سوي، إذ يجب علينا أن نمنح أطفالنا الإحساس والشعور بالسلام والأمان والطمأنينة في هذه المرحلة المميزة والحساسة في حياتهم[3].

الفرع الأول

الأســـاس القانـــــوني

تعتبر الأسرة أساس البناء الاجتماعي، فلا يمكن تصور حياة إنسانية دون وجود أسرة، والتي تتكون من الأم والأب والأبناء، فهي أساس البقاء والاستقرار في الحياة الاجتماعية، فالأم تعتبر بمثابة العمود الفقري في بناء البيت وتربية الأبناء[4] واليوم أصبحت الأم المتحضرة (العصرية) تدير الشؤون داخل وخارج البيت بشكل مزدوج، ولكن أصبحت هذه الأم تلبي زوجا من المتطلبات، متطلبات ناتجة من سياق الحياة التقليدية ومتطلبات

[1] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص 177 .

[2] حامد زهران، علم نفس النمو، ط3، عالم الكتب، (د.م.ن)، 1975م، ص25.

[3] نرمين أبو بكر محمد، الإلتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة(دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، تقديم: محمد سليمان الأحمد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014 م، ص 12.

[4] مها عبد العزيز، مشاكل الطفل الطبية والصحية والتربوية،(د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005م ص108.

أخري تمخضت من البيئة العصرية الحديثة[1]، فهي تتحمل مسؤولية إدارة المنزل إلى جانب تحمل مسؤولية الوظيفة، كما تشرف في نفس الوقت على رعاية الأطفال ومراقبة سلوكهم[2] فمثل هذه الواجبات هي من اختصاص النساء، وليس من اختصاص الرجال[3].

فعمل المرأة يعتبر من الأسباب الرئيسية في انشغالها عن أداء واجباتها تجاه أبنائها وهذا ما أشارت له الدراسات والأبحاث العلمية أن عمل المرأة المتزوجة يترك أثار سلبية في العلاقات الزوجية وفي عملية تنشئة الأطفال[4]، ويجعلها تعيش صراعات عميقة يمكن أن تحرمها من الاستقرار الاجتماعي الأسري[5]، فيترتب عنه حرمانها من أداء رسالتها الطبيعية ووظيفتها الأساسية وهي الأمومة[6]، فالطفل لا يحتاج فقط إلى من يوفر له أمور وحاجيات الأكل والنظافة والنوم فقط، وهو الدور الذي يمكن أن تؤديه أي خادمة أو دار حضانة، ولكن الطفل يحتاج إلى الحنان وعاطفة الأمومة التي لا يمكن للخادمة مهما أوتيت من ثقة وأمانة وحنان أن تعطيها له لأن هذا الطفل أجيرها فقط، والأم هي التي تدير شؤون بيتها من منطق البنية التقليدية لهذه العائلة[7]، كما يؤثر بدوره على طريقة معاملتها لأبنائها والتي ربما تتسم بالعصبية والعنف والنبذ والإهمال في الوقت التي يجب أن تكون فيه مصدرا للدفء والحب والإشباع الفسيولوجي والعاطفي والانفعالي[8].

وبما أن طبيعة الطفولة تدعو إلى التصاق الطفل بوالديه وخاصة والدته، إذن من حقه أن يحضن ولا يضيع عليه هذا الحق، وهو واجب على من يتعين عليه، لأن حق المحضون

---

[1] MOSTAFA BOUTEFNOUCHET, système social et changement social enAlgérie –office des publication universitaires-Alger.1998. p159.

[2] عبد المجيد سيد منصور، زكريا أحمد الشربيني، الأسرة على مشارف القرن21، الأدوار–المرض –النفسي المسؤوليات ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص145 .

[3] إحسان محمد حسن، علم اجتماع المرأة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، ص81 .

[4] إحسان محمد حسن، العائلة والقرابة والزواج، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 1981 م، ص129.

[5] ياسين حمدي، علم النفس الصناعي والتنظيمي بين النظرية والتطبيق، (د.ط)، دار الكتاب الحديث، 1999 م، ص38

[6] حسين عبد الحميد رشوان، الأسرة والمجتمع، دراسة في علم الاجتماع الأسرة، (د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005م، ص94 .

[7] MOSTAFA BOUTEFNOUCHET. Op.cit. p159.

[8] أمين عبد المطلب القريطي، في الصحة النفسية، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1998 م، ص471.

أقوي لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بها بما هو أنفع وأصلح للمحضون[1]، لأن حياته مقصورة على من يعيش معه من أفراد عائلته وبالخصوص أمه[2]، لما تمتاز به من حنان وشفقة، فالمسؤولية الكبرى للأطفال في مستقبل حياتهم تقع على الأم لشفقتها ورحمتها بأولادها، ولإحساسها وعاطفتها القوية تجاه صغيرها، وفي جميع أموره من شراب وطعام ورضاعة ونوم وتنظيف وغسل وكلام ومعرفة، فمن البديهي أن لا مثيل للأم في الصبر على صغيرها وتحمله لأن الطفل جزء منها[3]، فالعلاقة بينهما بمثابة ركيزة أساسية في النمو الاجتماعي والانفعالي المبكر، ولها تأثير مباشرا على الطفل أكثر من أي علاقة أخرى [4].

أما ما تعلق بموقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فمعلوم أن حق المحضون مقدم على حق غيره عند التعارض[5] ، لذلك إذا كانت المرأة تخرج للعمل، وكان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به، فلا تكون صالحة للحضانة، لأن هذا يتعارض مع مصلحة المحضون، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدبير شؤونه فإن حقها لا يسقط في الحضانة[6] وهو ما نص عليه المشرع في المادة 67 الفقرة الثانية من قانون الأسرة بقولها " ....ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون".

فالمشرع الجزائري سعى من خلال الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون 11/84 إلى تعزيز المركز القانوني للمرأة وتتجلى مظاهر ذلك في نفى المشرع أن يكون عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، بموجب الفقرة الثانية من المادة67 قانون الأسرة والتي تم

---

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 266 .

[2] محمد سمير حسانين، التربية الأسرية، (د.ط)، مكتبة الأشوال، مصر، 1994م، ص110.

[3] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص 108، 109 .

[4] أمين عبد المطلب القريطي، مرجع سابق، ص 472.

[5] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية(دراسة شرعية قانونية مقارنة)، ط1، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، (د.ت.ن)، ص219،220.

[6] عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 408.

استحداثها إثر التعديل الجديد سنة 2005، وهذا مظهر من مظاهر تعزيز لمكانة المرأة في قانون الأسرة وتكريس لأحقيتها في الحضانة، خاصة وأن عدد النساء العاملات شهد تزايدا ملحوظا في السنوات الأخيرة.

هذا الموقف يدل على الاتجاه المشرع في تعزيز مكانة المرأة وحمايتها والعمل على ترقية المساواة بينها وبين الرجل خاصة إقرار حرية المرأة في العمل، والطريق إلى تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مجالات الحياة الاجتماعية والسياسية بالرغم من المسؤوليات التي تنتظرها وضخامة التحديات التي تواجهها، ويظهر هذا الاتجاه جليا من خلال المادة 19من قانون الأسرة التي تجيزٌ لها اشتراط العمل أو الاستمرار فيه، ولها حق طلب التطليق طبقا لنص المادة 53 قانون الأسرة في حالة تخلف شروطها، غير أنه الدور الحقيقي للمرأة لا يظهر أثره إلاّ في تربية النشء، وكفاية الولد من الرعاية والعناية وعاطفة الأمومة، ومنه فإن المبدأ العام هو أن عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة، ولكن استثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن المرأة العاملة إذا كان في عملها ما يخل بمصلحة المحضون[1]، فإذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلا للكسب وطلبا للقوت كالمدرسة أو الطبيبة أو الممرضة أو نحوهن لا تسلب عنها ولاية الحضانة إذا لم يترتب على خروجها لأداء أعمالها ضياع الولد، وذلك كأن تتركه في مكان أمين وتقيم عليه من تأتمنه عليه حتى تعود لأن العمل قد يتعين لكسب العيش ولا يستغرق في العادة إلا جزءا من النهار دون الليل، وفي ما كانت تقوم به أن توفق بين عملها خارج مسكن الحضانة وبين واجباتها كحاضنة[2].

[1] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014 م، ص458.

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص229.

الفرع الثاني

موقف القضاء

للمرأة أهمية بالغة في تكوين وتهيئة شخصية الطفل في سنواته الأولى، خاصة الأم الحاضنة كونها تشكل له مصدر حنان وطمأنينة، فهي المسؤولة عن رعايتهم وتلقينهم المبادئ، فمسؤولياتها كأم تتطلب منها الكثير كونها من أهم العناصر الفاعلة في العملية التربوية، حيث يقع على عاتقها العبء الأكبر في إعدادهم وتكوينهم، والتوفيق بين المسؤولية الأسرية والالتزامات المهنية، وإمكانية التوفيق بين هاته الأدوار المترتبة عن خروجها للعمل خارج البيت والواجبات الأسرية المطالبة بها من داخله، تتوقف على مجال العمل الذي تعمل فيه ومدى قيامها بمسؤولياتها اتجاه المحضونين، ولا شك أن هذا سيؤدي إلى نتائج هامة حول استحقاق الحضانة، بالرغم من الإطار القانوني الذي كفل لها الحق في العمل، حيث أصر المشرع الجزائري على عمل الحاضنة، واعتبر أن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، واستثناءا من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[1].

ومن القرارت التي صدرت في هذا الشأن، ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بقوله "إن الشريعة التي منحت الأم الرتبة الأولى في ترتيب الحضانة لم تحصر اهتمامها في ضرورة الحنان محل الأولاد بل أنها أرادت أيضا أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها.

فإن القرار المطعون فيه متى شاهد أن الوظيفة التى تشغلها الأم تجعلها بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار، فقد تمكن للمجلس من دون انتهاك الشرع أن يصرح بسقوط حق الأم في الحضانة فحسب بل بعدم قدرتها على الاهتمام بأولادها فقضى بتسليمهم

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 317.

لأبيهم الذي أثبت وجود شخص في بيته، وهو في هذه الحالة أمه التي هي جديرة بتوفيرها لهم كل عناية المطلوبة[1] .

وما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/03 بقولها " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية "[2] ،وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت " إن الحكم برفض دعوى الزوج الرامية إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة يعتبر تطبيق سليم للقانون" [3]

فالعبرة بمصلحة المحضون وليس بطلب الأب بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لكونها عاملة مع تمسكها بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي أو أنه مهمل، وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2013/04/11 حيث اعتبرت عمل الأم الحاضنة (مضيفة طائرة)لا يعد سبب لإسقاط الحضانة عنها متى كانت مصلحة المحضونة تتحقق معها حيث قضت" إن الطاعن لم يقدم ما يثبت إهمال المطعون ضدها لابنتها المحضونة وبعدها وغيابها عنها المستمر بسبب قيامها بالعمل المذكور، واكتفى فقط بمجرد الادعاء وبتوجيه اللوم لقضاة المجلس على عدم إجرائهم للتحقيق الاجتماعي المطلوب، فإنه لا يمكن لعمل المرأة طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون

[1] المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ29 /1969/05، في الملف رقم(014)، نشرة القضاة، 1970 أكتوبر/ديسمبر، ص 50. نقلا عن : سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة .الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق ص 69.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/07/03، رقم (274207)، المجلة القضائية، 2004 عدد 1، ص263، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص1232.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/10/23، رقم (295996)، نشرة القضاة، 2006، العدد 57، ص 219، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص1314

الأسرة التي استند إليها الطاعن في تأسيس طعنه أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وبالتالي فإن عمل المطعون ضدها كمضيفة بالطائرة في الخطوط الداخلية الذي لا يستغرق سوى ساعات قليلة في اليوم لا يمكنه أن يشكل عائقا لحرمانها من حضانة ابنتها ولا يقتضي إجراء التحقيق الاجتماعي المطلوب، خاصة وأن الطلب المتعلق به يعد طلبا جديدا بمفهوم أحكام المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لثبوت تقديمه مباشرة أمام المجلس ويتعين عدم قبوله على هذا الأساس، كما افتقار المطعون ضدها إلى الإمكانيات المادية لا يمكنه هو الآخر تشكيل عائق لحرمانها من تلك الحضانة لاسيما وأن واجب توفير العلاج يقع على عاتق الملزم بالنفقة ولا علاقة له بالحضانة، ذلك أن إسناد حضانة البنت المذكورة إلى والدتها المطعون ضدها لا يحول دون قيام الطاعن بالواجب المذكور، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسناد البنت إلى والدتها المطعون ضدها، وبرفض طلبه الرامي إلى إسنادها إليه على هذا الأساس، ومن دون اللجوء إلى إجراء التحقيق الاجتماعي المطلوب السالف الذكر يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل الوجه المذكور المشار في الشأن غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/07/18 بقولها" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة واعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه" [2] .

خلاصة القول أن عمل المرأة بالنسبة لحضانتها يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل، فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، صادر في2013/04/11، رقم 0742013، غير منشور.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، رقم (245156)، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص188، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص1324.

الطفل ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة ، فسبب الضياع الذي يتعرض إليه الطفل يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له[1]، فالقاضي سلطات واسعة في تقَدير مصلحة الطفل، الأمر الذي يحتمه طبيعة عمل المرأة فإذا كان خروجها وأوقاته يعيق فعلا ممارسة الحضانة تسقط عنها، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون فلا مجال لإسقاط الحضانة عنها، وعليه يجب تقديم مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع الجزائري، والاجتهادات القضائية والمعتمدة على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة إلا أن تتحقق مصلحة المحضون[2].

[1] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص243.

[2] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 681.

المبحث الثاني

سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الصريح عنها

لقد راعى المشرع الجزائري مصلحة المحضون في إسناد الحضانة، بمنح القاضي السلطة التقديرية في ذلك، بالرغم من النص على مستحقي الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة، فمتى لاحظ القاضي أن مصلحة المحضون لا تتحقق عند الحاضن تسند للحاضن الذي يليه متى كان أهلا لممارسة الحضانة، كما قد تسقط عنه الحضانة بسبب التنازل الصريح بحيث لا يمكنه التمسك بها ومن ثم يجبر على تسليم المحضون لحاضن آخر وهي تشمل سقوط حق الحضانة بقوة القانون تناولها المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون الأسرة، وكذلك بالإرادة المنفردة للحاضن طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف.

المطلب الأول

سقوط حق الحضانة بقوة القانون

من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة بقوة القانون هو ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة على أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة، ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

الفرع الأول

الأساس القانوني

يعتبر من قبيل التنازل عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة لمدة سنة، فإن هذا الحق يسقط طبقا للمادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها " **:إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر يسقط حقه فيها.**"

فدعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر[1] ولا مبرر قانوني[2]، مؤدى هذا أن الحضانة إذا استحقت وسكت صاحب الحق عن طلبها فإن حقه في الحضانة يسقط وإلى هذا ذهب

[1] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص138

[2] عبد العزيز السعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص186

المالكية، إذا علم الحاضن باستحقاقه للحضانة ويعلم أن سكوته عن طلبها يسقط الحق فيها وأن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة وإلى هذا ذهب المالكية وأعتد القانون برأيهم في المادة 68 من القانون الأسرة " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[1]، كما اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في:

– أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

– أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله[2].

– أن تمضي مدة سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة، فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت ثم طلبها قبل انتهاء العام قضي له بها، فمثلا لو تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها وكان الذي انتقلت له الحضانة على علم بزواجها وسكت على أخذ الولد لمدة 3 سنوات حتى فارقها زوجها سقطت عنه الحضانة ولا يملك نزع الصغير منها لأن سكوته أكثر من سنة يسقط حقه في طلب الحضانة[3].

فإذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذه الحال أكثر من سنة، فلم يعد من حق الأم ولا من حق أمها أو غيرهما أن يطالبوا أمام المحكمة بحقهم في الحضانة، وسيبقى الأب هو الحاضن والقانوني لأنه في مثل هذه الحال لم يعد هناك من يستحق هذه الحضانة إلا إذا توفى وسقط حقه بالوفاة[4]، ولكن قد تتجاوز المدة المحددة قانونا ومع ذلك لا يسقط الحق في المطالبة بالحضانة وذلك إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول، كأن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 156.

[2] بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994م، ص143.

[3] وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، 293.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 261، 262.

الذين لهم الحق في الحضانة[1]، أو لعذر أو مانع خارج عن إرادة الحاضنة منعها من رعاية المحضون كالمرض أو سفر الولي بالمحضون سفر نقله وعدم قدرتها على السفر معه وغيرها من الأسباب الجدية التي قد تحرمها من ممارسة هذا الحق، فإذا زالت هذه الأسباب كزوال المرض أو عودة الولي يحق لها المطالبة باسترجاع المحضون إلا في حالتين:

1- أن تسكت عن حقها في الحضانة سنة كاملة بعد زوال العذر بدون عذر.

2- إذا رفض الولد الانتقال لها وألف من كان تحت حضانتها فلا تأخذه منها[2].

وبخصوص مدى عودة الحضانة في حالة تنازل الحاضنة لسبب إلزامي ومشروع، فإن المادة 71 من قانون الأسرة تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه الغير اختياري، فحق الحضانة يعود إذا من توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة[3]، فالأصل فيما ذهب إليه المشرع فلا يعقل حرمان الحاضنة لسبب لا يد لها فيه بل يحق لها استعادة هذا الحق إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وكان تنازلها بعذر قانوني وإلا فإنها تحرم من هذا الحق، وعلى من يدعي إقامة الدليل على ذلك، وعلى القاضي أن يتحقق من صدق إدعائه وإلا رفض دعواه.

الفرع الثاني

موقف القضـاء

تثبت الحضانة للحاضن إذا توفرت شروط استحقاقها، ولكنها قد تسقط لعذر أو لغير عذر، فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة[4] ،حيث إن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر، فعدم مطالبة من له حق الحضانة لأكثر من سنة دون وجود عذر يحول دون مطالبته بذلك يعد تنازلا ضمنيا منه ويوحي ذلك إلى عدم رغبته في الحضانة.

---

[1] تواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص880 .

[2] محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 2003 م، ص593

[3] سليمان ولد خصال، مرجع سابق، ص188

[4] محمد سمارة، المرجع السابق، ص392

وقد استقرت المحكمة العليا على ذلك في العديد من قراراتها منها القرار الصادر في1993/02/25 بقولها "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 من قبل الجدة من الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأم قد خالفوا القانون"[1]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/06/25 " متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ...وإذا كان الثابت- في قضية الحال -أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة ... ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2] .

لكن السؤال المطروح : كيف يتم حساب مدة السنة ؟ فهل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر فيه سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بالأم أو الأب؟

لم يشر المشرع الجزائري إلى تاريخ بداية سريان مدة السنة، وبالتالي فالقضاء مضطرا لتفسير المادة 68 من قانون الأسرة نظرا لغياب النص التشريعي المحدد لكيفية احتساب المدة، وهذا ما تبنته القرارات القضائية ، حيث قضى المجلس الأعلى في 1979/02/05 " بأن طلب المطعون ضدها جاء متأخرا بمدة طويلة من تاريخ تنازل ابنتها(أم الولدين) إذ وقع هذا التنازل عن حضانة ابنيها في1972/08/30ولم تحرك الجدة ساكنا

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/02/25، في الملف رقم(19303)، المجلة القضائية 1993، نقلا عن : نبيل صقر، عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 137

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/06/25، في الملف رقم(33636)، المجلة القضائية 1989، عدد3، ص45عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة .الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 281

حتى 1978/01/08، وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلبها حضانة حفيديها، في حين أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة، وبناء على ذلك، فان القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا ذلك المبدأ، وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان"[1] ، وفي قرار آخر صادر عن نفس المجلس بتاريخ1984/07/09 "ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة "[2] .

ولكن قد يكون هناك تجاوز للمدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة، ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر، ويرجع تقدير توافر هذا العذر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يضع مصلحة المحضون في عين الاعتبار حسب كل حالة، وهذا ما قضي به المجلس الأعلى في قراره الصادر في1978/02/27 بقوله"حيث إن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنين للأم بعد فترة زمنية تقدر بست سنوات، في حين أن الشرع قرر أن الحضانة تطلب لمستحقها خلال السنة، وإلا سقط حقه فيها.

حيث إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية وإقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدارها وتركها حضانة بنتيها لوالديها كان أمرا ضروريا"[3]

نخلص إلى أن هذه القرارات كما هو ملاحظ من تاريخ إصدارها، اتبعت المذهب المالكي في الإتيان بمدة السنة، وهي نفس المدة التي جاءت بها المادة68 من قانون الأسرة

---

[1] المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1979/02/25، في الملف رقم(19303)، النشرة القضائية 1981، العدد1، ص 77. نقلا عن : سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة .الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق ص 131

[2] المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، في الملف رقم(32829)، المجلة القضائية 1990، العدد1، ص 60. نقلا عن : سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة .الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق ص 339

[3] المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1978/02/27، في الملف رقم(15403)، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص510

وحسب تاريخ بداية السنة من يوم تنازل الحاضن عن حضانته، ومن يوم الفصل في الحضانة آخذين في ذلك خصوصية وقائع كل قضية[1].

المطلب الثاني

سقوط حق الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن

التنازل عن الحق في الحضانة إما أن يكون حقيقيا بإرادة الحاضن وإما أن يكون ضمنيا يفهم من تصرفات الحاضن، فالتنازل بالإرادة المنفردة للحاضن أن تسند الحضانة إلى شخص يستحقها ويتنازل عنها لمن بعده، أما التنازل الضمني فيكون في حال تخلي مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة كاملة بغير عذر مع علمه بأحقيته فيها.

الفرع الأول

الأساس القانوني

استقر جمهور الفقهاء على أن للحضانة حقوق ثلاثة حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب وأن هذه الحقوق الثلاثة إذا تعارضت قدم حق الصغير المحضون لمصلحته ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحضانة، بأن لا يوجد حاضنة غيرها أوجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة، في هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعدم الحضانة[2]، فمبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[3]، فإذا ثبت بأن الطفل يحتاج إلى أمه ولم يوجد أحد غيرها، فلا بد من إجبار الأم على الحضانة، ولا يجوز لها التنازل عنها، فإذا كان للطفل غير أمه من النساء ورضيت بإمساكه، جاز للأم التنازل

[1] حميدو زكية، مرجع سابق، ص509

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 155

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/04/21، رقم (189234)،، اجتهاد قضائي، 2001 عدد خاص، ص175، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص1070.

عن الحضانة، حيث يسقط حقها في الحضانة بإسقاطها إياه[1]، ولا يمكن أن تعود لها الحضانة إذا أرادت استرجاعها مرة أخرى[2]، ويرى بعض المالكية أنه إذا كانت الحاضنة أما وكان ترك الأم لطفلها بعذر فإنه يجوز لها أخذه مرة أخرى، أما إذا تركته رفضا ومقتا لم يكن لها بعد ذلك أخذه[3]، و إذا تنازلت الحاضنة عن الحضانة فإن حقها فيها يسقط، سواء تنازلت بعوض أو بغير عوض، وأنها لو تنازلت لشخص آخر، لا تنتقل الحضانة إليه، وإنما تنتقل لمن يليها في الرتبة، لأن هذا الحق انتقل إليه بمجرد التنازل، فلا تملك أن تعطيه للغير، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة[4].

وبالرجوع للقانون الأسرة الجزائري نجد المادة 66 منه تنص على أنه "يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" فمن أسباب سقوط الحضانة تنازل من له الحق فيها، فبعد أن حكمت المحكمة بإسنادها له، بأن تنازل عنها إلى شخص آخر ممن يلونه في الترتيب، وأعلن ذلك أمام القاضي، في هذه الحالة فإن حقه في الحضانة سيسقط بحكم القانون، والحكم الذي سيصدر بناء على طلب من له الحق فيها بالتنازل عنها هو حكم مقرر للسقوط وليس منشأ له[5]، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري أجاز من جانب للحاضن التنازل عن الحضانة، فاعتبرها من هذا الوجه حقا له، ومن جانب أخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير، لأن مدار الحضانة على نفع الولد فمتى تحققت مصلحته في الشيء، وجب المصير إليه دون الالتفات إلى حق الأب أو الأم لأن مصلحته أقوي من مصلحتهما وعلى القاضي التحري عن الجهة التي تتحقق فيها مصلحة الصغير[6]، بدافع نابع عن السعي إلى ضمان حقوق المحضون والتكفل به وهو ما

---

[1] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397 هـ /1977 م، ص339

[2] محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام، ط3، دار الفكر بيروت، لبنان، 1393 هـ/1973م ص144

[3] أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم محمد محمد أحيد، المجلد الثاني، ط1، مكتبة رياض الحديثة، الرياض، 1398 هـ /1978م، ص626

[4] الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق،، ص170

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص300

[6] ناصر جبر القرم، مرجع سابق، ص95.

يسعى إليه القاضي حيث يجعل مصلحة المحضون المنفذ الوحيد الذي على ضوئه يفصل في تنازل الحاضنة حسب سلطته التقديرية.

و الملاحظ على نص المادة أن المشرع لم يوضح ويحدد الحالات التي يكون فيها التنازل ولذلك فإننا نستنجد بما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، إذ يشترط أن يصدر هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة، وأن يكون هذا التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة تتوفر فيه الشروط المطلوبة مع قابليته لحضانة الطفل المحضون .

الفرع الثاني

موقف القضاء

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه شريطة عدم المساس بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها فالقاضي يملك رفض التنازل وإجبار الأم على احتضان الصغير إذا رأى أن مصلحته لا تتحقق إلا بوجوده، لكن إن وقع التنازل من الحاضنة وكان في انتقال الحضانة إلى من يليها في الرتبة محافظة على مصلحة المحضون قُبِّل منها التنازل، وإلا تعينت الحضانة في حقها ولم تسقط، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بقولها " تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون".

عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة المادة 66 من قانون الأسرة، بدعوى أن قضاة الموضوع قد قبلوا تنازل المطعون ضدها عن حضانة ولديها دون التأكد من أن التنازل لم يضر بمصلحتهما.

حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأنه لا يمكن إجبار الأم عن ممارسة الحضانة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى استغنائهما 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"[1] .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت بقولها "حيث أن الطاعن يعيب كذلك على قضاة المجلس عدم تبيانهم للضرر وكيفية تشكيل الأحكام المدنية له للمساس بشرف الأسرة ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية ولا يحتاج إلى أي توضيح في هذا الشأن، كما أن مصلحة المحضون تقضي إسناد حضانته إلى والدته بالرغم من تنازلها عنها وذلك لثبوت تواجد والده بالمؤسسة العقابية بعد إدانته بسبب ارتكابه للجريمتين المذكورتين وذلك طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة"[2].

وقد دافع القضاء الجزائري عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة، بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية[3].

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها بقولها " إن رفض القضاة لطلب التراجع عن الحضانة بعد التنازل عنها دون مراعاة مصلحة المحضون يعد خطأ في تطبيق القانون"حيث جاء في منطوق القرار" حيث أنه بالنسبة للحضانة فرغم تنازلها عن محضونها إلا أن المجلس لم يبين سن المحضون ولم يطلب شهادة بما فيه لإثبات ذلك علما بأنه يجوز لها التراجع عن تنازلها متى ثبت للمجلس أن تنازلها متى كان نتيجة عوامل خارجة عن إرادتها وعليه فقضاة المجلس بالنسبة لهذه المسألة غير مؤسسة ولم يبينوا في قرارهم بحثهم عن مصلحة المحضون التي هي الأساس في الدعوى الحضانة وعليه فالوجه مؤسس مما يتعين

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/02/13، رقم (282153)، المجلة القضائية، 2004، العدد الاول، ص 275، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق ص1238.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 10/14/ 2010، رقم (581222)، مجلة قضائية، 2011 العدد الاول، ص 248، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق ص1118

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص70

معه نقض القرار المطعون"[1] وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت بقولها" لا يمكن إجبار الأم على ممارسة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى إمكانية استغنائهما 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" [2]

فيشترط في التنازل أن يكون غير مضر بمصلحة المحضون وأن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة وأن يتم التنازل أمام الجهة المختصة قانونا، فيثبت التنازل عن طريق المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع المتنازل عن حقه في الحضانة .

وهذا ما أكده مجلس المدية في قراره المؤرخ في 2002/05/11 بقوله " إن مسالة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.

وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة، ومصلحتها تقضي فعلا أن تكون مع والدتها، ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها لها، ولا يوجد مطلقا ما يمنع الاستجابة إليه "[3].

ويجوز الرجوع في الحضانة المتنازل عنها، إذا حدث أمر جديد وهو ما قضي به المجلس الأعلى في قراره الصادر 1983/06/06 بقوله " يأخذ على القرار المطعون فيه مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص سقوط الحضانة حيث أنه من المبادئ المقررة فقهيا أن الحضانة إذا سقطت لعذر ثم زال العذر رجعت إلى الأم ولكن بالرجوع إلى الأحكام

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2001/05/23، رقم (257741)، المجلة القضائية، 2003، العدد الاول، ص 363، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص1214.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/02/13، رقم (282153)، المجلة القضائية، 2004، العدد الاول، ص 282، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق ص1320

[3] مجلس قضاء لمدية، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/11، رقم الجدول2002/175، فهرس2002/79

نجد أن الأم قد تنازلت عن حقها في الحضانة بمحض إرادتها وأسقطتها عن نفسها وتركت المحضونة لأبيها يحضنها ولا يوجد أي عذر أو سبب بموجبه يجعل الأم تطالب بإرجاع الحضانة إليها ولم تقدم أي عذر جديد يخولها استرجاع حضانة البنت ... [1].

ومنه يمكن القول أن مصلحة المحضون تجد ذروتها حتى إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسبب ما يحققه من صيانة للحقوق ورعاية المصالح العليا للمجتمع. [2]

المطلب الثالث

سقوط حق الحضانة بسبب اتفاق الأطراف

إن الشخص الموكول له ممارسة الحضانة يستطيع الاستغناء عن ممارستها لغيره بالاتفاق سواء كان الحاضن أما أو غيرها، بشرط أن لا يسبب ذلك التنازل ضررا للمحضون وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة وأن يتم هذا التنازل أمام الجهة المختصة قانونا، وله ثلاثة صور إما أن يتفق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة على إسنادها إليه أو التنازل عن حق الحضانة مقابل الخلع، وإما التنازل الإتفاقي بسبب الطلاق بالتراضي.

الفرع الأول

الأساس القانوني

أولا: التنازل الإتفاقي: هو التنازل المتضمن اتفاق يتم بين طرفين أحدهما صاحب الحق في الحضانة والأخر أحد مستحقيها شريطة مراعاة مصلحة المحضون، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[3] فالحاضنة تملك حق التنازل بشرط عدم إضرار هذا التنازل بالمحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1983/06/06، في الملف رقم(30575)، نشرة القضاة 1992، عدد46، ص51، .نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 632

[2] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص586.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 02/13/ 2002، رقم (282153)، مجلة قضائية، 2004 العدد الأول، ص 275، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق ص1238

والقاضي يملك رفض التنازل وإجبار الحاضن على احتضان الصغير إن رأى أن مصلحته لا تتحقق إلا بوجوده مع هذا الحاضن بالذات.

ثانيا:التنازل عن الحضانة مقابل الخلع: تنص المادة 54 الفقرة 2 من قانون الأسرة بقولها " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" وتنص المادة 57 من قانون الأسرة على" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف" يستخلص من نص المادتين أنه لا يجوز أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة تمثل الشق المعنوي لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق لهذا لا تقوم مقام المال في هذه الحالة، فإذا خالعت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتركه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ويبطل حق الصغير في الحضانة وإن ملكت حق الصغير في الحضانة فهي لا تملك إبطال حق الصغير[1]، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له وهو حق له، فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها[2].

ثالثا: التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي: قد يكون التنازل عن الحضانة هو صفقة بين الزوجين لتحصل الزوجة على الطلاق دون أية مصاعب، وهنا يكون التنازل اضطراريا لتحصل الحاضنة على حريتها، فهذا التنازل لم يتم بإرادتها الحرة، فالزوج استغل هنا حاجة الزوجة إلى الانفصال عنه بالطلاق ليجبرها على القبول بالتنازل عن حضانة الأطفال، بدافع الاتفاق المنعقد بينهما القائم على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " المادة 106 من القانون المدني فيجوز تنازل الحاضنة عن الحضانة بسبب اتفاقي بعيدا عن الإجبار شريطة مراعاة مصلحة المحضون، وهنا على القاضي القيام بالتحقيق لمعرفة أسباب التنازل عن الحضانة وهذا بالاستماع إلى الأقارب أو الجيران عند الاقتضاء[3].

---

[1] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص735.

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، مرجع سابق، ص545.

[3] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص472

الفرع الثاني

موقف القضاء

من أسباب سقوط حق الحضانة تنازل من له الحق فيها سواء باتفاق الحاضن مع الغير من مستحقي الحضانة، أو باتفاق الحاضن في حالة الخلع وكذا الطلاق بالتراضي شريطة أن يكون هذا الاتفاق غير مضر بمصلحة المحضون، وبما أن مصلحة المحضون تراعى في الأصل أمام القضاء وبالتالي فالقاضي قد جانب الصواب عند إجبار الأم على تحمل الحضانة إذا رفضتها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فاعتبرت استبعاد قضاة المجلس لمحضر الصلح بتنازل المطعون ضدها عن حضانة أبنائها وإسناد الحضانة لها نظرا لمصلحة المحضون هو تطبيق سليم للقانون، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2005/02/14 " أن القرار المطعون فيه لم يخلف الشريعة الإسلامية ولا القانون لما أسند الحضانة للأم، لأنها الأولى في ترتيب الحواضن من النساء، وأن القاضي يراعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون وتقدير المصلحة الموكولة لاجتهاد قضاة الموضوع بحسب ظروف القضية، وأن الأم أحق بحضانة أبنائها لما لها من حنان وعطف ورأفة وصبر ما ليس للرجل أو الذي يليها في الحضانة من غيرها من أقاربها للأولاد، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون لاسيما المادتين 62 والمادة 64 من قانون الأسرة مما يتعين رفض الطعن "[1]، ويشترط في التنازل الاتفاقي أن تراعى مصلحة المحضون وإلا قضى ببطلانه وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث قضت في قرارها المؤرخ في 2011/08/12 "حيث متى تنازلت المطعون ضدها في الطلاق بالتراضي في دعوى الطلاق الرضائي عن حضانة أطفالها وحقوقهم الشرعية والقانونية فإن ذلك يعد مساسا بحقوق الأطفال القصر والذي لا يجوز التنازل عنها وبما أن المشرع وضع حماية قانونية للأبناء القصر ولما قضى قضاة الموضوع بإسناد

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 02/14/ 2005، رقم (337873)، غير منشور.

حضانتهم لولدتهم وتقرير لهم النفقة الشهرية فإنهم يكونوا قد طبقوا صحيح القانون مما يتعين رفض الوجه وتبعا لذلك رفض الطعن"[1]

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا برفض الاتفاق بين الوالدين على التنازل عن الحضانة بقولها" يراعي القاضي في إسناد الحضانة مصلحة المحضون ولا يمكن الاحتجاج بالتنازل عن الحضانة بالطلاق بالتراضي للأب إذا كان التنازل عن الحضانة ليس في مصلحة المحضون، وإن الاتفاق على الحضانة بين الزوجين لم تصادق عليه المحكمة وعليه فإن المجلس لما أسند الحضانة للأم بعد طلاقها طبق صحيح القانون"[2]، فللقاضي السلطة التقديرية في قبول التنازل أو رفضه، فإذا كان متماشيا مع مصلحة المحضون أمضاه، وإن كان متعارض مع مصلحته رفضه، وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ 1999/04/08 بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط الاتفاق الذي لم تم بين الطرفين سنة 1996 فيما يخص تنازل المطعون ضده عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66 و67 من قانون الأسرة الجزائري مع أن الطاعنة دفعت أن الأب أعاد الزواج بامرأة أخرى وإسناد حضانة البنت للأم لمصلحة البنت.

حيث أنه بالفعل فقضاة المجلس حكموا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة البنت عن الأب وإسنادها للأم، ومن جديد حكموا برفض الدعوى على أساس البحث الذي قاموا بإجرائه الذي استخلصوا منه أن الطاعنة تنازلت عن الحضانة سنة 1996 أثناء الحكم بالطلاق.

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذ مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين66 و67 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/08/ 2011، رقم (659578)، مجلة قضائية، العدد الأول ص 285، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق، ص1258

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 06/13/ 2007، رقم (396619)، غير منشور.

المحضون قد اخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني "[1].

المبحث الثالث

سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الضمني

لتحقيق الأهداف المرجوة من الحضانة وللوصول التربية المنشودة لصالح المحضون اشترط المشرع أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، لهذا ينبغي من طالبها أن تتوفر فيه شروط استحقاقها للقيام بهذا الواجب، وتنتفي المصلحة المراد تحقيقها كلما تطرأ ظروف على الحاضن تمنعه من استمرار ممارسة هذا الحق ويترتب على هذا إسقاط الحضانة عنه وإناطتها لغيره ممن له الحق فيها ويليه في المرتبة ويكون أهلا لها ولا يتم ذلك إلا باللجوء للقضاء واستصدار حكم بإسقاط الحضانة وإسنادها لغيره.

المطلب الأول

زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون ينعكس على وضعية الطفل المحضون داخل الأسرة، لأن وجود الحاضنة مع زوج أجنبي مظنةٌ لتضييع حقوق الطفل والتقصير في واجباته إرضاءً للزوج، أو مظنةُ تضييق الزوج على الطفل وإهدار مصالحه، وهو خلاف الغاية من الحضانة، لذلك قضي الفقه الإسلامي بسقوط الحضانة على الحاضنة بهذا الزواج، والعودة لهذا الحق متى زال سبب سقوطه بطلاقها أو وفاة زوجها.

الفرع الأول

الأساس القانوني

إذا كانت الأم أحق وأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغير فإن زواجها من رجل غير قريب محرم من المحضون يسقط حقها في الحضانة، ويمكن نقله إلى غيرها ممن يحق لهم

[1] نبيل صقر، عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 128.

طلبها[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ...." فإن تزوجت المرأة بغير ذي رحم محرم من الصغير، أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة[2]، وينطبق هذا الحكم على جميع الحواضن، الأم والجدة والخالة وغيرهن ومن ثَمَّ فإنه يسري على كل حاضنة تزوجت بأجنبي عن المحضون لوجود العلة نفسها، فكل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تزوجت أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه، وتسند إلى غيرها بموجب حكم قضائي، وذلك بناءا على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد[3]، فالمشرع أخذ هنا بالمذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه القائل بأن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى[4]، فإن تزوجت بقريب محرم من الصغير كأن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له فلا تسقط، لأن الجد أو العم محرم للصغير[5]، والحكمة من اشتراط خلو الأم من الزواج بأجنبي هو:

– إن زواج المرأة بغير قريب محرم، يخشى منه أن يسيء معاملة الصغير، فإذا كانت متزوجة بقريب محرم كعمه، فهذا لا يؤثر على مصلحة المحضون لأنَّ كلاً منهما له صلة بالطّفل تحمله على الإشفاق عليه ورعاية مصالحه[6] وصاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه، فيتم بينهما التعاون على كفالته بخلاف الأجنبي[7].

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص186 .

[2] حسن أحمد فراج، مرجع سابق، ص231.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص300.

[4] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص491.

[5] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص360 .

[6] حسين طاهري، مرجع سابق، ص 153.

[7] عبد القادر مدقر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، المطبعة العربية، الجزائر، 1993م ص223 .

– قد يشعر الطفل بالجفاء من زوج أمه[1] ويتعرض لنظرات القسوة والبغض والأذى[2]، فالزوج الأجنبي غالبا يمقت ولد زوجته من غيره ويود ألا يكون مع أمه فيشعر الصغير بالجفاء وهذا له تأثير سيء على حالته النفسية[3]، قال ابن نجيم: إذا كان زوج الأم أجنبيا، يعطيه نزراً وينظر إليه شزراً[4]، فتتعقد نفسية الصغير ويقع عليه الضرر، وهذا يتعارض مع الغرض من الحضانة لأنها شرعت لتحقيق مصلحة الصغير، ومن مصلحته أن يعيش بين من يألفه ويوده ولا يحقد عليه، أو ينظر إليه عن كراهية لأن الصغير يحس ذلك وينطبع في ذهنه ويؤثر في تكوينه[5].

- إن مقتضى الحضانة هو قرابتها الخاصة من الصغير، وإنما اعترض على هذه القرابة عارض النكاح، لما يوجب من إضاعة الطفل لانشغال الزوجة بحقوق الزوج، فإذا انقطع النكاح فقد زال العارض[6] فانشغالها عن المحضون حيث تكون في خدمة زوجها ورعاية أموره وأمور بيته، وهذا يمنعها من القيام بواجب الحضانة[7] ، فالمحضون قد يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم، مما يجعلها في حرج شديد بسبب محضونها، فتلجأ إلى استعطاف الزوج عليه بشتى الوسائل وتستعذب في سبيل محضونها المشقة، وتقر مضطرة بما يقع عليها من أعباء حتى تحقيق العناية بالولد والقيام بحق الزوج[8].

لكن السؤال المطروح: هل يعود للحاضنة حق الحضانة في حالة طلاقها من الأجنبي سواء كان طلاق رجعي أو بائن ؟

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359 .

[2] عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2005م، ص187 .

[3] .رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 255.

[4] النزر الشيء القليل التافه، والشزر نظر الغضبان بمؤخر العين.انظر محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مرجع سابق، باب الشين:ص219، باب النون:ص414

[5] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 256

[6] محمد سمارة، المرجع السابق، ص394

[7] خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية، مرجع سابق، ص 174

[8] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 255

– **مذهب الحنفية:** إذا كان الطلاق رجعيا فلا يعود حقها إلّا بعد انتهاء العدة، كون أنه في فترة العدة تبقى الزوجية قائمة بينهما، أما إذا كان الطلاق بائنا فيعود حقها في الحضانة[1].

– **مذهب المالكية :** يروا ضرورة التفريق بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وزوالها لعذر اختياري، فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كمرض الحاضنة ثم زال العذر بشفائها عاد حقها في الحضانة، أما إذا سقطت لعذر اختياري كزواج الحاضنة بأجنبي ثم يزول العذر بطلاقها فلا يعود حقها في الحضانة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا[2].

– **مذهب الشافعية والحنابلة** :فذهبوا للقول أنّ حقها يعود سواء كان الطلاق بائنا أو رجعي[3].

وما دام الفصل في إسقاط الحضانة في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعود إلى تقدير مصلحة المحضون، فقد استثنى المالكية حالات عديدة لا يسقط فيها حق الأم في الحضانة ولو دخل بها الزوج، دفعاً للضرر المتوقع من انتزاع المحضون من أمه، فحكموا ببقائه عندها لأنه أرفق به وأحكم وهذه الحالات[4]هي:

– عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم.

– إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون.

– أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراضي.

– ألا ينازع الأم في المحضون أحد بعد زواجها: فإذا سكت من له الحق في حضانة الصغير لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه في المطالبة بحضانة الصغير وبالتالي يبقى حق الأم قائما رغم زواجها[5].

---

[1] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهظة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1 ، دار المسيرة، عمان، 2009م، ص171

[2] الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص312، 313

[3] أحمد محمد المومني، نواهظة إسماعيل أمين، مرجع سابق، ص172

4 محمد لمين لوعيل، مرجع سابق، ص113

[5] تواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص880، 881

– أن يكون الطفل رضيعا لا يقبل غيرها، أو يقبل غيرها، لكن لم ترض بإرضاعه إلا في بيتها،فلا ينزع الطفل عن أمه[1].

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري فقد جاءت المادة66 تنص على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يعد من مسقطات الحضانة، والملاحظ على صياغة مادة 66 من قانون الأسرة مايلي:

- عدم التفريق بين المحضون سواء كان ذكرا أو أنثى.
- إن زواج الحاضنة بأجنبي لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي، بعد أن يتقدم صاحب الحق في الحضانة للمطالبة بها[2] ومن أجل إسقاط الحضانة عن المرأة المتزوجة يجب أن يكون زواجها بأجنبي محرر في شكل رسمي فالإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلّا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة[3].
- عدم النص على مراعاة مصلحة المحضون في حال زواج الحاضنة بأجنبي عنه، وهذا لا يعني إغفالها، لأن النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة والأحكام القضائية الصادرة في شأنها أساسها مصلحة المحضون.
- عدم النص في المادة 66 من قانون الأسرة عن آليات إثبات الزواج كشرط أولي لتطبيق مضمون المادة.
- عدم تبيان المشرع لوقت سقوط الحضانة في حالة زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون هل يشترط في سقوطها الدخول أم مجرد العقد.

و حتى يسقط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة، ويمكن اللجوء للقضاء، لا بد أن يتوافر في الزواج الشروط الآتية:

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص86

[2] زكية حميدوا، مرجع سابق، ص518، 519

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1994/04/19، رقم(102886)، نشرة القضاة، العدد51 نقلا عن: فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2007م، ص 64

– أن يكون الزوج أجنبيا عن المحضون، بأن لا يكون قريبا محرما.

– أن يكون الزواج شرعي: هو الزواج الذي تم توثيقه أمام الجهات المختصة؛ أما الزواج العرفي الذي يفتقر إلى الرسمية، فلا حجية له أمام القضاء في إسقاط الحضانة عن الحاضنة؛ لأن سبب سقوطها لا بد أن يكون بأدلة رسمية بوجود عقد زواج محرر طبقا للقانون.

– أن يقع دخول بالزوجة الحاضنة: ويقصد من هذا الشرط أن المرأة الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة بمجرد العقد عليها، وإنما بالدخول لأن سبب إسقاط الحضانة هو انشغال الحاضنة عن المحضون، وهذا الشرط لم يرد صراحة في قانون الأسرة الجزائري غير أن الاجتهاد القضائي أكده، وذلك استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

موقف القضاء

إذا أرادت الحاضنة الاستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونها والبقاء معهم في مسكن الحضانة، وجب عليها أن تمتنع عن التزوج مرة أخرى، وإلا تفقد حقها في الحضانة طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة لأن زوجها يتضرر عادة من المحضون وهذا له تأثير سيء في نفسية المحضون[1]، أي لا تتزوج الحاضنة من أجنبي عن المحضون، فإن تزوجت بذي محرم يظل حقها في الحضانة قائم أما إذا تزوجت بغير المحارم يسقط حقها لأنه أجنبي قد يسئ إلى المحضون، مما قد يؤثر في سلوكه ويساعده على الانحراف نتيجة الظلم ويمنع أمه من العناية والرعاية اللازمة للصغير وهذا ما يكون سببا لإسقاط الحضانة[2]، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ 2005/07/13 بقوله " إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على

[1] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص187

[2] محمد باوني، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، ط2، منشورات أقرأ، الجزائر، 2014م، ص154

إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم"[1]، وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2005/05/18 قضي بأنه " يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم"[2] وفي قرار أخر للمجلس الأعلى قضى في قراره الصادر بتاريخ 1986/05/05 بأنه" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشرط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمه أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[3] .

وما أكدته المحكمة العليا في قرارها بأنه" حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ في تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة حيث أن القرار المطعون فيه رفض تدخل الجدة للأم لأن تدخلها لم يكن وفق القانون على مستوى مجلس قضاء تيارت الأمر الذي يجعل هذا الأخير سليما ولم يخالف القانون والوجه المثار غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن"[4]

وقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/05 بقولها "من المقرر

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/07/13، في الملف رقم(341320)، نشرة القضاة 2008 العدد 62، ص 385. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1469.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/05/18، رقم (331058)، المجلة القضائية، 2005، العدد 2، ص 383، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق، ص1290

[3] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1986/05/05، في الملف رقم(40438)، المجلة القضائية 1989، العدد2، ص75.نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 257.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/05/18 في الملف رقم(331058)، نقلا عن: نبيل صقر عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 134

قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

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 ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

ومادام أن مصلحة المحضون تؤخذ دائما فوق كل اعتبار قضت المحكمة العليا بإسناد حضانة الطفلين للامهم رغم ثبوت زواجها بغير محرم، وذلك مراعاة لمصلحة المحضونين ما دام أن الأب لم يبدي استعداده للتكفل بالطفلين وحضانتهما[2].

غير أنه يحق لها المطالبة باستعادة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الغير اختياري أي بعد طلاقها من الأجنبي غير محرم وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/07/21 أنه " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب 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"[3]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت بتاريخ 2000/11/21" حيث جاء في القرار المنتقد بأن زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998 حيث أن المادة71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1990/02/05، رقم (58812)، المجلة القضائية، 1991، العدد 2، ص 58، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1072

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2009/01/14، في الملف رقم(457970)، غير منشور.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1998/07/21، رقم (201336)، اجتهاد قضائي، 2001، العدد خاص، ص 178، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص623

بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"[1]

والملاحظ على النص القانوني والقرارات القضائية أن المشرع جعل إسقاط الحضانة بالزواج كمبدأ عام ولكن ترد عليه استثناءات تحقيقا لما هو أصلح وأنفع للمحضون، فالأصل هو النظر إلى مصلحة الولد، فإن كانت مصلحته مرتبطة ببقائه مع أمه لشفقة زوجها أو لتوفر المرافق التي يحتاج الابن في تنشئته تنشئة صالحة، مقارنة مع ما يتوفر لغيرها، فإن الأرجح هو بقاؤه مع أمه في هذه الحالة، فهي الأصلح لحضانته من غيرها، ولا عبرة بأن يكون قريبا أو أجنبيا، لأن العبرة بالصلاح والشفقة[2]، ولكن علي المشرع تدارك بعض الثغرات خاصة تحديد الوقت الذي تسقط فيه الحضانة وهو التاريخ الذي يمكن للمدعي أن يرفع دعواه أمام القضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة فهل المدة تبدأ من تاريخ إبرام عقد الزواج أو من تاريخ الدخول؟ والهدف هو معرفة المتقاضي لبداية الأجراء القانوني للجوء للقضاء واستصدار حكم بإسقاط الحضانة.

المطلب الثاني

مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته

من بين الشروط الواجب توفرها في الحاضنة غير الأم هو عدم سكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، والمقصود بالمساكنة المسقطة للحضانة، هي أن تتخذ الحاضنة سكن أم المحضون موطنا لها، وأن تكون إقامتها فيها مستمرة[3] ، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة70 من قانون الأسرة وهذا ما سوف نتطرق إليه.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2000/11/21، الملف رقم(252308) نقلا عن:حسين طاهري الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 408

[2] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص120

[3] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص302 .

الفرع الأول

الأساس القانوني

نصت المادة 70 من قانون الأسرة على أنه "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" وهذا محافظة عليه من الأذى والضياع لأن التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن، بل بسلامة الروح أيضا، ونفس الصغير تتضرر لا شك[1]، وذلك حتى لا ينشأ الطفل في جو يبغضه ولا يألفه فيؤثر عليه بعد ذلك في أخلاقه وحياته[2] وتكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله[3] .

ويعني أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة ومستمرة، وإن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون ولا تربطه به قرابة التحريم فإن حق الخالة أو الجدة للأم في الحضانة سيسقط بقوة القانون إذا توافرت كل هذه العناصر مجتمعة ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه، إذا كان هو ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية وضمان مصلحة المحضون أما إذا تخلف عنصر واحد منها فلا تطبيق لهذه المادة ولا سقوط للحضانة عن الخالة أو الأم[4] .

فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين ينبغي أن يتوفر فيه شروط وهي أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا ما قضت به المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري[5].

---

[1] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص151

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص408

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص67

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص302 .

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص143

الفرع الثاني

موقف القضاء

إن الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون، وسكن المحضون عند من يبغضه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته وصحته، فلا حضانة للخالة أو الجدة إذا سكنت مع أبنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهو أمر منطقي جدا لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة لأنها هي سيدة البيت، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك لابد أن يشملها نفس الحكم[1]، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/06/20 بقوله" من المقرر شرعا أنه يشرط في الجدة الحاضنة (أم الأم)أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس ولما كان من الثابت في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة(أم الأم) وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونون قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2]، وبما أن دور القضاء هو تكريس مبدأ حماية المحضون، ذلك أن الأحكام الصادرة في مسألة الحضانة مناطها دوما مصلحة الفضلى المحضون ويمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، فقد تسند الحضانة للجدة رغم إقامتها مع الأم المتزوجة متى كان ذلك في صالح المحضون حيث قضت المحكمة العليا في قرارها بقولها" حيث أن قضاة المجلس أسسوا قضائهم على مصلحة البنت

[1] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 56.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1988/06/20، في الملف رقم(50011)، المجلة القضائية 1991، العدد2، ص57.نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 468.

التي تقتضي بقاءها عند جدتها المطعون ضدها الثانية التي ألفت العيش معها، كما أن الدفع بإقامة المطعون ضدها الثانية الجدة مع ابنتها المطعون ضدها الثانية (أم البنت) والمتزوجة بغير قريب محرم في نفس الإقامة فإن هذا الدفع مردود ....كما أن مصلحة المحضون تم مناقشتها بالقول وأن البنت ألفت العيش مع جدتها التي اعتنت بها منذ ولادتها، ومثل هذا التسبيب يكفي لإسناد الحضانة لها كما قضى قضاة المجلس في قرارهم المنتقد، الأمر الذي يتعين معه رفض الوجه المثار لعدم التأسيس"[1] .

المطلب الثالث

انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد آخر

إن لكلا الأبوين حق في المحضون، فللأم حق حضانته وللأب حق رعايته وتأديبه ولا بد من اصطدام هذين الحقين، عند سفر الحاضن بالمحضون، أو نقله إلى محل إقامة جديد، فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة[2]، هل تقدم الحضانة أم تقدم الرعاية والحفظ والتأديب؟

الفرع الأول

الأساس القانوني

عالج المشرع الجزائري مسألة السفر والانتقال بالمحضون من خلال المادة 69 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه" 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"، فالمشرع اعتبره سبب ضمني مسقط للحضانة، لما في ذلك من تفويت لحق الأب في ممارسته لسلطته الأبوية من جهة والضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر الطويل ، والمراد بالسفر هنا سفر نقله أي الانتقال وهجرة، لا سفر تجارة[3].

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ2013/02/14، الملف رقم(726350)، غير منشور.

[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص402

[3] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص218

فالفقهاء اعتبروا السفر بالمحضون أحد مسقطات الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في حكم السفر والانتقال بالمحضون، فجمهور الفقهاء المالكية[1] والشافعية[2] الحنابلة[3] ذهبوا إلى أن التفريق بين السفر للنقلة والسكنى في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، فإن كان سفر الحاضنة أو الولي القصد منه النقلة والانقطاع وهو السفر الطويل وكانت البلد التي سيسافر إليها ستكون دار إقامة أبيه سقطت حضانة الأم، وانتقلت الحضانة لأبيه، لأن الأب هو الذي يقوم بتأديبه وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع الولد، لأن الأب أولى بمراعاة ولده، هذا والأب هو الأولى بالمحضون سواء كان هو المقيم أم المتنقل لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه وقد قيد الحنابلة أولوية الأب بما إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد[4].

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

- الرأي الأول: بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين على قول، وهو تحديد المالكية.
- الرأي الثاني: أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.
- الرأي الثالث: تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.
- الرأي الرابع: إن كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها وهو قول الإمام أحمد[5].

والمقصود من التحديد كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحضون من قبل الأب، ليست هدفا لذاتها، لكنها جزء من الهدف، وإنما المقصود من الرؤية الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير، وكل هذا لا يتأتى بمجرد وصول الأب ليشاهد

[1] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص532

[2] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص459

[3] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ص305

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص68

[5] نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص122

ابنه لوقت قصير ثم يعود، ثم إن الأب بهذه الصورة سيكون منقطعا عن العمل وكسب قوته وقوت عياله، للسفر ذهابا وإيابا لرؤية ولده، إذا أراد أن يكرر الزيارة لولده كثيرا[1] ، والحكمة من هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حاضنته بواسطة أمه، وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه[2] فسبب سقوط الحضانة هو استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، بحيث يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن حتى ولو خرج به إلى بلد أجنبي. [3]

والملاحظ على صياغة المادة 69 من قانون الأسرة :

– أن المشرع الجزائري لم يحدد مسافة معينة للسفر في هذه المسألة.

– المساواة بين جميع الحاضنين على اختلاف مراتبهم من المحضون في مسألة إسناد أو الإسقاط الحضانة.

– لا تسقط الحضانة بمجرد سفر الحاضن بالمحضون وإنما اشترط المشرع نية الاستيطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محددة.

الفرع الثاني

موقف القضاء

نصت المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، فالمشرع لم يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك ، فالمشرع أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه أو أمه

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص405

[2] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص200

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص142

فهذا يؤدي إلى تدخل القاضي لإسقاط الحضانة عنها من عدمها أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون لاستحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة[1].

ويفهم من هذا النص أن الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي، يرجع أمره إلى القاضي ليقرر إبقاء الحضانة له، ومن ثم يمكنه أن يصطحب معه الطفل المحضون إلى البلاد الأجنبية، أو يقرر إسقاط الحضانة عنه، ومنه يمنع من اصطحاب المحضون معه وهذا بناء على ما يتبين للقاضي من المصلحة التي قد تكون في سفر المحضون خارج البلاد أو تكون في بقائه ببلاده، فإذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة لا يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة أما إذا أنتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو بالعكس فلا مجال للحديث عن السقوط[2]، نظرا لتطور وسائل النقل والمواصلات التي تسمح للمحضون له زيارة المحضون ورقابته وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث قضت"....حيث أنه وطبقا للمادة 64 من قانون الأسرة فإنه يراعى في إسناد الحضانة وفي كل الأحوال مصلحة المحضون، ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن يهدف من وراء دعواه إسقاط حضانة البنت المحضونة عن أمها التي انتقلت من مدينة وهران إلى مدينة برج بوعريريج على أساس أن بعد المسافة يحول دون ممارسة الأب حق الرقابة طبقا للمادة62 من قانون الأسرة، فإن ذلك لا يسقط عنها الحضانة لكونها أولا أولى بحضانة ابنتها طبقا للمادة64 من قانون الأسرة ولأن مصلحة المحضونة تكمن في بقائها مع أمها، وأن ما ينطبق بسبب بعد المسافة على الأب ينطبق

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص93.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 142

على الأم، وبقضائهم كما فعلوا يكونوا قضاة الموضوع قد سببوا قرارهم تسبيبا كافيا وأعطوه الأساس القانوني مما يجعل الوجهين المثارين غير سديدين "[1]

أما في حالة الانتقال خارج التراب الوطني فبعد إطلاع القاضي على مضمون وأسباب عريضة دعوى طلب الإذن بالانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني، وسماع أصحاب المصلحة من مستحقي الحضانة، وبعد أن يتفحص القاضي أحوال البلد الأجنبي المرغوب الانتقال إليه بالمحضون، ويقدر مصلحة المحضون وما إذا كانت ستكون مضمونة أم لا وبعد مناقشة الأطراف وملاحظات ممثل النيابة العامة يضع مصلحة المحضون أمام عينيه ثم يصدر حكمه إما السماح للحاضن بالانتقال بالمحضون إلى البلد الأجنبي واثبات حق الحضانة، وإما رفض دعوى الحاضن والحكم بإسقاط حقه في الحضانة إذا هو أصر على الخروج من الوطن والانتقال إلى البلد الأجنبي، خاصة إذا كان هذا البلد لا يدين بالإسلام أو كان المحضون سيوضع في مدرسة مسيحية[2]، أما إذا كان الأبوية يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته ولن يسقط حق الحاضن فذلك يسهل حتما التكفل بالمحضون على أحسن وجه ومراعاة حقوقه، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا صحيح القانون[3].

فالمسألة هنا جوازية للقاضي، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[4]، ويظهر هذا من خلال عدة اجتهادات للمحكمة العليا، حيث نرى تغيرا في اجتهاداتها وذلك بحسب مصلحة المحضون

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، صادر في2004/04/12، رقم675935، غير منشور.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص187، 188.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1989/12/25، ملف رقم56397 ، **المجلة القضائية**، العدد 03 لسنة1991، نبيل صقر وعز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص61.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزا ئري، مرجع سابق، ص389.

ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/11/21 بقولها "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة، وذلك لبعد المسافة"[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت بأنه "الحكم تلقائيا بمنع المحضون المسندة حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والده بصفة قانونية، خطأ في تطبيق القانون"[2] وفي قرارها الصادر في2005/10/12 بقولها "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي"[3].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/06/23:"ولما ثبت- من قضية الحال- أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا –تلقائيا- ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه 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".[4]

ويشترط لإسقاط الحضانة عن الحاضنة إقامة الدليل وإثبات إقامتها في البلد الأجنبي وهذا ما ظهر جليا في قرار للمحكمة العليا بقولها "...حيث طالما أن الطاعن لم يقدم أمام الجهة القضائية ما يثبت أن المطعون ضدها الحاضنة تقيم مع طفلتها المحضونة لديها

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1995/11/21، رقم (111048)، نشرة القضاة، 1995، العدد 52، ص 102، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص860.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2007/11/14، رقم (408248)، المجلة القضائية، 2011، العدد 1، ص 244، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص1533.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/10/12، رقم (334543)، المجلة القضائية، 2008 العدد 62، ص 381، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص1467.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1993/06/23، رقم (91671)، المجلة القضائية، 1994، العدد 1، ص 72، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص730.

بدولة كندا، فإن قضاة الموضوع أمام غياب الدليل الرسمي الذي يثبت صحة ادعاء الطاعن فإن قضائهم بإسناد حضانة البنت (ل) لأمها يتماشى والتطبيق السليم للقانون"[1] .

ولا يسقط حق الحضانة عن الحاضن متى كان أهلا لممارستها واقتضت مصلحة المحضون ذلك في حالة إقامة الوالدين معا في نفس البلد الأجنبي وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث قضت"....لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا، الأمر الذي يجعل القرار المنتقد قد خرق المادة 65 من قانون الأسرة وأساء تطبيقها مما يجعله عرضة للنقض والإبطال"[2] .

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، صادر في2004/04/12، رقم 680454، غير منشور.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في2002/05/08، رقم 282033، غير منشور.

الباب الثاني
الحضانة على ضوء الممارسة القضائية والواقع العملي

تتعدد التزامات طرفا الحضانة وتتشعب وتتداخل في كثير من الحالات مما ينجر عنها نشوء نزاعات وخلافات تستدعي التوجه إلى القضاء لحسمها، فيضع القاضي حدا للنزاع بإصدار حكما فاصل في الموضوع، فيكشف بذلك عن وجه الحق فيما يدعيه كل الخصوم، فيكون الحكم الصادر عنوانا للحقيقة جديرا بأن يحوز حجية الأمر المقضي، لأن الأصل في وظيفة القضاء أنها تفصل النزاعات المرفوعة إليها بوجه بات[1] فاللجوء إلى القضاء هو من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لناس جميعاً وهذا لطلب الحماية الكافية لحقوقهم وتحقيق الغاية من ذلك وهي تحقيق مصلحة المحضون.

فتعد الحماية القضائية للحقوق المحضون من بين الأهداف التي يسعى جهاز القضاء الجزائري إلى تحقيقها، وذلك من خلال تكريسه مجموعة من المبادئ الرامية إلى تحقيق الغاية المرجوة، ولكي تتحقق الحماية القضائية للحقوق المحضون، لا بد أن تكون لهم مجموعة من الضمانات القانونية التي يجب على القاضي الإعمال بها وتطبيقها، وهذه الضمانات منصوص عليها في القانون، وفي حالة ما إذا تم إخلال على حقوقه نجد أن المشرع الجزائري قد نص على توقيع العقاب على الأشخاص الذين تعدوا على هذه الحقوق والالتزامات، وهذه الوظيفة لن تكتمل إلا بتنظيم الإجراءات الجزائية التي يتم بمقتضاها توقيع العقاب على الأشخاص الذين أخلوا بمصلحة المحضون وعليه لابد من مراعاة مصلحة المحضون سواء في التشريع أو الأحكام أو قرارات القضاء وحمايتها عن طريق دعاوى مدنية بالإضافة إلى متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة.

فمبدأ مراعاة مصلحة المحضون هو مبدأ محوري يحكم حقوق المحضون من جهة والالتزامات طرفا الحضانة من جهة أخرى، ينشد المثالية غير واضح المعالم يستدعي البحث والتقصي والتحقيق والتدقيق في مقتضيات تطبيقه، والعلاقات الأسرية من أهم المسائل التي تجد مجالا واقعيا للتطبيق، فهي إحدى مقومات تكريس مصلحة المحضون وهي مسؤولة بالدرجة الأولى على صيانتها وهو ما يبرر تدخل الدولة لحمايتها من خلال التشريعات والتدابير، فالخلفية الحمائية تشكل المرجع الأساسي للتشريع.

حيث تعد الحماية القانونية والقضائية وجهان لعملة واحدة، وذلك لأنهما متصاحبتان فالحماية القضائية تعتبر بمثابة تجسيد عملي للحماية القانونية، لأن تكريس حقوق الطفل

[1] رشيد الصباغ، القضاء المستعجل ونظرة المشرع العربي إليه، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1986م، ص13

المعنوية والمادية بنصوص قانونية غير كافي لوحده لضمان تمتع الطفل بها، بل إن جهاز القضاء هو من يجسد هذه الحقوق ويحميها في الواقع، فتعتبر الدعوى الوسيلة الفنية التي خولها القانون لصاحب الحق للالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته، وهي وسيلة اختيارية للشخص، فله الحق في استعمالها أو عدم استعمالها، وعليه فإذا لجأ إلى القضاء فإنه باشر حقه في الدعوى وهذا ما يسمى بالمطالبة القضائية، والحق في الدعوى يقتضي التمتع بشروط خاصة تسمى عادة شروط قبول الدعوى أو شروط سماعها[1]، فالدعوى هي الوسيلة المتاحة قانونا لممارسة حق التقاضي ويقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن رغبة في الدفاع عن الحق، فدعوى الحضانة من الدعاوى التي تطرح بكثرة أمام القضاء نظرا لتزايد قضايا الطلاق ونشوء خلافات ونزاعات تعرض الطفل لمخاطر كبيرٌة ولانحرافات إذا لم يلْتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعٌية والقانونية والآداب المرعية، وتختلف هذه النزاعات باختلاف الأثر المترتب عليها، فمنها النزاعات المتعلقة بممارسة الحضانة سواء ما تعلق منها بإسناد الحضانة ورغبة كل طرف في ممارستها، أو حول سقوطها بسبب اختلال شروط ممارستها أو بسبب انقضاء مدتها ومنها النزاعات المتعلقة بآثار الحضانة وتتجلى في الإشكالات المتعلقة بحقوق المحضون سواء النزاعات التي تثور بشأن نفقة المحضون بالإضافة إلى النزاعات التي تترتب على حق الزيارة، وغيرها من الإشكالات المتعلقة بالمحضون، غير أن اللجوء للقضاء يضع حدا لذلك برفع دعواهما أمام القاضي الذي يفصل في الدعوى بناءا على النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة مغلبا في ذلك مصلحة المحضون.

وهذا ما سنتناوله من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الأثر المدني والجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

الفصل الثاني: الضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة

[1] السيّد صاوى أحمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ط)، دار النهضة للنشر والتوزيع، مصر 2011 م، ص 158

الفصل الأول

الأثر المدني والجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

الفصل الأول

الأثر المدني والجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

أحاطت الشريعة الإسلامية وعلى غرارها القوانين الوضعية والتي من بينها التشريع الجزائري الطفل بسياج من الرعاية والحماية، لكونه جزء لا يتجزأ من الأسرة والمجتمع، وفي مقدمة هذه القوانين نجد التعديل الدستوري لسنة2016 الذي ينص في المادة 2/72 منه على أن "تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل"[1]، وكذا التعديل الدستوري لسنة 2020 م[2] المؤرخ في30 ديسمبر 2020م حيث نصت المادة71 الفقرة1 و الفقرة 2 و الفقرة 6 على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة.

حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل يعاقب القانون كل أشكال العنف ضد الأطفال واستغلالهم والتخلي عنهم." وكذلك قانون حماية الطفل[3] الذي يتضمن العديد من المبادئ المكرسة في الاتفاقيات الدولية، وأهم ما جاء فيه التعريف بالطفل وحماية الأطفال في خطر من حيث الحماية الاجتماعية، والحماية القضائية وذلك في الباب الأول والثاني من الاتفاقية، كما منعت تعرضه للمعاملات القاسية أو للأخطار التي تعيق نموه، وضمان معاملة خاصة للطفل الذي يعيش في ظل ظروف صعبة، نظرا لكثرة الاعتداءات التي تقع على الطفل والانتهاكات لحقوقه التي لا يكون لها أدنى أثر ما لم تُحظ وتُناط بالحماية القانونية بوجه عام وحماية جنائية متميزة بوجه خاص، باعتبار أن سلامة وحماية الطفل هي مصلحة يحميها القانون لكي ينمو الطفل في كنف حياة أسرية، فحماية حقوق المحضون هي مهمة الجميع، أي الدولة والمجتمع بما في ذلك المدرسة والأسرة، فإذا ضاعت حقوقه وانتهكت أثر ذلك سلبا على المجتمع ككله، لكون الطفل هو مستقبل الدولة وأملها. وعلى هذا كان من الضروري توفير الحماية القانونية

[1] قانون رقم(16-01)المؤرخ في26 جمادي الأول عام1437 هـ، الموافق6 مارس سنة2016 م، يتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في7مارس2016، ص15

[2] المرسوم الرئاسي(442/20)المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري.

[3] قانون رقم(15-12)المؤرخ في28 رمضان عام 1436 هـ، الموافق 15 يوليو سنة2015 م يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، العدد39، الصادرة في19يوليو2015.

اللازمة للمحضون، إذ تعتبر الحماية الجنائية هي إحدى أنواع الحماية القانونية، ولقد سعت الكثير من الدول على وضع النصوص القانونية سواء كانت عامة أو المتعلقة حصرا بالطفل، لإيجاد حماية خاصة له بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي.

فقد اهتم قانون الأسرة الجزائري بتحقيق مصلحة المحضون وذلك بتنظيم أحكام الحضانة، فهذه المصلحة ليست حقاً بحتاً للشخص المسندة إليه، وإنّما هي حقا للمحضون كونها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحةً وخلقاً، ويظهر ذلك عند إسناد الحضانة لمستحقيها أو إسقاطها عنهم إذا لم تتوفر فيهم شروط الحضانة التي بتوفرها تتحقق مصلحة المحضون وتثبت الحضانة وبتخلفها تسقط.

ونظرا لأهمية موضوع الحضانة أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بمصلحة المحضون، حيث تضمن قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 النصوص الموضوعية لتنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه، تاركا النصوص الشكلية والإجراءات اللازمة لتطبيقه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08[1]، باعتباره الشريعة العامة للقواعد الإجرائية المتبعة أمام القضاء، والتي تبين للمتقاضين على اختلاف قضاياهم الطريق الواجب الإتباع، والإجراءات التي ينبغي القيام بها من قبل الأطراف المتخاصمة لحماية مصالحهم القانونية.

فأول الإشكالات التي تطرح عند الطلاق ويشتد الخصام حولها بين المطلقين من هو أحق بالحضانة، وغيرها من الإشكالات المتعلقة بالمحضون، غير أن اللجوء للقضاء يضع حدا لذلك برفع دعواهما أمام القاضي الذي يفصل في الدعوى بناءا على النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة مغلبا في ذلك مصلحة المحضون وبهذا تبرز الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في دعوى إسناد الحضانة ودعوى تمديد الحضانة ودعوى إسقاط الحضانة، والدعاوى الجزائية التي تحميه من كل اعتداء يقع عليه، وترتب الجزاء لكل من تسول له نفسه بانتهاك حقوق المحضون والاعتداء عليه، ومن أجل هذا نص القانون الجنائي الجزائري على مجموعة من الأحكام من أجل توفير الحماية الجنائية للمحضون الذي لا يقوى على حماية نفسه من اعتداءات الآخرين، وسيما الاعتداءات التي تقع عليه من طرف أسرته

[1] القانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر1429الموافق لـ25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد21، المؤرخة بتاريخ23أبريل2008.

وهو تحت حضانتهم ورعايتهم، ولأنَّ الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنّه حتى عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها، ذلك لأن مصلحة المحضون هي التي تؤسس حق الحضانة، فهذه المصلحة هي وحدها التي يجب أخذها بعين الاعتبار.

هذا ما سوف نتعرض إليه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الأسس الإجرائية لدعاوى الحضانة

المبحث الثاني: الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

المبحث الثالث: الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

المبحث الأول

الأسس الإجرائية لدعاوى الحضانة

أن وظيفة القضاء هي أساسا فض المنازعات بين الأشخاص بالقانون، وهي من بين الحقوق المكرسة دستوريا، فالمؤسس الدستوري حرص على تحقيق المساواة بين المتقاضين وضمان نزاهة القضاء والمنع من التعسف في استعماله، فحدد القانون السبيل إلى ذلك عن طريق الدعوى التي تعتبر من الحقوق التي تنشأ جراء الاعتداء على الحق أو المركز القانوني[1]، وتخول لصاحبها الحصول على الحماية القضائية.

فالدعوى هي حق يخول للشخص اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه عند المساس بحق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه المشروعة[2]، فهي سلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يطلب حماية القضاء لإقرار هذا الحق إذا جحد، أو رد الاعتداء عنه أو استرداده إذا سلب[3]، ولا يمكن ممارستها إلا بتوافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية وبإتباع مجموعة من الإجراءات وهي مجموعة القواعد التي يجب الخضوع إليها للوصول إلى نتيجة وذلك خارج أي منازعة، فالإجراءات كأداة قانونية فإنها تساهم في التمييز بين الحالات الشرعية وغير الشرعية وذلك بتدخل الجهات القضائية.

المطلب الأول

قـــواعـــــد الاختصـاص

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه، ويقصد به السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما[4]، وهي صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى، وأهليتها لأن تحكم فيها

---

[1] فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 2008م، ص45

[2] محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2007 م، ص40

[3] عبد الوهاب العشماوي، محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج1، مكتبة الآداب، القاهرة 1957م، ص554 .

[4] أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة لنشر (د.ب.ن)، 1995م، ص125

فعندما يريد صاحب الحق أن يستعمل حقه في الدعوى واللجوء باب القضاء سوف يكتشف أن لهذا الأخير أبواب متعددة، فعلى أيها يطرق هذا ما تجيب عليه قواعد الاختصاص[1] .

فالاختصاص إذن مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من سلطة أو صلاحية الفصل في المنازعات، فلكل جهة قضائية نطاق التملك أن تباشر ولايتها القضائية في حدوده ويعتبر في نفس الوقت حدا لولاية الجهات الأخرى، فيجب على المتقاضي إدراك الجهة التي خولها القانون سلطة النظر في دعواه نوعيا وإقليميا وإلا ترفض الدعوى شكلا.

الفرع الأول

الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة وذلك استنادا لنوع كل قضية[2]، أي هو نصيب كل مجلس وكل محكمة من محاكم الجهة القضائية الواحدة من ولاية النظر والفصل في المنازعات[3]، فللمحكمة سلطة الفصل في المنازعات حسب جنسها ونوعها أو طبيعتها، فالمعيار أو ضابط إسناد الاختصاص هنا هو نوع أو طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية أو موضوعها بصرف النظر عن قيمتها[4]، وهو من النظام العام لأنّ التوزيع النوعي للقضايا على المحاكم لا علاقة له بالخصوم ومصالحهم وإنّما إلى تنظيم مرفق القضاء[5]، وهذا حسب المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على مايلي:" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"، فعلى المحكمة قبل أن تباشر في نظر الدعوى أن تتأكد أولا من اختصاصها وهذا بناءا على تكييف قانوني مبدئي تقوم به لمعرفة مدى اختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها، ويتم هذا التكييف عن طريق المقارنة بين

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.ب.ن) 2004م، ص87

[2] عبد الحكيم فوده، ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإدارية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م، ص91

[3] عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي و إشكالاته، ط1، أديب إستنبولي للنشر، (د.ب.ن)، 1983م، ص 343

[4] عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، دار الكتاب الحديث الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991م، ص119

[5] حمدي عمر باشا، مبادىء الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومه، الجزائر، 2002م، ص 06

قيمة النزاع ونوعه وبين القاعدة القانونية المحددة للاختصاص ونتيجة المقارنة هي التي تحدد ما إذا كانت المحكمة مختصة أو لا[1].

وعليه يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمونه قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشق الإجرائي[2]، فإنه يتم إسناد الاختصاص للفصل في القضايا المتعلقة بالمسائل الأسرية إلى قسم شؤون الأسرة طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي ينظر في الدعاوى والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص، والمتعلقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والطلاق والتطليق وإقرار البنوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والالتزام بالنفقة والمنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا والولاية والنسب وحماية ناقصي الأهلية.

فيؤول الاختصاص النوعي في حكم دعاوى الحضانة إلى قسم شؤون الأسرة وهذا طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(09/08) والتي تنص على أنه "ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة "

ويشرف على هذا القسم قاض يتولى على وجه الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 424 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه"يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"

وفي حالة جدولة القضية أمام القسم غير المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة سابقا وفقا لنص المادة32/ف4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1] ندى خير الدين سعد العبيدي، الدفوع الاجرائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015م ص141.

[2] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009 م، ص 328

[3] إدريس فاضلي، إجراءات التقاضي أمام المحكمة المجلس المحكمة العليا، ج2، ط2، فسيلة لنشر والتوزيع، الجزائر 2012 م، ص 187.

الفرع الثاني
الاختصاص الإقليمي

إذا كان الاختصاص النوعي يحدد الجهة القضائية المختصة بالنظر إلى نوع وطبيعة النزاع المعروض أمامها، فإن الاختصاص الإقليمي يحدد الإطار والحدود الإقليمية التي تمارس فيه الجهة القضائية اختصاصها، يعني بتحديد المحكمة المختصة من الناحية المكانية من بين المحاكم التي هي من صنف ودرجة واحدة، والموزعة جغرافيا في أماكن مختلفة داخل الدولة، فقواعد الاختصاص المكاني هي التي تحدد المنازعات الداخلة في دائرة الاختصاص الإقليمي لكل محكمة أي تحديد دائرة اختصاصها[1]، فهو مرتبط أساسا بقواعد التقسيم القضائي التي تحدد الاختصاص الإقليمي لكل جهة قضائية، لأن حسن سير العدالة يتطلب ألا يكون مركز محاكم الدولة في مكان واحد، بل يجب أن تتوزع محاكم الدولة على أنحاء إقليمها وأن يتم تحديد لكل محكمة دائرة مكانية تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاقها، وبذلك يكون لكل مواطن محكمة قريبة منه تمكنه من اللجوء إليها من غير عناء ولا تكلفة[2].

فالاختصاص الإقليمي هو أحقية كل محكمة من حيث موقعها في إقليم الدولة للنظر في الدعوى المرفوعة أمامها[3] فالأصل في قواعد الاختصاص الإقليمي هو عدم تعلقه بالنظام العام، لأن هذه القواعد تتعلق بمصلحة الخصوم حيث روعي فيها تيسير سبل التقاضي على المتقاضين بجعل الاختصاص ينعقد للمحكمة القريبة من موطن الخصوم[4].

وعليه فإن الاختصاص الإقليمي لقاضي شؤون الأسرة، يكون بحسب طبيعة كل نزاع إما في موطن المدعي، أو موطن المدعى عليه، أو بناء على اختيار الطرفين[5]، أما فيما

---

[1] أحمد هندي، مرجع سابق، ص 113

[2] عبد الحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه (الاختصاص الولائي- الاختصاص النوعي الاختصاص الاقليمي- الاختصاص المحلي- الاختصاص الجنائي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن)، ص185

[3] محمد شتا أبو سعد، الدفع بعدم الاختصاص في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998 ص268.

[4] عوض أحمد الزغبي، أصول المحاكمات المدنية (التنظيم القضائي-الاختصاص-التقاضي-الأحكام وطرق الطعن) دراسة مقارنة، ج 1، ط2، وائل للنشر، الأردن، (د.ت.ن)، ص360

[5] محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2 الجزائر، 2012م، ص12، 13.

يتعلق بالحضانة فقد نصت المادة 4/426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"

المطلب الثاني

شروط قبول دعاوى الحضانة

إن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية هو حق مكفول دستوريا لكل شخص يمارسه بمقتضى وسائل، ووفقا لإجراءات محددة قانونا، وتشكل الدعوى الوسيلة القانونية لممارسة حق التقاضي، باعتبارها السلطة القانونية المخولة للشخص لحماية حقه ومركزه القانوني.

وإذا كان اللجوء إلى الدعوى يعتبر أمرا جوازيا، فإن اختيار الطريق القضائي كوسيلة للمطالبة القضائية، لم يتركه المشرع لإرادة المتقاضين، وإنما أحاط استعماله بسياج من الشروط يجب توافرها، وأولها تلك المتعلقة بقبول الدعوى[1].

فكل دعوى ترفع أمام القضاء، استوجب المشرع توافرها على مجموعة من الشروط المتعلقة بقبولها بالإضافة إلى احترام مجموعة من الإجراءات[2]، ولما كانت دعاوى الحضانة تشكل دعاوى قضائية، كان ومما لا شك فيه وجوب توافرها على مثل هذه الشروط، حيث لها تأثير على مواصلة القاضي الفصل في النزاع، وعلى مصير الخلاف القائم بين الطرفين حول المحضون في حالة عدم توافرها.

و الشروط المتعلقة بقبول دعاوى الحضانة، هي تلك الشروط الضرورية التي يجب توافرها لعرض قضية ما على القاضي شؤون الأسرة، وذلك قبل الفصل في موضوع النزاع. وعليه فإن عدم احترام أحد هذه الشروط، يؤدي إلى عدم قبول الدعوى ولا يتطرق القاضي لموضوع القضية، والحكم بعدم قبول الدعوى لا يعد حكما في الموضوع، إذ يمكن للمدعي إعادة رفع الدعوى من جديد، إذا ما توافرت كل شروطها وإجراءاتها، ويمكن تقسيم شروط قبول دعوى الحضانة إلى شروط متعلقة بأطراف الدعوى وشروط مرتبطة بعريضة رفعها أما القضاء.

---

[1] سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، الخصومة القضائية أمام المحكمة، (د.ط)، دار الهدى الجزائر، 2006م، ص5 .

[2] عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009م ص9.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لقبول دعاوى الحضانة

إن دعاوى الحضانة مرهونة بتوافر عدة شروط تتعلق بأطرافها، وهما المدعي والمدعى عليه، وبالرجوع لنص المادة 459 من قانون إجراءات المدنية والإدارية نجد أنها حددت ثلاثة شروط عامة لقبول الدعوى، ذلك أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة، وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك، أما المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، فإنها نصت على خلاف ذلك فقد اكتفت بشرطين أساسيين وهما الصفة والمصلحة وأحال عنصر الإذن إلى تدخل القاضي فيما لو اشترطه القانون بينما اعتبر الأهلية مسألة موضوعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان[1]، فالمشرع أبقى على الشرطين الشكليين، وهما الصفة والمصلحة، بينما أحال الأهلية بوصفها شرطا موضوعيا إلى المادة 64 من قانون إجراءات المدنية والإدارية.

أولا: الصفة

هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعى كان أو مدعى عليهم بموضوع النزاع[2]، وهى صلاحية الشخص في رفع الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية من أجل حماية الحق المدعى به[3]، فهي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[4]، ويشترط لصحة الدعوى أن ترفع من ذي صفة على ذي صفة، أي أن تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق وسلبا لمن اعتدى على هذا الحق[5]، أي يكون للمدعي صفة المطالبة بالحق، كأن يكون صاحب الحق أو نائبا عنه بأن يكون وكيلا عنه أو وصيا أو بصفة عامة ممثله القانوني[6]، ولهذا ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى

---

[1] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص33 .

[2] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011 م، ص 45

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون09/08)، (د.ط)، منشورات أمين، الجزائر 2009 م، ص144

[4] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 34.

[5] علي أبو عطية هيكل، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 م، ص 187.

[6] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص29

والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع، في هذه الحالة القانون يخول له شخص أخر بتمثيله من الناحية الإجرائية كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعى، وفي هذه الحالة يقع على القاضي التأكد ابتداء من صحة التمثيل، ثم يبحث لاحقا في مدى توفر الصفة لدى صاحب الحق[1]، فصفة المدعي في دعوى الحضانة أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المدعى به وهو أحد مستحقي الحضانة، فالصفة تثبت بمجرد الحق، وحصول اعتداء عليه ويكون لصاحب الحق المعتدى عليه أي أحد مستحقي الحضانة صفة في مقاضاة المعتدي، أما صفة المدعى عليه تتمثل إذا كان هو المنكر للحق المطالب به أو ينازعه فيه.

ثانيا: المصلحة

تعتبر الفائدة أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي وقت اللجوء إلى القضاء[2] فالمصلحة هي مناط الدعوى، فهي الأساس في قيام الحق في الدعاوى وهي الفائدة المشروعة من رفع الدعوى فلا دعوى بغير مصلحة[3]، فلا تعد المصلحة شرطاً لقبول الدعوى فقط وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم أياً كان الطرف الذي يقدمه[4] فالمصلحة إذن هي الباعث على رفع الدعوى، وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه[5] لذلك اشترط القانون أن تكون المصلحة قائمة وحالة، وهذا وفقا لنص المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، فالمصلحة القائمة هي التي تستند إلى حق أو مركز قانوني وتكون قائمة عندما يكون التعرض للحق قد وقع[6]، كأن تمتنع الحاضنة عن تسليم المحضون للمحضون له لممارسة حق الزيارة، أوتكون المصلحة محتملة إذا كان الخطر وشيكا والضرر محتمل الوقوع وأقره القانون مثل الدعاوى الوقائية[7]، ويشترط أن تكون المصلحة قانونية أي

---

[1] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 43.

[2] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص60

[3] إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 6.

[4] بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 م، ص36

5أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية. ط12، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن)، ص105

[6] جمال كامل رمضان، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علما وعملا، توزيع مكتبة الألفي القانونية، مصر 1998م، ص28.

[7] زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون08-09، ج1، ط1، دار أسامة، الجزائر، 2009 م، ص44

مشروعة ومحمية قانونا[1] وأن تكون مصلحة المدعي شخصية وتخص حق شخصي متنازع عليه[2]، فقد تكون المصلحة مادية في حالة المطالبة بدين، وقد تكون المصلحة معنوية كالمساس بالشرف[3]، إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت ومنه فإن المصلحة شرط ضروري لقبول الدعوى، فالمصلحة في دعوى إسناد الحضانة هي الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة المحضون من جهة وحماية حق الحاضن في طلب الحضانة من جهة أخرى باعتباره حق أقره قانون الأسرة وعدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى[4].

ثالثا:الإذن

هو توكيل أو تفويض شخص ليقوم مقام صاحب الحق أمام القضاء في رفع الدعوى[5] ويعد الإذن شرط من شروط قبول الدعوى متى كان هذا الإذن لازما، ويجوز للقاضي إثارة عدم وجود الإذن من تلقاء نفسه لارتباطه بالنظام العام وفقا لنص المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، ومثاله الإذن لترشيد القاصر حيث أجاز قانون الأسرة الزواج بإذن قضائي عندما لا يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة. وتخول المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر ولائي ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا[6].

فللإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا[7]، فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة.

---

[1] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص44

[2] SERGE GUINCHARD, Droit et pratique de la procédure civile , Dalloz, Paris,2002, P.06

[3] عبد السلام ذيب، قانون إجراءات مدنية وإدارية ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012 م، ص 66

[4] .عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 329

[5] العيد هلال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1 ، ط1، منشورات ليجوند، الجزا ئر، 2017 م ص115 .

[6] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 351.

[7] زكية حميدو، مرجع سابق، ص237.

رابعا: الأهلية

هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحميل الالتزامات، وهي كذلك صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه والالتزام بالتزاماته المادية[1]، ويكون الشخص أهلا للتقاضي ببلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة، ومتمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه حسب المادة 40 من قانون المدني الجزائري" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر19 سنة كاملة." ويجب أن تتوفر الأهلية في المدعي والمدعى عليه إذ تعتبر الأهلية من الحقوق الأساسية للأشخاص لممارسة الدعوى القضائية للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها[2] فهي اكتساب المركز القانوني للخصم ومباشرة إجراءات الخصومة، وهي نوعان أهلية الاختصام (أهلية الوجوب) وهي صلاحية الشخص اكتساب المركز القانوني للخصم بما يتضمن حقوق وواجبات إجرائية، أما أهلية التقاضي (أهلية الأداء) فهي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء.

فالمشرع لم ينص على شرط الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى بموجب المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلما كان عليه الحال بالنسبة لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية ولصحة إجراءات الخصومة[3] ولذا فإن وسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية هي الدفع ببطلان الإجراءات وليس الدفع بعدم قبول الدعوى حيث نصت المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013 م، ص99.

[2] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص96.

[3] عبد المنعم أحمد الشرقاوي، شرح قانون المرافعات الجديد، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1975م، ص26.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لقبول دعاوى الحضانة

عريضة افتتاح الدعوى هي العنصر المحرك للخصومة ولذلك يجب احترام قواعد موضوعية مسبقا يتوقف عليها قبولها، فمن خلال العريضة يتضح موضوع الطلب وأطراف الخصومة وكذلك الوثائق التي تأسست عليها الطلبات.

أولا: قيد العريضة الافتتاحية للدعوى

ترفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي (الحاضنة) إلى المحكمة، فيقوم الطالب بتحرير عريضة افتتاحية بنفسه أو عن طريق وكيله بموجب وكالة توثيقية خاصة قصد عرض وقائع قضيته وتحديد طلباته للمحكمة، وتودع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا، وهي التي تقع بمكان ممارسة الحضانة أو مكان تواجد أهل الحاضنة[1] كما يجب أن تحتوي عريضة رفع الدعوى على بيانات حددتها المادتين 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيهما:

نص المادة 14:" ترفع الدعوى أما المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."

نص المادة 15 :" يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
- الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة لدعوى."

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،، قرار بتاريخ 2010/11/11، رقم (581700)مجلة قضائية، 2011، عدد 1 ص252

كما يمكن رفع الدعوى بواسطة تصريح شرفي أمام المحكمة، وهنا يتولي كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة[1].

ثانيا: تبليغ الدعوى وسيرها

يقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها ويعطيها رقما يميزها عن غيرها من الدعاوى المماثلة لها، ثم يقوم المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعى عليه وذلك بواسطة المحضر القضائي الموجود مكتبه بدائرة اختصاص المحكمة المختصة والمرفوعة أمامها الدعوى، حيث يجب على هذا الأخير أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعنية، وذلك كله وفقا للأوضاع والأشكال المنصوص عليها في المادتين 13 و22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

من خلال عريضة الافتتاحية للمدعي (الحاضنة) ومذكرات رد المدعى عليه يتحدد موضوع الدعوى والتي يلتزم بها القاضي أثناء تأسيس حكمه طبقا لنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات".

المطـــلب الثالث

التـــــدابير الإستعجـــاليـــة

يعتبر القضاء الإستعجالي إحدى صور الحماية القضائية، وهو يكمل الحماية الموضوعية لذلك جعل المشرع الجزائري من إجراءات وشروط اللجوء إليه مبسطة وسريعة حيث يقوم القضاء الإستعجالي بحماية الحق أو المركز القانوني من التلف والضياع يحفظهما إلى حين الفصل في أساس النزاع، فيجد الخصم ما ينفذ عليه عندما تمنح له

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص276

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 117

الحماية الموضوعية، وبحسب كل ذلك أصبح القضاء الإستعجالي يكتسي أهمية خاصة في التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري[1].

فنظرا لخصوصية المسائل والقضايا الأسرية، تم استحداث القضاء الإستعجالي إلى جانب القضاء العادي لكون التقاضي العادي يستغرق وقتا طويلا لا يساير الأوضاع المستعجلة والتي لا يمكن تركها عالقة دون التدخل القضائي فيها إلى حين الفصل في الموضوع، وبالتالي هنا يتجسد دور القضاء الإستعجالي للتصدي لمثل هذه الأوضاع بما هو مناسب من تدابير الاستعجال المؤقتة والتحفظية التي تهدف إلى صيانة مصالح الخصوم دون التعرض إلى أصل الحق المتنازع عليه.

الفرع الأول

تعريف وخصائص القضاء الإستعجالي

نظم المشرع الجزائري ما يتعلق بشرط الاستعجال في القسم الثاني من الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان " في الاستعجال والأوامر الاستعجالية "، فنصت المادة 299 على النحو التالي " :في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية، بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة."

أولا: تعريف القضاء الإستعجالي

لقد عرف القضاء الإستعجالي بالاستناد لمصطلح الاستعجال حيث عرف لغة بأنه " من عجل عجلا أو عجلة وهو السرعة ضد البطء والتأخير والانتظار".

أما اصطلاحا فقد عرف بأنه: "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يجب درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"[2].

[1] عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، أنسكلوبيديا للنشر، الجزائر، 2015 م ص183

[2] حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، (د.ط)، دار الخلدونية، الجزائر، 2005م، ص7.

و يعرف أيضا بأنه عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة، وبطريقة مؤقتة في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط ألا يتعرض في حكمه لأصل الحق، ولا يقيد حكمه هذا قاضي الموضوع عند عرضه عليه[1].

ويعرف كذلك على أنه: "الفصل في المنازعات التي يخشى من فوات الوقت حصول أضرار فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق ويكون الحكم الصادر في مواجهة ذلك اتخاذ التدابير الوقتية الملزمة للطرفين من أجل الحفاظ على الأوضاع القائمة مع احترام الحقوق وصيانة المصالح"[2].

فالقضاء الإستعجالي يهدف إلى السرعة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الحق من الأخطار التي قد يتعرض لها في الفترة ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم في الموضوع، فهو لا يحقق الحماية الكاملة التي يمنحها القضاء الموضوعي أو العادي وإنما يقدم حماية عاجلة وسريعة[3] .

ثانيا: خصائص القضاء الإستعجالي

يعد القضاء الإستعجالي عملا قضائي من حيث الشكل والموضوع، فهو صورة من صور الحماية الوقتية إلى جانب الحماية التي يحققها القضاء الموضوعي، لان اللجوء للقضاء العادي الموضوعي قد لا يكون مجديا في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت، و تلحق أضرار حقيقية بمصالح المتقاضين لذلك شرعت مجموعة من قواعد القانونية لمجابهة هذه الحالات[4]، واتخاذ إجراءات وقتية مستعجلة دون التعرض لأصل الحق، وهو يتميز بخصائص التالية:

- دعوى الاستعجالية دعوى مستقلة بذاتها وإجراء له كيان منفرد[5]، يتم اللجوء إليها في حالات محددة في القانون عن طريق رفع دعوى استعجالية والتي تعتبر مستقلة بذاتها لا تستوجب وجود

---

[1] محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في قضاء الأمور الاستعجالية، ط3، (د.ب.ن)، 1985 م، ص3

[2] عبد التواب معوض ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1995م، ص16 .

[3] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الادراية، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008م، ص 280

[4] عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج1، ط1، إصدار كليك للنشر، الجزائر، 2012 م، ص305

[5] سليمان بوقندورة، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضاء العادي مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية، ط1، دار الأصمعية، الجزائر، 2014م، ص 21

دعوى موازية أمام القضاء الموضوعي[1]، إذ يجوز اللجوء إليه متى توافرت عناصره دون أن يكون مقيدًا بوجود دعوى موازية أمام القضاء العادي[2].

- يعد قضاءاً وقتي لا يمس بأصل الحق، نظرا لكون قاضي الاستعجال يصدر الحكم بالإجراء المؤقت والحماية المطلوبة، دون النظر والفصل في موضوع النزاع ودون المساس به[3]، فهو لا يقوم على تحديد مراكز الخصوم تحديدا نهائيا، بل يلجأ إلى تحديدها تحديدا مؤقتا، فهو لا يتصدى بالفصل في أصل الحق أو المساس به، وأن ما يعبر عنه بعدم المساس بأصل الحق[4].
- هو الإجراء الذي يهدف إلى الفصل في أقرب وقت ممكن في القضايا التي تتسم بالاستعجال، ولكن على شرط أن يكون الإجراء المتخذ مؤقتا، مع حفظ أصل الحق[5]، فلا يلزم على قاضي الموضوع الأخذ بموجبها حين فصله في أصل النزاع، فيمكنه الحكم بخلاف ما قضى به قاضي الاستعجال[6]، وتوافر شرط الاستعجال لازم سواء أمام الدرجة الأولى، أو من جهة الاستئناف ومن ثمة فإن زوال الاستعجال أمام الدرجة الثانية يؤدي إلى انتفاء الاختصاص[7].
- لا يوفر الحماية الكاملة بل يحقق حماية عاجلة للحق المتنازع عليه[8]، التي تكتسب الحقوق ولا تزيلها، والقضاء المستعجل يمنح الحماية القضائية بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي من عدمه، وجودًا حقيقيا فهو يقوم على المصلحة المحتملة على وجود هذا الحق[9].

---

[1] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص218

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص22

[3] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص5

[4] لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية (دراسة قانونية تفسيرية)، دار هومة، الجزائر، 2012 م، ص 142

[5] حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها و قضاء، مرجع سابق، ص 11

[6] بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص362

[7] سليمان بوقندورة، مرجع سابق، ص35

[8] عمر زودة، مرجع سابق، ص160

[9] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص225

▪ الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة كثيرا ما تؤدي إلى إنهاء النزاع، فأغلب المسائل التي يفصل فيها قاضي الاستعجال ويوفق في إيجاد علاج وقتي سديد قد يغني عن اللجوء إلى القضاء الموضوع[1].

▪ يتميز بالاختصار في المواعيد وبالسرعة في الإجراءات والتيسير، الأمر الذي يجعل خاصتي السرعة والبساطة لا تقتصر على عملية إصدار الأوامر الاستعجالية بل تتعداها لتشمل عملية التنفيذ، طالما أن الحماية المستعجلة حماية مؤقتة لا تمس بأصل الحق الذي يبقى الاختصاص للفصل فيه مخولا لقضاء الموضوع[2].

الفرع الثاني

الأسس الإجرائية للقضاء الإستعجالي

لقد نصت المادة57 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر(02/05) لسنة2005 على إقرار إجراءات جديدة، حيث جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة، الزيارة والمسكن[3].

التدابير الاستعجالية هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة والتي تتعلق بقضايا لا تحمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال[4].

أولا: قواعد الاختصاص

1- الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي، ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعاوى، بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى[5].

---

[1] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 2000 م.

[2] PIERRE ESTOUP, La pratique de procédures rapides référées, ordonnance sur requête procédures d'injonction, édition litec 1990,p28.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص155.

[4] أحمد شامي، مرجع سابق، ص277.

[5] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص74

حيث حددت المادة 423 من الإجراءات المدنية والإدارية القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة والتي تنص على مايلي :

" ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1. الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى البيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
2. دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
3. دعاوى إثبات الزواج والنسب.
4. الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
5. الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

كما يشرف على هذا القسم قاض متخصص منحت له صلاحيات قاضي الاستعجال من أجل اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء سير الخصومة كما منحت له صلاحية النظر في مسائل الكفالة والولاية سواء على النفس أو المال وكل هذا من أجل التكفل بكل المسائل المتعلقة بالأسرة، وهذا عملا بأحكام المادتين 424 و425 من الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث تختص المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى الموضوعية بالدعوى المستعجلة هذا ما تقتضي المادة 299 من الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه فإذا كان أحد الزوجين قد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية، وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذه الحال إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما[1]، فالمحكمة المعروض أمامها دعوى الطلاق يبقى عن صلاحيتها أيضا أن تأمر بنفقة وقتية للزوج

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص157

والأولاد، أو يمنح أحد الأبوين حق الزيارة إذا كان الطفل موجودًا عند الطرف الآخر أو بتسليم أحد الزوجين الملابس الضرورية أو الفراش الضروري هذا الطريق المطبق في الغالب وحاليا على أكثر دعاوى شؤون الأسرة[1]، فالقاضي الإستعجالي يحكم في النزاع بصفة مؤقتة، فيقضي بتدبير وقتي أو إجراء وقتي لا يعتبر حسما للحق المتنازع عليه، كما ليس له أن يتعمق في فحص ملف الخصوم، وإنما يكتفي لتصفحها ليضمن من يبدو لأول وهلة أنه أجدر بالحماية من الخصوم وليس له أن يجري تحقيقات واسعة عن حقوق الخصوم بما يتنافى مع الاستعجال ويخرجه من نطاق صلاحيته[2]، أما طبيعة الاختصاص النوعي فقد نصت المادة 36 من الإجراءات المدنية والإدارية على أن عدم الاختصاص النوعي من النظام العام وتقضي فيه الجهة القضائية المطروح إمامها من تلقاء نفسها وفي إيه مرحلة كانت عليها القضية[3].

2-الاختصاص الإقليمي

الاختصاص الإقليمي هو الموقع الجغرافي الذي يشمل اختصاص المحكمة بمعنى أن يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه فإن لم يكن معلوم، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له عملا بنص المادتين37 و38 من الإجراءات المدنية والإدارية[4].

حيث تنص المادة 426 من الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :" تكون المحكمة مختصة إقليميا:

1. في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
2. في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
3. في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
4. في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.

---

[1] عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص240

[2] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص351

[3] عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط3، دار هومه، الجزائر، 2009 م، ص 28

[4] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 277

5. في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها .
6. في موضوع متاع البيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.
7. في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.
8. في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.
9. في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية ."

وعليه فإن الاختصاص الإقليمي لقاضي شؤون الأسرة، يكون بحسب طبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعي، أو موطن المدعى عليه، أو بناء على اختيار الطرفين[1].

ثانيا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية

الأصل أن القانون عندما يعترف بالحق يكفله بحماية قضائية الذي تأخذ صورتين أحداهما القضاء العادي والأخرى القضاء الإستعجالي، و حتى ينعقد الاختصاص للقضاء الإستعجالي، يجب أن تتوفر شروط شكلية وشروط موضوعية، وذلك على النحو التالي:

أ- الشروط الشكلية لقبول الدعوى الاستعجالية

1- الصفـــة: يشترط أن يكون لرافع الدعوى المستعجلة الصفة كأن يكون هو صاحب الحق المعتدى عليه والمراد حمايته بالإجراء المطلوب أو من يقوم مقامه[2]، فالأصل هو وجوب رفع الدعوى أو الطلب أو الطعن أو الدفع أو الدفاع من ذي صفة على ذي صفة وإلا كان غير مقبول[3]، فكما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعي وإلا رفضت دعواه يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه وإن تعددوا[4] فالبحث في صفة الخصوم أمر لازم ومسألة أولية مؤقتة يتعين الفصل فيها أولا قبل الحكم في الدعوى المستعجلة ولا تتقيد به المحكمة الموضوعية[5].

2- **المصلحة:** ويشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة، وإن كان هناك كثير من الفقهاء يرى أن شرط شخصية المصلحة إنما هو مرادف لشرط الصفة فما دام الطاعن

---

[1] محمد لمين لوعيل، مرجع سابق، ص 12.

[2] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري طبعة منقحة ومزيدة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2000م، ص88.

[3] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص37.

[4] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص36

[5] أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص151

ذو صفة فهم بطبيعة الحال ذا مصلحة شخصية ومباشرة على أنه يستوي بعد ذلك أن تكون مصلحة الطاعن محققة ومحتملة[1].

- **أن تكون المصلحة محققة أو قائمة:**إذا كانت هناك خشية من فوات الوقت بانتظار الحماية الموضوعية للحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، ما يترتب عنه أضرار بالمدعي وتتحقق المصلحة للمدعي في إزالة الاعتداء وإصلاح الضرر المترتب عليه، من ثم تصبح المصلحة قائمة وحالة[2].

-**أن تكون المصلحة قانونية أو مشروعة:** أن يكون لرافع الدعوى منفعة قانونية أي تستند إلى حق مشروع[3].

3-الأهليـــة:المقصود بأهلية التقاضي هي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء على نحو صحيح[4]، وهى تعبر عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي[5]، أي أهلية التصرف أمام القضاء، والأهلية لدى بعض الفقهاء ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءاتها، فإذا باشر الدعوى من هو ليس أهلا لمباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة[6].

كما أن توافر الخطر وما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة من ناحية ووقتية الأمر الذي يصدره وعدم المساس بالموضوع من ناحية أخرى يبرران رفع الدعوى المستعجلة ممن لا أهلية له في رفعها طبقا للقواعد العامة متى كانت له مصلحة في اتحاد إجراء وقتي[7].

ب-الشروط الموضوعية لقبول الدعوى الاستعجالية

القضاء الإستعجالي هو قضاء استثنائي وطارئ تفرضه الضرورة والحتمية القانونية لحماية حقوق تتطلب الدعم القضائي على وجه السرعة لا تقبل التأجيل أو لتأخير، فالهدف من

[1] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص37

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص50

[3] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص89

[4] عبد التواب معوض ، مرجع سابق، ص11

[5] بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص77

[6] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م ص 282

[7] عبد التواب معوض ، مرجع سابق، ص116

القضاء الإستعجالي، والتدابير التحفظية حفاظا على الحقوق وصيانتها أثناء سير الدعاوي من رفعها إلى غاية صدور في حكم في موضوع الدعوى، وعليه فان لتحديد اختصاص القضاء الإستعجالي لابد من توفر له شروط تميزه عن القضاء العادي تناولها المشرع بتنظيم قانوني، وهما شرطان حيث نكون إمام حالة الاستعجالية بتوفر حاله الاستعجال أولا وعدم المساس بأصل الحق ثانيا، ونتناول ذلك تباعا:

1-حالة الاستعجـــال:

يعد الاستعجال شرط أساسي لقيام اختصاص القضاء الإستعجالي، بل يعتبره بعض الفقهاء بمثابة الشرط الوحيد فلا ينعقد الاختصاص للقضاء الإستعجالي بدونه[1]، وتوافر الاستعجال شرط لازم سواء أمام جهة الدرجة الأولى، أو أمام جهة الاستئناف، ومن ثمة فان زوال حاله الاستعجال أمام الدرجة الثانية يؤدي بلا شك إلى انتفاء الاختصاص[2].

فشرط الاستعجال يعد المبرر الوحيد للقضاء المستعجل إذ بدونه ينبغي أن يلجأ صاحب الحق إلى الطريق العادي للحماية القضائية، فإذا لم يكن هناك استعجال انتفت مصلحة المدعي في الحصول على إجراء وقتي[3]، ويعرف الاستعجال على أنه: "ضرورة الحصول على الحماية القانونية التي لا يتحقق معها إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصوم، أو يتضمن ضررا قد يتعذر تداركه وإصلاحه[4] كما يعرف على أنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا[5]، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"[6].

فالخطر الذي يتعرض له الأطفال أثناء انحلال الرابطة الزوجية يفرض حالة الاستعجال كتعرض الأطفال للإهمال أو تعرضوا للجوع والاحتياج فإنه يجوز للأصلح من الزوجين أو غيرهما أن يلجأ إلى المحكمة فورا ويرفع دعوى مستعجلة ليطلب من رئيس المحكمة بصفته

---

[1] أمينة النمر، مناط الاختصاص و الحكم في الدعاوى المستعجلة، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1967م، ص44

[2] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص333

[3] محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008م ص86

[4] حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، مرجع سابق، ص7.

[5] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص13.

[6] بشير بالعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، (د.ط)، ديوان المطبوعات مطابع عمار قرفي، الجزائر، 1993 م ص136

قاضي الأمور المستعجلة بإسناد حضانة الأولاد إليه بصفة مؤقتة ريثما تفصل المحكمة في موضوع النزاع بين الزوجين المتنازعين أو أن يطلب على أبيهم أن يخصص لكل من واحد الأولاد نفقة مؤقتة تسلم لمن يوجد الأولاد في رعايته[1].

و يعد الاستعجال من النظام العام، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على وجوده من عدمه كما لا يجوز لقاضي الاستعجال إن يأمر بأي أجراء ما لم يكن مسببا لحكمه، على أساس توافر عنصر الاستعجال[2]، فانعدام عنصر الاستعجال يجعل قاضي الأمور المستعجلة غير مختص نوعيا وعليه أن يأمر بعدم اختصاصه النوعي وعليه فإن اختصاصه يكون مرهونا بتوفر حال الاستعجال التي يستخلصها من ملابسات وظروف القضية، فإذا ما عينها فإن عليه أن يأمر باتخاذ تدبير يهدف إلى محافظة على حقوق الأطراف دون المساس بموضوع الحق الذي يخرج عن اختصاصه[3].

2-عدم المساس بأصل الحق:

لا يكفي توفر شرط الاستعجال وحده حتى يعلن قاضي الأمور المستعجلة اختصاصه بالنظر في الطلبات المستعجلة بل يجب عليه أن يتحقق من توافر شرط ثاني ألا وهو شرط عدم المساس بأصل الحق.

ومبدأ عدم المساس بأصل الحق هو من المبادئ الأساسية التي يجب أن ترتكز عليها كل أوامر قاضي الأمور المستعجلة، فيجب على قاضي الأمور المستعجلة الارتباط بهذا المبدأ وعدم الابتعاد عنه مهما كان الاستعجال ومهما ترتب عن امتناعه ضرر بالأطراف فهو ملزم بترك النظر والفصل في أصل النزاع لمحكمة الموضوع[4].

---

[1] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل، مرجع سابق، ص 262

[2] حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، مرجع سابق، ص11

[3] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص314

[4] محمد براهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية " الدعوى القضائية – نشاط القاضي – الاختصاص –القضاء الوقتي الأحكام "، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002م، ص 97

ويعرف أصل الحق بأنه " هو كل ما يتعلق بها وجودا وعدما، فيدخل في ذلك ما يمس بصحتها أو يؤثر في كيانها ويغير فيها، أو في الآثار القانونية التي رتبها القانون أو التي قصدها العاقدان"[1]

كما يقصد بأصل الحق كل ما يتعلق بجوهره، فلا يجوز لقاضي الإستعجالي أن ينظر في دعوى موضوعها منازعة تدور حول حق يدعيه الخصوم[2]، إذ كل دعوى ترمي إلى استعادة حق يكون الفصل بشأنها من اختصاص قاضي الموضوع[3].

حيث تنص المادة من 303 من الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يمس الأمر الإستعجالي بأصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها ورغم كل طرق الطعن كما أنه غير قابل للمعارضة وللاعتراض على النفاذ المعجل في حالة الاستعجال القصوى يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله"

فدعوى ترفع من أحد الخصوم أمام القضاء الإستعجالي لأجل المطالبة بالحماية الموضوعية النهائية، إنما هو رد الاعتداء على ذلك الحق أو المركز القانوني لأطرافه باللجوء للقضاء الذي يفصل في الدعوى[4]

فعدم المساس بأصل الحق هو ألا يوازن القاضي المستعجل في المركز القانوني للخصوم، فلا يساوي المساس بأصل الحق حقا منهما ولا يمحوه ولا يؤكده ويظل الدائن دائنا في نطاق حقه مدينا في مسؤوليته، وهكذا مركز الخصوم القانوني في حالة دون مساس به ودون تفسير العفو أو حكم القاضي المستعجل مركز أحد الطرفين ولا يقصد كذلك بعدم المساس بأصل الحق ألا يمس الحكم المستعجل الآثار المترتبة على الوضع القانوني للخصوم[5] ، فيجب التمييز بين عدم المساس بأصل الحق والضرر فيسوغ لقاضي الاستعجال

[1] محمد علي راتب، محمد نصر الدين كمال، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ج1، ط6، عالم الكتب، مصر، 1985م، ص41

[2] سليمان بوقندورة ، مرجع سابق، ص34

[3] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص220

[4] عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وإحكام القضاء، مرجع سابق، ص14

[5] . الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القانوني مرجع سابق، ص 31

اتخاذ كل تدبير يراه صالحا حتى لو كان من المحتمل أن ينتج عنه ضرر لأحد الأطراف وكل ما عليه إلا أن يترك للجهة القضائية المعتادة الحق الفصل في النزاع[1].

فلا يجوز لقاضي الاستعجال أن يتناول الالتزامات بالتفسير أو التأويل، إذ من شائنة المساس بموضوع النزاع القانوني، كما ليس له أن يغير أو يعدل من المركز القانوني لأحد الطرفين، وأن يعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع أو يؤسس قضاءه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق، والتعرض إلى قيمة السندات المقدمة من احد الطرفين أو أي إجراء تمهيدي كالإحالة أو ندب خبير أو سماع شهود...بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما محل الفصل من جهة قاضي الموضوع[2]، وهذا ما قضي به مجلس القضاء بالجزائر بتاريخ 1983/05/07 قضية رقم 83/2007 بتاريخ 1983/05/07 أن الزوجين انفصلا بموجب حكم بالطلاق وأن ازدياد الولد الثاني كان بعد صدور الحكم بالطلاق وأن الزوجة أقامت دعوى استعجالية تطلب فيها إلزام الزوج وهذا صدر القاضي الإستعجالي أمر يقضي على الزوج بدفع نفقة شهرين للولدين وإثر الطعن بالاستئناف في الأمر المذكور من طرف الزوج قضى المجلس بإلغاء الأمر المستأنف وقضى من جديد بعدم الاختصاص وقد علل المجلس قراره أن تحديد المبلغ النفقة يمس بأصل الموضوع.

ثالثا: كيفية رفع الدعوى الاستعجالية

نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وتفاقم المشاكل والنزاعات الأسرية أضحت الحاجة الماسة إلى إجراءات مستحدثة وفعالة لحماية حقوق الأفراد ومصالحهم بطريقة فعالة تكون أكثر سرعة وفعالية من الإجراءات التقليدية الهدف منها الحماية المؤقتة لحقوق الأفراد إلى غاية الفصل في الموضوع عن طريق القضاء الإستعجالي، حيث حدد المشرع أشكال رفع الدعوى الاستعجالية التي قد ترفع إما بعريضة استعجالية أو بموجب أمر على عريضة.

1-رفع الدعوى بموجب عريضة استعجالية

ترفع الدعوى الاستعجالية في إطار عريضة افتتاحية كالدعوى العادية إذ يشترط القانون أن تكون موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة ضبط المحكمة من طرف الخصم أو من محاميه، دون إغفال البيانات المنصوص عليها في المادة 15 قانون الإجراءات المدنية

[1] محمد براهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 140

[2] حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، مرجع سابق، ص12

والإدارية، بعد إيداع العريضة بأمانة الضبط، يقوم أمين الضبط بقيدها في سجل خاص، ولا يقيدها هذا الأخير إلا بعد دفع الرسوم، إذ يحدد تاريخ تسجيلها ورقمها وتاريخ الجلسة وبعدها يسلم النسخة أو النسخ للمدعي قصد تبليغها للخصوم[1].

2-رفع الدعوى بموجب أمر على عريضة

هي قرارات مؤقتة تصدر بدون خصومة في الحالات التي يصبح فيها إصدار الأمر بدون دعوة الخصم وسماعه، وهي حالات معينة في القانون، أو حالات يرى القضاء إصدار الأوامر فيها لحماية مصالح الأفراد عند تحقق ظروف استثنائية تستدعي اتخاذ الأمر بالعجلة القصوى، التي لا تأتلف مع ما تستغرقه من وقت إجراءات الخصومة العادية، أو حتى إجراءات الخصوم أمام قاضي الأمور المستعجلة [2].

الفرع الثالث: مظاهر تدخل القضاء الإستعجالي لحماية المحضون

أثناء سير دعوى الطلاق، تكون الرابطة الزوجية لازالت قائمة مؤقتا، وهذا ما يستدعي اتخاذ بعض الإجراءات من طرف القاضي، هذه الإجراءات قد يتم الأمر بها من القاضي الذي رفعت أمامه دعوى الطلاق، ويكون ذلك في أي وقت، أثناء سير الدعوى[3].

فيتولى قاضي شؤون الأسرة اتخاذ الإجراءات الاستعجالية فيما يتعلق بالحضانة والنفقة والزيارة باعتبارها من المسائل الحياتية وذلك لتأمين الاستقرار العاطفي والمادي للمحضون قبل صدور حكم الطلاق.

أولا: الحضانة المؤقتة

تعد الحضانة المؤقتة ضرورة استعجالية تقتضي السرعة للحماية الوقتية لرعاية المحضون باعتبارها من أهم الآثار التي تترتب عن فك الرابطة الزوجية وبالنظر إلى أهميتها الاجتماعية، أجاز المشرع لأحد أطراف دعوى الطلاق تقديم طلب إسناد الحضانة مؤقتا وعلى قاضي الاستعجال أن يُصدر أمرا استعجاليا بإسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها وذلك حسبما تقتضيه مصلحة الصغير المحضون[4]، ويظهر هذا في حال رفع دعوى طلاق

[1] محمد براهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 112

[2] عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان 2010م، ص49

[3] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، مرجع سابق، ص118

[4] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص174

من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، من أجل فك الرابطة الزوجية التي تكون الحضانة محل تنازع بين الزوجين وبتالي فإن الفصل في هذا التنازع يكون بتقديم أحد الزوجين بالدعوى استعجالية أمام قاضي الأحوال الشخصية الذي يعود له الاختصاص من أجل الفصل على وجه الاستعجال في إسناد الحضانة لمستحقيها لغاية الفصل في موضوع الدعوى الطلاق، مما يستوجب لكل من له مصلحة في الحضانة اللجوء إلى القضاء الإستعجالي من أجل اتخاذ تدابير مستعجلة عن طريق استصدار أمر استعجالي، لإسناد الحضانة مؤقتا إلى من يراه أهلا لها في انتظار حسم موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع، وفقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة، ولابد على المدعي من إثبات أنه من بين الأشخاص الذين يخول لهم القانون التمتع بصفة الحاضن، بالإضافة لإثبات وجود أبناء قصر محل الحضانة.

وبتالي فان قاضي الأمور المستعجلة يمكنه إصدار أمر استعجالي بإسناد مؤقت لحق الحضانة إلى الأم وإلى الأب والى غيرهما وفوق ما تقتضيه مصلحة المحضون، لأن الحضانة مسألة جوهرية ودعواها لا تحتمل التأخير، كما أن موضوعها يمس بأصل الحق وتهدف إلى حماية المحضون[1]، وبعد انتفاء الخصومة القضائية المرفوعة أمام المحكمة الموضوع لصدور حكم الطلاق، والبت في مسالة الحضانة النهائية يسقط ذلك التدبير التحفظي الوقتي ويكون مستحق الحضانة هو الشخص الذي خوله الحكم ذلك ولو كان غير الشخص الذي اسند إليه حق الحضانة مسبقا[2] .

فدعوى إسناد الحضانة المؤقتة من بين الدعاوى الاستعجالية التي يعتبر فيها ظرف الاستعجال من أهم مميزاتها، فكل شخص ما توافرت فيه الشروط القانونية من صفة ومصلحة له أن يرفع الطلب الإستعجالي أمام الجهة القضائية المختصة الواقع في دائرة اختصاصها الأشكال أو التدبير المطلوب، لأن حق ممارسة الحضانة يختص به مبدئيا قاضي الموضوع وهذا قبل النطق بالطلاق أو توابعه أو حتى بعد الطلاق فقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل حل القاضي لحمايتهم[3]، وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما تدخل في

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص327

[2] أحمد شامي، مرجع سابق، ص272

[3] محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، ج2، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006م، ص122

التعديل الأخير لقانون الأسرة لتنظيم مسألة الحضانة مؤقتا أثناء سير خصومة الطلاق وجنب المحضون معاناة التشاحن بين الزوجين من أجل الظفر به، دون مراعاة لمصلحته التي تقتضي الاستقرار النفسي لاسيما وأن المحضون يستشعر غياب احد الطرفين مما يؤثر عليه سلبا، ولجوء المشرع إلى القضاء الإستعجالي يفيد أن المستفيد من الأمر لا يؤثر في تنفيذه حصول الاستئناف من الطرف الأخر كون أن الإستئناف الأوامر الاستعجالية لا يؤثر على تنفيذها ولا تجوز المعارضة فيها وإنها لا تمس أصل الحق[1].

ثانيا: النفقة المؤقتة

الحق في النفقة من أهم الحقوق التي تثبت للطفل، وذلك لأهميته في ضمان المعيشة الملائمة للطفل، إذ تعد النفقة من آثار عقد الزواج شرعًا وقانونًا، وتظهر جليا أهمية النفقة في حالة انحلال عقد الزواج، بحيث يجب النفقة الزوج اتجاه زوجته وأولاده[2]، وينظر الحق في النفقة من جانبين فهو حق يثبت للطفل من جهة، كما أنه التزام يقع على عاتق الأب من جهة أخرى، ولذلك أولاها المشرع بمظاهر الحماية ولعل أبرز مظاهر الحماية الصبغة الاستعجالية من خلال البت على وجه الاستعجال في القضايا المرتبطة بالنفقة فيتعين على المحكمة أثناء دعوى الطلاق أن تفصل في النفقة المؤقتة، والاستعجال يظهر في قضايا النفقة كلما ثبت من ظاهر المستندات أو حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد أخر للرزق ولا يستطيع الانتظار[3]، فيتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومبررات الطلب، يستطيع أن يصدر أمرا استعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لها ولأولادها، تستمر الغاية صدور الحكم في موضوع دعوى الطلاق[4].

ويكون قاضي الأمور المستعجلة مختصا بالنظر في النفقة الوقتية متى توافر في الدعوى شرطا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، الاستعجال في هذه الحالة يقتضي قيام حاجة المدعي الملحة إلى هذه المبالغ بانعدام مورد آخر للرزق، أما عدم المساس بأصل

---

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص283

[2] نسرين شريفي، كمال فرورة، مرجع سابق، ص117

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/01/19، في الملف رقم(423033)، المجلة القضائية2005، العدد الأول، ص75 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص257

[4] أحمد شامي، مرجع سابق، 275

الحق فيقتضي أن تكون النفقة وقتية لا دائمة وأن يكون حق المدعي والسبب الذي يبني عليه طلب غير متنازع فيه جديا، فتطلب الزوجة صراحة من القاضي في الدعوى فرض نفقة مؤقتة لها ولصغيرها إلى حين الفصل في دعوى النفقة بحكم واجب النفاذ[1]، فيحكم القاضي بالنفقة لطالبها في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع دعوى النفقة المؤقتة تفي بحاجته الضرورية بحكم غير مسبب وواجب النفاذ فورا إلى حين الحكم النهائي بالنفقة[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2015/01/19الخاص بالنفقة المؤقتة بقولها " قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع.

وأيضا قرار أخر للمحكمة العليا جاء فيه "إن المطالبة بمراجعة النفقة الغذائية المحضونة بموجب دعوى واحدة لا يشكل إيه مخالفة للقانون، كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقا لإحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت وفي أيه مرحلة من مرا حل التقاضي وبتالي فإن الأحكام الصادرة بشأنها لا تكتسب إلا حجية مؤقتة إن الأمر الذي يجعل الوجه المثار في هذا الشأن غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء، نتيجة لذلك برفض الدعوى..." [3].

كما راعى القانون 15-01 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الطابع الإستعجالي لنفقة، من أجل حماية الزوجة وأولادها في حالة امتناع الزوج عن تنفيذ الأمر الإستعجالي الصادر ضده، حيث يتم استيفاؤها من صندوق النفقة وهذا طبقا للمادة 2 من القانون رقم 15-01 بنصها: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى طلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة "[4].

ثالثا: الزيارة المؤقتة

[1] أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، (د.ط)، دار كتب قانونية، مصر، 2004 م، ص135، 136

[2] محمد علي راتب و من آخرون، قضاء الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص474

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (554808)، بتاريخ 15 افريل 2010، مجلة القضائية، عدد 01، 2010م، ص243

[4] قانون رقم15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق 14 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية، عدد01، الصادر بتاريخ2015/01/07.

يكتسي حق الزيارة أهمية بالغة في حياة الطفل المشمول بالحضانة نظرا لمساهمته في تكوين شخصية الطفل حيث تجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسئ الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من خلافات والمناوشات الحادة والتي آلت بالأسرة للطلاق وكثيرا ما يذهب الأطفال ضحية هذه الخلافات نتيجة للتعسف الممارس من كل طرف على الأخر كتعسف الأم بمنع المحضون له من زيارة ابنه فالحماية القانونية للطفل يجب أن تبقى مستمرة ومتواصلة مادامت حاجته لهاته الحماية قائمة، من خلال اتخاذ إجراءات مستعجلة طبقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة02/05 المؤرخ 27 فيفري 2005 " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل العريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة المسكن"

فيحق للأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي ستنظر في موضوع الدعوى الطلاق، فيطلب الحكم له بحقه في الحضانة أحد أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة استعجالية، وفي هذه الحالة يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الذي يكون عادة ما يكون هو رئيس المحكمة بعد إن يتحقق من مبررات الطلب من وجود دعوى طلاق مرفوعة إمام نفس المحكمة بقصد استصدار حكم قضائي بالطلاق أن يصدر أمرا استعجاليا مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانته المؤقتة[1].

رابعا: السكن المؤقتة

إن الدعوى الاستعجالية هي دعوى مؤقتة يسعى المدعي من ورائها إلى الحصول على إجراء مؤقت، وحالة الاستعجال تحول دون المرور بالإجراءات العادية لرفع الدعوى لأنه لو تم إتباع الإجراءات العادية لأدى إلى وقوع خطر[2]، فمسألة السكن هي مسألة في غاية الأهمية خاصة أنه طوال مدة النزاع الخاص بالطلاق، يتم إلقاء الزوجة خارج البيت وهذا ما دفع المشرع من خلال المادة57 مكرر من قانون الأسرة بأن يمنح قاضي الأمور المستعجلة الحق بأن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقت المتعلق بالمسكن، فيتم الحصول على التدبير الخاص بالحق في السكن بتقديم

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزا ئري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 159

[2] ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي(دراسة مقارنة)، (د.ط)، (د.ب.ن)، 1999م، ص30

عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجة[1].

إن بقاء الزوجة بمسكن الزوجية حق من حقوقها وفي حالة تعسف الزوج وقيامه بطردها منه، ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها أو لم يكن لديها مسكن آخر وخاصة إذا كانت حاضنة، فمن هنا يوجد خطر عليها وعلى الأبناء المحضونين، وبالتالي هنا يتوفر عنصر الاستعجال[2]، حيث نصت المادة 72من قانون الأسرة في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضن في بيت الزوجية حتى تنفذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن[3] .

ولما كانت إجراءات دعوى الطلاق إجراءات مطوله حيث تتخللها إجراءات محاولة الصلح التي تأخذ وقت غير قليل فإن من الممكن إن تهجر مقر الزوجية وتحتاج إلى مسكن تأوي إليه وحدها أو مع أولادها أثناء فترة طلبها للحكم لزوجه بالطلاق أو بالتطليق، ولا سبيل إلى ذلك إلا اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر مستعجل على ذيل العريضة للحصول على مثل هذا المسكن المؤقت ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع الذي هو طلب إنهاء العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب القانونية[4].

المبحث الثاني

الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.

لقد أوكل المشرع الجزائري للسلطة القضائية مهمة التصدي لحماية الطفل المحضون من مختلف الأخطار التي قد يتعرض لها عند انحلال الرابطة الزوجية، لأن طلاق الأبوين يتناقض مع مصلحة المحضون من حيث المبدأ ذلك أن عواقبه وخيمة على المدى القريب والبعيد على مستقبل الطفل، كما أن وضع الطفل في الطلاق من بين المسائل الهامة التي يمكن أن يتم تناول مصلحة المحضون في نطاقها، من خلال القوة الإلزامية المستمدة من الحماية القانونية، فقانون الأسرة يكفل الحماية المدنية لحق الحضانة، ذلك بتخويل صاحب الصفة مباشرة مجموعة من الدعاوى، على الرغم من أن السلطة القضائية هي السلطة المختصة بحماية الطفل المحضون، لكنها لا يمكن أن

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، 285

[2] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص379

[3] لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص241

[4] أحمد شامي، مرجع سابق، 284

تتدخل من تلقاء نفسها لممارسة حقها في الحماية، أين أسند لها المشرع مجموعة من الوسائل لتكريس الحماية اللازمة للطفل المحضون، لأجل ذلك قام المشرع بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته، وأهم منفذ وضعه هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون لضمان حقوقه والتكفل به وهي قاعدة أصلية التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

فكثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، ويشتد الخصام حولها في من هو أحق بها، غير أن اللجوء إلى القضاء يضع حدا لذلك، برفع دعوى أمام القاضي الذي يفصل فيها بناء على النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، فصاحب دعوى الحضانة يكون إما مطالبا بها لنفسه أو لتمديدها أو لإسقاطها عن غيره، ونظرا لارتباط مسائل مراعاة مصلحة المحضون بالجانب التشريعي وبالجانب التطبيقي، سواء عند إسناد الحضانة أو تمديدها أو عند إسقاطها، خصصنا دراسة هذه المسائل مدعِّمَة بالمواد القانونية بالاجتهادات القضائية التي تفسر نصوص القانون وتتولى تطبيقه، باعتبار القضاء أوسع ميدان لبيان هذه القضايا وتطبيقاتها وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة.

المطلب الأول

دعـــوى إســـناد الحضانة

إن الدعاوى القضائية المتعلقة بالحضانة كغيرها من الدعاوى فإنها تخضع لشروط والإجراءات من حيث رفع الدعوى واختصاص المحكمة للفصل فيها، أما من حيث الموضوع فإن الدعاوى المتعلقة بالحضانة تختلف من دعوى لأخرى باختلاف موضوع الطلب القضائي، وقد فصل القانون رقم 09/08المؤرخ في2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ولإدارية في شروط رفع الدعوى وإجراءاتها واختصاص المحاكم للفصل في القضايا المطروحة أمامها نوعيا وإقليميا.

فموضوع الطلب القضائي المتعلق بالحضانة هو في الأصل مرتبط لدعوى أصلية أو طلب أصلي موضوعه فك الرابطة الزوجية، بحيث يكون موضوع الدعوى يتعلق بفك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك عن طريق الإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع أو التطليق وقد يكون عن طريق اتفاق وتراضي بين الطرفين وهو ما يعرف بالطلاق بالتراضي، أي تكون دعوى تبعية لدعوى الطلاق، قد تثار بطريقة شفاهية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعة ويفصل

فيها القاضي عند الفصل في دعوى الطلاق بحكم واحد[1]، ويتعين على القاضي المكلف بشؤون الأسرة الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية المعروضة عليه والإجابة على كل الطلبات المقدمة من طرف أطراف القضية، وذلك بعد النظر في الجانب الشكلي للدعوى، كما يكون ملزما بإجراء الصلح لكونه وجوبي طبقا لمقتضيات المادة 439 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأنه في حالة عدم التوصل إلى صلح يحرر محضر بذلك، وبعد اكتفاء الطرفين يعلن عن إدخال القضية للنظر والفصل فيها طبقا للقانون، وقد تكون دعوى الحضانة أصلية يرفعها أحد الزوجين أو غيرهما ممن له الحق في الحضانة لوحدها أمام الجهة القضائية المختصة[2] أو في شكل طلبات فرعية ناتجة عن دعوى أصلية موضوعها فك الرابطة الزوجية، وهنا يتعين على المحكمة الفصل في هذه الطلبات كأن يقدم أحد الأطراف طلب بإسناد حضانة الأبناء إليه، كما يمكن أن تكون الدعاوى المتعلقة بالحضانة في شكل دعاوى أصلية و هي الدعوى التي يطالب بها صاحب الحق في حضانة الصغير أو الصغيرة بتسليمه له ممن تحت يده[3]، وذلك في حالة ما إذا كان الطلب الأصلي يتعلق بفك الرابطة الزوجية فقط، لأنه لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات، وبالتالي فهو لا يقضي بما لم يطلبه منه الخصوم استنادا للمادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول

الأسس الإجـرائيـة

إن الهدف من لجوء أي شخص للقضاء هو الفصل في نزاع قائم بينه وبين غيره حول حق يزعم أنه هو صاحبه فيشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 13 منه توافر الصفة والمصلحة في كلا من المدعي والمدعي عليه كما تعتبر الصفة والمصلحة من النظام العام حيث يثيرهما القاضي تلقائيا في حالة انعدامهما في أحد طرفي الدعوى.

فالمصلحة هي مناط الدعوى وهي الأساس في قيام الحق في الدعوى وهي الفائدة المشروعة من رفع الدعوى فلا دعوى بغير مصلحة، ويشترط في المصلحة أن تكون قانونية وأن تكون قائمة أو محتملة فعلى الحاضنة أن تكون لها مصلحة في النزاع أي أن هناك فائدة عملية

[1] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 366

[2] نفس المرجع، ص 366، 367

[3] حاتم صبحي الأرناؤوطي، مرجع سابق، ص391

مشروعة من دعواها حيث أنه لا دعوى حيث لا مصلحة[1]، أما الصفة فهي العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى بموضوع النزاع[2].

أما بالنسبة للاختصاص فيمكن أن نفرق بين الاختصاص النوعي والإقليمي ففيما يتعلق بالاختصاص النوعي فإنه يؤول الاختصاص للحكم في دعاوى الحضانة إلى قسم شؤون الأسرة تطبيقا لأحكام المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه" ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية: وذكرت منها دعاوى الحضانة والنفقة وحق الزيارة كما يتعين على القاضي المكلف بشؤون الأسرة أن يتكفل على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر[3].

أما بالنسبة لمسألة الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة فيتحدد تبعا لطبيعة كل نزاع تطبيقا للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يؤول الاختصاص في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، كما ينعقد الاختصاص في موضوع النفقة الغذائية للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، وفي موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية، هذا يعني أنه إذا وقع طلاق بين الزوجين وحكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم أو خالتهم أو أبيهم أو غيرهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق لسبب من الأسباب ثم قام خصام بين الحاضنة أو بين الحاضن وبين شخص آخر ممن لهم حق الحضانة شرعا ينازع في الحضانة ويطلب إسقاطها على غيره وإسنادها إليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى إسقاط الحضانة على الغير وإسنادها إلى المدعى هي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا[4].

و يتم اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة، إما في حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، أو في حالة الوفاة أو الفقدان.

- **حالات الطلاق وما في حكمه:** ينظر القاضي في دعوى الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج أو في حالة الطلاق بالتراضي أو في حالة التطليق الذي تطالب به الزوجة

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 451

[2] ادريس فاضلي، مرجع سابق، ص6

[3] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص14

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص326

حسب إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة 53 من قانون الأسرة، أو في حالة الخلع حسب ما نصت عليه المادة 54 من نفس القانون، فالقاضي في جميع الأحوال يراعي مصلحة المحضون، فدعوى الحضانة تكون دعوى تبعية[1]، فالحكم الصادر في دعوى الطلاق هو حكم قطعي حسم النزاع في شق من موضوعه والمتعلق بحل الرابطة الزوجية، أي الطلاق، وأما الشق المنصب على المسائل المادية من نفقة ومسكن وحضانة وحق الزيارة فهو حكم ابتدائي قابل للطعن بالطرق العادية[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:"متى كان مقررا قانونا، أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية، فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين، خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات، ومتى كان كذلك استجوب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة[3].

فمتى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا، يكون القاضي ملزما بالفصل في أمر حضانة الأولاد، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته: "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، بأن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة وهو من اختصاص قاضي الطلاق حسب المادة 467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

– **حالة الوفاة أو الفقدان:** في هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، فمتى توفرت شروطها يكون من حق أي شخص آخر أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب إسناد الحضانة له سواء كان أحد الزوجين أو غيرهما، فعليه أن يقدم تصريحا شفهيا أو عريضة كتابية موقعة منه أو من محاميه إلى رئيس كتابة الضبط، يوضح فيها الأسباب أو المبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة بعد وفاة الحاضنة الأولى أو إسقاطها عنه مرفوقا بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن أن تساعد وتدعم طلبه[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص366

[2] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص119

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/11/26، في ملف رقم(79858)، المجلة القضائية 1993العدد 03، ص 86 نقلا عن :سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا –مسرد ألفبائي للكلمات الدالة) ، ج2 ، مرجع سابق، ص 696

[4] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص372

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص367

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ2009/09/16 بأنه" تطبق المادة 64 من قانون الأسرة ،في صياغتها الجديدة(لأمر 02/05) على حالة الطلاق والوفاة "[1]

الفرع الثاني

الأسس الموضوعيـــــة

يعد الطلاق أحد المواضيع الأسرية الهامة ومن بين المسائل التطبيقية التي حضيت بعناية الشرع والقانون سواء على ضوء التشريع أو من خلال أحكام وقرارات القضاء، باعتباره من بين التهديدات التي تترصد الأبناء وتأثر عليهم ذلك أن عواقبه وخيمة على مستقبلهم، من خلال اتخاذ قرارات قضائية تراعي مصلحة الطفل المحضون وإعطائها الاعتبار الأول عند إسناد الحضانة فلا تسند مهمة الحضانة لأي شخص مهما كان قريبا من المحضون، ما لم يكن حريصا على مراعاة مصلحته، ومن أجل لا بد من أن يتحقق فيه أمران، الأول استيفاؤه لشروط استحقاق الحضانة وأن لا يوجد من هو أولى منه بها، وهذا تكريسا لمسؤولية الأسرة بالدرجة الأولى في رعاية أبنائها وحرصها على رعاية مصالحهم، ومسؤولية الدولة لحماية الطفل بتقديم ضمانات كفيلة لحمايته في حالة وجود خلاف من شأنه يمس بمصلحة المحضون أو تعسف الوالدين وإلحاق الضرر به.

أولا: شروط ممارسة الحضانة

إن تحديد بعض الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، يعد من أهم آليات حماية الطفل المحضون بهدف ضمان مصلحته، وعلى هذا الأساس اكتفى المشرع الجزائري في المادة 02/62 من قانون الأسرة بالقول أنه: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وهو قول كما يبدو عام ومبهم لا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح[2]، غير أن الفقهاء اشترطوا توافر شروطا لابد من توافرها في الرجال والنساء حتى يكونوا مؤهلين لممارسة الحضانة بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال وشروط تختص بها الحاضنة من النساء

1-الشروط العامة لممارسة الحضانة:

- **أن يكون الحاضن عاقلا بالغا:** فلا حضانة لمجنون أو معتوه، ذلك أن تصرفات المجنون والمعتوه وكذلك السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه[3]. كما يجب أن

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2009/09/16 في الملف رقم(511644) مجلة المحكمة العليا 2010، العدد1، ص 228. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق ص 1485

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 140

[3] عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما، ط1، دار النهضة، القاهرة، 2009 م، ص209

يكون الحاضن بالغا، لأن الحضانة ولاية، ولقد اشترط القانون هذا الشرط، لأنه من شروط الأهلية لأن الصغير غير البالغ لا يحسن القيام بشؤونه، وبالتالي لا يوكل إليه القيام بشؤون غيره[1].

- **الأمانة:** وهي أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون، فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا الشرط يتعين مراعاته، ومؤدى ذلك أنه لا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع أخلاق المحضون[2].

- **القدرة على التربية:** فلا حضانة لمن عجز على القيام بها لكبر في السن أو مرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا خلقيا واجتماعيا[3].

- **الإسلام:** هو شرط لممارسة الحضانة عند الشافعية أو الحنابلة، إذ لا حضانة لكافر على مسلم ولا ولاية عليه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة لأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين[4]، إذ يعتبر الحنفية[5] أن اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس بشرط إلا في حالتين ينزع الطفل من يد أمه الحاضنة الغير مسلمة إذا خيف على الطفل إفساد دينه:

الحالة الأولى: إذا كان الطفل مميزا يعقل الأديان ويفهمها، ويخشى من تأثره بدينها.

الحالة الثانية: إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز، وثبت أنها تحاول تعليمه دينها مما يجعلها غير أمينة عليه [6].

أما المشرع الجزائري فساير المذهب المالكي في المادة 62 من قانون الأسرة بنصه على عبارة "القيام بتربيته على دين أبيه"[7]، فما دام زواج المسلمة بغير المسلم ممنوعا شرعا وقانونا، ويجوز للزوج أن يتزوج غير المسلمة، فإنه يجب على هذه الأخيرة أن تربي الأبناء في حالة وجودهم على دين أبيهم وهو الإسلام.

---

[1] بدارن أبو العينين بدارن، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص550

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 152

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص58

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي أودلته، مرجع سابق، ص727

[5] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص196

[6] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 408

[7] باديس ديابي، مرجع سابق، ص134

2- الشروط الخاصة بالنساء

هي شروط تلتزم بها الحاضنة مدة ممارسة الحضانة، وهذه القيود أو الالتزامات هي البقاء وفق وضعية قانونية تتماشى ومصلحة المحضون وإلا سقط حقها في الحضانة[1]و يشترط:

- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم[2].
- أن تكون غير مرتدة[3].
- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال والخالة لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى[4].
- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه مما يحول دون تحقيق مصلحة المحضون[5].
- عدم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي
- ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانا والأب معسرا : نص الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر[6].

3-الشروط الخاصة بالرجال

- أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى[7].
- أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، وهذا شرط عند المالكية[8].

---

[1] لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص111

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 727

[3] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 196

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 729

[5] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 196

[6] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص603

[7] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص729

[8] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 360

– أن يكون متحدا مع المحضون في الدين، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث في اختلاف الدين، ويفهم من خلال هذا أنه إذا كان الصغير مسلم وكان ذوي الرحم المحرم له غير مسلم فلا تسند إليه حضانته إلّا إذا كان مسلما لأنه لا توارث بينهما[1].

– تدعيما لمصلحة الطفل وخاصة الجانب الخلقي، فإن القضاء الجزائري وتطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية، أعطى الأهمية القصوى لمبادئ الحاضن ومدى تحمله المسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوفر فيه، لاسيما الخلقية، ضمانا لمصلحة الطفل وتربية سوية[2]، وهذا ثابت من خلال اجتهادات المحكمة العليا حيث يستشف منها أن شروط أهلية الحاضن لا بد فيها من مراعاة ما يلي:

– التزام القاضي عند إسناده للحضانة بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث إن قانون الأسرة لم يبين شروط أهلية الحاضن، فإنه يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 منه، ومن ثَم جاء قرار المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة لمن لا يقدر على حفظ المحضون يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، وخطأ في تطبيق القانون، وبناء عليه نُقِّضَ القرار القاضي بإسناد الحضانة إلى الجدة مع كونها فاقدةً للبصر، لأنها عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء[3] .

– الأصل ثبوت الأهلية للحاضنة، وانعدامها لا يثبت إلا بدليل قطعي، ولهذا قررت المحكمة العليا أن محضر مصالح الأمن لا يعتبر دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة بل هي مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها، وإن مسألة مهمة مثل الحضانة تستلزم الإثبات بشهادة الشهود، كما أن مراعاة مصلحة المحضون تقتضي الاستعانة بمرشدة اجتماعية، قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الطفل[4] وفي قضية أخرى نقضت المحكمة العليا الحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم بدعوى مرضها العقلي، لأن الشهادة الطبية المقدمة ضد الأم لم تصدر عن طبيب مختص[5].

---

[1] ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص26.

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 123

[3] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1984/07/09، في الملف رقم(33921)، نقلا عن :نبيل صقر، عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 149

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، في الملف رقم(245123)، المجلة القضائية 2004، العدد1، ص247 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1224

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/02/13، رقم (282153)، المجلة القضائية، 2004 العدد الأول، ص 275، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق ص1238

– مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وذلك ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة67 من قانون الأسرة الجزائري، وبناء على ذلك قرر المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة إلى الأم مع ثبوت فساد أخلاقها يعد خرقاً للقانون، لأن من شروط الحاضن أن يكون أمينا، لضمان سهره على رعاية المحضون صحةً وخلقاً[1]، وفي قضية أخرى أيدت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس بإسناد الحضانة إلى الأم رغم أنها أُدِينَت بارتكاب جريمة الزنا بموجب قرار جزائي نهائي، مُعَلِلَةً قرارها بأن الفقرة الأخيرة من المادة 67 من قانون الأسرة تنص على وجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها عند والدتها، لأنها لا تزال طفلة صغيرة لم تستغنِ بعدُ عن خدمة النساء[2].

– المبدأ العام هو أن عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة، ولكن استثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن المرأة العاملة إذا كان في عملها ما يخل بمصلحة المحضون[3] فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 67 ما يلي: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

– إذا توفرت الشروط العامة التي يجب توفرها في النساء والرجال وكذلك الشروط الخاصة لكل من الحاضنين من أجل تربية وحماية مصلحة المحضون ورعايته، فإنها تثبت للحاضن الحق في حضانة الطفل، لكن إذا اختل شرط من الشروط أو انعدم سقط حقه في الحضانة وينتقل إلى من هو أحق منه.

– ينبغي على القاضي عند إسناده للحضانة، الالتزام بتحقيق مصلحة الطفل المحضون، من خلال الشروط التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية لتحقيق الأهداف المتوخاة من الحضانة والمتمثلة أساسا في التربية والرعاية والحماية الصحية والخلقية للمحضون، والتي تمثل ضمانات لتحقيق وتكريس حقوق المحضون.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،، قرار بتاريخ 1989/05/22، رقم (53578)مجلة قضائية، 1991، العدد الرابع، ص99، نقلا : عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص 519

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2010/07/15، في الملف رقم(564787)، المجلة القضائية 2010، العدد2، ص262، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1505

[3] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 458

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة

يتساوى النساء والرجال في أهليتهم للحضانة مع الاختلاف في أولوية الترتيب فمن المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهم على بعض بحسب المحضون فجعلوا الإناث أولى بالحضانة من الرجال، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال ثم العصبات ثم المحارم واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة[1].

أما المشرع فنص في المادة 64 قانون الأسرة، على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة يتضح أن الحضانة تثبت للنساء أصلا لكونهن أقدر وأرفق وأعطف على المحضون، كما أنهن أصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به، ومن خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة فإن الحق في الحضانة رتب كما يلي:

1- الأم : لأنها أشفق على ولدها من غيرها، ولقول الرسول صل الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي."

2- الأب :رتب الأب بعد الأم مباشرة، وعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء.

3-الجدة لأم: وهي أم الأم، والتي يكون لها حضانة الطفل مباشرة بعد الأم وذلك في حالة سقوط الحضانة عن الأم لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة كوفاتها، أو زواجها بأجنبي[2].

4- الجدة لأب :وتأتي بعد الجدة لأم وفقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة لأن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، وحق الحضانة يعود في الأصل للأم فالمنتسبة لها تكون أولى من المنتسبة للأب.

5- الخالة:إن شفقة الخالة على الطفل من شفقة أمه، هذا ما اتُفق عليه في الأثر، والخالة بعموم اللفظ سواء كانت شقيقة للأم، أو كانت أختها من أبيها أو أمها[3].

6- العمة :وهي شقيقة الأب، سواء كانت أخته من أبيه أو أمه.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 357

[2] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 394

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 144

7- الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون :لم يُعرف المشرع الأقربون درجة ومن هم أثناء ترتيبه للحاضنين[1]، لكنه عند عدم وجود نص الرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية.

والملاحظ أن الترتيب المنصوص عليه غير إلزامي، أي أن القاضي يراعي مصلحة المحضون عند وجود مانع يسقط حق الشخص الأول في الحضانة ويعطيه إلى شخص آخر يليه[2] كما له أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى طالبته وليس للترتيب المذكور في القانون فقط، ولكن وقبل ذلك إلى مصلحة الطفل المحضون أي أن القاضي يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن يرى أن مصلحة الطفل تتوفر لديه[3]، فمصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[4] وهذا ما تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2011/03/10 "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى التقرير الاجتماعي المعد من مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح تنفيذا للقرار الصادر عن المجلس بتاريخ2007/12/18 يتبين أن البنت تعيش مع جدتها[5]."

المطلب الثاني

دعـــوى تمديد الحضانة

لا شك أن الولد الصغير محتاج لمن يعتني به ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه وذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه والشارع قد أناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 144

[2] غنية قري، مرجع سابق، ص 150

[3] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 293

[4] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 310

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2011/03/10، في الملف رقم (613469) المجلة المحكمة العليا، 2012، العدد1 ، ص 285. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق ص 1592

وماله وتلك هي الحكمة من الحضانة[1]، وحق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة[2]، غير أنه إذا رغب الحاضن في الاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق قضائيا وذلك باللجوء للقضاء لاستصدار حكم بتمديد الحضانة إذا كان يحقق مصلحة المحضون، فلا بد من مراعاة مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة لأنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وذلك من خلال دور القاضي الذي يجب عليه التحقق عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط تمديدها ويحقق الأهداف المرجوة منها، ولهذا لا بد أن نتطرق إلى ضوابط تمديد الحضانة لمعرفة الشروط الواجب توفرها في الحاضن المكلف بالرعاية والاهتمام بالطفل المحضون.

الفرع الأول

الأسس الإجـرائيـــة

إذا وقع طلاق بين الزوجين وحكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق ثم انقضت مدة الحضانة المقررة قانونا فللأم الحق اللجوء للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا[3].

فيؤول الاختصاص النوعي في حكم دعاوى الحضانة إلى قسم شؤون الأسرة وهذا طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الاختصاص الإقليمي فحسب المادة 4/426 فإنه" تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة" ومنه فالمحكمة المختصة بالفصل في دعوى تمديد الحضانة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

و دعوى تمديد الحضانة كغيرها من الدعاوى يشترط لقبولها توفر شروط وهي الصفة والمصلحة، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى وهو تمديد الحضانة ولا تصدر فيه حكما بالتمديد أو الرفض، وإنما تحكم بعدم قبولها، فشرط الصفة في دعوى تمديد الحضانة هو أن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها[4]، وألا تكون متزوجة

[1] نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 206

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 383

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 326

[4] نورة منصوري، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، . الجزائر، 2012، ص96

ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون[1]، وهذا بحسب نص المادة 65 من قانون الأسرة وهذا من شأنه استبعاد حالات متشابهة لمجرد كون الحاضنة شخص آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون[2]، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ1995/10/24 أنه" تأييد الحكم القاضي بالطلاق والحضانة للأم – طعن بالنقض– لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب – رفض الطعن إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة65 من قانون الأسرة"[3]، كما لا يجوز نزع المحضون من الحاضنة ما لم يثبت ما يسقط الحضانة عنها، وبهذا قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 23 جوان1971 " من المقرر شرعا أن إسقاط حضانة الولدين عن الأم وصرفها إلى الأب لمجرد كونهما في سن التعليم دون إظهار تسبيب خاص ما إذا كان تعذر عليهما ماديا أو أدبيا مواصلة تعليمهما وهما في أحضان الأم، فهم لهذا لم يعطوا لقرارهم أساسا شرعيا وخالفوا قواعد الفقه مما يترتب عنه نقض القرار"[4]

وبتتبع القضايا المعروضة أمام قاضي شؤون الأسرة والتي يكون موضوع النزاع هو حضانة الصغار يتبين أن المصلحة تقتضي العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان[5] ومن أجل هذا ارتأى المشرع الجزائري تمديد حضانة الذكر متى تبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية، فللأم اللجوء للقضاء والمطالبة باستصدار حكم بتمديد الحضانة متى توفرت الشروط القانونية طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، وطبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه[6].

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 385

[2] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م، ص 120

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1995/10/24، في الملف رقم(123889)، نشرة القضاة1997، العدد52، ص111. نقلا عن:فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 64

[4] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1971/06/23 رقم القرار(غير موجود)، نشرة القضاة 1972 العدد 2 ص 88 . نقلا عن:جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 122

[5] محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج و الفرقة، ط1، دار التقوى، (د.ب.ن)، 1421هـ/2001م ص531.

[6] إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص9

الفرع الثاني

الأسس المـوضوعية

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة[1]، لأنه من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغنٍ عن خدمات الحاضن، وكذا من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر[2]، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا[3]، ولتباين التكوين النفسي والعقلي لكل واحد منهما، هذان الاعتباران بني عليهما المشرع الجزائري مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي ب 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة [4].

أولا: الموقف الفقهي حول مدة الحضانة:

المقصود بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها أي من وقت ولادته حيا[5]، هذا باتفاق الفقهاء أما نهايتها فبعض المذاهب تقف بها عند التمييز وبعضها يمتد بها لأكثر من ذلك[6] على النحو الآتي:

1- **المذهب الحنفي** : لقد حدد الأحناف السن حضانة الذكر بسبع سنوات أو تسع سنين فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنته لا ينزعه منها أحد[7]، إلى غاية أن يمكنه أن يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويتوضأ وحده، وأما الأنثى فتنقضي حضانتها بالبلوغ وعللوا التفريق بين الذكر والأنثى رغم مخالفته للقياس بأن الأنثى وإن استغنت عن التربية إلا أنها بحاجة إلى تعلم تدبير البيت، والأم على ذلك أقدر وأكفأ[8].

---

[1] شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 781

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 51

[3] شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 783

[4] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 51

[5] محمد سمارة، مرجع سابق، ص 397

[6] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 157

[7] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص568

[8] شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، مرجع سابق، ص 207

2- **المذهب المالكية:** مدة حضانة الغلام عند المالكية من ولادته إلى أن يبلغ أما حضانة الأنثى فتستمر إلى النكاح ويدخل بها الزوج بالفعل[1].

3- **المذهب الشافعية** : يرون أن أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية بلوغه سن التمييز وهو سبع سنوات[2].

4- **المذهب الحنابلة:** أن الغلام إذا بلغ سبع سنين خير بين أبويه، ويكون مع من اختار منهما وإذا بلغت البنت سبع سنين، فالأب أحق بحضانتها[3].

ثانيا: الموقف القانوني حول مدة الحضانة:

لقد نصت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فالقانون حدد مدة الحضانة القصوى في المادة 65 منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة (10) بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو (16) سنة طبقا للمادة42 من القانون المدني[4]، ومعنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة، وتبلغ الفتاة سن التاسعة عشرة من عمرها لم يعد للأب ولا للأم الحق في التنازع على حضانة أي واحد منهما[5]، وما ورد في هذه المادة هو الأقرب للمذهب المالكي الذي حدد إنهاء سن الحضانة للذكر بالبلوغ، ولا شك أن في إعطاء سلطة التقدير للقاضي في تمديد سن الحضانة إلى16 سنة يتماشى مع شرط البلوغ الذي قال به المالكية، إذ أن سن البلوغ يختلف من منطقة لأخرى بسبب الحرارة والبرودة، فتكون الفترة الممتدة بين 10 و16 سنة فترة للبلوغ، وذلك بحسب تغير المناخ، أما بالنسبة للأنثى فقد حدد انتهاء سن الحضانة لها ببلوغها سن الزواج، بينما نجد المذهب المالكي لم يكتف بذلك بل اشترط أن يتم الدخول[6]، ومدة الحضانة هي 19 سنة بالنسبة إلى المحضون الأنثى باعتبار أن هذا السن

---

[1] التواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص870

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 569

[3] موفق الدين عبد الله بن أحمدبن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد ابن قدامة، المغني، ج 8، مرجع سابق ص192

[4] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 96

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 298

[6] نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 213

هو سن الزواج حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة، وعليه فإذا كانت مصلحة المحضون الذكر تتطلب تمديد مدة الحضانة فإنه يجوز طلب تمديدها، ويجوز للقاضي المكلف بدعاوى شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة أن يحكم بتمديد مدة حضانة الولد الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره، وذلك إذا توفر شرط كون الحاضنة طالبة التمديد هي نفسها أم المحضون، وشرط ألا تكون متزوجة ثانية وشرطٌ أن يراعي في التمديد مصلحة المحضون[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في2006/01/04 حيث قضى بأنه" تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها[2].

ونظرا لأن متغيرات الواقع الآن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة فليس مناط تمديد مدة الحضانة هو قدرته على القيام بخدمة نفسه إنما الطفل في 10 العاشرة من عمره مازال في مرحلة الابتدائي، ولا يتصور نزع الابن أو الابنة من حضانة الأم، ومن محيطه الدراسي والاجتماعي ونقله إلى مجتمع آخر بدون أن يؤثر هذا تأثيرا سلبيا على استمراره في العملية التعليمية باستقرار يؤدي إلى النجاح وبدون أضرار نفسية من هذا التحول وهو في هذه السن الصغيرة[3]، كما توجد حالات غير عادية يكون المحضون فيها في حاجة إلى خدمة النساء كمرض الصغير وعدم إدراكه لأموره، كأن لا يستطيع القيام بشؤونه الخاصة من تنظيف جسمه وارتداء ملابسه والمحافظة على فراشه ليلا كما هو الحال بالنسبة للمعتوه، أو أن يكون والد الصغير متزوجا بغير أمه، وكانت الحاضنة أما متفرغة لخدمة الصغير والقيام بشؤونه أو كان الأب فاسدا غير مأمون على ابنه ولم يكن هناك عاصب آخر يكون في مصلحته ضم المحضون إليه[4]، وبهذا قضى المجلس الأعلى1987/07/03 بقوله" حيث أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنا وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط"[5]، وينتهي حق الحضانة بالنسبة للمرأة الحاضنة عند بلوغ المحضون أقصى سن للحضانة ويلحق الصغير بوالده أو من يملك حق الضم

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 178

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2006/01/04في الملف رقم(347914). نقلا عن: نبيل صقر عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 127

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 52

[4] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 332

[5] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1989/07/03، في الملف رقم(54353)، المجلة القضائية 1992، العدد1، ص45، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق ص 565

من العصبات، والأب ملزم بأخذ الصغير لأنه ملزم بالنفقة، إضافة إلى أنه الأقدر على تأديب الولد وتعليمه والسهر على حمايته وحفظه وصيانته بعد تجاوزه سن الحضانة[1]، ومنه نستخلص مايلي:

– تحديد المشرع الجزائري لمدة الحضانة للذكر بعشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ومعنى ذلك أن المدة التي يمكن أن يتخاصما خلالها الحاضنون على حضانة الطفل هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره والمدة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج[2].

– يتقرر تمديد حضانة الذكر إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة بناءا عن الدعوى التي تقيمها الأم ما لم تكن متزوجة مرة ثانية بطلب إبقاء المحضون في حضانتها لوجود مصلحة المحضون في ذلك، ولهذا يجب ترك أمر سن انتهاء الحضانة أو تحديدها لتقدير القاضي ولكن دون أن تقل عن السن المحددة قانونا، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعف[3].

– أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون[4] ، إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن العاشرة، ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل منها فمصلحة المحضون يجب أن يقررها القاضي على هذا الأساس[5].

– إذا رغب الحاضن بالاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق طبقا لشروط معينة هي:

– أن تكون الحاضنة الأم فإن الأم وحدها لها الحق في تمديد الحضانة ولكن بعد 10 سنوات[6] وأن تكون غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون[7].

---

[1] أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، مرجع سابق، ص27، 28

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 298

[3] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 783

[4] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 150

[5] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 62.

[6] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، مرجع سابق، ص 108

[7] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 96

– يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد أجل انتهاء حضانتها[1].

– أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة، وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني.

– لقاضي الموضوع سلطة البحث عن مدى تحقق مصلحة المحضون في تمديد مدة الحضانة من خلال ظروف القضية المعروضة والشروط المطلوبة، فللقاضي سلطة تقديرية في تمديد حضانة الطفل، غير أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة[2].

– تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة طبقا لنص المادة87 من قانون الأسرة وعليه فإنه إذا أسند القاضي الحضانة للأم فإنها تصبح ولية وحاضنة في نفس الوقت فتجتمع فيها الصفتان سواء قبل سن العاشرة أو بعده[3].

المطلب الثالث

دعـــوى إسقـــاط الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه والقانون والقضاء بضرورة مراعاة مصلحة المحضون ولهذا عددوا شروط معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلا لهذه المهمة، وكذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية وخلقية وحفظ لكن إذا حدث وإن اختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

الفرع الأول

الأسس الإجـرائية

يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر بالدعاوى المتعلقة بالحضانة ومنها دعوى إسقاط الحضانة، حيث تنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة."أما الاختصاص الإقليمي فتنص المادة426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون المحكمة مختصة إقليميا :4–في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 299

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 64

[3] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، مرجع سابق، ص 108

ممارسة الحضانة"، ولهذا يجب أن ترفع دعوى إسقاط الحضانة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، عمن كانت قد أسندت إليه بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة أو عن المجلس، ويجب فقط أن تكون مسندة إلى اختلال أحد أو بعض شروط الحضانة وأن يتوفر للمدعي إثبات أحد أو بعض أسباب سقوط الحضانة المذكورة في المواد 66 وما بعدها من قانون الأسرة[1].

والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء[2] وعليه يشرط في طالب إسقاط الحضانة أن يكون ذي صفة حتى يتمكن اللجوء للقضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة، لأن شرط الصفة مستوجب توافره لقبول وصحة الدعوى وسماعها[3]، ويكون المدعي ذا صفة في المطالبة بإسقاط الحضانة إذا كان من مستحقي الحضانة والمذكورين في نص المادة64 من قانون الأسرة، ويمكن أن تثبت الصفة في بعض الحالات بأي طريق من طرق الإثبات وهو ما أثبته الواقع العملي[4].

أما الفائدة والمنفعة من رفع النزاع أمام العدالة والمطالبة بإسقاط الحضانة هو حماية مصلحة المحضون كلما كانت مصلحته في خطر نتيجة لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته[5]، فمن حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة ويطلب منها إصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من كانت قد حكمت له بها، ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره وشروط إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير[6].

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص370

[2] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص21

[3] سليمان بارش، مرجع سابق، ص9

4 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص45

[5] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1988/11/07، في الملف رقم(5027)، المجلة القضائية 1991العدد3 ، ص. 48 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق ص488

[6] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص370

الفرع الثاني
الأسس الموضوعيـــة

لا يقتصر الاهتمام بمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة بل يستمر إلى ممارسة صلاحيات تلك الحضانة من طرف من أوكلت له المحكمة ذلك، فوسائل حماية المحضون لا يمكن أن تكتسي طابعا جامدا فهي ليست قرارات نهائية وإنما هي قرارات قابلة للمراجعة بحسب ما تمليه حاجة المحضون، فعلى هذا الأساس من الممكن طلب إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه بموجب حكم الطلاق إذا ثبت تخلف أحد الضوابط التي نص عليها القانون.

أولا:أسباب سقوط الحضانة

سنتطرق للحالات التي تسقط فيها الحضانة، وقد أورها المشرع في المادة 66 إلى المادة 70من قانون الأسرة الجزائري، مبينين مدى الحماية المقررة للمحضون من خلال دعوى إسقاط الحضانة:

1-السقوط الإجباري للحضانة:

أ-**اختلال أحد الشروط المطلوبة في الحاضن:** ولاية الحضانة ثبتت على الولد لحفظه والبعد به على المخاطر والمهالك حتى يبقى النوع الإنساني إلى الوقت المقدر في علم الله تعالى، وثبتت أيضا لتربيته تربية قويمة حتى يشب على الحادة المستقيمة ولما كان الحفظ والتربية يقومان على القدرة على القيام بمصالح المحضون وعلى القدوة الصالحة والأسوة الحسنة اشترط الشارع فيمن يتولى هذه الولاية شروطا كثيرة، لم تعهد في غيرها من سائر الولايات، وذلك لما لها من أثر بالغ الأهمية في حياة الولد فإنه يتوصل بها في مستقبل أيامه إلى حياة حرة كريمة مستقلة يعتمد بعد تجاوزها على نفسه[1]، وهذه الشروط بعضها عام يجب توافره في كل من بالحضانة سواء كان من الرجال أو النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال، لأن مصلحة المحضون تقتضي توفر جملة من الظروف الموضوعية المتعلقة بمستحق الحضانة والمحيط الاجتماعي والعوامل الضامنة لاستقرار الطفل، والناظر إلى هاته الشروط في جملتها يجد أن بعضها يراعي شؤون النفس وبعضها يراعي شؤون البدن والصحة عموما وبعضها الأخر يخص التربية والإعداد، لهذا لابد من مراعاة هاته الشروط في الحاضن لأن له تأثيرا مباشرا على المحضون، ولأن الحياة ترسم في السنوات الأولى من حياة وهي التأديب والتربية إلى التعليم.. [2]، وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها حسب ما جاء به المشرع في

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص227

[2] ضو مفتاح غمق، مرجع سابق، 38

المادة 2/62 من قانون الأسرة، فإن اختل أحدها ولم يعد أهلا للحضانة سقط الحق فيها، كعدم أمانته في حفظ المحضون، أو كان فاسقاً فسقاً مؤثراً على مصلحة الصغير، أو أصبح الحاضن غير قادراً على الحضانة لعجز أو مرض أو كبر في السن، أو أصيب بمرض معدٍ، أو حكم عليه في جريمة من جرائم العرض، فكل ذلك يسقط حقه في الحضانة، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد المستحقين، لكن يجب عليها دائما أن تراعي مصلحة المحضون قبل الحكم بإسقاط الحضانة.

ب- **الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة:** الحضانة من الحقوق الثابتة للأطفال، إذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره ولم تقتصر الحضانة على ذلك بل تتعدى إلى تربيته النفسية ومراعاة المؤثرات الخارجية عليه[1]، إذ عُرفت الحضانة في قانون الأسرة في المادة62 منه بأن "الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ."ولقد جاء هذا التعريف شاملا لكل حاجيات الطفل الصحية والدينية والتربوية والخلقية مما يتضمنه من حماية للصغير لضعفه وعدم قدرته على التصرف في شؤونه، خاصة بعد الانفصال بين الأبوين، وعدم تركه دون كفالة ورعاية حتى لا يتعرض للضياع[2]، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف[3]، وهي على النحو التالي:

- **تعليم الولد:**هو حق لا يقل أهمية عن غيره من الحقوق وكيف لا وبه ومن خلاله يتم تكوين فكر الطفل وتعديل سلوكه وتنمية مهاراته وإعداده بالجملة للحياة، وبكل ما تعنيه من أبعاد جسمية ونفسية واجتماعية وأخلاقية وايجابية[4]، فالتعليم الرسمي أو المدرسي ومادام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[5].
- **تربيته على دين أبيه** :يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص52

[2] العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013م ص 270

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 379

[4] مخلد الطراونة، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، 2003م، ص310

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 293

ينكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل[1]، فالمشرع الجزائري ساير رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه، بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر (05 /02)عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، والعكس جائز شرعا وقانونا، وما يؤكد ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة62 على تربية الولد على دين أبيه، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل[2].

- **السهر على حمايته:** مصلحة المحضون تقتضي العمل على استقراره وتوفير الأمن له ورعايته، رعاية اجتماعية ونفسية وصحية يشعر فيها بالراحة والأمان والاطمئنان، مما يؤدي إلى التكامل النفسي والاجتماعي في حياته داخل أسرته وفي مجتمعه الذي ينتمي إليه[3]، فهي أساس لمراحل الحياة القادمة[4]، ولهذا فإن الحضانة تسند للأصلح من الأبوين أو لغيرهما مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي هي المعيار الوحيد في ذلك [5].
- **حماية المحضون صحيا:** ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية مند الأشهر الأولى للطفل وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك[6].
- **حماية المحضون خلقيا:**حمل الدين الإسلامي العائلة والأسرة والمربيين مسؤولية كبيرة في تربية الأولاد وتعليمهم وتوجيههم إلى التحلي بالأخلاق والخصال الحميدة، ومحاولة زرع هذه الخصال من صدق وأمانة والوفاء بالوعد ومخافة الله واحترام الآخرين في نفوسهم، فعندما يعلم الطفل هذه الأخلاق الحميدة وهو في صغره سيكون لذلك تأثير كبير على المجتمع في المستقبل[7]

---

[1] فضيل سعد، مرجع سابق، ص371

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص125

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص8

[4] عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة، عمان، 1430هـ / 2009م، ص58

[5] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم: زهير إسكندر،(د.ط)، مركز الدراسات القانونية و القضائية ، تونس، 2006م، ص70

[6] باديس ديابي، مرجع سابق، ص126

[7] الطراونة مخلد، مرجع سابق، ص311

ولهذا أولى القضاء الجزائري أهمية بالغة لكفاءة الحاضن، لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية[1].

نستخلص مما تقدم، أنه في حالة إخلال الأم بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية والسهر على الحماية وحفظ المحضون صحة وخلقا، وأثبت إهمالها للقيام بتلك الواجبات جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون وكذا الحال إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة[2]، وأكد المشرع الجزائري أن عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، واستثناءا من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[3].

ت- زواج بغير قريب محرم:

فإذا أسقطت الحضانة عن الأم بسبب زواجها بغير قريب محرم فلا بد من إسنادها للأب إذا كان أهلا لذلك وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، وأخذها بعين الاعتبار في إسناد الحضانة، لأن إسنادها لقريبات الأم سواء جدة أو خالة أمر قد لا ينفذ على أرض الواقع بسب توطأ الطرفين كأن يحكم القاضي بإسناد الحضانة للجدة لأم صوريا أما واقعيا فالمحضون يبقى عند أمه.

ث- سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة ويقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه ":تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، ومن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج شروط إسقاط الحضانة لهذا السبب وهي:

- يجب أن تكون الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته (أم الأم).
- أن تقيم هذه الخالة أو الجدة بالمحضون مع أمه إقامة مستمرة.
- أن تكون الأم متزوجة برجل أجنبي عن المحضون[4] .

2- السقوط الاختياري للحضانة

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص126

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص490

[3] أحمد شامي، مرجع سابق، ص317

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص302

أ-**عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة:**حيث تنص المادة 68 من قانون الأسرة : "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، ومعنى ذلك إذا كان مستحق الحضانة تخلى عنها ضمنيا ولم يطالب بها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق سنة كاملة فإن حقه يسقط بقوة القانون لسبب شرعي، لأن الحضانة تكون قد سقطت بالتقادم لعدم المطالبة به من دون عذر شرعي.

ب- **الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:** إعتبر المشرع في المادة69 من قانون الأسرة أن إستيطان الحاضن في بلد أجنبي بعد ثبوت الحضانة له قد يكون سببا في إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى عدم إمكانية ممارسة الأب لواجباته تجاه ولده وإلى عدم تمكنه من زيارته إعمالا لحقه في ذلك وفق القانون[1]، ويرجع الأمر إلى القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون، لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مرا قبة أحوال المحضون والناتجة عن الانتقال إلى بلد أجنبي وقد تكون مصلحة المحضون في انتقاله إلى بلد أجنبي، والذي تتوفر فيه فرص العيش الرغيد وكذا الدراسة أحسن المدارس، والحصول على جنسية تلك الدولة وفرصة العمل، خاصة وأن العالم أصبح بمثابة قرية صغيرة مع توفر وسائل الاتصال[2]، وعليه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، انطلاقا من قناعة القاضي ومصلحة المحضون[3].

ت- التنازل عن الحضانة

تسقط الحضانة بالتنازل عنها كما نصت بذلك المادة2/66 من قانون الأسرة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون وأن يصدر عن المحكمة المختصة[4]، ويبقى للقاضي سلطة التقديرية في قبول التنازل من عدمه وهذا بالاستقصاء عن السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات[5].

ثانيا:عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها

ومعنى هذا أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو

[1] حنان براهيمي، مرجع سابق، ص56

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة(دراسة تفسرية)، مرجع سابق، ص 79

[3] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 188

[4] نفس المرجع، ص 187

[5] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة(دراسة تفسرية)، مرجع سابق، ص77

غير قادر على رعايته وضمان حمايته والعناية بصحته وخلقه وتعليمه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله[1]، حيث نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه ":يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[2]، فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون[3].

نستخلص مما سبق مايلي:

- تكون دعوى إسقاط الحضانة أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق.
- يحق لمن تهمه مصلحة المحضون وذوا صفة، أن يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه بعد أن يثبت توفر شروط الحضانة فيه شخصيا، فلا يجوز أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب إسنادها إلى الغير[4].
- مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في دعوى إسقاط الحضانة من خلال اختيار أفضل الحلول بالنسبة للمحضون وترجيحها على بقية المصالح.
- كفالة حق الحضانة وحماية المحضون من الإهمال الناتج عن عدم أهلية الحاضن أو عدم توفر الظروف اللازمة لذلك من مسؤوليات القاضي.
- تحديد مصلحة المحضون عند إصدار الحكم بإسقاط الحضانة بناءا على السلطة التقديرية للقاضي المبنية على الاجتهاد.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص388

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 158

[3] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ص141

[4] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص370 .

المبحث الثالث

الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه

تعتبر الحماية الجنائية أحد أنواع الحماية القانونية، بل وأهمها وأخطرها أثر على كيان الإنسان وحريته، ووسيلتها القانون الجنائي[1]، فهي أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية، ويرجع ذلك إلى القانون الجنائي الذي يمثل أداة المجتمع الأكثر فاعلية لتوفير الحماية لكل فرد أو قيمة يرى المجتمع استحقاقها لتلك الدرجة من الحماية[2]، فالقانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي لا يقل أهمية عن قانون الأسرة، بل يعد حارسا لتنفيذ ما ورد فيهما عن طريق الردع، إذا كانت الحماية المدنية لوحدها غير كافية لرد العدوان وذلك بتجريم بعض السلوكيات التي تمثل مساسا بأحكام الحضانة وتقرر الجزاء الجنائي الملائم[3]، ولقد جاءت إرادة المشرع الجزائري متماشية لتراعي هذه الحقيقة، حيث دل على هذا الاهتمام الترسانة التشريعية العقابية لتحقيق مجموعة من الأهداف تتمثل أهمها في حماية مصلحة كل من الحاضن والمحضون[4]، من خلال وضع نصوص قانونية تحدد وتجرم الأفعال التي ترتكب ضد المحضون والمتعلقة بحضانته ومعاقبة مرتكبها، خاصة الاعتداءات التي تترتب عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة، بسبب تعنت الآباء وعدم تسليمهم الطفل لمن كان الحكم لصالحه أو لمن له الحق في رؤية الطفل، أو تعنت من وضع الطفل تحت رعايته وعدم تسليم الطفل إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به وكذلك أفعال الإهمال سواء كانت أفعال مادية أو معنوي التي من شأنها أن تسبب خطر للطفل وتلحق الأذى به، والمنصوص عليها في قانون العقوبات.

ولكي تتضح الحماية الجنائية لحقوق المحضون من مختلف جوانبها يحسن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتطرق إلى الجرائم المتعلقة برعاية الطفل (المطلب الأول) وجرائم إهمال الطفل(المطلب الثاني).

---

[1] خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008م، ص7

[2] أشرف رمضان، النظرية العامة والنظم الإجرائية لحماية الأسرة في القانون والفقه، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008م، ص13

[3] سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري(شرعية التجريم)، ج1، (د.ط)، مطبعة عمار قرفي، الجزائر، 1992م، ص ص8-11

[4] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق ، ص178

المطلب الأول

الجرائم المتعلقة برعاية الطفل

تتمحور الحضانة في مفهومها الفقهي والقانوني في تحقيق مصلحة المحضون من حفظ في مبيته والقيام بتربيته ورعايته والقيام على شؤونه العامة، والأكيد أن تكريس حقوق الطفل بنصوص قانونية غير كافي لوحده لضمان تمتع الطفل بها، بل إن جهاز القضاء هو من يجسد هذه الحقوق ويحميها في الواقع حيث سعى المشرع الجزائري لوضع آليات قانونية لضمان احترام الأحكام القضائية وتحقيق مصلحة المحضون ومعاقبة كل من يتعدى عليها أو يخل بما يلزمه القانون من واجبات من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالمحضون والإضرار به عن طريق تجريم الأفعال الماسة بحق الطفل في الرعاية كعدم تسليم الطفل لمن لهم الحق في كفالته وحضانته، وكذلك الإخلال وعدم الالتزام بما تضمنته الأحكام القضائية النهائية حول مصير الطفل المحضون، وكذلك جريمة اختطاف المحضون من حاضنه.

الفرع الأول

جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي

من الجرائم التي أقرها المشرع لفائدة الطفل جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي وهي تهدف إلى حماية عدد من الحقوق يأتي في طليعتها حق المحضون في الاستقرار ضمانا لنمائه وتربيته في أحسن الظروف، وتقوم هذه الجريمة عندما يمتنع من لديه الطفل عن تسليمه ووضعه تحت يد من له حق تسلمه، أو يحاول خطفه وإبعاده من بين يديه، لكونها تتضمن الاعتداء على قيمتين قانونيتين في نفس الوقت، أولها أنها تشكل اعتداء على الأسرة وتحديدا مصلحة الطفل المحضون، وثانيها تتمثل في الاعتداء على أحكام القضاء، لكون الجاني يرفض قبول أحكامه ويمتنع عن تنفيذها[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 328[2] من قانون العقوبات " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص174

[2] القانون رقم (06-23)المؤرخ في 2006/12/20المعدل و المتمم للأمر(156/66) المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد(84)، الصادر في 2006/12/24م.

ومن أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للمحضون حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته من خلال التطرق لخصائصها و شروط قيامها (أولا) وأركانها (ثانيا) أما المتابعة والجزاء (ثالثا).

أولا: جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي وشروط قيامها

تعد جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي من الجرائم الواقعة على نظام الأسرة لذا جرمها المشرع ووضع لها عقوبة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاة، وعلى تنفيذها وفي نفس الوقت تعتبر الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون، ضمن إطار احترام القانون[1]، فهي جريمة ذات علاقة بين الأب والأم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به[2].

1- خصائص جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي

- **تعد من الجرائم الماسة بأحكام الحضانة:** هناك بعض الالتزامات التي تترتب على الزوجان بعد فك الرابطة الزوجية، ويتعلق الأمر بحضانة الأولاد، وقد تدخل المشرع لحماية احترام هذه الالتزامات حفاظا على مصلحة المحضون من خلال تجريم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة.

- **تعد من الجرائم مستمرة استمرارا متتابعا:** فهي من الجرائم المستمرة استمرارا يتوقف على إرادة الجاني، تدخلا متتابعا، لذا فان محاكمة الجاني لا تكون إلا عن الأفعال الجنائية السابقة على رفع الدعوى، وفيما يتعلق بالمستقبل في تكرار الفعل من الجاني، تكون جريمة جديدة تصح محاكمته من أجلها مرة أخرى، ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بحجية الشيء المقضي فيه[3].

- **تعد من الجرائم المقيدة بشكوى:** هي إخبار أو إبلاغ في جريمة معينة يتقدم به المجني عليه إلى سلطة الإدعاء النيابة العامة لتفصيل أكثر[4]، و تعرف بالبلاغ الذي تقدمه الضحية للسلطات المختصة كالسلطة القضائية أو النيابة بطلب تحريك الدعوى العمومية ويتأسس طرفا مدنيا[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة علي نظام الأسرة، مرجع سابق، ص174

[2] عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر، 2010م، ص121 .

[3] شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص100 .

[4] جلال ثروت، سليمان منعم، أصول المحاكمات الجزائية(الدعوى الجنائية)، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان 1996م، ص 112، 113

[5] عبد المالك جندي، الموسوعة الجنائية، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2008م، ص75

2- شروط قيام جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي

ولكون جريمة عدم التسليم تتعلق بالطفل الذي أسندت حضانته لمن له الحق فيه بموجب حكم قضائي، فإنها تستلزم توافر ثلاث شروط أساسية وفقا لنص المادة 328 قانون العقوبات وهي:

أ- **صفة المجني عليه (قاصر):** فالجريمة لا تقوم إلا إذا كان المحضون قاصراً، ومدام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم" القاصر" استناد إلى انقضاء مدة الحضانة[1]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة أورد المشرع مدة الحضانة في المادة 65 من قانون الأسرة بالنص على " تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" وعليه فإن مدة حضانة الذكر عشر سنوات (10) قابلة للتمديد إلى ستة عشر سنة(16) شرط أن تكون أما غير متزوجة أما مدة حضانة الأنثى فتقتضي ببلوغ سن الزواج[2] أي 19 سنة ومنه فالقاصر في قانون الأسرة هو حسب نص المادة (65) منه من لم يبلغ السادسة عشرة من عمره إذا كان ذكرا أو سن الزواج(19 سنة) إذا كانت أنثي [3].

ب- **وجود حكم قضائي نافذ:** لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم قضائي يتضمن إسناد حق الحضانة لمن يطلب تسليم الطفل إليه، إذ بدونه لا توجد هذه الجريمة، ويقصد بالحكم القضائي القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق القواعد الإجرائية، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أم في شق منه أم في مسألة متفرعة عنه[4]، ولا يكون للحكم حجيته لقيام الجريمة إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية:

-**أن يكون الحكم نافذا:** فقد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، وقد يكون الحكم قد صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا، وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة، لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[5]، ويشترط في هذا

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج1، (د.ط) ، دار هومه، الجزائر، 2015، ص196

[2] نسرين شرقي، كمال بوفرورة، مرجع سابق، ص108

[3] مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، 2005م ص108

[4] أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص34

[5] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص196

الحكم أن يكون صادرا عن القضاء الوطني، أو القضاء الأجنبي ممهور بالصيغة التنفيذية[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في1992/06/02 بقولها "من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون وانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2] وعليه لا يمكن لصاحب حق الحضانة أن يزعم أن لديه الحق في حضانة ذلك الطفل أو يطلب استرداده ممن اختطفه منه إلا إذا استند في طلبه إلى أساس قانوني، يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ في الحال[3].

-**أن يكون الحكم متضمن الشخص المستفيد من الحضانة وأشكال تنفيذه:** فعادة ما يتضمن الحكم القاضي بالحضانة هذه الأمور، وبالنتيجة مدلول الحضانة يمتد ليشمل موضوع الزيارة، إذ أن نص المادة 64 من قانون الأسرة تلزم القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة لأحد الأطراف أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر الذي لم تُسند إليه الحضانة ولو لم يطلب منه ذلك لهذا فإن الحكم الذي يتضمن حق الزيارة عند عدم احترامه ومخالفته يندرج ضمن جريمة عدم تسليم الطفل[4].

- **أن يكون الحكم القضائي مُبلغ للشخص المطلوب منه تسليم الطفل** :إذ يجب أن يبلغ الحكم القاضي بالحضانة إلى الشخص الموجود عنده الطفل تبليغا قانونيا عن طريق المحضر القضائي.

وعليه تنتفي الجريمة في الحالات التالية:

ث- عندما لا يحل الحكم القضائي مسألة حضانة الطفل.

---

[1] عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2016 م، ص 55

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1992/6/02، في الملف رقم(84513)، المجلة القضائية 1993، العدد02، ص92. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2 ، مرجع سابق ص699

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص125

[4] محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتواره في العلوم، فرع قانون جنائي، جامعة منتوري قسنطينة، 2010 م، ص174

ج- عندما يكون هذا الحكم غير قابل للتنفيذ مستأنف عليه أو معترض عليه.

ح- عندما يكون الطفل في غير سن الحضانة.

خ- عندما ينتهي مفعول الإجراءات التي أمرت بها المحكمة. [1]

ت- **الحضانة:** أوجب المشرع على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام[2]، فالمعمول به قضاءا أن للزوج الذي يحرم من الحضانة حق الزيارة، وهذا الحق يتمثل عادة في أخذ الطفل يوم الجمعة (لأنه يوم عطلة أسبوعية في الجزائر)وفي الأعياد الوطنية والدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا[3].

ث- **صفة الجاني:** أن يكون الجناة أحد الوالدين أو ممن لهم حق الحضانة، حيث جاء في نص المادة 328 من قانون العقوبات التأكيد على صفة الجناة في هذه الجريمة وهم: الأب أو الأم أو أي شخص آخر، وإن كانت صفة الجاني واضحة بالنسبة للأب والأم وهما الأصلان الشرعيان المباشران للطفل، فإن عبارة " أي شخص آخر"، تجعلنا نطرح التساؤل التالي: من هم الأشخاص الآخرين الذين تطبق عليهم المادة 328 من قانون العقوبات.

ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من الرجوع إلى المادة 327 من قانون العقوبات التي جاء فيها":كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات "فنجد أن هذا النص جاء عاما، فأي شخص يقوم برعاية الطفل، كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا يقوم بتسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به يعد مقترفا لجريمة عدم التسليم وفي هذه المادة لم يشترط القانون صدور حكم يقضي بالتسليم ذلك أن من لهم الحق الطبيعي في الحضانة هم المطالبين بالطفل من الغرباء عنه[4]

يتبين مما سبق أن نص المادة 327 من قانون العقوبات يطبق فقط على الأشخاص الذين ليس له الحق في حضانة الطفل، بينما المادة 328 من قانون العقوبات فتطبق على الأشخاص

---

[1] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، (شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09) ط1، دار الهدى، عين امليلة، 2009 م، ص217

[2] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 351

[3] مكي دردوس، مرجع سابق، ص149

[4] حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنة، مجلة الاجتهاد القضائي،، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، 2010 م، ص24

الذين يكونوا لهم الحق في حضانة الطفل، وهم المنصوص عليهم في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، ويجدر بالمشرع التدخل لإزالة هذا الغموض على المادة وذلك بإضافة عبارة " أو أي شخص آخر له الحق في حضانة القاصر."

ثانيا: أركان جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي

1- **الركن المادي:** هو الفعل أو الامتناع الذي بواسطته تتكشف الجريمة ويكتمل جسمها ولا توجد جريمة بدون ركن مادي إذ بغير ماديتها لا تصاب حقوق الأفراد أو الجماعة بأي اعتداء[1] ويشمل الركن المادي ثلاث عناصر:

- **النشاط الإجرامي:** وهو عمل نهى المشرع عن ارتكابه أو امتناع عن عمل أوجبه المشرع.
- **النتيجة:** وهي الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.
- **علاقة السببية:** وهي الرابطة التي تربط الفعل بالنتيجة بحيث تكون النتيجة قد تحققت بسبب النشاط الإجرامي[2].

فالركن المادي يتمثل في السلوك الإجرامي الذي يقترفه المتهم وبواسطته تبرز الجريمة للعالم الخارجي، وهو عنصر أساسي من عناصر الجريمة، ويكون هذا السلوك إما إيجابيا أو سلبيا[3] وبخصوص السلوك الإجرامي لجريمة عدم التسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي بمقتضى المادة328 من قانون العقوبات والتي تتمثل في شكلين، الأول يتمثل في عنصر الامتناع عن التسليم إلى من له الحق في تسلمه، أو جعل التسليم غير ممكن تطبيقه من المستفيد وهو الشكل السلبي، أما الثاني فهو الشكل الإيجابي ويتمثل في خطف أو إبعاد الطفل أو حمل الغير على ذلك[4]، وعليه فإن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في أحد الصور التالية:

أ- **عدم التسليم** : ويتمثل فيما يلي

أ- **1عدم تسليم الطفل طبقا لحكم القاضي بالحضانة:**هو سلوك إجرامي سلبي يتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نافذ يفصل في إسناد الحضانة، يرتكبه الشخص الذي وضع المحضون تحت رعايته ضد الشخص الذي صدر لصالحه الحكم، ويشترط في هذا السلوك أن

[1] رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)، ط2، الشركة الوطنية، الجزائر، 1976 م، ص209

[2] عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، (القسم العام الجريمة)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988 م، ص18

[3] عنتر عكيك، جريمة الإختطاف، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2013م، ص88

[4] محمود لنكار، مرجع سابق، ص31

يكون واعي وإرادي ليس لظرف قاهر[1] حيث أنه من المعروف بأن الجرائم بصفة عامة وإن كانت تقوم على الفعل الإيجابي، فإنها تقوم كذلك على الفعل السلبي[2]، ويتم إثبات الامتناع عن التسليم بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ[3]، ويجب أن يتضمن هذا المحضر اسم الشخص الذي رفض التسليم سواء كان الأب أو الأم أو أي شخص آخر، حتى تتم المتابعة الجزائية في مواجهته[4]، فينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد واضح ومقصود وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وبعد الاستظهار بمحضر الامتناع وبشهادة شهود تقبل شهادتهم، وإلا فلا يمكن اعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه وصاحب الحق في حضانته، ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه[5].

أ- 2 **الامتناع عن التسليم تطبيقا لحكم الزيارة:** أن الجريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي لا تقوم فقط عند الامتناع عن تسليم المحضون إلى من قررت الحضانة له، وإنما يمكن أيضا مساءلة الشخص الذي يمتنع أو لا يحترم حكم يتعلق بحق الزيارة[6]، فحق الحضانة يختلف عن حق الرؤية المقصود بها الزيارة من منظور القانون الجزائري، سواء كانت رؤية الأب لولده إن كان في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها إن حكم بالحضانة لأبيه أو غيره من العصبات[7] والهدف من الزيارة بالنسبة للأب تحقق غايتان الأولى إشباع عاطفة الأبوة والثانية متابعة شؤون تربيته بالشكل الذي يكفل المحافظة عليه سواء كانت الحاضنة أم الطفل الصغير أو غيرها من الحاضنات أما بالنسبة للأم تحقق إشباع عاطفة الأمومة مع متابعة شؤون الصغير من حيث التربية والرعاية[8]، وبالتالي فالذي يمتنع عن تسليم الطفل لمن حكم له بحق الزيارة يخضع لحكم نص المادة 328 من قانون العقوبات، التي تجرم فعل عدم تسليم طفل قضي في شأن حضانته

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص178

[2] عبد الرحمان خلفي، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014م ص260

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص183

[4] محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري (القسم الخاص)، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006 م، ص128

[5] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص175

[6] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص173

[7] محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية، والحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية والصيغ القانونية، (د.ط)، جامعة حلوان، مصر، 1999م، ص 63

[8] حسين رجب محمد مخلف الزيدي، "الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة")، مجلة التقني، مجلد الرابع و العشرون، العدد العاشر، 2011 م، ص155

والمادة 07 من الاتفاقية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائر وفرنسا[1]، التي تنص على أن "الوالد الحاضن سيتعرض لمتابعات جزائية متعلقة بعدم تسليم الأطفال، التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين، أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح الوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي."

كما نستخلص من خلال نص المادة328 من قانون العقوبات أنها جريمة شخصية يسأل عنها من قام بها، فقد تسند الحضانة إلى الأم ولكنها تكون غير موجودة بالبيت، فيرفض الجد تسليم الطفل، ففي هذه الحالة تقوم جريمة عدم تسليم المحضون في حق الجد وليست في حق الأم[2].

ب- خطف أو إبعاد القاصر:

تعد مشكلة اختطاف الأطفال من أكثر المسائل انتشارا في الواقع، والتي تثير اهتمام القانونيين خاصة في الزواج المختلط حيث يقوم أحد الزوجين بعد انفصاله بالطلاق عن الزوج الآخر، وبناءً على ما قد تقرر له من حق زيارة ورؤية طفله الذي عهد بحضانته إلى الزوج الآخر فيقوم بتغيير محل إقامة هذا الطفل وعدم السماح بعودته إلى حضانة الزوج المقرر بالحضانة لمصلحته بدافع انتقامي وفرض إبعاد جغرافي وعاطفي للمحضون وتتفاقم إشكالات الاختطاف في الزواج المختلط خاصة عندما تكون الأنظمة القانونية بين هذا البلد وذاك متباينة تباينا عميقا بشكل يجعل الطفل محل صراع لا فقط بين أبوين بل بين نظامين قانونيين وهذا ما ينعكس سلبا على مصلحة الطفل الفضلى.

هذا الواقع فرض على المشرع الإقرار بحماية جزائية للمحضون في مواجهة والديه وأقاربه تدعيما لمبدأ حماية المحضون وضمانا لاحترام الأحكام القضائية من جهة أخرى.

حيث نصت المادة 328 من قانون العقوبات بنصها على "....و كذلك كل من خطفه – أي المحضون– ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف...". وهذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بجريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي لما لهما من اشتراك في الموضوع والهدف وعقوبة موحدة.

---

[1] الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال، المؤرخة في 1988/06/21المصادق عليها بالمرسوم (144/88)، المؤرخ في1988/06/26، الجريدة الرسمية العدد(28-30)لسنة 1988.

[2] عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص261

وتعرف جريمة الاختطاف بأنها" الأخذ السريع باستخدام قوة مادية أو معنوية أو عن طريق الحيلة والاستدراج لما يمكن أن يكون محلا لهذه الجريمة وإبعاده عن مكانه أو تحويل خط سيره بتمام السيطرة عليه"[1].

كما يقصد بها: انتزاع المحضون من المكان الذي هو فيه ونقله إلى المكان آخر، واحتجازه فيه بقصد إخفائه عن الشخص المكلف بحضانته ورعايته، ويتحقق فعل الخطف ولو كان المخطوف في موقع غير موقعه العادي بصورة مؤقتة[2].

أما معنى الاختطاف في هذه الجريمة فالمشرع الجزائري لم يحدده، وترك الأمر لاجتهاد الفقهاء، حيث عرَّفوا اختطاف المحضون بأنه :أخذ الطفل ونقله عمدا من مكان تواجده إلى مكان آخر، حتى ولو كان برضاه[3] .

أما المقصود بالخطف:هو عبارة عن سلوك إجرامي ايجابي يشترط فيه تحقيق النتيجة يقوم به المتهم لإبعاد المحضون وتحويل خط سيره[4] ،كما عبرت عن معنى الخطف محكمة النقض المصرية التي بينت أن الجريمة تقع حيث يختطف الطفل من البقعة التي جعلها مراد له ممن هو تحت رعايتهم من ولى أو وصى أو حاضنة أو مرب أو غيرهم ،لأن المشرع لم يستهدف بالعقاب على جريمة الخطف حماية حرية الطفل فحسب وإنما قصد أيضا حماية سلطة العائلة[5] .

إن الركن المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه ركن أساسي يشتمل على عدة صور أو عدة حالات وكل حالة منها كافية وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة، حيث يتوافر عن طريق نشاط إرادي يأتيه الفاعل وصورة هذا النشاط هو خطف الطفل ثم نقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيته وقطع صلته بأهله[6]، وممن أسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودار الحضانة ومشابههما، وصورة تكليف الغير

---

[1] عبد الوهاب عبد الله أحمد المعمري، جرائم الإختطاف (دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، (د.ب.ن)، 2006م، ص28

[2] نشأت أحمد ناصيف، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010م، ص110

[3] نادية رواحنة، "جريمة خطف الأشخاص في التشريع الجزائري"، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري، الذي أقيم بكلية الحقوق و العلوم السياسية، بجامعة جيجل، يومي3 ، 4نوفمبر، سنة 2010، ص124

[4] عنتر عكيك، مرجع سابق، 91

[5] عبد الملك جندي، مرجع سابق، ج3، ص 265

[6] محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ج1، ط1، دار الثقافة، عمان 2005 م، ص296

بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود فيه لسبب من الأسباب[1]، والذي يتحقق عن طريق انتزاع وأخذ القاصر من ذويه الذين لهم حق رعايته وحضانته [2]، كأن يقوم الأب بأخذ الطفل من المنزل الذي أوكلت له حق حضانة الطفل أو انتهز وجوده في الشارع ويقوم بخطفه، ويتحقق ذلك بجلبه ونقله عمدا من المكان الذي يوجد فيه إلى مكان آخر، حتى وإن تم ذلك بدون تحايل أو عنف، وكذلك حتى ولو تتبع الطفل ولحق الخاطف بإرادته ورضاه[3]، لأن الخطف يتحقق بنقل المخطوف من موقعه كما يتحقق بمنعه من العودة إليه[4].

و تقوم جريمة الخطف أو الإبعاد سواء أكان القائم بها الأب أو الأم أو أي شخص آخر يمتنع أو يعترض عن تسليم الطفل الموكل إليه حضانته بموجب حكم قضائي بنفسه، أو يقوم بتكليف وحمل الغير على أخذ الطفل وخطفه أو إبعاده عن بيته، وإخفائه بعيدا عن ذويه، ولا يتم هذا إلا إذا تحققت النتيجة، وهي إتمام اختطاف الطفل من طرف الغير أو إبعاده بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح الأب أو الأم أو لأي شخص موكل إليه الحضانة، ويعتبر في هذه الحالة الشخص القائم بالخطف والشخص الذي وقع الاختطاف أو الإبعاد لصالحه كليهما فاعلا أصليا[5] .

وتختلف جريمة عدم تسليم طفل لحاضنه، وهذه الجريمة في الركن المادي المكون لكليهما حيث أن الركن المادي للجريمة الأولى يتجسد في الواقع بسلوك سلبي والمتمثل في الامتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنه، بينما في جريمة اختطاف المحضون من حاضنه يتجسد بسلوك إيجابي والمتمثل في اختطاف أو إبعاد المحضون عن حاضنه[6].

كما أن الضحية في هذه الحالة تختلف عنها في الصورة الأولى، إذ نجد أن المشرع يحمي صاحب حق الحضانة، كما يحمي صاحب حق الزيارة، لأن كليهما يتقرران بموجب حكم قضائي قابل للتنفيذ سواء كان حكما نهائيا أو حكما ابتدائيا قابلا للنفاذ المعجل[7].

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص178

[2] محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات(قسم خاص)، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1989م، ص 652

[3] عبد الملك جندي، مرجع سابق، ص296

[4] عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009 م، ص165

[5] عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، ص 264

[6] رضا خماخم، الطفل والقانون الجزائي التونسي، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2006 م – 2007م، ص163

[7] عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 183

2-الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي للجريمة على الإرادة الآثمة التي وجهت سلوك الجاني المخالف للقانون فهذه الإرادة الآثمة هي حلقة وصل بين الجريمة كواقعة مادية لها كيان خارجي وبين الإنسان الذي صدرت عنه والذي يعتبره القانون، بالتالي مسؤولا عن هذه الجريمة ويصفه بأنه جان ومجرم[1]، أما الركن المعنوي لجريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي عمدية ويقوم ركنها المعنوي بمجرد توافر القصد الجنائي العام[2]، ويشترط لقيامها علم الجاني بصدور حكم قضائي يمنعه من حضانة الطفل وإصراره رغم ذلك على عدم الامتثال إليه[3]، ويكتمل الركن المعنوي باتجاه إرادة الوالدين أو غيرها عن تنفيذ الحكم أي امتناعهم عن تسليم الطفل الصادر في حقه قرار واجب للنفاذ عن تسليمه إلى من يطلب استلامه[4]، ومع ذلك تنصرف إرادة الجاني إلى عدم تسليم الطفل للشخص الذي طلبه[5]، أي أن الجاني يعلم بوجود الحكم الذي يسند حق الحضانة للطرف الآخر، وأسند حق الزيارة للطرف الثاني، وقام المحضر بتبليغه بالحكم وأمهله مدة 15 يوم من أجل الالتزام بما جاء في منطوق الحكم، ورغم ذلك يرفض صراحة أو ضمنيا تنفيذ الحكم[6].

غير أن في الواقع كثيرا ما يدفع الجاني، بأن الطفل هو الذي رفض الالتحاق بحاضنه أو بالشخص الذي له الحق الزيارة وفي ظل غياب الحل التشريعي نجد أن القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة حيث جاء في حكم صادر عن محكمة سيدي عيش أنه قضى ببراءة أم كانت قد تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها لمطلقها بعد أن قضي له بحضانتهم فلما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم، حكمت المحكمة ببراءتها[7].

---

[1] رضا فرج، مرجع سابق، ص363

[2] حمدي عبد الحميد متولي صالح، الحماية الجنائية لطفل المجني عليه، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015 م، ص 358

[3] دردوس مكي، مرجع سابق، ص 151

[4] محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص61

[5] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، ط1، دار هومة، الجزائر، 2010 م، ص40.

[6] عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص272

[7] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2006/04/26، في الملف رقم(323122)، مجلة المحكمة العليا، 2007 العدد2، ص563. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، (قرارات المحكمة العليا- مسرد ألفبائي للكلمات الدالة) ، ج 4، ط1، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2014م، ص1559

أما إذا كان عدم تسليم المحضون إلى من له الحق بالمطالبة به بمقتضى أمر قضائي فهنا تنتفي صفة التجريم وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ1984/06/26 متى كان مؤدى نص المادة (328) من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم إلى من له الحق في المطالبة به ومن ثم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 10 يوما لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن أذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للاحتفاظ بابنه القاصر لمدة 10 يوما، فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة(328) من قانون العقوبات لم يكونوا على صواب في تطبيق هذا النص عليه وكان لذلك نعيه على قرارهم بالوجه المثار بالخطأ في تطبيق القانون مؤسسا وفي محله"[1]

أما جرائم الخطف بجميع صورها من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، ويتحقق هذا القصد في جريمة خطف الأطفال فيعمد الجاني قطع صلة المجني عليه بأهله وذلك بتعمد انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم الحق في رعايته وقطع صلتهم بهم[2] وإذا توافر القصد الجرمي بعناصره وهي إرادة الفعل وإرادة تحقيق النتيجة مع علم الفاعل بطبيعة الجريمة التي هو بصدد ارتكابها[3]، فعندئذ تكتمل الجريمة لعلم الخاطف بخطورة تصرفه الإجرامي وانصراف إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية[4].

وتظل سوء النية مفترضة في المتهم ومستخلصة من تجاوزه للحكم القضائي وتحديه له طالما تبين وثبت أنه لم يقم بتسليم الطفل الذي بحوزته، وعليه إثبات عكس ذلك، وأن يبين حسن نيتيه وعدم توافر القصد، أو السبب الخارج عن إرادته، ولقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها على انتفاء الجريمة إذا ثبت أن القاصرة تعمدت الهروب من بيت والدتها من تلقاء نفسها دون تدخل المتهم أو تأثير منه[5].

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الجنح، قرار بتاريخ1984/06/26، في الملف رقم(31720)، المجلة القضائية، 1990، العدد2 ص287، نقلا عن : جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج 2، مرجع سابق، ص228

[2] محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 252

[3] محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص 300

[4] عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص 167

[5] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص180

ثالثا: المتابعة والجزاء

1- المتابعة:

إذا كانت القاعدة العامة تعطي للنيابة العامة وحدها صلاحية تحريك ورفع الدعوى العمومية، فإن المشرع الجزائري أورد قيودا تحد من حرية النيابة العامة في هذا الصدد ومؤدى هذه القيود أن النيابة العامة لا تملك مباشرة سلطتها[1]، ذلك أن المشرع ترك في حالات معينة جاءت على سبيل الحصر تقدير أمر تحريك الدعوى العمومية، لأشخاص أو جهات محدد[2] حيث جاء في التعديل المقرر بموجب القانون(23/06)المؤرخ في 20ديسمبر2006 المتضمن قانون العقوبات أن المادة(329مكرر) المستحدثة جاءت بشروط جديدة تخص شروط متابعة وانقضاء الدعوى العمومية حيث تنص على أنه" لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناءا على شكوى الضحية ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية"، فلا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية ولا أن تتخذ إجراءات التحقيق فيها في جريمة الامتناع عن تسليم الصغير المحكوم له بحضانته إلا بناءا على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه (صاحب الحق في الحضانة أو من وكيله الخاص) إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي[3] .

وتعرف الشكوى بأنها تلك العمل الإجرائي الذي يطلب بواسطته المجني عليه من الجريمة التي تقيد بشأنها أو من وكيله الخاص، يطلب فيه تحريك الدعوى العمومية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب على المشكو منه[4]، والحكمة من قيد الشكوى في هذه الجرائم هو الحفاظ على كيان الأسرة وسمعتها واستبقاء للصلة بين أفرادها[5]، حيث لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا بعد حصولها على الشكوى من الضحية أو وكيله الخاص، أين ترك تقدير أمر الملائمة لهذا الأخير في تحريكها، لأنها تشكل وضعا خاصا للمجني عليه[6]، وبمجرد ما يتسلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا شكوى الوالد الآخر المحكوم له بحق الزيارة، بالإضافة

---

[1] نبيل صقر، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، (د.ط)، دار الهلال، الجزائر، 2003م، ص 122

[2] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009 م، ص 242

[3] محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم السلبية في قانون العقوبات وفقا لأحداث أحكام محكمة القضاء والمحاكم الدستورية العليا و الصيغ القانونية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003م، ص.21

[4] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري(التحري و التحقيق)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011م ص100

[5] سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص84

[6] DELMAS (M), Les grands systèmes de Politique Criminelle, 1er éd, Paris, s. n. é, 1992 p25.

إلى محضر الامتناع عن التسليم، المحرر من طرف القائم بالتنفيذ، يباشر المتابعة والإجراءات القانونية ضد مرتكب الجريمة[1].

كما أنه وطبقا لنص المادة 2/329مكرر من قانون العقوبات المضافة بالقانون(23/06) فإنه يجوز للضحية التنازل عن الشكوى، كما أن الصفح عن المتهم يضع حدا للمتابعة الجزائية فالمشرع تدارك أهمية مسألة الصفح بالمادة329 مكرر فما يتعلق بالجريمة المنصوص عليها بنص المادة 328 من قانون العقوبات المتعلق بعدم تسليم قاصر قضى في شأن حضانته بموجب حكم قضائي[2]، الحكمة المقررة من ذلك مراعاة جانب الاستقرار والوضع النفسي للطفل لكي لا يكون طرفا في النزاع القائم بين الطرفين وخصوماتهم، بما يكفل تنشئته تنشئة اجتماعية سليمة.

كما مكن المشرع الجزائري لمن له الحق في المطالبة بالمحضون (الضحية) في الاستفادة من إجراءات الاستدعاء المباشر، لسرعة المتابعة القضائية ووضع حد لتصرفات المتهم وهذا حسب ما جاء في المادة (337 مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية [3] " يمكن للمدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية : ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل، انتهاك حرمة منزل، إصدار صك بدون رصيد، وفي الحالات الأخرى ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور".

2- **الجزاء :**

إذا توفرت أركان جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له حق حضانته من ركن مادي ومعنوي تعرض للعقوبة المتمثلة في الحبس والغرامة ذلك أن جريمة الامتناع عن تسليم الطفل لصاحب الحق في حضانته هي جنحة معاقب عليها في القانون الجزائري، فوفقا لنص المادة 328 من قانون العقوبات، تعتبر جريمة عدم تسليم القاصر الذي قضي بشأن حضانته بحكم قضائي جنحة تخضع من حيث الجزاء لعقوبات جزائية والمتمثلة في الحبس والغرامة على أن تكون مدة الحبس من شهر إلى سنة، وقيمة الغرامة الجزائية من 20.000 دج إلى 100.000 دج، وتزداد العقوبة إذا فقد الجاني السلطة الأبوية إلى ثلاث سنوات، إذ نجد المشرع شدّد في العقوبة عند إسقاط السلطة الأبوية على الطفل.

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، (د.ط)، الشركة الوطنية، الجزائر، 1982م، ص128

[2] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، مرجع سابق، ص218

[3] الأمر رقم (02/11)، المؤرخ في 23فيفري2011، المتمم للأمر رقم(155/66) المؤرخ في1966/07/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد12، الصادر في 2011/02/23.

و لقيام الجريمة يجب إثبات الامتناع بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ ويلزم إبراز هذا الإجراء الجوهري في قرار الإدانة عن هذه الجنحة، وهو ما يمكن استخلاصه من القرار الجنائي الصادر عن المحكمة العليا القاضي بأنه:" تقتضي لجنحة بالضرورة توافر ركن أساسي يتعين على قرار الإدانة إبرازه وهو امتناع المحكوم عليه عن تسليم القاصر ويتم إثبات ذلك بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ"[1]

وما يلاحظ أن القضاء الجزائري لم يعتبر الامتناع عن تسليم المحضون سببا من أسباب إسقاط الحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب على امتناعه جزائيا تطبيقا للمادة(328) من قانون العقوبات وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1969/05/14 بقوله "من المقرر شرعا أنه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعا ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة لأبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر، وحيث فضلا عن ذلك أن عدم تسليم الولد المحضون في مثل هذه المادة جنحة ربما أدت إلى عقاب جنائي لا إلى سقوط الحق في الحضانة، وعليه فإن مجلس الجزائر إذا قضى على ذلك الوجه لم يبرر حكمه قانونيا[2]".

الفرع الثاني

جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير

نصت المادة 327 من قانون العقوبات على " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات."

و يقصد به امتناع الشخص عن تسليم طفل وضع تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ومن ثم يعتبر هذا الفعل من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعا،ومن أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للمحضون حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته من خلال التطرق لشروط قيامها (أولا) وأركانها (ثانيا) أما المتابعة والجزاء(ثالثا).

أولا: شروط جريمة عدم تسليم طفل وضع تحت رعاية الغير

1- **الضحية(الطفل):** لا تقوم جريمة عدم تسليم الطفل وفقا لنص المادة 327 من قانون العقوبات إلا إذا كان الضحية طفلا، والملاحظ على نص المادة لم تحدد بدقة من هو الطفل الذي

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص147 .

[2] المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ1969/05/14، مجموعة الأحكام، الجزء1 ، ص277، النشرة السنوية، 1969، ص48 نقلا عن :العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، مرجع سابق، ص348

تقصده ؟ ويرى شراح القانون الفرنسي أنه يراد بالطفل هنا من كان حديث السن، بحيث لا يستطيع القيام بشؤون نفسه، ويحتاج في ذلك لضم أهله ورعايتهم، فهو الذي لم يبلغ سنه سبع سنوات كاملة، أو الذي بلغ هذه السن ولكنه سقيما عاجزا جسما أو عقلا، على أن قاضي الموضوع له السلطة المطلقة في تقديرها إذا كان المجني عليه في هذه الجريمة طفلا أم لا[1].

2- **الجاني(رعاية الغير):** وهو أن يكون متكفلا بالطفل، كأن يوكل إلى مربية أو مرضعة وإلى مدرسة داخلية أو حضانة، وعليه فإن هذه الجريمة تقوم في حق كل شخص عدا الوالدين وُكِل إليه الطفل لرعايته ممن عليه قانونا هذا الواجب، ولا تقوم في حق الوالدين حتى وإن كانت الرابطة الزوجية منحلة وامتنع أحد الزوجين تسليم الطفل[2].

3- **المجني عليه:** وهو الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة الأب، الأم، الوصي بصرف النظر عما إذا كان الطفل قد وكل إلى المتهم بطريقة غير مباشرة ومن العسير إثبات هذا الطلب متى كان التعبير عنه شفويا، ولذا يستحسن أن يتخذ التعبير عنه صورة الإعلان على يد محضر قضائي[3].

ثانيا: أركان جريمة عدم تسليم طفل وضع تحت رعاية الغير

1) الركن المادي: يتحقق الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعاية الغير وفقا لنص المادة 327 من قانون العقوبات بتوافر عمل سلبي[4] بامتناع من أوكل إليه الطفل رعايته عن تسليمه، أي رده وإرجاعه إلى من له الحق في المطالبة به، أو امتنع عن تحديد مكان تواجده، ويجب أن يمتد هذا الامتناع لفترة حتى تقوم الجريمة، أما مجرد رفض التسليم لأول طلب يوجه لمن له رعاية الطفل، فإن الجريمة لا تقوم في حقه[5]، لأن هذا الركن حتى يكتمل لابد من إصرار الممتنع عن التسليم أو عن تحديد مكانه لفترة لا يترك فيها حلا لمن له الحق في تسلمه إلا اللجوء للعدالة من أجل كسر هذه المقاومة والاعتراض[6] .

[1] جندي عبد المالك، مرجع سابق، ص261

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص194

[3] نفس المرجع، ص195

[4] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 205

[5] المكي دردوس، مرجع سابق، ص 148

[6] محمود لنكار، مرجع سابق، ص170

و تختلف هذه الجريمة عن الخطف لأنها تتم بعمل سلبي وهو الامتناع عن تسليم الطفل الذي كان يجب عليه أن يسلمه في الوقت المحدد لذلك وهذا مستنتج من نص المادة 327 من قانون العقوبات[1]، سواء امتنع من أوكل له عن رده أو امتنع عن تعيين مكان تواجده[2].

وبهذا يتبين لنا أنه لقيام هاته الجريمة لابد من توافر الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل ويجب أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع بنفسه، وهكذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2001/03/27 بإدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 327 من قانون العقوبات بناءا على اعترافها حيث جاء فيه" إن اعتماد القضاة على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة كان بناءا على اعتراف المتهمة والمحضون المحرر من طرف المحضر القضائي مما يعد تطبيقا سليما للقانون"[3] .

2) الركن المعنوي:وهو انصراف إرادة الجاني إلى عدم تسليم الطفل لصاحب الحق في طلبه، ومن ثم لا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى ذويه بعد المطالبة به أو امتنع عن الإفصاح عن تعيين مكان تواجده[4]، ولا عبرة بالباعث حيث يتوافر القصد الجنائي، فليس للمتكفل بالطفل والممتنع عن تسليمه أن يتعلل بعدم الوفاء له بالمصاريف التي أنفقها على الطفل تبريرا لعدم تسليمه إياه[5]، أما إذا كان الطفل قد هرب من عند المتكفل به إلى جهة يجهلها هذا الأخير، لا تتوافر في امتناع المتكفل عن تسليم الطفل جريمة لتخلف القصد الجنائي، مهما حدث من إهمال في ملاحظة الطفل منعا له من الهرب حيث أن المتكفل بالطفل تعذر عليه تقديمه إلى طالبه بسبب خطئه وإهماله لا بقصد المساس

---

[1] محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003م، ص69.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 175.

[3] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2001/03/27، في الملف رقم(239135)، المجلة القضائية، 2001 العدد2 ص377، .نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج3، مرجع سابق، ص 1043

[4] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص170

[5] أمير خالد عدلي، المستحدث في جرائم الاعتداء على الأشخاص ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م ص476

بنسبه[1]، كأن يترك باب الدار مفتوحا فيخرج الطفل ويختفي عن رقابته، فلا تقوم هنا الجريمة في حقه[2].

وفي هذا الشأن فإن الركن المعنوي لهذه الجريمة المنصوص عليها في المادة (327) من قانون العقوبات يقوم على عنصرين:

- علم المتهم بأن من يطلب استلام الطفل المتكفل به له الحق في طلبه بناء على حكم القانون.
- اتجاه إرادة المتهم إلى فعل عدم تسليم الطفل المتكفل به من له الحق في طلبه بناء على حكم القانون.

ومنه إذا توفرت هذه العناصر مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في طلبه واستحق المتابعة والعقاب

ثالثا: المتابعة والجزاء

1- **المتابعة:** تتمثل المتابعة في تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة ومن له صلاحية ذلك، إذ لا يشترط القانون في هذه الجنحة المعاقب عليها بالمادة 327 من قانون العقوبات أية شكوى لتحريك الدعوى العمومية، فالأصل أن النيابة العامة تباشر المتابعة الجزائية فور علمها بارتكاب الجريمة، وذلك وفقا لقواعد القانون العام. فحماية لمن له الحق في استلام المحضون قانونا، أقر قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قواعد من شأنها حماية المضرور وذلك من خلال تحريك الدعوى العمومية، ويقصد بذلك بيان اللحظة التي يبدأ منها افتتاح الدعوى كنشاط إجرائي وهو ما يفترض انتقال الدعوى من حالة سكون التي كانت عليها عند نشأتها إلى حالة الحركة وبالتالي اتخاذ إجراء من الضبطية القضائية يمكن الحديث عن تحريك الدعوى العمومية[3] وتعرف الدعوى العمومية بأنها مطالبة الجماعة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة[4].

2- **الجزاء:** يتمثل الجزاء في العقوبة المقررة قضاء للمتهم الذي أدين بجريمة المنصوص عليها في نص المادة 327 من قانون العقوبات وهي تتمثل في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

---

[1] جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ج3، ص264 .

[2] المكي دردوس، مرجع سابق، ص 148.

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (د.ط)، دار البدر، الجزائر، 2008 م، ص 27.

[4] عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري و التحقيق)، ط3، دار هومة، الجزائر، 2012 م ص 84.

– العقوبة الأصلية: تتمثل في الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وفقا لنص المادة 327 من قانون العقوبات.

– العقوبات التكميلية: تطبق على الجاني كذلك العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح طبقا لنص المادة 09 من قانون العقوبات والتي تتمثل من حرمانه من بعض الحقوق المدنية والسياسية.

المطلب الثاني

جرائـــم إهمـــال الطفل

حرص المشرع على توفير الحماية الجنائية للطفل، ومعاقبة كل من يسيء له، ولهذا سوف نحاول معرفة مدى إقرار المشرع للحماية الجنائية للطفل في حالة إهماله معنويا

الفرع الأول: جريمة الإهمال المعنوي للأولاد

أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لطفل من خلال حرصه على النص على ضرورة الاهتمام بالطفل في كافة مراحل حياته، ورعايته، وحمايته من كل أنواع الأذى عن طريق ترتيب المسؤولية الجزائية للأب والأم اللتان يتسببا في الإهمال المعنوي لأولادهما لتعلق ذلك بظروف معيشته وتربيته، وهو الفعل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 330 من قانون العقوبات التي تجرم سلوك" أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده، أو واحد أو أكثر منهم، أو يعرض أمنهم، أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسئ معاملتهم، أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يُهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها"، فيعاقب الجاني بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين بغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج .

يعرف الإهمال المعنوي للطفل بأنه نقص الضمانات الخاصة بصيانة الأسرة من الناحية المعنوية[1]، أو إهمال التزامات أو واجبات الولاية[2]، فإهمال في رعاية الأولاد وحسن تربيتهم يشكل إخلالا بالالتزامات الواقعة على عاتق الوالدين، يؤدي إلى أثار وخيمة على الأولاد وعلى الأسرة عموما، فمن هذا الأساس أصبغ المشرع الجزائي تكييف الفعل الجرمي على هذا الإخلال ورتب جزاء على أحد الوالدين الذي يسيء معاملة أولاده.

[1] إبرا هيم هناء عبد الحميد، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع(دراسة مقارنة)، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2009م، ص257

[2] مبارك السعيد بن القائد، القانون الجنائي الخاص، ط1، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2000 م، ص189

أولا: أركان جريمة الإهمال المعنوي للأولاد

1- **الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد:** يظهر من نص المادة 03/330 من قانون العقوبات أن حالات الإهمال المعنوي للأولاد تتمثل في ثلاث حالات وهي:

- حالة تعريض صحة الأولاد للخطر.
- حالة تعريض أمن الأولاد للخطر.
- حالة تعريض خلق الأولاد للخطر.[1]

وهذه الأفعال هي التي تدخل في تشكيل الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي حيث يتمثل الركن المادي في ثلاث عناصر مادية وهي:

أ-**صفة الأب والأم** :لقيام جريمة الإهمال المعنوي للأولاد يجب توفر صفة الأبوة والبنوة في الفاعل والضحية، وهو ما تؤكده عبارة" أحد الوالدين "وعبارة" أولاده" أي يكون الجاني أَب شرعي أو أُم شرعية للأولاد الضحية، (سواء كانت السلطة الأبوية قائمة، أو في حالة سقوطها، وذلك حماية للأبناء حتى بلوغهم سن الرشد. وفقا لنص المادة 3/330 من قانون العقوبات)، فإذا لم توجد علاقة أبوة أو بنوة بين الفاعل والضحية خرج الأمر من نطاق تطبيق أحكام المادة 330 من قانون العقوبات [2] مما يعني استبعاد الأطراف الأخرى كالكفيل وغيره بالرغم من أن القانون عرف الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة بأنها التزام بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وخاصة بعدما أعطى المرسوم التنفيذي رقم 24/92الصادر في 1992/01/13 نسب المكفول للكفيل، ويقصد هنا الأم والأب الشرعيين ويشترط إذا أن يكون الابن شرعي فلا تقوم الجريمة إذا كان الابن مكفول أو بالتبني [3].

ب- أعمال الإهمال للأولاد:

أ- أعمال ذات طابع مادي: وتتحقق بسوء المعاملة وإهمال رعاية الأولاد والتي قد تكون في صورة أعمال إيجابية كضرب الولد أو في صورة أعمال سلبية بالامتناع عن القيام

[1] عقيلة خرباشي، حماية الأولاد من الإهمال المعنوي، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات العلمية، الجزائر، العدد 12، 2012 م، ص76

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص14

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 157

بأعمال الرعاية كعدم تقديم العلاج للطفل[1]، أو عدم تقديم له الدواء الذي وصفه له الطبيب أو عدم اقتناء الدواء[2]، ففي سوء المعاملة هناك تعسف وانتهاك للواجبات الناشئة عن الأبوة أو الأمومة، فهي إذن جنحة تقرر ارتكاب فعل ايجابي ملموس يمكن إثباته بجميع الوسائل من شهادات طبية، محضر رجال الشرطة[3].

ب- عمال ذات طابع أدبي: يتمثل في المثل السيئ وعدم الإشراف وعدم القيادة اللازمة وذلك بالاعتياد على السكر وسلوك غير المنضبط كالإدمان على المخدرات والقيام بالأعمال المنافية للدين والأخلاق، ويجب أن تكون هذه الأفعال المضرة معنويا بالطفل متكررة باستمرار، خاصة السلوك المضر بأخلاقهم وبإهمال رقابتهم بالتخلي عن الإشراف الضروري عنهم لكي يتم المعاقبة عليها [4]، لأن هناك تقصير في الالتزامات بالواجبات اتجاه الأولاد فمثلا إذا ارتكب الولد جنحة، فنتيجة تقصير الوالدين في واجب الحضانة وإذا تعاطت البنت للبغاء فهذا يدل على أن الوالدين لم يقوما بواجبهم التربوي والأخلاقي[5]، وهذا ما قضت به محكمة عين البيضاء بأن تحدث المتهمة في الهاتف النقال مع أشخاص غرباء وعودتها في وقت متأخر، متخلية عن كافة التزاماتها والقيام بالتصرفات السيئة أمام بناتها. حتى تكون مثل سيئ لهن، يجعلها مدانة بجنحة الإهمال العائلي وإعطاء المثل السيئ للأبناء وإهمال رعايتهم[6].

ولقيام الجريمة لابد أن تتسم هذه الأعمال بالتكرار كما يتبين ذلك من عبارة الاعتياد على السكر وكما يستنتج ذلك من السياق العام للتجريم الذي يفترض أن تكون هذه الأعمال قد عرضت صحة الأطفال وأمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، فمثل هذه النتائج تقتضي بالضرورة تكرار السلوكيات السليم[7].

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص28

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 161

[3] سعيد أزكيك، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، (د.ط)، دار الهلال العربية، المغرب، 1992م، ص 48

[4] HALIMA TALBI, la protection pénale de l'enfant liée au droit de garde , Forum national pour la protection de la famille criminelle dans la législation algérienne, pôle universitaire, Jijel, 03-04 Novembre 2010, p 88.

[5] سعيد أزكيك، مرجع سابق، ص48

[6] حكم محكمة عين البيضاء، قسم الجنح رقم الجدول02290/10، رقم الفهرس02747/10 بتاريخ2010/10/18، ملحق 19.

[7] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 157

و الملاحظ على النص القانوني عدم وجود معيار يعتمد لتفريق بين الأفعال التي تدخل في تأديب الطفل وبين ما تشكل إساءة له، غير أن المشرع الجزائري رفع الغموض باستحداثه قانون حماية الطفل من خلال النص على صور تشكل عناصر الإهمال المعنوي للأبناء أكثر دقة في شمولية الحماية بالمادة الأولى بتعريف وضع" الطفل في خطر"

ويعتبر الطفل في خطر حسب المادة 02 من قانون حماية الطفل"الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر".

حيث أن المشرع الجزائري قد تدخل لوقاية من سوء معاملة الأطفال، وذلك بموجب قانون رقم15/12 والمتعلق بحماية الطفل، حيث وضع حماية للأطفال من الخطر، بموجب الباب الثاني منه تتمثل في الحماية الاجتماعية، من خلال الهيئة الوطنية لحماية، وترقية الطفولة في القسم الأول المواد11 إلى 20، والحماية الاجتماعية على المستوى المحلي، والتي تتولاها مصالح الوسط المفتوح بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية، والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة المواد من21 إلى 31، هذا بالإضافة إلى الحماية القضائية، وذلك من خلال تدخل قاضي الأحداث في المواد 32 إلى 45 من هذا القانون.

ت- **تعرضهم لخطر جسيم:** يجب أن يلحق الطفل ضرر حقيقي وجسيم من الفعل الذي يُلقى عليه من قبل الأب أو الأم، سواء كان الفعل إيجابي أو سلبي، إذ يؤثر على صحته أو أمنه أو أخلاقه، لكن نجد أن القانون لم يحدد معيار لتقييم جسامة الخطر أو الضرر، ولهذا ترك الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تكييف هذه الأفعال ودرجة خطورتها[1]، وبالتالي فهي مسألة عملية خاصة بسلطة القاضي، الشيء الذي قد يخلق للقاضي متاعب جمة ولا سيما في مادة الإثبات[2].

ولقيام الجريمة لابد أن تتسم هذه الأعمال بالتكرار كما يتبين ذلك من عبارة الاعتياد على السكر وكما يستنتج ذلك من السياق العام للتجريم الذي يفترض أن تكون هذه الأعمال قد

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص35

[2] سعيد أزكيك، مرجع سابق، ص49

عرضت صحة الأطفال وأمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، فمثل هذه النتائج تقتضي بالضرورة تكرار السلوكيات السليم[1].

2-الركن المعنوي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد:

هذه الجريمة عمدية تقتضي أن يكون الفاعل للجريمة سواء كان أبا أو أما قد تخلى إراديا عن التزاماته التربوية اتجاه أطفاله، وأن يكون واعيا أن هذا الإخلال كافيا ترتب عليه آثارا ضارة بالطفل، فبناءا على هذا الوعي بالخطر المعنوي تتكون البيئة الإجرامية لهذه الجريمة، خاصة وأن النص التجريمي ينص بصراحة على أن الفاعل للجريمة يجب أن يتخلى عن واجباته الشرعية إلى الحد الذي يعرض صحة أو أمن أو خلق الأطفال لخطر جسيم.[2]

ثانيا: المتابعة والجزاء

1- المتابعة:

أورد القانون بعض القيود على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في بعض الجرائم وأوجب بشأنها تقديم شكوى من المجني عليه، خصوصا بعض الجرائم التي تتميز بخاصية أنها تقع على الأسرة، وهذا نظرا لاعتبارات متعلقة بحماية الأسرة والمحافظة على سمعة أفرادها[3]، فجنحة الإهمال المعنوي للأولاد لا تخضع المتابعة لأي قيد، وهذا تماما كما هو عليه الوضع في جنحة ترك الطفل التي لا تشترط شكوى من الطرف المضرور [4].

2-الجزاء

إن الأفعال التي تصدر عن أحد الوالدين والمحددة في المادة 03/330 من قانون العقوبات، سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أم لم يقض بإسقاطها، فإنه يعاقب بالعقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000دج إلى 200.000 دج وإذ نجد أن المشرع شدّد في العقوبة بعد تعديله الأخير للمادة بموجب القانون رقم15-19 بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المقررة وفقا لنص المادة

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 157

[2] محمود لنكار، مرجع سابق، ص 197

[3] محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر، 2006 م، ص12.

[4] أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص153

09 من قانون العقوبات، كما أنه في حالة صفح الضحية فإنه يتم وضع حد للمتابعة القضائية وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 330 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني

جريمة عدم تسديد النفقة

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وتربية وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته النشأة القويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال ويتجلى في نفقة المحضون، خاصة في حال انفصال الزوجين ألزم قانون الأسرة الجزائري على الأب الإنفاق على أبنائه وخصهم بحماية تضمنتها المادة 78 من قانون الأسرة إذ نصت على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، نظرا لما تكتسيه النفقة من صبغة معاشية وحياتية، فهي حقا مطلقا تضمنه الدولة للطفل وتغطيه مظلة جزائية حماية لحقه في النفقة ودرءا لكل محاولات التهرب في دفعها.

ويعتبر الامتناع عن دفع النفقة من الأفعال الضارة بنظام الأسرة وكيانها، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات المادية العائلية[1]، ولقد جرمها المشرع في نص المادة 331 من قانون العقوبات التي تنص على ما يلي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

أولا: الشروط الأولية لقيام جريمة عدم تسديد النفقة

تشكل النفقة المحكوم بها قضاء على المطلق لمطلقته وأولاده بعد الطلاق التزاما أساسيا على عاتقه حفاظا على كرامتهم وصونا لعرضهم ويشكل الامتناع عن دفعها جرما يعاقب عليه المشرع الجزائري بنص المادة 331 من قانون العقوبات، فجريمة الامتناع عن دفع نفقة طبقا المادة (331 من قانون العقوبات) تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قررته

[1] بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزا ئري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 م، ص62

العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لابد من توافر شرطين وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي[1].

1- قيام دين مالي:

أ- طبيعة النفقة:

إن توفر الجانب المادي للمحضون من أكل وملبس ومسكن، وغير ذلك يساهم في شعوره بالحماية والأمان ويؤدي إلى استقرار معنوياته، وتعتبر النفقة من بين الحقوق التي أقرتها معظم التشريعات للمحضون ما لم يبلغ سن الرشد أو أنه غير قادر على الكسب لصغر سنه، فهي واجب تفرض للطفل على والديه لتلبية الاحتياجات الأساسية لبقاءه واستمرار نموه بشكل طبيعي[2]، ولقيام هذه الجريمة يفترض وجود دين يتعلق بالنفقة حسب نص المادة 331 من قانون العقوبات فبحسب هذا النص فإن الدَين الذي يعد شرطا لقيام هذه الجريمة هي المبالغ المقررة قضاء لإعالة الأسرة، فمصطلح" المبالغ المقررة قضاءا" جاء واسعا مقارنة بالصياغة الفرنسية حيث تحدث النص الفرنسي للمادة 331 من قانون العقوبات عن النفقة الغذائية Pension alimentaire " ويفهم من هذه الصياغة أن الدَّين الذي تقتضيه هذه الجريمة هو المبالغ المتعلقة بالنفقة الغذائية، فملاحظ أن هناك تناقض بين الصياغة العربية التي عبرت عن هذا الدين " المبالغ المقررة لإعالة الأسرة وبين الصياغة الفرنسية التي عبرت عنه بالنفقة الغذائية، وعند تناقض سنأخذ بالنص الأصلي وهو المادة 331 بالصياغة الفرنسية، ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها[3]، علما أن النفقة كما هي منصوص عليها في المادة (78) من قانون الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، كما أن القضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ1991/05/21 بقولها "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2005 م، ص 179

[2] Guy Raymond et Christiane Barreteau Raymond, Droit de l'Enfant et de l'Adolescence le Droit Français est-il Conforme àla Convention Internationale des Droits de l'Enfant, Éditions LITEC ,1995, p 112.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 159

ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[1]، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه" يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 221 من قانون العقوبات"[2].

وعليه على المشرع إعادة مراجعة صياغة المادة 331 من قانون العقوبات، ورفع التناقض بين النصين بما يناسب مع مضمون نص المادة 78 من قانون الأسرة، من خلال توسيع نطاق الدَين المالي الموجب لقيام هذه الجريمة، فالدَين المالي في القانون الفرنسي قد يتجاوز المبالغ ذات الطبيعة الغذائية إلى المبالغ ذات الطبيعة المعيشية والتعويضية[3].

ب- الأشخاص المستفيدين من النفقة:

النفقة التي يشترط أداؤها يجب أن تستمد مصدرها من التزام أسروي عائلي[4]، ومؤسسة على واجب عائلي[5]، فالقانون حصر بكل وضوح المستفدين من النفقة وهم الزوجة والأولاد والأصول والفروع في المادة 331 من قانون العقوبات بنصها "..... و عن أداء قيمة كامل النفقة المقررة عليه إلى الزوجة أو أصوله أو فروعه..."، وأن أصل هذه النفقة كالتزام تصبح كدين بعد الحكم بها قضاء وفقا للمواد 74 إلى 77 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن النفقة الواجبة أساسا ناتجة عن رابطة عائلية مازالت قائمة والتي تقع على كاهل المنفق وهو الأب بالنسبة للأبناء والزوج بالنسبة للزوجة، ونفس الأمر نفقة الأصول التي تقع على الفروع حسب القدرة والاحتياج .

و تكون النفقة واجب بعد فك الرابطة الزوجية بالنسبة لاستمرار نفقة الأبناء القصر إلى غاية سقوط الحضانة شرعا[6]، والمشرع الجزائري استمد وجوب نفقة المحضون من مال أبيه – إن

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/05/21، في الملف رقم(72602)، نشرة القضاة، 1995 عدد47ص149. نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص 782

[2] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2006/04/26، في الملف رقم(380958)، مجلة المحكمة العليا، 2007العدد 2، ص 585. . نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج 3، مرجع سابق، ص 1569

[3] Jean Larjueir, Anne-marie Larjuier, Philippe Conte, Droit pénal spécial, 14eme Edition, Dalloz, Paris.2004 , P295

[4] سعيد أزكيك، مرجع سابق، ص 10

[5] مكي دردوس، مرجع سابق، ص 133

[6] عبد الرحمن بن نصيب، الأسرة والقانون الجنائي، رسالة دكتوراه العلوم في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014م- 2015 م، ص96

لم يكن للمحضون مال– مما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية من أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب[1]، ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال، أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[2].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في2002/07/03 بقولها" لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون، وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد"[3]

وعليه فإذا كانت هذه النفقة لا تستند على أي واجب عائلي فإن نص المادة331 لا ينطبق عليها وإن كان الشخص المستفيد بها فردا من الأشخاص المذكورين آنفا مثال الإنفاق على الوالد أثناء تأدية فريضة الحج، مثاله كذلك الإنفاق على الولد ذي مال (المادة 1/75من قانون الأسرة) ، أو الإنفاق على البنت المتزوجة أو الابن الراشد(المادة2/75 من قانون الأسرة). [4]

2– **وجود حكم قضائي نافذ:** يشترط لقيام جنحة عدم تسديد النفقة وجود حكم قضائي نافذ يأمر بأداء النفقة.

أ– **طبيعة الحكم:** ويتعلق الأمر هنا بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي يقضي بأداء النفقة وفي هذا الصدد يجب أخذ العبارة بمفهومها الواسع الذي يتسع ليشمل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والقرارات الصادرة عن المجلس، وقد يكون أمرا صادر عن رئيس

[1] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص413

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص154

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/07/03، في الملف رقم(264458)، نقلا عن :نبيل صقر، عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 142

[4] مكي دردوس، مرجع سابق، ص 133

المحكمة[1] فقد يكون الحكم الصادر في النفقة بصفة عادية أو بإتباع إجراءات الاستعجال والتي يمارسها قاضي شؤون الأسرة وهذا تبعا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة [2]ويكون الحكم بالنفقة المؤقتة بمناسبة دعوى معروضة على محكمة الموضوع مثل دعاوى الطلاق والتطليق أو دعوى النفقة ولا يمكن رفعها منفردة وإلا قوبلت بالرفض[3]و تتم بناءا على طلب من الزوجة صراحة للقاضي بفرض نفقة ضرورية لها ولصغارها لحين صدور حكم نهائي[4] فعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومن مبررات الطلب يستطيع أن يصدر أمرا استعجالي تجاه الأب لكي يقدم إلى الحاضنة مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لمحضونيها تستمر إلى غاية صدور الحكم في دعوى الطلاق، وإذا طالت مدة إجراءات دعوى الطلاق فإنه يجوز لنفس القاضي إعادة النظر في قيمة النفقة بناءا على طلب من يهمه الأمر إما بتعديلها أو بإلغائها متى توفرت الأسباب القانونية[5]، و في هذا الصدد صدر عن غرفة الجنح والمخالفات للمحكمة العليا قرار بتاريخ1995/04/16 بقولها " من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق02 الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاءا لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد" وجاء في معرض تأسيسه" حيث تفسر كلمة الحكم بمفهومها الواسع أي حكم أو قرار أو أمر استعجالي نهائي مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه لخرقه المادة 331 من قانون العقوبات والخطأ في تطبيقها[6].

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 159

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 62

[3] عبد القادر قرموش، الدور الحمائي للقضاء في قانون الأسرة المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 92 ماي 2010، ص114 .

[4] محمد علي سويلم، شرح قانون الأسرة، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005م، ص 363

[5] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص156

[6] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ1995/04/16، في الملف رقم(124384)، المجلة القضائية، 1995 العدد02، ص192: نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج2، مرجع سابق، ص 808

وقد يحكم بالنفقة على أساس دعوى أصلية أو بصفة تبعية لدعوى أخرى، فيكون الحكم بالنفقة أصليا عندما يطلب أحد الزوجين إلزام الزوج الآخر بدفع النفقة، كأن تطلب الزوجة الحكم على زوجها بأن يدفع لها نفقة غذائية بعد أن يغادر محل الزوجية دون رجعة أو قد تطلب الحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين من طرفها، أما الحكم بالنفقة بصفة تبعية ونكون هنا بصدد دعوى أصلية مثل دعاوي الطلاق والتطليق ويتم الحكم بالنفقة للزوجة المطلقة وكذا الأبناء المحضونين من طرفها [1].

وبالنسبة لأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية، لا بد أن تكون هذه الأحكام مستوفية للشروط المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تكون هذه الأحكام الصادرة نهائية [2].

وتبعا لذلك يجب أن يكون الحكم أو الأمر القاضي بالنفقة تنفيذيا في تاريخ ارتكاب جنحة عدم دفع النفقة، ومعنى كونه قابلا للتنفيذ هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا وحاز قوة الشئ المقضي فيه، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أية طريقة من طرق الطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف ثم إمهاره بالصيغة التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاذ أو التنفيذ المعجل طبقا لنص المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية [3]ويكون الحكم أو الأمر تنفيذيا تبعا للحالات التالية:

1- إما أن يكون مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون كما في حالة الاستعجال.

2- إما أن يكون مشمول بالنفاذ المعجل الوجوبي مع التنصيص عليه في منطوق الحكم أو الأمر.

3- إما أن يكون الحكم نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية مثل المعارضة أو الاستئناف، إما لانقضاء الآجال أو لأنه صدر على الجهة القضائية من درجة ثانية وهي المجلس القضائي.

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 61

[2] إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ط2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م، ص134

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، مرجع سابق، ص 180

وعلى ذلك فإن العقوبة تستبعد إذا كان الحكم أو الأمر القاضي بالنفقة غير تنفيذي وكذا في حالة الحكم الأجنبي والذي لم يحصل على الصيغة التنفيذية من محكمة جزائرية .[1]

ب- **تبليغ الحكم:** والمقصود به هو التبليغ الذي يقوم به المحضر القضائي طبقا لنص المادة (330) من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن القائم بالتنفيذ يقوم بتبليغ المحكوم عليه بالحكم محل التنفيذ ويكلفه بتسديد النفقة في مدة عشرين يوما، ويبدأ حساب (02) شهرين عمليا من يوم الامتناع الصريح أو الضمني وأن إثبات الامتناع أو تاريخ بداية الامتناع سيكون بموجب محضر امتناع يحرره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ بعد أن يكون المحكوم عليه قد تم تسليمه نسخة من الحكم أو القرار التنفيذي ومضى أكثر من (02) شهرين بعد إعذاره ومنحه لمهلة العشرين يوما للتنفيذ الطواعي وانتهت دون جدوى. [2]

وتكمن الحكمة من التبليغ في كونه السبيل الأوثق للتأكد من علم الخصوم بمضمون الأحكام والقرارات والأوامر، ولأجل ذلك لم يكتفي المشرع الجزائري بمجرد العلم حتى ولو كان قطعيا فأوجب القيام به حتى ولو تعلق الأمر بالأحكام الحضورية فالتبليغ إجراء يسبق كل تنفيذ .والقضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون. [3]

وفي هذه الشأن قضت المحكمة العليا عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ2000/01/18 بقولها "إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توافر محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال بالملف يعد خطأ في تطبيق القانون" وجاء في معرض تأسيسه " عن الوجه الأول لوحده الرامي إلى الطعن المأخوذ من مخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه أدان المتهم بدفع النفقة الغذائية للطرف المدني على أساس أحكام المادة331 من قانون العقوبات في حين أن الملف خالي من محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال" [4]

ثانيا: أركان جريمة عدم تسديد النفقة

لكي تقوم جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء لابد من توفر ركنين أساسيين: الركن المادي والركن المعنوي

1- **الركن المادي:** لقيام الركن المادي لهذه الجريمة يجب توفر عنصرين أساسيين هما:

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 62، 63

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، مرجع سابق، ص 181

[3] عبد الرحمن بربارة ، مرجع سابق، ص 313

[4] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2000/01/18، في الملف رقم(229680)، المجلة القضائية، 2001 العدد01، ص364.نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج 3، مرجع سابق، ص 1026

أ-**الامتناع عن تسديد النفقة:** هو امتناع المحكوم عليه بالنفقة عن قصد واستهانة منه بالحكم الصادر عن القضاء الوطني، وتجاهله عمدا لهذا الحكم [1]ولا فرق بين عدم التنفيذ الكلي وعدم التنفيذ الجزئي، لأن القانون يعاقب كل من يبقى لمدة تتجاوز شهرين دون الوفاء بكل الإعانات المحددة من طرف القاضي ولا بدفع المقدار الكامل للنفقة، وعلة ذلك فالعقوبة تطبق ولو أمام وفاء جزئي[2] وكذلك الدفع اللاحق بعد مدة لكامل النفقة لا يعف المدين بالنفقة من العقوبة [3]وهذا ما أكدت عليه المادة 331 من قانون العقوبات في نصها "... كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه..."، ويجب أن ينصب الوفاء الذي يسمح باستبعاد العقوبة على ما هو محكوم به، فلا يستطيع المتهم الإدعاء بالوفاءات التي يزعم أنه قام بها بواسطة الغير، أو لصالح الغير من أجل الصيانة أو المسكن أو نفقة الأطفال ولا واقعة أنه وهب لزوجته عقارا[4]، ولقد قضى القضاء الفرنسي برفض ما دفع به الزوج كونه وهب زوجته وأطفاله عقارا، على أساس أن هذه الهبة لا تعفيه من سداد النفقة الغذائية المقررة لزوجته ولأولاده[5] وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ2008/06/04" إن جريمة عدم تسديد النفقة تبرز في ركنها المادي المتمثل في الامتناع عن تسديد النفقة الملزم بها لمدة تزيد عن 02 شهرين وركنها المعنوي المتمثل في الامتناع عمدا" [6]، وهذا ما أكدته في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ1982/06/01 بقولها" إن جريمة الإهمال العائلي هي جنحة مستمرة فالمتهم الذي تماطل عن دفع النفقة المحكوم بها لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكبا لجريمة الإهمال العائلي إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ التي عليه[7]".

ب- الامتناع عن تسديد قيمة النفقة لمدة تتجاوز شهرين:

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص39

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 63

[3] المكي دردوس، مرجع سابق، ص134

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 63

[5] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 181

[6] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2008/06/04، في الملف رقم(4127364)، نشرة القضاة، 2012، العدد67 ص265 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 4، مرجع سابق، ص1826

[7] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ1990/01/23، في الملف رقم(59472))، غير منشور .نقلا عن:العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05، مرجع سابق، ص437

لقيام جريمة عدم تسديد النفقة اشترطت المادة 331 من قانون العقوبات الامتناع عن أدائها لمدة تزيد عن شهرين متتاليين دون انقطاع، فالسؤال المطروح: هو كيفية بداية حساب مدة الشهرين وانقضائها؟

بعد صدور الحكم القضائي القاضي بالنفقة للمحضون، تقوم الحاضنة بتنفيذ هذا الحكم عن طريق المحضر القضائي، ويقوم هذا الأخير بتبليغ الأب بمحضر الالتزام بالدفع، ويمنح له مدة 20 يوما لتنفيذ الحكم، وإذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم ودفع النفقة للمحضون، فإن مدة شهرين المنصوص عليها قانونا تحتسب بعد مهلة 20 يوما التي يمنحها المحضر القضائي للمعني بالالتزام بالدفع وهو الأب، فما استقر عليه القضاء هو أن يبدأ سريان مهلة الشهرين من تاريخ تبليغ الحكم النهائي القاضي بالنفقة من طرف المحضر القضائي[1]، كما أنه في حالة مباشرة المدين للوفاء ثم يتوقف عن ذلك، فإن الميعاد يبدأ من جديد ابتداء من الوفاء الأخير الذي قام به المدين، ويجب أن يكون ميعاد الشهرين قد تحقق يوم مباشرة المتابعة وإلا فإن عناصر الجنحة لا تقوم[2]، فالجريمة تقوم بانقضاء مهلة الشهرين ولا يهم بعد ذلك ما يحدث من مستجدات كأن يصدر حكم جديد يقضي بتعديل أو إلغاء الحكم القاضي بالنفقة محل التنفيذ[3]، وأن إثبات الامتناع أو تاريخ بداية الامتناع سيكون بموجب محضر امتناع يحرره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ بعد أن يكون المحكوم عليه قد تم تسليمه نسخة من الحكم أو القرار التنفيذي ومضى أكثر من (02) شهرين بعد إعذاره ومنحه لمهلة العشرين يوما للتنفيذ الطواعي وانتهت دون جدوى[4]، وهذا ما أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في2000/01/18 حيث جاء فيه " إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توافر محضري الالتزام بالدفع وعدم الامتثال بالدفع يعد خطأ في تطبيق القانون" [5].

ويثار التساؤل أيضا حول بداية حساب مهلة(02) الشهرين هل تحسب من تاريخ تقديم الشكوى أم من تاريخ المتابعة؟ لم يجب القضاء الجزائري على هذا التساؤل أما القضاء الفرنسي فقد تطور موقفه إزاءها حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بادئ الأمر بأن تاريخ تقديم الشكوى هو

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص39

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 66

[3] عبد الرحمن بن نصيب، مرجع سابق، ص101

[4] عبد العزيز سعد، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، مرجع سابق، ص 181

[5] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ2000/01/18، في الملف رقم(229680)، المجلة القضائية، العدد01 2001م، ص364

الذي يؤخذ بالاعتبار لحساب مهلة (02) الشهرين وليس تاريخ المتابعة القضائية ثم تراجعت عن هذا الموقف واستقرت على أن مهلة (02)الشهرين يبدأ حسابها من يوم المتابعة القضائية وليس من تاريخ تقديم الشكوى. [1]

2- الركن المعنوي:

تقتضي جنحة عدم تسديد النفقة توافر ركنا معنويا كغيرها من بقية الجرائم، يتمثل في القصد الجنائي، والذي يتجسد في الامتناع عمدا عن أداء النفقة مدة أكثر من شهرين، أي تعمد من حكم عليه بالنفقة عدم الدفع مع الإدراك المسبق بمعاقبة القانون الجزائي بهذا التعمد، تنكيلا بمستحق النفقة المحكوم بها وإمعانا في الإضرار به وإلحاحا في ضغط الحاجة عليه [2]، وقد أثبت التطبيق القضائي أن بعض الأزواج يعمدون إلى ارتكاب هذه الجريمة إضرارا بزوجاتهم على حساب أطفالهم الذين يدفعون ثمن خلافات أبويهم مما يؤثر مباشرة على حقهم في النفقة والتربية بعجز الأم عن تلبية حاجاتهم.

وعليه لا يشكل عدم دفع النفقة لمدة تجاوز الشهرين جنحة إلا إذا كان عمديا، أي تتجه إرادة الجاني إلى الامتناع عن تسديد النفقة الواجبة علية بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ [3]، فالمشرع أوجد قرينة قانونية على كون عدم الدفع عمديا، وهذه القرينة بسيطة لكن على المتهم إثبات عكس مدلولها، غير أنه ليس في مقدوره إثبات العكس باستناد إلى إحدى الوقائع أو الوضعيات التالية :

- الإعسار الناتج عن سوء السلوك
- الكسل والذي يشكل في حد ذاته تهاونا من المدين لا يمكن التسامح معه بشأنه.
- السكر وهنا نكون بصدد خطأ، لأن المدين ينفق الأموال في السكر بدلا من الوفاء بمبالغ مالية.

وبالمقابل باستطاعة المدين أن يثبت عكس مدلول قرينة العمد، إذا أثبت بأن سبب عدم الدفع راجع لأسباب خارجة عن إرادته ودون أن يرتكب لأي خطأ أو إهمال أو تهاون، كأن يكون إعساره ناتج عن المرض، أو عن تسريحه عن عمل لإفلاس المؤسسة التي يعمل بها أو تم حلها أو تخصيصها مع تقليص في عدد العمال [4].

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 165

[2] رضا خماخم، مرجع سابق، ص 159

[3] مكي دردوس، مرجع سابق، ص135

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الجزائي، مرجع سابق، ص 67

ثالثا: المتابعة والجـــزاء

1- **المتابعة:** تتم متابعة المتهم بعدم تسديد النفقة بإتباع الإجراءات التي نص عليها المشرع في المادة 337 من قانون الإجراءات الجزائية حيث يمكن لحاضن الطفل المحكوم له بالنفقة تقديم شكوى عن طريق الإدعاء المباشر تتضمن الأسانيد التالية:

- نسخة من الحكم القضائي المتضمن استحقاق الطفل للنفقة .
- محضر تبليغ هذا الحكم تبليغا رسميا صحيحا.
- محضر امتناع عن الدفع محرر من العون المكلف بالتنفيذ. [1]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ1996/06/30 حيث جاء في قرارها " تنقضي جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء بتوافر الشروط الآتي بيانها التي يتعين إبرازها في قرار الإدانة: وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة للزوج أو الأصول أو الفروع، أن يكون السند القضائي قابلا للتنفيذ، القيام بإجراءات التنفيذ، أن يمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمستحقيها لمدة تفوق الشهرين[2].

و تعد جريمة عدم تسديد نفقة جريمة متتالية ومستمرة تتحقق كلما امتنع المحكوم عليه عن أداء النفقة المحكوم بها بموجب حكم قضائي، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ1982/06/01 جاء فيه ما يلي: "إن جرم عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة، فالمتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب الأداء"[3].

لقد نصت الفقرة الأخيرة من نص المادة331 من قانون العقوبات على أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائية، أي أنه يمكن للضحية أن يتنازل عن دعواه بعدما رفعها وذلك بالصفح عن المتهم بعد دفع كامل المبالغ المستحقة، ويصدر الحكم في هذه الحالة بانقضاء الدعوى العمومية بالصفح.

لم يضع المشرع الجزائري أي قيد أو شرط لإجراءات المتابعة في هذه الجريمة، أي أنه لا يشترط تقديم شكوى من الشخص المضرور، بل يحق للنيابة مباشرة إجراءات المتابعة تلقائيا وتحريك الدعوى العمومية متى توافرت لها الأسباب الكافية لذلك[4] بل تعدى الأمر بالمشرع إلى

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 162

[2] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ1996/06/30 رقم قرار(132862)، غير منشور، نقلا عن أحسن بوسقيعة قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 م، ص128

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 186

[4] مكي دردوس، مرجع سابق، ص 137

اعتبار أن سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا للمتابعة وهذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ1998/07/21 بقولها" من المقرر قانونا أنه تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة"، ولما ثبت في قضية الحال أن الجريمة تتعلق بجنحة عدم دفع النفقة وأن سحب الشكوى أو التنازل عنها في قضية الحال لا يفضي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للتنفيذ علما أنه عند مراجعة أوراق الملف تبين أن الطرف المدني لم يسحب شكواه بل طالب بتأييد الحكم المستأنف فيه[1]، كما أن حصول الصلح بعد ارتكاب جريمة عدم تسديد النفقة يبقيها قائمة، حيث يلزم المدين بها[2] .

وللدائن بالنفقة حق تقديم الشكوى، وبتعبير آخر يمكن للأطفال المحكوم لهم بالنفقة أن يقدموا شكوى كتابية أو شفهية مرفقة بنسخة من الحكم إلى أحد ضباط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية الموجودين ضمن دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها الشاكي، ويطالب باتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية بردع الشخص الممتنع عن الاعتراف بالحكم القضائي وعن تنفيذ مضمونه ويمكن للضحية المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها طيلة أكثر من شهرين متتاليين [3]

أما المحكمة المختصة بالفصل في جنحة الامتناع عن النفقة فاستثناء من القاعدة العامة للاختصاص المحلي المنصوص عليه في المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية التي تمنح الاختصاص بالفصل في الدعاوى العامة إلى محكمة موطن المتهم، أو محكمة مكان وقوع الجريمة، أو محكمة مكان القبض على المتهم أو أحد شركائه، ثم جاءت المادة03/331 من قانون العقوبات حيث يعود الاختصاص بالنظر في هذه الجنحة لمحكمة موطن أو محل إقامة المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، وهو خروج عن القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص الاختصاص المحلي، إذ في غير موضوع المادة331 من قانون العقوبات يعود الاختصاص المحلي للنظر في الجنح إلى المحكمة التي تقع في دائرتها الجريمة أو التي يوجد فيها مقر إقامة المتهم أو التي ألقي فيها القبض عليه مادة 329 من قانون العقوبات

[1] المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ1998/07/21، في الملف رقم(164848)، المجلة القضائية، 1998 العدد2، ص150، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، ج 2، مرجع سابق، ص 919

[2] جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج1، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002 م ص98

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 35

أي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى المطالب بالنفقة[1]، ذلك أن هؤلاء المستحقين يكونون في الغالب من العجزة كالزوجة والأولاد وكذلك الوالدين عند كبرهما وذلك لكي لا يتحتم عليهم التنقل المتعب إلى جهات قضائية بعيدة عن مسكنهم، وعلى هذا فلهؤلاء المستفيدين من هذه الفقرة وحدهم حق التمسك بهذا الدفع دون غيرهم [2].

2- **الجـــــزاء**

إن جنحة عدم تسديد النفقة، تستوجب تسليط الجزاء في الحالة توافر كل العناصر المكونة للجريمة بما فيها الركن المادي والركن المعنوي على مرتكبها

4-العقوبات الأصلية :

تنص المادة 331 من قانون العقوبات على" يعاقب بالحبس من 06أشهر إلى 03سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ، ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته وعن 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 الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال" هذا في حالة قيام وثبوت جريمة عدم تسديد النفقة في حق المتهم[3]

5- العقوبات التكميلية:

وعلاوة على العقوبات الأصلية يجوز الحكم على الشخص المدان بالعقوبات التكميلية المقررة للجنح[4] المنصوص عليها في المادة330 من قانون العقوبات كما تضيف المادة332 من قانون العقوبات أنه يجوز للقاضي علاوة على ما سبق أن يحكم بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة14 من قانون العقوبات من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر، وفي حالة تعذر التنفيذ الكلي أو الجزائي للأمر أو الحكم القاضي المحدد لمبلغ (النفقة المحكوم بها لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين والنفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق أو النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة) بسبب امتناع المدين بها (والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق) عن الدفع أو عجزه عن ذلك لعدم معرفة محل إقامته

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 108

[2] أحسن بوسقيعة، قانون . العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 144

[3] محمد بن وارث، مرجع سابق، ص 132

[4] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 163

تم إنشاء صندوق النفقة بموجب القانون رقم15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 الذي يكفل دفع النفقة لمستحقيها في حالة امتناع الأب أو الزوج عن التسديد، وتنتقل متابعته من قبل الدولة بدل متابعته من طرف الدائن بالنفقة، وتتمثل هذه المستحقات في المبالغ التي يدفعها صندوق النفقة للدائن بها والتي تساوي مبالغ النفقة، حيث تدفع للمحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة وفقا الإجراءات المنصوص عليها.

لكن ما فائدة وجدوى عقاب الملزم بالنفقة مع بقاء مستحقيها من دون نفقة خصوصا أنها هي أساس عيشهم[1]، لهذا من الأجدر أن لا تتجاوز مدة الامتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء شهرا واحدا على الأكثر، وهذا حتى لا يلحق الأولاد العوز والحاجة والضرر جراء فقدانهم لأبسط ضروريات الحياة.

[1] عبد الرحمن بن نصيب، مرجع سابق، ص102

الفصل الثاني
الضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة

الفصل الثاني

الضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة

ترتبط التنشئة الاجتماعية بالعلاقة بين الوالدين والطفل من أجل تحويل الطفل إلى إنسان اجتماعي يستطيع أن يتكيف مع المعايير المجتمعية الخارجية ويؤدي وظيفته ودوره الاجتماعي لهذا فإن اتجاهات الطفل نفسه وأفكاره ومشاعره في نطاق الأسرة يجب أن تكون موضع اعتبار إذا ما حاولنا تقييم أي من هذه الأمور[1]، فتعد الطفولة أولى مراحل الحياة، وأولى خطاها نحو التكامل والتسامي، وهي مرحلة أساسية ومهمة في التكوين والتقويم، حيث يتم فيها إعداد الطفل وتأهيله ليستقبل مراحل عمره المقبلة بإدراك قوي وبعقلية أنضج وبمعلومات أوضح[2].

ولكن قد يكون للعلاقة بين الوالدين والطفل لها أثرها السيئ، خاصة عند تفكك الأسرة وانحلالها، وهذا له انعكاساته السلبية على الطفل حيث أنه بإمكاننا أن نتخيل موقف حرمان الطفل من أبيه أو أمه ونحس شعور هذا الطفل، وما يترتب على ذلك من توترات نفسية واجتماعية تؤدي إلى توتر شبكة العلاقات الاجتماعية والأسرية، فالطلاق يترك آثاره في الرجل والمرأة مثلما يتركه في حياة الأطفال وفي نموهم النفسي والمعرفي والسلوكي، لهذا يعتبر البناء السليم للأدوار الأسرية واحدا من أهم العوامل في تكوين شخصية الطفل، وذلك لان الطفل يتأثر كثيرا بالظروف التي تحيط به، لذلك تركز معظم الدراسات التي تتعلق بتنشئة الطفل على البناء الأسري والأدوار داخل الأسرة.

لذا وضع المشرع قواعد قانونية تضمن الرعاية والتربية السليمة للطفل خاصة بعد حدوث الطلاق، إذ أوجب على القاضي عند حكمه بالطلاق أن يمنح حق حضانة الطفل لمن يستحقها فقد غدا حق الطفل في الحضانة حقا أصيلا تتفرع عنه حقوقا أخرى، وهي حقوق تحميه وتحيطه بالأمان إلى حين بلوغه السن التي تجعله مؤهلا بدنيا وعقليا ليتولى أمره فيعرف واجباته ويقوم بدوره الفعال في المجتمع، وأمام هذه الحقوق تتنوع وسائل الحماية تبعا لذلك، ومؤدى هذا الاهتمام هو أن الاعتداء على حقوق الطفل سيؤدي به إلى النمو وسط بيئة يبقى دائما يمقتها، مما سيؤهله للانحراف، الأمر الذي جعل القوانين الوضعية الحديثة تتولاه بالحماية والرعاية[3] والأكيد أن تكريس

---

[1] خيري خليل الجميلي، الخدمة الاجتماعية للأحداث المنحرفين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1994 ص72

[2] مخلد الطراونة، مرجع سابق، ص272

[3] FLORENCE LAROCHE GISSEOT, Les droits de l'enfant, édit. Dalloz, Paris, 1996.p.1.

الحماية المادية والمعنوية للطفل بنصوص قانونية غير كافي لوحده لضمان تمتع الطفل بها، بل إن جهاز القضاء هو من يجسد هذه الحقوق ويحميها في الواقع.

و لقد جاءت إرادة المشرع الجزائري متماشية لتراعي هذه الحقيقة، حيث دل على هذا الاهتمام النصوص التشريعية العقابية التي جاءت متناثرة ما بين قانون العقوبات وبعض النصوص الخاصة، والتي حمت الطفل من أي اعتداء عليه سواء على حقوقه المادية أو المعنوية.

ولمجابهة التحديات والمخاطر الكبرى التي يواجهها المحضون، لم يدخر المشرع الجزائري جهدا في سبيل، بل سعى لتوفير آليات عملية لتفعيل حماية المحضون الكفيلة لرعاية والحماية الطفل سواء على المستوى التشريعي أو القضائي، الأمر الذي يجعل تلك القواعد في منأى عن الجمود مما يسمح لها بإيجاد الحلول اللازمة للإشكالات المطروحة الناتجة عن التطورات الهائلة والسريعة التي يعرفها المجتمع.

ولكي تتضح الضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة من مختلف جوانبها الأخرى يحسن تقسيم هذا الفصل إلى عدة مباحث نبدؤها بالنفقة وضماناتها كحق من حقوق المحضون(المبحث الأول)، ثم نعرج على الزيارة وضماناتها كحق من حقوق المحضون(المبحث الثاني)، ثم نتممها بآليات عملية لتفعيل حماية حقوق المحضون(المبحث الثالث).

المبحث الأول

النفقة وضماناتها كحق من حقوق المحضون

إن انحلال الرابطة الزوجية، من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا وشرعا، ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر بها وينتج عن ذلك آثار تتطلبها ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليما، ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون وحقه في السكن والزيارة للحفاظ على العلاقات الأسرية، فإذا ما توفر العنصر المادي للمحضون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه، فإن هذا يجعل المحضون يحس براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن واستقرار مادي، ومن هنا فإن أهم النقاط التي تثار في تحديد المصلحة المادية للمحضون تتمثل في نفقة المحضون والحق في السكن .

المطلب الأول

مفـــهوم النفقـــة

إن حضانة الطفل تستلزم توفير كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته تنشئة قويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، وتتجلى في نفقة المحضون وسكنه وكسوته، وعلاجه.

الفرع الأول

تعريف النفقـــة

أولا: التعريف اللغوي للنفقة

يقال :نفق الشيء نفقا، بمعنى نفذ، يقال نفذ الزاد، وانقضت الدراهم، بمعنى نفذت، والنفقة اسم من الإنفاق، وما ينفق من الدراهم والزاد، وما يقرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكن والحضانة ونحوها وجميعها نفقات أو نفاق[1].

ثانيا:التعريف الاصطلاحي للنفقة:

1-الاصطلاح الشرعي : عرفت النفقة بتعاريف عدة عند الفقهاء على النحو التالي

- تعريفها عند الحنفية " النفقة هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه "[2].

[1] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق ، ص 942

[2] اسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة(الحنفية والشافعية)، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار حامد، الأردن 2009م، ص199

- تعريفها عند المالكية" قال ابن عرفة المالكي "القوام" بالقوت فقط، وأدخل بعضهم الكسوة والذي يظهر فيها جميع المؤن[1].
- تعريفها عند الشافعية "هي صرف الشيء في غيره، ويطلق على المال المصروف، ولا يستعمل إلا في الخير" [2]
- تعريفها عند الحنابلة " كفاية من يمونه خبزا، وأدما وكسوة، ومسكنا وتوابعها "[3]

فالنفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته، من طعام وكسوة، وسكن وخدمة، وكل ما يلزم للشخص بحسب ما جرى عليه العرف[4]، بمعنى آخر هي كل ما ينفقه الإنسان على غيره من نقود ونحوها من الأموال[5].

2- الاصطلاح القانوني:

و يقصد بها توفير احتياجات الطفل من مأكل وملبس ومشرب بالإضافة إلى دفع بعض الأمور التي قد يحتاجها الطفل في شؤون حياته كمصاريف العلاج والدراسة.... وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"

والنفقة هي واجب تفرض للمحضون على والديه لتلبية الاحتياجات الأساسية لبقاء الطفل واستمرار نموه بشكل طبيعي[6]، وقد أقرَ المشرع الجزائري الحق في النفقة في المادة 75من قانون الأسرة الجزائري بحيث نصت على ما يلي تجب نفقة الولد على الأب مال يكن له مال، فالنسبة لذكر إلى سن الرشد والإناث إلى سن الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب " فنفقة الطفل المحضون تكون واجبة على الأب، دون خلاف ولا يشاركه أحد لأنه المسؤول عنه[7].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، ج3، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2000 م، ص301

[2] اسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص199

[3] ياسر أحمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل و أحكامه في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة)، (د.ط)، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، (د.ت.ن)، ص51

[4] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص261

[5] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص169

[6] Guy Raymond et Christiane Barreteau-Raymond, Op.cit , p 112

[7] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص259

الفرع الثاني
دليـــــل وجوبهـــا

ثبت وجوب النفقة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع

أولا: الكتاب

قوله تعالى :﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ سورة البقرة: الآية 233.

في هذه الآية أن الله تعالى أوجب على الآباء إعطاء أجرة رضاعة الوالد للأمهات وهدا دليل على أنها واجبة على الأب فالأزواج يجب عليهم دفع أجرة الرضاعة للأمهات[1] والمولود له هو الأب، والرزق هو الإنفاق الكافي بالمعروف، أي المتعارف عليه من غير إفراط ولا تفريط، لأن النفقة شرعت للحاجة والضرورة[2].

ثانيا: السنة النبوية

ما جاء عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف" و بهذا أنه عليه الصلاة والسلام أباح لهند أن تأخذ للولد من مال أبيه بالمعروف، من غير إذنه، ولو لم تكن نفقته واجبة، عليه لما أباح ذلك[3].

ثالثا: الإجماع

أجمع فقهاء الإسلام على وجوب نفقة الأولاد على آبائهم، ولقد استدلوا على وجوب نفقة الولد على أبيه بالمعقول، بما أن الأب ينفق على نفسه لإحيائها وجب عليه الإنفاق على ولده الذي هو جزء منه[4] .

---

[1] إيمان مصطفى البغا، نفقات الاقارب في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية) ، (د.ط) دار المصطفى، دمشق، 2009م، ص100

[2] أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع و القانون، مرجع سابق، ص113

[3] السيد سابق، مرجع سابق، ص147

[4] إيمان مصطفى البغا، مرجع سابق، ص102

المطلب الثاني

أحكـــــام النفقـــــة

إن الغاية الأساسية للحضانة هي حماية المحضون معنويا ونفسيا وتربويا ورعايته ماديا لضمان توفير ما يلزمه وتغطية حاجاته الضرورية ضمانا لراحته وتحقيقا لمصلحته ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وتوفير الحاجات الضرورية له كي يعيش في اطمئنان واستقرار، أقر المشرع هذا الواجب وكفله بنصوص قانونية و اعتبره حقا مطلقا تغطيه مظلة جزائية تضمنه الدولة وذلك درءا لكل محاولات التهرب والمماطلة في دفعها فموجبات نفقة المحضون تتمثل في تحديد نوع الرابطة التي من الواجب أن تجمع بين الطفل والمدين بالإنفاق عليه وهو الأب بصفة أصلية و الأم بصفة تكميلية عند إعساره، وعند امتناع الدائن الأصلي والتكميلي لهذه النفقة تتدخل الدولة في إطار مسؤوليتها كضامنة لمصلحة المحضون من خلال صندوق النفقة .

الفرع الأول

مشتمـــلات النفقـــة

لقد تضمنت المادة 78 من قانون الأسرة عناصر نفقة المحضون وهي: الطعام واللباس والعلاج والسكن أو أجرته، وكل ما يعتبر في العرف والعادة، وعليه تتمثل عناصر النفقة فيما يلي:

- الغذاء: وهو كل ما يقتات به المحضون من طعام وشراب، وكل ما يلزم لإشباع المحضون وفق ما هو متعارف عليه عادة.
- اللباس أو الكسوة: وتتمثل في لباس الشتاء والصيف وتكون حسب الكفاية والعادة.
- العلاج: علاج المحضون ضروري على والده في حال مرضه وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ2007/10/10 بقولها" :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 بالإنفاق على ابنه المعوّق[1].

كما يعتبر الحق في الضمان الاجتماعي وفي المنح العائلية من مشتملات النفقة وعليه مادامت المنح العائلية حق للمحضون فيحق للأم المطلقة مطالبة الأب بمنحة الطفل في حال ما إذا أسندت لها الحضانة، والوالد الذي يتقاضى هذه المنحة ملزم بدفعها للمحضون من غير حكم

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم(404527) قرار بتاريخ2007/10/10، غير منشور

قضائي، ومن ثم فإن الحكم بالمنح العائلية تلقائي من طرف القاضي إضافة إلى النفقة كما أن المنحة العائلية حق للمحضون يقبضها من له الحق في الحضانة[1].

- السكن: لما كان مدار الحضانة على نفع المحضون ورعاية مصلحته وتوفير المناخ الملائم لاطمئنانه واستقرار نفسيته[2]، فقد أوجب المشرع الجزائري توفير مسكن للممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته، فحق المحضون في السكن تضمنه قانون الأسرة11/84 قبل التعديل في المادتين52 و72 من قانون الأسرة حيث كان استحقاق السكن لممارسة الحضانة معلقا على شروط واقفة وهي أن لا يكون للزوجة المطلقة ولي يقبل إيواءها مع الأولاد، وأن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون[3]، وعدم زواج المطلقة وثبوت انحرافها وأن يكون للزوج أكثر من مسكن أي يملك مسكنا آخر غير مسكن الزوجية، فالأولاد يبقون مع أمهم في مسكن الزوجية وعلى الأب مغادرته[4]، في حين نجد أن المادة72 تقرر خلاف لنص المادة52 من نفس القانون[5] مما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة 72 من قانون الأسرة هي عمومية في لفظها ومعناها وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة[6].

ونظرا للتناقض التشريعي وتضارب اجتهادات القضاء فرض على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة فيما يتعلق بتوفير سكن للممارسة الحضانة بإعادة صياغة نص المادة72 من قانون الأسرة بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير السكن المستقل فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم(267158) قرار بتاريخ2002/07/31، غير منشور.

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 243

[3] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 328

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 442

[5] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 328

[6] نفس المرجع، ص328

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.

أولا :تقدير النفقة

إن الفقه الإسلامي أعطى لنفقة الأولاد على حسب الكفاية من الخبز، الشراب والكسوة والسكنى والرضاع، وسبب ذلك أنها لا توجب إلا للحاجة فتكون في حدود طاقة الأب يسرا وعسرا وإلا حسب تقدير القاضي لحالة الأب والولد[1]، فذهب الحنابلة والمالكية إلى القول أنه تقدر حسب حالة الزوجين إما يسرا إما عسرا، غير أنه ذهب الحنفية والشافعية للقول على أنها تقدر بحسب حال الزوج يسيرا وعسيرا[2] .

أما موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة79 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 موسرا فرضت عليه نفقة الموسرين، وإذا كان معسرا تفرض عليه نفقة المعسرين، وإن كان متوسطا يلزم بنفقة الوسط أي بحسب ما يناسبه من الأصلح والأيسر في الدفع، فالعامل المحترف تقدر نفقته حسب عمله، والموظف بالشهر[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ1987/04/09 بقولها" أنه من المقرر فقها وقضاءً أن تقدير النفقة المستحقة

---

[1] رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، (د.ط)، منشورا ت الحلبي الحقوقية بيروت، 2007م، ص614

[2] أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، معرفة السنن وأثاره، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، (د.ط)، المجلد11، دار الوفاء، مصر، 1991م، ص 279

[3] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص172

يعتمد على حال الزوجين يُسرا أو عُسرا، ثم حال مستوى المعيشة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية."[1] .

ويعود الحكم للقاضي بالنفقة من يوم رفع الدعوى هذا ما نصت عليه المادة 80 من من قانون الأسرة الجزائري تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى[2].

ثانيا: شروط استحقاقها:

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[3] والأصل في وجوب نفقة الابن على أبيه 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:

6- أن يكون الولد فقيرا لا مال له وعاجزا عن الكسب:

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[4]، وهذا ما ذهب إليه الشافعية بقول أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فقيرا أما إذا كان غنيا فنفقته من ماله حسبهم هو من يملك بحد كفايته، ويكون فقيرا غير موسر حسب الحنابلة[5].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم(446630) قرار بتاريخ1987/04/09، غير منشور

[2] لحسين بن شيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، مرجع سابق، ص82

[3] أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 189

[4] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص431

[5] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص514، 516

و جعل كل من المالكية[1] والشافعية[2] والحنفية[3] والحنابلة [4] العجز عن الكسب سببه الصغر أو الأنوثة أو طلب العلم، فبالنسبة للصغر فالولد الذي لم يبلغ حد الكسب وكان غلاما فيكون للأب أن يدفعه لتعلم حرفة، أما إدا كانت أنثى فله أن يسلمها إلى امرأة تعلمها حرفة تنتفع بها مستقبلا، وطالب العلم النافع يعتبر عاجزا عن الكسب حتى وإن كان قادرا على الكسب فنفقته على أبيه[5].

7-المرض الذي يمنعه من العمل:

إتفق جمهور الفقهاء أن نفقة الولد ذكر أو أنثى على أبيه إذا كان به عاهة أو مرض يمنعه من الاكتساب، فقال كل من المالكية[6] والشافعية والحنابلة والحنفية إذا بلغ مجنونا أو به عاهة تمنعه من الاكتساب فنفقته تستمر على والده .

أما موقف المشرع الجزائري فنجد المادة 75 من قانون الأسرة تنص على 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" 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[7] فالأب كمبدأ عام ملزم بالإنفاق على أولاده، وهذا ما تضمنته المادة 75من قانون الأسرة تجب نفقة الولد على الأب وحتى يلتزم الأب بالإنفاق يجب أن يكون

---

[1] عبيد الله بن الحسين بن الجلاب المالكي، التفريع في فقه مالك بن أنس، ج2 ، ط2 ، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1987م، ص112

[2] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 478

[3] مجد الدين عبد الله بن محمود المعروف بأبو الفضل الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (د.ط)، دار الكتب العلمية لبنان، (د.ت.ن)، ص11

[4] عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، طبع في المطابع الأهلية للاوفيست (د.ب.ن)، 1400هـ، ص131

[5] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص . 220

[6] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 513

[7] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/02/07، قرار رقم (47915)، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص65

الولد فقيرا معسرا لا مال له[1] وأن يكون الأب قادرا على الإنفاق على أولاده، كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[2] وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجزه عن الإنفاق طبقا لنص المادة76 من قانون الأسرة الجزائري ولكن هذا الواجب لا ينتقل إلى الأم إلا إذا كانت ذات مال وذات مدخول[3].

لفرع الثالث

سقوط نفقة الأولاد

أولا: موقف الفقه الإسلامي:

ذهب المالكية للقول أن نفقة الذكر تسقط إذا بلغ سليما صحيحا وكذا إذا استغنى عنها بالكسب[4]، وتسقط نفقة الغلام عند الشافعية باحتلامه[5]، في حين جعل الحنفية[6] والحنابلة[7]، سقوط نفقة الذكور بقدرتهم على الكسب غير أنهم لم يحددوا السن التي يتم الاعتماد عليها ليكون قادرا على الكسب.

أما بالنسبة للنفقة الأنثى فتسقط عند الشافعية بالمحيض[8]، أما الحنفية فتسقط باكتسابها أو بزواجها، أما إذا طلقت عادت نفقتها على أبيها ويلتزم الأب بالإنفاق عليها أيضا إذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها على زوجها بنشورها مثلا[9] وذهب

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 390

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 84

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 225

[4] القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1 ، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م ص639 .

[5] أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 ص 484.

6 عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص203.

[7] .عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص512.

[8] أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، مرجع سابق، ص484.

[9] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص204 .

المالكية للقول أن نفقتها تسقط على والدها بزواجها" **أي البناء**"، أما إذا طلقت وعادت إلى أبيها بالغة صحيحة البدن فهو غير ملزم بالنفقة عليها[1].

ثانيا: الأساس القانوني

أما موقف قانون الأسرة فتسقط نفقة الذكر في التشريع الجزائري ببلوغه سن الرشد وهو 19 سنة أو بقدرته على الكسب وفقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت ".....فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب" ، أما نفقة الأنثى فتسقط بزواجها أو بقدرتها على الكسب، وهذا ما جاءت به المادة 75 من قانون الأسرة، فالمشرع جعل استحقاق الأنثى لنفقتها بعدم زواجها أما إذا تزوجت انتقلت نفقتها إلى زوج[2].

المطلب الثالث

صندوق النفقة كآلية لتفعيل تنفيذ أحكام النفقة

سعى المشرع الجزائري إلى إيجاد حلول ذات فاعلية لمساعدة المطلقات على الاستقرار المادي والنفسي والاجتماعي داخل المجتمع، من خلال إيجاد حلول لإشكالات النفقة وذلك بتبني إستراتيجية تهدف لدعم ومساندة المطلقة الحاضنة ماديا، وتقديم حلول سريعة لمواجهة آثار عدم تسديد النفقة من قبل المدين بها، بموجب القانون رقم01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

الفرع الأول: تعريف صندوق النفقة

باستقراء نص المادة 02 من القانون 01/15 جاء فيها" :يقصد في مفهوم هذا القانون بالمصطلحات الآتية :النفقة النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".

لم يرد تعريف لصندوق النفقة من خلال أحكام القانون 01/15 المتضمن إنشاؤه والذي بين مضمونه لبعض المصطلحات التي احتواها كالنفقة، والمستحقات المالية المصالح المختصة، المستفيد من النفقة.... دون الإشارة إلى تعريف لصندوق النفقة.

[1] أبو عبد الله مالك بن انس، المرجع السابق، ص639

[2] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص211.

ويمكن تعريفه بأنه صندوق احتياطي يتولى تنفيذ مبلغ النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين والنفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق وكذلك النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة.

وبالتالي يعتبر صندوق النفقة أحد أهم الأهداف التي سعى المشرع لتحقيقها بغية ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة الأولاد و المطلقة، ومن أسباب إنشاءه مايلي:

8-التكفل بالإشكالات التي تواجه المطلقة الحاضنة والناجمة عن كيفية تحصيل النفقة للأطفال المحضونين.

9-تمكين المرأة المطلقة والأطفال المحضونين الاستفادة المادية من صندوق النفقة.

10- حل العراقيل المادية و الاجتماعية وضمان العيش الكريم للمحضون والحاضنة.

11- رفع الاحتياج عن المحضونين باعتبارها مستحقات مالية تحل محل النفقة التي امتنع الملزم بها عن دفعها.

الفرع الثاني: دور الصندوق في تحصيل النفقة المقدرة قضاءا

نظراً لكثرة الدعاوى المتعلقة بقضايا عدم دفع النفقة وتأثيرها على حسن تربية وتنشئة الأطفال المحضونين أنشأ صندوقا عموميا لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة، بموجب القانون رقم01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، وهو يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين، لأن توفير الجانب المادي للمحضون من أكل وملبس ومسكن، وغير ذلك يساهم في شعوره بالحماية والأمان ويؤدي إلى استقرار معنوياته، باعتبارها مستحقات مالية تحل محل النفقة التي امتنع الملزم بها عن دفعها، فتعد النفقة أحد المشكلات التي تواجه المطلقات، فكثير من الأزواج يتخلون عن مسؤولياتهم اتجاه أبنائهم بعد الطلاق سواء ما تعلق الأمر بتوفير مسكن لهم أو نفقة وتعتبر النفقة من المواضيع الهامة لارتباطها بالجانب المادي والمعنوي للطفل المحضون، والنفقة إضافة إلى أنها من آثار إسناد الحضانة فإنها حق للمحضون، فقد شرّعت من أجل تنشئته ورعايته وحمايته صحيا وخلقيا، وأدى ارتفاع معدل ظاهرة الطلاق واتساعها، إلى طرح قضايا النفقة بشكل كبير، فمسألة الإنفاق على المحضون وإهمال هذا الواجب، من المسائل المهمة التي عالجها المشرع بما يحقق مصلحة الطفل ويحفظه من المجتمع، فالمشرع بموجب إصدار

القانون رقم 01/15 بتاريخ 2015/01/04 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، سعى إلى إيجاد حلول ذات فعالية لمساعدة المطلقات على حل إحدى المشكلات الاجتماعية التي تواجهها في حال امتناع الزوج المطلق الوفاء بالتزاماته المالية كما ساهم في الحد من القضايا المتعلقة بجنحة عدم تسديد النفقة، على عكس ما يراه البعض بأنه يشجع على الطلاق ويؤدي إلى التشتت الأسري، ويتضمن هذا القانون أربعة فصول هي كالأتي :الفصل الأول أحكام عامة الفصل الثاني إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية الفصل الثالث أحكام مالية والفصل الرابع أحكام نهائية، فالهدف من إنشاء هذا الصندوق هو تقليل وتذليل الصعوبات التي تواجهها المطلقة الحاضنة من أجل تحصيل مبالغ النفقة المقررة قضاءا لحماية كرامتها وحماية المحضونين من الانحراف من خلال التكفل بدفع النفقة للمحضونين إضافة إلى نفقة المطلقة الحاضنة، وذلك من أجل حماية الحقوق الأساسية للطفل المحضون في حالة امتناع المدين عن دفع النفقة لأي سبب كان.

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.

المبحث الثاني

الزيارة وضماناتها كحق من حقوق المحضون

يترتب على التفكك الأسري نقص الإشراف العائلي للوالدين، حيث أن وجود الخلافات والصراعات لا يشعر الطفل بالأمن داخل الأسرة ويدفعه للابتعاد عن جو الأسرة الذي يمثل بالنسبة له صرعا نفسيا وقد يبتعد الطفل عنه جسمانيا ولكنه لا يستطيع أن يهرب منه نفسيا ويترتب على ذلك التوتر الذي يؤثر على ارتكابه سلوكا عدوانيا أو معاديا للقيم المجتمعية[1] فالطفل بعد طلاق والديه يكون ملزما بالعيش مع أحد الوالدين نتيجة لانحلال الرابطة الزوجية التي كانت قائمة بينهما، وعليه في حال أسندت الحضانة لأحدهما يكون لآخر الحق

[1] خيري خليل الجميلي، مرجع سابق، ص 72

في زيارة المحضون، ومن أولى المعنويات استمرار اتصاله بوالده البعيد عن الحضانة، ولا تكتمل هذه الرعاية إلا بالحد المقبول من المشاهدة وإشراف الوالدين بالمحضون[1]، فوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر، لأنه إذا كان الصغير بحاجة إلى أم ترعاه وتربيه وتقوم بشؤونه، فهو أيضا بحاجة إلى أب يراه ويعرفه ويمارس سلطته عليه[2]، فهي حق للطرف غير الحاضن من الأبوين كما هي حق للطفل في التمتع برؤية والده غير الحاضن[3] ولهذا تسعى كل الجهود لتعويض المحضون عما فقده بفراق أبويه وذلك عن طريق تنظيم حق الزيارة، بما يحفظ على الوالدين حقهما، وعلى الصغير سلامته[4]، هذا ما سوف نتعرض إليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: حق الزيارة موضوعيا

المطلب الثاني: حق الزيارة إجرائيا

المطلب الثالث: النزاعات المتعلقة بتنظيم حق الزيارة

المطلب الأول

حق الزيارة موضوعيا

تعد الزيارة من أهم الحقوق التي تضمن للطفل استمرار روابطه بالمحيط العائلي والحفاظ على هويته، وإشباع حاجاته العاطفية والمعنوية التي هو في أمس الحاجة إليها وحرصا على ضمان هذا الحق فقد أحاطه المشرع بالعديد من الضمانات أهمها مراعاة مصلحة المحضون موكلا إلى القضاء مسؤولية حماية و تكريس هذه المصلحة في إطار سلطته التقديرية الواسعة.

[1] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 220

[2] تواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص 887

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق (درا سة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، (د.ط)، دار هومه، الجزائر 2013م، ص228

[4] أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص 464

الفرع الأول

مفهوم حق الزيارة

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي

1- **تعريف حق الزيارة لغة:** الزيارة من الفعل زارَ : زارَه- يزورُه- زَوْرًا – زيارَةً – زوارَةً – وازدَارهُ بمعنى أتاه بقصد الالتقاء به فهو زائر[1]، والزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلى طرف والعدول عن غيره(الزاء والواو والراء)أصل واحد يدل على الميل والعدول، فإن من هنا جاءت كلمة "الزائر" لأن من زار أحد فقد مال إليه وعدل عن غيره[2] ،و تأتي بمعنى مجيء شخص إلى آخر لرؤيته والبقاء معه مدة معينة، أو استقبال الزائر[3].

2- **تعريف حق الزيارة اصطلاحا:**

أما الحق في الزيارة بمفهومه الاصطلاحي هو قيام من بيده المحضون بتمكين صاحب الحق في الزيارة من رؤيته والجلوس إليه والتحدث معه[4]' فهي رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[5] والنظر في أمور المحضون وتربيته وتعليمه،و مراعاة أحواله وتوجيهه ومعاينته بممارسة الأم أو الوالي ولايته كاملة على ولده، لشد أواصر التعاطف والتآلف الأسري وصلة الرحم، وتخليص المحضون بواسطة هذه المتابعة مما يعلق بنفسيته من الشوائب[6].

3-تعريف حق الزيارة قانونا:

تنص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أنه " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

فمن خلال نص المادة نستنتج أنّ المشرع الجزائري قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء

---

[1] جمال الدين محمد بن مكرم أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، (د.ط)، دار صادر، لبنان، 1968م ص 335

[2] أحمدبن فارس بن زكرياء أبو الحسين :معجم مقاييس اللغة، ج2، (د.ط)، دار الفكر، (د.ب.ن)، 1979م، ص357

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 74

[4] نفس المرجع، ص 31

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 297

[6] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 191

نفسه، أي حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك، مع العلم أن هناك قاعدة قانونية مفادها أن القاضي لا يمكن له أن يحكم بما لم يطلب الأطراف والمشرع في هذه المادة قد أخرج القاضي من هذه القاعدة[1] ،فأسلوب المادة جاء علي سبيل الوجوب[2]، لآن الحضانة وما يترتب عنها من النظام العام[3]، فالجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ماهو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن تنقطع عن أهله نهائيا[4].

حيث كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأب والأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مبينة وموقعة إلى قاضي شؤون الأسرة قصد استصدار أمر على عريضة، فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة[5]، طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى فك الرابطة الزوجية أو الرجوع وتاريخ صدور حكم نهائي في الموضوع[6].

ثانيا: دليل مشروعية حق الزيارة

1- من الكتاب

قال تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ ﴿٢٢﴾ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعْمَىٰ أَبْصَارَهُمْ ﴾ سورة محمد :الآية23/22.

---

[1] سعد فضيل، مرجع سابق، ص297

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص90

[3] نورة منصوري، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012م ص 98

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص159

[5] عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، (د.ط)، دار هومه، الجزائر 2018م، ص262

[6] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص158

قال ابن كثير في تفسيره "وهذا نهي عن الإفساد في الأرض عموما وعن قطع الأرحام خصوصا، بل وقد أمر الله تعالى بالإصلاح في الأرض وصلة الأرحام، وهو الإحسان إلى الأقارب في الأقوال والأفعال"[1]

2-من السنة النبوية

قال صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالوالد راع في أهله ومسؤول عن رعيته والمرأة راعية في مال زوجها وولده ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته."

فالطفل في السنين الأولى لا يعي مفهوم الخطر الحقيقي، ومن هنا كان على الوالدين رقابة صغيرهما من الأمراض التي تهدد حياتهم. [2]

3-من الإجماع

تشكل زيارة الأم لأبنها المسندة حضانته لأبيه، أو زيارة الأب لأبنه المسند حضانته لأمه خير أداة للحفاظ على صلة الرحم والمحافظة على إبقاء التوازن العاطفي بين المحضون وأبيه وأمه، فالأمة أجمعت على مشروعية الحضانة لحفظ النفس البشرية من الضياع، قال ابن المنذر " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح[3]، فحق الزيارة هو وسيلة يمكن صاحب هذا الحق لمواصلة أعمال رقابة المحضون من حيث حسن تربيته والاطمئنان لمستوى العناية التي يحظى بها من قبل الحاضن، والقيام بعامة شؤونه طبقا لما تتطلبه مهام الحضانة[4]، فإذا استمرت رؤية الوالدين لأبنائهما بعد الطلاق بصفة منتظمة وتتم باهتمام مقرون بالمودة والرحمة من كلا الطرفين أي ببذل كل منهما ما يملك لإرضاء الأبناء واحترام الطرف الآخر ومتابعة دراستهم وتقدمهم العلمي وطريقة تربيتهم، فستكون النتيجة طيبة تؤدي إلى تعويض الكثير من الذي ضاع بسبب الطلاق كما أنها لا بديل عن زيارة ورؤية الأولاد ومتابعتهم

1 عماد الدين أبو الفداء اسماعيل ابن الكثير، تفسير القرآن العظيم،ج4،(د.ط)،دار طيبة للنشر والتوزيع، بيروت، 2002 م، ص227.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص76

[3] أبي عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، (د.ط)، دار المكتبة العلمية، بيروت، (د.ت.ن) ص164.

[4] محمد اللجمي، قانون الأسرة، ط1، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008م، ص485

لإنقاذ المجتمع من الانهيار لأن الرؤية المستمرة والمتابعة تجعل كأن الزواج قائم والأسرة مستقرة، ذلك أن استقرار الأسرة من استقرار المجتمع[1]، فالحكمة من تقرير زيارة المحضون يتجلى في خلق علاقات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة اللتان تعدان ضروريتان وملحتان للنمو العاطفي العادي للمحضون، ووسيلة لرقابة المحضون من حيث صحته وتربيته ورعايته والتوجيه الدراسي.

فبالنسبة للأب تحقق غايتان الأولى، إشباع عاطفة الأبوة، والثانية متابعة شؤون تربيته بالشكل الذي يكفل المحافظة عليه سواء كانت الحاضنة أم الطفل الصغير أو غيرها من الحاضنات، أما بالنسبة للام تحقق إشباع عاطفة الأمومة مع متابعة شؤون الصغير من حيث التربية والرعاية، بالنسبة للأقارب تحقيق الطمائنينة عليه مع إبقاء رابطة القرابة متواصلة.

فهذان العنصران سواء العاطفي أو الرقابي، مترابطان ومسخران لمصلحة المحضون فهو أحد المعايير الهامة لتوطيد العلاقة بين الطرف غير الحاضن والمحضون، وفرصة للتوجيه والرقابة، إلا أنه من الناحية العملية لا يفي بالمطلوب لوجود إشكاليات عملية كثيرة عند تطبيق حق الزيارة على أرض الواقع.

الفرع الثاني:

أصحاب الحق في الزيارة

إن حق زيارة الأبوين 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[2]، فزيارة المحضون حق للطرف غير الحاضن من الأبوين كما هي حق للطفل في التمتع برؤية والده غير الحاضن، بعد إسناد القاضي الحضانة لأحد الأبوين وعادة ما تكون الأم يفصل تلقائيا ووجوبيا في حق الزيارة للأب[3].

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 103

[2] أحمد نصر الجندي، "رؤية الصغير"، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مصر العدد14، أكتوبر 1993 م، ص15

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق، مرجع سابق، ص228

يرى المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية والاطلاع عليه من آن لآخر ليتولى تأديبه وتعليمه[1].

يرى فقهاء الأحناف ما دام يمكن للزوجة الخروج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة فيقاس على ذلك رؤية الأب لولده أو الأم لولدها، لأن العلاقة بين رؤية الفرع لأصله ورؤية الأصل لفرعه واحدة، وهي علاقة الأصل بالفرع، فتحدد الرؤية مرة كل أسبوع، ويشترط أن تتم الرؤية نهارا أو ليلا[2]، فمتى كان الولد عند أحد الأبوين، فلا يمنع الآخر من رؤيته وزيارته وتعهده إن أراد ذلك[3].

ويرى الشافعية والحنابلة: أنه إذا كان المحضون ذكرا، فإنه يكون عند أبيه ليلا ونهارا ولا يمنعه الأب من زيارة أمه، لأن في ذلك إغراء له بالعقوق، وقع الرحم، وتكلف الأم بالخروج لزيارة الابن، فالأجدر خروج الولد إليها لأن ذلك ليس عورة، ولو أرادت الأم زيارته فإنها لا تمنع من ذلك، إلا أنها لا تطيل في الزيارة، فلا تمكث طويلا وإن امتنع الأب من دخولها إلى منزله، أخرج المحضون إليها لتتمكن من رؤيته[4].

نلاحظ من خلال آراء الفقهاء حول مسألة رؤية المحضون أنهم متفقون حول الحق الشرعي المكفول للأبوين، فإذا كان المحضون مع الأب فلا تمنع الأم من زيارته وإذا كان مع الأم لا يمنع الأب كذلك من زيارته، فمن حق أبوي المحضون متابعة ولدهما وزيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ وملاحظة وضعه الصحي وتلبية طلباته والسؤال عن سلوكه[5]، فدور كل من الأب والأم مكمل لبعضهما، فالأم تمثل المصلحة البيولوجية والنفسية بصفة عامة والأب يمثل القانون والنظام، ومن هنا تظهر

---

[1] سامية بن قوية، مرجع سابق، ص154

[2] عثمان التكروري، شرح القانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 280

[3] محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، مرجع سابق، ص 571

[4] أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح الموطأ مالك، ج6، ط1، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999م، ص186

[5] نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار العراق العدد2008، 20م، ص140

المسؤولية الاجتماعية للأبوين[1]، وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا الصادر في1990/04/30أقر بأنه "من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[2].

فالمشرع نص على الحق في الزيارة دون أن يقتصره على طرف معين ولم يحدد أصحاب الحق في الزيارة مما يعد فراغا قانونيا يجب مراعاته، تاركا الأمر مفتوحا أمام سلطة القاضي التقديرية، وذلك من أجل التمكن من الاطمئنان على المحضون وعلى وضعيته والحفاظ على أواصر الترابط مع محيطه العائلي ككل، حيث تضمن الزيارة الأقارب للمحضون بقاء رابطة القرابة والمودة والصلة بينهم وبين الصغير[3]، فللعاصب حق رؤية المحضون سواءا الأب (أو الجد في حالة عدم وجود الأب)[4]، وعليه فقد يتقرر حق الزيارة لكل من الجد أو العم أو الخال وكل من يهمه أن يبقى المحضون في صلة دائمة معه[5] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى منح حق للأصول في زيارة فروعهم حيث ورد في قرار للمحكمة العليا أنه: " ما دام 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 بصفة آلية من حق الزيارة فهي تعتبر جدة لأولئك الأطفال وبالتالي فهي بمنزلة والدهم المتوفى، وإنه حرصا على توطيد وتقوية صلة الرحم التي تجمعها بهم، وسعيا لمنع أي محاولة لقطعها، يتعين إفادتها من ذلك الحق، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعنة بتمكينها من حق

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 86

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1990/04/30، في الملف رقم(79891)، المجلة القضائية 1992، العدد1 ، ص 55. نقلا عن :العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05، مرجع سابق، ص352

[3] حسين رجب محمد مخلف الزيدي، مرجع سابق، ص155

[4] ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص63

[5] باديس ديابي، مرجع سابق، ص90

زيارة أحفادها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية"[1] ،وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت أن:" القضاء للجدة لأب بحق زيارة حفيدتها مرة في الأسبوع لا يؤثر على حياة المحضون لتجاوزها فترة الرضاعة، ما دامت صاحبة الحق في الزيارة لم يثبت عجزها صحيا"[2] ،وأكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ2001/01/23بقولها "للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة، ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل المطعون فيه قد وفق فيما قضي له"[3]

كما أن إعطاء حق الزيارة لجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا لقانون كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قرراتها الذي جاء فيه ما يلي:"من المقرر شرعاً أنه كما يجب النفقة على الجد لإبن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقاً لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4]

فمن خلال هذا القرار للمحكمة العليا وإن علت أحقية الجد لأب في زيارة بالنفقة، إلا أنها توصلت في الأخير أن الجد أصل، وما يحق للفرع يحق لأصل وأن المادة 64 حينما أعطت حق الزيارة لم تحصر ذلك في أب المحضون أو أمه فحسب، بل تركت اللفظ العام ومن يحق له شرعا الزيادة كان له ذلك. [5]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ2012/10/11، في الملف رقم(699801)، غير منشور.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ2011/02/10، في الملف رقم(604065)، غير منشور.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2001/01/23، في الملف رقم(258479)، المجلة القضائية 2001، العدد2، ص300، نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق ص 1001.

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ1993/04/12، في الملف رقم(189181)، غير منشور الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص192.

[5] .باديس ديابي، مرجع سابق، ص160.

المطلب الثاني

حق الزيارة إجرائيا

حفاظا على الروابط الأسرية وضمانا لتوازن النفسي للطفل وحماية لحقوقه اهتم المشرع الجزائري بوضعية الطفل وحقوقه في قانون الأسرة بعد انحلال الرابطة الزوجية خاصة حقه في الزيارة في الوقت الذي أصبحت ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير وأصبح الطفل ورقة ضغط يستعملها أحد الأبوين للضغط على الآخر، وبالرغم من وضع هذه الضوابط القانونية وحرص القضاة على تنفيذها تطرح الزيارة في علاقتها بمصلحة الطفل عدة مسائل تطبيقية واقعية تتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية، وهذا ما سنحاول توضيحه:

أولا: تنظيم حق الزيارة

1-تنظيم حق الزيارة وديا:

وهي التسوية الرضائية لحق الزيارة تتم باتفاق الطرفان على مواعيد الزيارة وكيفية ممارستها وإذا رأى القاضي في ذلك مصلحة للمحضون قام باحترام موقفهما، فيعد الاتفاق على تنظيم زيارة المحضون بين الأبوين من المسائل ذات سلوك حضاري يبين مدى مسؤولية ونجاعة الوالدين ووعيهما وحرصهما الكبير على مصلحة أولادهما المحضونين خاصة إذا كان ذلك خارج ساحة القضاء، لأن هذه المسألة الأصل فيها أن تكون رضائية ويصبح دور القاضي هو دور كاشف عن إرادة الزوجين، وهكذا يكون أمرها ميسرا، فلا يُضار الصغير ولا من هو بيده، ولا من له حق رؤيته، فتستقر حياة المحضون[1]، والهدف من ذلك عدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون وتمتين العلاقة بين الآباء والأبناء، حيث يكون الأطفال هم المستفيدون من تلك الزيارة، ولما له من آثار إيجابية على نفسية وسلوك المحضون، وفي هذا الصدد لم ينص المشرع الجزائري على الاتفاق بين الأبوين حول تنظيم حق الزيارة، وعليه مادام القانون لم يبين ذلك فيمكن لصاحب الحق في الزيارة ومن بيده المحضون أن يتفقا على زمن معين ومكان لائق بحيث لا يضار من بيده الصغير ويمكن لصاحب الحق في الزيارة من رؤية المحضون ولا يحرم المولود من رؤية والده[2]، ولكن نظرا

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 179

[2] أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، مرجع سابق، ص 77

لوجود نزاعات وخلافات كثيرة بين الأبوين غالبا ما تحدد وتنظم مكان وزمان الزيارة من طرف القضاء.

2-تنظيم حق الزيارة قضائيا:

وهي تسوية قضائية تقررها المحكمة وفق ظروف الحاضن والمحضون، لما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية بهذا الخصوص مستندة في صحة حكمها على وقائع الدعوى وتقارير اللجان الطبية المختصة، مع ضرورة تحديد المكان والزمان المناسبان عند زيارة المحضون مع ضرورة مراعاة سن المحضون عند تحديد مدة الزيارة والوقت المناسب لها هذا إذا لم يكن تنظيم الزيارة حاصلا بالاتفاق، فإن حكم القاضي المسنِد للحضانة يكون متضمنا لكيفية ممارسة هذا الحق، سواء من حيث الزمان أو المكان الذي تتم فيه الزيارة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2011/11/10 بقولها"..... إلا أنه من حق الطاعن أخذ ابنه المحضون من قبل المطعون ضدها أثناء العطل المدرسية سواء بالاتفاق مع هذه الأخيرة من حيث المدة أو تحديدها قضاء، ما لم تكن هناك أسباب جدية تحول دون ذلك ويعاينها القضاء...." [1]، فالمشرع أوجب على القاضي عند إسناده للحضانة لطرف أو لآخر أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معنا في حالة إسناده حضانة الطفل للغير زيارة من تلقاء نفسه حتى ولم يطلب منه أحدهما ذلك [2]، حيث قضت المحكمة العليا في القرار المؤرخ بتاريخ 2014/02/13 أن" مدة وتوقيت الزيارة مسألة موضوعية يقدرها قاضي[3]"، على القاضي أن يراعي عند حكمه بزيارة المحضون سنه وظروفه الصحية والنفسية .

ثانيا: زمان ومكان زيارة المحضون

إن مسألة تحديد مكان وزمان رؤية المحضون من بين المسائل التي لم ينظمها المشرع وتركها للسلطة التقديرية للقاضي بالرجوع دائما إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[4].

1- مكان ممارسة الزيارة

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ2011/11/10، في الملف رقم(652044)، غير منشور.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 296

[3] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ 2014/02/13، في الملف رقم(790168)، مجلة المحكمة العليا غير منشور.

[4]أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، مرجع سابق، ص 77

مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه[1]، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه :" أنه لا يجوز شرعا ولا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة"[2]، فالأصل في مكان الزيارة أن تكون بالاتفاق على مكان أو طريقة معينة لتمكين صاحب الحق في الزيارة منها وإلا آل أمرُ ذلك إلى القاضي[3]، الذي يضبط فترات الزيارة والوقت والمكان بما يمنع قدر المستطاع التحايل في التنفيذ، مراعيا في ذلك وضعية الطليقين بالإضافة إلى سن المحضون وحالته الصحية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها 1990/04/30" بأن من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان– في قضية الحال –أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[4].

وعليه فللقاضي على سبيل المثال أن يقرر بأن تتم الزيارة في مقر مسكن الحاضن إذا كان الطفل المحضون رضيعا لا يستطيع الاستغناء عن أمه ولا يحتمل إبعاده عنها، وإذا تجاوز المحضون تلك المرحلة، لقاضي شؤون الأسرة كذلك أن يأذن لصاحب حق الزيارة

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص160

[2] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ1998/12/15، في الملف رقم(214290)، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص194

[3] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص280

[4] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ 1990/04/30، في الملف رقم(79891)، المجلة القضائية 1992 العدد01، ص55 نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 02، مرجع سابق ص571

بالخروج مع المحضون خاصة أيام العطل والأعياد كما هو معمول به في الواقع المعاش[1] وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه :"من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامان فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت – في قضية الحال –أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة ببيتها وحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

ففي الواقع القضائي أن من يملك حق الزيارة هو من يأخذ ولده لرؤيته وتفقده ويرده للحاضنة عند انتهاء الوقت المحدد له لممارسة الزيارة[3]، فإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن أما كانت أو غيرها عدم منعه من ذلك، لما في ذلك من قطع للرحم[4]، فزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة[5]، وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون من عيادته، لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده[6]، وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل[7].

زيادة عليه فالأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن

---

[1] محمد اللجمي، مرجع سابق، ص485

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1991/04/23، في الملف رقم(71727)، الاجتهاد قضائي العدد02 1993م، ص47.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2006/01/04، في الملف رقم(350942)، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2006، ص455

[4] شلبي، محمد مصطفى، مرجع سابق، ص779

[5] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية2006/01/04، في الملف رقم(350942)، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد الأول، ص455، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1334

[6]أحمد حسين فراج، مرجع سابق، ص302

[7]رقية أحمد داود، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة. 1989 "، يوم دراسي حول الحقوق الأساسية للطفل، جامعة وهرا ن، 2004 م، ص95

الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم[1].

أما زيارة المحضون في حالة بعد المسافة فترجع للسلطة تقديرية للقاضي ودور كبير في تحديد مواعيد الزيارة وبدايتها ونهايتها مع مراعاة مصلحة كل محضون على حدى، فبعد المسافة داخل التراب الوطني بين المطلقين تغلب فيه مصلحة المحضون فتبقى الحضانة للأم، والأب ملزم بالتنقل إلى مكان ممارسة الحضانة لزيارة الأولاد خلال الأوقات المحدد له نظرا لتطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة تنقل الأفراد من منطقة إلى أخرى، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها2007/07/11 بأن " زيارة المحضون حق للطاعن، وأن طلبه الرامي إلى منحه حق الزيارة يوم الخميس من الثامنة صباحا إلى الجمعة مساءا، بدعوى أنه يقطن بالعاصمة وإقامة المحضون بعين الدفلى يبقى من صلاحيات وتقدير القاضي مع مراعاة ظروف المحضون ومصلحته"[2]، أما زيارة المحضون خارج التراب الوطني أعطيت للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة لشخص الموكل له الحضانة والمستوطن في بلد أجنبي أو إسقاطها عنه، فممارسة السلطة الأبوية والإشراف على المحضون، ورقابة سلوكه وتربيته تستدعي أن يقيم الطفل في نفس موطن أبيه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 بقولها "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون وأن إسنادها لأم أثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي[3] .

2- مدة الزيارة

هي المدة التي يستغرقها المستفيد من الزيارة، فالأصل أن أوقات رؤية وزيارة الولد المحضون مسألة مبنية على المرونة والتوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الصغير[4]، لكونها مسألة رضائية بحيث يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا[5]، وبما أنها

[1] الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 259

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2007/07/11، ملف رقم(400461)، غير منشور.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/10/12، ملف رقم(334543)، نشرة القضاة، 2008 العدد62، ص381 نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، مرجع سابق، ص 1467

[4] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص242

[5] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 92

غير محددة في القانون يصير الأمر إلى يد القاضي الذي خوله المشرع الفصل في جميع المسائل المتعلقة بالزيارة، فما استقر عليه القضاء الجزائري أن حق الزيارة يمنح في العطل الأسبوعية والموسمية والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[1]، وتتم الزيارة في المعتاد مرة في كل أسبوع للأبوين وأقل من ذلك بالنسبة لغيرهما[2]، بتقريره استحقاق الأب للزيارة دوريا ولمرة على الأقل في الأسبوع[3]، من 9 صباحا إلى 4 مساءا[4] هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها" متى أوجبت أحكام المادة 64 قانون أسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة، 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، ومن ثم فإن القرار بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[5]، وفي قرار آخر قضت بأنه" زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة"[6] غير أنه إذا كان المحضون رضيعا فإن الزيارة لابد أن تكون أقل من ذلك من أجل 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[7]، وقضت بأنه" تخضع مسألة تقدير مدة زيارة الرضيع ومكانها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع"[8]، ومتى تجاوز الطفل المحضون لدى والدته سن الرضاعة، فالأب يبقى محق بزيارة ابنه حسب الأوقات المحددة له

---

[1] نفس الرجع، ص160

[2] رمضان علي السيّد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 604

[3] خالد نواف، زكي سليمان نشوان، مشاهدة المحضون دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة كركوك مجلد04 ، الجزء 1، عدد15 ، 2015م، ص406

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 520

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ16 / 04 / 1990 ، ملف رقم (59784)، الاجتهاد القضائي مجلة قضائية، عدد(04)، 1991، ص. 126

[6] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2006/01/04، ملف رقم (350942)، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2006، ص455 .

[7] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2013/05/09، ملف رقم(722681)، غير منشور.

[8] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2009/07/08، ملف رقم(505325)، غير منشور.

قضاءا[1]، أما بالنسبة للأقارب فيستوي مع حق والديه في حق الزيارة، لكنه يختلف في المدة كأن يكون مرة كل شهر[2]، فيتولى قاضي شؤون الأسرة تكييف حق زيارة الطفل المحضون اعتمادا على معطيات تتصل بالمحضون سن المحضون وحالته الصحية، بحيث لو كان مميزا كان من الجائز له المبيت عند كلا أبويه وزيارتهما[3]، مراعيا في ذلك أوقات المناسبة للزيارة، فلا تكون ليلا أو في أوقات متأخرة[4]، دفعا للضرر عن كل من المحضون وصاحب الحق في الزيارة، لأن الليل وقت سكونٍ وراحة[5]، ولهذا لا بد من تحديد مواقيت الزيارة تبعا لتغيير سن المحضون كأن تكون مناصفة بين الأب والأم في العطل والمناسبات، أما إذا كان المحضون متمدرس فلا بد من منح سلطة للأب تخوله التدخل لأن الأب يمثل الجانب الأقوى في العلاقة الأسرية[6].

المطلب الثالث:

النزاعات المتعلقة بتنظيم حق الزيارة

يتولى قاضي شؤون الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة تمكين الولي غير الحاضن من زيارة المحضون في أوقات محددة يتم التنصيص عليها 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 يمر بها، فمصلحة المحضون هي الأولى عند النظر في مسألة الزيارة على اعتبار أن الوالدين يفترض أن يتحملون تبعات قرارهم بالانفصال ويراعون مصلحة المحضون، ونظرا لكثرة الإشكالات التي تطرحها زيارة المحضون والتي نجد فيها تعارض كبير بين ماهو مقرر قانونا وما هو معمول به في الواقع

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2011/04/14، ملف رقم(617123)، غير منشور.

[2] بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 86

[3] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص425

[4] عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة :دراسة فقهية، ندوة بعنوان أثر متغيرات العصر في الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة، 1436هـ، ص 54

[5] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص666

[6] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 519

على الرغم من دورها الفعال حيث تضمن للطفل استمرار روابطه بالمحيط العائلي، وعليه سوف نتطرق للإشكالات العملية الناتجة عن إخلال الطرفين بالتزامات وعدم احترامها:

الفرع الأول

التعسف في استعمال حق الزيارة

كثيرا ما يسيء الأبوين استخدام حق الزيارة بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية، حيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[1]، ومنه يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للإضرار بالمحضون[2]، لأن العلاقة أصبحت بينهما في الغالب عبارة عن صراع بين الأبوين، فيصبح الأبناء بمثابة ورقة ضغط على الطرف الآخر دون مراعاة لمشاعرهم ودون اعتبار لإنسانيتهم ولا لمصلحتهم[3]، فلا يحق لأي منهما حرمان الآخر من رؤية ولده[4]، واتخاذ الولد كوسيلة للكيد والنكاية على الطرف الآخر لما في ذلك من ضرر قد يلحق الوالد والصغير لقوله تعالى﴿ لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾[5]، لأن المحضون بما أنه بحاجة إلى أمه لتشرف عليه في الرعاية، كذلك بحاجة إلى أن يرى والده ويتواصل معه[6]، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها حيث قضت".... أن حق الزيارة ورؤية الأبناء من حق الأب كما حق هو مقرر للأم، وليس لهذه الأخيرة الحق في حرمان الأب من زيارة ورؤية أبناءه، وله الحق في أخذ الوقت الكافي لرؤيتهم، مثلما هو حق للأم[7]، فإذا كان الولد عند حاضنه أو حاضنته أو غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة لمصلحته أن يمنع الزوج الأخر أو من له لحق من رؤية وزيارة الأولاد، كغيابها الدائم عن البيت أو تغيير مكان إقامتها، وفي هذه الحالة لم ينص المشرع الجزائري على

---

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، الأردن، 2007م ص174

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص172

[3] محمد سمارة، مرجع سابق، ص403

[4] أحمد نصر الجندي، رؤية الصغير، مرجع سابق، ص15

[5] أحمدنصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، مرجع سابق، ص 74

[6] التواتي بن تواتي، مرجع سابق، ص 887

[7] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ2014/02/13، ملف رقم(790501)، غير منشور.

تغيير مكان إقامة رؤية المحضون وإبلاغ الأب بذلك، وهذه تعد ثغرة قانونية لا بد من تداركها، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته، بل يكفي إخراجه إلى مكان يمكن من خلاله رؤيته[1]، فهنا لا بد على المشرع من خلق رقابة فعلية وواقعية لحق الزيارة تتعلق بالصعوبات تنفيذ هذا الحق والناتجة عن عدم احترام الأحكام والقرارات القضائية والافتعال الأعذار لعدم تنفيذها، وضبط تنفيذ حق الزيارة بنصوص قانونية منعا للتعسف في استعمالها لأن الضرر يصيب بالدرجة الأولى المحضون ثم أب المحضون[2]، ومن صور تعسف في استعمال حق الزيارة:

1- **منع أب المحضون من تنفيذ حقه في الزيارة:** [3] في الكثير من الحالات تتعسف الحاضنة وتمنع أب المحضون من زيارة ابنه من خلال غلق الباب أو غياب الدائم عن سكن الحضانة فلا يكون أمام المخول له حق الزيارة اللجوء إلى القضاء عن طريق تحرير محضر امتناع عن تسليم طفل الذي يحرره محضر قضائي ثم يلجأ لوكيل الجمهورية من اجل استصدار أمر للقوة العمومية من اجل التنفيذ ،أما الاجتهاد القضائي فقد اعتبر أنه:" متى ثبت من مجمل المحاضر المعدة من قبل عدة محضرين قضائيين أن المطعون ضده كان كلما ذهب إلى الطاعنة في مختلف مساكنها لزيارة أولاده وجدها غائبة ووجد أبواب تلك المساكن مغلقة ولم يتمكن من تحقيق غايته، الأمر الذي يؤكد فعلا مواجهته للعراقيل، فإن القضاء بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بتغيير أوقات الزيارة ومكان ممارسة الحضانة على هذا الأساس، يعد تطبيقا صحيحا وسليما للقانون[4].

2- **تغيير الحاضنة لعنوان المسكن:** قد تتمادى الحاضنة وتتعسف من خلال تغيير عنوان مسكن ممارسة الحضانة دون إعلام المحضون له، فستفاجئه بهذا التغير بدافع الانتقام وعدم السماح له بتنفيذ حق رؤية المحضون، وبالتالي لما يقوم المحضون له بالتنفيذ يتصادف ذلك مع عطلة نهاية الأسبوع أو عيد وطني أو مناسبة دينية، وعند اللجوء لتحرير

[1] بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 262

[2] عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق، ص 238

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 567

[4] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ 2014/02/13، في الملف رقم(790168)، مجلة المحكمة العليا غير منشور.

محضر امتناع فإن المحضر أو وكيل الجمهورية يكونا في عطلة، أما مصالح الشرطة فترفض اللجوء للتنفيذ إلا بناءا على أمر من وكيل الجمهورية .

الفرع الثاني

امتناع الولي الغير حاضن عن ممارسة حقه في الزيارة

من بين الإشكاليات التي يتعرض لها أبناء الطلاق، امتناع الأب عن ممارسة حقه في الزيارة بعدم الالتزام بمواعيدها أو قطع كل صلة له بابنه، وهو ما يولد عقدا نفسية لدى الطفل كالإحساس بالذنب والإحباط والشعور بأنه متخلى عنه، وبالتالي يعيش المحضون تجربة نفسية قاسية تترك في وجدانه انطباع سيء عن الجو الأسري، والعلاقة الزوجية فيحدث تمزق عاطفي للمحضون فضلا عن فقده الشعور بالأمن نتيجة الاضطرابات والتفريق الذي حل بالأسرة، ويبرر هذا التصرف بالرغبة في نسيان تجربة زواج فاشلة تتبعها سلسلة من الخلافات التي يتحملها المحضون.

الفرع الثالث

إشكالية الزواج المختلط

حرصت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض القضايا الشائكة والمشاكل التي تعتري العلاقات الأسرية خاصة بعد الانفصال الرابطة الزوجية في إطار الزواج المختلط، حيث تعد مسألة الطلاق في الزواج المختلط من المسائل التي تثير إشكالات على المستوي الواقعي، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف وجهة نظر الأنظمة القانونية المختلفة في مفهوم الزواج[1]، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة[2]، خاصة ما تعلق منها بكيفية ممارستها وضمان حق الزيارة والتنقل بين الأبوين، باعتبار أن الرابطة القائمة بين رجل وامرأة مختلفي الجنسية[3]، ويرجع هذا إلى قصور التشريع مقابل التطور السريع الذي شهدته البشرية في الآونة الأخيرة لذلك سعت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال خصوصا في حالة إقامة أحد الوالدين في دولة أجنبية، أو في حالة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط بعد انفصال

[1] عبد الكريم بلعيور، محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط1، دار هومة، الجزائر، 2009م ص81.

[2] الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 263

[3] ادريس الفاخوري، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، (د.ط)، دار رقراق، المغرب، 2010م، ص94

أبويهم، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية وغير ثنائية والخاصة بحقوق الطفل[1]، ونظرا لكثرة الزواج بين الجزائريين والفرنسيين، التي ألت في أغلبها إلى انفصال الزوجين لسبب أو أخر والحكم القضائي الذي غالبا ما يمنح حق الحضانة للأم والتي تكون غالبا فرنسية الجنسية [2]، تم إبرام اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر والمصادق عليها في الجزائر بتاريخ 26 يوليو1988 والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي144/88[3]، والتي تحوي 14 مادة تهدف أساسا لحماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القصر بالدرجة الأولى، دون الاهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية[4]' وتقديم حلولا من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط وحرية تنقلهم بين البلدين من خلال الإجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي وتحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط[5]، حيث تسعى الاتفاقية إلى:

1-ضمان حق الطفل في الزيارة والاتصال بوالديه عبر حدود الدولتين من خلال إجراءات قانونية محددة، لتفادي مشكلة اختطاف الأطفال من قبل آبائهم وأمهاتهم.

2-التعاون بين الدولتين بتدخل السلطات المركزية لكلا البلدين والتي من واجبها ضمان التعاون الإداري المباشر لحماية الطفل وما يواجهه من مشاكل ناتجة عن انحلال الزواج المختلط.

---

[1] إعلان جنيف لحقوق الطفل عام 1924- إعلان العالمي لحقوق الإنسان عام1947-إعلان حقوق الطفل عام1959 الميثاق العربي لحقوق الطفل عام1984 - الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهية عام1990- إتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المادية للخطف الدولي للأطفال عام 1980- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989

[2] كحلة غالي، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعيأحمدزبانة، غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد9، ديسمبر 2017 م، ص149

[3] المرسوم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 26 يونيو1988 ، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، يوم 01 يونيو1988 ، جريدة رسمية رقم30 .

[4] مصطفى معوان، الحضانة و حماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية جامعة الجزائر، العدد41، 2000م، ص134

[5] يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012م ص242

3-حماية الطفل في التنقل بحرية بين البلدين، ومراعاة مصلحته لضمان علاقة مستمرة ومنتظمة بينه وبين والديه[1] وذلك عن طريق الحماية القضائية.

4-فرض متابعات جزائية على أحد الوالدين الذي يخل بالالتزامات المسندة إليه.

5-التقليل من ظاهرة خطف الأطفال على المستوى الدولي.

6-التعاون القضائي لحماية الطفل حماية مزدوجة تتم عن طريق السلطة المركزية والقضائية.

أولا :دور السلطة المركزية

سعيا لتطبيق أهداف الاتفاقية عينت وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية والتعهد بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر، تتعامل السلطتان المركزيتان بصورة مباشرة، ومهام هذه السلطة نصت عليه المادة02 منها التي جاء فيها "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

1- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر

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

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

4- تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

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

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

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

ثانيا: الحماية القضائية

ولتأكيد حماية حق المحضون في التنقل بحرية بين البلدين وحقه في الزيارة، وهذا من خلال تحديد الجهة القضائية المختصة وتعريض الوالدين للمتابعات الجزائية عند الإخلال

[1] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، مرجع سابق، ص349

بالالتزامات المحددة في الاتفاقية، حيث تنص المادة4 من الاتفاقية " تتخذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة."

1-**الاختصاص القضائي:** وهي الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي وذلك حسب المادة 5 من الاتفاقية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ1992/06/02 حيث قضت أنه "من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج.

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

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقرا للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة والزيارة طبقوا صحيح القانون."

2- المتابعة الجزائية:

تسعى اتفاقية الزواج المختلط المبرمة بين فرنسا والجزائر والمصادق عليها في الجزائر بتاريخ 26 يوليو 1988لتسوية مشاكل الحضانة والزيارة واتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذها حماية لمصلحة الطفل، حيث يعد حق الزيارة من أهم الحقوق المعنوية التي يشترك فيها المحضون والمحضون له، كونه الوسيلة التي يتم من خلالها مراقبة الصغير والإشراف عليه، إضافة إلى العناية وتوثيق الصلة والمودة به مما يسهم في نمو المحضون على خلق ونهج سليمين، لهذا لابد أن يتم تقريرها وتنظيمها ولا يجوز منع من استحقه منهما، حيث ورد في المادة 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى" :يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما ." كما قررت الاتفاقية الثنائية بحماية حق المحضون في الزيارة حماية تصل

إلى حد المتابعة الجزائية، فنصت في المادة 07 من الاتفاقية على أنه" يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة"، وعليه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن تنفيذ الحكم ورفض تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والكيفية التي حددها الحكم فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة، ويؤدي إلى متابعة الطرف الرافض والممتنع ومعاقبته وفقا للتشريعات الجزائية المتعلقة بجريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون، وبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات يتبين أن التّبعات الجزائية التي تتحدث عنها المادة 07 أعلاه نصت عليها المادة 328 من قانون العقوبات وجاء فيها أنه" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وبمجرد ما يتسلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا شكوى الوالد الآخر المحكوم له بحق الزيارة، بالإضافة إلى محضر الإمتناع عن التسليم، المحرر من طرف القائم بالتنفيذ، يباشر المتابعة والإجراءات القانونية ضد مرتكب الجريمة[1] هذا مما يتأكد معه التوسع في محال الحماية الجزائية للطفل حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية بفعل الطلاق، كما أكدت المادة 8 الاتفاقية على تعهد الطرفين المتعاقدين بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة، إذا لم يرد الطفل إلى البلد الممارس فيه حق الحضانة .

ولكن رغم الجهود المبذولة من الدولتين لإيجاد حلول توافقية تتمحور حول مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط، إلا أنه بالرجوع للواقع العملي فإنها لا تخلوا من عراقيل في التنفيذ من بينها:

– تعارض بعض أحكام الاتفاقية مع النظام العام الجزائري نتيجة تصادم الأحكام القضائية مع الواقع وينتج عنها إشكال في التنفيذ، خاصة في حالة إسناد الحضانة للأم الفرنسية

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص128

لكونها أولى بحضانة الطفل وعلى هذا على أساس تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص تبعا لقانون جنسية المدعية، لكن الاجتهاد القضائي حريصا على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة في حالة وجود طرف أجنبي أو في حالة ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني واستقر على" :إسناد الحضانة لأحد الأبوين الموجود في الجزائر في حالة إقامة الطرف الآخر في الخارج ولو كانت الأم الحاضنة غير مسلمة، ولا يجوز تنفيذ القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم بالنظام العام وهذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني "[1].

– تنازع في الاختصاص أو عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري نتيجة لغياب بعض المسائل وعدم معالجتها في الاتفاقية كمسألة بعد المسافة بين المحضون والمحضون له لممارسة حق الزيارة.

– قصور الحلول المفروضة نتيجة تصادمها مع الواقع العملي كعدم قبول تلقي وتنفيذ الأوامر من سلطات دولة لأخرى في حالة عدم التزام المحضون له برد الطفل المحضون للحاضن، ويؤدي هذا إلى عدم تنفيذ الانابات القضائية الدولية وما ينتج عنها من أضرار تلحق بالمحضون.

و تزداد المشكلة صعوبة حول أبناء الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر، لأن القانون الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وتطبيقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري، يلتزم القاضي الجزائري بالقانون الجزائري بمفهومه الواسع في تحديد الوقائع وتكييفها بغية إسنادها إلى ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق[2]، وبما أن الحضانة تعتبر مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج[3]، فيرجع هنا لقواعد الإسناد لتحقيق القانون الواجب التطبيق وما يترتب عليه من معرفة الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الوالدين والمحضون، وما إذا كان القانون الوطني هو المختص أم القانون الأجنبي

[1] المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ1989/01/02، ملف رقم(52207)، المجلة القضائية، العدد 04 1990، ص74.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 م، ص ص247–275

[3] زروتي الطيب، مرجع سابق، ص135 .

هو الواجب التطبيق[1]، وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 02/12 القانون المدني التي تنص على أنه: « يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى»، أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، لأن مسألة الحضانة لا تطرح إلا بالنسبة للبنوة الشرعية الناجمة عن الزواج الصحيح والمعترف به في الجزائر[2] غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائريا تطبيق للمادة13من القانون المدني.

المبحث الثالث

آليات عملية لتفعيل حماية حقوق المحضون

تعتبر حماية المحضون من الأولويات الوطنية حيث تتدخل العديد من القطاعات بصفة مباشرة في وضع البرامج والآليات وفق توجهات وطنية طموحة تراعي خصوصيات الفئات المستهدفة والإمكانيات المتوفرة والتي تتماشى مع مقتضيات التشريع الدولي لفائدة الطفل المحضون المهدد لتجنبه الانزلاق في ارتكاب المحظور، لهذا اعتنى به المشرّع الجزائري وحاول إحاطته بمنظومة قانونية توفر له بيئة صالحة لكي يتربى على الأخلاق السليمة والقيم النبيلة ومن ثمّ يتحوّل إلى مواطن صالح يفيد مجتمعه، ولعلّ أهمّ الضمانات الحمائية التي أقرّها المشرّع، تكييف التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها وباقتراح آليات حماية اجتماعية وتشريعية وقضائية مبنية على مبادئ أساسها مصلحة المحضون، بهدف معالجة أوضاع الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى، والقضاء على هذه الظواهر الاجتماعية المهددة للطفل، وانطلاقا من أن مفهوم حماية الطفل إنما يعني الحق الأساسي في التمتع بمختلف التدابير الوقائية، ذات الصبغة الاجتماعية والتعليمية والصحية وبغيرها من الأحكام والإجراءات الرامية إلى حمايته من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو المعنوية أو الصبغة أو الإهمال أو التقصير التي تؤول إلى إساءة

[1] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في الزواج الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 ص11

[2] فتيحة يوسفي عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 37، 1999 م، ص117

المعاملة أو الاستغلال، فالمحضون بسبب عدم نضجه البدني والفكري هو الدائن بالحماية للمجتمع بأسره، فقد تعددت برامج تفعيل حماية الطفولة وتنوعت لتشمل جل الفئات ذات الاحتياجات الخصوصية واعتمدت هذه الآليات في تفعيلها على متدخلين من مختلف الاختصاصات والمجالات والقطاعات.

إذ تأتي مسؤولية الوالدين في طليعة المسؤوليات لارتباط الطفل في مراحل حياته الأولى بوالديه وأسرته فإن المسؤوليات تتدرج بتدخل الحاضن المربي والمشرف والمؤطر إلى غير ذلك من كافة مكونات المجتمع.

أما على مستوى التشريع والذي يعد من أهم آليات الحماية فقد شهد تطورا جوهريا على مستوى المبادئ والمفاهيم الأساسية المعتمدة تتمثل بالخصوص في ايلاء مصلحة الطفل الفضلى الاعتبار الأول، طبقا للمبدأ العام المنصوص عليه بالمادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل[1] والذي كرسه المشرع في قانون الأسرة بتأكيد ضرورة اعتبار مراعاة مصلحة المحضون في جميع الإجراءات التي تتخذ شأنه سواء من قبل المحاكم أو السلطات الإدارية أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العمومية أو الخاصة.

المطلب الأول

الحماية الاجتماعية(الأسرة والمجتمع)

تعد الطفولة مرحلة حساسة لأنها اللبنة الأساسية لتشكيل دعائم خبرات الطفل الفردية والاجتماعية، والتي يحصل عليها انطلاقا من البيئة الأسرية، من خلال عمليات التعلم المتواصلة باستراتيجيات مختلفة، وذلك في سياق التنشئة الاجتماعية بفضل السلوك والمعلومات من المحيط الاجتماعي والمادي الذي يعيش فيه، والتي تساهم في اكتساب وتشكيل سلوك الطفل خاصة البيئة الأسرية ودورها في تشكيل سلوكاته الاجتماعية التفاعلية وأي خلل على هذا المستوى سينعكس لا محالة على مجمل الجوانب النفسية والاجتماعية للطفل يؤدي بنا هذا الوضع إلى التمعن في نمط حياة الطفل في مجتمعنا، فمسؤولية الوالدين

[1] إتفاقية حقوق الطفل 1989، إعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20نوفمبر1989، وبدأ النفاذ في 02 سبتمبر 1990، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92 –461 بتاريخ1992/12/19، جريدة الرسمية 91، بتاريخ 1992/12/23.

كبيرة لما يترتب عنها التزامات لفائدة الطفل ثم مسؤولية الدولة بمختلف هياكلها وأجهزتها فمسؤولية كافة مكونات المجتمع بدءا بالمواطن العادي وصولا إلى المنظمات والجمعيات.

الفرع الأول

دور الأسرة في وظيفة التنشئة الاجتماعية والضبط الاجتماعي

تعتبر الأسرة المؤسسة الاجتماعية الأساسية التي ينشأ فيها الفرد، وهي الجماعة الأولية التي تتميز بشبكة من العلاقات الاجتماعية والتفاعلات، وفيها يتشكل الوجود الاجتماعي للفرد، وهي الخلية الأولى في تكوين المجتمع، لأجل ذلك حرص المشرع الجزائري على الاهتمام بشؤون الأسرة بما يُدعم استقرارها ويكفل قيامها بواجباتها تجاه أبنائها من رعاية صحية ونفسية وتربية وتوجيه، حيث نجده نصَّ في الفقرة الأولى من المادة 72 من دستور 2016 على أنه ":تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"... ،وبهذا المفهوم تعد الأسرة الوعاء الأول ينال الطفل أولى مقوماته الجسمية والصحية ويتعلم اللغة والدين، كما يستقي منها العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، وتبث فيه قيم التعاون والتضحية والتسامح وتحمل المسؤولية، فمسؤولية الأبوين في هذا المجال مشتركة لضمان نمو الطفل طبقا لما أكدته أحكام المادتين02 و36 من قانون الأسرة، والمادة 18 من اتفاقية حقوق الطفل " تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونين حسب الحالة المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه، وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي"، وعلى هذا الأساس يعد الوسط العائلي هو البيئة الطبيعة التي ينشأ فيها الطفل المحضون ويترعرع وينمو، فكلما كانت الرعاية سليمة تجاه الطفل كلما استعد الطفل ليكون مواطنا ناجحا، فتربية الطفل المحضون لا تكتمل إلا باتحاد جهود الوالدين معا، فهما يقومان بدور التنشئة الاجتماعية من خلال تربية الطفل تربية دينية وتعليمه القيم الأخلاقية السليمة وأساليب التفاعل الاجتماعي مع باقي أفراد المجتمع[1]، كما أن عملية ضبط السلوك تعتبر مسؤولية الوالدين بالدرجة الأولى[2]، بإضافة إلى ذلك تقوم الأسرة

[1] سلوى عثمان الصديقي، قضايا الأسرة والسكان من منظور الخدمة الاجتماعية، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2001م، ص ص 116-118

[2] حسن الساعاتي، بحوث إسلامية في الأسرة والجريمة والمجتمع، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1996م، ص27

بإشباع الحاجات المادية للطفل كالطعام والملبس والمسكن وتوفير الرعاية الصحية، وحتى النفقات الترفيهية للطفل كغيرها من الحاجات المادية الأخرى[1].

الفرع الثاني

دور الهيئات والمؤسسات الوطنية

إن حماية الأطفال من كل أشكال التعسف يشكل انشغالا أساسيا والتزاما لكل الفاعلين العاملين في مجال النهوض بحقوق الطفل من حكومة، ومؤسسات عمومية، وجماعات محلية، وتعتبر هاته الحماية من متطلبات دولة الحق والقانون، وهذا ما جسدته الدولة حيث اهتمت بحقوق الطفل وذلك بوضع إطار لحماية حقوق هذه الفئة من المجتمع، يكفل إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع، ولا يتأتى ذلك إلا بوضع آليات قانونية في مختلف قوانينها وعليه أكد المؤسس الدستوري الجزائري على ضرورة حماية حقوق الطفل وأناط هذه المهمة بالأسرة والدولة على حد سواء مع مراعاة المصلحة العليا للطفل في تعديله الدستوري لسنة 2020 وهو ما يؤكد الجهود التي بذلتها لتكييف إطار القانوني والتنظيمي مع الإطار الذي حددته اتفاقية حقوق الطفل تقع على الدولة التزامات يفرضها الشرع والدستور في رعاية الطفل رعاية صحية حفاظا على حياته وسلامته البدنية، والنفسية والعقلية كما تلتزم الدولة برعاية الطفل رعاية اجتماعية وثقافية وتعليمية كحقه في الرعاية الصحية وحقه في التعليم...

1- حق الطفل المحضون في الرعاية الصحية:

تعد الصحة مظهر من مظاهر رقى الأمم ودليل على اعتنائها بصحة أبنائها، ولهذا فللدولة والأولياء دور كبير في تأمين صحة الأطفال وحماية أجسامهم وتغيير بيئتهم نحو الأفضل، ويتمثل ذلك في توفير وسائل الوقاية والمعالجة[2]، وهذا ما يلزم الدولة بضمان حسن الرعاية الصحية للطفل من خلال تقديم خدمات علاجية في القطاعات الصحية وحمايتهم فيجب المحافظة على الطفل وتطعيمه وتحصينه ضد كل الأمراض المعدية، ويقع واجب تقديم التطعيم والتحصين على عاتق والده أو الشخص الذي يكون الطفل في حضانته

[1] محمد محمد بيومي خليل، سيكولوجية العلاقات الأسرية، (د.ط)، دار قباء للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2000م ص14 .

[2] العربي بختي، مرجع سابق، ص 72

ويكون لكل طفل بطاقة صحية تسجل بياناتها في سجل خاص بمكتب الصحة المختص تسلم لوالده أو متولي تربيته[1] لأن فيه حماية له وصحته، وللحماية الصحية للأسرة وسلامة أفرادها اهتم قانون الصحة بتدابير حماية الأمومة والطفولة حيث تنص المادة 68[2] منه على أنه":تتمثل الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص ما يأتي:

-حماية صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلاله وبعده.

- تحقيق أفضل الظروف لصحة الطفل ونموه الحركي والنفسي.

2- حق الطفل المحضون في التعليم والتربية:

إن التعليم يعد بمثابة الغذاء الروحي للطفل وله أثر إيجابي على حسن تكوين شخصيته، ولهذا حرصت كل التشريعات على توفيره للطفل، ولا يستقيم ذلك إلا بالثقافة باعتبار مالها من عائد اقتصادي واجتماعي على الطفل المحضون والمجتمع والأسرة[3] ويقصد به التعليم الرسمي أو المتمدرس الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا أو إجباريا إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[4]، فهو من اختصاص الدولة ولا يسمح بأي مبادرة فردية أو جماعية، فالدولة هي التي تضع برامج التعليم وتقرر المناهج وتشرف على إعدادها[5]، لذلك تسعى الدولة إلى وضع مناهج دقيقة للتكفل بقطاع التعليم ،حيث عملت الجزائر على تأكيد حق الطفل في التعليم وحرصت على تفعيل هذا الأمر في تشريعاتها، والدستور الجزائري أولى اهتمام بهذه المسألة وأكد على إجبارية التعليم الأساسي لكل طفل (المادة 52 من دستور1996)، وباعتبار أن حق الطفل في التعليم، فمن حقه أن يحصل على تعليم ينمي

---

[1] عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001، ص154

[2] قانون رقم85-05 مؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1405الموافق 16 فبراير 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الجريدة الرسمية، السنة22 ، العدد8 ، بتاريخ 27 :جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 17 فبراير 1985 م).

[3] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008م، ص25

[4] باديس ديابس، المرجع السابق، ص51

[5] عبد الرحمن بن سالم، المرجع في التشريع المدرسي، ط2، الديوان الوطني للمطبوعات المدرسية، الجزائر، (د.ت.ن) ص62

معلوماته ومعارفه وقدراته ومواهبه العقلية، وذلك بجعل التعليم الأساسي مجاني وإلزاميا وقيام المسؤولين على التربية والتعليم بمحاربة التسرب المدرسي، كما ينبغي اتخاذ جميع التدابير المناسبة التي تشجع الطفل وتساعده على مواصلة التعليم الثانوي وإكماله سواء العام أو المهني[1].

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك باعتبارها المدرسة مكان العلم والمعرفة والتربية والتثقيف كثيرا ما يتعرض فيها الطفل للعقاب الجسدي، وهذا ما ينعكس على نفسية الطفل أيضا، وهذا رغم أن العرف العام قد منح المعلم حق تأديب التلاميذ وإقرار سلطته في فرض النظام وبالتالي توقيع الجزاء في حالة عدم الانضباط، وفي هذا نجد الجزائر قد أصدرت قرار رقم171 /02 المؤرخ في 1992 المتضمن منع العقاب البدني والعنف اتجاه التلاميذ في المؤسسات التعليمية وهذا ما أقرته المادة 7 [2]التي اعتبرت الأضرار الناجمة عن العقاب البدني خطأ شخصي يتحمل الموظف المتسبب فيها كامل المسؤولية من الناحية المدنية والجزائية ولا يمكن لإدارة التربية أن تحل محل الموظف في تحميل تبعاتها(قرار رقم 02/171 المؤرخ في 1992 المتضمن منع العقاب البدني والعنف اتجاه التلاميذ في المؤسسات التعليمية)، كما أصدرت وزارة التربية العديد من التي تمنع منعا باتا السب والشتم والإهانة الشفهية والمس بكرامة التلاميذ كالضرب وهذا ما أكدته المادة 73 من الفصل الخاص بالموظفين بنصها ":يعد التأديب البدني أسلوب غير تربوي في تهذيب سلوكات التلاميذ " فالعنف المدرسي مهما كان نوعه وشكله فهو ممنوع يعرض المعلم المخالف للقوانين المدرسية للعقوبة الجنائية والإدارية (مذكرة رقم788 وت/أج المؤرخة في أكتوبر 1991التي تمنع منعا باتا السب والشتم والإهانة الشفهية والمس بكرامة التلاميذ كالضرب[3]) .

7-حق الطفل المحضون في الغذاء الصحي:

يعد تأمين الحاجات الأساسية للطفل من مأكل ومشرب أمراً بغاية الأهمية لتمكينهم من النمو والبقاء على قيّد الحياة، كما يجب توفير الغذاء الصحي والمتوازن تبعاً لمراحل

[1] العربي بختي، مرجع سابق، ص 107

[2] قرار رقم171 /02 المؤرخ في 1992 المتضمن منع العقاب البدني والعنف اتجاه التلاميذ في المؤسسات التعليمية

[3] سامية كرليفة، حق الطفل في التعليم بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري، مجلة الأسرة و المجتمع، جامعة سعد دحلب البليدة، المجلد الأول، العدد الأول، (د.ت.ن)، ص7

نموهم، والتي تتوافر فيه جميع العناصر الغذائية الضرورية لضمان نموّهم بشكلٍ سليم ودون التعرُّض لمشاكل سوء التغذية، لأن توفير الجانب المادي للمحضون من أكل وملبس ومسكن، وغير ذلك يساهم في شعوره بالحماية والأمان ويؤدي إلى استقراره، ولذا ينبغي على الدولة تسخير المنظومات الغذائية لصالح الأطفال بشكل أفضل من خلال فَهْمُ الحاجات الغذائيّة الخاصّة بهم في كلّ مرحلة من مراحل حياتهم، لتتسارع عمليّة نموّه الجسمانيّ وتترسّخ عاداته الغذائيّة لتبقى ملازمة له مدى الحياة، لهذا يجب على الدولة أن تهتم بهاته الفئة من خلال وضع المنظومات الغذائية الوطنية تغذية الأطفال في صميم عملها، لأن احتياجاتهم الغذائية فريدة من نوعها، وتلبية احتياجاتهم أمرٌ بالغ الأهمية لتحقيق التنمية المستدامة.

الفرع الثالث

دور الأخصائيين في معالجة قضايا الطفولة:

تتجه الجهود الوطنية في وقتنا الحالي نحو الاهتمام بالطفولة والسعي الحثيث نحو توفير أفضل السبل الممكنة لتحقيق طفولة آمنة مستقرة ومتكيفة اجتماعياً وتربوياً وثقافياً واقتصادياً، طفولة خالية من العقد والمشاكل والعنف بكل أشكاله من خلال الاعتراف الراسخ عند جميع أفراداً المجتمع بحقوقه، إلا أن الواقع والشواهد تنبئ باستمرار عن معاناة شديدة للأطفال نتيجة المشاكل والتحديات والمصاعب الحياتية وللحفاظ عليهم من جميع أشكال التعسف والإساءة تستدعي اللجوء لحماية الطفل المحضون وإعداده لكي يكون عضوا صالحا في المجتمع تبدأ بمحاولة حل المشاكل المختلفة التي تواجهه الناتجة عن النزاعات الأسرية سواء من خلال آثارها على الواقع المعاش (البيت، المدرسة، الشارع، والمؤسسات الثقافية المحتضنة له)أو على ما تنشره وسائل الإعلام المختلفة عن الطفل وما يعانيه بعض الأطفال من حرمان، وهو ما دفع انتباه الكثير من المختصين في علم الاجتماع وعلم النفس والمربين والأكاديميين لاهتمام بهاته الفئة، سواء ما تعلق بتعلمها، أو ما تعلق منها بحريتها وخاصة للمراحل الأولى من الطفولة، ولمعالجة ظاهرة إساءة للمحضون والتعسف الممارس عليه لابد من تبني إستراتيجية إرشادية متكاملة من طرف المختصين الاجتماعيين تهدف إلى حماية الطفل المحضون من خلال زيادة الوعي الأسري وذلك من خلال تكثيف البرامج المتعلقة بالأسرة والمجتمع عن طريق وسائل الإعلام المختلفة ونشر الوعي بين أفراد المجتمع

حول خطورة العنف الموجه ضد الطفل المحضون، بالإضافة إلى الإرشاد النفسي العائلي نحو تجنب سلوكات العنف ضده، نظرا للآثار السلبية الناجمة عنه، وذلك بغرض التقليل من حجم هذه الظاهرة، كما يمكن للمكلف بإرشاد المدرسي أن يستدعي أولياء الطفل المحضون ويحاول توعيتهم بخطورة السلوكات العنيفة الممارسة عليه ومحاولة توجيهم للتعامل بحكمة مع الطفل.

الفرع الرابع

دور الإعلام في معالجة قضايا الطفولة:

يلعب الإعلام دورا فعال في التوعية المجتمعية بقضايا الطفل والأسرة وتكوين وتشكيل الرأي العام من خلال وضع إستراتيجية إعلامية علمية تعني برصد ومتابعة ومراقبة حقوق الطفل المحضون من خلال استعراض قضاياه ومناقشة واقعه وطرح أبعاد مشكلاته والحلول المقترحة لها وفي الوقت الحالي أصبحت المسألة أكثر تعقيدا نتيجة قصور معرفي في المجال القانوني بحقوق الطفل المحضون مع تقاعس مجتمعي لدى كثير من أفراد المجتمع بآثاره على مستوياته وفئاته المختلفة , مما يتطلب إقامة المشاركة الاجتماعية الواسعة وتضافر الجهود والإمكانات في السلطة والمجتمع بهدف إيجاد التزامن والتوافق فيما بين الضمانات القانونية والتطبيقية والرقي بمستوى الملائمة مع إجراءات الحماية الطفل وحقوقه لنشر وإرساء ثقافة حقوق الطفل.

ومن هذا المنطلق جاء دور وسائل الإعلام والاتصال كواجب قانوني وأخلاقي إنساني تجاه بقاء حقوق المحضونين ونمائهم والقضايا المتصلة لمجابهة التقاعس المجتمعي وتعزيز الإجراءات الكفيلة بالاحترام الفعلي والمساندة التشريعية القانونية والتطبيقية لحماية حياة الأطفال المحضونين وتخفيف معاناتهم وحث الحكومة وتوعيتها لتنفيذ التزاماتها ولضمان نجاح فاعلية وسائل الإعلام في معالجة قضايا الحماية القانونية لحقوق الطفل مرتبط بمدى قدرتها على ممارسة الحرية الإعلامية كحق وكواجب مع ديمقراطية تداول المعلومات وفقا لمبدأ المساواة بما يؤدي إلى إعمال الحق في حرية الرأي والتعبير.

الفرع الخامس: دور المجتمع المدني

إن معالجة ظاهرة العنف الموجه ضد الطفل المحضون هي مسؤولية اجتماعية وأخلاقية ولم تعد الحكومات وحدها المسؤول عنها، فلابد للأحزاب السياسية ومختلف

الجمعيات المحلية والوطنية أن تعمل جاهدة لسن قوانين رادعة لمن يعنف الأطفال تحت أي شكل من الأشكال، كما يمكن أن تنظم ملتقيات توجيهية للتقليل من سلوكات العنف الموجه ضد المحضون من خلال توجيه وإرشاد وتوضيح وتثقيف الأولياء بطريقة سليمة لتربية الحديثة للأطفال حتى تنتفي فيها سلوكات العنف لتربية الأطفال، مع إمكانية إبراز آثار الناتجة والوخيمة على الطفل، توفير خدمات الإرشاد النفسي على مستوى المؤسسات التعليمية، تنظيم دورات توعية حول التعامل مع الأبناء المحضونين على وجه الخصوص قصد التقليص من تبعات السلبية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية.

المطلب الثاني

الحماية التشريعية

إن النهوض بالمجتمع يبدأ من الاهتمام بالنشئ الأول ألا وهو الطفل، وهذا الاهتمام ينصب على جميع المجالات من أبرزها الجانب الحقوقي من خلال وضع قواعد قانونية الكفيلة بضمان العناية بالطفل وكفالة حقوقه مقابل تنظيم الالتزامات المفروضة على الدولة بمختلف هياكلها وأجهزتها، فالتنظيم التشريعي الدقيق لوضعية الأطفال بعد تفكك الأسرة وانفصال الرابطة الزوجية هو ما يجلي الحرص على مراعاة مصلحتهم وعدم تركهم يتأثرون بوقائع لم يكن لهم أي يد في خلقها وبالتالي ضمان نوع من الحماية الخاصة لهاته الفئة فحماية المحضون تقتضي ضمان الشروط اللازمة لحسن التكفل باحتياجاته، وتسخير الإمكانيات اللازمة لرعايته، وتركيز الجهود لتوفير الإطار التشريعي والتنظيمي والآليات الضرورية التي تضمن تكريس الحقوق وتجسيد الحماية الفعلية لهم بتوفير مستقبل واعد لهم يتوقف على مدى الاهتمام بتربيتهم وتنشئتهم تنشئة صحية وسليمة وتوفير المناخ الملائم لرعايتهم وحمايتهم.

لقد بات من المعلوم إن إعلاء واحترام حقوق الطفل سيظل يقتضي ضرورة العمل لإنشاء الآليات التي تُعنى بجعلها حقيقة على أرض الواقع، ليس فقط من الناحية القانونية النظرية وإنما أيضا من الناحية الواقعية الفعلية، بدءا بنشر وتعميق الثقافة الإنسانية مجتمعيا فليس من الممكن الاكتفاء بتشريع الحقوق الإنسانية للطفل بل لابد من توفير فرص تحقيق وتطبيق ضمانات تلك الحقوق في إطار الجهود الرامية إلى تعزيز الحماية تستهدف النهوض بوضعية الطفولة والتي تعنى بحقه في الصحة والتربية والتعليم والحماية.

الفرع الأول

آليات ضمان استيفاء الحقوق المالية للطفل في ظل التعديلات المستحدثة (قانون صندوق النفقة15-01)

تعززت الآليات القانونية الرامية إلى حماية الأسرة عموما والأطفال القصر بوجه خاص من التشتت بدخول صندوق النفقة الغذائية حيز التنفيذ حيث تم تحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية، فبموجب المؤرخ في 4 يناير 2015 والمتضمن القانون رقم 15- 01 إنشاء صندوق النفقة تضاف لبنة جديدة إلى الترسانة القانونية التي تهدف إلى حماية الأطفال القصر والمرأة المطلقة الحاضنة من خلال تخصيص مبلغ مالي لها في حال تخلي المدين عن دفع النفقة، وتعد هذه الآلية تجسيدا لتوجيهات كان قد وجهها رئيس الجمهورية في مارس 2014 لمباشرة التفكير في إمكانية إنشاء صندوق مخصص للنساء المطلقات اللواتي يتكفلن بأطفال قصر، وهي آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين، باعتبارها مستحقات مالية تحل محل النفقة التي امتنع الملزم بها عن دفعها ويهدف هذا القانون إلى حل المشاكل المستجدة المترتبة على مختلف المسائل الخاصة بنفقة الأطفال والمتداولة على الساحة القضائية من خلال إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية، ويأتي هذا الإجراء تكملة للإجراءات التي تضمنتها مراجعة قانون الأسرة الذي جاء لتكريس مساواة أكبر بين الزوجين وضمان حماية أفضل للأطفال وتحقيق الانسجام العائلي حيث يظل هذا القانون قابلا للتحسين في بعض الجوانب المادية على غرار الصعوبات التي تعترض بعض النساء المطلقات اللواتي تحصلن على حضانة الأطفال من أجل استرجاع النفقة الغذائية.

أولا: مفهوم صندوق النفقة

تتحمل الأسرة مسؤولية الأولى في كفالة حق الطفل المحضون في النفقة وتضمن لها الدولة حق المساعدة اللازمة بعد الطلاق الوالدين عند الحاجة، باستحداث صندوق النفقة بالقانون رقم15-01الذي يتكون من16مادة، والذي يعتبر آلية ناجعة تضاف إلى المنظومة القانونية الهادفة لتعزيز حقوق المرأة المطلقة الحاضنة والطفل المحضون لضمان حقوق الطفل المحضون واستيفاء حقوقه المالية.

1-تعريف صندوق النفقة في القانون رقم 15-01

صندوق النفقة هو عبارة عن صندوق مالي احتياطي الهدف منه إعانة أو دعم من الدولة لفائدة فئة معينة من المجتمع، تتمثل في الطفل أو المحضونين والمرأة المطلقة الحاضنة، لتغطية الحاجات والضرورة الملحة للعيش الطفل المحضون باعتباره محل الحماية القانونية من قبل هذا الصندوق، من خلال دفع مستحقات النفقة المقرر بموجب حكم قضائي نهائي واستحالة التنفيذ الكلي أو الجزئي بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه أو في حالة جهل محل إقامته، بهدف حماية المحضون اجتماعيا من خلال تحقيق الاستقرار المادي وضمان حقوقه.

وصندوق النفقة حسب القانون رقم 15-01 هو عبارة عن حساب تخصيص خاص رقمه302/142، يفتح في كتابات الخزينة عنوان الحساب " صندوق النفقة " وهو مقسم لشقين: شق تدرج فيه إيرادات الصندوق والمتمثلة في مخصصات ميزانية الدولة ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها، كرسوم الجبائية أو شبه جبائية تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة الصندوق الهبات والوصايا وكل الموارد الأخرى(المادة 10من القانون رقم 15-01)، وشق مقابل تدرج فيه نفقاته أي مبالغ النفقة المدفوعة للمستفيد، ويكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني هو الآمر الرئاسي بصرف هذا الحساب ويسيره أمناء الخزينة العمومية على المستوى المحلي(المادة 10/ف 3 من القانون رقم 15-01).

2-أسباب وأهداف إنشاء صندوق النفقة

يعود إنشاء صندوق النفقة لتعليمات فخامة رئيس الجمهورية الذي أمر الحكومة بإنشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات، الحاضنات وأطفال قصر، وذلك في خطابه الذي ألقاه في 08 مارس 2014 والذي دخل حيز التطبيق في 04 جانفي 2015 بهدف التكفل بالصعوبات التي تواجه المرأة الحاضنة في تحصيل النفقة لإعالة أطفالها المحضونين بسبب امتناع الزوج عن دفعها، ومن أهم أسباب إنشاء قانون رقم15-01 :

أ- عدم نجاعة الحلول التشريعية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري أمام استفحال ظاهرة الطلاق وعقبات التي تواجه الحاضنة بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة.

ب- النزاعات بين المطلقين وما يترتب عنها من آثار سلبية تنعكس على الأولاد بالدرجة الأولى وحرمان المطلقة من حقوقها بالدرجة الثانية وامتلاء رفوف المحاكم والمجالس القضائية بمثل هذه النزاعات مندرجة ثالثة[1].

ت- استحداث آلية جديدة لمعالجة المعضلات الاجتماعية التي تواجه الحاضنة والمحضونين الناتجة عن صعوبات تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة.

ث- التكفل بالعقبات التي تواجه الحاضنة في تحصيل النفقة لإعالة أطفالها المحضونين بسبب تملص الأب من الإنفاق واضطرار الأم للجوء إلى القضاء، فكثير من الأزواج يتخلون عن مسؤولياتهم المادية تجاه أبنائهم بعد الطلاق ،كما أن الزج بالزوج الذي لا يدفع النفقة لزوجته وأبنائه في السجن، لا يعد حلا لمشاكل عدم التسديد النفقة، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إنشاء ما يسمى بقانون صندوق النفقة من أجل تمكين المرأة المطلقة والأطفال المحضونين من الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق.

ج- حماية المرأة الحاضنة والمحضونين وتلبية حاجياتهم لمواجهة تعسف الأب الممتنع عن الإنفاق من خلال ضمان وجود دخل ثابت للحاضنة منذ وقوع الطلاق المتحصل عليها بطريقة سلسة دون عناء وتعسف .

ثانيا: نطاق الاستفادة من صندوق النفقة

1- الأشخاص المستفيدون من صندوق النفقة

تنص المادة 02 من القانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على أن" النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة"، فالمادة 02 من القانون15-01 خصصت بتحديد الفئات التي يمكنها الاستفادة من صندوق النفقة وقد اقتصرت الاستفادة على نوعين نفقة الطفل المحضون ونفقة المرأة المطلقة:

أ- **نفقة الطفل المحضون:** من بين أهم الحقوق الثابتة للولد حق النفقة والنفقة من الحقوق التي أقرها القانون على وجه الخصوص للطفل المحضون من أجل تغطية حاجاته

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة و الأولاد في ظل القانون(01/15)المتضمن إنشاء صندوق النفقة، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، العدد 5، باتنة، 2015، ص218

الضرورية وتحقيق مصلحته المادية، وتطبيقا لذلك كمبدأ عام الأب ملزم بالإنفاق على أولاده وهذا ما تضمنته المادة 75 من قانون الأسرة" تجب نفقة الولد على الأب"، وحتى يلتزم الأب بالإنفاق يجب أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له[1]، أن يكون الأب قادرا على الإنفاق على أولاده فإذا ثبت عجز أو امتناع الأب عن دفع تلك النفقة لابد من اتخاذ إجراءات اللازمة لحماية المحضون من خلال تدخل صندوق النفقة في دفع المستحقات المالية التي يحتاجها المحضون إلى غاية تسوية الأب لحالته بيسره أو بتعرضه للعقوبة في حالة امتناعه عن تسديد.

فشرط الحضانة يعتبر شرط أساسي لأحقية الطفل في الاستفادة من المبالغ المستحقة من صندوق النفقة، مع العلم أن مدة حضانة الذكر تنقضي ببلوغه عشر سنوات قابلة للتمديد إلى غاية بلوغه 16 سنة شرط أن تكون حاضنته أما لم تتزوج ثانية[2]، أما بالنسبة للأنثى فتنقضي مدة حضانتها ببوغها سن الزواج المحددة ب 19 سنة كاملة وفقا لنصي المادتين 65 و07 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن المبالغ المستحقة التي يغطيها صندوق النفقة تشمل نفقة الأطفال المحضونين إلى غاية انتهاء مدة حضانتهم، شرط ألاّ يكون لديهم مال خاص، وذلك لأن امتلاك الطفل المحضون لمال خاص يعتبر سببا من أسباب سقوط حقه في النفقة، ومن ثم سقوط حقه في الاستفادة من صندوق النفقة بالتبعية لذلك[3].

كما يدخل إطار صندوق النفقة نفقة الطفل في الفترة الممتدة من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور حكم قضائي وتسمى بالنفقة الوقتية، حيث نصت المادة57 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 على إقرار إجراءات جديدة، حيث جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن[4]، فالتدابير الاستعجالية هي الإجراءات والتدابير المؤقتة، والتي تتعلق بقضايا لا تحمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 390

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص347

[3] عامر نجيم، القيود الواردة على الإستفادة من صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات، يوم دراسي من تنظيم مخبر القانون الخاص الأساسي حول منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، بتاريخ 22 أفريل 2015، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ص06

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص155

بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال[1]، وتصبح هذه النفقة ملغاة بمجرد صدور حكم قضائي بإلزام المدين بالنفقة بتسديد المستحقات المالية للدائن بها.

فالملاحظ على المشرع الجزائري قد ضيق نطاق فئات الأطفال المستفيدة من صندوق النفقة وقصر الاستفادة من صندوق النفقة على أطفال المرأة الحاضنة، والتي غالبا تكون الزوجة المطلقة حسب المادة 64 من قانون الأسرة، على الرغم من الهدف من إنشاء هذا الصندوق ضمان الحقوق المالية للطفل كما أن الحاجة إلى مستحقات هذا الصندوق تشمل فئات عديدة من الأطفال الذين هم في أمس الحاجة لنفقة، كأبناء المحضونين من الزوجة الأرملة (اليتامى) وكذا الزوجة المفقود زوجها بالإضافة إلى الأطفال مجهولى النسب والأبناء المترتبين عن الزواج الباطل كما أنه لم يتطرق لأحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من هذا الصندوق فعلى المشرع استدراك وتعديل القصور الوارد في قانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة وإعادة النظر من خلال توسيع نطاق فئات الأطفال المستفيدة من هذا الصندوق باعتباره آلية لحماية حقوق الطفل المالية.

ب-**نفقة المرأة المطلقة:** أثار نفقة المرأة المطلقة جدلا في فهم مدلولاتها، كونها جاءت مجملا، إذ لم تحدد المادة مشتملات النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، هل يقصد بها نفقة العدة، نفقة المتعة، نفقة الإهمال أم كلها مجتمعة[2]، بل أحالها لقانون الأسرة، فلا بد من التعرف على هذه الأنواع لتحديد النوع المقصود الذي يشمله صندوق النفقة:

- **نفقة المتعة:** هي مال يعطيه الزوج إلى مطلقته زيادة عن الصداق وذلك تخفيفا على الزوجة لما قد يصيبها من ألم وحسرة بسبب تطليقها، لسبب غير راجع إليها أيضا بسبب استعمال الرجل لحقه في تطليق زوجته[3]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتحدث مطلقا عن نفقة المتعة، إنما تحدث عن التعويض في الطلاق التعسفي من خلال المادة 52 من قانون الأسرة، أما القضاء الجزائري فلم يحسم هذه المسألة واختلطت عليه الأمور ولم يتبن موقفا واحدا، ولعل اجتهاده تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد[4].

---

[1] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص277

[2] عامر نجيم، مرجع سابق، ص7

[3] ممدوح عزمي، دعوى النفقة، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997م، ص 49

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 101

▪ **نفقة العدة:** فنفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى عقد الزواج، ويمتد حقها في النفقة إلى ما بعد الحكم بالطلاق طيلة مدة العدة، وحسب المادة 61 من قانون الأسرة فإنه " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها ووفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق" ونفقة العدة تختلف حسب مدة العدة، فعدة المطلقة المدخول بها غير الحامل هي ثلاثة قروء، واليائس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من قانون الأسرة، أما المطلقة الحامل فتعتد عدتها إلى حين وضع حملها مع العلم أن المشرع حدد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر وهذا ما نصت علية المادة 60 من قانون الأسرة "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر(10) من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

▪ **نفقة الإهمال:** فالنفقة التي يمكن لصندوق النفقة التكفل بدفعها وهي نفقة الإهمال للمرأة المطلقة، فالزوجة قد ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق كما هو وارد في53 من قانون الأسرة وهذه النفقة يبدأ سريانها أصلا من يوم رفع الدعوى إلى غاية النطق بحكم الطلاق وبالعودة إلى نص المادة15 من القانون15-01 " لا تطبق أحكام هذا القانون على مبالغ النفقة المحكوم بها قبل صدوره"

فالمشرع استثنى فئة من النساء اللاتي هن بأمس الحاجة للمساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق كالمطلقة المعوزة التي توفى عنها وعن أبنائها زوجها(الأرملة)، كما أنه لم يفرق بين المطلقة المعوزة والمطلقة الغير معوزة والأم التي لم تكن محل طلاق وكانت معوزة ورفض زوجها الإنفاق عليها لأي سبب من الأسباب أو غاب عنها ولا يعرف مكان تواجده أو كان مفقودا والمرأة التي مازال لم يفصل في طلاقها وطال أمد الفصل في قضيتها[1].

2- شروط الاستفادة من صندوق النفقة:

لقد أقر المشرع من خلال القانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة المادة الثالثة منه على حالات الاستفادة من صندوق النفقة أن" :يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع، أو عجزه عن ذلك، أو لعدم معرفة محل إقامته"

[1] مبروك بن زيوش، مرجع سابق، ص 219

أ- **حالة تعذر التنفيذ الكلي للأمر أو الحكم القضائي:**

حتى تستفيد المرأة المطلقة من صندوق النفقة، لا بد لها أن تتحصل على حكم نهائي قاضي بالنفقة الغذائية، ويكون ممهورا بالصيغة التنفيذية، أن تكون باشرت تنفيذ هذا الحكم النهائي عن طريق المحضر القضائي لكن المدين بالنفقة امتنع عن التنفيذ وفي هذه الحالة يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ إذا صح تكليفه بالوفاء وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا ولم يعترض على بطلان إجراءات التبليغ بعد انقضاء أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ مما يدل على انصراف إرادته إلى رفض التنفيذ اختيارا مما يعرضه للمسألة الجزائية بعد انقضاء شهرين من تحرير محضر الامتناع وفقا للمادة 331 من قانون العقوبات، بموجبه تستطيع المطلقة المطالبة باستيفاء مبالغ النفقة المستحقة من الصندوق النفقة.

ب-**عجز وإعسار المدين بالنفقة:** هو عدم القدرة على الاسترزاق سواء لفقر المدين أو لتقاعس منه عن الكسب، أو لإعساره[1]، فهو الشخص الذي يقع عجزه عن الكسب المشروع، أي لا يستطيع كسب عيشه بوسيلة مشروعة[2]، ويتحقق الإعسار بعجز المدين بالنفقة عن الإنفاق بسبب مانع جدي، كالإصابة بأمراض مزمنة أو خطيرة، أو عجز ذهني أو حركي يحول دون السعي إلى الكسب بمعنى أن يكون مؤسسا على مبرر شرعي وقانوني.

ت-**عدم تحديد مكان إقامته** : وهذه الواقعة تتحقق من خلال إشارة المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ إلى ما يفيد عدم العثور على المنفذ عليه، بعنوانه الموجود في الحكم محل التنفيذ أو العنوان المحدد من قبل طالبة التنفيذ وذلك بعد التردد على عنوانه عدة مرات تجنبا لإمكانية التحايل أو الخطأ المادي، وتجدر الإشارة إلى التمييز بين غيبة المنفذ عليه وعدم العثور عليه في محل إقامته أن المنفذ عليه في الحالة الأولى يقطن بعنوان موضوع الاستدعاء لكنه غائب غيبة متصلة، أما الحالة الثانية فإنه يعد غير معروف بالعنوان محل الاستدعاء ذلك لتنقله لمكان آخر مجهول، لكن النتيجة في كلتا الحالتين واحدة وهى عدم وجود المنفذ عليه المدين بالنفقة[3].

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص84

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 278

[3] عامر نجيم، مرجع سابق، ص 22

3-إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية وطرق تحصيلها:

أ- إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية:

▪ **تقديم الملف إلى القاضي المختص:** يقدم طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى قاضي المختص وهو رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا، ويعود الاختصاص الإقليمي في مواضيع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها، وفقا لنص المادة 5/426 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي يتم تحديدها بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام ووزير المالية ووزير التضامن الوطني، حيث يتضمن هذا الملف الوثائق التالية:

- طلب الاستفادة وفقا للنموذج المعد قانونا .
- نسخة من الحكم القضائي القاضي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك.
- محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.
- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطب عليه.[1]
- يقدم ملف واحد إذا كان موضوع الطلب يشمل نفقة المرأة المطلقة ونفقة المحضونين.

يفصل القاضي المختص في الطلب بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه خمسة أيام من تقديمه، ويبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي الأمر بصرف مبالغ النفقة للمستفيد عن طريق صك بريدي أو تحويل بنكي.

يفصل قاضي شؤون الأسرة في أي إشكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية في أجل أقصاه (3أيام) من تاريخ إخطاره به.

عند توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ الأمر أو الحكم القاضي بالنفقة بعد شروعه فيه يأمر القاضي المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي بمواصلة دفع مبلغ النفقة.

[1] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 جوان 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد35.

يدرس القاضي التغيير في الحالة الاجتماعية أو القانونية للمستفيد أو المدين بالنفقة الذي يبلغ إليه في أجل عشرة (10)أيام من حصوله، ويفصل فيه بأمر ولائي غير قابل لأي طعن ويتم تبليغه عن طريق أمانة الضبط إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي في أجل 48 ساعة من تاريخ صدوره.

في حالة مراجعة مبلغ النفقة يبلغ القاضي المختص عن طريق أمانة الضبط المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي بالحكم أو القرار القضائي المتضمن مراجعة مبلغ النفقة في أجل 48 ساعة من صدوره .

ب- **طرق تحصيل المستحقات المالية:** حدد المشرع الجزائري مداخيل صندوق النفقة من خلال مرسوم 107/15 حتى يتسنى للمصالح المختصة تغطية كافة هاته المستحقات ويتم تحصيل هاته المبالغ من خلال مُخصصات ميزانية الدولة، ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها بواسطة أمين الخزينة للولاية بناء على أمر بالإيراد تصدره مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية(المادة 9 من قانون 01/15) ومن الرسوم الجبائية أو شبه الجبائية والتي تنشأ بموجب القانون، وكذا الهبات والوصايا، ثم من كل الموارد الأخرى .

ثالثا: مسقطات الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة

حدد المشرع الجزائري الحالات التي لا يمكن لصندوق النفقة تغطيتها أوتسقط فيها الاستفادة من المستحقات المالية بعد تنفيذها وفق نص المادة 02 الفقرة 05 التي جاء فيها : "سقوط الحق في الاستفادة من المستحقات المالية :سقوط الحق في الحضانة أو انقضائها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها ." كما نص في المادة 06 الفقرة 02 منه على":تستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا إلى حين سقوط حق الاستفادة منها."

1- **سقوط الحق في الحضانة:** بالرجوع إلى المواد66-67 -68 - 70 من قانون الأسرة فإن الحضانة إن أسندت لأمهم المطلقة فإنها إما أن تسقط بسبب زواجها بأجنبي أو بسبب تنازلها أو بسبب فسادها ولكونها ليست أهلا للحضانة.

2- **انقضاء الحضانة:** يسقط حق الاستفادة من الصندوق بانقضاء مدة الحضانة والتي يحكمها قانون الأسرة فنص في المادة 65 منه ":تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة

إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتمائها مصلحة المحضون ."

3- **ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها:** يسقط الحق في الاستفادة من المخصصات المالية التي يقدمها صندوق النفقة إذا التزم المدين بالنفقة بتقديم المبلغ المالي الذي تحتاجه الحاضنة لممارسة الحضانة على طفلها المحضون، أو المبلغ المفروض على الزوج لمطلقته ولهذا يتعين على المدين بها الاتصال بالجهة التي كانت تتولى دفع النفقة من الصندوق، وتقديم ما يثبت قيامه بدفع النفقة حتى يقوم الصندوق بإسقاطها على الأولاد المحضونين.

ونشير أنه توجد أسباب أخرى قد تؤدي إلى إسقاط الحق في الاستفادة من الصندوق أهمها:

- **يسر الطفل المحضون:** تطبيقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة فإن نفقة الولد تقع على أبيه ما لم يكن له مال خاص، وبالتالي إذا كان للولد مصدر كسب معين سواء بالعمل أو التجارة، أو كان له مال خاص، يسقط حقه في النفقة.

-**وفاة المدين بالنفقة:** أيضا تعتبر وفاة المدين بالنفقة سبب منطقي لسقوط الاستفادة من الصندوق، وفي هذه الحالة يقوم الصندوق بتحصيل المبالغ التي تم دفعها قبل الوفاة من تركة المدين، لأنها تعتبر من الديون الثابتة عليه.

-**وفاة الدائن بالنفقة:** عند وفاة المطلقة الحاضن يسقط الحق في الاستفادة من الصندوق لأن لها فقط الحق في الاستفادة من مستحقات الصندوق.

الفرع الثاني

آليات ضمان حماية القانونية للطفل في ظل التعديلات المستحدثة

(قانون حماية الطفل 15-12)

يعد قانون حماية الطفل دعامة أساسية لتعزيز سبل ووسائط التكفل باحتياجات الطفل، وتسخيرا لإمكانيات اللازمة لرعايته، فالطفل بسبب قصوره من ناحية النضج البدني والعقلي فهو بحاجة ماسة إلى الوقاية والرعاية ولذلك جاء قانون حماية الطفل الجزائري12/15 من أجل تطوير وترقية الطفل وتجسيد وتطبيق آليات الحماية بهدف وضع قواعد وآليات خاصة بحماية الطفل من خلال تكييف التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها ،وذلك باقتراح آليات حماية اجتماعية وقضائية ودولية مبنية على

أساسا المبادئ المتضمنة في الآليات الدولية سعيا من المشرع معالجة أوضاع الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى، والقضاء على هذه الظواهر الاجتماعية المهددة لطفل والتي أصبحت تؤرق جميع القائمين على الشأن الاجتماعي من الأمهات والآباء والمؤسسات التربوية والوسط الاجتماعي ومؤسسات رعاية الطفولة.

أولا: تعريف الطفل في حالة خطر وحالات تعرضه لخطر

1- **تعريف الطفل في حالة خطر:** تعرف المادة 02 من قانون 15- 12 المتعلق بحماية الطفل " هو الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو آمنه في خطر أو عرضه له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر" وما نستخلصه من قراءتنا لهذا النص أن المشرع الجزائري حاول إحاطة الطفل بمنظومة قانونية توفر له السبل الكافية لرعايته ونموه نموا سليما وطبيعيا، هذا الأمر لا يتأتى إلا بترسيخ واضح وفعال لحقوقه التي هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، كما أقر الحماية للطفل حتى من الخطر المحتمل وقد ذكر حالات الخطر على سبيل المثال وليس الحصر بهدف توسيع نطاق حماية الطفل المعرض للخطر.

2-**حالات تعرض الطفل للخطر:**

عدد قانون 15-12 المذكور أعلا الحالات التي تعرض الطفل للخطر بأنها :

- فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي .
- تعريض الطفل للإهمال أو التشرد: يعد الإهمال بالنسبة للطفل أكبر مهدد اجتماعي له ويقصد بإهمال الطفل الفشل في تأمين حاجات الطفل الأساسية، فالإهمال يمكن أن يكون جسديا مثل التأخير في تقديم الرعاية الصحية للطفل، أو تربويا كعدم تسجيل الطفل في المدرسة وإغفال حاجاته التربوية الخاصة، أو عاطفيا ونفسيا ويشمل سوء المعاملة القاسية من قبل الوالدين وعدم تقديم الرعاية النفسية الملائمة.
- المساس بحقه في التعليم: تقصير الوالدين في توفير فرص التعليم له، فيتضمن حرمان الطفل من التعليم والفشل في وضعه في مدرسة مناسبة لعمره وعدم تلبية احتياجاته التعليمية.
- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول.

- عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.
- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية .
- سوء معاملة الطفل، لاسيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي .
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص إذا اقتضت مصلحة الطفل حمايته.
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، لا سيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية .
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لا سيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية أو المعنوية.
- وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار.

ثانيا: مظاهر الحماية المقررة للطفل المعرض للخطر

1-الحماية الاجتماعية للطفل في خطر:

تضمن القانون رقم 15-12 استحداث هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة مع بيان أطر عملها عن طريق مفوضها، إضافة إلى الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي وهو ما يمكن تبيانه فيما يلي:

أ- الحماية الاجتماعية على المستوى الوطني:

تنص المادة 11 من القانون 15/12على أنها" :تحدث لدى الوزير الأول هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة يرأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة، تكلف بالسهر على حماية وترقية حقوق الطفل، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

تضع الدولة تحت تصرف الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة كل الوسائل البشرية والمادية اللازمة للقيام بمهامها، تحدد شروط وكيفيات تنظيم الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة وسيرها عن طريق التنظيم."

تلعب هذه الهيئة دوراً وقائيًا ومهم في مجال حقوق الطفل وترقيته والسعي إلى تطبيق حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر، ويكمن دور هذه الهيئة في :

- تفعيل جميع القوانين الموجودة لحماية هذه الفئة وتطبيقها.
- الضمان لهذه الفئة الضعيفة في المستقبل الوقوف على تحقيق حياة أفضل للطفل الذي لايزال يعاني من مشاكل اجتماعية التي لا يمكن حصرها.
- مرا قبة كل صغيرة في حياة الطفل الذي يكون في خطر معنوي أو مادي.

- **دور المفوض الوطني في حماية الطفولة:**

إن المفوض الوطني لحماية الطفولة هو الذي يقوم بمهمة حماية حقوق الطفل، كما يرأس الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، وذلك بموجب القانون رقم15-12 المؤرخ في 15جويلية المتعلق بحماية الطفولة، ويعمل تحت وصاية مصالح الوزير الأول، كما أنّ يقوم بحماية الأطفال دون تمييز في الجنس أو اللون أو اللغة أو الرأي أو الإعاقة ويتم تعيين المفوض الوطني لحماية الطفولة والذي يرأس الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة حسب المادة12 من12/15 التي تنص على" :يعين المفوض الوطني لحماية الطفولة بموجب مرسوم رئاسي من بين الشخصيات الوطنية ذات الخبرة والمعروفة بالاهتمام بالطفولة."

ومن المهام الأساسية للمفوض الوطني لحماية الطفولة ترقية حقوق الطفل، لا سيما من خلال:

- وضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفينُ برعاية الطفولة وتقييمها الدوري.
- متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل والتنسيق بين مختلف المتدخلين القيام بكل عمل للتوعية والإعلام والاتصال.
- تشجيع البحث والتعليم في مجال حقوق الطفل، بهدف فهم الأسباب الاقتصادية والاجتماعية أو الثقافية لإهمال الأطفال وإساءة معاملتهم واستغلالهم، وتطوير سياسات مناسبة لحمايتهم.
- إبداء الرأي في التشريع الوطني الساري المفعول المتعلق بحقوق الطفل قصد تحسينه.
- ترقية مشاركة هيئات المجتمع المدني في متابعة وترقية حقوق الطفل.

- وضع نظام معلوماتي وطني حول وضعية الطفل في الجزائر، بالتنسيق مع الإدارات والهيئات الدينية.
- يقوم المفوض الوطني لحماية الطفولة بزيارة المصالح المكلفة بحماية الطفولة وتقديم أي اقتَراح كفيل بتحسينُ سيرها أو تنظيمها.

ب- **الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي:**

جاء في القانون رقم 15- 12 أنه تتولى الحماية الاجتماعية للأطفال على المستوى المحلي مصالح الوسط المفتوح بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة.

وتنشأ مصالح الوسط المفتوح بواقع مصلحة واحدة بكل ولاية، غير أنه يمكن في الولايات ذات الكثافة السكانية الكبيرة إنشاء عدة مصالح.

ويجب أن تتشكل مصالح الوسط المفتوح من موظفين مختصين، لاسيما مربين ومساعدين اجتماعيين وأخصائيين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين وحقوقيينُ.

ومن مهام مصالح الوسط المفتوح أنها تقوم بمتابعة وضعية الأطفال في حظر ومساعدة أسرهم.

المطلب الثالث

الحماية القضائية

يعد الدور المنوط للقضاء في حماية مصلحة المحضون من الأدوار الأساسية المخولة له من خلال اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لجعل المحضون يعيش في جو مناسب متمتعا بالرعاية الكاملة والمستمرة إلى أن يصبح كامل الأهلية[1]، فالحضانة السليمة تشكل دوراً مؤثراً في نجابة الأطفال ونجاحهم الدراسي مستقبلًا، وتوازن شخصياتهم فضلًا عن كونها وسيلة تربوية مهمة لغرس الفضائل والقيم الأخلاقية، والتعاليم الدينية والعادات الجيدة، والأساليب التربوية الصحيحة، وتنمية القدرات العقلية والتكيف الاجتماعي مع المحيط وهي التي تنقلهم إلى بر النمو الجسدي والعقلي والأخلاقي السليم، وهي التي تمثل حماية للأطفال من كل المشاعر السلبية كالعزلة والانطواء والعدوان والخجل، وضعف الشخصية

[1] عبد المجيد العزوزي، الحضانة وحق المحضون من خلال التطبيق العملي لمقتضيات، مدونة الأسرة من قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية، القصر البلدي، مكناس، يومي8-2007/03/9م، ص323

والكراهية، التي يمكن أن تنجم عن ترك الطفل وحيدا في مهب الضياع، فالطلاق من أهم الأسباب التي ساهمت في استفحال ظاهرة التفكك الأسري في المجتمع الجزائري[1] وللطلاق آثار خطيرة على الزوجين المطلقين بالدرجة الأولى ثم على الأبناء، فأغلبية الدارسات الاجتماعية والنفسية تؤكد على أن الطلاق يشكل تربة خصبة لزرع بذور السلوك الإجرامي عند الأطفال[2] بحيث يرى بعض علماء الاجتماع أنه إذا كان عمر الطفل لا يتجاوز الخمسة أعوام فإن تأثره بالطلاق من الناحية النفسية والصحية والاجتماعية كونه أقل من الأبناء الذين هم في عمر العشر سنوات أو أكثر لأن إدراكهم للأمور يكون أكثر فهما، وتفاعلهم مع أبويهم يتزايد مع تقدم أعمارهم[3]، لهذا خص المشرع الطفل المحضون بعناية مميزة، إذ كلّف قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بحماية مصالحه وقيامه بالإجراءات الإيجابية اللازمة لحماية الطفل المحضون والسهر على حقوقه المادية والمعنوية والتربوية، وهذا بالتدخل كلما تطلب الأمر لاتخاذ ما يراه مناسبا له وترك له المجال الواسع للبحث على مصلحة المحضون في جميع المجالات، وللقاضي السلطة التقديرية في اختيار الأصلح للمحضون انطلاقا من الوسائل المناسبة والمقبولة في استجلاء الحقيقة مع تقدير من هو الأصلح والأنسب لمصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا المشرع في مواد قانون الأسرة في باب الحضانة.

الفرع الأول

مبدأ مراعاة مصلحة المحضون

من أهم المنافذ التي وضعتها التشريعات لضمان وحماية حقوق الطفل والتكفل به والتي تتناول كل أوجه الحماية هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون والتي على أساسها تندرج الحماية القانونية للمحضون في قانون الأسرة، والتي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية هذا المعيار الذي لم يحدد قانون الأسرة مفهومه وإنما يلقي بعبء تحديد مداه وطبيعته إلى القضاء والتي تتغير بحسب كل حالة على حدا.

---

[1] محمد أحمد لريد، ظاهرة التفكك الأسري في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد التاسع، 2004م، ص331

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص17

[3] خليل عمر معن، علم اجتماع الأسرة، (د.ط)، دار الشروق، الرياض، 1994م، ص234

أولا: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون:

أشار المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون من خلال توظيف لفظ المصلحة أو اشتمال فكرتها 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"[1]

فمبدأ مراعاة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا[2]، لأن عدم إعتبار 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[3].

ثانيا: ضوابط تقدير مصلحة المحضون

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

[1] جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، مرجع سابق، ص 266

[2] عائدة البرماني غربال، "مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية(تونس مثالا")، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006 م، ص 31

[3] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 12

ثغرات سكوت القانون[1]، ولهذا فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والذهني والعاطفي والروحي والاجتماعي، حيث يحتاج إلى المعالجة كأسرة واحدة خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجي وتفكك الأسري الناتج عنها، وترك هذا التفكك آثارا سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل.

وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيا 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[2]، 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.

2- **المعيار المادي:**

ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق، فلا بد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله كما يجب أن يكون الإبن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[3]، ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وتوفير الحاجات الضرورية له مما يجعله يعيش في اطمئنان واستقرار، عمل المشرع الجزائري على إقتراح إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان له العيش الكريم وجعله في منأى عن الحاجة، فالرعاية المعنوية والنفسية والتربوية للمحضون غير كافية إذا لم ترافقها رعاية مادية لضمان توفير الموارد الضرورية وسد حاجاته الأساسية وتحقيق استقراره المادي والعاطفي.

---

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص418

[2] -Laure Chaussebourg, Baux Dominique,L'exercice de l'autorité parentaleaprès le divorceou la séparation des parents non mariés,inistere de justise, France,2007,p18

[3] باديس ديابى، مرجع سابق، ص 84

الفرع الثاني

دور قاضي شؤون الأسرة في القضايا المتعلقة برعاية المحضون

خول المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة حتى يستطيع تكوين قناعه التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة خصوصا مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل في:

أولا: الخبرة

هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو بتثبت وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده[1] ، ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والاجتماعية قبل البت في تحديد الأصلح.

ثانيا:الانتقال للمعاينة

وتعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[2]، فإذا كانت الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب أو أن الخبرة التي قام بها الخبير لم تتوصل إلى تبيان وتوضيح المعلومات الفنية المطلوبة، يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف شخصيا على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه فللقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك ومدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها[3].

---

[1] عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 326

[2] مراد محمود سنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2008 م ص 45

[3] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 113

ثالثا: سماع الشهود

نصت المادة (150) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية[1].

1- **الاستماع إلى أطراف النزاع** :فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما الأصلح لمراعاة مصلحة الطفل، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل وتنص المادة (454) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة :

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

إلا أن السؤال المطروح هل يعتد برأي المحضون في القضايا المتعلقة به؟ وهل تعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم يأتي بأي نص يعبر صراحة عن وجوب إستماع المحضون في مسائل الحضانة أما بالنسبة للجانب القضائي تباينت الأحكام حول ذلك حيث قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1970/10/21 بأن "سماع الأولاد المحضونين والنظر للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[2]

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ1981/12/14 أقر بأنه " يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم إلى حين المواجهة أمام المجلس وبحسبه

[1] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 103

[2] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1970/10/21، في الملف رقم(غير موجود)نشرة القضاة، 1972 العدد1، ص 58 . نقلا عن :جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 72

فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[1]

وترتيبا على ذلك فإن القاضي قد لاحظ بأن اختيار الطفل فيه فعلا مصلحة له حكم له به وإذا رأى انتفاء مصلحته مع الغير أبقى الحضانة للحاضن الأول.[2]

2- **الإستماع إلى أفراد العائلة** :يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه، وهذا عملا بالمادة (459) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين."

الفرع الثالث

الإشكالات العملية التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي:

1- عدم المطالبة بالحضانة: يثور الإشكال في حق الحضانة في حالة ما إذا لم يثر أحد الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة .ما مصير الأبناء بعد ذلك ؟.

هذه النقطة لم يتطرق إليها قانون الأسرة في تعديله الجديد وبالتالي ليس هناك اتجاه موحد بين القضاة في حل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى الطلاق عن إثارة مسألة الحضانة، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لها لأنه متى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به وإلا يعد مخلا لمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم

وهناك فريق آخر يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي أيضا واجب والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه، وبالتالي يجب ترجيح الرأي الثاني، ذلك أن المهم ليس الفصل فقط أو الطلب في حد ذاته وإنما مصلحة المحضون هي الأهم. وفي هذا الشأن فإن الأمر 05/02 المعدل لقانون الأسرة، قد دعم أكثر سلطة القاضي في حماية

[1] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1984/12/14، في الملف رقم(262205)، نقلا عن:زكية حميدو مرجع سابق، 184

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، 184

مصلحة المحضون عندما جعل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة، فبصفتها طرفا أصليا يمكنها في حالة عدم تطرق الأطراف للحضانة أن تقدم طلبات بذلك لكي يقرر القاضي مصير الأبناء بعد الطلاق

2- حالة تعدد الأبناء المحضونين:

الإشكال الثاني الذي يعترض القاضي هو حالة تعدد الأبناء المحضونين، هنا تتعقد أيضا مهمته فيجد نفسه أمام واجبين، المحافظة على العلاقة الأخوية والروابط العائلية من جهة، ومراعاة مصلحة كل محضون لذاته من جهة أخرى.

لقد جاءت المحكمة العليا فصلا في أحد قراراتها المؤرخ بتاريخ 2001/12/26 بمبدأ عدم تجزئة الحضانة حيث قضت فيه «بإسناد حضانة البنتين للأب مع إلحاق الإبن الصغير معهم إعمالا بمبدأ عدم تجزئة الحضانة ذلك أن مصلحة هذا الأخير العيش مع أختيه وتحت رعاية الأب»

و من الملاحظ من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عن المجالس أن القضاة يأخذون بهذا القرار كمبدأ في حالة تعدد الأطفال المحضونين، في حين يعتبر اجتهاد من اجتهادات المحكمة العليا، فهو غير ملزم للقاضي في جميع الحالات وعليه الفصل في الحضانة حسب ظروف الحاضنين ومصلحة المحضون التي يجب أن تكون فوق كل اعتبار، لأن مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار، فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون كذلك لأخيه البالغ من العمر 09 سنوات، لأن مصلحة الرضيع هي مع أمه إلى غاية بلوغه سن الفطام في حين أخاه قد تكون مصلحته مع أبيه.

الخاتمة

إن ما حققه المشرع من إنجازات رائدة في مجال حماية المحضون وصيانة حقوقه في البقاء والنماء والحماية، يجسد نقلة نوعية عن طريق ترسيخ هذا المبدأ وتكريسه على أرض الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوصا قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل المحضون، وكذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيا في ذلك مصلحة الطفل، هذا الالتزام النابع من الشعور بضعف المحضون وعجزه بسبب عدم اكتمال نضجه العقلي والجسمي باعتباره الضحية الأولى للتفكك الأسري، ولهذا يستوجب توفير الظروف الملائمة لأمنه واستقراره على المستوى الصحي والتربوي والاجتماعي والتشريعي بما يسمح له من مجابهة مختلف التحديات المستقبلية.

فالأصل في حماية أحكام الحضانة، تطبيق وتفعيل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون فالحكم يدور مع هذا الأصل وجودا وعدما، بحسب ملابسات الواقعة ومستجداتها، فالقاضي وحده يملك سلطة تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، من خلال قيامه بالتكييف القانوني للوقائع المعروضة عليه في ظل إحاطته بظروف الطفل وحقيقة مشاكله، ويعد مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في حقيقته ذاتي وشخصي أي تخص كل محضون على حدا، فما يصلح لحديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لطفل بلغ السادسة أو السابعة من عمره كما أن هذا المبدأ ليس ثابتا بل هو متغير من وقت لآخر .

إن العناية بالمحضون عمل موصول الحلقات بتكاثف الجهود مرتبط بآليات الحماية القانونية والقضائية ومدى مواكبتها للتطورات الحالية بما يستجيب لطموحنا في ضمان أفضل الظروف للطفل المحضون حتى يشب سليم الجسم والعقل متوازن الشخصية. وانطلاقا من أن مفهوم حماية المحضون إنما يعني الحق الأساسي بالتمتع بمختلف التدابير الوقائية ذات الصبغة الاجتماعية والتعليمية والصحية وحمايته من كافة أشكال التعسف والتقصير والإهمال والعنف وغيرها.

وبعد دراستنا للموضوع فإننا خلصنا على مجموعة من النتائج والتوصيات التي يمكننا إيجازها في مايلي:

أولا :النتائج

1) المقصد العام من أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري مراعاة مصلحة المحضون وفي جميع الأحوال.

2) الحضانة نوع من أنواع الولاية ويقدم فيها النساء على الرجال، وهي تندرج تحت المصالح الضرورية وخاصة المصالح المتعلقة بحفظ النفس والنسل والدين.

3) مراعاة مصلحة المحضون هي مدار مسائل المحضون كلها، فحيثما وجدت تلك المصلحة وجب على القاضي مراعاتها والحكم بمقتضاها.

4) مصلحة المحضون تقتضي توفر جملة من الظروف الموضوعية المتعلقة بمستحق الحضانة والمحيط الاجتماعي والعوامل الضامنة لاستقرار الطفل على كل المستويات.

5) وضع المحضون عند من يحقق له الرعاية والعناية والقدرة على تربيته والقيام بشؤونه فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط والتأكد من توافرها للقاضي، وبهذا يكون المشرع قد عبر ضمنيا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون بدون ذكرها.

6) على القاضي استيعاب جميع العناصر المادية والأدبية التي تحيط بدعوى الحضانة لتقرير حقيقة الأصلحية للحاضن، وهي مسألة موضوعية تتطلب من القاضي البحث والتحقيق حرصا على حماية المحضون.

7) وضع المحضون عند الحاضن الذي ثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن طالبوا بها ليسوا أحق بالحضانة منه، وبالتالي فمسألة إثبات الأجدر للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

8) وضع المحضون عند من يحقق له الرعاية والعناية والقدرة على تربيته والقيام بشؤونه فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط والتأكد من توافرها للقاضي، وبهذا يكون المشرع قد عبر ضمنيا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون بدون ذكرها.

9) عدم تحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن برغم أهميتها، وذلك بالاكتفاء بعبارة "وأن يكون أهلا لذلك "مما يؤدي للتضارب بين النصوص والقرارات القضائية، وهذا لا يخدم مصلحة المحضون، فضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

10) لا يقتصر الاهتمام بمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة فقط بل يتواصل إلى مرحلة ممارسة صلاحيات تلك الحضانة من طرف من أوكلت له المحكمة ذلك.

11) تمديد للمحضون الذكر بحسب مقتضيات مصلحته، وبالتالي فللقاضي سلطة تقديرية غير مطلقة بل إنها مقيدة بشروط قانونية .

12) إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال اختلال أحد الشروط الواجب توفرها أو الإخلال بواجبات عليه، وتسليم المحضون إلى من طلبه إذا كان أهلا لذلك.

13) محاولة المشرع المساواة بين جهة الأم والأب في ترتيب مستحقي الحضانة وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، من خلال إعادته لترتيب الحاضنين وجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم وإلزام الأب بالنفقة وتوفير السكن.

14) التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل.

15) رفع التعارض الذي كان قائما ما بين المادة52 والمادة 72من قانون الأسرة المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة، واستدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين وفي صيغة واحدة ترفع اللبس.

16) تأكيدا من المشرع على الاهتمام بمصالح المحضون وفرضها في الواقع من خلال القضايا المعروضة وذلك بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أين أكد على مراعاة مصلحة الطفل المحضون وهذا من خلال المادة424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على ما يلي" يتكفل قاضي شؤون الأسرة

على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر" فبموجب هذه المادة فقد عمم الحماية وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

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

18) إن وسائل حماية المحضون لا يمكن أن تكتسي طابعا جامدا فهي ليست قرارات نهائية وإنما هي قرارات قابلة للمراجعة المستمرة بحسب ما تمليه حاجتهم بعد .

19) تبقى مسألة إعادة النظر في القرارات الخاصة بالمحضون مفتوحة حتى تظل هذه القرارات مستجيبة باستمرار لمصلحتهم.

20) حرص المشرع الجزائري على توفير الحماية الجنائية للطفل، بتجريم الأفعال التي تهدد الأطفال وتعرض حياتهم للخطر سواء تم ارتكاب هذه الأفعال من قبل المكلفين برعايتهم والاعتناء بهم أو من غيرهم، سواء قام بهذه الجرائم عمدا أو نتيجة إهمال ولا مبالاة، من خلال فرض المشرع عقوبات على من يرتكب مثل هذه الأفعال وجعلها من قبيل الجنح والغاية منها تأمين مصلحة الطفل.

21) استحداث صندوق النفقة بموجب القانون رقم 15-01 الذي يتولى التدخل لدفع نفقة الطفل في حالة طلاق الوالدين، وعند عجز المُلزَم بالإنفاق على الطفل أو تماطله عن دفعها، ولا يكون تدخله تلقائي، بل بعد طلب يقدمه وليُّ الطفل أو الحاضنة لدفع مبالغ نفقة للمحضون على أن يتم تحصيل هذه المبالغ لصالح الصندوق من المدين بالنفقة، وذلك بناءا على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة .

22) بهدف تعزيز ودعم المنظومة القانونية التي تعنى بالطفل أدرجت الجزائر العديد من الأحكام التي تضمن للطفل الحماية القانونية من جميع النواحي، آخرها قانون حماية

الطفل15-12 جاء هذا القانون بهدف وضع قواعد وآليات خاصة بحماية الطفل من خلال تكييف التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، وذلك باقتراح آليات حماية اجتماعية وقضائية ودولية مبنية على أساسا المبادئ المتضمنة في الآليات الدولية سالفة الذكر، بهدف معالجة أوضاع الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى.

ثانيا: التوصيات

على الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة والحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية، وإجراء تعديلات على قانون الأسرة بموجب الأمر05-02 والسعي إلى تحقيق مصلحة المحضون وتقليل وتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها، إلا أنها تبقى دائما نسبية وغير كافية لتطلعات المرجوة بالرغم من تكريسها دستوريا وتجسيدها في عدة تشريعات قانونية، إلا أنها على أرضية الواقع مازالت بعيدة عن تحقيق الأهداف المنتظرة حيث أن الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق حيث مازال هناك بعض الفراغ التشريعي وهذا ما تبين من خلال دراسة النصوص القانونية للحضانة، وواقعها القضائي فيما يخص أحكامها، ارتأينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات التي نأمل أن تساهم بالارتقاء بالنصوص القانونية والأحكام القضائية بما يحقق مصلحة المحضون والتي تتمثل في :

1) إعادة صياغة المادة62 من قانون الأسرة ورفع اللبس الوارد فيها، بتحديد وحصر الشروط اللازمة توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا لإسناد الحضانة له.

2) وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة والمسائل المتعلقة بها نظرا لكثرة الإشكالات والانشغالات الناتجة عن عدم وجود تنظيم يضبط حق الزيارة من حيث أصحابها ومدتها ومكانها وشروطها.

3) وضع آليات كفيلة بضمان تنفيذ حكم الزيارة وجعلها قابلة للتنفيذ المعجل بقوة القانون .

4) اشتراط إبلاغ الأب عند تغير مكان ممارسة الحضانة لما في ذلك من حرمان الأب في حقه لممارسة الزيارة.

5) وضع نص قانوني يجيز لمصالح الضبطية القضائية التدخل في حالة امتناع الحاضنة عند عدم تمكين غير الحاضن من المحضون خاصة وأن أغلب أوقات الزيارة تكون نهاية الأسبوع وهي الفترة التي لا يمكن لغير الحاضن من الاتصال بالمحضر القضائي لإثبات واقعة عدم تمكينه من المحضون أو رفع دعوى استعجالية خلال هذه المدة تصديا لكل ما من شأنه التحايل أثناء تنفيذ الزيارة مع إقرار عقوبة جزائية وغرامة مالية باعتبار أن هذا الحق مقرر لمصلحة المحضون.

6) وضع حلول كفيلة للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط الذي يكون أحد أطرافه جزائريا من خلال وضع نصوص قانونية في قانون الأسرة الجزائري أو إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف لتحديد كيفية ممارسة حق الزيارة والانتقال بالمحضون.

7) أن يفرد نصّا خاصا يذكر فيه عناصر نفقة الطفل نظرا لاختلافها عن نفقة الأصول التي تشمل الغذاء والمسكن والعلاج والتعليم أيضا، حيث أصبح هذا الأخير ضرورة ملحة خاصة في وقتنا الحالي.

8) إعادة النظر في المادة331 من قانون العقوبات فقرة3 منها، وذلك بإنقاص المدة المقدرة بشهرين، لأن مدة شهرين هي مدة طويلة بالنظر إلى الطبيعة المعيشة حيث نقترح تقليصها.

9) حصر الحماية في النفقة الغذائية فقط دون النفقات الأخرى كالكسوة والعلاج وغيرها وذلك ما يُفهم من العبارة الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات " المبالغ المقررة لإعالة أسرته "التي تدُل على أن النفقة المقصودة هي النفقة الغذائية وهذا ما يؤكده النص الفرنسي لذات المادة". Pension alimentaire " .

10) إدماج تقنيةٌ الوساطة الأسريةٌ في عمل أقسام فضاء الأسرة لما لهذه الآلية من فعالية في حل المشاكل الأسرية وذلك بإفساح المجال للحلول الودية، التي تضمن حماية أكبر لحقوق الطفل المحضون.

11) ضرورة إشراك مؤسسات المجتمع المدني والمساجد والجمعيات في حماية وتعزيز حقوق الطفل المحضون عن طريق الدراسات والندوات والأبحاث، حيث تشكل دعما للجهات الرسمية في مجال حماية الطفولة.

12) إلزامية التحقيق كإجراء جوهري لتحقيق مصلحة المحضون واعتباره من النظام العام يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه سواء في إسناد الحضانة أو تمديدها أو إسقاطها لضمان مصلحة المحضون.

13) تفعيل دور مصالح الوسط المفتوح لضمان النمو النفسي العاطفي السليم للطفل المحضون من خلال تفعيل حق زيارة المحضون بغير الحاضن لكي يبقى المحضون على علاقة بباقي أفراد العائلة ويأتي ذلك بقيام مصالح الوسط المفتوح بمهامها وزيارتها لمكان حضانة الطفل بمرافقة مختصين نفسيين واجتماعيين لتحديد مدى تحقق مصلحة المحضون وتوافقها مع حاجياته.

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر والمراجع باللغة العربية:

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا – الكتب الشرعية:

أ /كتب التفسير:

1– ابن الكثير عماد الدين أبو الفداء اسماعيل ، تفسير القرآن العظيم،ج4، (د.ط)، دار طيبة للنشر والتوزيع، بيروت، 2002 م.

2– القرطبي أبي عبد الله بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج3، (د.ط)، دار المكتبة العلمية، بيروت، (د.ت.ن).

ب/ كتب الحديث وشروحه:

1– البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن الكثير، دمشق، بيروت 1423ه/2002م.

2– البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين، معرفة السنن وأثاره، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، (د.ط)، المجلد11، دار الوفاء، مصر، 1991م.

ج/كتب الفقه:

- **كتب الفقه الحنفي:**

1– البخاري عبد العزيز أحمد بن محمد علاء الدين، كشف الأسرار عن الأصول عن أصول فخر الاسلام البزدوي، ج4، (د.ط)، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت.ن).

2– الحصكفي علاء الدين، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج3، (د.ط)، دار الفكر بيروت، (د.ت.ن).

3– السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، ج5، ط1، دار المعرفة لبنان، (د.ت.ن).

4– ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج3، ط2، دار الفكر، بيروت لبنان، (د.ت.ن).

5– الكاساني أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، (د.ط)، دار الحديث مصر، (د.ت.ن).

6– المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن على ابن عبد الجليل، الهداية، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، (د.ت.ن).

7- ابن مودود الموصلي :مجد الدين أبو الفضل عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار ، (د.ط)، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.ت.ن).
8- ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2002 م.
9- الهمام محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان 1415هـ- 1995م.

- **كتب الفقه المالكي:**

1- ابن أنس مالك الأصبحي، رواية سحنون عبد الرحمان، المدونة الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م
2- الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ، المنتقى شرح الموطأ مالك، ج6 ط1، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999م.
3- البغدادي القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حميش عبد الحق، ج1 ، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
4- ابن الجلاب عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم، التفريع في فقه مالك بن أنس ج2 ، ط2 ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1987م.
5- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، (د.ط)، مطبعة الحلبي مصر، (د.ت.ن) .
6- الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج4، (د.ط)، دار الفكر، لبنان 1978م.
7- الصاوي أحمد بن محمد الخلوتي الشهير، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق وضبط وتصحيح :محمد عبد السلام شاهين، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1415هـ/1995م.
8- القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري ، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي تحقيق و تقديم محمد محمد أحيد، المجلد الثاني، ط1 ، مكتبة رياض الحديثة، الرياض 1398 هـ/1978م.

كتب الفقه الشافي:

1- الرملي شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3 (د.ط)، مطبعة الحلبي، مصر، (د.ت).

2- الشربيني شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دراسة وتحقيق وتعليق :علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، تقديم وتقريظ :محمد بكر إسماعيل، ج3، ط3، مطبعة الحلبي، مصر، 1946 م.

3- الماوردي أبي الحسن على بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير، (د.ط)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994م.

4- النووي محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، ج18، (د.ط)، دار الفكر بيروت ، (د.ت.ن).

- **كتب الفقه الحنبلي:**

1- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، (د.ط) المطبعة الشرقية، القاهرة، 1319- 1320هـ.

2- ابن قاسم :عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي أبو عبد الله، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، طبع في المطابع الأهلية للاوفيست، (د.ب.ن)، 1400هـ.

3- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي أبو محمد المغني، ج8، (د.ط)، دار الكتاب العربي، لبنان، (د.ت.ن).

4- ابن قدامة :شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي أبو الفرج، الشرح الكبير على متن المقنع، ج2، (د.ط)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د.ت.ن).

5- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، زاد المعاد في الهدى خير العباد، ط27، دار الفكر، بيروت، 1994 م .

6- المرداوي علاء الدين، الإنصاف، ج9 ، ط1، دار الإحياء التراث العربي، بيروت 1998 م.

- **كتب الفقه العام:**

1- الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس الأردن، 1418هـ/1998م.

2- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون(الزواج والطلاق)، ج1، (د.ط)، دار النهضة العربية، لبنان 1967 م.

3- جابر أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، (د.ط)، دار السلام، الإسكندرية، القاهرة (د.ت.ن).

4- العوايشة حسن بن عودة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة ج5، (د.ط)، بيروت، 2004 م .

5- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (قسم الأحوال الشخصية)، ج3، (د.ط)، دار الفكر، دمشق، 1992م.

6- الزحيلي وهبة، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، ط2، المطبعة العلمية، دمشق 1978/ 1979 م.

7- أبو زهرة محمد، الولاية على النفس، (د.ط)، دار الرائد العربي، بيروت، 1970 م.

8- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ج 10، ط2 ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000م.

9- سابق السيد، فقه السنة، المجلد الثاني، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1397هـ/1977 م.

10- الشواربي عبد الرحمان، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م.

11- الفقي عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م .

12- الكافي محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام، ط3، دار الفكر بيروت لبنان، 1393 هـ/1973م.

13- محمصاني صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط2 مكتبة الكشاف، بيروت، 1947 م.

14- واصل نصر فريد، الولايات الخاصة(الولاية على النفس و المال في الشريعة الإسلامية)، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002 م.

و/ المعاجم والقواميس

1- بطرس البستاني، محيط المحيط، (د.ط)، مكتبة لبنان، لبنان، 1998م.

2- الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، (د.ط)، دار الفضيلة، مصر، 2004م.

3- الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج2، (د.ط)، دار الفكر (د.ب.ن) ، 1979م

4- الرازي محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، (د.ط)، مكتبة لبنان، لبنان 1989م .

5- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج4، ط3 ، مؤسسة الرسالة، مصر، 1980م.

6- القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري(قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992م.

7- قلعجي محمد رواس، قنيبي حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، ط1 ، دار النفانس، لبنان 1408هـ/ 1988م

8- كرم عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة و القانون (عربي، إنجليزي، فرنسي)، ط2 دار الثقافة، الأردن، 1998 م.

9- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، ط4، المكتبة الشروق الدولية مصر، 1425هـ-2004م .

10- المسعدي محمود، القاموس الجديد للطلاب(معجم عربي مدرسي ألفبائي)، (د.ط) المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م.

11- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم أبو الفضل، لسان العرب، المجلد الرابع (د.ط)، دار صادر، لبنان، 1968م

ثانيا: النصوص القانونية و التنظيمية:

أ- الاتفاقيات:

1- المرسوم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 26 يونيو 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة

الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، يوم 01 يونيو1988 ، جريدة رسمية رقم30 .

2- إتفاقية حقوق الطفل 1989، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20نوفمبر1989، وبدأ النفاذ في 02 سبتمبر 1990، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92 -461 بتاريخ1992/12/19، جريدة الرسمية 91، بتاريخ 1992/12/23.

ب- **النصوص القانونية**

1- قانون رقم (16-01)المؤرخ في26 جمادي الأول عام1437 هـ، الموافق6 مارس سنة2016 م، يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في7مارس2016.

2- المرسوم الرئاسي(442/20)المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10المؤرخ في20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية، السنة12 ، العدد78 ، بتاريخ 24 :رمضان 1395 هـ الموافق 30سبتمبر 1975).

4- قانون(11/84) المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم(02/05)المؤرخ في27 فبراير2005 صادر بالجريدة الرسمية العدد15، المؤرخة بتاريخ2005/02/27.

5- قانون رقم85-05 مؤرخ في26 جمادى الأولى عام 1405الموافق 16 فبراير 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها(الجريدة الرسمية، السنة22 ، العدد8 ، بتاريخ 27 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 17 فبراير 1985 م) .

6- قانون رقم (06-23)المؤرخ في 2006/12/20المعدل و المتمم للأمر(156/66) المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد(84)، الصادر في 2006/12/24م.

7- قانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر1429الموافق لـ25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد21، المؤرخة بتاريخ23أبريل2008.

8- الأمر رقم (02/11)، المؤرخ في 23فيفري2011 ، المتمم للأمر رقم(155/66) المؤرخ في1966/07/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية، عدد12، الصادر في 2011/02/23.

9- قانون رقم15-01المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق 14 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد01، الصادر بتاريخ2015/01/07.

10- قانون رقم(15-12)المؤرخ في28 رمضان عام 1436 هـ، الموافق 15 يوليو سنة2015 م يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، العدد39، الصادرة في19يوليو2015.

ج-القرارات:

1- قرار رقم02/171 المؤرخ في 1992 المتضمن منع العقاب البدني والعنف اتجاه التلاميذ في المؤسسات التعليمية.

2- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 جوان 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، الجريدة الرسمية عدد35.

ثالثا -الكتب العامة:

1- أباش أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010 م.

2- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية(الزواج، الفرقة وحقوق الأقارب)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999 م.

3- إبراهيمي محمد، القضاء المستعجل، ج2، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006م

4- (ـــــ، ـــــ)، الوجيز في الإجراءات المدنية " الدعوى القضائية – نشاط القاضي الاختصاص– القضاء الوقتي– الأحكام"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002 م.

5- آث ملويا لحسن بن الشيخ ، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، ط 3، الجزائر، دار هومة، 2011 م.

6- (ـــــ، ـــــ)، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومه، الجزائر، 2016 م.

7- (ـــــ، ـــــ)، رسالة في الطلاق (درا سة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، (د.ط) دار هومه ، الجزائر، 2013م.

8- (ـــــ، ـــــــ)، قانون الإجراءات الإدارية (دراسة قانونية تفسيرية)، دار هومة الجزائر، 2012 م.

9- (ـــــ، ـــــــ)، المنتقى في قضاء الجزائي، ط1، دار هومة، الجزائر، 2010 م.

10- أحمد زيدان فاطمة شحاتة، تشريعات الطفولة، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2008م .

11- الأحمد سليمان ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2014 م.

12- أحمد المعمري عبد الوهاب عبد الله ، جرائم الإختطاف(دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، (د.ب.ن)، 2006م

13- الأرناؤوطى حاتم صبحي، دعاوى النفس أمام محكمة الأسرة، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ت.ن).

14- أزكيك سعيد، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، (د.ط)، دار الهلال العربية المغرب، 1992م .

15- إقروفة زوبيدة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، (د.ط)، دار الأمل بجاية، 2012م.

16- الألفي محمد عبد الحميد، الجرائم العائلية، والحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض، والمحكمة الدستورية والصيغ القانونية، (د.ط)، جامعة حلوان مصر، 1999م.

17- (ـــــ، ـــــــ)، الجرائم السلبية في قانون العقوبات وفقا لأحداث أحكام محكمة القضاء و المحاكم الدستورية العليا و الصيغ القانونية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2003م.

18- إمام محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م.

19- أمقران بوبشير محند، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية)، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 م.

20- أوهابيه عبد الله ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري و التحقيق) ط3، دار هومة، الجزائر، 2012 م

21- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1 ، الخصومة القضائية أمام المحكمة، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2006م.

22- (ـــــ، ـــــ) ، شرح قانون العقوبات الجزائري (شرعية التجريم)، ج1، ط1 عمار قرفي، الجزائر، 1992 م

23- بالعيد بشير ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، (د.ط)، ديوان المطبوعات مطابع عمار قرفي، الجزائر، 1993 م.

24- البامري اسماعيل أبا بكر علي، أحكام الأسرة(الحنفية و الشافعية)، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار حامد ، الأردن ، 2009م

25- باوني محمد ، عقد الزواج و آثاره (دراسة مقارنة)، ط2، منشورات أقرأ، الجزائر 2014م.

26- بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013 م.

27- (ـــــ، ـــــ)، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1 مؤسسة كنوز الحكمة ، الجزائر، 2013م.

28- (ـــــ، ـــــ) ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (د.ط) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2013 م.

29- البدارين محمد إبراهيم، الدعوى بين الفقه والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان 2007 م.

30- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، (د.ط) مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1981م.

31- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي الجزائر، 2009 م.

32- البغا إيمان مصطفى، نفقات الأقارب في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية) ، (د.ط)، دار المصطفى، دمشق، 2009م.

33- بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج1، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002 م.

34- أبوبكر محمد نرمين، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة(دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، تقديم: محمد سليمان الأحمد ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، 2014 م.

35- البكري محمد عزمي، الأحوال الشخصية، ج3، (د.ط)، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة، (د.ت.ن).

36- بلتاجي محمد، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج و الفرقة، ط1، دار التقوى (د.ب.ن)، 1421هـ/2001 م.

37- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة الأردن، 2001 م.

38- (ـــــ، ـــــ)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.

39- (ـــــ، ـــــ)، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05، و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة" ، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 م.

40- بلعيور عبد الكريم، محاضرات قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1 ط1، دار هومة، الجزائر، 2009م،

41- البنا كمال صالح، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون و القضاء ، (د.ط)، دار الفكر و القانون ، المنصورة، 2005 م.

42- البوريني عمر وآخرون، الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2012م .

43- بوسقيعة أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ط2 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 م،

44- بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق ط2، دار هومة، الجزائر، 2009م.

45- بوضياف عادل ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج1، ط1 إصدار كليك للنشر، الجزائر، 2012 م.

46- بوغرارة صالح ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2012م.

47- بوقندورة سليمان، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضاء العادي مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية، ط1، دار الأصمعية ، الجزائر، 2014م.

48- بيومي خليل محمد، سيكولوجية العلاقات الأسرية، (د.ط)، دار قباء للطباعة والنشر القاهرة، مصر، 2000م

49- تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، مطبعة الكاهنة، قسنطينة ، 1999م.

50- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط3، دار الثقافة، عمان 2010 م

51- تواتي بن التواتي، المبسط في الفقه الملكي بالأدلة، المجلد الرابع، (د.ط)، دار الوعي، الجزائر، 2009 م.

52- ثروت جلال، سليمان منعم، أصول المحاكمات الجزائية (الدعوى الجنائية) ، ط1 المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 1996م.

53- جبر القرم ناصر، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط1، دار الثقافة، عمان 2010م.

54- جرادات أحمد علي، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1433هـ/2012 م.

55- (ـــــ، ـــــ)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، (د.ط)، دار الثقافة، الأردن، 2012م.

56- جمال الدين صلاح الدين، تنازع القوانين، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007 م

57- الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر 2004م.

58- (ـــــ، ـــــ)، شرح قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر 2014 م.

59- (ـــــ، ـــــ) ، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، (د.ط)، دار كتب قانونية ، مصر، 2004 م.

60- (ـــــ، ـــــــ) ، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013م.

61- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج4، ط1، دار إحياء التراث، العربي بيروت،2008م.

62- الجياش عبد الحميد ، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما ، ط1، دار النهضة ، القاهرة ، 2009 م.

63- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م.

64- حزيط محمد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط1، دار هومه الجزائر، 2006 م .

65- حسانين محمد سمير ، التربية الأسرية ، (د.ط)، مكتبة الأشوال، مصر، 1994م.

66- حسن إحسان محمد، العائلة و القرابة و الزواج ، دار الطليعة للطباعة و النشر بيروت، 1981 م.

67- (ـــــ، ـــــــ)، علم اجتماع المرأة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع،عمان،2008م

68- حسن محمد علي، علاقة الوالدين بالطفل و أثرها في جناح الأحداث، (د.ط)، مكتبة أنجلو المصرية، القاهرة، 1970 م.

69- حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي، ط1 ، دار الفكر الجامعي، القاهرة ، 2005م

70- حسين أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب) (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م.

71- حمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار القلم، كويت، 1983م.

72- حمدي عبد الحميد متولي صالح، الحماية الجنائية لطفل المجني عليه، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015 م.

73- حمدي ياسين ، علم النفس الصناعي و التنظيمي بين النظرية و التطبيق، (د.ط) دار الكتاب الحديث، 1999 م.

74- حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2016 م.

75- الحديثي عبد الرزاق فخري، الزعبي خالد حميدي ، شرح قانون العقوبات(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ط1، دار الثقافة ، عمان، 2009 م.

76- الخزرجي عروبة جبار ، حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق، ط1، دار الثقافة عمان، 1430هـ / 2009م.

77- خلاف عبد الوهاب ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم ، ط2، دار القلم ، الكويت، 1990 م

78- خلفي عبد الرحمان، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014م

79- (ـــــ، ـــــ) ، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار الهدى، الجزائر 2010م.

80- داود أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، ج3، ط1، دار الثقافة،الأردن، 2009 م.

81- داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، ط1، دار البصائر، حسين داي ، الجزائر، (د.ت.ن).

82- (ـــــ، ـــــ) ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (د.ط)، دار البصائر، الجزائر، (د.ت.ن).

83- دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ،ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، 2005م.

84- الدمهوجي ياسر أحمد عمر، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة)، (د.ط)، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، (د.ت.ن).

85- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008 م.

86- ذيب عبد السلام، قانون إجراءات مدنية وإدارية ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012 م، ص 66.

87- راتب محمد علي، كمال محمد نصر الدين، راتب محمد فارووق، قضاء الأمور المستعجلة، اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ج1، ط6 ، عالم الكتب، مصر 1985م.

88- رشوان حسين عبد الحميد، الأسرة والمجتمع، دراسة في علم الاجتماع الأسرة (د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005م

89- رمضان أشرف، النظرية العامة والنظم الإجرائية لحماية الأسرة في القانون والفقه، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008م.

90- رمضان جمال كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علما وعملا توزيع مكتبة الألفي القانونية، مصر، 1998م

91- الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1997م .

92- (ـــــ، ـــــ) ، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة ، ج3، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2000 م

93- زغبي عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية (التنظيم القضائي-الاختصاص-التقاضي-الأحكام وطرق الطعن)، دراسة مقارنة، ج 1، ط2، وائل للنشر، الأردن (د.ت.ن).

94- زهران حامد، علم نفس النمو، ط3، عالم الكتب، (د.م.ن)، 1975م .

95- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2 أنسكلوبيديا للنشر، الجزائر، 2015 م.

96- ساعاتي حسن، بحوث إسلامية في الأسرة والجريمة والمجتمع، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1996م.

97- بن سالم عبد الرحمن ، المرجع في التشريع المدرسي، ط2، الديوان الوطني للمطبوعات المدرسية ، الجزائر، (د.ت.ن).

98- سديد بلخير ، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزا ئري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 م.

99- سراج محمد، أصول الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 1998 م.

100-سعد العبيدي ندى خير الدين، الدفوع الاجرائية في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م.

101-سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، (د.ط)، دار هومة، الجزائر ، 2013م.

102-(ـــــ، ـــــ) ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، (د.ط)، الجزائر، دار هومة، 2013م.

103-(ـــــ، ـــــ) ، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، (د.ط)، الشركة الوطنية، الجزائر، 1982م.

104-(ـــــ، ـــــ) ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة الجزائر، 1996م.

105-(ـــــ، ـــــ)، الجرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2005 م.

106-(ـــــ، ـــــ) ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، (د.ط)، دار هومة، الجزائر 2013 م.

107-سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1 ، (د.ط) المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 م.

108-سلمان نصر، سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة مع قانون الأسرة) ، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة ، 2003 م.

109-سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، الأصالة الجزائر ، 2012م.

110-سمارة محمد ، أحكام وأثار الزوجية ، ط1، دار الثقافة ، عمان، 2002م.

111-سنقوقة سائح ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 2011 م.

112-سنيكات مراد محمود، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني (دراسة مقارنة) ط 1، دار الثقافة ، عمان، 2008 م.

113-سويلم محمد علي، شرالجامعية الإسكندرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2005م.

114-سيد كامل شريف، الحماية الجنائية للأطفال، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2001م.

115-سيد منصور عبد المجيد، زكريا أحمد الشربيني، الأسرة على مشارف القرن21 (الأدوار-المرض -النفسي -المسؤوليات)، ط1 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
116-شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، (دراسة فقهية و نقدية مقارنة)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، 2010 م .
117-شتوان بلقاسم ، الطلاق في الفقه المالكي(دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري)، (د.ط)، دار الفجر، الجزائر، (د.ت.ن).
118-الشرقاوي عبد المنعم أحمد، شرح قانون المرافعات الجديد ، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1975م
119-الشرنباصي رمضان علي، الشافعي جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ، (د.ط)، منشورا ت الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م.
120-شعبان زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط3، منشورات الجامعة الليبية ، 1998 م .
121-الشقفة محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج4 ، ط1، دار القلم، دمشق 2003م.
122-شلبي محمد مصطفى ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط4، الدار الجامعية، لبنان 1983م.
123-الشواربي عبد الحميد، البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، دار الكتاب الحديث الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م.
124-(ـــــ، ـــــ)، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه (الاختصاص الولائي- الاختصاص النوعي- الاختصاص القيمي- الاختصاص المحلي- الاختصاص الجنائي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن).
125-شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون08-09، ج1، ط1، دار أسامة الجزائر، 2009 م .
126-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م.

127-شيبة مصطفى عبد الغني ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق و آثاره) ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006م.

128-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م.

129-الصابوني عبد الرحمان، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط5، دار الفكر، سوريا، 2011م.

130-صاوى أحمد السيّد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ط) دار النهضة للنشر والتوزيع، مصر، 2011 م

131-الصباغ رشيد، القضاء المستعجل ونظرة المشرع العربي إليه ، دار النشر المغربية الدار البيضاء، 1986 م.

132-بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، (د.ط)، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2012 م.

133-صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (د.ط)، دار الهدى الجزائر، 2008م

134-(ـــــ، ـــــ)، تصرفات المريض مرض الموت، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر 2008م.

135-(ـــــ، ـــــ)، الوسيط في جرائم الأشخاص، (شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09)، ط1 ، دار الهدى ، عين مليلة، 2009 م.

136-(ـــــ، ـــــ) ، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، (د.ط)، دار الهلال، الجزائر 2003م.

137-صقر نبيل، قمراوي عز الدين ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، (د.ط)، دار الهدى الجزائر، 2008م.

138-طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2009م.

139-(ـــــ، ـــــ) ، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، (د.ط)، دار الخلدونية، الجزائر 2005م

140-عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1961 م.
141-أبو عامر محمد زكي، قانون العقوبات(قسم خاص)، ط2، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1989م.
142- العبادي محمد حميد الرصيفان، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية(دراسة مقارنة)، ط1، دار وائل، الأردن، 2013م.
143-عباس عبد الهادي، الاختصاص القضائي و إشكالاته، ط1، أديب إستنبولي للنشر (د.ب.ن)، 1983م.
144-عبد الحميد إبراهيم هناء، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع(دراسة مقارنة) (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009م
145-عبد الرحمان محمد سعيد، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 م.
146-عبد العزيز مها، مشاكل الطفل الطبية والصحية والتربوية، (د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005م
147-عثمان الصديقي سلوى، قضايا الأسرة و السكان من منظور الخدمة الاجتماعية (د.ط)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2001م.
148-عدلي أمير خالد، المستحدث في جرائم الاعتداء على الأشخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م.
149-عزمي ممدوح، دعوى النفقة، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997م.
150-العشماوي عبد الوهاب، العشماوي محمد، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج1، مكتبة الآداب، القاهرة ،1957م.
151-عطا الله أحمد، تربية الطفل في الإسلام، ط1، دار الفكر، الأردن، 2007 م.
152-عكيك عنتر ، جريمة الإختطاف ، (د.ط)، دار الهدى ، الجزائر، 2013م.
153-عمر نبيل إسماعيل، خليل أحمد ، قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، (د.ب.ن)، 2004م.
154-عنبر محمد عبد الرحيم، الوجيز في قضاء الأمور الاستعجالية، ط3، (د.ب.ن) 1985 م.

155-العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون09/08) (د.ط)، منشورات أمين، الجزائر، 2009 م.

156-(ـــــ، ـــــ)، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، م 2007.

157-(ـــــ، ـــــ)، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (د.ط)، دار البدر ، الجزائر 2008 م.

158-(ـــــ، ـــــ) ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد(مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ط1، مطبعة الطالب ، الجزائر ، 2008 م.

159-غانم ياسين، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي(دراسة مقارنة) (د.ط)، (د.ب.ن) ، 1999م.

160-الغرياني الصادق عبد الرحمن، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة الريان بيروت، لبنان، 2002 م.

161-الغزالي أحمد بخيت، منصور علي عبد الحليم محمد ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر و دول مجلس التعاون الخليجي، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009 م.

162-غصوب عبده جميل، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة، ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2010 م.

163-الفاخوري إدريس، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، (د.ط)، دار رقراق، المغرب 2010م.

164-فاضلي إدريس، إجراءات التقاضي أمام المحكمة المجلس المحكمة العليا، ج2، ط2 فسيلة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 م.

165-فرج توفيق حسن، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1982م.

166-فرج رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)، ط2، الشركة الوطنية ، الجزائر، 1976 م.

167-فوده عبد الحكيم، ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإدارية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م.

168-بن القائد مبارك السعيد، القانون الجنائي الخاص، ط1، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2000 م.

169-القدومي عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1 دار الفكر، الأردن، 2007 م.

170-قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، (دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002على ضوء أحكام مدونة الأسرة)، ط1، مكتبة دار السلام، الرباط، 2008 م.

171-قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل(دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011 م.

172-القريطي أمين عبد المطلب، في الصحة النفسية، (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر 1998 م.

173-قورة عادل، محاضرات في قانون العقوبات، (القسم العام الجريمة)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988 م.

174-الكباش خيري أحمد، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان درا سة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008م.

175-الكشبور محمد، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، (د.ط)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999م.

176-اللجمي محمد، قانون الأسرة، ط1، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس 2008م.

177-أبو لحية نور الدين، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار، (د.ط)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009 م.

178-لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2 ، الجزائر، 2012م .

179-(ـــــ، ـــــ) ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار هومة ، الجزائر، 2004م.

180-محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، (د.ط) منشأة المعارف، 1991م.

181-(ـــــ، ـــــــ) ، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، (د.ط)، منشأ المعارف، مصر، (د.ت.ن).
182-بن محمود فاطمة الزهراء، سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم: زهير إسكندر،(د.ط)، مركز الدراسات القانونية و القضائية ، تونس، 2006م.
183-محي الدين عبد الحميد محمد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (د.ط) لبنان، المكتبة العلمية، 2007م ، ص405
184-مخيمر عبد العزيز ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي(دراسة مقارنة)، ط1 ، لجنة التأليف و التعريب و النشر، جامعة الكويت، 1997 م.
185-مسعودي عبد الله ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط3، دار هومه ، الجزائر، 2009 م.
186-مصطفى فتحي حسن، دعاوي الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط1 منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر،1991م.
187-مطلوب عبد المجيد محمود، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004 م
188-بن المطهر محمد بن يحي، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية ج2، ط2، دار الفكر، صنعاء، 1989م.
189-معن خليل عمر، علم اجتماع الأسرة، (د.ط)، دار الشروق، الرياض، 1994م.
190-معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، ط2، منشأة المعارف مصر، 1995م.

191-بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج 1، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م.
192-(ـــــ، ـــــــ) ، القانون القضائي الجزائري طبعة منقحة ومزيدة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000م.
193-(ـــــ، ـــــــ)، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط1 الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000 م.

194-منصور إسحاق إبراهيم، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م
195-منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، ط1، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2012م.
196-منصور حسن ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ج2، ط2، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1998 م.
197-موريس صادق ، النفقة و الحضانة و الطاعة(معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء و النفقة في مصر و الدول العربية)، (د.ط)، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999 م
198-مدقر عبد القادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي المطبعة العربية، الجزائر ، 1993م .
199-موسى محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الكتاب العربي، مصر، 1958م.
200-المومني أحمد محمد ، نواهظة إسماعيل أمين ، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1 ، دار المسيرة، عمان، 2009م.
201-نجم محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.
202-(ـــــ، ـــــ)، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م.
203-نشأت أحمد ناصيف، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010م.
204-النمر أمينة، مناط الاختصاص و الحكم في الدعاوى المستعجلة ، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1967م.
205-نمور محمد سعيد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ج1، ط1 ، دار الثقافة، عمان، 2005 م.
206-بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، (د.ط)، دار هومه، الجزائر، 2018م.

207-هلال العيد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1 منشورات ليجوند، الجزائر، 2017 م.
208-هندي أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة لنشر، (د.ب.ن) ، 1995م.
209-هيكل علي أبو عطية، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 م.
210-بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائي الجزا ئري (القسم الخاص)، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006 م.
211-والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 2008م.
212-أبو الوفا أحمد، المرافعات المدنية والتجارية. ط12، منشأة المعارف، الإسكندرية (د.ت.ن).
213-(ـــــ، ـــــ) ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، (د.ط)، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، 2012م.

رابعا - الكتب المتخصصة:

1- حمدان عبد المطلب عبد الرزاق، الحضانة و آثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008 م.
2- شحاتة أبو زيد رشدي، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012 م .
3- عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، (د.ط)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997م.
4- عصمت محمد أمين هدى، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013 م.
5- عقبي سمير محمد محمود، الحضانة في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة)، ط1، دار المنار، مصر، 1986 م
6- عليوي ناصر محمد، الحضانة بين الشريعة و القانون ، ط1، دار الثقافة ، عمان 2010م.

7- أبو غاية أحمد خالد عبد العظيم، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013 م .
8- الغرياني عز الدين محمد ، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة و القانون في البلاد العربية ، (د.ط)، منشورات، elga فاليتا ، مالطا، 1997م .
9- غمق ضو مفتاح، الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الوضعي (دراسة مقارنة) (د.ط)، دار شموع الثقافة، الجماهرية العربية الليبية ، 2002 م.

خامساً -الأطروحات والرسائل الجامعية:

أ /الأطروحات الجامعية:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2005/2004 م .
2- خماخم رضا، الطفل والقانون الجزائي التونسي، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس 2006 / 2007م.
3- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2014/2013 م.
4- لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتواره ، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009 م.
5- مسعودي يوسف ، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2012م.
6- بن نصيب عبد الرحمن، الأسرة والقانون الجنائي، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014م/ 2015 م.

ب /الرسائل الجامعية:

1- بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة بن .يوسف بن خدة، الجزائر، 2007/2006م .

2- غربال عائدة البرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية(تونس مثالا)، رسالة ماجستير، تخصص حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006 م.

3- معفي الهادي، سلطة الولي على أموال القاصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 2014/2013 م.

سادساً -المجلات العلمية:

1- أعراب بلقاسم، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق جامعة الجزائر، العدد 1، 1994م.

2- براهيمي حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة و تعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا ، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 4 جوان 2007 م.

3- الجندي أحمد نصر، رؤية الصغير، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مصر، العدد14، أكتوبر 1993 م

4- حزاب ربيعة، حالات السقوط الإجباري للحضانة في قانون الأسرة الجزائري و سلطة القاضي في ذلك، مجلة الحضارة الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإنسانية جامعة وهران، الجزائر، العدد 10، أفريل 2004م

5- الحموي أسامة، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، سوريا ، المجلد23، العدد 2، 2007 م .

6- حميد صالح نافع، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار العراق ، العدد20، 2008 م.

7- خرباشي عقيلة، حماية الأولاد من الإهمال المعنوي، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات العلمية، الجزائر، العدد 12، 2012 م

8- الزيدي حسين رجب محمد مخلف ، "الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة")، مجلة التقني، مجلد الرابع و العشرون ، العدد العاشر، 2011 م

9- بن زيوش مبروك ، نفقة المطلقة و الأولاد في ظل القانون(01/15)المتضمن إنشاء صندوق النفقة، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، العدد 5، باتنة ، 2015م.

10- شرون حسينة، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنة، مجلة الاجتهاد القضائي، ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد السابع 2010 م.

11- الطراونة مخلد، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، 2003م.

12- عماري فتيحة يوسفي، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد37 ، 1999 م .

13- عيسى حداد ، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي ، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد15، 2005 م.

14- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد9، ديسمبر 2017 م.

15-قرموش عبد القادر ، الدور الحمائي للقضاء في قانون الأسرة المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 92، ماي 2010م.

16-بن قوية سامية، أثار الحضانة في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، الجزائر، المجلد 47، العدد 1.

17-كرليفة سامية، حق الطفل في التعليم بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري، مجلة الأسرة و المجتمع، جامعة سعد دحلب البليدة، المجلد الأول، العدد الأول، (د.ت.ن).

18-لريد محمد أحمد ، ظاهرة التفكك الأسري في المجتمع الجزائري ، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، العدد 9، 2004م.

19-لشهب أنيسة، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، ، العدد13 ، 2010م.

20- لشهب بوبكر، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية(دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد09 ، (د.ت) .
21- معوان مصطفى ، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام1988 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، جامعة الجزائر، العدد41، 2000م .
22- نواف خالد، نشوان زكي سليمان، مشاهدة المحضون دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مجلد04 ، الجزء 1، العدد 15 ، 2015م.

سابعاً -الملتقيات:

1- أحمد داود رقية، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ومعاهدة حقوق الطفل لسنة 1989، يوم درا سي حول الحقوق الأساسية للطفل، جامعة وهرا ن، 2004 م.
2- رواحنة نادية ، جريمة خطف الأشخاص في التشريع الجزائري، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري، الذي أقيم بكلية الحقوق و العلوم السياسية، بجامعة جيجل، يومي3 ، 4نوفمبر، سنة 2010 .
3- العزوزي عبد المجيد، الحضانة وحق المحضون من خلال التطبيق العملي لمقتضيات مدونة الأسرة من قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية القصر البلدي، مكناس، يومي8-2007/03/9م.
4- نجيم عامر ، القيود الواردة على الاستفادة من صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات، يوم دراسي من تنظيم مخبر القانون الخاص الأساسي حول منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، كلية الحقوق جامعة تلمسان، بتاريخ 22 أفريل 2015.

ثامنا -الأحكام والقرارات القضائية:

أ/ الأحكام والقرارات القضائية المنشورة:

1- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05، و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة" ، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 م.
2- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة) ، ج1، ط1، منشورات كليك، المحمدية ، الجزائر، 2013م.
3- (ـــــ، ـــــ) ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، (قرارات المحكمة العليا– مسرد ألفبائي للكلمات الدالة) ، (ج1، 2، 3)، ط1، منشورات كليك، المحمدية الجزائر، 2014م

ب/ الأحكام والقرارات القضائية غير منشورة:

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1987/04/09، ملف رقم (446630) ، غير منشور.

2- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ04/16/ 1979، ملف رقم (19287)، نشرة القضاة، 1981، العدد2، غير منشور.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/08/25، ملف رقم (15395)، غير منشور.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2002/07/31، ملف رقم (267158) غير منشور.

5- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ 2004/04/12، ملف رقم (675935)، غير منشور.

6- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/02/14، ملف رقم (337873)، غير منشور.

7- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم (388639)، غير منشور.

8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2007/02/14، ملف رقم (381439)، غير منشور.

9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 2007/02/14، ملف رقم (380556)، غير منشور.

10- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 06/13/ 2007، ملف رقم (396619)، غير منشور.

11- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2007/07/11، ملف رقم (400461)، غير منشور.

12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2007/10/10، ملف رقم (404527) ، غير منشور

13- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم (477048)، غير منشور.

14- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2009/01/14، ملف رقم (457970)، غير منشور.
15- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2009/07/08، ملف رقم (505325)، غير منشور.
16- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ2011/02/10، ملف رقم (604065)، غير منشور.
17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2011/04/14، ملف رقم(617123)، غير منشور.
18- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ2011/11/10، ملف رقم (652044)، غير منشور.
19- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ، قرار بتاريخ 2012/07/12، رقم (691310)، غير منشور.
20- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2012/09/13، ملف رقم (692322)، غير منشور.
21- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2012/09/13، ملف رقم (692322)، غير منشور.
22- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار بتاريخ2012/10/11، ملف رقم (699801)، غير منشور.
23- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2013/05/09، ملف رقم (722681)، غير منشور.
24- المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ2014/02/13، ملف رقم(790501)، غير منشور.
25- المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ 2014/02/13، ملف رقم (790168)، مجلة المحكمة العليا، غير منشور.
26- المحكمة العليا، غرفة أحوال لشخصية، قرار بتاريخ 2014/02/13، ملف رقم (790168)، مجلة المحكمة العليا، غير منشور.

II. المراجع باللغة الأجنبية:

*** Ouvrages spéciaux:**

1- DELMAS (M), Les grands systèmes de Politique Criminelle, 1er éd, Paris, s. n. é, 1992.

2- ESTOUP PIERRE ، La pratique de procédures rapides référées, ordonnance sur requête procédures d'injonction, édition litec 1990.

3- GISSEOT FLORENCE LAROCHE, Les droits de l'enfant, édit. Dalloz, Paris, 1996.

4- Hernane Abderrahman ،La Hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algerien. Office de publication Universitaire.1996.

5- Larjueir Jean, Anne-marie Larjuier, Philippe Conte, Droit pénal spécial, 14eme Edition, Dalloz, Paris 2004 .

6- Laure Chaussebourg, Baux Dominique,L'exercice de l'autorité parentaleaprès le divorceou la séparation des parents non mariés,inistere de justise, France,2007.

7- MOSTAFA BOUTEFNOUCHET, système social et changement social enAlgérie –office des publication universitaires-Alger.1998

8- Raymond Guy et Raymond Christiane Barreteau-, Droit de l'Enfant et de l'Adolescence le Droit Français est-il Conforme àla Convention Internationale des Droits de l'Enfant, Éditions LITEC ,1995.

9- GUINCHARD SERGE , Droit et pratique de la procédure civile , Dalloz, Paris,2002.

10- Terré François et et Fenouille Dominique ,droit civil: les personnes, la famille, les incapacités, 6eme edition, Dalloz , Paris, 1996.

*** Forum national**

1. TALBI Halima, la protection pénale de l'enfant liée au droit de garde , Forum national pour la protection de la famille criminelle dans la législation algérienne, pôle universitaire, Jijel, 03-04 Novembre 2010.

*** thèse de doctorat**

1. Houari BELARBI, l'enfant né hors mariage et le droit algérien, thèse de doctorat d'état en droit, soutenue à l'université de jean Moulin , LYON 3, non publiée, année 2002.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
البسملة	
الإهداء	
الشكر والتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ- س
الباب الأول الأسس القانونية للحضانة في القانون الجزائري	14
تمهيد	14
الفصل الأول ماهية الحضانة وضوابطها	18
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	19
المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها	20
الفرع الأول: تعريف الحضانة	20
الفرع الثاني: مشروعية الحضانة	25
المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للحضانة	28
الفرع الأول: طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي	28
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة	32
المطلب الثالث:الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها	34
الفرع الأول:التفرقة بين الحضانة والكفالة	34
الفرع الثاني التفرقة بين الحضانة والولاية على النفس	38
الفرع الثالث: التفرقة بين الحضانة والتبني	42
المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة	45
المطلب الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء	46
الفرع الأول: الأهلية	46

الفرع الثاني: القـــــــــدرة	53
الفرع الثالث: الأمانـــــــــة	56
الفرع الرابع: الإســـــــــلام	59
الفرع الخامس: الحريـــــــــة	61
المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	62
الفرع الأول: خلو الحاضنة من زوج أجنبي أو بقريب غير محرم	62
الفرع الثاني: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون	65
الفرع الثالث: عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه	65
الفرع الرابع:ألا تكون قد امتنعت عن حضانته والأب معسرا	66
المطلب الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	66
الفرع الأول: أن يكون ذا رحم محرم للصغير	66
الفرع الثاني: أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء	67
المبحث الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة	68
المطلب الأول: الترتيب الشرعي لمستحقي الحضانة	69
الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها	69
الفرع الثاني: الأب ومن يليه من أقاربه	72
الفرع الثالث: حضانة ذوي الأرحام	73
الفرع الرابع: ما يراه القاضي الأصلح للمحضون	73
المطلب الثاني: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة	74
الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة11/84:	75
الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة02/05:	77
الفصل الثاني مسقطات الحضانة والآثار المترتبة عنها	83
المبحث الأول: سقوط حق الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا	85

المطلب الأول: سقوط حق الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية	86
الفرع الأول: الأساس القانوني	86
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	88
المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن	93
الفرع الأول: الأساس القانوني	94
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	96
المطلب الثالث: سقوط حق الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة	101
الفرع الأول: الأساس القانوني	102
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	106
المبحث الثاني: سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الصريح عنها	110
المطلب الأول: سقوط حق الحضانة بقوة القانون	110
الفرع الأول: الأساس القانوني	110
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	112
المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن	115
الفرع الأول: الأساس القانوني	115
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	117
المطلب الثالث: سقوط حق الحضانة بسبب اتفاق الأطراف	120
الفرع الأول: الأساس القانوني	120
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	122
المبحث الثالث: سقوط حق الحضانة بسبب التنازل الضمني	124
المطلب الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون	124
الفرع الأول: الأساس القانوني	124
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	129
المطلب الثاني: مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته	132
الفرع الأول: الأساس القانوني	133

الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	134
المطلب الثالث: انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد آخر	135
الفرع الأول:الأساس القانوني	135
الفرع الثاني: مـــــوقف القضـــــاء	137
الباب الثاني الحضانة على ضوء الممارسة القضائية الواقع العملي	142
تمهيد	143
الفصل الأول الأثر المدني و الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.	146
المبحث الأول: الأسس الإجرائية لدعاوى الحضانة	149
المطلب الأول: قواعد الاختصاص	149
الفرع الأول: الاختصاص النوعي	150
الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي	152
المطلب الثاني: شروط قبول دعاوى الحضانة	153
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لقبول دعاوى الحضانة	154
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لقبول دعاوى الحضانة	158
المطلب الثالث:التدابير الاستعجالية	159
الفرع الأول: تعريف وخصائص القضاء الإستعجالي	160
الفرع الثاني: الأسس الإجرائية للقضاء الإستعجالي	163
المبحث الثاني: الأثر المدني المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه.	177
المطلب الأول: دعوى إسناد الحضانة	178
الفرع الأول: الأسس الإجرائية	179

الفرع الثاني: الأسس الموضوعية	182
المطلب الثاني: دعوى تمديد الحضانة	188
الفرع الأول: الأسس الإجرائية	189
الفرع الثاني: الأسس الموضوعية	191
المطلب الثالث: دعوى إسقاط الحضانة	195
الفرع الأول: الأسس الإجرائية	195
الفرع الثاني: الأسس الموضوعية	197
المبحث الثالث: الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية المخولة في شأنه	203
المطلب الأول: الجرائم المتعلقة برعاية الطفل	204
الفرع الأول: جريمة عدم تسليم الطفل مخالفة لحكم قضائي	204
الفرع الثاني: جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير	218
المطلب الثاني: جرائم إهمال الطفل	222
الفرع الأول :جريمة الإهمال المعنوي للأولاد	222
الفرع الثاني: جريمة عدم تسديد النفقة	227
الفصل الثاني الضمانات المقررة في حماية حقوق المحضون بدعاوى الحضانة	242
المبحث الأول: النفقة وضماناتها كحق من حقوق المحضون	244
المطلب الأول: مفهوم النفقة	244
الفرع الأول: تعريف النفقة	244
الفرع الثاني: دليل وجوبها	246
المطلب الثاني: أحكام النفقة	247
الفرع الأول: مشتملات النفقة	247
الفرع الثاني: تقدير النفقة وشروط استحقاقها	249

الفرع الثالث: سقوط نفقة الأولاد	252
المطلب الثالث: صندوق النفقة كآلية لتفعيل تنفيذ أحكام النفقة	253
الفرع الأول :تعريف صندوق النفقة	253
الفرع الثاني :دور الصندوق في تحصيل النفقة المقدرة قضاءا	254
المبحث الثاني: الزيارة وضماناتها كحق من حقوق المحضون	255
المطلب الأول:حق الزيارة موضوعيا	256
الفرع الأول: مفهوم حق الزيارة	256
الفرع الثاني: أصحاب الحق في الزيارة	260
المطلب الثاني :حق الزيارة إجرائيا	263
الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة	264
الفرع الثاني: زمان ومكان زيارة المحضون	265
المطلب الثالث :النزاعات المتعلقة بتنظيم حق الزيارة	270
الفرع الأول :التعسف في استعمال حق الزيارة	270
الفرع الثاني: امتناع الولي الغير حاضن عن ممارسة حقه في الزيارة	272
الفرع الثالث: إشكالية الزواج المختلط	273
المبحث الثالث: آليات عملية لتفعيل حماية حقوق المحضون	279
المطلب الأول: الحماية الاجتماعية(الأسرة و ا لمجتمع)	280
الفرع الأول: دور الأسرة في وظيفة التنشئة الاجتماعية والضبط الاجتماعي	281
الفرع الثاني: دور الهيئات والمؤسسات الوطنية	282
الفرع الثالث: دور الأخصائيين في معالجة قضايا الطفولة	285
الفرع الرابع: دور الإعلام في معالجة قضايا الطفولة	286
الفرع الخامس :دور المجتمع المدني	286
المطلب الثاني: الحماية التشريعية	287
الفرع الأول :آليات ضمان استيفاء الحقوق المالية للطفل في ظل التعديلات	288

المستحدثة (قانون صندوق النفقة15-01)	
الفرع الثاني :آليات ضمان حماية القانونية للطفل في ظل التعديلات المستحدثة(قانون حماية الطفل 15-12)	297
المطلب الثالث: الحماية القضائية	301
الفرع الأول: مبدأ مراعاة مصلحة المحضون	302
الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في القضايا المتعلقة برعاية المحضون	305
الفرع الثالث: الإشكالات العملية التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي	307
الخاتمة	310
قائمة المصادر والمراجع	319
فهرس المحتويات	351

عنوان الأطروحة" :الآليات القانونية و القضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري"

I. الملخص باللغة العربية:

تتجه الجهود الوطنية نحو الاهتمام بالطفل المحضون والسعي الحثيث نحو توفير أفضل السبل الممكنة لتحقيق بيئة آمنة مستقرة ومتكيفة خالية من المشاكل والتعسف والعنف بكل أشكاله، وتستند هذه الجهود على الأهمية البالغة للطفل المحضون ومكانته في مجتمعاتهم وفي حياة ومستقبل، فهذه الحماية من شأنها أن تجعله يعيش حياة كريمة وسط أسرته ومجتمعه، وللحفاظ على هذه الحقوق عملت الشريعة الإسلامية وعلى غرارها القوانين الوضعية الدولية والداخلية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان واتفاقية حقوق الطفل وقانون حماية الطفل وقانون الأسرة على وضع حماية خاصة لحقوق الطفل المحضون والسعي إلى تحقيق مصلحته و الإلمام بمشاكل وظروف الطفل حرصا منه على الحفاظ على حقوقه من خلال تجسيدها على أرض الواقع، من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، وكذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيا في ذلك مصلحة الطفل، فتقدير تلك المصلحة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لتقدير القاضي، الأساس الذي ينبغي عليه تعليل قراره تعليلا واضحا فالمصلحة تعتبر هنا المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه، وتبقى الصلاحية للقاضي في تقدير ذلك.

Thesis title: "Legal and Judicial Mechanisms for the Protection of the fostered childin Algerian family law"

1**. Abstract in English**:

National efforts are directed towards taking care of the fostered child and striving to provide the best possible ways to achieve a safe, stable and adaptive environment free from problems, abuse and violence in all its forms. These efforts are based on the great importance of the fostered child and his position in their communities, life and future. This protection would make him live a dignified life in the midst of his family and community, in order to preserve these rights, Islamic Sharia and similar international and internal man-made laws, such as the Universal Declaration of Human Rights, the Convention on the Rights of the Child, the Child Protection Law, and the Family Law worked to establish special protection for the rights of the foster child and seek to achieve his interest and familiarize himself with problems And the circumstances of the child, in order to preserve his rights Through its embodiment on the ground, through the cooperation of each of the legislators by drafting legal texts through which he protects the rights of the child, as well as the judge who seeks to interpret and apply them in the best application, taking into account the interest of the child. The one who must explain his decision clearly for the interest is here considered the basic criterion for the protection that must be provided to the child after the dissolution of the marital bond between his parents, and the authority remains for the judge to assess this.