جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالبة:
– خوضر دعاء
– بليقز جيهان

تحت إشراف:
د. بوصيدة امحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أد. رحماني منصور	أستاذ تعليم عال	رئيسا
د. بوصيدة امحمد	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
د. خريسي سارة	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

إلى قامات العلم في كليتنا و ينابيع المعرفة التي نهلنا منها العلم طيلة مشوارنا الأكاديمي

أستاذي المحترم بوصيدة امحمد أستاذي المشرف الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته، بعد مشوار طويل كان فيه إلى جانبنا في كل خطوة، لن تكفي الكلمات ويعجز اللسان على أن يوافيك أستاذي الشّكر الذّي تستحقه دمت ذخرا لطلبة العلم في كلية الحقوق.

وأتقدم بالشكر إلى أستاذي المحترم مسيخ محمد لمين على نصائحه و توجيهاته المهمة التي ساعدتنا في إتمام عملنا هذا، لك منا جزيل الشكر والامتنان.

أستاذي المحترم الدكتور رحماني منصور رئيس لجنة المناقشة و أستاذتي المحترمة

خريسي سارة، نتقدّم إلى حضرتكم بجزيل الشكر لتشريفنا بقبول مناقشة مذكرتنا لكم منا فائق الاحترام و التقدير.

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى: **(وقل اعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون.)**

أهدي ثمرة عملي هذا إلى:

من كانت دعاوتها ليلاً و نهارًا نورا في دربي، و رجاءً في حياتي إلى أمي نبض قلبي وملاذ روحي.

إلى من أحمل اسمه تاجاً فوق هامتي، إلى من علّمني كيف أسموا بأخلاقي و أرقى بقيمي، إلى أبي سندي في الحياة.

أطال الله في عمريهما و ألبسهما ثوب العافية و الصّحة.

إلى أخوّي محمد رضا و عبد الرحمن حفظهما الله وسدّد خطاهما.

إلى روح جدّتي الغاليّة الزّهرة التّي رحلت جسداً و بقيت أثرا طيّباً في القلب والذّاكرة، رحمها الله و جعل مأواها أعلى الجنان.

إلى عائلتي الكبيرة كلا باسمه و أخصّ بالذكر خالتي العزيزة الأستاذة الفاضلة شبور سليمة.

إلى من عجز العالم عن احتضانهم، إلى من حرموا المسكن والمأكل و حتى الأحلام
إلى من اغتيلت طفولتهم و كانت الدّماء و الرّماد حضنا لهم...اغفروا لنا تقصيرنا و عجزنا... إليكم أطفال غزة و فلسطين... طيور الجنة.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة عَملي هذا.

دعاء خوضر

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)

أهذي هذا المشروع لنفسي أولاً.

بعد مسيرة دراسة دامت سنوات وأعوام حملت في طياتها الكثير

من التعب والمشقة والصعوبات.

ها أنا اليوم أقف بكل فخر على عتبة تخرجي أقطف ثمار تعبي وأرفع قبعتي بكل فخر.

إلى من خاضوا الحياة لأجلي، إلى من غرسوا في قلبي الحلم وسقوه بالدعاء، إلى من كانوا نور دربي وظلي حين أثقلتني الأيام...

إلى أمي و أبي

هذا النجاح لكم، أنتم الغاية التي سعيت لها بكل قلبي أنتم الإنجاز الحقيقي

أنا فقط النتيجة.

إلى إخوتي، كنتم دائما دعمي وسندي، وجودكم في حياتي كان الأمان والفرحة التي أحتاجها لأكمل مشواري.

إلى صديقات دربي من كن لي السند والمسعى في كل خطاي، كل باسمها ومقامها.

إلى عائلتي وأحبتي وكل من أخذت من علمهم منذ أدركت للعلم قيمة .

اليوم أزف لكم شهادتي، هذا التخرج ليس ختما لمسيرة دراسية بل تتويج لحبكم، وصبركم ودعمكم الذي لا يقاس.

فليكن هذا العمل خير تعبير عن حبي وامتناني.

جيهان بليقز

قائمة المختصرات

ج ..... الجزء

د ت ..... دون تاريخ نشر

ص ..... صفحة

ط ..... طبعة

ع ..... العدد

ق أ ج ..... قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ ج .... قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق ع ج ..... قانون العقوبات الجزائري

ق م ج ..... القانون المدني الجزائري

مـــقدمـــة

مقدمة

اهتمّ التّشريع الإسلاميّ بالطفل وأحاطه بالرّعاية، وأقرّ له حقوقا مادية وأدبية تسبق مولده وتواكب نشأته وتستهدف حفظ بدنه وصحّته ونفسه ورعايته وتحسين خلقه بما يضمن له حياة كريمة.

ولكي ينشأ الطفل في جو يسمح له بتلقي هذه الرّعاية عُني الإسلام بتوفير البيئة الصّالحة لذلك بدأ من اعتبار الزّواج ميثاقا غليظًا لقوله تعالى: (و أخذن منكم ميثاقا غليظا)[1] فوصف الزّواج بالميثاق الغليظ – وهو وصفٌ انفرد به هذا العقد عن دونه – تعزيز لأهميته كونه عهد قويّ وثيق بين الزّوجين، يمثل التزاما بجملة من الواجبات و المسؤوليات، تبدأ بينهما وتمتدّ إلى ثمرة زواجهما ألا وهم –الأطفال– الذين سينشؤون بموجب ذلك بين أحضان الوالدين حتى يبلغوا أشدّهم، و يتطلب نجاح هذه المهمّة تعاون الطرفين وبذل الجهود اللازمة لذلك.

وعلى الرّغم من ذلك، قد يطرأ على الرّابطة الزّوجية ما يعكّر صفوها و ينتهي بها في بعض الحالات إلى الانحلال، ما يجعل الأطفال –الحلقة الضعيفة– محلّ منازعات قضائية بين ذوي الحق في الحضانة علما أن التشريعات قد حرصت على إيجاد موازنة بين وجود الطفل مع والدته بإسناد الحضانة لها، وبين تواجده مع والده من خلال منح هذا الأخير حق الزيارة. ويبقى التجاذب والتأرجح قائمين لغياب تنظيم قانوني واضح؛ إذ أوكلت لقضاة شؤون الأسرة سلطات واسعة في قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتطبيق أحكام الحضانة وتنزيل النّصوص القانونية على أرض الواقع.

إلاّ أنّ تطبيق هذه الأحكام لا يخلو من المنازعات القضائية والعمليّة المتعلقة ببعض جوانب الحضانة، من حيث تحديد لمن تثبت الحضانة أو تسقط وتنظيم حق الزيارة وترتيب الحاضنين. ومدى قدرة القاضي على تجاوز هذا التّرتيب باعتبار مصلحة المحضون وغيرها من الإشكالات الأمر الذّي يستدعي إجراء المقاربات والدراسات الازمة لرصدها وتشخيصها ثم اقتراح طرق لمعالجتها ووضع حلول عمليّة لها وهو ما دفعنا لطرح الإشكالية التالية:

[1] سورة النساء، الآية 21.

إلى أيّ مدى وُفّق القضاء الجزائريّ في تطبيق أحكام الحضانة بما يحقق مصلحة المحضون الفضلى؟ وماهي الصّعوبات والإشكالات التّي واجهت القضاء في تطبيق هذه الأحكام و كيف تعامل معها؟

وتتفرع عن هذه الإشكاليّة الأسئلة الآتية:

ما هي حقيقة الحضانة وكيف كيّفها القضاء؟

ما مدى نجاعة هذه الأحكام وكفايتها في معالجة نظام الحضانة من كل جوانبه؟

ماهي الآليات التّي أقرّها المشرّع الجزائريّ في سبيل تحقيق حماية قانونيّة وجزائية للطفل المحضون؟

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة كونه يتناول أحد أهم الأنظمة التّي تتبع انحلال الرّابطة الزّوجية وهي الحضانة، وتعد هي الوسيلة القانونيّة التّي تهدف إلى حماية الطرف الأضعف بعد انحلال الرّابطة الزّوجية وهم الأطفال.

وما يعّزّز أهميّة هذا الموضوع أنّه يمسّ أحد مقاصد الشّريعة الإسلامية وهو حفظ النّفس.

ويهدف البحث في هذا الموضوع إلى الوقوف على الممارسة القضائية لأحكام للحضانة و الإشكالات المثارة بشأنها.

وكذلك إلى استطلاع اجتهادات المحكمة العليا الصادرة في هذا الشأن.

وكذا تسليط الضوء على النصوص القانونية والإجرائية المنظمة للحضانة ومدى نجاعتها في تحقيق مصلحة المحضون.

ونظراً لأهمية الموضوع، ولتحقيق هذه الأهداف، تولدت لدينا الرغبة في اختيار هذا الموضوع، خاصة وأنه يتعلق بفئة ضعيفة في المجتمع جذيرة بالتعاطف معها وإنصافها أمام ما قد تواجه في هذه المرحلة الحساسة من حياتها.

وكذلك الرغبة في معرفة الأحكام التي تنظم الحضانة والاجتهادات المتعلقة بها و دراستها بشكل متوسع.

وهذه أسباب ذاتية قوية دفعتنا لهذا الاختيار إضافة إلى أسباب أخرى موضوعية منها الارتفاع المستمر لنسب الطلاق في الجزائر الذي يجر بدوره إلى ارتفاع حالات النزاع حول الحضانة، وما تضفيه هذه الدراسة من حلول للإشكالات المتعلقة بالحضانة في الواقع.

ورغم أن هذا الموضوع تهون كل الجهود من أجل دراسته والبحث فيه بعمق، إلا أن هناك صعوبات واجهتنا بالفعل مثل قلة الأحكام التطبيقية لا سيما من المحاكم والمجالس القضائية وعدم نشر هذه الأحكام، إضافة إلى تشعب الموضوع مما يصعب من محاولة جمع شتاته.

ومع ذلك، فقد استفدنا من بعض الدراسات السابقة التي تناولت هذه الجوانب لاسيما ما يتعلق ببعض الأحكام القضائية مثل أطروحة الدكتوراه زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، تخصص قانون خاص 2005/2004، وكذلك أطروحة الدكتوراه لسناء عماري، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، تخصص قانون لأحوال الشخصية، 2021 / 2022.

أما الدراسة التي تناولت هذا الموضوع وتمثل أساسا لمذكرتنا فهي مذكرة الماجستير سناء عماري سنة 2015: التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر–الوادي 2015/2014، غير أنها ركزت أكثر على الجوانب الإجرائية المتعلقة بالدعاوى المدنية والجنائية، دون التطرق إلى الممارسة القضائية للحقوق المتعلقة بالحضانة كالمسكن والنفقة والزيارة وما يتعلق بها من إشكالات.

ولدارسة هذا الموضوع اتّبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص والأحكام القانونية المتعلقة بالحضانة والوقوف على مضامينها و أهدافها بغرض فهمها وتقييم مدى نجاعتها في التطبيق القضائي. وإلى جانب المنهج التحليلي، تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي الذي يقوم على الانطلاق من الوقائع والأحكام القضائية بهدف الوصول إلى تصوّر عام حول كيفية تعامل القضاء مع قضايا الحضانة والإشكالات المرتبطة بها.

وللإجابة على الإشكالية وبغرض تحقيق أهداف هذا البحث قمنا بوضع خطة ثنائية تتشكل من فصلين:

تناولنا في الفصل الأول التطبيقات القضائية للحضانة، وقسمناه إلى مبحثين: خصصنا المبحث الأول للحق في الحضانة في التطبيق القضائي بينما خصصنا المبحث الثاني للحقوق المرتبطة بالحضانة.

أمّا الفصل الثاني فتناولنا فيه إشكالات الحضانة في التطبيق القضائي، وقسمناه أيضا إلى مبحثين. في المبحث الأول تناولنا الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة، وفي المبحث تناولنا الإشكالات المرتبطة بالحضانة.

الفصل الأول:

التطبيقات القضائية للحضانة

الفصل الأول

التطبيقات القضائية للحضانة

الحضانة ليست مجرد حق قانوني للأبوين، بل هي مسؤولية كبيرة تتطلب منهما أو من أحدهما تقديم الرعاية والحماية اللازمتين للطفل، وهي في حقيقتها تشكل نوعا من الموازنة بين حقوق ثلاثة هي: حق الأم وحق الأب وحق الطفل، ويعد الطفل المحضون محور هذه الحقوق، فإذا أُسندت الحضانة لأحد الأبوين ينتج عن ذلك بالضرورة حق الزيارة للطرف الآخر.

فبمجرد انحلال الرابطة الزوجية تنشأ هذه الحقوق، ولكن يتطلب تطبيقها إجراءات قانونية محددة لضمان مصلحة الطفل حسب ما هو منصوص عليه في القوانين، وفي هذا الصدد يكون لكل من الممارسة القضائية والاجتهاد القضائي دورًا هاماً في تفسير هذه الأحكام المنظّمة للحضانة خاصة في ملء الفراغات التشريعية أو إزالة الغموض عن بعض النصوص، فالقضاء هو من يحوّل الحضانة من مجرد أحكام قانونية مكتوبة إلى تطبيقات قضائية واقعية ويعمل على تحديد الحق في الحضانة **(المبحث الأول)**.

وفي ذات السياق، فإن القضاء هو من يقوم بعملية الموازنة الواقعية بين أصحاب الحق في الحضانة وبين بقية الحقوق المرتبطة بها **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الحق في الحضانة في التطبيق القضائي

اعتبرت النصوص القانونية الحضانة حقا من الحقوق ورتبت أصحاب الحق فيها وراعت بالدرجة الأولى حق الطفل ومصلحته الفضلى ورغم أن دور القضاء يتمثل في تطبيق النصوص القانونية وليس في إنشائها فإن الممارسة العملية يكون لها تأثير في تحديد حقيقة الحضانة(المطلب الأول).

كما أن الحضانة كحق من الحقوق تسند لأشخاص حددهم القانون سلفا ورتبهم وفق ترتيب معين، ولكن سلطة القضاء لها دور حيويٌ على أصحاب الحق في الحضانة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

حقيقة الحضانة

ليس من السهل الوقوف على حقيقة الحضانة باعتبار أنها مؤسسة متشعبة لها تعلق بأشخاص وحقوق فهي ترتبط بالطفل وبالمدة التي يحتاج فيها إلى الرعاية، وإلى الشخص الذي تسند له هذه المهمة ومدى حقيقة إطلاق اسم الحاضن عليه، وبالتالي لا يتحقق الوصول إلى حقيقة الحضانة من خلال تعريفها الفقهي والقانوني فقط، فللقضاء كذلك دور في تعريف الحضانة (الفرع الأول)، ومن ثم يساهم كذلك في تحديد التكييف الصحيح للحضانة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف القضائي للحضانة

لما كان من مهام القضاء تفسير النصوص القانونية ووضعها موضع التطبيق على أرض الواقع فإنه يعمل كذلك على تعريف المفاهيم، وهذا ما نجده في تعريف الحضانة سواء في القضاء الجزائري (أولا) أو في القضاء المقارن (ثانيا).

أولا: تعريف الحضانة في القضاء الجزائري

خلافا لما ألفه المشرع الجزائري وعلى غير عادته عرّف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد القضائي[1]، وذلك بنص المادة 62 " الحضانة هي: رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا." [2].

1 باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض، نفقة، حضانة ، عدة، متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائري ، 2008، ص 49.

ولذلك نجد القضاء يستند إلى هذا التعريف، ويجعله مرجعا له في كل ما يتعلق بتعريف الحضانة، فتستخدم المحكمة العليا نفس التعريف الوارد في المادة 62 من ق أ ج كما ضمنته في بعض قراراتها ومنها على سبيل المثال: { الحضانة إذا كانت هي رعاية الولد والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ... }[3]، فنجد اعتماد القضاء للتعريف القانوني وهو ما أوضحه مضمون القرار، وكذلك في قرار آخر لها أكدت أن:{ الحضانة اذا كانت هي رعاية الولد والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه فإنه ليس معنى ذلك ملازمة الحاضنة للمحضون ومباشرتها لشؤونه بمفردها فقط ، يمكن للحاضنة إشراك غيرها في ذلك ممن تثق فيهم كالجدة .....}[4].

ومن خلال الاجتهاد سابق الذكر نجد أن المشرع الجزائري أحاط في تعريفه للحضانة كل ما تشمله الحضانة من أسباب وأهداف وهي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وتدبير شؤون المحضون في حاجياته وتلبية رغباته وغيرها من شؤون الحياة اليومية.

وهو ما أكده شراح قانون الأسرة بأن تعريف قانون الأسرة الجزائري يعتبر من أحسن التعاريف لا سيما من حيث شموليته لأسباب الحضانة وأهدافها وأنه شمل أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية فالتعريف جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل طيلة مدة احتياجه الى من يحضنه [5].

وجاء تعريف القضاء الجزائري مطابقا للتعريف القانوني، وهو يتسم بالعمومية كما أنه تعريف واسع، وهذا على عكس ما يبدو عليه في القضاء المقارن.

---

[2] الأمر 11/84 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005 الجريدة الرسمية العدد24.

[3] القرار رقم 53578، المؤرخ في 1989/05/22 ، المحكمة العليا ،غرفة أحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع .4، 1991، ص 99.

[4] القرار رقم 1265504 ، المؤرخ في 2018/06/06 ، نقلا عن صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج1، الديوان الوطني للأشغال الوطنية والتمهين، الجزائر، 2021 ، ص484.

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري –مدعمة بالاجتهادات القضائية –، ط 3، دار هومة، الجزائر ،1996، ص 292.

ثانيا: تعريف الحضانة في القضاء المقارن

رغم التنوع والاختلاف في التشريعات في مسائل متعددة، إلا أنه يوجد اتفاق جوهري بتوافق نسبي في تعريف الحضانة وهو ما يجدر التنويه إليه في بعض القضاء المقارن لاسيما محكمة التعقيب في تونس ومحكمة النقض المصرية والمحكمة الدستورية العليا كذلك في مصر.

فعندما نرجع إلى القانون التونسي نجده هو الآخر عرف الحضانة بكونها هي "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"[6]، ولكن القضاء في تونس لم يلتزم بحرفية النص وعرفها على أنها:{ عبارة عن القيام بحفظ الصغير والتعهد بما يصلحه و وقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته نفسيا وعقليا}[7]، ولها تعريف مقارب لهذا التعريف جاء فيه بأن {الحضانة هي تعهد الصغير وحفظه بما يصلحه ووقايته مما يضره وتربيته جسميا وعقليا ونفسيا}[8]، وهذا التعريف مثل سابقه في المعنى وهو يشمل الرعاية وتدبير شؤون المحضون في طعامه وملبسه وباقي حاجيات حياته[9].

وحقيقة الأمر أن الحضانة لكونها من مشمولات النساء بحكم عاطفة الأمومة وبحكم أنها مرضعته والقائمة على شؤونه والقادرة دون الزوج على القيام بالحضانة[10]، فإن التعريف الذي يُعبر عن حقيقتها هو الذي يحصرها في هذا المعنى وحده كما نجد ذلك في القضاء المصري.

---

[6] المادة 54 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الرائد الرسمي ، ع. 66، صادر في 17 أوت 1956).

[7] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية (معرفة القانون)، مركز النشر الجامعي ، تونس، 2011، ص 130.

[8] قرار تعقيبي مدني، ع. 67854 مؤرخ في 26 جانفي 1999. مذكور : مصطفى صخري، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها بأحدث القرارات التعقيبية، سنة 2011. دون دار نشر، ص 108.

[9] فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية (قراءة في فقه القضاء)، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 241.

[10] ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، تونس نموذجا، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص 101.

وهذا ما جاء في تعريف المحكمة الدستورية حيث عرفت الحضانة على: { أنها في أصل شريعتها هي ولاية التربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام بشؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الصغير وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة، والتي لها الحق في تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ولأن انتزاعه منها وهي أشفق عليه و أوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا مضرة به في الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤنمن يأكل من نفقته ويطعمه نزرا أو ينظر إليه شزرا }[11].

وهذا أيضا ما قررته محكمة النقض المصرية بالقول: { إن الحضانة هي التي تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم}[12]، ويتضح أنه أخدها كتعريف للحضانة والذي حصر الحضانة على الأم لزوما دون غيرها من الحواضن[13].

ويبدو أن من جعل الحضانة في النساء عموما قصد بذلك ربط التعريف القضائي بالمعنى اللغوي، ومن وسع في تعريف الحضانة قصد بذلك شمولية المعنى بقصد توفير حماية أفضل للمحضون.

الفرع الثاني

التكييف القضائي للحضانة

يعتبر القضاء تجسيدا عمليا لقواعد التشريع باعتباره الأداة التي يتم من خلالها تطبيق القانون على الوقائع، ومن هذا المنطلق فإن القضاء في ظل عدم وجود نص قانوني واضح يحدد طبيعة الحضانة حاول تحديد طبيعتها وتكييفها بما يتلاءم مع القانون والفقه، ومن

[11] أحمد إبراهيم عطيه، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة (على ضوء أحدث التعديلات التشريعية بالقانون 4 لسنة 2005 وأحكام محكمة النقض والدستور)، دار الفكر القانوني، القاهرة ، 2009، ص 124.

[12] عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط 9، ج3، 2001، ص 506.

[13] المرجع نفسه، ص 507.

خلال التطبيقات القضائية نجد أن القضاء تطرق لمسألة تكييف الحضانة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية، (**أولا)** وكذا تكييف الحضانة بين الحق و الواجب(ثانيا).

أولا: تكييف الحضانة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية:

لقد ذهب قضاء المحكمة العليا من خلال تفسيره لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إلى اعتبار الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية من خلال اجتهاد المحكمة العليا الصادر في هذا الشأن وليس من آثار الطلاق وحده.

وبمعنى أدق هي أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة، ومن ذلك ما جاء في قرار المحكمة بتاريخ 16 سبتمبر 2009 حيث ورد فيه: { المبدأ: تطبق المادة 64 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة الأمر05/ 02 على حالة الطلاق و الوفاة}[14] ... حيث يتبين أن قضاة المجلس حين أسسوا قرارهم المطعون فيه بأن الحضانة من الآثار المرتبطة بالطلاق وأن طلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة دون أن يوضحوا الأساس القانوني الذي بنوا عليه قرارهم رغم أن كلا من الطاعنة والمطعون ضدها الأولى جدة البنت و الثانية خالتها وكلهما منصوص عليهما في المادة 64 من ق أ ج بصفتهما ممن يمكن إسناد الحضانة إليهما إذ تنص المادة السابقة الذكر 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.."[15]،وبالتالي فإن هذه المادة لم تربط الحضانة بالطلاق و إنما اشترطت فقط مصلحة المحضون التي يتعين تبيانها و تسبيب ذلك وعليه فإن الوجه مؤسس و يتعين نقض القرار المطعون فيه.

و ما يتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا كيفوا الحضانة على أنها من آثار انحلال الرابطة الزوجية و ليس من آثار الطلاق فقط وهذا ما يتوافق مع نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري ' تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "[16]، وعليه "فإن

---

[14] قرار رقم 511644، المؤرخ في 16 سبتمبر 2009، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، 2010، ص 228.

[15] الأمر رقم 11/84 سالف الذكر.

[16] المرجع نفسه.

الحضانة أثر من آثار انحلال العلاقة أو الرابطة الزوجية سواء انحلت بالطلاق أو بالوفاة و المقصود بها إسناد الحضانة لمستحقيها"[17].

وهذا له تأثير كبير على تعريف الحضانة كما على تكييفها باعتبار أنه بعد وفاة الأب على سبيل المثال لا تطرح مسألة الحضانة في الغالب لأن الطفل يبقى مع أمه في هذه الحالة، وإنما تطرح مسألة كفالته بخلاف الحالة المعاكسة أنه في حالة وفاة الأم فإن مسألة الحضانة تكون قائمة خاصة وأن المشرع رتب أصحاب الحق في الحضانة ولم يحصرها في الوالدين ما يجعل الحق فيها قائما في حالة الطلاق كما في حالة الوفاة.

ثانيا: تكييف الحضانة بين الحق و الواجب

اختلف القضاء حول الطبيعة القانونية للحضانة سواء في الجزائر أو في الدول العربية حول ما إذا كانت الحضانة حقا خالصا لله أو حقا للحاضنة أو حقا للصغير أو حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون.

يمكننا أن نستخلص موقف التشريع الجزائري من الأحكام التي جاء بها في ق أ ج لمعالجة مسألة الحضانة، فقد جاء نص المادة 66 منه " يسقط حق الحاضنة.... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، فالمشرع الجزائري استعمل حقين في هذه الفقرة الأولى عندما استعمل لفظ "حق الحاضنة" و سمح لها بالتنازل عنها والثاني عندما اشترط عدم إضرار هذا التنازل به و يقصد به "حق المحضون"[18].

وهذا ما جرى تطبيقه أيضا في القضاء حيث قضى المجلس الأعلى بأن: { الحضانة حق وواجبات في أن واحد}[19] و يفهم من هذا التعبير بأن الحضانة تعتبر حقًا للمحضون

[17] عبد الرزاق يعقوبي، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد ،د ط ، دار هومه الجزائر 2018، ص 120.

[18] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، تخصص قانون خاص، 2005/2004، ص 464.

[19] قرار رقم (غير موجود)، المؤرخ في 1968/12/25، غرفة مدنية، المجلس القضائي، سنة 1968، ص 136، عن زكية حميدو صفحة،461.

وحقًا للحاضن، ولكن يُغلّب الحق الأول على الثاني، تأكيدًا منه على أن حقوق المحضون أكثر وأغلب من واجباته، مقارنة بحقوق الحاضن[20]".

و كذلك يتضح هذا في تعزيز حق المحضون و تغليبه عند تعارض مصلحته مع مصالح أخرى و يتجسد ذلك في عبارة: "مراعاة مصلحة المحضون"[21] و هذا ما يظهر في أغلب صياغة المواد الخاصة بالحضانة " المواد: 64، 65، 67، 69 "، من ق أ ج ، و في تطبيق هذه المواد جاء القرار التالي الذي ينص على:{ من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.}[22] و هذا ما يؤكد على أن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، و أنه يجب العمل بما هو أنفع و أصلح للصغير في إسناد الحضانة، حيث إن أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير ذلك لأن من حق الصغير أن يعنى به والداه منذ ولادته، عناية و حفظ و القيام بشؤونه و هذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم لأنها أقدر من الأب على هذا[23].

و قد جاء في قرار آخر { عمل المرأة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية.}[24] و القضاء الجزائري في هذا الموقف يؤكد حق الحاضنة في الحضانة وكذلك حق المحضون في الرعاية والعناية، و هذه العبارات تصف بوضوح حق المحضون و الحاضنة معاً في الحضانة ، وهو

[20] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 461.

[21] سناء عماري، الأليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، تخصص قانون لأحوال الشخصية، 2021 / 2022، ص 34.

[22] قرار رقم 222655، المؤرخ في 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. خاص، 2001، ص 185، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2، ص 1076.

[23] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و المقارن الزواج و الطلاق ، ج 1 ، ط د ، دار النهض العربية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، د ت ، ص 543، 544.

[24] قرار رقم274207، المؤرخ في 2002/06/03، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، ع. 01، السنة 2004، ص 263.

ما ذهب اليه البعض أن الحضانة حق للحاضنة ولا تجبر عليها لأن الإنسان لا يجبر على حقه[25].

وإذا تأملنا بعض التشريعات العربية كالمصرية نجدها لم توضح صراحة موقفها من هذه المسألة[26]، حيث قضت محكمة أجا في 21 ديسمبر 1936:{ أن في الحضانة حقوق ثلاثة حق الصغير وحق الحاضنة وحق الأب والتوفيق بينهما واجب متى أمكن الوصول اليه، وإلا فمصلحة الصغير هي المقدمة لأن مدار الحضانة على نفع المحضون وكما لا يضار الأب بولده لا تضار الأم بولدها}[27].

أما باعتبارها حق لله تعالى و كما قلنا أن القضاء هو انعكاس للتشريع فبالعودة إلى المادة 222 من ق أ ج و التي تنص: "على أن كل ما لم يرد فيه نص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية"، نجد أن بعض الفقهاء باعتبارهم أن الحضانة شرعت لحفظ النفس و صيانتها وأن حفظ النفس يعتبر حق من حقوق الله تعالى فبالتالي رعاية الصغير و حضانته هو حق لله تعالى[28].

و يرى البعض الآخر أن الأصح هو أن الحضانة تشمل الأمور الثلاثة معا، فهي حق لله تعالى باعتبارها ضرورة حفظ النفس وحق للحاضنة لأن الأم أحق بإرضاع ولدها وهي الأكثر شفقة و عطفا عليه، وهي حق أيضا للمحضون لأنه يهلك بتركها و يضيع، و لكن حق الولد أقوى لذلك هي تسند بإشراف قضائي[29].

وفي هذا ذهبت المحكمة العليا للتأكيد على أن هذا الحق ليس دائما للحاضنة و إنما يمكن أن يسقط أو يتنازل عنه، لأن الأصل في الحقوق جواز الإسقاط [30]، في المقابل أيضا

---

[25] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 544.

[26] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 458.

[27] حكم رقم 370/10، المؤرخ في 1936/12/21 محكمة أجا. عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص 459.

[28] رشدي شحاته أبو زيد، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2012، ص 101.

[29] عثمان التركروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، د ط ، دار الثقافة، عمان – الأردن ، 2009 ، ص 265.

[30] محمد مصطفى شلبي ،أحكام الاسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ط 2، دار النهضة العربية ، بيروت، 1977، ص 735.

ذهبت المحكمة العليا إلى إمكانية إجبار الحاضنة على حضانة الصغير، فإجبارُ صاحب الحق على ممارسة حقه هو محلّ خلاف.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 1990:{ من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ....}، وفي قرار آخر ذهبت المحكمة العليا إلى إمكانية التنازل عن هذا الحق في القرار الصادر سنة 2004 و الذي جاء فيه:{ تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون.}[31]، وفي قرار آخر { من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن أخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا.}[32]، و مفاد القرارات السابقة أنه يمكن للحاضنة أن تفقد حقها في الحضانة أو تتنازل عنه بشروط وإلا سوف تجبر عليها ومن هذه الشروط أن توجد حاضنة أخرى ينتقل لها حق الحضانة[33]، فكيف تجبر على القيام بشيء يعتبر حق لها.

لهذا ذهب البعض الى اعتبار الحضانة واجب على الحاضنة خاصة إذا لم يوجد من يحضن الصغير غيرها و تجبر عليها حفاظا على مصلحة الصغير[34].

وفي سياق آخر قيل بأن الحضانة حق و واجب في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون و حق للحاضن، و من جهة أخرى واجب على الحاضن و يفرض عليه التزامات، لأنه إذا وقع الطلاق بين الزوجين فسوف ينتج عنه تلقائيا حق للزوجة الأم في حضانة ولدها الصغير، كما ينتج حق للصغير على أمه في حضانته على أن ينشأ في كنفها و يتلقى منها الرعاية اللازمة و ينشأ عن ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانة ولدها مع الالتزام بهذا

---

[31] قرار رقم 282153 ، المؤرخ في 2002/02/13، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا ، ع. 01، سنة 2004، ص 282.

[32] قرار رقم 51894، المؤرخ في 1988/12/19، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع خاص، سنة 2001، ص 70.

[33] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا ، ج 1، الديوان الوطني للأشغال الوطنية والتمهين، الجزائر ،2021 ، ص465.

[34] هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية –دراسة تحليلية مقارنة–، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 60.

الواجب بما يحقق مصلحة المحضون[35]، وهذا الرأي هو الراجح و الأصح، وهو ما أكدته المحكمة العليا سنة 1968:{ الحضانة حق و واجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الطفل و الحفاظ عليهم و أن الأم التي تتخلى عن حضانة أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم.}[36] و يجدر القول أن التكيف القضائي للحضانة الذي اعتمده القضاء الجزائري في كل قرارته السابق و الآتي ذكرها هو أن الحضانة حق و واجب في نفس الوقت فهي حق للمحضون وحق للحاضنة و تكون واجب عليها لا مجرد حق إن لم يكن للمحضون إلا حاضنة واحدة[37].

المطلب الثاني

أصحاب الحق في الحضانة

إن القانون بموجب المادة 64 ق أ ج وسيرًا مع طبيعة الأشياء فإنه نص على أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم بما يتناسب مع تلك الطبيعة الفطرية المجبولة على الشفقة والرحمة، ولكن ذلك لا يتم إلا من خلال الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى هذه الحقوق وضمان القيام بهذه الواجبات التي نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه فإن القضاء في النهاية هو المخول بإسناد الحضانة لأصحاب الحق فيها بطريقة تلقائية في حالة عدم وجود تنازع(**الفرع الأول**) أو بإسنادها لمن يستحقها ويكون أولى بها في حالة وجود تنازع(**الفرع الثاني**).

---

[35] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 292.

[36] قرار رقم (غير موجود)، المؤرخ في 12/25/ 1968، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة 1969، ع. 04 ، ص 23 ، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية – قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج 1، ط 1، منشورات كليك ، المحمدية ، الجزائر، 2013، ص 53.

[37] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 734.

الفرع الأول

الإسناد التلقائي لصاحب الحق في الحضانة

إسناد الحضانة هو إجراء قضائي يتم وفق إجراءات معينة(أولا) ولكن سلطة إسنادها تعود في النهاية لتقدير القضاة (ثانيا).

أولا :إجراءات إسناد الحضانة

تنقسم الإجراءات الى إجراءات رفع و سير الدعوى.

أ.إجراءات رفع الدعوى

تباشر إجراءات الدعوى بعريضة افتتاحية وهي الوسيلة القانونية التي يعتمدها المدعي لإخبار المدعى عليه وإحاطته علما بما يدعيه المدعي وبما يقدمه من طلبات [38]، وبدون تبليغها إلى الخصم لا يمكن أن تنشأ الدعوى، وعلى أن يكون رفعها أمام قسم شؤون الأسرة [39]، من قبل المدعي أو محاميه والتي تتضمن ما أقرته أحكام المادة 14 ق.إ.م.إ[40]، بنصها أنه " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محامية، وبعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف "[41] ،فتودع بأمانة الضبط لتسجل في سجل خاص هناك بتاريخ ورودها [42] وليمنحها رقماً تسلسليا وتحدد أول جلسة[43] ، وهذا ما أقرته المادة 16 ق إ م إ[44].

---

[38] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2014، ص15.

[39] عبد العزيز سعد، الزواج و طلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 327.

[40] نظيرة بومالة، أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية و القضائية، 30 ماي 2023، ص33 و ص 71.

[41] الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[42] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة، المرجع السابق، ص 16.

[43] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 71 .

أما بالنسبة إلى مضمون أو محتوى العريضة وإقامتها أمام قسم شؤون الأسرة [45] وهي معروضة بالتفصيل في المادة 15 من القانون نفسه [46]، ويتعين على قاضي شؤون الأسرة التأكد من شروط قبول الدعوى المتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية [47]، وهو ما أقرته المادة 13 ق إ م إ[48] ، ويتأكد كذلك من توافر الاختصاص الإقليمي بحسب المواد 37 ،38، 39 ،40، والاختصاص النوعي بحسب المواد 32 ،33 ،34 ،35، من القانون نفسه[49]، فإذا تبين هناك نقص أو جل البيانات المنصوص عليها فإنه يحكم بعدم قبول العريضة شكلا سواء كان من تلقاء نفسه أو بطلب من المدعى عليه ، دون المساس بأصل الحق [50].

ب. إجراءات سير دعوى إسناد الحضانة

يقضي الأمر باللجوء إلى إسناد الحضانة في الحالات الآتية وهي الطلاق وما في حكمه من خلع أو تطليق أو الوفاة.

يمكن لطالب الحضانة أن يقدم طلبه إما بصفة تبعية مرفقة بدعوى طلاق أو التطليق أو الخلع على اعتباره من آثارها ، أو بصفة أصلية بموجب عريضة افتتاحية بدون دعوى مستقلة وفي كلتا الحالتين على القاضي التأكد من توافر الشروط والأحكام الواردة في المواد 62 و64 ق أ ج للفصل في هذه الجزئية[51].

وتطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية فالأم دوما أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات المسقطة للحضانة عنها، إلا أن المشرع جعل قاعدة مصلحة المحضون هي أسمى وفوق كل ذي اعتبار طبقا لما نص عليه ق أ ج في المادتين

---

[44] الأمر 09/08 سالف الذكر.

[45] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة، المرجع السابق، ص 16.

[46] المرجع نفسه، ص 16.

[47] المرجع نفسه، ص 17.

[48] الأمر 09/08، سالف الذكر.

[49] المرجع نفسه.

[50] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 18.

[51] المرجع نفسه، ص 19.

64 و65 منه [52]، ولذلك منح للقاضي مجموعة من السلطات التي تمكنه من تحقيق تلك المصلحة عامة، خاصة بعد إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث وسع المشرع في ذلك من خلال المادة 425 ق إ م إ التي تتضمن ما يلي " يمارس رئيس شؤون الأسرة بالإضافة للصلاحيات المخولة له قانونيا أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى مصلحة مختصة في هذا الموضوع بغرض الاستشارة ..."[53] والذي وسع من خلالها المشرع الجزائري من سلطات القاضي كل ذلك مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى كما نصت المادة 78 من القانون نفسه على أن القاضي يمكنه الأمر بعدة جلسات تحقيقية متتالية[54] .

في حين نصت المادة 454 بأنه "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة : سماع الأب أو الأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه، وسماع القاصر مالم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك ، الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفسي أو عقلي "[55]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات صادرة عنها ومن بينها القرار الذي طبقته أنه تطبيقا للمادة 65 ق أ [56]، فإن القاضي ملزم بمراعاة مصلحة المحضون عند الفصل في مسائل الحضانة ، وأن مجلس البحث في مصلحة المحضون يرى ضرورة إجراء تحقيق مع جميع الأطراف [57]، وفي قرار آخر لها أسندت فيه الحضانة إلى الأب دون الأم بعد أن قامت بإجراء تحقيق أمام نفس الغرفة وذلك بسماع كل من الأب والأم والأبناء الذين أكدو رغبتهم في العيش مع والدهم.

ثانيا: سلطة القاضي في إسناد الحضانة

إن سلطة القاضي في إسناد الحضانة تكون بصورة تلقائية في أغلب الأحيان كما في حالة الاستعجال، وحالات أخرى خاصة.

---

[52] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، ص 20.

[53] الأمر 09/08 سالف الذكر.

[54] المرجع نفسه.

[55] المرجع نفسه.

[56] الأمر 11/84، سالف الذكر.

[57] حكم رقم 37/03، المؤرخ في 2009/10/26، مجلس قضاء المسيلة.

أ-إسناد الحضانة في حالة الاستعجال

لاستجابة القاضي الاستعجالي المختص في دعوى إسناد الحضانة لابد من توافر مجموعة من العناصر وهي كالتالي:

-**عنصر الاستعجال** وهو العنصر الجوهري الذي تتميز به الدعوى الاستعجالية والتي تخول للقاضي الاستعجال الاختصاص، ونظرا لأهمية هذا العنصر لم يحدده المشرع وإنما منح الحرية في ذلك لقاضي الاستعجال نظرا لأنه متغير من قضية لأخرى ومن زمن لآخر[58].

- **عنصر عدم المساس بأصل الحق** والغرض من هذه الدعوى هو اتخاذ تدابير تحفظية مفادها حماية القصر ومصالحهم وذلك إلى غاية الفصل في النزاع، فالمساس بأصل الحق مسألة متأثرة إلى جانب عنصر الاستعجال، إذ على القاضي احترام هذا الحق وعدم المساس به من جميع النواحي [59].

- **إثبات صفة الحاضن والمحضون** تنص في مادة 13 من ق إ م إ أنه " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "[60]، فعلى رافع دعوى الاستعجال إثبات صفة الحاضن حسب ما حددته المادة 64 ق أ ج صراحة[61].

-**وجود دعوى في الموضوع** من أهم الأسباب التي من شأنها أورد المشرع الجزائري الدعوى الاستعجالية، والذي أدى إلى وضع هذه التدابير إلى حين الفصل في الدعوى[62]، وقد نصت المادة 57 مكرر ق إ م إ على أنه " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال

---

[58] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، ج1، كلية النشر، 2008، ص310.

[59] إكرام بالبشير، القضاء الاستعجالي في المواد المتعلقة بالحضانة المؤقتة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، أحمد بن أحمد، ص 137.

[60] الأمر 09/08 سالف الذكر.

[61] إكرام بالبشير، المرجع السابق، ص 138.

[62] المرجع نفسه، ص 139 و 140.

بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" [63].

والأصل أن إجراءات رفع دعوى الاستعجال المتعلقة بالحضانة هي من الإجراءات المؤقتة وهي من الدعاوى المسندة لقاضي الموضوع فيما تعلق بالطلاق وتوابعه غير أن هذه الدعوى قد تطول فتؤدي لضياع حقوق الطفل المحضون [64]، وبناء على هذه المصلحة أجاز المشرع الجزائري إصدار أوامر استعجالية بإسناد الحضانة المؤقتة للأم، فلابد أن ترفع دعوى الحضانة من قبل الأم باعتبارها أولى من غيرها وذلك في مدة لا تزيد عن سنة وتنتقل بذلك الحضانة لما يستحقها في الترتيب القانوني [65] حسب نص المادة 68 ق أ[66].

وعلى هذا الأساس كل شخص توافرت فيه الشروط القانونية من صفة ومصلحة في ذلك له أن يرفع الطلب على الوجه الاستعجالي أمام الجهة المختصة[67] غير أن الأحكام التي يصدرها قاضي الاستعجال في دعاوى الحضانة المؤقتة ليست رسمية، إذ أنه في حال ما يثار نزاع جديد يجب أن يكون إجراء الحضانة مؤقتا محل تعديل ما لم يتم الفصل في الموضوع المثار [68].

ويتعين في هذه الحالة أن يسند القاضي الحضانة لمن قام برفع الدعوى وهو عادة من يكون الطفل تحت سلطته سواء في ذلك الأم أو الأب أو الجدة. لأن إسناد الحضانة في هذه الحالة ذو طبيعة مؤقتة ولا يمس بأصل الحق فيتم بطريقة تلقائية إلى أن تنشأ منازعة فيتغير الأمر حينئذ.

ومن التطبيقات القضائية في مسألة الحضانة المؤقتة الأمر الصادر عن رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة الطاهير مجلس قضاء جيجل بتاريخ 13- 07- 2021، والقاضي

التدلبير الاستعجالية: هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة، والتي تتعلق بقضايا لا تحتمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل والإهمال.

[64] عبد العزيز سعد، الزواج و طلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 326.

[65] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص20.

[66] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[67] إكرام بالبشير، المرجع السابق، ص 134.

[68] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 327.

بتسليم وإسناد حضانة الأبناء مؤقتا إلى الطالبة، أي الزوجة على نفقة والدهم تسري من تاريخ صدور الأمر إلى غاية الفصل النهائي في الدعوى[69].

ب.إسناد الحضانة في غير الاستعجال

يقوم القاضي بإسناد الحضانة بصورة تلقائية في بعض الأحيان كما في حالة الاتفاق، وكذا في حالة الطلاق بالتراضي.

1-في حالة الاتفاق

لقد أقرت قوانين الدول العربية بما فيها الجزائري والمغربي والتونسي أن للحاضنة حق التنازل عن الحضانة، وقيدوا هذا التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون واحتمال وقوعه يكون في حالات محددة[70].

-اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين

في هذه الحالة تسند الحضانة بواسطة الاتفاق القائم بين الحاضن وأحد مستحقي الحضانة، ولا يهم إذ كانت الحاضنة هنا الأم أو غيرها من الحواضن، شريطة أن يكون هذا الاتفاق غير متعارض مع مصلحة المحضون و إلا قضي ببطلانه[71].

وأقرت محكمة التعقيب التونسية بقولها أن:{ إسناد الحضانة تراعى فيه مصلحة المحضون ولو سبق اتفاق الأبوين على إسنادها لأحدها}[72].

وقد سارت المحكمة العليا الجزائرية كذلك على خطى القانون التونسي في قرارها الذي جاء فيه بأنه " متى حصل الاتفاق بين الطرفين ، فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه ..." وأيد هذا الرأي مجلس قضاة تيزي وزو بالموافقة

---

[69] بوخميس حداد، مالك بوقرقور، القضاء الاستعجالي في المادة الأسرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2021- 2022، ص 27.

[70] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 478.

[71] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[72] محكمة التعقيب التونسية 1978/08/09، قرار مدني، عدد 2651، نشرة محكمة التعقيب، 1978، ج2، ص 54.

على العريضة المشتركة بين الطرفين والمتضمنة عدة شروط منها إسناد حضانة البنت لأمها"[73].

-التنازل عن الحضانة كمقابل بدل الخلع

والواقع ما يحدث في العائلات الأسرية هو أن الزوج هو من يوافق على أن يطلق زوجته ومن ثم يقوم بحرمانها من حضانة الأولاد، فالمعمول به هو ما توجهت إليه سائر القوانين العربية فقد جاء في المادة 103 من القانون السوري بأنه " إذا اشترك الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه "[74].

لكن المشرع الجزائري لم يسكت كليا عن هذه المسألة لأنه تطرق إلى حكمها تحديدًا في المادة 54 ق أ ج والتي تنص " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي "[75]، ويستنتج من خلال مضمون المادة أنه لا يقبل أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، إذ أن الحضانة تقوم على روابط أسرية وشخصية لا على مقومات مالية [76].

2-الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

في الأحكام العامة عند إبرام أي عقد يتطلب من أطراف تنفيذ الالتزامات ويتضح ذلك في المادة 107 ق م[77]، إلا أن الأمر عندما يتعلق بحالة الأشخاص ليس بسهولة الأمر لأن هذا الاتفاق ينصب في قالب رسمي وإلا حكم ببطلانه[78]، ففي حالة اتفاق الزوجين على فك الرابطة الزوجية يوضع العقد المنتقد بين الزوجين في أرضية الطلاق بالتراضي وهو الموضح

---

[73] قرار رقم 138949، المؤرخ في 1996/07/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 2، ص 77.

[74] القرار المؤرخ في 1954/05/16:{ إن حق الحضانة من الحقوق المستمرة، فإن تنازلت عنها في زمن لا يؤثر على حقها في المستقبل}.

[75] الأمر رقم 11/84 سالف الذكر.

[76] زكية حميدو، المرجع السابق، ص486.

[77] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[78] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 487.

في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين[79]، المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة، على عكس القانون التونسي الذي يعترف بالطلاق بالتراضي، وقد طرح هذه المسألة أنه "على قاضي شؤون الأسرة أن يتخذ ولو بدون طلب جميع القرارات الفورية الخاصة بسكنى الزوجين والنفقة.. وبالحضانة وزيارة المحضون ويمكن للطرفين أن يتفقا صراحة على تركها كلا او بعضا ما لم تتعارض ومصلحة الأبناء القصر.}[80] وهذا ما أيدته محكمة استئناف تونس حيث قررت أنه:{ أسندت الحضانة للأم بموجب الاتفاق فلا يعد عند الغير سبب أكيد ثابت }[81].

وجاء في قرار المحكمة العليا أنه:{ من مراجعة القرار المطعون فيه ودراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضي الحكم الصادر بينهما كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها الذي أسندت حضانته إلى أبيه وتسند حضانة البنت إلى أمها على نفقة الأب.}، حيث أن هذا العقد يعد بمثابة اتفاق بين الزوجين ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه لكن القضاة رفضوا تغليب الاتفاق على مصلحة المحضون وهو ما عرض قرارهم للنقض[82].

الفرع الثاني

إسناد الحضانة في حالة التنازع

المقصود بإسناد الحضانة في حالة النزاع هو قيام القضاء بتحديد من يسند إليه حق الحضانة في حالة وجود خلاف أو نزاع بين الأطراف المعنية حول من هو الأجدر بها، و يظهر هذا النوع من الإسناد في حالتين هما: عند انتهاء مدة الحضانة و وجود خلاف بشأن تمديدها أو إسنادها لطرف آخر كما في إسناد الحضانة في حالة المطالبة بالتمديد **(أولا)**، وكذلك عند المطالبة بإسقاط الحضانة عن الحاضن الحالي لوجود إخلال أو مخالفة إحدى

---

[79] الأمر رقم 58/75 سالف الذكر.

[80] فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص168.

[81] قرار رقم 58226، المؤرخ في 1965/11/30، مجلة القضاء والتشريع، عدد1، 1966، ص 73. أنظر كتاب فاطمة لزهراء، التعليق، المرجع السابق، ص 168.

[82] قرار رقم 37789، المؤرخ في 1984/12/30، المجلس الأعلى، غير منشور.

الشروط حيث يستوجب على القاضي حينها إعادة إسناد الحضانة إلى مستحقها أي إسناد الحضانة بعد اسقاطها **(ثانيا)**.

أولا: إسناد الحضانة في حالة المطالبة بالتمديد

لم يقف القانون عند تحديد مدة معينة للحضانة، وأتاح للقاضي إمكانية تمديدها متى اقتضت مصلحة الطفل المحضون ذلك ومنحه سلطات في تمديد الحضانة.

أ-المطالبة بتمديد الحضانة

تتم المطالبة بتمديد الحضانة وفق إجراءات معينة، وخلال المدة القانونية.

1-إجراءات دعوى تمديد الحضانة

إذا رغب الحاضن في التمسك بحضانة الطفل الصغير عليه المطالبة بها قضاء و ذلك باتباع الإجراءات و الشروط التالية:

- أن يرفع طلبه إلى المحكمة المختصة لاستصدار حكما بتمديد الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات[83]، و حسب ما جاء في المادة 426[84] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و التي تنص في فقرتها الرابعة " تكون المحكمة مختصة إقليميا :... في موضوع الحضانة و حق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة..." وعليه فإن المحكمة المختصة في النظر في دعوى تمديد الحضانة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، و أيضا حسب المادة 423 من ق إ م إ " يكون قسم شؤون الأسرة هو المختص في النظر في دعاوى النفقة و الحضانة و الزيارة "[85].

[83] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، ج 1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب 3، الجزائر، 1986، ص 377.

[84] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج .ر 21 مؤرخة في 23-04- 2008.

[85] الأمر رقم 08-09 سالف الذكر.

– أن يكون تقديم الطلب في الآجال المحددة قانونا فقد جاء في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه " إذا لم يطاب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بذون عذر سقط حقه فيها " [86].

– أن تكون الحاضنة أما بمعنى أن شرط الصفة في دعوى تمديد الحضانة مقتصر على الأم وحدها و هذا ما أكده القرار الصادر في12/10/ 1990 السابق ذكره وألا تكون تزوجت ثانية بغير محرم.

2–المدة القانونية للمطالبة بتمديد الحضانة

حدد القانون الجزائري في نص المادة 65 [87]من ق أ ج مدة الحضانة القصوى بالنسبة للأنثى ببلوغ سن الزواج ، و حددها للذكر كقاعدة عامة ببلوغ عشر سنوات، بينما يجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا يتجاوز في كل الأحوال سن 16 سنة[88].

ومن خلال التطبيق القضائي نجد المحكمة العليا تلزم القضاة بتوضيح عمر الأولاد وإلا عد ذلك مخالفة للقانون[89]، و ذلك لتحديد مدة الحضانة و انتهائها و إمكانية تمديدها، حيث قضت المحكمة العليا سنة 1990: { ... في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون.}[90]، لأن المشرع الجزائري قد منح حق التنازع على حضانة الطفل في حيز هذا السن المحدد قانونا[91]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2022 { المبدأ: يرفض طلب الحاضنة في المطالبة بالحضانة عند بلوغ المحضون السن القانوني، على أساس انقضاء مدة الحضانة و

[86] الأمر 84–11 سالف الذكر.

[87] المرجع نفسه.

[88] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 377.

[89] جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي ، ط2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2017 ، ص 153 .

[90] قرار رقم 59156، المؤرخ في 1990/03/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 2، سنة 1991، ص 76.

[91] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 52.

ليس على أساس مصلحة المحضون }، و بما أن الحضانة تنتهي بقوة القانون عند بلوغ السن المحدد لها، إذن فليس للحواضن الحق في التمسك و المطالبة بها لعدم وجود أي فائدة للولد[92].

أما حضانة الأنثى فهي غير قابلة للتمديد و تنقضي تلقائيا ببلوغ سن الزواج حسب نص المادة 65 ق أ ج[93] و هو 19 سنة بموجب المادة 7 من نفس القانون وهذا ما قضت به المحكمة العليا { تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها }[94].

ب- سلطات القاضي في تمديد الحضانة

رأى المشرع الجزائري إمكانية تمديد فترة الحضانة حتى سن التمييز أي 16 سنة، وذلك بناءً على طلب الحاضنة، وقد خصص هذا الحكم للذكور دون الإناث، حيث لم يتطرق إلى إمكانية تمديد حضانة الفتاة بعد سن 19 سنة، مستندا إلى طول المدة فهذه المدة تعتبر طويلة مقارنة بالفتى، ومع ذلك فإن الفتى لا يمكنه الاستغناء عن حضانة النساء حتى فيما بعد سن العاشرة، حيث لا يزال يحتاج إلى الرعاية النسائية من حيث العطف و التربية، حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض الأمور بمفرده ، ورغم أن احتياجاته ليست بنفس الدرجة التي كان يحتاجها في سن أصغر إلا أن مصلحة المحضون يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من قبل القاضي بناءً على هذا الأساس[95].

حيث أن الأفضل و لمصلحة المحضون كان الأوفق للقانون الجزائري أن يحدد حضانة الذكر بسن ال 16 بدلا من ال 10 و بعد سن السادسة عشر يمنح له حق الاختيار بين أبيه وأمه، مراعاة لمصلحته خاصة منها الدراسية والاجتماعية، أما البنت فكان الأفضل

---

[92] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 52.

[93] الأمر 84-11 سالف الذكر.

[94] قرار رقم 347914، المؤرخ في 1990/12/10، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2006 ص 449.

[95] زكية حميدو ، المرجع السابق، ص 62.

الإبقاء على حضانتها لدى والدتها لغاية الزواج و الدخول بها بدلا من انتهائها بسن الزواج لحاجة البنت للمرأة أكثر من حاجتها للرجل[96].

و بناء على ما سبق فإن للقاضي الجزائري سلطة تقديرية في تمديد الحضانة وهي سلطة غير مطلقة بل مقيدة بالشروط التالية:

-بلوغ الذكر سن العاشرة سواء كان هناك حكم بالحضانة سبق صدوره وتقدم الأب بدعوى انقضاء الحضانة ، وقدمت الأم الحاضنة طلبا مقابلا بتمديد الحضانة إلى سن السادسة عشر أو أن طلب الحضانة باعتباره أثرا من آثار الطلاق مقدما والطفل المحضون في سن العاشرة أو تجاوزها[97].

-أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة و للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من السن المحدد في المادة 65 من قانون الأسرة إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[98].

- أن تكون الحاضنة هي الأم دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة و الخالة والعمة[99]، و هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2015 حيث ينص في مبدأه { يكون تمديد الحضانة، طبقا للقانون للأم الحاضنة دون غيرها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة. }[100].

- أن لا تكون الأم الحاضنة المطالبة بالتمديد قد تزوجت ثانية و هذا حسب ما جاء في المادة المذكورة أعلاه.

---

[96] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 463.

[97] المرجع نفسه، ص 464.

[98] زكية حميدو، المرجع السابق، ص63.

[99] رتيبة عياش، الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة مسائل الزواج و الطلاق إلى غاية سنة 2021، بيت الأفكار، الدار البيضاء الجزائر، سنة 2023 ص214.

[100] قرار رقم 0842551، المؤرخ في 2015/01/15، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2015، ص 231.

– يتعين على القاضي حين الحكم بإنهاء الحضانة و رفض طلب التمديد أن يقدم أسباب كافية و سائغة تبرر أن إنهاء الحضانة يصب في مصلحة المحضون و ذلك بعد انقضاء المدة المحددة قانونا[101].

– أن يكون طلب التمديد المقدم للقاضي لأجل استصدار حكم بتمديد الحضانة خلال سنة من مدة انقضاء الحضانة و إلا سقط حقها فيها[102].

ثانيا: إسناد الحضانة بعد إسقاطها

حق الحضانة لا يسند للحاضن بشكل دائم ، بل هو التزام أوجبه القانون مدة محددة، فإذا اختلت شروط الحضانة و ظهرت مخاطر تهدد مصلحة المحضون خلال هذه المدة حينها يحق للمعني أو من له الصفة أن يرفع دعوى اسقاط الحضانة ، لأن إسقاط الحضانة ليس أمرا تلقائيا بل يتطلب حكما قضائيا بذلك، و القاضي عندما يسقط الحضانة عن أحد الحاضنين يجب عليه إعادة إسنادها لمستحقيها. حيث تكون في هذه الحالة دعوى اسقاط الحضانة دعوى أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي تكون في الغالب دعوى تبعية للطلاق.

أ–دعوى إسقاط الحضانة

دعوى إسقاط الحضانة تتضمن الإجراءات الواجب اتباعها أولا ثم تطبيقاتها القضائية.

1–إجراءات دعوى إسقاط الحضانة

إن حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإسقاط الحضانة عمن كانت له بموجب حكم قضائي هو حق مكفول لكل ذي صفة.

و يجب فقط أن تكون الدعوى مستندة على اختلال أحد أو بعض شروط الحضانة و أن يتوفر لديه إثبات لأحد أو بعض أسباب سقوط الحضانة المذكورة في المواد 66 و ما يليها من ق أ ج، و بالتالي يصبح من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية و

[101] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 464.

[102] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 377.

القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة مادة 426 من ق إ م إ [103]و يطلب منها إصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من كانت قد أسندت له ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على غيره من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير[104].

1-التطبيق القضائي لدعوى إسقاط الحضانة

نص قانون الأسرة الجزائري على حالات وأسباب سقوط الحضانة و ذلك في المواد من 66 إلى 70 و التي سوف نعرضها على النحو التالي:

-زواج الأم الحاضنة بغير محرم

نصت المادة 66 من ق أ ج :' يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون'، في الحالة الأولى يسقط حق الحاضنة تلقائيا دون الالتفات إلى مصلحة المحضون لأن مصلحة الولد ببقائه مع والده بدلا من زوج أمه[105]، و هذا ما قضت به المحكمة العليا:{ المبدأ : تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، وأن مصلحة المحضون الواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة فقط...}، أي أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي و أسند إليها حق حضانة أولادها منه يسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أن تتزوج بشخص ليس من أقرباء المحضون وأن المحكمة سوف تسقط عنها الحضانة حتما وتسندها إلى من يستحقها و ذلك يكون بناء على دعوى يقيمها الأب أو ممن

[103] الأمر رقم 08-09 سالف الذكر.

[104] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 370.

[105] عبد الرزاق يعقوبي، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومه الجزائر، 2018 ، ص 128.

أسند لهم القانون حق حضانة الأولاد[106] و الذي ورد ذكرهم و ترتيبهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري[107].

وفي الفقرة الثانية من القرار السابق نص على الحالة التي يتدخل فيها القاضي لتقدير مصلحة المحضون وهي عندما يتنازل من أسندت له الحضانة عنها فإن حقه في هذه الحالة يسقط بحكم القانون و تُصدر المحكمة في شأن إسقاط الحضانة حكما مقررا للسقوط وليس منشئا له وهو ما عملت به المحكمة العليا في قرارها حينما أجازت تنازل الأم الحاضنة عن الحضانة إذا لم يؤثر على مصلحة المحضون[108] . غير أنه وإن كان القانون قد أقر إمكانية التنازل عن الحضانة إلا أنه قيدها بشرط أن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون لأنه إن كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحضانة الحاضن مادامت الشروط القانونية و الشرعية متوفرة به و مازالت مصلحة المحضون قائمة[109].

-اختلال أحد شروط الحضانة

تنص المادة 67 من ق أ ج على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه" وعلى القاضي التأكد من توفر الشروط لاسيما شرط القدرة و أهلية القيام بالصغير، و على ما يبدو أن النص يشير إلى عجز الحاضن أو من أسندت له الحضانة عن تقديم الرعاية و التربية للمحضون بالإضافة إلى افتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه و حفظ صحته وخلقه[110]، وفي تطبيق هذه المادة قضت المحكمة العليا بـ {من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ

---

[106] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 300.

[107] المادة 64 من ق أ ج:' الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.'

[108] قرار رقم 282153، المؤرخ في 2002/02/13، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، سنة 2004، ع. 01، ص 282.

[109] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص300، 301.

[110] مروة بن شويخ، مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية-مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، ع. 03، سنة 2017، ص 167.

المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه لإسلامي.}[111] وفي قضية الحال أن الحاضنة كانت فاقدة للبصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها وأن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها قد حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية".

ونصت الفقرة الثانية من مادة 67 ق أ ج: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، وهي فقرة مضافة بالأمر05-02 وفقا لما جرى في التطبيق القضائي للمحكمة العليا[112] سنة 2002{ عمل الام الحاضنة لا يوجب اسقاط حقها في الحضانة ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية}.[113].

-سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها

نصت المادة 68 ق أ ج : " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها". وهو ما جرى عليه القضاء { 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.}[114] .

-الاستيطان في بلد أجنبي

جاء في المادة 69 ق أ ج: ' إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يتوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون 'وفي تطبيق هذه المادة قضت المحكمة العليا:{ من المقرر شرعا و

---

[111] قرار رقم 33921، المؤرخ في 1984/07/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، سنة 1989، ع. 04 سنة 1989، ص 77.

[112] عبد الرزاق يعقوبي، المرجع السابق، ص 131.

[113] قرار رقم 274207، المؤرخ في 2002/06/03، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، ع. 01، السنة 2004، ص 263.

[114] قرار رقم 58220، المؤرخ في 1990/02/05، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 03 ، السنة 1993، ص 53.

قانونا أن إسناد الحضانة تراعى فيه مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن أقارب الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.}[115].

-إقامة الحاضنة مع الأم التي سقطت عنها الحضانة لزواجها بغير محرم

نصت المادة 70 ق أ ج: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". عملا به قضت المحكمة العليا { من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة أم الأم أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ...}[116].

ب-عودة الحضانة إلى مستحقيها

نصت المادة 71 ق أ ج: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". يتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية الصحية والخلقية ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمة وأن سبب السقوط كان ناتجا على تصرف للحاضن بناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[117]. وهو ما أكده القضاء:{يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري، يعد سقوطا اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع.}[118]و في الغالب ما يكون إعادة إسناد

---

[115] قرار رقم 59013، المؤرخ في 1990/02/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ع. 04، السنة 1990، ص 117.

[116] قرار رقم 50011، المؤرخ في 1988/06/20، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 02 سنة 1991، ص 57.

[117] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث– الوصية– ج 1، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2005 ص 390.

[118] قرار رقم 1067582، المؤرخ في 05/ 2017/04، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، سنة2017.

الحضانة بعد سقوطها بدعوى استرداد الحضانة و تجدر الإشارة الى أن عودة الحضانة لمن كان أهلا لها و سقطت عنه لا يكون إلا بحكم قضائي[119].

المبحث الثاني

الحقوق المرتبطة بالحضانة

إنّ مسكن المحضون و نفقته من الحقوق الأساسيّة المرتبطة بالحضانة، والتّي تهدف إلى تأمين بيئة مستقرّة وآمنة للمحضون خلال فترة الحضانة، وقد نظّم المشرّع هذين الحقين بوصفهما التزاما يقع على عاتق الأب اتجاه المحضون ضمانا لمصلحته ، ويكتسب هذان الحقان أهميّة بالغة من حيث ارتباطهما المباشر بحاجات الطفل المعيشيّة ، و النّفسيّة.

والغاية من الحضانة تكمن في الاهتمام بالمحضون ورعايته والقيام على شؤونه، ولكي يتحقق ذلك لابد من توفير مسكن لممارسة الحضانة(المطلب الأول)، ونفقة الطفل المحضون تقع على عاتق الأب بالأساس، وإنما بعد الطلاق وإسناد الحضانة للأم يصبح من حقها المطالبة بها أمام القضاء، ولذلك كان لنفقة المحضون ارتباط بالحضانة (المطلب الثّاني).

المطلب لأول

مسكن ممارسة الحضانة

يعد المسكن من مشتملات النفقة، وقد تفوق أهميته الطعام والكسوة باعتباره المأوى الذي يأوي إليه الإنسان وفيه يقضى حاجياته الأساسية، ويرتبط هذا الحق بالحضانة لأنه المكان الذي تتم فيه ممارستها، ولما كانت الأم هي الحاضنة فلا يتأتى لها ممارسة الحضانة إلا بتوفير مسكن للمحضون ولذلك كان لها حق المطالبة به **(الفرع الأول)**.

[127] عيسى بن مصطفى، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية الاجتماعية، المجلد 3، ع. 3، سبتمبر، 2023، ص 418.

إن المسكن له ارتباط كلي بالحضانة، فهو مقرر للحاضنة في فترة الحضانة متى توافرت شروط المطالبة به، وللقاضي سلطة منح المسكن للحاضنة وله سلطة تقديرية واسعة في ذلك، كما يتبين من خلال الممارسة القضائيّة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المطالبة بمسكن الحضانة

المطالبة بالمسكن لممارسة الحضانة هو حق للأم الحاضنة دون غيرها من الحواضن، ويتعين لذلك تحديد المقصود بمسكن الحضانة (أولا) ثم بيان إجراءات المطالبة به (ثانيا).

أولا: المقصود بمسكن الحضانة

نعرف في البداية بالمسكن ثم نشير إلى طبيعة مسكن الحضانة.

أ-تعريف المسكن

السّكن في اللّغة هو من (سكن)، وهو من السكون ضد الحركة، وسكن الشّيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته و السّكن هو كل ما سكنت إليه و اطمأننت به من أهل و غيره و السّكن أيضا سكن الرّجل في الدار[120].

والسّكن في الاصطلاح هو المحل الأساسيّ لإقامة الشّخص، أو المكان الذّي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته، أو المكان الذّي يحق للشّخص قانونا أن يشغله[121].

أما المحضون: فهو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة و سواء كان هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله[122].

---

[120] ابن منظور، لسان العرب، ج 3، ط 01، دار صادر بيروت، 1997، ص 311.

[121] علي أحمدن الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، ط1، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2006، ص 172.

[122] انظر: زكية حميدو، المرجع السابق، ص 50.

وفي ظل عدم تطرّق التّشريع و القضاء الجزائريين لتعريف مسكن المحضون لم يكن في وسعنا إلاّ البحث في القضاء المقارن لنجد أنّ محكمة النّقض المصريّة قد عرّفته بأنه بحسب الأصل: هو ذلك المسكن المناسب الذّي يعدّه المطلّق لإقامة مطلقته فيه فترة حضانتها لأولاده منها، فإذا لم يقم المطلق بإعداد المسكن المناسب فإنّ مسكن الزوجيّة الذّي استأجره للإقامة فيه مع زوجته قبل حصول الطلاق بينهما هو مسكن الحضانة و يحق لمطلقته الحاضنة أن تستقلّ بالإقامة فيه معه مع صغيرها من مطلقها فترة الحضانة مادام أنّ الزوجين كانا يقيمان فيه قبل حصول الطلاق بينهما[123] .

فمن خلال التّعريفات السّابقة و تعريف الحضانة[124] يمكننا الوصول إلى أنّ مسكن المحضون هو ذلك المسكن المخصّص للقيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وحفظ الولد صحّة وخلقا[125]، وقد عرّف البعض المسكن المخصّص لممارسة الحضانة بأنه أحد مشتملات حكم الطلاق الذّي يكون بين الزّوجين الذّين خلفا أولادا نتيجة علاقتهم الزوجيّة، فالمسكن مخصص للأولاد و تمارس فيه أمهم حق حضانتهم وهذا بطبيعة الحال تماشيا ومصلحتهم[126] ، وحماية لهم من التشتّت والحياة الدنيئة لأنهما قد يؤديان إلى ضياع ليس بعده دواء يعالجه[127].

وعرفه آخرون أيضا أنه السكن المخصص للحضانة كما تطلق عليه المحكمة العليا وهو مأوى المحضون وحاضِنته اللائق بهما بحسب حال المحضون له يسارا أو إعساراً وهو

---

[123] انظر أحمد إبراهيم عطيه، المرجع السابق، ص 212.

[124] انظر المادة 62 من الأمر 11/84 سالف الذكر، ' الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا...'.

[125] جمال مقراني، إشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 02، ع. 01 ، السنة 2017، ص 88.

[126] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط 01، ص 267.

[127] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 127.

المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة مثل ما نصت عليه المادة62 من قانون الأسرة الجزائري[128].

ب: طبيعة مسكن الحضانة

إن حق المحضون في السكن باعتباره حقا مقررا قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار إسناده إياه يعتبر حقا شخصيا وليس حقا عينيا باعتبار أن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إذا كان مالكا للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة وعلى الأخير رفع دعوى للمطالبة بمسكن آخر أو بدل الإيجار شرط أن لا يكون الهدف منه حرمان المحضون[129]، وهو ما قضى به القضاء وأكد على أن حق المحضون في السكن حق شخصي حسب ما جاء في القرار الآتي: { إن حق الإسكان لممارسة الحضانة هو حق شخصي و أن هذا الحق لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال حق من الحقوق التي تنتقل بالملكية، وعلى المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه}[130].

ونصّ المشرّع الجزائريّ في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة و ذلك بصيغة الإلزام في نص المادة 72 من ق أ ج :' في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار...'[131].

---

[128] عمر بوعلالة، مسكن المحضون في القانون الجزائري – اعتراف تشريعي و حماية لم تكتمل– ، مجلة القانون العقاري و البيئة ، المجلد 11، ع. 01 سنة 2023، ص 155.

[129] انظر: مناد سعودي، حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 09، ع. 02، سنة 2012، ص 1246.

[130] القرار رقم 43594، المؤرخ في 1986/09/22، نشرة القضاة، 1988، ع. 44، ص 175.

[131] الأمر 05-02 سالف الذكر.

غير أن المادة 72 المعدّلة من قانون الأسرة لم تسلم من النّقد و من أهم الانتقادات الموجّهة لها عندما نص المشرع على أن يكون المسكن مسكنا ملائما للحاضنة بدلا من قول أن يوفر مسكنا ملائما لممارسة الحضانة لأنّ هذا الحق مقرّر أصلا للمحضون[132].

ثانيا: إجراءات المطالبة بالمسكن

أ-توافر الصفة والمصلحة

من خلال المادة 72 المعدّلة بالأمر 05-02 نستخلص الشروط الواجب توفرها لإمكانية منح المسكن المخصص لممارسة الحضانة للمطالب به ، و التّي هي أن تكون الحاضنة المطلقة وهي أم المحضون وأن يصدر حكم قضائيّ يتضمّن إسناد الحضانة إليها بغض النّظر إن كان واحداً أو أكثر وكذلك يشترط أن يكون للأب مسكن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة أولاده أو ولده الوحيد وإن لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار[133].

ب-إجراءات المطالبة القضائية بالمسكن

و يتعيّن أيضا لتطبيق نصّ المادة 72 السّالفة الذّكر مراعاة الإجراءات التّالية:

1-في رفع الدعوى

يجب أن تتقدّم الحاضنة بطلب الحضانة أي طلب إسنادها لها و أيضا ترفق معه طلب توفير السّكن معه ففي هذه الحالة يعرض الأب توفير السّكن الملائم ردا على طلب الحاضنة و يمكن لهذه الأخيرة أن تتقدّم بطلب بدل الإيجار كطلب احتياطيّ، كما يمكنها معاينة السّكن المعروض ومتى تبيّن لها أنّه غير لائق أمكنها رفضه والانتقال إلى بدل الإيجار[134].

---

[132] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 139.

[133] حنان بن داود، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 04، ع. 02، 2019 ، ص 243.

[134] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 467.

2-في سير الدعوى

في حال تقديم الحاضنة دفع بعدم ملاءمة السّكن يجب على المحكمة التّأكد من مدى ملائمة السّكن بكافة الطرق وإذا ثبت لها أنّه غير ملائم و تقدّمت الحاضنة بطلب بدل الإيجار فيمكن للمحكمة في هذه الحالة الحكم لها ببدل الإيجار بدل المسكن غير الملائم كذلك يمكن للمحكمة الحكم ببدل الإيجار في حالة تعذر على الأب توفير السّكن أثناء سريان دعوى الطلاق أو الحضانة أو بعد صدور الحكم بتوفير السّكن سواء لامتناعه أو لأيّ سبب و يجب أن يثبت ذلك بمحضر محرر من طرف المحضر القضائيّ، وفي كل الحالات لا يمكن الاتجاه مباشرة إلى بدل الإيجار قبل استنفاذ كلّ الإجراءات الخاصة بتوفير مسكن و الانتهاء إلى أنه تعذّر توفيره أو كان غير ملائم[135].

3-في حالة الاستعجال

كما أن الأحكام الصادرة في السكن أو بدل الإيجار هي ذات حجية مؤقتة[136] ، والتي يمكن المطالبة بها في أي وقت خلال مرحلة سير الدعوى القضائية فحسب المادة 57 من ق أ ج يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و المتعلق منها بالنفقة و الزيارة و المسكن[137]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2009 والذي جاء فيه: { حيث أن السكن و أجرته، يعدان طبقا لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة ، من مشتملات النفقة، ومن ثم فإن المطالبة بإحداهما مع المطالبة بمراجعة النفقة الغذائية للبنت المحضونة بموجب دعوى واحدة لا يشكل أية مخالفة للقانون، كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقا للأحكام المادة 75 من قانون الأسرة من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت وفي أية مرحلة من مراحل التقاضي، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بشأنها لا تكسب إلا الحجية المؤقتة ...}[138].

---

[135] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 467.

[136] رتيبة عياش، المرجع السابق، ص 239.

[137] الأمر 84- 11 سالف الذكر.

[138] قرار رقم 554808، مؤرخ في 2010/04/15، غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، سنة 2010، ص 241.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في منح المسكن

للقاضي دور في منح مسكن لممارسة الحضانة وهو يخضع لسلطته التقديرية ويتعين عليه في حالة عدم توفير الأب للمسكن أن يحكم للأم ببدل الإيجار. وتكون سلطة القاضي مقيدة في منح المسكن في حال توافره (أولا)، وإلا تعين عليه الحكم ببدل الإيجار(ثانيا).

أولا: سلطة القاضي المقيدة في منح مسكن الحضانة

للقاضي سلطة تقديرية في الفصل في مسألة مسكن ممارسة الحضانة، وهي على الأغلب سلطة مقيدة بمصلحة المحضون، وبمواصفات المسكن الملائم لممارسة الحضانة.

أ-مراعاة مصلحة المحضون عند تخصيص المسكن: وتطبيقا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون المنصوص عليها في مواد الحضانة في الإسناد والإسقاط فإن القضاة أخذوا بعين الاعتبار هذه القاعدة حتى عند تخصيص مسكن الحضانة وهو ما يتجلى في القرار التالي:{ يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة تحقيقه لمصلحة المحضون.}[139].

ب-مراعاة القاضي للمدة القانونية للحضانة خلال الحكم بإسناد المسكن: حيث أن توفير حق السكن مرتبط بممارسة حق الحضانة[140]، وهو ما عمل به القضاء و ذلك ما نراه من خلال النص الآتي الذي جاء فيه { المبدأ: لا يحق للبنت بعد انتهاء الحضانة المطالبة ببدل الإيجار، ويحق لها مطالبة وليها بالنفقة}[141]، حيث أن قضاة المحكمة العليا نفوا حق البنتين في المطالبة ببدل الإيجار بعد انتهاء مدة حضانتهما القانونية و بالمقابل أقروا على

---

[139] قرار رقم 481857، مؤرخ في 2009/01/14، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02 ،سنة 2009، ص 275.

[140] نجيمي جمال ، المرجع السابق، ص 197.

[141] قرار رقم 506369، مؤرخ في 2009/07/08، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02، سنة 2009 ص 306.

حقهما في مطالبة والدهما عليهما وفق أحكام المادة 75 من ق أ ج[142] إذا توفرت فيهما الشروط، وفي قرار آخر أقر قضاة المحكمة العليا نفس المبدأ بنصهم { المبدأ: لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد}[143]، فمن خلال استقراء القرارات السابقة يتضح لنا أن حق المطالبة بالسكن مرتبط ممارسة حق الحضانة ويسقط حق المطالبة بالسكن بانتهاء الحضانة بالنسبة للمحضون وبطبيعة الحال يسقط أيضا بإسقاط الحضانة عن الحاضنة.

ج-توفير الأب للمسكن الملائم يقيد سلطة القاضي في قبول طلب بدل الايجار

وهو ما جاء في الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2010 { حيث أن الطاعن وعبر مراحل التقاضي أكد أنه مستعد لتوفير سكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة لكن قضاة الموضوع لم يتطرقوا لذلك و ذهبوا مباشرة الى بدل الإيجار، وحيث أنه كان على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة لأن الإلزام الأول الواقع عليه هو توفير مسكن و في حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام الى دفع بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس خيار، وعليه هذا الفرع مؤسس و ينجر عليه نقض القرار جزئيا فيما يخص بدل الإيجار. }[144].

د-حكم القاضي ببدل مقيد بثبوت عدم ملاءمة المسكن الموفر

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار مفاده أن المطعون ضدها استصدرت محضرا محررا من قبل المحضر القضائي يثبت أن المسكن الذي خصصه الطاعن غير صالح للسكن و لا يتوفر على ضروريات الحياة، وجاء في مبدأ القرار أن : { للحاضنة

---

[142] المادة 75 من الأمر 84-11 سالف الذكر: تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

[143] قرار رقم 535329، مؤرخ في2009/12/10، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01 ، سنة 2010، ص 235.

[144] قرار رقم 566381، مؤرخ في 09/16/ 2010 ،غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة المحكمة العليا، ع 02، ،سنة 2010، ص 268.

الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة }[145].

هـ-لا يحكم القاضي بالسكن الوظيفي للحاضنة

السكن الوظيفي الممنوح للزوج لا يجوز منحه للحاضنة كمسكن لممارسة الحضانة[146]وهو ما قضت به المحكمة العليا { إذا كان السكن مملوك للغير لا يجوز أيضا الحكم به للحاضنة لممارسة الحضانة }[147].

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في منح المسكن

أ-سلطة القاضي في تحديد مكان السكن المخصص للحضانة: أقرت المحكمة العليا بصريح العبارة أن: { تحديد مكان مسكن ممارسة الحضانة يكون بمكان تواجد بيت الزوجية أو بمكان تواجد أهل الحاضنة.}،[148] وأسسوا قرارهم أن المادة 72 [149] من ق أ ج لم تحدد المكان الذي يجب توفير المسكن فيه، وهو ما يعتبر اجتهاد من القضاة في تقدير مسكن المحضون و مراعاة مصلحة المحضون في نفس الوقت.

ب-**ضمان القاضي تحقيق مصلحة المحضون و مسكنه من خلال اشتراط إثبات قبول الولي إيواء الحاضنة:** وهو ما يظهر في القرار الآتي: {المبدأ: يثبت قبول الولي بإيواء الحاضنة بتصريحه بذلك أمام القضاء}[150] .

---

[145] قرار رقم 729230، مؤرخ في 2013/03/14، غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا ،ع 02، سنة 2013 ص 276.

[146] أنظر مبروكة غضبان، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2018، ص 417.

[147] قرار رقم 258532 مؤرخ في 2001/03/28، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، سنة 2002، ص316.

[148] قرار رقم 581700، مؤرخ في 2010/11/11 ،غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا ،ع 01، سنة 2011 ، ص 252.

[149] الأمر 84-11 سالف الذكر.

[150] قرار رقم 348956، مؤرخ في 2005/11/16، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02، سنة 2005، ص 425.

ج-القضاء بتوفير السكن أو أجرته ولو كان المحضون واحداً: وهو ما قد سبق التطرق إليه ونذكر هنا قرار آخر جاء فيه أن قضاة المجلس حين أسسوا قرارهم المنتقد " أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو أجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين " قد أساءوا تطبيق القانون ويتعين نقضه والحكم بالمسكن ولو للمحضون الوحيد[151].

د-منح القاضي لمسكن ممارسة الحضانة رغم امتلاك الحاضنة لسكن: وفيه تظهر سلطة القاضي في منح المسكن و ذلك حينما لم يعف الأب من واجبه في توفير المسكن مبررا قراره في أن المسكن يعتبر من مشتملات النفقة { المبدأ: لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى لو كان للحاضنة سكن}[152].

هـ-لا يصح الحكم بتقسيم المسكن الزوجي الوحيد وتخصيص طابق لممارسة الحضانة: هذا ما ذهب اليه قضاة المحكمة العليا فصلا في الطعن المعروض أمامهم والذي جاء فيه: { المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي و علوي عبارة عن مسكنين و خصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة، وهو قضاء لا يتماشى و المنطق فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا فكان عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن لكي يكون قضاؤهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يتعين نقض القرار جزئيا فيما يخص سكن ممارسة الحضانة.}[153].

و-تنازل الأم عن حقوقها لا يعني التنازل عن حقوق المحضونين: وهو ما يُظهر حرص القضاة على حفظ و مراعاة مصلحة المحضون دائما حيث أقروا حق المحضون في

---

[151] قرار رقم 112705، مؤرخ في 1994/11/29، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 1955، ص140.

[152] قرار رقم 288072، مؤرخ في 2002/07/31، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2004، ص 285.

[153] قرار رقم 215212، مؤرخ في 1999/02/16، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2000، ص 181.

السكن رغم تنازل الأم الحاضنة عليه: { المبدأ: لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق التنازل عن حقوق المحضون في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار.}[154].

ز-**سلطة القاضي في إسقاط حق المسكن:** إن أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة هي نفسها أسباب سقوط الحق في الحضانة لارتباط هذه الأخيرة بالمسكن و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير مصلحة المحضون وعدم الإضرار به، هذا لأن مواد قانون الأسرة تنص على أسباب سقوط الحضانة بصفة عامة ولم تتكلم عن إسقاط الحق في المسكن فسقوط الحضانة يؤدي الى سقوط الحق في المسكن و هذه الأسباب: زواج بأجنبي، تنازل عن الحضانة، اختلال أحد الشروط كعدم القدرة أو انقضاء الحضانة بقوة القانون و يكون السقوط في كل ما سبق بحكم قضائي[155].

المطلب الثاني

نفقة المحضون

أوجب الله تعالى نفقة الأبناء على الآباء في قوله تعالى(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[156]، والمشرع الجزائري اهتدى بهدى هذه الآية وسار على خطى الفقه الإسلامي في إقراره لحق النفقة للأم والأولاد ونظم ذلك في المادة 78 ق أ ج إذ تستلزم الحضانة توفير كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته تنشئة قويمة.

وتتم المطالبة بالنفقة وفق الإجراءات المحددة بالقانون(الفرع الأول) ويتولى القاضي تقدير النفقة وفقا للقانون وما يتمتع به من سلطة تقديرية (الفرع الثاني).

---

[154] قرار رقم 474255، مؤرخ في 2009/01/14، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02، سنة 2009، ص267.

[155] انظر: مبروكة غضبان، المرجع السابق، ص 419.

[156] سورة البقرة، الآية 233.

الفرع الأول

إجراءات المطالبة بالنفقة

أضفى المشرع الجزائري الطابع الاستعجالي لدعوى المطالبة بالنفقة، وهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها و بالأخص أثناء سير دعوى المطالبة بها واجبة على الزوج تجاه أولاده، إلى غاية صدور حكم يفصل في الدعوى فإذا امتنع الزوج عن النفقة جاز للزوجة أن تلجأ إلى قاضي الاستعجال لاستصدار أمر استعجالي ويفصل القضاء لأبنائها بنفقة مؤقتة وهذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر ق أ ج "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة ..." [157].

فإجراءات استصدار الأوامر على العرائض بالنفقة المؤقتة خاصة أثناء إجراءات دعوى الطلاق وإجراءات الصلح التي تطول والزوجة عادة في هذه المرحلة تغادر بيت الزوجية وتلتحق بأهلها بعد النزاع و تحتاج للنفقة هي و أولادها فمن حقها استصدار أمر على عريضة يضمن نفقة أولادها، تشمل الغداء و الكسوة و العلاج إلى حين صدور حكم يفصل في موضوع الدعوى [158]، ومن أجل ذلك على الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا ضمن عريضة موقعة منها أو من محاميها وتقدم إلى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة التي يوجد بدائرتها موطن المدعى عليه، والزوج مطالب بأدائها لأبنائه في مكان تواجدهم[159]، فالنفقة ومستلزماتها تعتبر من الضروريات الأساسية والحاجيات التي لا يمكن التخلي عنها، وهي من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي والأوامر الصادرة بشأنها تكتسب حجية مؤقتة و يكون الأمر الذي يقضي بالنفقة المؤقتة مشمولا بالنفاد المعجل بقوة القانون[160].

---

[157] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[158] بوخميس حداد ، مالك بوقرقور، المرجع السابق، ص 26.

[159] المرجع نفسه، ص 20.

[160] المرجع نفسه، نفس ص.

فكان في غالب الحالات انعدام دفع النفقة هو ما سبب عجز التراجع في حالات الإنفاق مما دفع المشرع إلى اقتراح حل بديل لتخفيف من حدة هذه النزاعات، وهو ما تضمنه مشروع تعديل قانون الأسرة وجوب إنشاء صندوق النفقة، لدفع النفقة الغدائية وأجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة[161]، وقد تم إنشاء هذا الصندوق من أجل حل العراقيل التي تعاني منها الحاضنة في تحصيل النفقة، وبسبب امتناع الأب عن تسديد النفقة رغم العقوبات المحددة في المادة 331 ق ع [162]، لهذا جاء بهذا الصندوق لحل الإشكالات أو حتى التقليل منها[163].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير النفقة

القاضي ملزم عند نظره في النفقة الوضع في الحسبان كل ما تشتمل عليه(أولا) ثم يستعمل سلطته في تقدير النفقة(ثانيا)

أولا: مشتملات النفقة

إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها و إنما جاء ببعض مشتملاتها و ألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة الجارية بين الناس[164] ، حيث نصت المادة 78 ق أ ج على أنه" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة و العلاج والسكن وأجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" المشرع أضاف عبارة"... وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"[165] ، ولقد فعل الصواب كي لا يحصر النفقة فيما سبق بل

[161] إيناس نسرين بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2009/2008، ص 119.

[162] الأمر 74/69 المؤرخ في 1969/07/19 المعدل والمتمم للقانون 15/19 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

[163] كمال دراجي، دور صندوق النفقة في ضمان الوفاء بنفقة المطلقة والمحضون، دراسة في القانون 01/15، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 32، ع. 3، سنة 2021 ، ص 180.

[164] حنان بن داود، المرجع السابق، ص 237.

[165] الأمر رقم 11/84 سالف الذكر.

ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون [166]، وهو ما أقرته المدونة المغربية في المادة 189 ، والتونسي في الفصل 50 من المجلة، وقد سارت هذه القوانين على درب واحد ، حيث حددت مشتملات النفقة وهي الغداء، والكسوة والسكن والعلاج واجرته فقد حددتها حصرا ،[167] ومن ثمة فالمشرع الجزائري أضاف في فقرته الثانية كل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة فبهذه الإضافة قد نفى كل ما يدعو للتساؤل، وكي لا يحصر النفقة فيما سبق فتح المجال على مصراعيه وترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

وعليه تتمثل عناصر النفقة في:

-الغداء وهو ما يقتات منه المحضون من طعام و شراب وكل ما لزم لإشباع وفق ما هو متعارف عليه.

-اللباس أو الكسوة يتمثل في لباس الشتاء والصيف وتكون حسب الكفاية والعادة.

-العلاج وعلاج المحضون ضروري على والده في حال مرضه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها " تعتبر مصاريف علاج المحضون من مشتملات النفقة، إضافة إلى النفقة الغذائية، ومادام الأب هو المؤمن لدى صندوق الضمان الاجتماعي وهو الذي يتلقى التعويضات على العلاج فهو ملزم بالإنفاق على ابنه المعاق "[168].

-السكن من أجل تربية المحضون ورعايته يجب على الأب توفير كل الظروف الملائمة لينشأ في بيئة سليمة ولذلك اعتبر المشرع السكن من الحاجات الضرورية [169]، وقياسا على المادة 72 ق أ ج [170]، جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا " أنه لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة " واعتبرت

---

[166] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 17.

[167] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 682.

[168] قرار رقم 404527، المؤرخ في 2007/10/10، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، غير منشور.

[169] فاطمة الزهراء بروان، أحكام الحضانة وإشكالاتها في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج شعيب، عين تموشنت، 2024/2025، ص 32.

[170] الأمر 11/84 سالف الذكر.

المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج "[171].

وما يعد من الضروريات في العرف والعادة وليس فقط متطلبات العصر وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا وبردا[172] .

وقد نصت المادة 75 ق أ ج متى تجب النفقة [173] فبالنسبة للذكور تجب نفقة الولد على الأب إلى غاية بلوغه سن الرشد وسن الرشد المحدد حسب أحكام ق م هو سن 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 ق م[174]، غير أن النفقة لا تسقط عنه في حالة عجزه عن الكسب بسبب مرض عقلي أو بدني أو أن يكون مزاولا لدراسة[175].

أما بالنسبة للأنثى فتمتد نفقتها إلى غاية الزواج ودخول زوجها بها ، حتى لو كانت غير بالغة لسن القانون [176]وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها أنه { من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بيها إلى بيتها الزوجية وحصولها على الكسب، إلا أن قضاة الموضوع قضوا بحرمان المحضون من النفقة دون تبرير لهذا الأمر}[177]، مع أن المادة 75 ق أ ج نصت أن نفقة البنت تبقى سارية إلى غاية الدخول بها أو الكسب، وأن هذا القرار عرضهم للنقض ومخالفة القانون.

كما قررت المحكمة العليا أن " من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء نفقة المقضي بها

---

[171] قرار رقم 288072، المؤرخ في 2001/07/31، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، ع 01، 2004، ص 285.

[172] إيناس نسرين بن عصمان، المرجع السابق، ص 119.

[173] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[174] الأمر 58/75 سالف الذكر.

[175] الحسين بن الشيخ أث ملويا، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، بوزريعة الجزائر، طبعة ، 2005، ص 536.

[176] المرجع نفسه، ص 536.

[177] قرار رقم 218736، الصادر في 1999/02/16، 2001، ع خاص، ص 206، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق، ص 1101.

بحكم يسر الزوجة رغم عدم إثبات عسر الأب قد خالفو مقتضى القانون "[178]، لأنه لا يمكن إسقاط النفقة عن البنتين بسبب يسر حال الزوجة فالنفقة واجبة على الأب إلا في حالة إعساره كما لم يتم إيضاح ذلك من خلال مجريات القرار وكما نصت المادة 76 ق أ ج أنه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "[179]، وقد جاءت هذه المادة كاستثناء للمادة 75 ق أ ج متى توافرت قدرة الأم على الإنفاق في حالة عجز الأب [180].

ثانيا: تقدير القاضي للنفقة

في إطار قانون الأسرة الجزائري، يتم تقدير النفقة بناءً على مجموعة من المعايير والضوابط التي تهدف إلى ضمان مصلحة الطفل الفضلى وتلبية احتياجاته الأساسية، مع مراعاة الظروف الاجتماعية والاقتصادية للأبوين.

ولذلك يجب على القاضي بما له من سلطة تقديرية مراعاة تلك المعايير، وله سلطة واسعة في تقدير النفقة، وله مراجعة النفقة كلما طلب منه ذلك مادامت قد مرت مدة كافية تسمح بإعادة النظر في النفقة.

والاجتهاد القضائي جعل تقدير النفقة تندرج ضمن صلاحيات قضاة الموضوع، وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي " حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع، مما يجعل مبلغ النفقة الغذائية الشهرية للبنت المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار ضمن القرار محل الطعن، وضعه المالي ميسور كما هو ثابت في سجله التجاري، والرعاية جانب آخر حكم قضاة الموضوع على الطاعن بمصاري علاج البنت

[178] القرار رقم 237148، المؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، سنة 2001، أنظر جمال سايس، المرجع السابق.

[179] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[180] فاطمه الزهراء بروان، المرجع السابق، ص 32.

المحضونة، وأن ما حكم به يستند إلى شهادة طبية توضح تعرض البنت إلى أمراض مختلفة" [181].

و جاء في قرار آخر" أنه لا يجوز الاحتجاج بحجة الشيء المقضي فيه فيما يخص النفقات، والتي يمكن مراجعتها طبقا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقة تشمل الغداء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة حسب ما عرفها المشرع في المادة 78 ق أج أما المادة 79 تجيز للقاضي مراجعة النفقة بعد سنة، مع العلم أن الحكم قضي بالنفقة 250 دج شهريا لكل طفل، لكن القرار كان محل طعن بعد عدة سنوات من تاريخ الصدور، يراجع حسب ما طرأ على المعيشة ومصاريف الأولاد المدرسية وغيرها، وهو ما قام به قضاة الموضوع وعليه فالوجهان غير مؤسسين ويرفضان " [182] ويلاحظ من القرار أنه أصاب فيما قضي فيه، لأن مبدأ حجية الشي المقضي فيه لا يمكن الاحتجاج به في موضوع النفقة، والتي تخضع لإعادة المراجعة والتقدير حسب تغيرات الظروف المعيشية ونفقات المحضونين، وحيث أن القيد الوارد في المادة مضي سنة واضح تماما في قضية الحال وبمرور عدة سنوات[183].

وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري " من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين والظروف المعاشية، وأن نفقة الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون، وعليه فإن القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون"[184] .

فالقاضي هو الوحيد الذي له كامل الصلاحيات في تقدير النفقة المستحقة للحاضنة، بحيث لا يمكن للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا، كما لا يمكن للأب أن يحدد

---

[181] قرار رقم 216886، المؤرخ في 2001/03/16، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 203 ، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 1266.

[182] القرار رقم 136604، المؤرخ في 1996/04/23، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، ع 01، 1997، ص 89.

[183] رتيبة عياش ، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، موجهة الى طلبة ماستر 1، تخصص قانون أسرة ، جامعة البليدة 2 لونيسي علي ، ص 165.

[184] قرار رقم 216886، المؤرخ في 2001/03/16، غرفة الأحوال الشخصية، ع خاص، ص 203 ، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية ،المرجع السابق، ص 1266.

المبلغ حسب حاجته وبنفسه، فإذا أمكن الأب من منح الأبناء مبلغ أكبر حسب قدرته فله ذلك، غير أنه لا يمكنه منحهم مبلغ أقل مما يقدره القاضي وهذه السلطة منحها المشرع للقاضي لعلمه الكافي ودرايته الكاملة على تقدير النفقة مراعيا في ذلك حال الطرفين والظروف المعاشية فمن المبادئ العامة للمحكمة العليا أن تقرر نفقة المحضون يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، والقضاء بما يخالف هذا يعد خرقا للقانون[185].

وفي حالة ما إذا تماطل الأب عن الإنفاق، يجوز لمن له حضانة الطفل الحق في المطالبة بنفقة المحضون أمام القضاء، ويصدر في حقه حكم قضائي يجبره على دفع النفقة لأبنائه، فالنفقة ومستلزماتها تعتبر من ضروريات الحياة والتي لا يمكن الاستغناء عنها فهي من التدابير الاستعجالية والتي يمكن المطالبة بها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما سبق ذكره وأن قاضي شؤون الأسرة الذي منح له المشرع الصلاحيات لقاضي الاستعجال[186]، حيث يجوز للحاضنة المطالبة بها على الوجه الاستعجالي أو استصدار أمر على عريضة [187] حسب مقتضيات المادة 57 مكرر ق أ[188].

وهكذا يتسنى لنا أن نلاحظ أن نفقة المحضون تتسم بالطابع الاستعجالي لتسريع الإجراءات، وأن القاضي له سلطة واسعة في التقدير مع مراعاة حال المكلف بها يسرا وعسرا، وله حق مراجعة النفقة إذا مضت على تقديره الأول سنة على الأقل.

---

[185] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000، ص 318.

[186] بوخميس حداد ومالك بوقرقور، المرجع السابق، ص 10.

[187] نظيرة بومالة، حماية حق المحضون في النفقة على ضوء القانون رقم 24-01، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، المجلد 1، العدد 1، سنة 2024، ص 175.

[188] الأمر 11/84 سالف الذكر.

ملخص الفصل الأول

نستخلص مما سبق أن الحضانة هي رعاية الولد والقيام على شؤونه وحفظه صحة وخلقًا، وهو التعريف الذي تبنّاه القضاء استنادًا إلى ما نص عليه القانون. كما أن القضاء كيف الحضانة على أنها حق وواجب في آنٍ واحد يُمنح لصاحب الحق فيها بما يحقق مصلحة المحضون الفضلى. وبينت التطبيقات القضائية المتعلقة بالحضانة بدءًا بدعوى إسناد الحضانة لصاحب الحق فيها أنها قد تكون تبعية كأثر للطلاق أو أصلية في حالة الوفاة، مرورًا بدعوى تمديد الحضانة التي تُرفع لطلب استمرار الحضانة بعد بلوغ المحضون السن القانوني، وصولًا إلى دعوى إسقاط الحضانة التي تُقدم عند الإخلال بشروطها.

وبالنسبة للحقوق المتعلقة بالحضانة تبين من التطبيقات القضائية، ومن خلال استقراء اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن، أن حق المسكن يُعتبر عنصرًا أساسيًا في توفير بيئة مستقرة للمحضون، كما أن نفقة المحضون تعتبر التزامًا قانونيًا يهدف إلى ضمان تلبية احتياجات الطفل الأساسية، إذ لا تتحقق مصلحة الطفل الفضلى إلا بتأمين احتياجاته المادية ومكان إقامته الآمن والمناسب لمرحلة نموه، وقد كرّست الاجتهادات القضائية مبدأ اعتبار المسكن ونفقة المحضون التزامين جوهريين لا تنفصلان عن جوهر الحضانة ذاتها، باعتبارهما شرطين أساسيين لضمان ممارستها بشكل سليم ومحقق لمصلحة الطفل، وأن أيّ إخلال بهما يُعدّ مساسًا بحقوق المحضون ويستوجب تدخّل القضاء لحمايتها.

الفصل الثاني:
إشكالات الحضانة
في التطبيق
القضائي

الفصل الثاني

إشكالات الحضانة في التطبيق القضائي

إنّ الحضانة من أبرز المواضيع التي تثير إشكالات متكررة في العمل القضائي، نظرًا لما تنطوي عليه من أبعاد نفسية واجتماعية وقانونية تتعلق بمصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وعلى الرغم من إحاطة نظام الحضانة بمبادئ قانونية تنظمها في النصوص التشريعية، إلا أن تنزيلها على الواقع العملي كثيرًا ما يصطدم بإشكالات معقدة تتباين باختلاف الحالات والوقائع.

ونظراً لعدم تنظيم هذا الحق بكل تفاصيله في نصوص قانونية فإن تطبيقاته القضائية تثير العديد من المشاكل، سواء بوجود فراغ تشريعي، أو من خلال تضارب الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بها، وتبرز بعض هذه الإشكالات عند إسناد الحضانة أو أثناء ممارستها**(المبحث الأول)**.

لكن يوجد نوع آخر من الإشكالات لا يكون لها علاقة مباشرة بإسناد الحضانة أو ممارسة حق الحضانة غير أنها تكون مرتبطة به بشكل ما، وهي التي يمكن اعتبارها إشكالات مرتبطة بالحضانة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة

تُعد ممارسة الحضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية من أكثر المواضيع إثارة للإشكالات القانونية والعملية، لا سيما عندما تعترض هذه الممارسة ظروف استثنائية أو معقدة تمسّ بحقوق أحد الأطراف أو مصلحة الطفل المحضون، وعلى الرغم من وجود قواعد تنظّم الحضانة في القانون، إلا أن الواقع أفرز حالات متعددة يصعب فيها التطبيق السليم لتلك القواعد دون تدخل قضائي دقيق يراعي مصلحة المحضون أولًا وأخيرًا.

ويأتي على رأس الإشكالات التي ترتبط مباشرة بإسناد الحضانة بحد ذاته وحتى بممارسته ما يتعلق بحالة الزواج المختلط، وما يثيره من تعقيدات تتعلق بتنازع القوانين، والاختصاص الدولي، واحتمال تعارض النظم القانونية بين الدول وما يثيره هذا الزواج من إشكالات**(المطلب الأول)**.

كما أنه أثناء ممارسة الحضانة تبرز أمور تتعلق بنقل المحضون خارج التراب الوطني أو بعيدًا عن الحاضن أو صاحب الحق في الزيارة، وما قد ينجم عن ذلك إشكالات قد يكون لها تأثير على استمرار الحضانة**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إشكالات الزواج المختلط

إن من بين الإشكاليات التي تثار على الصعيد الوطني عندما يكون هناك عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية هو القانون الواجب التطبيق، وعلى الرغم من نص المشرع الجزائري على حالة الزواج المختلط ضمن القانون المدني، إلا أن هذا لم يكن كافيا لمعالجة مسألة الحضانة في الزواج المختلط الأمر الذي دفع المشرع إلى إبرام اتفاقيات لحماية مصلحة المحضون بالدرجة الأُولى**(الفرع الأول)** إضافة إلى الإشكالات الأخرى في حالة عدم وجود اتفاقية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

في حال وجود اتفاقية دولية

لأسباب تاريخية وكثرة المهاجرين إلى فرنسا، وقع تزاوج بين كل من الجزائريين والفرنسين ما نتج عنه أبناء، وحتى تحافظ كلا الدولتين على أبناء هدا الزواج[1]، أبرمت اتفاقية في 21 _06_1988 والتي يتضمن موضوعها حماية أطفال الزواج المختلط عند انفصال أبويهم، وجاء في مادتها الأولى: " يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين

[1] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 125.

الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال "[2]، وقد عمدت هذه الاتفاقية أساسا إلى حماية الطفل المحضون بحد ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، كما عمدت كذلك إلى تسهيل حرية تنقل المحضون بين البلدين، إذ تسيطر عليها مصلحة المحضون بالدرجة الأولى[3].

وقد جاءت هذه الاتفاقية لتغطية عدم فعالية الاتفاقيات الكلاسيكية للتعاون القضائي المنعقد سابقا مع بعض دول المغرب العربي في مجال الحضانة[4]، وقد خصت هذه الاتفاقية في مادتها الثانية تجنب جميع أنواع التمييز بين الأطفال، وأكدت في مادتها الثالثة على منح الاعتبار بدرجة أولى إلى مصلحة الطفل الفضلى، وكأصل عام حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري تمنح الحضانة للأم، رغم أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى للعودة إلى بلدها، و الذي يكون في مقدمتها تربية الأبناء على دين الإسلام [5].

حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا والتي رفضت فيها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف دينا غير دين الإسلام، ويتدرج على عادات اليهود وعليه رفض المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه الذي يقضي بمنح الحضانة للأم المسيحية، وأسند بذلك الحضانة للأب لأن الدين يعتبر من النظام العام "[6].

---

[2] اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانتقال الموقع بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصادقة عليها بالمرسوم رقم 88_144 المؤرخ في 26 جوان 1988، منشورة في الجريدة الرسمية ، ع 03 ، بتاريخ 27 يوليو 1988.

[3] أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، ع 04، جانفي 2011، ص 249.

[4] نسرين برحلة، عايدة لزرق، أثر ممارسة الحضانة في الزواج المختلط، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة ، جوان 2024، ص 73.

[5] نسرين برحلة، عايدة لزرق، المرجع السابق، ص 595.

[6] آمنة بوزينة أمحمدي، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، معهد العلوم القانونية والإدارية، ع. 05، جوان 2018، ص 595.

واستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يقيم بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية والتي تصطدم وتخالف النظام العالم لا يتم تنفيذها[7]. فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: " إن سيدة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تمنح للأب المقيم بالجزائر، وأن حكم الحضانة ليس نهائيا فمتى رجعت الأم إلى الجزائر يمكنها المطالبة بحضانة البنات"[8].

إن معظم الأحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم الجزائرية أو الفرنسية، تؤدي في غالبها إلى عدم التنفيذ لاختلاف مضمون النظام العام بين الدولتين[9]. ومن أبرز الإشكالات التي طرحت نجد أنه عند إسناد القاضي الفرنسي الحضانة للأم باعتبارها أحق بها وإن تمت ممارسة الحضانة في بالخارج على أن تقوم بتربية الابن على دين أبيه إذا كانت غير مسلمة أو مقيمة في بلد أجنبي بعيداً عن منظور الأب وهو أمر معارض للنظام العام ولم تتضمن الاتفاقية حلاً له، فالاتفاقية لم يوجد فيها الإشارة إلى شرط تربية الابن على دين أبيه حيث يعتبر جوهر أساسي تبنى عليه مصلحة المحضون وهذا دليل بارز على أنها تخدم المصلحة الفرنسية وتطغى عليها الأحكام الفرنسية [10].

ويشار كذلك إلى أنه رغم معالجة الاتفاقية لمسألة حق الزيارة، إلا أن هذا لم يكن كافيا حيث برزت عدت ثغرات أثارت الجدل وبقيت عالقة فعند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة فلا يرد الطفل المحضون إلى الحاضن كما تضمنته الاتفاقية[11]، وهدا عجز آخر لم تجيب عليه الاتفاقية.

---

[7] آمنة بوزينة أمحمدي، المرجع السابق، ص 60.

[8] قرار رقم 111048، المؤرخ في 1955/11/21، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، ع. 2 ، سنة 1995، نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ص 860.

[9] آمنة بوزينة أمحمدي، المرجع السابق، ص 56.

[10] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 36.

[11] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 126.

كما لم تعالج كذلك الاتفاقية فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور مدة محددة ، رغم إشارتها إلى ذلك في المادة 04 منها إلا أنها لا زالت غير قادرة على الإجابة على عدة مشاكل [12]، وبطبيعة الحال فإشكالية عدم مراجعة حكم الحضانة لازالت تطرح نفسها بنفسها وهذا يدل على عدم منح الاهتمام الكافي لأحكام الاتفاقية.

وما تجدر الإشارة إليه أن الزواج المختلط يعتبر من المسائل الشائكة في الأسرة، الذي يصّعب الأمر في تطبيق بعض النصوص القانونية وخاصة منها المادة 62 ق أ ج وغيرها من مسائل الزيارة والمراجعة، فهي تعد عقبة جوهرية في الزواج المختلط وهذا راجع إلى اختلاف أنظمة الدول، وصعوبة تطبيق القوانين في دول أجنبية غير مسلمة فهذا أمر مستصعب يصعب قبوله في كل الحالات.

الفرع الثاني

في حال عدم وجود اتفاقية

قد يكون هناك زواج قائم بين أجانب وجزائريين، ولا تكون بين الدولتين أي اتفاقية قائمة بينهما، في هذه الحالة يتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة في القانون للمدني الجزائري[13]، حيث تنص المادة 12 منه: " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى[14]"، بمعنى أنه في حالة طلاق زوجين من جنسية مختلفة والزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الجزائر فهنا تطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى إذا كان الزوج جزائريا ومنه يتم تطبيق القانون الجزائري[15]، حسب الاستثناء الوارد في المادة 13 ق م ج [16].

---

[12] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 127.

[13] عبد الحكيم بوجان، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 253.

[14] آمنة بوزينة أمحمدي، المرجع السابق، ص 61.

[15] إيناس نسرين بن عصمان، المرجع السابق، ص 162.

[16] الأمر 75 /58 سالف الذكر.

غير أنه نكون أمام عدة حالات منها: أن يكون الزوجان وطنيين وواحد منهما يقيم بالخارج، ولأنها من آثار انحلال الزواج فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج[17] طبقا لأحكام المادة 12 فقرة الثانية من القانون المدني والمادة 13 من القانون نفسه[18]، وبالتالي إذا كان الزوج جزائرياً:" فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 ق م ج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية[19]".

وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة و تنازعا على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها "[20].

أما فيما يخص عدم وجود الجنسية الجزائرية، فالقانون الذي يخضع له انحلال الزواج هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين فإن انعدمت رجحت جنسية الزوج وقت الانعقاد [21].

لكن الأمر تعقد عندما خص المشرع في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، أنه يتم تطبيق القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، فقد ربطها في حالة عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، ولكنه تركها عند عرض النزاع أمام قاضي أجنبي، فلا يطبق القانون نفسه، وهو ما يجعل وجود صعوبة تطبيق القانون الجزائري أمام قاضي أجنبي [22].

---

[17] سعاد موحند، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

[18] الأمر 75 /58 سالف الذكر.

[19] المرجع نفسه.

[20] قرار رقم 52207، المؤرخ في 1989/01/02، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، 1999، ع. 4، ص 74، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص 433.

[21] آمنة بوزينة أمحمدي، المرجع السابق، ص 60.

[22] عائشة بوتريبات، نجاة بوجمعة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بن أحمد ، وهران، 2014، ص 129.

المطلب الثاني

إشكالات استمرار الحضانة في حالة الاخلال بها

الحضانة في جوهرها هي مسؤولية قانونية وأخلاقية تقع على عاتق الحاضن، إلا أن هذه المسؤولية قد تتعرض في بعض الأحيان للإخلال، مما يطرح إشكاليات قانونية حساسة تستدعي النظر في مدى إمكانية استمرار الحضانة رغم ذلك الإخلال، وتُعد مسألة نقل المحضون دون موافقة الطرف الآخر الذي هو أب المحضون إخلال يصيبها حيث قد يعرقله عن ممارسة حق في الزيارة **(الفرع الأول)**، كما يشكل رفض تسليم المحضون لصاحب الحق فيه أو لصاحب الحق في الزيارة إخلال بالحضانة و إشكالية كبيرة وهو ما يرقى إلى جريمة يعاقب عليها القانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

إشكالات الانتقال بالمحضون

رغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة، ولم يرجعها إلى القضاء ولم يبين موقفه صراحة من ذلك، فهي من الأمور المعقدة والشائكة لما تنطوي عليه من خطورة وسوء نية الحاضن من أجل انفراده بالمحضون وحرمان وليه من حق زيارته، فقد ترك المشرع بذلك فجوة كبيرة يصعب تغطيتها، وقد أفرغوا الثقل على كاهل القضاة في تقدير ذلك[23].

فهذا الانتقال قد يكون على مصرعين قد يكون انتقال داخل الوطن لغرض الاستيطان أو غرض آخر، في هذه الحالة لم يرد نص في قانون الأسرة الجزائري مما تضاربت الآراء بين فقهاء القانون و ثار الجدل في هذه الثغرة بين من يسند هذا الأمر لقضاة الموضوع وأن لهم حرية الفصل فيها وفقا لاجتهاداتهم وبين من يفسر سكوت المشرع وهذا يعطي الحرية

[23] عبد الرحمان سلوغة، نور الدين فيلغه، أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية ودراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، م 7، ع1، ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، الجزائر، 2022، ص 273.

للحاضن بالتنقل بالمحضون دون تقييد مادام أنه داخل الوطن [24]، وقد اختلفت الآراء بين مؤيدين ومعارضين وهنا وجهت المحكمة العليا نظرها نحو هذا الاختلاف حيث نصت على حرية التنقل بالمحضون وأنه من المقرر شرعا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق بالزيارة والرعاية، لا يعد مبررا موجبا لسقوط الحضانة عن الأم ولا يمنع من استعمال حق الزيارة[25].

ومثلا قرار المحكمة العليا التي قيدت انتقال الحاضن بالمحضون والذي جاء فيه { لا يقبل الرد الذي يثير نقص الأساس القانوني والقصور في التسبيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أن المقرر في المذهب أن لا تتجاوز المسافة سته برد .....}[26]، وعلى ذلك نلاحظ أن المحكمة العليا في قراراها قد أخذت بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.

وعليه فإن صمت المشرع عن موضوع الانتقال بالمحضون داخل الأراضي الجزائرية يرجع الي أمرين أساسيين: أولهما مصلحة المحضون وبعدها حق الأب في الزيارة وبيان قصر المسافة أو طولها فقد أحالها إلى اجتهاد القاضي وسلطته الواسعة في مجال مراعاة مصلحة المحضون[27] وإلى ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب حيث يصح للأب رؤية المحضون[28]، وأن المقصود من الرؤية هو الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير، فهو أمر غير معقول أن رؤية الأب لابنه لفترة قصيرة قد يحدد تربيته،

---

[24] راضيه بشير، رؤوف قروج، القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساتها على الحق في الزيارة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، ع 01 ، 2022 ، ص 169.

[25] قرار رقم (غير موجود)، المؤرخ في 1968/11/9، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، ع. 02 ، السنة 1969، ص 38.

[26] قرار رقم 43594، المؤرخ في 1986/9/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، السنة 1992، ع. 04، ص 41.

[27] عبد الرحمان سلوغة، المرجع السابق، ص 266.

[28] طلبة القضاة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة ، المدرسة العليا للقضاة ، الدفعة 16 ، 2008/2005، ص 48.

ويحسن حاله وتعليمه، فهي مدة قصيرة ولن تتسنى له الفرصة لمعرفة كل حاجياته، وهو ما أشار له القضاء، فالأرجح أن تكون المسافة قريبة ليبقى الأب على اطلاع على كل أمر يخص المحضون، وتولي حاجاته وضرورياته.

رغم ما يكتسيه موضوع سفر الحاضن بالمحضون من أهمية تنعكس أساسا على حق من حكم له بالزيارة في مراقبة ولده، إلا أن المشرع الجزائري قد خصه بمادة وحيدة فقط وهي المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

جاءت المادة 69 كالتالي: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[29]، تلك المادة التي يتبين من خلالها بأن المشرع الجزائري قد عالج مسألة واحدة وهي سفر الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني وبقصد الإقامة والاستيطان، حيث قيده بترخيص القاضي، الذي يرجع له أمر السماح بذلك ومن ثمة الإبقاء على حضانته قائمة، أو منعه ومن ثمة إسقاطها عنه، تبعا لما تمليه عليه مصلحة المحضون من جهة وضمانا للمساواة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة في ممارسة واجبهم تجاه ولدهم المشترك والمتمثلة في المتابعة والإشراف عليه ماديا ومعنويا من جهة أخرى[30].

ويستشف من خلال المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر في هذه الحالة أن المشرع أوحى برغبته إلى أن تمارس الحضانة في البلد الذي يقيم فيها الوالدان وحتى لا ينقطع المحضون عن ولديه ويبقى بين منضور أبيه[31]، وقد سارت المحكمة العليا على هذا النحو عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن في بلد أجنبي وجاء في مضمون القرار: { تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر}[32].

---

[29] الأمر 84/ 11 سالف الذكر.

[30] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 34.

[31] باديس دياببي، المرجع السابق، ص 93.

[32] قرار رقم 273526، المؤرخ في 2001/12/26، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 264.

وقد أسس قضاة الموضوع قراراهم على أحكام الشريعة الإسلامية والنص القانوني من المادة 69 ق أ ج حتى لو لم يذكر نص المادة في القرار فإن معناه يستنتج من الأسباب[33].

وعليه نستخلص من خلال ما سبق، بأنّ المشرّع الجزائري قد عالج مسألة سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن بالنص القانوني الصّريح المتمثل في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري[34]، وجعلها خاضعة لإذن القاضي ومن صميم صلاحياته بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن.

وإذا كان المشرّع الجزائري قد أفصح عن موقفه فيما يتعلق بسفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن للإقامة رغم هذا نلاحظ اقتضاب المادة سالفة الذكر وافتقارها إلى التوضيح الكافي.

وإذا كان المشرّع الجزائري قد قيّد إرادة الحاضن سواء الوالد أو الوالدة أو غيرهما في السّفر بالمحضون خارج الوطن للاستيطان بأمر القاضي وبطلب من الحاضن[35]، فقد سكت نصاً واجتهاداً عن معالجة قضيّة شائكة باتت تهدّد اليوم العديد من أصحاب الحق في الزيارة، ألا وهي سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن لحاجة، الذّي قد يكون كيداً ينطوي عن سوء نيّة الحاضن، خاصة حينما يقصد من ورائه الانفراد بالمحضون هناك وحرمان صاحب الحق في الزيارة من هذا الحق، وما ينجرّ عن ذلك من ضياع لحق المحضون والمحضون له معا، خاصة في الحالة التّي تطول فيها غيبة الأخير، أو تعيش فيها الحاضنة رفقته في إطار الهجرة غير الشرّعية، وهو ما يمكن أن يندرج في خانة النّقل غير المشروع للأطفال[36].

إلاّ أنّ هذا الأمر الذي يخضعه المشرّع إلى إذن القاضي[37]، تاركا للحاضن كامل الحرية في ذلك مغلبا لإرادة هذا الأخير في السّفر بالمحضون على حساب حق الصّغير

---

[33] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 94.

[34] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[35] راضية بشير، رؤوف قروج، المرجع السابق، ص 163.

[36] المرجع نفسه، ص 165.

[37] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص114.

وصاحب الحق في الزيارة، فبمجرد استظهار الحاضن لحكم الطلاق المتضمن حق الولاية على الصغير ووثيقة تثبت صلة القرابة مثل الدفتر العائلي أو جواز السّفر فإنّه يخرجه دون قيد ولا شرط، خاصة في ظلّ اعتراف الدستور الجزائري بموجب المادة 49 منه بحريّة التنقل داخل الوطن وخارجه لكل من يتمتع بحقوقه المدنية والسّياسية.

هذا الاعتراف الذّي كان الأجدر ألا يطال بعض الحقوق التي ترتبط بها حقوق أشخاص آخرين، كمسألة السّفر بتنظيم قانوني خاص بالمحضون التي كان يجب أن تراعي حجم الأضرار التي تترتب عنها إذا ما استعملت بطريقة انفرادية وارتجالية وغير مسؤولة.

وهنا يوضح المشرّع الجزائريّ أنّ عبارة البلد الأجنبيّ الواردة في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري[38] يقصد بها بلد أجنبيّ مسلم فكما أوضح القرار السابق الذكر فقد أسقط الحضانة عنها لإقامتها في بلد أجنبيّ وليس المراد بالبلد الأجنبي و إنّما بالبلد غير المسلم وهو ما أوضحه القرار حين أسقط الحضانة عن الأم لإقامتها في بلد غير مسلم خوفا على دين المحضون ومصلحته.

ومما لا ريب فيه إنّ السّفر يتعلّق هنا بالانتقال أي الاستيطان والإقامة الدائمة والمستمرة، وعليه فإنّ السّفر خارج الوطن بنيّة قضاء عطلة أو علاج فهو لا يدخل في حكم المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري[39] ، في كون هذا الانتقال يعدم حق الأب أو الوليّ في التّمتع بالزيارة و الإشراف فالمشرع بدوره منح للقاضي هذه السلطة، لأنّه أعلم بأنّه أقدر على صيانة مصلحة المحضون[40].

[38] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[39] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 562.

[40] المرجع نفسه، ص 563.

ويبقى مشكل حق الزيارة و ما يوفره من توازن عاطفي للطفل محل إشكال ذلك أنّه من الطبيعي أنّ انفصال الزّوجين وتواجد كلا منهما في بلد بعيد عن الآخر من شأنه أن لا يحقق مصلحة المحضون[41].

الفرع الثاني

إشكالات عدم تسليم المحضون

إن عدم تسليم المحضون لا يمثل إشكالا فحسب بل هو جريمة من الجرائم الواقعة على الأسرة، وكيفها المشرع الجزائري على أنها جنحة حسب المادة 328 من ق ع ج وإن النص على معاقبتها يعد أداة فعالة ووسيلة للمحافظة على مصداقية أحكام القضاء وفي نفس الوقت هي أداة لتأمين مصلحة المحضون في ظل الحماية القانونية.

فعندما نص قانون العقوبات في المادة 1/328: على أنه ' يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة بغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج ، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم قضائي إلى من له الحق في المطالبة به .... وتزيد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت سلطة الأبوين عن الجاني'[42]، فهو هنا يضع حدود لضمان احترام القانون وأحكامه[43]، وعليه في حال اجتمعت هذه العناصر بما في حكمها جاز للقاضي تطبيق نص المادة 328 من ق ع ج[44].

إن المنطق يقود إلى القول بأن ممارسة حق الزيارة لا يجب أن يعرقل بأي حال من الأحوال، وفي حال أسندت الحضانة لأحدهما فإن الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون بالإضافة إلى احترام ميعاد تنفيذ الزيارة وتسليم المحضون لمن قرر له حق زيارته نظراً لوضع المحضون تحت رعاية الحاضن، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في

---

[41] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 34.

[42] الأمر 69/74 سالف الذكر.

[43] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومه، سنة 2013، ص 174.

[44] عبد العزيز سعد، إجراءات رفع الدعوى، المرجع السابق، ص 176، 177.

قرارها أنه: { من المستقر فقها و قضاءاً أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد او مراقبة }[45]، فالتشريع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[46].

فعلى الأم الحاضنة أن تسهل للمحضون له الحق في زيارة ابنه إذا أسندت لها الحضانة أو العكس باعتبار أن زيارة الأب حق لابنه، وصيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه وضمانا للاحترام الفعلي لهذه القواعد خصصت القوانين عقوبات عالجت فيها مسألة عدم تسليم المحضون، إذ أنها جرمت الفعل وعاقبت عليه[47]، حيث لا يعاقب القانون على عدم التسليم إلا إذا كان عمداً وتنفيذا لذلك نصت المادة 327 ق ع ج على أن :' كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات '[48].

ومراد هذه النصوص أن قيام جريمة عدم تسليم المحضون لمن لهم الحق في زيارته، جنحة تقوم بتوافر العنصر المادي والمتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل في الوقت المحدد[49]، والذي اشترط القانون وجوده لقيام الجريمة ولولاه لما أمكن متابعة المتهم، ويكمن إسقاط هذه الجريمة في حالة عدم القيام بأي مناورة تمنع عدم تسليم المحضون وأن يكون

---

[45] قرار رقم 79891، المؤرخ في 1990/04/30، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، 1992، ع. 1، ص 55، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق، ص 571.

[46] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي، كلية الحقوق العلوم السياسية، 2015/2014 ص 80.

[47] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 201.

[48] الأمر 69/74 سالف الذكر.

[49] سناء عماري، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، ع. 2، سبتمبر، 2019، ص 180.

الامتناع عن تسليم المحضون لمن له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو اعتراف الممتنع بنفسه[50].

وهذا ما أسست المحكمة العليا قرارها عليه :{ حيث أن جنحة عدم تسليم الأطفال إلى الأشخاص الذين لهم الحق بهم يعاقب عليها بالمادة 327 من ق ع ج ويشترط لقيامها على وجه الخصوص توافر العنصر المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل، ولا يتوافق العنصر المذكور إلا إذا صرح الحاضن صراحة عن رفضه التسليم أو إذا لجأ إلى التحايل لمنع من له الحق في المطالبة بالطفل وزيارته وذلك بإخفاء الطفل أو بإبعاده عن مكان إقامته المعتادة أو يتعمد الغياب يوم الزيارة }[51].

وفي هذا الصدد أيضا جاء قرار المحكمة بنصه :{ أن المتهم لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها، ولم يقم بأي مناورة لمنع ذلك وإنما هي من رفضت الذهاب مع ولدتها}[52] وفي هذه الحالة لا يمكن إدانة المتهم بجريمة لم يقم بها فهذا مخالف للقانون، وهي جريمة مستمرة ومتجددة وكون أن الالتزام لا ينقضي في لحظة محددة وإنما يظل طيلة الوقت الذي يبقى فيه المحضون محبوسا عن صاحب الحق في تسليمه وأن هذه الجريمة تتحقق حتى لو كانت بإغراء للطفل ليذهب معه إذ لا يعتد برضا الطفل في هذه الحالة أما في حالة ذهاب المحضون إلى أحد الوالدين فهنا لا تتحقق الجريمة [53].

وقد اشترط المشرع الجزائري من أجل تحقق الركن الشرعي وجود حكم قضائي حسب ما تضمنه ق ع ج في المادة 328 [54] لا يهم إن كان نهائيا أو مؤقتا، ولكن يجب أن يكون نافذاً كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل والذي يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل، ولأن المحكمة العليا قضت بعدم قيام

---

[50] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحاضنة، المرجع السابق، ص 82.

[51] قرار رقم 239135، المؤرخ في 2001/03/27، المحكمة العليا، غرفة الجنح ، مجلة قضائية ، 2001 ، ع. 2، ص 377، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري، ج 3، المرجع السابق، ص 1043.

[52] قرار رقم (غير موجود) صادر في 1996/07/14 ، المحكمة العليا، غرفة الجنح، مجلة قضائية ، 1997، ع. 1، ص 153.

[53] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 202.

[54] الأمر 69/74 سالف الذكر.

الجريمة لكون الحكم القضائي غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي ومحل استئناف[55]. وأن يكون الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أما إذا صدر عن قضاء أجنبي فلا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مشمولا بالصيغة التنفيذية طبقا المادة 605 ق إ م إ[56].

قد يلجأ المتهم إلى تغيير محل إقامته رفقة المحضون كحيلة لعرقلة التسليم، فالمشرع الجزائري لم يتصد ولم يتم العثور على اجتهاد قضائي ينظم هذه المسألة، أما المشرع الفرنسي فقد وضع حلا في غاية الأهمية، بحيث ألزم صاحب الحق في الحضانة بوجوب تبليغ من له حق الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة بمدة شهر قبل التغيير[57].

ونظراً لعدم وجود نص يقضي بذلك يستوجب على القضاة التدخل باجتهاداتهم القضائية وإلزام صاحب الحق في الزيارة بالعلم بأي تغيير في محل الإقامة.

وعليه فكل ما يخالفه يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، أو بالأحرى كل فعل قد يوضح حيلة الطرف الحاضن بمحاولة عرقلة المحضون أو منعه من تسليم المحضون لصاحب الحق في الزيارة بأي شكل من الأشكال تطبق العقوبة عليه، فالمحضون بحاجة إلى والديه كل بمكانه ومقامه ولا يجب تغليب أي طرف على الآخر لأنهما في درجة مساوية.

في المقابل في حال تعسير التسليم من قبل الحاضن بعد حصول صاحب الحق في الزيارة على المحضون يقوم هو الآخر بعدم استرداد المحضون أو قد تصل إلى خطفه وهي جريمة ثانية يقوم بها صاحب الحق في الزيارة رداً على عدم التسليم في وقته.

فبعد نص المشرع في المادة 1/328 على جريمة عدم التسليم أدرك أنه يمكن أن تقام جريمة أخرى حيث نص عليها في المادة 2/328 بتقرير نفس العقوبة المنصوص عليها في

---

[55] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، دار هومة ، الجزائر، 2009، ص 177.

[56] الأمر 68/10 سالف الذكر.

[57] عبد الرحمان خلفي، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة (دراسة مقارنة)، المجلة الجنائية القومية، م 52، ع 2، يوليو، 2009، ص 45.

الفقرة 1: ' كل من خطف قاصرا ممن وكلت إليه حضانته' ، أو من الأماكن التي يكون قد وضعه فيها، أو حتى أبعده عن المكان المتروك فيه حتى لوكان بدون عنف[58].

وعليه فهذه الجريمة مرتبطة بالجريمة السابقة لاشتراكهما في نفس الموضوع والهدف وكباقي الجرائم الأخرى فهذه الجريمة تقوم على جملة من العناصر والتي يشترط وجودها لقيام الجريمة كأصل وتتمثل في:

العنصر المادي لجريمة الاختطاف من الحاضنة يتمثل في عدة صور وتختلف كل صورة حسب تكييفها[59]، فهناك صورة الاختطاف ممن أسندت له الحضانة، وصورة الاختطاف من الأماكن التي وضعه فيها الحاضن، وصورة تكليف الغير بالخطف[60]، فلا يتوفر العنصر المادي إلا بتحقق نتيجة الاختطاف[61].

وثانيا نجد توفر الحكم القضائي وهو نفس الحكم المشار إليه في جريمة عدم تسليم المحضون وهو عنصر مطلوب توافره في هذه الجريمة أيضا، ذلك بالنظر إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه، إذ لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم فضائي قابل للتنفيذ حالا [62].

أما ثالثا فهو عنصر القصد الجنائي أو النية الإجرامية، هذا العنصر لم يتطرق إليه المشرع صراحة أو ضمننا وإنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بوقائع الجريمة[63].

وبوجه عام تنطبق هذه الجريمة على كل من خطف المحضون ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها، أو تحميل الغير على خطفه أو

---

[58] عيد العزيز سعد، إجراءات رفع دعوى، المرجع سابق، ص 177.

[59] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة، المرجع السابق، ص 99.

[60] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 178.

[61] سناء عماري ،التطبيقات القضائية للحضانة، المرجع السابق ، ص 100.

[62] المرجع نفسه، ص101.

[63] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 180.

إبعاده، وعلى قاضي الحكم أن يبرز في حيثيات حكمه كل العناصر المشار إليها وإلا كان حكمه مشوبا بعيب عدم كفاية التسبيب [64].

خلاصة القول وبعد دراسة جريمة عدم تسليم المحضون لصاحب الحق في الحضانة يثور التساؤل حول مدى مشروعية استمرار الحاضن في ممارسة حق الحضانة رغم إخلاله بها، حيث نجد أن القضاء الجزائري لا يعتبر هذه الجريمة سبب من أسباب سقوط الحضانة رغم أن مرتكبها يعاقب عليها جزائيا[65].

ومع عدم تطرق قانون الأسرة الجزائري لهذه النقطة فالأمر يستدعي التوقف عندها والبحث في الحلول الممكنة المراعية لمصلحة المحضون، حيث إذا قارناه بما استقر عليه القضاء في أنظمة قانونية أخرى، وعلى وجه الخصوص القضاء المصري نجده أنه في حالة امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بالزيارة بغير مسوغ أي بدون مبرر–كمرض الصغير أو من بيده أو انشغاله في امتحانات دراسية أو نحو ذلك– يكون للصادر لصالحه الحكم أن يقيم دعوى بطلب نقل الحضانة من صاحب الحق فيها الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية أو الزيارة إلى من يليه من أصحاب الحق[66]، وهذا حماية لحق الزيارة و أهميته.

المبحث الثاني

الإشكالات المرتبطة بالحضانة

ترتبط بالحق في الحضانة حقوق أخرى لا تتعلق مباشرة بممارسة الحضانة وإنما ترتبط بها بشكل ما وهي تعد من توابع الحضانة مثل الحق في الزيارة؛ فالقاضي عندما يحكم

[64] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة، المرجع السابق، ص 102.

[65] أنظر زكية حميدو، المرجع السابق، ص 203.

[66] أحمد ابراهيم عطيه، المرجع السابق، ص 320.

بالحضانة عليه أن يحكم بحق الزيارة، وهي مسألة لم ينظمها المشرع وترك أمر تنظيمها للقضاء وهو ما يثير إشكالات عدة تتعلق بها **(المطلب الأول)**.

ويثير منح الولاية للحاضن إشكالات متعددة يجعلها مرتبطة هي الأخرى بالحضانة فعندما تمنح الولاية لغير الولي وهي هنا الأم الحاضنة، وأمام الفراغ التشريعي حول معنى الولاية ومقصود المشرع من منحها للحاضنة مقابل الولاية التي هي للأب نكون أمام إشكالية منح الولاية للحاضن**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إشكالات تنظيم حق الزيارة

إن حق زيارة الوالدين للمحضون هو حق مقرر شرعا و بمقتضى هذا الحق يكون لكل منهما رؤيته عند من هو في يده ليطمئن عليه ويرعاه ولا يحق لأي منهما حرمان الآخر من رؤية والده غير الحاضن[67]، فالزيارة لا تقتصر فقط على النظر إلى المحضون و إنما تتعدى ذلك لتشمل القيام على الشؤون التي من شأنها أن تغطي بعض الشيء على النقائص التي قد لا يستطيع الحاضن الإيفاء بها كلها، فهي نوع من إقرار الحماية للمحضون للاطمئنان عليه[68].

وفي التطبيق العملي يثير الحق في الزيارة مشكلتين: تتعلق الأولى بأصحاب الحق في الزيارة (الفرع الأول) أما الثانية فتتعلق بمكان وتوقيت الزيارة (الفرع الثاني).

[67] أحمد نصر جندي، رؤية الصغير، المجلة العربية للفقه و القضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مصر، ع 14، سنة 1993، ص 15.

[68] قمرة سوقي، الإشكالات العملية لحق الزيارة بين النص القانوني و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016/2015، ص 12،13.

الفرع الأول

إشكالات أصحاب الحق في الزيارة

نص المشرع الجزائري في المادة 64 ق أ ج:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد لحضانة أن يحكم بحق الزيارة."[69].

فالمشرع الجزائري نص على حق الزيارة دون أن ينص على أصحاب هذا الحق تاركاً الأمر للسلطة التقديرية للقاضي وذلك لاختلاف الأوضاع الحياتية لكل طفل مراعاة منه لمصلحة المحضون رغم هذا لا يخلو تطبيق هذه المادة من الإشكالات في الواقع القضائي نظرا لغياب النص الصريح واكتفاء المشرع بهذه الجملة القصيرة وامتناعه عن تنظيم حق الزيارة وتركه للممارسة القضائية و أنه كان عليه على الأقل ذكر عبارة " مراعاة مصلحة المحضون" في ذلك، فأول إشكالية تواجه القاضي هي في تحديد أصحاب حق الزيارة، و حيث أنه و إن لم يفعل ولم يحكم بالزيارة يتعرض حكمه لالتماس إعادة النظر[70].

يرى البعض أن إقحام المشرع لحق الزيارة في المادة المخصصة لأصحاب الحق في الحضانة يدل على أنهم هم من لهم الحق في الزيارة فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة يحكم بالزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن في الحضانة[71]، و الذي غالبا ما يكون الأب.

في التطبيقات القضائية للحضانة وجدنا أن القضاء تطرق إلى حق الأجداد في الزيارة وكذلك الخالات بينما لم يتطرق إلى الأخوات وبقية الأقارب فحق المحضون في الزيارة يجب أن يبقى مفتوحا لجميع الأقارب.

---

[69] الأمر 11/84 سالف الذكر.

[70] قرار رقم 15884، مؤرخ في 1997/04/80، غرفة الأحوال الشّخصية، نشرة القضاة، ع. 54، سنة 1998، ص 47.

[71] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 187.

ويقصد بالأجداد هنا الجد و الجدة من جهة الأب أو الأم و ذلك لأن الأحفاد غالبا ما تكون علاقتهم مع أجدادهم وطيدة جداً[72]، و هو ما جاء في القرار الصادر سنة 1969 و الذي ينص: { على حق الأجداد في استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل.} [73]، و الملاحظ في هذا القرار أن القاضي قدر حق زيارة الجد بمرة في السنة وهو أمر غير معقول لأن الزيارة هدفها هو الاطمئنان على الصغير و رؤيته مرة في السنة لا يتماشى و مقاصد الزيارة.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على منح حق الزيارة للجد والجدة، وورد ذلك في قرارات متعددة منها ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 21 أفريل 1988 { المبدأ: من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا.} ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلاً للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون[74].

وأيضا ما قضت به المحكمة العليا سنة 2011 [75] و 2012 [76] ومفاده أن القضاة أقرو حق الجدة في الزيارة مراعاة لمصلحة المحضون و أسسوا قرارهم بأن الجدة هي بمنزلة والدهم المتوفي، وإنه حرصا على توطيد وتقوية صلة الرحم التي تجمعها بهم، و سعيا لمنع أي محاولة لقطعها، يتعين إفادتها من ذلك الحق.

---

[72] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 187.

[73] قرار(دون رقم ملف)، مؤرخ في 1969/10/08، ،غرفة قضائية خاصة ، المجلس الأعلى، سنة 1969 ص 327 عن زكية حميدو المرجع السابق، ص 188.

[74] قرار رقم 189181، مؤرخ في 1998/04/21، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع خاص، سنة 2001، ص 192.

[75] قرار رقم 699801 ، مؤرخ في2012/10/11 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا، غير منشور، عن : سناء عماري، الآليات القضائية، المرجع السابق، ص 263.

[76] قرار رقم 699801 ، مؤرخ في2012/10/11 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا، غير منشور، عن : سناء عماري الآليات القضائية، المرجع السابق، ص 263.

وقضت المحكمة العليا في خصوص أصحاب الحق في الزيارة بمنح حق الزيارة للخالة في القرار الصادر سنة 2001 والذي قرر في المبدأ أن :{ 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.} [77].

فبالتالي فإن حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصريا على الأب و الأم فقط ممن تسند لهم الحضانة بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون فقد يتقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر تهمه أن يظل المحضون على صلة به فبمنح القضاة الجد حق الزيارة يعد تطبيقا صحيحا للقانون[78].

ومما لا شك فيه أن هذه القرارات كانت لها أهمية كبيرة في حفظ مصلحة المحضون و ذلك من خلال حكم القاضي بمنح حق الزيارة للأجداد الذين لهم دور كبير في إصلاح الشتات النفسي الذي يعاني منه الأبناء جراء انحلال الرابطة الزوجية بين أوليائهم و كم سبق الإشارة أن المادة 64 من ق أ ج و التي نصت على الحكم بالزيارة نصت في فقرتها الأولى على أصحاب الحق في الحضانة و تجدر الإشارة هنا على أن القاضي غير ملزم باتباع ترتيب المادة فهل سوف يكون ملزما في اتباع نفس الترتيب أيضا في الحكم بالزيارة وهو ما سوف نبحث عن إجابة له في القرار الآتي الذي أقر هذا المبدأ :{ من حق الأجداد رؤية الأحفاد في حالة عدم وجود الأبوين ويستمدون هذا الحق من الابن أو البنت في حالة وفاتهما باعتبارهم أصولا يحلون محل الفرع.}[79] نجد أن القاضي الجزائري يقضي بالحكم بالزيارة للأبوين أولاً أي إلى الأب الغير الحاضن ثم يؤول هذا الحق إلى الأجداد باعتبارهم أصولا يحلون محل الأبوين في حال انعدامهم وهو الشيء البديهي و لكن ماذا لو لم يكن الأب يستحق حق الزيارة وإن ممارسته لهذا الحق يؤثر سلباً على مصلحة المحضون و

[77] قرار رقم 258479، مؤرخ في 2001/01/23، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 02، السنة 2001 ص100.

[78] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 91.

[79] قرار رقم 824898، مؤرخ في 2014/10/16 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا، عن صديق تواتي، المرجع السابق، ص 521.

نشأته السليمة وهذا ما يتطلب تدخل سلطة القاضي التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون و مدى سلطته في تخطي الأب و الاتجاه للجد.

وفي هذا الخصوص هناك من يرى بأن إلزام القاضي بأن يحكم بالزيارة من تلقاء نفسه و بدون طلب من أي أحد يكون قد فاته أن منح حق الزيارة دون طلب و دون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة و مضرة بالمحضون[80] ، ومنها منح القاضي هذا الحق لشخص غير كفؤ لا تتوفر الشروط الازمة للقدرة على رعاية الصغي طيل فترة الزيارة و كذلك في حالة التعسف في استعمال هذا الحق، كما سبق ذكره في المبحث الأول من هذا الفصل، نظرا لأن التعسف في حق الزيارة هو تحويل المحضون وإبعاده عن حاضنه وعرقلة الحضانة بعدم إعادته وهو فعل يعاقب عليه القانون [81]مادة 328 من قانون العقوبات[82].

ورغم قصور التشريع الجزائري في تنظيم أصحاب الحق في الزيارة و تبني القضاء تنظيمه كان المشرع المغربي قد تدارك هذا الفراغ القانوني و عالج الأمر بالمادة 185 من مدونة الأسرة المغاربية التي تمنح الأجداد أي آباء أحد أبوي الطفل حق رؤيته وأضاف إليه شرط وفاة أحد الأبوين حيث هكذا فقط يمكن أن يحق للأجداد زيارة المحضون أي في حالة وفاة أحد الأبوين[83].

الفرع الثاني

إشكالات مدة و مكان الزيارة

أصعب مشكلة تعترض الحق في الزيارة هي تحديد التوقيت والمكان المناسبين لممارسة هذا الحق، وقد يترك ذلك لاتفاق الطرفين **(أولا)** وقد يتدخل القضاء في تنظيم ذلك **(ثانيا)**.

---

[80] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

[81] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

[82] الأمر رقم 16-02 سالف الذكر.

[83] القانون رقم 03-70 الصادر في 2004/02/03 و المتضمن المدونة المغربية.

أولا: التنظيم الاتفاقي لحق الزيارة

وإن كان لإرادة الزوجين كلمة الفصل في إبرام عقد زواجهما و كذا في إنهائه بالتراضي فإن الأولى بتلك الإرادة أن تجد لها مكانا و تبرز في مجال الزيارة حتى يكون للزوجين الحق والواجب في تنظيم هذا الحق في الآن ذاته من حيث زمان و مكان الزيارة وذلك لمحاولة تلافي النزاعات بينهما بسبب استئثار كل منهما بالمحضون فالتنظيم الاتفاقي لحق الزيارة رضائيا يسهل عليهما الوصول إلى حل مشترك و تسهيل تنفيذه[84]، و ما على القاضي إلا باحترام موقفهما إذا رأى مصلحة المحضون في ذلك ويكون دوره كاشفا فقط عن إرادة الزوجين.

وإن هذا قد يكون حلا مناسبا لإشكالية تنظيم حق الزيارة و خاصة إذا عرض القاضي على الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي أن لا يقتصر رضاهم على الطلاق فقط بل الوصول إلى حل رضائي في تنظيم مواعيد و أماكن الزيارة كذلك، فبالعودة إلى المشرع الجزائري فإنه لم يشر إلى إمكانية تنظيم حق الزيارة اتفاقيا، و بالمقابل أيضا نجد قلة قليلة من الأحكام القضائية التي تشير إلى إمكانية تنظيم حق الزيارة اتفاقيا نذكر منها قضى به المجلس القضائي عين وسارة:{ تمكين المدعي من ممارسة حق الزيارة بطريقة ودية في حال تراضي الطرفين على ذلك و إذا وقع خلاف بينهما يمارس المدعي حقه على النحو الآتي بيانه...}[85] وهو يبقى اجتهاد قضائي صادر من السلطة التقديرية المخولة للقاضي و غير ملزم لباقي القضاة و يمكن مخالفته فهو لا يرقى إلى إلزامية القانون.

وفي هذا الصدد وبحثا عن حلول لإشكالية تنظيم حق الزيارة نجد أن المشرع المغربي قد عالج هذا القصور بمواد قانونية في مدونة الأسرة المغربية المادة 181 و ما يليها منه و

[84] راضية بشير، المركز القانوني للزوجين في الأسرة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2020، 2021، ص 323.

[85] قضية رقم 18/00444، مؤرخ في 2018/06/11، شؤون الأسرة و المواريث، مجلس قضاء الجلفة، مفهرسة تحت رقم 18/00851 ص 05، عن راضية بشير، المرجع السابق، ص324.

الذي جعل حق الزيارة مؤسس على رغبة و اتفاق الأبوين و الانتقال إلى التنظيم القضائي لا يكون إلا استثناء في حالة عدم التوصل إلى اتفاق[86].

و ما يمكن قوله هنا هو أن التنظيم الاتفاقي لحق الزيارة ما هو إلا تسوية رضائية تتم باتفاق الطرفين عن مواعيد الزيارة و مكانها و يتم بموافقة القاضي على ذلك[87]، وفي حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى حل يرضي الجميع و يحافظ على مصلحة المحضون الفضلى يتجه القاضي إلى تنظيم حق الزيارة بنفسه.

ثانيا: التنظيم القضائي لحق الزيارة

وهو التسوية القضائية التي تقررها المحكمة وفق ظروف الحاضن والمحضون استنادا إلى ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في هذا الخصوص مستندا في صحة حكمه على وقائع الدعوى و تقرير اللجان الطبية المختصة مع ضرورة تحديد المكان و الزمان المناسبين لزيارة المحضون ومراعاة مصلحة المحضون في ذلك وهذا في حالة عدم الاتفاق على طريقة لتنظيم حق الزيارة، و يجب أن يكون حكم القاضي المسند للحضانة متضمن كيفية ممارسة هذا الحق من حيث مكان و زمان ممارسة الزيارة[88].

ومع سكوت المشرع الجزائري في تحديد زمان و مكان و مدة الزيارة و حتى الأسباب التي تؤدي إلى سقوطها وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي[89]، فإن هذا لم يحد القضاة من وضع مبادئ تنظم بها هذا الحق و أقرت هذا في القرار الصادر سنة 2014:{ إن مدة و توقيت الزيارة مسألة موضوعية يقدرها القاضي.}[90].

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا سنة 1990: { متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه

---

[86] الأمر رقم 03-70 سالف الذكر.

[87] سناء عماري، الآليات القضائية، المرجع السابق ص 264.

[88] سناء عماري، الآليات القضائية، المرجع السابق، ص 265.

[89] عيسى بن مصطفى، المرجع السابق، ص414.

[90] قرار رقم 790168، مؤرخ في 2014/02/13، غرفة الأحوال الشّخصية، المحكمة العليا ، غير منشور، عن سناء عماري، الآليات القضائية، المرجع السابق، ص 265.

من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.}[91] وكان هذا القرار هو المبدأ الذي اعتمده قضاة الموضوع في ترتيب وتنظيم حق الزيارة على أساس مرونة و سلاسة ممارسة الزيارة و مراعاة أطراف الحضانة.

وهذا ما أكده قرار آخر صادر على التوالي و الذي جاء فيه:{ من المستقر عليه فقها و قضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع و القانون لا يبنى على التخويف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون... و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيد حرية الأشخاص و خالف القانون و الشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.}[92].

فعند استقراء هذا القرار نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا راعوا أحكام الشرع والقانون و كذلك حريات الأشخاص في خصوص تحديد مكان الزيارة .

فمكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر عدة ساعات بشرط أن لا يسبب حرجا للمطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه[93]، و لا يجوز له

---

[91] قرار رقم 59784، المؤرخ في 1990/04/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، سنة 1991، ع. 04، ص 126، عن جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2 المرجع السابق، ص 549.

[92] قرار رقم 79891، مؤرخ في 1990/04/30، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 1994، ص55.

[93] عبد الرحمن بشري، راضية عميور، سلطات القاضي في تقدير حق الحضانة و الزيارة و إشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، مجلد 06 ،ع. 02 ، جوان 2021، ص 866.

أن يدخل عليها منزلها[94]، و هو ما قضت به المحكمة العليا { المبدأ: من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.}[95].

نظرًا للواقع العملي فإن من يملك حق الزيارة هو من يأخذ المحضون لرؤيته و يتفقده و يرده للحاضنة عند انتهاء المدة التي حددها القاضي.

وفي تنظيم حق الزيارة من حيث المدة راعى القاضي عمل الناس خاصة الأب و مواقيت الدراسة للمحضون وهو ما نلاحظه في الحكم الصادر عن محكمة عين تيموشنت " بحق الأب في زيارة ابنته يوم الجمعة وخلال العطل الرسمية (الوطنية و الدينية) ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء.." [96]، وفي حكم آخر قضت به محكمة المشرية "...يحق للأب كل يوم خميس و جمعة وفي الأعياد الدينية و الوطنية ابتداء من الساعة 09 صباحا إلى غاية 06 مساءا.." [97] ، و أيضا ما قضت به محكمة سكيكدة سنة 2023:"...مع تقرير حق الزيارة للأب كل يوم جمعة و سبت من الساعة العاشرة صباحا و لغاية الخامسة مساءاً من كل أسبوع و بالأعياد الدينية و الوطنية مناصفة، و نصف العطل المدرسية..."[98]. وما لاحظناه من هذه الأحكام أنها اتبعت في تحديد مدة الزيارة قياساً على أحكام الشرع حيث أن المدة التي يجوز للأب أن يرى ولده فيها أو الأم ترى ولدها فيها غير منصوص عليها صريحا في كتب الفقه و لكن يمكن معرفة ذلك قياسا على ما نص عليه الفقهاء : أن للزوجة أن تخرج لرؤية أبويها بمرة كل أسبوع مرة، فكذلك تقاس مدة رؤية الأب

[94] عبد العزيز سعد، إجراءات دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق، ص 183.

[95] قرار رقم 214290، مؤرخ في 1998/12/15، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 194.

[96] حكم رقم 405/99، مؤرخة في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشّخصية، محكمة عين تموشنت، غير منشور، عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص198.

[97] حكم رقم 311/99، مؤرخة في 1999/12/07 ، غرفة الأحوال الشّخصية، محكمة المشرية، غير منشور، عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص198.

[98] حكم رقم 1547/23، مؤرخ في 20 /2023/06، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، محكمة ، محكمة سكيكدة، غير منشور.

والأم لودهما وتحدد بمرة كل أسوبع لأن المقيس عليه رؤية الفرع لأصله و المقيس رؤية أصل لفرعه فاتحدت العلاقة[99].

وهو المعمول به فإذا حكم القاضي بإسناد الحضانة إلى أحدهما فإنه يتعين أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر خلال العطل الأسبوعية على أن يكون الهدف من هذه الزيارة هو بقاء صلة الوصل قائمة بين المحضون ووالده ووالدته وإخضاعه إلى رقابته و رعاية شؤونه[100].

فمدة الزيارة هي الوقت الذي يستغرقه صاحب الحق في الزيارة فالأصل أن أوقات رؤية و زيارة الولد تكون مبنية على التوسعة و المرونة بين أصحاب الحق بما يحقق مصلحة الصغير[101]، وهي غير مرتبطة بسن معينة للصغير وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار جاء فيه:{ المبدأ: زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره، حق له وغير مرتبة بسن معينة.}[102]، غير أنه على القاضي مراعاة عمر الصغير في سن الرضاعة و تقليص مدة الزيارة لأجل مصلحته فبقاءه بعيدا عن مرضعته مدة طويلة مضرة به لذلك قضت المحكمة العليا بأن مسألة تقدير مدة زيارة الرضيع ومكانها تخضع للسطلة التقديرية للقاضي الموضوع."[103].

أما بالنسبة لمدة الزيارة للأقارب كالخالة التي منحها القاضي حق الزيارة فيستوي حقهم في الزيارة مع حق الأم في الرؤية و لكن قد يختلف في المدة، كأن يكون مرة في الشهر[104].

---

[99] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 567، 568.

[100] عبد العزيز سعد، إجراءات دعاوى شؤون الاسرة ، المرجع السابق، ص 182.

[101] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – الطلاق و آثاره– ، ط 1 ، منشورات جامعة سهبا، ليبيا، 2006، ص 242.

[102] قرار رقم 350942، مؤرخ في 2006/01/04، غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، سنة 2006، ص 455.

[103] قرار رقم 505325، مؤرخ في 2009/07/08، غرفة الأحوال الشّخصية، غير منشور. عن سناء عماري ، الآليات القضائية ، المرجع السابق، ص 269.

[104] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 568.

وعليه وفي غياب نصوص قانونية أو شرعية يجب على القاضي دفعا للضرر أن يراعي عادات الناس و أعرافهم في تنظيم هذا الحق سواء من حيث المدة أو المكان وأن ينظر إلى صاحب الحق في الزيارة و من أسندت إليه مهمة زيارة المحضون حتى يتمكن من مراقبته و الاطمئنان عليه كما يجب عليه النظر في مصلحة المحضون التي ترجح في كل الأحوال[105].

المطلب الثاني

إشكالات منح الولاية

منح الولاية للحاضن في القانون الجزائري وهو عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة يحكم بالولاية أيضا للحاضن، فعندما تمنح الولاية لغير الولي تطرح مشكلتين هل يعني تحمل المسؤولية للحاضن وإسقاطها عن الولي **(الفرع الأول)** والمشكلة الثانية تظهر في حال انقضاء الحضانة بعد انتهاء المدة ب 16 سنة بالنسبة للطفل و 19 سنة بالنسبة للبنت في ظل عدم تطرق المشرع الجزائري لمصيرهما **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : إشكالات المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.

حسب نص المادة 62[106] من قانون الأسرة الجزائري يقع على عاتق الحاضن مجموعة من الواجبات وهي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا، بالإضافة إلى الالتزام بالرعاية، على الحاضن الالتزام بالرقابة على أفعال المحضون وتحمل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار غير أنه في هذه الحالة لابد من توفر شروط لكي تقوم على أساسها مسؤولية الحاضن[107]، والقانون هو من يحدد شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة**(أولا)** ويتبع ذلك قيام مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون**(ثانيا)**.

---

[105] نظيرة بومالة، المرجع السابق، ص 33.

[106] الأمر 84-11 سالف الذكر.

[107] سناء عماري ، التطبيقات القضائية للحضانة، المرجع السابق، ص 158.

أولا: شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة

تقوم هذه المسؤولية في حالة تولي شخص رقابة شخص آخر بسبب حالته العقلية أو الجسمية أو صغر سنه كما هو الحال في الحضانة. فالرقابة هي الإشراف على شخص وتوجيهه و حسن تربيته و اتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك[108].

لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني في قانون الأسرة يعالج أفعال المحضون الضارة مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني.

نجد أن المادة 134[109] ق م ج تنص: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار..."، حسب نص المادة لتحقق مسؤولية متولي الرقابة يجب توفر الشروط التالية:

أ . التزام الحاضن بالرقابة

من خلال نص المادة السابقة نجد أنه يقع على عاتق الحاضن التزام برقابة شخص آخرا وهو المحضون الذي يكون بحاجة إلى هذه الرقابة والذي يجب أن يكون قاصرا وفق نص المادة 134 ق م ج أي هو كل شخص لم يبلغ سن 19 سنة من العمر حسب نص المادة 40 من ق م ج[110] و هو كذلك لأن المشرع حدد مدة بقاء المحضون الذكر عند حاضنته بـ 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 16 سنة و بالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج وهو أيضا 19 سنة. وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرر لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة[111].

---

[108] علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الجزائر، سنة 2002، ص 94.

[109] الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، سالف الذكر.

[110] الأمر رقم 75-58 سالف الذكر.

[111] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 130.

ب . صدور عمل غير مشروع من المحضون

وهو أن يقع العمل غير المشروع من الشخص الخاضع للرقابة على الغير، ولكن الخلاف الذي أثاره الفقه و اختلفت آرائهم فيه هو حول اشتراط الخطأ أو عدم اشتراطه في الفعل الخاضع للرقابة، وهو اختلاف يرجع أساسا لتعريف الخطأ نفسه[112].

الرأي الأول وهم أنصار النظرية الموضوعية لا يرون في الفعل إلا الجانب المادي و لا يشترطون لتحققه التمييز و يكفي ارتكاب الخاضع للرقابة العمل الغير مشروع لكي تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة. أما الرأي الثاني وهم أنصار النظرية الشخصية في الخطأ يتطلبون أن يتوافر في الخطأ ركنان: ركن مادي وهو التعدي و ركن معنوي هو الإدراك والتمييز[113].

والرأي الراجح هو أن هذا الفعل هو كل تعدي يلحق الضرر بالغير بغض النظر عما إذا كان السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكا عاديا أو غير عادي[114].

جـ . وقوع العمل الغير مشروع الذي قام به من هو خاضع للرقابة

لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة أي المحضون فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن وهذه الأخيرة لا تقوم إلا إذا وقع العمل الغير المشروع من المحضون، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو فعل نفسه فلا تقوم مسؤولية الحاضن[115].

ثانيا: مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون

من أجل معالجة هذه الإشكالية لابد من العودة إلى أحكام قانون الأسرة أولا ثم الى أحكام القانون المدني لتحديد من هو المسؤول عن أفعال المحضون الضارة.

---

[112] سارة خريسي، و آخرون، مسؤولية متولي الرقابة كحاضن عن أفعال الطفل المحضون، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، ع. 02، سنة 2021، ص 1379.

[113] أنظر، سارة خريسي وآخرون، المرجع السابق، ص 1379.

[114] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 94.

[115] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 184.

أولا تجدر الإشارة إلى التفريق بين الولاية و الحضانة، فالولاية هي تنفيد القول على الغير و إشراف على شؤونهم[116]. وهي تنقسم ثلاثة أقسام ولاية النفس و ولاية المال و ولاية التربية وحسب الإمام أبو زهرة فإن ولاية التربية هي الحضانة [117] و البتالي فالحضانة هي جزء من الولاية.

وحسب هذه الأحكام فإن الأم غير مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة في حياة والده لأن الحضانة بهذا المفهوم لا تعطى للحاضنة أية سلطة على الولد و يبقى الطفل تحت مسؤولية والده خاضعا لولايته وبعد وفاته تحل الأم محله[118]. وهذا ما كان واردا في المادة 87 من قانون الأسرة قبل تعديلها سنة 2005.

ولكن بعد قراءة السطر الأخير من المادة 87 من قانون الأسرة بعد تعديلها سنة 2005[119] نجد أنها تنص على أنه في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أُسندت إليه الحضانة. وعليه فإنه يتضح من ظاهر هذا النص أنه بمجرد أن يحكم القاضي بالطلاق بين المرأة وزوجها و يُسند الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما من ذوي الاستحقاق يجب عليه أن يتبع ذلك بإسناد حق الولاية على المحضون إلى من أُسندت له الحضانة سواء كان الحاضن أُماً أو غيرها[120].

وعليه تكون الأم أو من أسندت له الحضانة باعتباره مستحقها حسب المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة مستحقا للولاية التي يمنحها له قاضي شؤون الأسرة ، و يكون الحاضن الولي أو الحاضن المكتسب للسطلة الأبوية من خلال منحه الولاية مسؤولا عن أفعال أولاده القصر بقوة القانون، فبإسناد الولاية لمن له الحضانة بموجب حكم قضائي وبتوفر شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة أو المكلف بها يصبح الحاضن مسؤولا عن أفعال

---

[116] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 118.

[117] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 404.

[118] سارة خريسي، و آخرون، المرجع السابق، ص 1382.

[119] الأمر 02/05 سالف الذكر، المادة 87 فقرة 03 منه: " في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

[120] عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق، ص 183.

أولاده القصر إذا ألحقوا ضررا بالغير وهذا حسب المادة 134[121] من القانون المدني إضافة إلى مهمة الحضانة[122].

أما إذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة و أخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى ونتج أن تصرف المحضون تصرف غير شرعي ألحق الضرر بالغير فإن المسؤول عن تعويض هذا الضرر سوف لا يكون هو الحاضن بالضرورة وإنما هو الشخص المسؤول عن استعمال الحق في الزيارة المحكوم له والذي وقع وقت ما كان المحضون تحت سلطته و رقابته. ويمكن كذلك أن يعتبر هذا الفعل كما يرى البعض سببا من أسباب سقوط حق الزيارة[123].

وتنص المادة 134 من ق م ج في فقرتها الثانية: " ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ". وعليه فإن المسؤولية المفترضة يمكن دفعها بإثبات أمرين من جهة أداء واجب الرقابة بما ينبغي من العناية، ومن جهة أخرى نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار و خطأ الحاضن في الرقابة، لأن المسؤولية مفترضة و يتحمل الحاضن نفيها أي أنه يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن تكون له أي علاقة بالفعل بالخطأ المفترض، أو أن الضرر وقع بسبب أجنبي، كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ من الغير من شأنه أن يقطع الصلة بين التقصير المفترض والحادث كان واقع لا محال ولو اتخذ الحاضن كل الاحتياطات لمنعه وأن الخطأ المفترض لم يكن هو من سبب الحادث[124].

---

[121] الأمر 05-10 سالف الذكر. المادة 134: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

[122] جيلالي دلالي، إشكالية ممارسة السلطة الأبوية في ظل إسناد الحضانة للأم، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، ع. 29، مارس 2022، ص 156.

[123] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297، 298.

[124] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 01، المجلد 02، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 1139.

الفرع الثاني
إشكالات مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة

ولمعالجة هذه الإشكالية لا بد من التوسع في دراسة الأحكام المتعلقة بالولاية على النفس، حيث أن مسألة انتقال الطفل بعد انتهاء الحضانة ترتبط ارتباطًا وثيقًا بسلطة الوليّ وحقه في الإشراف على شؤون المحضون، كما يجب الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تُحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب النص القانوني الصريح مما يستوجب الاستناد إلى قواعد الفقه الإسلامي التي تعلي من مصلحة الطفل باعتبارها المعيار الأهم في مثل هذه الحالات.

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

إما تطبيق النص القانوني و الحكم بانتهاء حضانة الأم و بالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه[125].

أو الاعتداد القاضي برغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته[126].

أولا: مصير المحضون بعد بانتهاء الحضانة على ضوء الشريعة الأسلامية

نميز بين حالتين: ضم الولد إلزاميا بعد انتهاء الحضانة أو تخييره.

أ. ضم الولد إجبارا

لما كان الصغير عاجزا عن النظر في شؤون نفسه نظر إليه الشارع نظرا حكيما فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه وهن الأقارب من النساء فعند بلوغه سن التمييز يدخل في دور جديد يحتاج إلى الإعداد بما هو مطالب به في المستقبل فيسلم إلى من هو أقدر على القيام به[127]، يرى الفقه الإسلامي أنه إذا

---

[125] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 52.

[126] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، مع دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، سنة 2008، ص 258.

[127] محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – معزز باجتهادات المحاكم الشرعية- ، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، ص563.

انتهت مدة حضانة النساء سلم الولد ذكرا كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجودا وعنده أهلية لضم الولد إليه فإن لم يكن موجودا أو كان موجودا غير أهل لذلك الضم، انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فلأقرب بترتيبهم في استحقاق الحضانة مع الملاحظة أن الأنثى لا تسلم إلى عاصب غير محرم على عكس الغلام فلا خطر في ضمه لعاصب غير محرم[128].

فعند انتهاء مرحلة الحضانة التي هي ولاية التربية[129] تبدأ مرحلة أخرى هي ضم الولد إلى الولي على النفس و تنتهي ببلوغ الولد عاقلا مستغنيا عن النساء[130].

فإذا انتهت مدة حضانة الصبي انتقلت جبرا إلى أبيه و إن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كأخوته الأشقاء أو غير محارم كأبناء عمه، و ذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه و يربيه[131].

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأمونا على نفسه فإذا بلغ غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأمونا، أما البنت فإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكرا ولو كانت أمينة على نفسها و كذلك إن كانت ثيبا غير مأمونة على نفسها، وإن تقدمت البكر بالسن و صارت ذات دراية وحكمة و عرف عنها العفة صارت أحق بنفسها و ليس لأحد جبرها على على المقام معه[132].

أما إن لم يكن للمحضون" الغلام أو البنت" أحد من العصبة الذين لهم حق الضم و أهليته، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام، فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له، و كذلك الأنثى إذا كان العاصب غير محرم لها للقاضي أن

---

128 عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 765.

129 الامام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 406.

130 بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 572.

131 عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة وفق مذهب أ[ي حنيفة و عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم، الكويت، 1990، ص201،200.

132 عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 765.

يبقيها لدى الحاضنة حتى يختار لها شخصا أمينا ليضعها عنده[133].

ب . في تخيير المحضون

ذهب الحنابلة والشافعية إلى القول بتخيير المحضون واستندوا في ذلك إلى حديث المرأة التي قالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعني و سقاني من بئر أبي عنبة فجاء زوجها، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: يا غلام هذا أبوك وهذه أمك، فخد بيد أيهما شئت، فأخد بيد أمه، فانطلقت به[134]، ويكون تخيير المحضون بعد سن التمييز لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن و الآدب ووظائف العبادات و ذلك يستوي فيه الغلام و الصبية[135].

في هذا الحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخيير بين الأم و الأب، و اختلف العلماء في ذلك فذهب البعض إلى أنه يخير عملا بهذا الحديث ، وحدو التخيير من السبع سنين و ما فوق، و ذهب الحنفية إلى عدم التخيير و قالو: الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، و الأم أولى بالأنثى، و وافقهم الإمام مالك في عدم التخيير[136].

ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة في القانون

لم يُفصّل المشرّع الجزائري في قانون الأسرة في أحكام الحضانة بشكل دقيق بخصوص مصير الطفل المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة، وهو ما يخلق فراغًا تشريعيًا في هذا الجانب الحساس للصغير، ففي الواقع العملي كثيرًا ما يرفض الطفل الانتقال إلى الطرف الآخر الذي ستسند له الحضانة، وذلك بسبب اعتياده على العيش مع الطرف الذي كان يتولى حضانته سابقًا، كأن يكون قد نشأ لسنوات طويلة في كنف والدته، ولا يُعدّ هذا الرفض سلوكًا شاذًا أو غير طبيعي، بل هو أمر طبيعي نابع من التعلّق العاطفي والاستقرار

---

[133] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 572.

[134] رواه أحمد و الأربعة و صححه الترمذي.

[135] أبو المحاسن بن يوسف بن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الآثار، ج 01، ط 02، عالم الكتب، لبنان، 1362هـ، ص 325.

[136] التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، ج 04 ، ط 02/ دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 872.

النفسي الذي يشعر به الطفل مع الحاضن الأصلي.

كما أن المشرع الجزائري لم يضع نصاً للابن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم وقد ينتهي سن الحضانة بالنسبة إليه و يبقى مع إخوته وقد لا يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه و بالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة لأن الواقع عكس ما ينص عليه القانون ففي كثير من الحالات نجد الابن تنتهي حضانته وهو ما زال مستمرا في العيش مع إخوته الذين مازالوا في حضانة أمهم[137].

و بحثا عن حل لهذه هذه الإشكالية نجد قضاء المحكمة العليا توصل الى منح الحاضنة الحق في المطالبة بنفقة الابن المحضون بعد انتهاء حضانته ببلوغه عشر سنوات وهو ما جاء في مبدأ القرار الصادر سنة 2012:{...لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي... الحاضنة غير مطالبة قضائيا بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات ...وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون}[138]، حيث أنه في قضية الحال أن الولد تجاوز سن العشر سنوات ولم تقم الحاضنة بالتمديد في الآجال المحددة وما جاء في الوجه الذي بني عليه القرار أنه: تم إغفال قاعدة جوهرية حيث أن دعوى الولد المحضون تجاوز سن 10 و أن الحضانة بذلك قد انقضت قانونا وأن المطعون ضدها بذلك تفتقر للصفة في إقامة هذه الدعوى وفقا لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدينة و الإدارية[139].

ولكن حيث أن الصفة تبقى قائمة للحاضنة في إقامة الدعاوى الخاصة بشؤون الأسرة مادامت الحضانة سارية و لم يوضع لها حد بحكم قضائي، لأن الحضانة بالنسبة للذكر فضلا عن أنها قابلة للتمديد إلى 16 سنة فإن الحكم بانتهائها يراعي فيه مصلحة المحضون الأمر الذي يجعل الوجه غير سديد و يتعين رفضه.

---

[137] عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، ع. 15، سنة 2005.ص 202.

[138] قرار رقم 599850، مؤرخ في 2011/02/10، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، ع. 01، سنة 2012، ص281.

[139] قانون رقم 08-09 سالف الذكر.

ولكن الإشكال هو في حال اختيار الابن البقاء مع الحاضنة بعد انتهاء حضانته و رفضه الضم لأبيه بعد بلوغه لسن 16 حيث يكون في الغالب مزاولا للدراسة في هذا العمر وبالتالي تجب عليه النفقة حسب نص المادة 75 [140] من ق أ ج، فإذا رفض الأب تسديد نفقة الولد نكون هنا أمام إشكالية قد ترقى إلى جريمة عدم تسديد النفقة المقررة قانونا[141].

كذلك فيما يخص المنح العائلية التي هي حق للمحضون متى توفر شروط الاستحقاق، ومع تخلف الآليات القانونية الصريحة لنقل هذه المنح من أب المحضون إلى حساب الحاضن فإن القاضي الذي يعرض عليه النزاع يجب أن ينتبه أن هذه المنح تدفع للزوج[142]، و يستوجب أن يفصل القاضي بإلحاق المنح للشخص الحاضن سواء كان ذلك في حسابه الخاص أو تصرف له نقدا أو بأي طريقة يراها القاضي مناسبة[143]، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا { المنحة العائلية حق للمحضون يقبضها عنه من له الحق في الحضانة.}[144] و يجدر القول أنه في حالة انتهاء الحضانة للطفل بسن الـ16 هل تستمر الحاضنة في قبضها أو تعود إلى الولي في ظل عدم معرفة مصير الصغير بعد انتهاء الحضانة.

---

[140] قانون 11/84 سالف الذكر.

[141] انظر: المادة 331 من القانون 16-02 سالف الذكر.

[142] جمال عياشي، الأحكام القانونية للمنح العائلية المخصصة للمحضون، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد10، ع 02، سنة 2017، ص 48.

[143] جمال عياشي، المرجع السابق، ص 48.

[144] قرار رقم 356900 المؤرخ في 2006/03/15، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، سنة 2006، ص485.

الخاتمة

خاتمة

في الأخير نحمد الله و نشكره على إتمام هذا العمل الذي أخد منا الوقت و الجهد فقد سعينا في هذا العمل الى عرض أهم الجوانب المتعلقة بالحضانة و إشكالاتها بما يخدم الموضوع وذلك في حدود ما استطعنا التوصل اليه من نصوص قانونية و قرارات قضائية و آراء فقهية و دراسات، وإن كنا قد حرصنا على الإحاطة بمختلف الجوانب، فإن الكمال لله وحده، والخطأ والنقص أمراً وارد، خاصة في المواضيع المتشعبة كهذا الموضوع، وما توصلنا إليه من إنما هو حسب علمنا وفهمنا المتواضع، ولما لا قد تكون هذه النتائج انطلاقة جديدة لدراسة أكبر و أعمق في المستقبل القادم.

فمن خلال دراسة التطبيقات القضائية لموضوع الحضانة و إشكالاتها اتضح لنا أن القضاء قد كان له دورًا محوريًا في تفسير وتفعيل النصوص القانونية المنظمة للحضانة، بما يراعي مصلحة المحضون باعتباره المعيار الأسمى، فقد تناولت المحاكم قضايا متعددة تتعلق بالحضانة و ممارستها و الحقوق المرتبطة بها وأصدرت قرارات كانت هي أساس دراستنا و مصدر مهم كونها هي التطبيق القضائي.

ومن أهم النتائج التي توصلنا لها في بحثنا هذا:

النتائج:

- ❖ أن القضاء الجزائري لم يجتهد في تعريف الحضانة على عكس بعض القضاء المقارن و أقتبس نفس التعريف القانوني الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وهو أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.
- ❖ أن القضاء الجزائري كييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية بكل طرقها و ليس من آثار الطلاق فقط، و كيفها أيضا على أنها حق و واجب في نفس الوقت.
- ❖ أن القاضي غير ملزم بإتباع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وله سلطة تقديرية في إسنادها على حسب مصلحة

المحضون وإن إسناد الحضانة لصاحب الحق يكون تلقائي بصفة تبعية لدعوى الطلاق.

- ❖ تأكيد المشرع على مراعاة مصلحة المحضون و التي جاء ذكر هذه العبارة في العديد من مواد الحضانة.
- ❖ في المنازعات المتعقلة بالحضانة التمديد يكون للذكر فقط دون الأنثى وفي سن معينة، حيث تنقضي حضانة الذكر بـ 10 سنوات قابلة للتمديد ل 16 عشر سنة و حضانة البنت بـ19، يكون ذلك بحكم قضائي.
- ❖ و من منازعات الحضانة أيضا دعوى إسقاط الحضانة و تكون دعوى أصلية مبنية على أحد أسباب السقوط و تسند الحضانة إلى طالب الإسقاط إذا كان أهلا لذلك.
- ❖ لم يعرف المشرع الجزائري المسكن ولم يبين طبيعته القانونية و اكتفى بذكر المسكن الملائم دون أن يوضح المقصود منه.
- ❖ سلطة القاضي في منح المسكن تقديرية مقيدة بشروط.
- ❖ توفير المشرع الجزائري الحماية القانونية للمحضون من خلال إقرار عقوبات جزائية عند الإخلال بممارسة الحضانة وعرقلتها.
- ❖ عدم تطرق المشرع الجزائري الى تنظيم حق الزيارة سواء من حيث أصحاب الحق أو من حيث مكان و زمان ممارسته و تركه للممارسة القضائية.
- ❖ يحكم القاضي بالولاية لمن أسندت له الحضانة.
- ❖ لم يوضح المشرع الجزائري مصير الصغير بعد انتهاء حضانته.
- ❖ قصور وغموض التشريع في كثير من الجزئيات كالزواج المختلط والانتقال بالحضون.

التوصيات:

من خلال دراستنا استدركنا بعض النقاط والتي قد تساهم ولو بالقليل وبأدراج بعض الحلول التي قد تكون نقطة انطلاق نحو القادم:

- ❖ تسهيل تمديد الحضانة بالنسبة للذكر وجعلها تلقائية بدون الحاجة لاستصدار حكم قضائي.
- ❖ تنظيم حق الزيارة في نصوص قانونية من حيث أصحاب الحق و المدة و الزمان ومسقطاته نظراً لأهميته في تنشئة المحضون لأنه هو الوسيلة الوحيدة التي يمارس بها الأب حق رقابته على الصغير.
- ❖ توفير سكن اجتماعي للحاضنة مع محضونها الى حين توفير الأب للمكسن أو دفع بدل الإيجار في حال رفض وليها إيوائها.
- ❖ التوضيح أن الولاية تبقى مشتركة بين الأب و الأم و إسنادها للحاضنة بعد الطلاق لا يعني إسقاطها عن الأب.
- ❖ تقييد سلطة القاضي في إسناد الحضانة الى الأم الزانية لأن الفعل غير خلقي ويمس بمصلحة المحضون.
- ❖ توحيد القرارات القضائية.
- ❖ إدراج نصوص تعالج إشكاليات الحضانة في الزواج المختلط في قانون الأسرة الجزائري.
- ❖ توضيح مصير الصغير بعد إنتهاء حضانته.

الملخص باللغة العربية:

تعد الحضانة من أهم الآثار القانونية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، إذ تُشكّل نظامًا لحماية ورعاية الطفولة أقرّته الشريعة الإسلامية ونظّمته التشريعات الوضعية، وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري، حيث يترتب عن الطلاق نقل مسؤولية الحضانة إلى أحد الأبوين أو إلى من هو أحق بها شرعًا وقانونًا وهي الأم، وهو ما يستدعي تدخل القضاء للفصل في دعاوى الحضانة لضمان تحقيق مصلحة الطفل الفضلى، سواء تعلّق الأمر بالمطالبة بها أو بإسقاطها أو حتى بطلب تمديدها بعد بلوغ الطفل سن انتهاء الحضانة.

ويُبرز التطبيق القضائي للحضانة الدور الحاسم في تحقيق مصلحة المحضون، خاصة في الحالات المعقّدة التي أصبحت تطرح إشكالات قانونية متزايدة، من أبرزها حالات الزواج المختلط، التي تُثير نزاعات متعلقة بالاختصاص الدولي وتعارض القوانين، وكذا جريمة عدم تسليم المحضون، التي تشكّل مساسًا خطيرًا بحق الحاضن القانوني وتُخلّ بمبدأ تنفيذ الأحكام القضائية، كما تُطرح إشكالية منح الولاية للحاضن عدة إشكاليات أُخرى، وما ينجم عنها من تعارض محتمل في اتخاذ القرارات الجوهرية الخاصة بالمحضون بين الحاضن والولي الشرعي.

وعليه، فإن دراسة هذه التطبيقات و الإشكاليات في ظل ما تقرّره النصوص القانونية وما ترسّخه الاجتهادات القضائية، يُعدّ أمرًا جوهريًا لفهم مدى نجاعة النظام القانوني في ضمان مصلحة الطفل، وتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف المعنية بالحضانة و خاصة الصغير.

الملخص باللغة الإنجليزية:

Custody is one of the most important legal consequences arising from the dissolution of the marital bond, It constitutes a system for the protection and care of childhood, established by Islamic Law and regulated by positive legislation, foremost among them the Algerian Family Code ,Upon divorce custody is transferred to one of the parents or to the person legally and religiously entitled to it typically the mother , This necessitates judicial intervention to resolve custody disputes in order to ensure the best interests of the child whether in cases of claiming custody its revocation or even requests for its extension after the child reaches the legal age for custody termination.

Judicial practice in matters of custody highlights its crucial role in serving the best interests of the child, particularly, in complex situations that increasingly raise legal challenges, Among the most prominent are cases of mixed marriages which provoke conflicts regarding international jurisdiction and legal contradictions ,There is also the crime of failing to hand over the child which constitutes a serious violation of the legal custodian's rights and undermines the principle of enforcing judicial rulings, Additionally, granting guardianship to the custodian raises multiple issues, including potential conflicts in making essential decisions about the child between the custodian and the legal guardian.

Accordingly, studying these judicial applications and legal challenges in light of the relevant legal provisions and established jurisprudence is essential to understanding the effectiveness of the legal system in ensuring the best interests of the child and in achieving a balance between the rights of all parties involved in custody especially the child.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية

أولا: النصوص القانونية

1. قانون رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالأمر 06-23.
2. القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني. ج. ر رقم 78، المعدل و المتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13ماي 2007 ج. ر رقم 13.
3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005. ج. ر، ع. 24.
4. القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج .ر، ع. 23.
5. القانون رقم 03-70 الصادر في 2004/02/03 و المتضمن المدونة المغربية.

ثانيا: الاتفاقيات الثنائية

1.اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة انتقال الموقع بمدينة الجزائر يوم 12 جوان 1988، المصادقة عليها بالمرسوم رقم 88_144 المؤرخ في 26 جوان 1988 ، منشورة في الجريدة الرسمية ع3، بتاريخ 27 يوليو 1988.

ثالثا: الكتب القانونية

1. أبو المحاسن بن يوسف بن موسى الحنفي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، ج 01، ط 02، عالم الكتب، لبنان، 1362ه
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، ج 1، دار هومة ، الجزائر، 2009.
3. أحمد إبراهيم عطيه ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، ط 1 ، دار الفكر القانوني، مصر، 2008.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية مصر، 2009.
5. الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي.دت.
6. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2008.
7. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين الذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و المقارن الزواج و الطلاق ، ج 1 ، ط د ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، د ت.
8. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة، ج1، كلية النشر،2008.
9. التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، ج 04 ، ط 02/ دار الوعي، الجزائر، 2010.
10. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية قرارات المحكمة العليا، مسرد الفبائي للكلمات الدالة ،ج1،ج2،ج3 ،ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

11. جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي ، ط2، دار هومه، الجزائر، 2017.
12. الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، بوزريعة الجزائر، طبعة 2005
13. رتيبة عياش الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة مسائل الزواج و الطلاق إلى غاية 2021 ،ط 1 ، دار الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر،2023.
14. رشدي شحاته أبو زيد، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2012.
15. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، مع دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، سنة 2008.
16. رفيقة حجايلية، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، 12، برتي للنشر، الجزائر، 2024.
17. صديق تواتي ، قانون الأسرة في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا ، ج 1 ، الديوان الوطني للأشغال الوطنية والتمهين، الجزائر ،2021.
18. عبد الرحمان خلفي ، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة (دراسة مقارنة) ، المجلة الجنائية القومية ، م 52 ، ع 2، يوليو ، 2009.
19. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ج 01، المجلد 02، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
20. عبد الرزاق يعقوبي، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد ، دار هومه الجزائر، 2018.
21. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2014.
22. عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومه، 2013.

23. عبد العزيز سعد ، الزواج و الطالق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03 ، دار هومه الجزائر.
24. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة حسب آخر تعديل له ، دار الخلدونية، الجزائر 2007.
25. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم، الكويت، 1990.
26. عثمان التركروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة ، عمان – الأردن– ، 2009 .
27. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث– الوصية– ج 1، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2005.
28. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01 الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
29. علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الجزائر، 2002.
30. فاطمة الزهراء بن محمود ، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية د ج، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
31. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1986.
32. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – معزز باجتهادات المحاكم الشرعية– ، ج 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية.
33. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011.

34. محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
35. مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – الطلاق و آثاره– ، ط 1 ، منشورات جامعة سهبا، ليبيا، 2006
36. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية –دراسة تحليلية مقارنة–، دار الكتب القانونية ، مصر، 2013.

رابعا: الرسائل و المذكرات الجامعية

أ–الأطروحات

1. سناء عماري، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، تخصص قانون لأحوال الشخصية، 2021 / 2022.
2. راضية بشير، المركز القانوني للزوجين في الأسرة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2020، 2021.
3. زكية حميدو مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، تخصص قانون خاص، 2005/2004.

ب–مذكرات الماجستير

1. ايمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ، تخصص أحوال شخصية ، 2014/ 2015.
2. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي، 2015/2014

3. عبد الحكيم بوجان، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، 2014 .
4. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2009/2008.
5. نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000.

ج-مذكرات الماستر

1. برحلة نسرين، عايدة لزرق، أثر ممارسة الحضانة في الزواج المختلط، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، جوان 2024.
2. بوتريبات عائشة، بوجمعة نجاة ، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014.
3. بوخميس حداد ومالك بوقرقور، القضاء الإستعجالي في المادة الأسرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2022/2021
4. فاطمة الزهراء بروان، أحكام الحضانة والإشكالات في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج شعيب، عين تموشنت، 2025/2024
5. قمرة سوقي، الإشكالات العملية لحق الزيارة بين النص القانوني و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016/2015.

خامسا: المقالات العلمية

1. أحمد نصر جندي، رؤية الصغير، المجلة العربية للفقه و القضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، مصر، ع 14، 1993.
2. إكرام بلبشير، القضاء الاستعجالي في المواد المتعلقة بالحضانة المؤقتة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، أحمد بن بلة .
3. أمنة بوزينة أمحمدي، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، معهد العلوم القانونية والإدارية، ع. 5، جوان 2018 .
4. أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة ، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، ع4، جانفي 2011.
5. جمال عياشي، الأحكام القانونية للمنح العائلية المخصصة للمحضون، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية، المجلد10، ع. 02، سنة 2017.
6. جمال مقراني ، إشكالات حق الحاضنة في السكن و سلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد 02، ع. 01 ، السنة 2017.
7. جيلالي دلالي، إشكالية ممارسة السلطة الأبوية في ظل إسناد الحضانة للأم، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، ع. 29، مارس 2022.
8. حنان بن داود، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 04، ع. 02، 2019
9. سارة خريسي، وآخرون، مسؤولية متولي الرقابة كحاضن عن أفعال الطفل المحضون، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، ع. 02، سنة 2021.
10. سناء عماري، التعسف في استعمال حق الحضانة في التطبيق قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلة 10 ، ع. 2 ، سبتمبر، 2019.

11. عبد الرحمان خلفي، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة(دراسة _مقارنة)، المجلة الجنائية القومية، م52 ، ع. 2 ، يوليو، 2009.
12. عبد الرحمن بشري، راضية عميور، سلطات القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، مجلد 06 ،ع. 02 ، جوان 2021.
13. عمر بوعلالة، مسكن المحضون في القانون الجزائري – اعتراف تشريعي و حماية لم تكتمل– ، مجلة القانون العقاري و البيئة ، المجلد 11، ع. 01، سنة 2023.
14. عيسى بن مصطفى، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية الاجتماعية، المجلد الثالث ،ع 03، سبتمبر 2023.
15. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، ع. 15، سنة 2005.
16. كمال دراجي ، دور صندوق النفقة في ضمان الوفاء المطلقة و المحضون دراسة في القانون 01/15، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، ع 3، سنة 2021.
17. مروة بن شويخ ، مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و المغربي و المصري، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية–مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية ، ع. 03، سنة 2017.
18. مناد سعودي حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 09، ع. 02، سنة 2012.
19. مبروكة غضبان، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2018.

سادسا: المداخلات القانونية

1. نظيرة بومالة، أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية و القضائية ، بتاريخ 30 ماي 2023.

سابعا: المحاضرات

1. أنيسة يحوي، محاضرة في إجراءات رفع الدعوى في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط للسنة القضائية، 2006.
2. رتيبة عياش، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، موجهة إلى طلبة الماستر 1، تخصص قانون أسرة، جامعة البليدة 2 لونيسي علي، 2016.
3. سعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1989.

ثامنا: قرارات المحكمة العليا

1. حكم رقم 370/10، المؤرخ في 1936/12/21 محكمة أجا.
2. قرار رقم 111048، المؤرخ في 1955/11/21، غرفة الأحوال الشخصية نشرة القضاة، ع. 52، سنة 1995.
3. قرار رقم 58226، المؤرخ في 1965/11/30، مجلة القضاء والتشريع، ع.1، 1966.
4. قرار رقم (غير موجود)، المؤرخ في 1968/11/9، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، ع. 02، 1969.
5. قرار رقم (غير موجود)، المؤرخ في 1968/12/25، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة 1969.
6. قرار(دون رقم ملف)، المؤرخ في 1969/10/08، ،غرفة قضائية خاصة ، المجلس الأعلى ،السنة 1969.

7. قرار رقم 26546، المؤرخ في 1982/01/25، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور. المجلس الأعلى.
8. قرار رقم 2997 22 المؤرخ في /1982/02،غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، 1982.
9. قرار رقم 37789، المؤرخ في 1984/12/30، المجلس الأعلى، غير منشور.
10. قرار رقم 43594، المؤرخ في 1986/09/22، نشرة القضاء، 1988، ع 44، ص 175.
11. قرار رقم 43594، المؤرخ في 1986/9/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، ع. 04، السنة 1992.
12. قرار رقم 50011، المؤرخ في 1988/06/20، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 02، سنة 1991.
13. قرار رقم 52207، المؤرخ في 1989/01/02، م.ق ، ع. 04، السنة 1999.
14. قرار رقم 53578، المؤرخ في 1989/05/22 ، المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، المجلة القضائية ،ع 4، سنة 1991.
15. قرار رقم 58220، المؤرخ في 1990/02/05، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 03 ، السنة 1993.
16. قرار رقم 59013، المؤرخ في 1990/02/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد 04، السنة 1990.
17. قرار رقم 59156، المؤرخ في1990/03/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 2 ، سنة 1991.
18. قرار رقم 59784، المؤرخ في 1990/04/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع . 04، سنة 1991.
19. قرار رقم 79891، المؤرخ في 1990/04/30، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية ، ع. 01، السنة 1992.
20. قرار رقم 79891، المؤرخ في 1990/04/30، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع 01، سنة 1994.

21. قرار رقم 347914، المؤرخ في 1990/12/10، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2006.
22. قرار رقم 89672، المؤرخ في 1993/02/23، سنة 2001 ، نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ص2.
23. قرار رقم 112705، المؤرخ في 1994/11/29، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 1955.
24. القرار رقم 136604؛ المؤرخ في 1996/04/23، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، السنة 1997.
25. قرار رقم 138949، المؤرخ في 1996/07/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 2.
26. قرار رقم (غير موجود) المؤرخ في 1996/07/14 ، المحكمة العليا ، غرفة الجنح ، مجلة قضائية ، ع 01، السنة 1997.
27. قرار رقم 158842، المؤرخ في 1997/04/80، غرفة الأحوال الشّخصية، نشرة القضاة، ع. 54، سنة 1998.
28. قرار رقم 189181، المؤرخ في 1998/04/21، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. خاص، سنة 2001.
29. قرار رقم 214290، المؤرخ في 1998/12/15، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. خاص، سنة 2001.
30. قرار رقم 215212، مؤرخ في 1999/02/16، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2000.
31. قرار رقم 218736، المؤرخ في 1999/02/16، 2001، عدد خاص.
32. قرار رقم 222655، المؤرخ في 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 185، عن جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأجوال الشخصية ، ج 2.
33. القرار رقم 237148، المؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، سنة 2001.

34. حكم رقم 405/99، مؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشّخصية، محكمة عين تموشنت، غير منشور.
35. قرار رقم 258479، المؤرخ في 2001/01/23، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 02، السنة 2001.
36. قرار رقم 216886، المؤرخ في 2001/03/16، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.
37. قرار رقم 216886، المؤرخ في 2001/03/16، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.
38. قرار رقم 239135، المؤرخ في 2001/03/27، المحكمة العليا ، غرفة الجنح، مجلة قضائية ، ع. 02 ، السنة 2001.
39. قرار رقم 258532 المؤرخ في 2001/03/28، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، سنة 2002.
40. قرار رقم 288072، المؤرخ في 2001/07/31، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، ع. 01، 2004.
41. قرار رقم 273526، المؤرخ في 2001/12/26، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 1، السنة 2001.
42. قرار رقم 282153 ، المؤرخ في 2002/02/13، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا ، ع 01، سنة 2004.
43. قرار رقم 282153، المؤرخ في 13 /2002/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2004.
44. قرار رقم274207، المؤرخ في 2002/06/03، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، ع. 01، السنة 2004.
45. قرار رقم 274207، المؤرخ في 2002/06/03، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، ع 01، السنة 2004
46. قرار رقم 288072، المؤرخ في 2002/07/31، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2004.

47. قرار رقم 348956، المؤرخ في 2005/11/16، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02، سنة 2005.
48. قرار رقم 350942، المؤرخ في 2006/01/04، غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا، ع. 01 سنة 2006.
49. قرار رقم 356900 المؤرخ في 2006/03/15، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع. 01، سنة 2006.
50. قرار رقم 404527، المؤرخ في 2007/10/10، غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا ، غير منشور.
51. قرار رقم 481857، المؤرخ في 2009/01/14، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع. 02 ، سنة 2009.
52. قرار رقم 474255، المؤرخ في 2009/01/14، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع 02، سنة 2009.
53. قرار رقم 506369، مؤرخ في 2009/07/08، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع 02 ، سنة2009.
54. قرار رقم 505325، المؤرخ في 2009/07/08، غرفة الأحوال الشّخصية، غير منشور.
55. قرار رقم 511644، المؤرخ في 2009/09/16، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا ، ع. 01، 2010.
56. قرار رقم 535329، المؤرخ في2009/12/10، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة القضائية، ع 01، سنة 2010.
57. قرار رقم 554808، المؤرخ في 2010/04/15، غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا ،ع. 01 ، سنة 2010.
58. قرار رقم 554808، المؤرخ في 2010/04/15، غرفة الأحوال الشّخصية، المجلة المحكمة العليا ،ع. 01 ، سنة 2010.
59. قرار رقم 566381، المؤرخ في 2010/09/16، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، المجلة المحكمة العليا، ع. 02 ، سنة 2010.

60. قرار رقم 581700، المؤرخ في 2010/11/11 ،غرفة الأحوال الشّخصية، مجلة المحكمة العليا ع. 01، سنة 2011.
61. قرار رقم 599850، المؤرخ في 2011/02/10، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، ع 01، سنة 2012.
62. قرار رقم 699801، المؤرخ في2012/10/11 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا، غير منشور.
63. قرار رقم 699801، المؤرخ في2012/10/11 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا، غير منشور.
64. قرار رقم 729230، المؤرخ في 2013/03/14، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا ، ع. 02، سنة 2013.
65. قرار رقم 790168، المؤرخ في 2014/02/13، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، المحكمة العليا ، غير منشور.
66. قرار رقم 824898، المؤرخ في 2014/10/16 ،غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا.
67. قرار رقم 0842551، المؤرخ في 2015/01/15، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، ع 01، سنة 2015.
68. قرار رقم 1067582، المؤرخ في 05/ 2017/04، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، مجلة المحكمة العليا، ع. 01 ، سنة 2017.
69. قرار رقم 1265504 ، المؤرخ في 2018/06/06 ، نقلا عن صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا ، ج1، الديوان الوطني للأشغال الوطنية والتمهين، الجزائر، 2021.
70. حكم رقم 1547/23، المؤرخ في 20 /2023/06، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، محكمة ، محكمة سكيكدة ، غير منشور.

فهرس

المحتويات

فهرس المحتويات

المقدمة..... أ–د
الفصل الأول: التطبيقات القضائية للحضانة..... 02
المبحث الأول: الحق في الحضانة في التطبيق القضائي..... 02
المطلب الأول: حقيقة الحضانة..... 03
الفرع الأول: التعريف القضائي للحضانة..... 03
أولا: تعريف الحضانة في القضاء الجزائري..... 03
ثانيا: تعريف الحضانة في القضاء المقارن..... 04
الفرع الثاني: التكييف القضائي للحضانة..... 06
أولا: تكييف الحضانة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية..... 07
ثانيا: تكييف الحضانة بين الحق و الواجب..... 08
المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة..... 12
الفرع الأول: الإسناد التلقائي لصاحب الحق في الحضانة..... 12
أولا: إجراءات إسناد الحضانة..... 13
ثانيا: سلطة القاضي في إسناد الحضانة..... 15
الفرع الثاني: إسناد الحضانة في حالة التنازع..... 20
أولا: إسناد الحضانة حالة المطالبة بالتمديد..... 21
ثانيا: إسناد الحضانة بعد إسقاطها..... 25
المبحث الثاني: الحقوق المرتبطة بالحضانة..... 30
المطلب لأول: مسكن ممارسة الحضانة..... 30
الفرع الأول: المطالبة بمسكن الحضانة..... 31
أولا: المقصود بمسكن الحضانة..... 31
ثانيا: إجراءات المطالبة بالمسكن..... 34
الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح المسكن..... 36
أولا: سلطة القاضي المقيدة في منح مسكن الحضانة..... 36

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في منح المسكن..... 38
المطلب الثاني: نفقة المحضون..... 40
الفرع الأول: إجراءات المطالبة بالنفقة..... 41
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة..... 42
أولا: مشتملات النفقة..... 42
ثانيا: تقدير القاضي للنفقة..... 45
ملخص الفصل الأول..... 48
الفصل الثاني: إشكالات الحضانة في التطبيق القضائي..... 50
المبحث الأول: الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة..... 50
المطلب الأول: إشكالات الزواج المختلط..... 51
الفرع الأول: في حال وجود اتفاقية دولية..... 51
الفرع الثاني: في حال عدم وجود اتفاقية..... 54
المطلب الثاني: إشكالات استمرار الحضانة في حالة الإخلال بها..... 56
الفرع الأول: إشكالات الانتقال بالمحضون..... 56
الفرع الثاني: إشكالات عدم تسليم المحضون..... 61
المبحث الثاني: الإشكالات المرتبطة بالحضانة..... 66
المطلب الأول: إشكالات تنظيم حق الزيارة..... 67
الفرع الأول: إشكالات أصحاب الحق في الزيارة..... 68
الفرع الثاني: إشكالات مدة و مكان الزيارة..... 71
أولا: التنظيم الاتفاقي لحق الزيارة..... 72
ثانيا: التنظيم القضائي لحق الزيارة..... 73
المطلب الثاني: إشكالات منح الولاية..... 77
الفرع الأول: إشكالات المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة..... 77
أولا: شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة..... 77
ثانيا: مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون..... 79
الفرع الثاني: إشكالات مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة..... 82

أولا: مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة على ضوء الشريعة الإسلامية.. **82**
ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة في القانون الجزائري..... **84**
ملخص الفصل الثاني..... **87**
الخاتمة..... **89**
ملخص..... **92**
قائمة المصادر و المراجع..... **95**
الفهرس..... **110**