وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة 20 أوث 1995 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم سياسية
قسم الحقوق

دعاوى الحضانة و إشكالاتها

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماسترتخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة: **تحت إشراف:**

خريسي سارة. **د. كيفاجي الضيف.**

لجنة المناقشة:

- د. فليغة نور الدين ..... رئيسا .
- د. كيفاجي الضيف..... مشرفا ومقررا.
- أ. بن مشيرح محمد..... مناقشا .

دورة جوان 2016

شكر و تقدير

الحمد لله جزيل نعمه أن جعلنا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم، حمدا يليق بجماله وجلاله لا يحصي ولا يعد لقوله تعالي "لئن شكرتم لأزيدنكم".

من فضل الله عز وجل علينا وكرمه أن هدانا لسبيل الخير والرشاد ويشير لنا طرق الاكتساب من العلم فله الحمد والشكر.

كما أنه من الواجب على أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير وعظيم الامتنان والعرفان لأستاذي الدكتور " كيفاجي الضيف " الذي تكرم و تفضل مشكورا بالإشراف على هذه الرسالة و أعطاني من وقته الثمين وعلمه وغرس في نفسي الإعتماد على الله عز وجل أولا ثم العزيمة والإرادة. فجزاه الله كل خير.

مقدمة

أولى الإسلام الزواج عناية كبرى، وجعله من أوثق العرى بين الناس، وأفردت له عدد كبير من نصوص القرآن والسنة، ووصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى: {كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا}[1].

وشرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء ، وقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح واحترام الزوجين لبعضهما، هذه العوامل لها أثر فعال وإيجابي في سلوك الأولاد، والوالدان هما المسئولان عن نوع التربية المقدمة لهم، لقوله صلي الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته"[2]، وعلى ذلك فالبيت يعدّ الركيزة الأساسية لتربية الطفل ونشأته، خاصة وأن الوقت الذي يبقي فيه الطفل في المنزل أكبر من أي وقت آخر.

لكن قد تعترض الحياة الزوجية في بعض الأحوال لأمور تجعل العلاقة الزوجية مستحيلة الدوام، بسبب المشاكل والنزاعات بين الزوجين، فتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة، وهذا ما يؤدي إلى استحالة استمرار هذه العلاقة.

ومن ثم فقد شرع للزوجين وسيلة يمكن إنهاء هذه المشاكل بواسطتها، وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، بالرغم من الآثار السلبية التي تترتب عليه وخاصة ما يتعلق بالأطفال وكذلك المجتمع.

فالطفل يعتبر أكبر متضرر لأنه في مرحلة الطفولة يحتاج إلى والديه، ليعيش طفولة سوية.

وقصد تخفيف الآثار السلبية للطلاق بالنسبة للأطفال فقد وقع الاهتمام بمسألة الحضانة، وهذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية بضمانات تحمى بها الصغير، كما أن المشرع في قانون الأسرة خصص المواد من 62 إلى 72 ، لحق الطفل في الحضانة،

---

[1]) سورة النساء، آية 21.

[2]) محمد صاري وآخرون، العلوم الإسلامية،حجة الوداع، السنة الثالثة ثانوي جميع الشعب،السنة 2011،ص.32

وبالإضافة إلى كل ذلك فإن المنازعات المتعلقة بالحضانة أصبحت كثيرة ومتعددة ، الأمر الذي يستدعي الاهتمام بها والبحث عن حلول تخدم الطفل بالدرجة الأولى، ولأجل فهم هذا الموضوع والإجابة على الإشكالات المترتبة عليه ارتأينا طرح الأسئلة الآتية :

ما هي الدعاوى التي أقرها المشرع الجزائري لحماية حق الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية ؟ وما هي الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة ؟

أسباب اختيار الموضوع:

تعددت أسباب اختياري لهذا الموضوع، بين أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية : حبي الشديد للأطفال ، وحرصي على أن يأخذ كل طفل عاجز عن القيام بشؤونه وحاجته بنفسه حقه في التربية والتنشئة السوية كبقية الأطفال، دون تهميش أو ظلم.

الأسباب الموضوعية : أصبحت ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير وفي تفاقم مستمر، دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الأطفال، التي أصبحت محل مساومة من قبل الأزواج، وكذلك قلة البحوث والدراسات المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها الحضانة، باعتبارها أثر من آثار الطلاق، ومن أهم حقوق الطفل على والديه.

الصعوبات التي واجهتها :

• صعوبة الحصول على مراجع والقيام بتصويرها بسبب الإجراءات المعمول بها على مستوى الجامعات، إذ يسمح باستعمالها على مستوى مكتبة الجامعة، ولا يسمح إخراجها وتصويرها مما يجعل المهمة شاقة بسبب بعد المسافة، والتنقل كل مرة إلى نفس الجامعة من أجل الاطلاع على مصدر من المصادر.

• قلة المراجع التي شرحت قانون الأسرة الجزائري وتعرضت لإشكالات الحضانة.

• ضيق الوقت الذي منح للطلبة من أجل إنجاز مذكرة الماستر.

أهداف البحث: تتوخى المذكرة تحقيق الأهداف الآتية:

• تبيان إرادة المشرع الجزائري تجاه الحضانة، والحماية التي ضمنها للطفل المحضون.

• تسليط الضوء على النزاعات المتعلقة بالحضانة، وبيان أسبابها وكيف عالجها المشرع الجزائري.

• معرفة أهم الإجراءات التي اتخذها المشرع لحماية مصلحة المحضون.

• دعوة الأولياء إلى ضرورة التفكير في مصير الأبناء قبل اتخاذ خطوة الانفصال.

الدراسات السابقة : إن موضوع دعاوى الحضانة وإشكالاتها لم يسبق دراسته كموضوع مستقل بذاته، لكن هناك من الباحثين من تناول الحضانة عامة، كل حسب وجهة نظره للموضوع.

ومن بين الدراسات التي تطرقت إلى موضوع الحضانة ، وتيسر لي الاطلاع عليها، رسالة ماجستير للطالبة حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر، حيث ركزت على مفهوم الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها، وبالرغم من معالجة هذه الطالبة لموضوع الحضانة إلا أنها لم تتطرق بشكل من التفصيل لدعاوى المتعلقة بها ولا للإشكالات التي تواجه مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

المنهج المتبع : للإجابة عن التساؤلات والوصول إلى نتائج مقبولة، فقد اتبعت المنهج التحليلي والاستقرائي ، حيث قمت بتحليل المواد المتعلقة بالحضانة، سواء كانت المواد الواردة في قانون الأسرة أو قانون العقوبات والمتعلقة بالجرائم المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة، أو المواد المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية ذات الصلة بإجراءات سير الدعوى، أو المواد المتعلقة بالاتفاقية الثنائية، بالإضافة إلى تحليل أقوال الفقهاء وآراءهم في هذه المسألة.

أما من حيث المنهج الاستقرائي فقد تتبعت الجزئيات المتعلقة بالموضوع، سواء في القانون الجزائري أو في بعض قوانين الدول العربية ، أو في القضاء، من نصوص قانونية، مع قرارات مختلفة للمحكمة العليا.

خطة البحث :

وللإجابة على التساؤلات التي تقدم طرحها قمت بتقسيم البحث إلي فصلين، وقسمت كل فصل إلي ثلاثة مباحث، فكانت الخطة كما يلي :

مقدمة.

الفصل الأول: دعاوى الحضانة.

المبحث الأول: مفاهيم متعلقة بالحضانة.

المبحث الثاني: الدعاوى المتعلقة بالحضانة.

المبحث الثالث: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة.

الفصل الثاني: الإشكالات المتعلقة بالحضانة.

المبحث الأول: إشكالية الحضانة في حالة الزواج مع الأجنبي.

المبحث الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

المبحث الثالث: مسؤولية الحاضن عن الأفعال الضارة للطفل المحضون.

الخاتمة.

ومهما بدلت من جهد ، لإنجاز هذه المذكرة، فإنها لا تخلو من هنات ونقائص، وكما قال القاضي الفاضل : "إنِّي رأيتُ أنَّه لا يكتُبُ إنسانٌ كتابًا في يومِه؛ إلاَّ قالَ في غَدِهِ: لو غُيِّرَ هذا لكان أحسنَ، ولو زِيدَ كذا لكان يُستَحسَنُ، ولو قُدِّمَ هذا لكان أفضلَ، ولو تُرِكَ هذا لكان أجملَ. هذا مِنْ أعظَمِ العِبَرِ، وهو دليلٌ علَى استيلاءِ النَّقصِ علَى جُملةِ البَشَرِ".

الفصل الأول: دعاوى الحضانة

تعد الحضانة من أبرز الآثار المترتبة على انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤونه، ومن هنا عدّت الحضانة أجلّ مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية للطفل وهذا أثر بصورة إيجابية على التشريعات الوضعية.

غير أنه كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان العملي،لاسيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب من مهمة القاضي في أحيان كثيرة.

إلا أن مايجدر ذكره أنه في الغالب الأعم سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء، لابد من مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها بممارسة دعاوى متعلقة بالحضانة، بل أبعد من ذلك هناك متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة الطفل المحضون.

وعليه سنتناول في هذا الفصل دعاوى الحضانة، وقد تم تقسيمه إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: مفاهيم متعلقة بالحضانة.

المبحث الثاني: الدعاوى المتعلقة بالحضانة.

المبحث الثالث: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة.

المبحث الأول: مفاهيم متعلقة بالحضانة

الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال، بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل المجتمع وهذا يقتضي وضعه بين أيدي أمينة ومؤهلة لمثل هذه الواجبات، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون، وعلى ذلك فسوف نعرف الحضانة (المطلب الأول)، ونبين شروطها (المطلب الثاني)، وترتيب أصحاب الحق فيها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الحضانة

نعرف الحضانة في اللغة أولا، ثم في الاصطلاح ثانيا، ويكون ذلك في فرعين.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة

الحضانة لغة :"بفتح الحاء وكسرها، معناه الحضن وهو الجنب أو الصدر،والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته وتسمي حينئذ حاضنة"[1].

كما عرفها محمد محي الدين عبد الحميد بقوله:"الحضانة بفتح الحاء أو كسرها في اللغة مأخوذة من حضن الإنسان – بكسر الحاء– فهو صدر الإنسان، أو عضداه وما بينهما، أو ما دون الإبط منه إلى الكشح، ونقول: حضنت ونحوه حضنا وحضانة إذ جعلته في هذا الموضوع[2].

---

[1]) بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، دار النهضة العربي، بيروت، ص 543.

[2]) سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولي، بدون سنة، ص 149.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا

نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة، سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا من لفظ الصغير ،ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في مادته 65 أجاز للقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكر، والأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا ب 19 سنة طبقا للمادة 7 من نفس القانون، والمعقول أن الولد في سن 16 سنة والبنت في سن 18 سنة يكونان بالغين من الناحية الشرعية.

فالمشرع أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة ،لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المراد لسن التمييز [1].

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة ،أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، حيث جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

ومما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي: تعليم الولد، تربية الولد على دين أبيه، السهر على حماية المحضون، حماية الطفل من الناحية الخلقية، حماية المحضون صحيا؛ وهذا يعني أنّ الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها بتوافر شروطها.

[1]) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر، بدون رقم الطبعة، السنة 2006، ص 244.

المطلب الثاني: شروط الحضانة

لم يذكر المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة سوى شرط أهلية الحاضن، أما بقية الشروط فلم يتناولها، ولتحديد هذه الشروط يقتضي الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، وقد تبين لي من خلال ذلك أن هذه الشروط بعضها شروط عامة في الرجال والنساء (الفرع الأول)، وبعضها شروط خاصة بالنساء (الفرع الثاني)، وبعضها شروط خاصة بالرجال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

أهلية الحضانة تثبت للرجال والنساء معا ، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، لأنّ المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ، والشروط العامة لممارسة الحضانة بالنسبة للرجال والنساء هي :

1_ العقل : لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطلقا أو متقطعا فكلاهما مانع للحضانة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، كذلك المعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير.

2_ البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية.

3_ الأمانة على الأخلاق : الأمانة شرط يجب توافره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة. وبالتالي لا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فلا

يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أمينا على غيره، كما يجب أن لا يكون الحاضن مهملا، فلا حضانة لمن يهمل الطفل[1]

4_ القدرة على التربية : يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ، ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير[2].

5_ الإسلام : يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم، لأنها ولاية، ولا ولاية لكافر على مؤمن لقول الله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا}[3]. فهي كولاية الزواج والمال، ولأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها وهذا أكبر ضرر يصيب الطفل، إلا أن الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، أما موقف المشرع الجزائري فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

هناك شروط خاصة بالنساء كي يحق لها ممارسة الحضانة وهي:

1_ أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون: اتفق الفقهاء الأربعة على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثي، وحجتهم في ذلك مارواه عبد الله بن عمر أن امرأته قالت: "يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وزعم أبوه أن ينتزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم:

---

[1]) كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، جامعة أكلي محند أوحاج، البويرة، السنة 2013، ص 22 و23.

[2]) عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، عدد 15، السنة 2005، ص 198.

[3]) – سورة المائدة ، الآية رقم : 141.

"أنت أحق به ما لم تنكحي". فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج فيسقط عنه، هذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير، أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير. كعمه مثلا فلا يسقط حقها في الحضانة[1].

2_ عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه: إذا أقامت الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه، ولو كان قريبا سقطت حضانتها، لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته، وفي إقامتها مع المبغض للولد تعريض له للأذى والضياع، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانته، وحضنته جدته (أم أمه)، فهذه الأخيرة لا حضانة لها إذا سكنت مع ابنتها المتزوجة، إلا إذا انفردت بسكن آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري[2].

3_ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون : أي أن تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمه أو أخته وجدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة في حضانة الإناث[3].

4_ ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا : إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

1_ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى : أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها، وقال الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها، لانتهاء المحرمية، أما في

---

[1]) باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدي، الجزائر، بدون رقم الطبعة، السنة 2008، ص 63 و64.

[2]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 25.

[3]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 25.

حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها، غير أن الحنفية أجاز حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها أحد[1].

2_ اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون : لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما. إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث.

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة والقانون أشخاص عديدون، ولهم مراتب ودرجات محددة ، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة فدرجة ، ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم، ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون.

حيث نص في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

ويتبين من نص هذه المادة أن أصحاب الحق في الحضانة مراتب ثلاث ، مرتبة الوالدين، ثم مرتبة الأجداد ، ثم مرتبة بقية الأقارب، ونوضح ذلك في فروع ثلاثة.

الفرع الأول: مرتبة الوالدين

أولا – درجة الأم : أجمع الفقهاء على أنّ الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، سواء في حالة الطلاق أو الوفاة، لما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان، فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون. ومن الأدلة الشرعية على ذلك

---

[1]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 67 و68.

[2]) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، السنة 1996، الطبعة الثانية، الجزائر، ص 293.

قوله صلى الله عليه وسلم: "من فرّق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة".

فدرجة الأم لا ينازعها فيها أحد ، لعظمة دورها في تربية الأبناء وتنشئتهم صحيا واجتماعيا وأخلاقيا[1].

ثانيا – درجةالأب : يتضح من قراءة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنها رتبت أب المحضون بعد الأم مباشرة، وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة، وبالتالي فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم، فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه.

الفرع الثاني: مرتبة الأجداد

أولا – درجة الجدة أم الأم : رتب المشرع الجزائري الجدة لأم في المرتبة الثالثة في حال سقوط الحضانة عن الأب لأي سبب كان، ويبقي الاعتبار في ذلك أن أم الأم مشاركة في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها.

ثانيا :درجة الجدة أم الأب: الجدة لأب تأتى مرتبتها مباشرة بعد الجدة لأم، حسب الترتيب في المادة 64 من قانون الأسرة، ويبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه، وهذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه وكما تكون لأم الأب، تكون لأمها وجدتها، عملا بقاعدة "الأم وإن علت"، وهذا إذا توفرت فيهن الشروط.

الفرع الثالث: مرتبة بقية الأقارب

أولا – درجة الخالة : إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، هذا ما جاء في الأثر، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال: "الخالة أم"[1].

---

[1]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 69.

ثانيا – درجة العمة : العمة تكون حاضنة لابن أخيها ، سواء كانت أخت شقيقة لأب، أو أخت لأب، أو أخت لأم، ويرتبن كما رتبت الخالة، أي أن العمة الشقيقة أولى، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم.

ثالثا – الأقربون درجة: سكت المشرع الجزائري عن تعريف الأقرب درجة أثناء ترتيبه للحاضنين، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص ، طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، تبين أن هناك آراء فقهية متعددة في تحديد الأقرب درجة[2]، ولم نشأ أن نذكرها ، لأن في ذلك خروجا عن نطاق موضوع المذكرة.

---

[1]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 73.

[2]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 75.

المبحث الثاني: الدعاوى المتعلقة بالحضانة

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الحضانة مكتفيا فقط بإحالته إلى الرجوع لمصلحة المحضون، سواء عند إسناد الحضانة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، أو عند القضاء بتمديدها طبقا لنص المادة 65، أو في حالة إسقاطها طبقا للمواد 66، 67، 68، 70، 71، ق أج، وبالتالي يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له، أو تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم الأول بإتباع أحد الدعاوى المتعلقة بالحضانة.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطالبين ، حيث سنخصص المطلب الأول لدعوى إسناد و تمديد الحضانة، والمطلب الثاني لدعوى إسقاط الحضانة.

المطلب الأول: دعوى إسناد وتمديد الحضانة

إن دعوى إسناد الحضانة تكون إما دعوى تبعية وذلك في حالة الطلاق، وإما دعوى أصلية وذلك في حالة الوفاة[1]، ونوضح ذلك في فرعين.

الفرع الأول: حالة الطلاق وما في حكمه

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رفعت الزوجة أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من ق،أ،ج، أو رفعت دعوى الخلع حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعوى. ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة

[1]) رحايل سارة ،مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر ،تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة سكيكدة، السنة 2013، ص71.

بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة الطفل المحضون[1].

وتطبيقا للقواعد الشرعية الفقهية والقانونية ،حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة، فإنّ الأم أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي تسقط عنها هذا الحق المحددة قانونا وشرعا[2].

وقد نصت المادة 64 من ق أ ج. أن الأم أولى بحضانة ولدها وهو حق منح لها في الشريعة والقانون إلا إذا وجد مانع يمنعها من الحضانة ، فهنا تكون مصلحة المحضون مع غير أمه. وهذا ما أكدت عليه العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا[3].

وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية والشافعية في أن الأم هي أحق بالحضانة من الأب[4].

حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا عندما ألغت الطعن الذي قضى بإسناد الحضانة للأم رغم تنازلها عنها –مراعاة مصلحة المحضون– (مادة 66 من ق،أ،ج).

ومن المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها

---

[1]) رحايل سارة، المرجع السابق ، ص 67.

[2]) رحايل سارة، المرجع السابق ،ص 68.

[3]) رحايل سارة، المرجع السابق، ص71.

[4]) إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون، دار الحامد للنشر، السنة2008 ،الطبعة الأولي ،ص 442.

عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

كما يمكن إسناد حضانة الولد للمرأة غير المسلمة، غير أنه بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري لم نجده نص على هذه الحالة، ولكن بالعودة إلى نص المادة 62 من نفس القانون، نجد أنه يشترط تربية المحضون على دين أبيه وهو الإسلام.

وبالمقارنة مع بعض القوانين الأخرى، فإننا نجد أن القانون المغربي مثلا ينص على هذه الحالة صراحة، إذ يمكن للأم إذا كانت غير مسلمة أن تحضن طفلها إلى غاية سن خمس سنوات، في حين اختلف الاجتهاد القضائي في تونس في هذه المسألة.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة، فذهب الشافعية إلى عدم جواز حضانة المسيحية لابن المسلم، أما المالكية فاشترطوا كي تحضن المسيحية ابن المسلم، أن يكون المحضون في سن عدم التمييز، أي أقل من ستة سنوات، وأن لا تربيه على دينها[2].

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم، بالنظر لمصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا علي تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[3].

---

[1]) قرار محكمة العليا، ملف رقم 189234، بتاريخ 21/ 1998/04.

[2]) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، السنة 2013 ،الطبعة الأولي، ص 107 .108

[3]) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 153640، قرار مؤرخ في 18/ 02/ 1997، العدد 1، السنة 1997، ص 37.

وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون، حيث جاء في إحدى قراراتها: "فمن المقرر قانونا أن تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قأ ج. ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1].

وما يلاحظ على هذا القرار هو أن السلطة التقديرية لتقدير مصلحة المحضون تبقى دائما في يد القاضي.

الفرع الثاني: حالة الوفاة أو الفقدان

رأينا في الحالة الأولي تكون دعوى إسناد الحضانة بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في حالة الوفاة تثار دعوى إسناد الحضانة بطريقة أصلية، وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه[2].

فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأنّ العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به[3].

كما نصت المادة 65 من القانون رقم 11/84 : "تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وهي 19 سنة، كما في المادة 7 من الأمر 02/05 – وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى بلوغه سن السادسة

[1]) مجلة المحكمة العليا، ملف رقم 613469، قرار بتاريخ 10/ 03/ 2011، السنة 2002، العدد 1، ص 285.

[2]) رحايل سارة، المرجع سابق، ص 71.

[3]) رحايل سارة، المرجع سابق، ص 72.

عشرة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[1].

وعليه فإن مدة الحضانة للذكر عشر (10) سنوات قابلة للتمديد إلى ستة عشر (16) سنة[2]، مع الملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة، وتبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته إذا كانت أما ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه وفي مصلحته[3].

كما يمكن للحاضنة أن ترفع دعوى أمام المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها حسب نص المادة 426 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت لشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"[5].

وهذا ما تأكد من قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضي بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه:

---

[1]) قانون رقم 11/84 المؤرخ في 27 فيفري 2005 يتضمن قانون الأسرة.

[2]) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 108.

[3]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، السنة 2009، الطبعة الثانية، ص 141.

[4]) غنية قري، شرح قانون الأسرة، دار طليطلة، السنة 2011، الطبعة الأولي، ص 150.

[5]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 25566، بتاريخ 1999/12/10.

"إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري"[1].

إذن يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضانة الذكور من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه السادسة عشر سنة، وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية المنصوص عليها في نص المادة 65 من ق أج. وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديدها له وذلك في حالة توافر شرطين وهما:

الشرط الأول: أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها.

الشرط الثاني: أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون.

والملاحظ من خلال نص المادة 65 من ق أ ج حينما نصت على أنه : "للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

إذن يستخلص بمفهوم المخالفة في نص المادة 65 أعلاه أنه لا يجوز للأم ولا لغيرها أن يطلب تمديد أجل حضانة الأنثى مطلقا.

ما يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، وبالرجوع إلى نص مادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد آراء الفقهاء جاءت مختلفة فمنهم من يقول ليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى

[1])الطالبة رحايل، المرجع السابق، ص 71.

الأب أو إلى الأم، ومنهم من يقول بأن للمحضون الحق في الخيار في أن يلجأ إلى أي الوالد يستأنس إليه.

هذا مع ملاحظة أن اشتراط النص: "أما لم تتزوج ثانية" ، مؤداه أن مجرد زواج الأم ثانية كاف لعدم مد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشر، وهذا هو مذهب المالكية في الراجح عندهم إذ يقولون: "لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد"، وهذا استثناء من القاعدة التي تقول :"إذا زال المانع عاد الممنوع"[1].

ذلك أن الزواج برجل أجنبي قد تتعارض مطالبه مع ما يتطلبه المحضون من الرعاية، فلا تقدر المرأة على القيام بواجبها في الحضانة، لانشغالها بطلبات الزوج[2].

أما بالنسبة للأنثى فقد حدد انتهاء سن الحضانة لها ببلوغها سن الزواج، بينما نجد المذهب المالكي لم يكتف بذلك بل اشترط أن يتم الدخول بها[3].

وبالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة فقد حدد المشرع الجزائري سن زواج المرأة بتسع عشرة سنة.

وبالرجوع لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في تحديد مدة انتهاء حضانة المحضون سواء كان ذكر أو أنثي، فالإمام مالك يرى بأن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه، أما حضانة الأنثى فتنتهي بالدخول، أي حتى اقترانها وليس ببلوغها سن الزواج كما هو منصوص عليه في ق أ ج، أما في الفقه الحنفي فقد حدد انقضاء حضانة الذكر ببلوغه

---

[1]) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية مصر، السنة 2009، الطبعة الأولى، ص 154.

[2]) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم، السنة 2007، الطبعة الأولى، ص381,

[3]) نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في شريعة إسلامية، دار السلام، بدون سنة، بدون طبعة، ص 213.

سن السبع أو ثمانية سنوات أما بالنسبة للأنثى فتنقضي حضانتها ببلوغها سن التسع سنوات[1].

وهو حسب رأينا غير متطابق مع الواقع، إذ أنه سواء كان الأمر بالذكر أو بالأنثى فالسن المحدد لانقضاء حضانتها لا يتماشى مع حاجيتهما الماسة لمن يحضنهما ويتولى شؤونهما.

أما بالنسبة للفقه الحنبلي فيري أن انقضاء مدة الحضانة للصبي أي سواء كان ذكرا أم أنثي هو نفسه، وقد حدده بسن السبع سنوات. أما الفقه الشافعي فيرى أنه إذا بلغ الصبي ذكرا أم أنثي سن التمييز بينهما فتنقضي حضانتهما[2].

ما يلاحظ من خلال ما سبق ذكره هو اختلاف المذاهب الأربعة في تحديد انقضاء مدة الحضانة بالنسبة للمحضون سواء كان ذكرا أم أنثي، وبالرجوع لنص المادة 65 من ق أ ج، نرى أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة في تحديده سن انقضاء الحضانة سواء بالنسبة للذكر أم الأنثى وذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم، فالمشرع اجتهد في هذا المجال وذلك تماشيا مع الظروف التي يعيشها مجتمعنا وصعوبة الوضع الاجتماعي، وحسب رأينا فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المادة هو الأقرب للصواب، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار اختلاف الزمان وتطور الظروف المعيشية وقساوة الحياة، فمن غير المعقول أن تنقضي حضانة الطفل ببلوغه السبع سنوات سواء كان ذكر أم أنثي، وخصوصا الأنثى أين تكون بأمس الحاجة إلى مصاحبة النساء ومعاشرتهن.

ولكن بعد 10 سنوات هل تبقى الأم حاضنة أم تصبح ولية؟

---

[1]) السيد السابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، السنة 1997، الطبعة الثالثة عشر، ص 357.

[2]) السيد السابق، المرجع السابق، ص 357.

فبالرجوع لنص المادة 87 من ق أ ج، نجد أنها تنص على الولاية في حالة الغياب والوفاة، وفي حالة الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة، وعليه فإنه إذا أسند القاضي الحضانة للأم فإنها تصبح ولية وحاضنة في نفس الوقت فتجمع فيها الصفتان سواء قبل سن العاشرة أو بعده[1].

قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى الطلاق، أو التطليق أو الخلع، حيث أن ق أ ج في نهاية المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة ؟ في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام حلين:

أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم[2].

أو أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما يطلبه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون.

ليس هناك اتجاه موحد بين القضاة في كل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة ،فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه ومتى لم يطلب صاحب الحق حقه فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ، وإلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

---

[1]) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 108.

[2]) الطالبة بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، السنة 2009، ص 130.

وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي أيضا واجب، والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه وهي من النظام العام، وعلى القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وإلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانته[1].

المطلب الثاني: دعوى إسقاط الحضانة

نص قانون الأسرة الجزائري على أسباب سقوط الحضانة في عدة مواد ما بين 66-70 ،وتحدث عن سبب عودة حق الحضانة في المادة 71 من نفس القانون، إذ يحق للمعني صاحب الصفة أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

فما هي أهم الأسباب التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة، نجده ذكر عدة أسباب لسقوط حق الحضانة ، وهذا ماسنتناوله في الفروع الآتية.

الفرع الأول: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

تسقط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، أي رجل غريب عن أبنائها، فإذا طالب الأب بأبنائه كان له الحق في ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قأ ج، بالقول:"يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"[2].

---

[1]) بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق ، ص 131.

[2]) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 109.

لكن السؤال الذي يطرح إذا اختارت المرأة الزواج بأجنبي غير محرم هل يعد هذا تنازلا اختياريا عن الحضانة أم أنه تنازل غير اختياري؟ وهل يحق لها المطالبة بالحضانة بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير اختياري.

وجاء في قرار المحكمة العليا:"من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير اختياري ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون".

كما أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبق المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري[1].

إلا أنه يلاحظ تغيير في اتجاه المحكمة العليا حيث اعتبرت زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة حقها في الحضانة، حيث جاء في قرارها: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ،ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس

[1]) الطالبة بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 132.

بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من ق أ ج، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، في شقها الثاني على أنه:"يسقط حق الحضانة ... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

ويلاحظ بأن هذا النص جعل من تنازل الحاضنة عن حضانة الأطفال من الأسباب المسقطة للحضانة، غير أنه لا يعتد به إذا كان فيه ضرر بمصلحة الطفل المحضون، وعادة ما يصدر التنازل عن الحضانة من طرف أم الطفل أثناء دعوى الطلاق، وتفترض الحالتان التاليتان:

الحالة الأولى: إما أن يكون التنازل عن الحضانة هو صفقة بين الزوجين لتحصل الزوجة على الطلاق دون أية مصاعب، وهنا يكون التنازل اضطراريا لتحصل الحاضنة على حريتها، فهذا التنازل لم يتم بإرادتها الحرة، فالزوج يستغل هنا حاجة الزوجة إلى الانفصال عنه بالطلاق ليجبرها على القبول بالتنازل عن حضانة الأطفال، وهنا يجب على القاضي القيام بالتحقيق لمعرفة أسباب التنازل عن الحضانة وهذا بالاستماع إلى الأقارب أو الجيران عند الاقتضاء.

الحالة الثانية: أن تكون الحاضنة غير مبالية باستبقاء الأطفال معها، إما لرغبتها في إعادة الزواج من آخر، أو أنها ليست قادرة ماديا ونفسيا على القيام بواجب الحضانة، خاصة إذا لم يكن يوجد من يعينها من أهلها على تربية الأطفال[2].

وهنا يجب على القاضي أيضا أن يتحقق من صراحة التنازل وجديته، فإذا تأكد القاضي من عدم اهتمام الزوجة بإسناد الحضانة لها، فمن الغلط إسنادها لها، إذ من

---

[1]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1998/07/21، ص 178.

[2]) لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، السنة 2006، الطبعة الثانية، ص 472.

المؤكد أنها لن تسعى في تربية الأطفال وحمايتهم والعناية بهم، فالحضانة تصبح عبئا غير مرغوب فيه بالنسبة لها، ويضيع الأطفال من جراء ذلك.

فحتى لو كانت مصلحة المحضونين هي البقاء مع الحاضنة، فإن ذلك يتوقف كذلك على رغبة هذه الأخيرة في تلك الحضانة، وبالتالي فإن نص المادة 66 أعلاه سلاح ذو حدين، وفيه من المساوئ بقدر ما فيه من المحاسن وعلى ذلك كان يجب أن لا يقيد تنازل الحاضنة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه: "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية"[2].

ويجب الأخذ بالتنازل مأخذ الجد وأن يتم ذلك أمام القاضي في جلسة الصلح أو يذكر من طرف الحاضنة في أحد مذكراتها[3].

بصفة عامة كل تنازل يضر بمصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرار لها جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4].

---

[1]) لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص 473.

[2]) قرار محكمة عليا، ملف رقم 53340، اجتهاد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1989/03/27، ص172.

[3]) لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 473.

[4]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 189234، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1998/04/21، ص 175.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا[1].

كما تناول الفقهاء الحضانة باعتبارها حق للحاضن متى توافر شروط استحقاقه لها، ومن منطلق هذا قالوا إن للحاضن أن يتنازل عن الحضانة باعتبارها حقا له، واستقر جمهور الفقهاء على أن الحضانة فيها حقوق ثلاث ،وهي حق المحضون ،وحق الحاضنة ، وحق الأب، وأن هذه الحقوق الثلاثة إذا تعارضت قدم حق الصغير لمصلحته. ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحضانة، بأن لا يوجد حاضنة غيرها، أو وجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة، أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة، في هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعدم الحضانة وإلى هذا ذهب القانون[2].

ويثبت التنازل عن طريق المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من ق أ ج، وأن قضاة المجلس أخطئوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

---

[1]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51894، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1988/12/19، ص 70.

[2]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 155.

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية[1].

الفرع الثاني: أسباب السقوط الواردة في المادتين 67 و68 من قانون الأسرة

تسقط الحضانة عن صاحبها إذا فقد أحد الشروط المنصوص عليها في نص المادة 62 من القانون أعلاه كالقدرة على رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه...، كما تسقط إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 من ق أ ج[2].

أولا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة

تشير المادة 67 المعدلة بأن الحق في الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62[3].

وهذه الشروط حددتها المادة سابقة الذكر من القانون بالأمور التالية:

أ – القدرة على الحضانة أي القدرة على رعاية المحضون وتعليمه والقيام على تربيته لأن عدم القدرة فيها ضياع له وعدم تربيته.

ب – أن تكون الحاضنة متوافر فيها شروط تربية المحضون على دين أبيه.

ج – القدرة على السهر على حماية المحضون وحفظه صحيا وخلقا.

إذا اختلت هذه الشروط أو اختل واحد منها تسقط الحضانة[1].

---

[1]) كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، قسم خاص، جامعة البويرة، السنة 2013، ص 95.

[2]) تنص المادة 68 على: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

[3]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

ويرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه، ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر في 1984/07/09: حيث جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[3].

إذ أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها.

كما اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد من ذلك، دائما في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما نصت بقولها: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا والحكم بخلاف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها"[4].

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراها بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

---

[1]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 156.

[2]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 58.

[3]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09.

[4]) قرار محكمة عليا، ملف رقم 31997، مجلة قضائية، غ،أ،ش، العدد 1، السنة 1989، بتاريخ 1984/01/09، ص 73.

ومتى تبين في – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم للمحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق أ ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[1].

لكن كيف يكون الحل إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي أن يبقى عند أمه الزانية؟ هل يمكن للقاضي أن يبقي الحضانة بيد الأم الزانية؟ أم يسقطها عنها؟

بالرجوع إلى قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/07/15 نجده راعي فيها مصلحة المحضون حسب فقرة 2 من مادة 67 من قانون الأسرة الجزائري. وأبقي حضانة البنت بيد والدتها التي ارتكبت جريمة الزنا حيث جاء فيه: "إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة وإذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[2].

ونظرا للنزاع الكبير حول عمل المرأة فإن المشرع الجزائري في التعديل الجديد قد حسم الموقف ونص في المادة 02/67 من الأمر 02/05 أنه لا يمكن لعمل المرأة أن

---

[1]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 171684، اجتهاد قضائي، غ أ ش، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1997/09/30، ص 169.

[2]) محكمة العليا، ملف رقم 564787، غ أ ش، عدد خاص 2، السنة 2010، بتاريخ 2010/07/15، ص 266.

يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، مع مراعاة دائما مصلحة المحضون كما في المادة 03/67 من نفس الأمر[1].

مع الملاحظة أن واضعي تعديل 2005 أَصروا على ذكر أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة[2].

ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18 تحت رقم 245156 والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

فمن خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا أن الأصل هو أن عمل المرأة ليس من أسباب سقوط الحضانة، في حين وبتفحص الفقرة الأخيرة من نفس المادة نجدها أنها تشترط في ذلك مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات، مما يجعلنا نستنتج أن عمل المرأة إذا كان يؤدي إلى إهمال المحضون وعدم تقديم الرعاية الكافية له، فإنه يمكن أن يشكل عملها سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة"[4].

---

[1]) سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، السنة 2010، الطبعة الأولي، ص 154.

[2]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

[3]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 245156، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 2000/07/18، ص 188.

[4]) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 110.

ذلك أنه لم يرد عنه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بألا حضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون وتدبير شؤونه.

غير أن المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر وقالت بالاستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية.

إذ جاء القرار المؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 274207 يتضمن ما يلي: "عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"[1].

وبالتالي فإن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يوجد الدليل الصحيح على أن هذا العمل يمنع المحضون من حقه في الرعاية والعناية.

وهو تأكيد على أن القاعدة لابد لها من استثناء ولابد لهذا الاستثناء من دليل وإثبات، كون المسألة موضوعية[2].

وما يتضح لنا كذلك أن المشرع الجزائري أصر على عمل الحاضنة، وأن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[3].

---

[1]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 59.

[2]) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 60.

[3]) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، بدون رقم الطبعة، السنة 2010، ص317.

ثانيا: عدم مطالبة الحاضن لحقه في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر طبقا للمادة 68 ق،أ،ج:

من الأسباب التي تؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة هو ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة. من أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة لممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر يسقط حقه فيها.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل ومضي على ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط حتما[1].

- لكن ماذا لو أن الحضانة استحققت، وسكت صاحب الحق عن طلبها بدون عذر ومضت سنة كاملة من تاريخ علمه باستحقاقها لها؟ فهل يسقط حقه فيها؟

بالرجوع للمذهب المالكي نجده نص على أنه: إذا علم الحاضن باستحقاقه للحضانة، ويعلم أن سكوته عن طلبها مسقط لحقه فيها، وأن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة، فإن حقه يسقط فيها[2].

وبالرجوع للمشرع نجده اعتد برأي المالكية حسب نص المادة 68 قانون الأسرة الجزائري.

إلا أنه يلاحظ أن القانون لم يحدد الطلب من المادة 68 فمن له الحق في الحضانة قد يطلب أجرا، وقد يطلب السفر بالمحضون، ولذلك كان يتعين أن يكون الطلب في المادة 68، وهذا ظاهر في المادة 69 من نفس القانون عندما يريد الشخص

[1]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

[2]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 156.

الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[1].

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[2].

وجاء في قرار آخر أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون: "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 مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون"[3].

وجاء في قرار آخر أنه بالرجوع للشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها[4].

وبالرجوع لنص المادة 68 من قانون الأسرة السابقة الذكر نجد أنه هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها: "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين –في قضية الحال– أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة وبعد مماطلة المطعون

---

[1]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 156 و157.

[2]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32829، مجلة قضائية، عدد 1999/01، بتاريخ 1984/07/09.

[3]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 58220، مجلة قضائية، عدد 1993/03، بتاريخ 1990/02/05، ص 53.

[4]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 388225، نشرة القضاة، عدد 44، بتاريخ 1985/12/02، ص 157.

ضده (الأب) في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قراراهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه"[1].

الفرع الثالث: الاستيطان في بلد أجنبي

تنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "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"[2].

معنى ذلك أنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري، فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي[3].

فالمسألة هنا جوازيه للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه[4]، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[1].

---

[1]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222655، الإجتهاد القضائي، غ أ ش، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1999/05/18، ص 185.

[2]) الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 أفريل 2005، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

[4]) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 155.

ولذلك قضت المحكمة العليا بأن: "المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه".

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط"[2].

وقضي أيضا بأنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصم على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة[3].

وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار لاحق للقرار الأول حيث جاء فيه: "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الأب في الجزائر"[4].

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر لها بأن: " الإقامة في الخارج يعد من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[5].

الفرع الرابع: أسباب السقوط الواردة في المادتين 70 و71 من ق،أ،ج

---

[1]) الدكتور العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، بدون طبعة، السنة 1999، ص 389.

[2]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 91671، المجلة القضائية، العدد 1، بتاريخ 1993/06/23، ص 27.

[3]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 159.

[4]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 273526، غ أ ش، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 2001/12/26.

[5]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 117048، نشرة القضاة، عدد 52، بتاريخ 1995/11/21، ص 102.

تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع الأم المحضون المتزوجة بغير محرم للحاضن حسب نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، كما يعود الحق في الحضانة إلى الحاضنة إذا زال سبب سقوطه غير اختياري حسب نص المادة 71 من نفس القانون.

أولا: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة

إن من الأسباب التي حرص المشرع الجزائري على جعلها سببا لسقوط حق الحضانة هو ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري[1]، من أن سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم من المحضون يسقط استحقاقها في الحضانة.

إذ يلاحظ أن جمهور الفقهاء يشترطون أن لا تتزوج الحاضنة بأجنبي، فإن فعلت سقطت الحضانة. ومعنى هذا أنها إذا تزوجت بغير أجنبي لم تسقط حضانتها فالحنفية يقولون : "ولا حضانة لامرأة متزوجة من أجنبي عن الطفل فإذا كان الزوج ليس أجنبيا من المحضون – وقريبه – فلها الحضانة". والشافعية يقولون : "إلا أن نكحت من له حق في الحضانة ورضي لم يسقط حق الحضانة"، لأن من نكحته له الحق في الحضانة، والحنابلة يشترطون أن يكون محرما له من جهة الرحم، فإذا توافر في زوج الأم أن يكون قريبا محرما للجدة أو الخالة، إذا استحقت أن تسكن بالمحضون مع أمه المتزوجة بقريب محرم[2].

وبالرجوع للمشرع نجده نص على أن زواج أم الحاضن بغير قريب محرم بالنسبة للطفل المحضون يشكل سببا من أسباب سقوط حق الجدة أو الخالة في الحضانة، وذلك بموجب حكم قضائي يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية، بناء على

---

[1]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 143.

[2]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 157.

طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة[1].

وما يثير الانتباه أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده في حصر سبب سقوط الحضانة بمساكنة أم المحضون مع الجدة والخالة فقط دون غيرهما؟

ثانيا: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه

ما يتعلق بعودة ورجوع حق الحضانة إلى صاحبه بعد سقوطه فإن ذلك هو ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة التي جاء فيها أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير اختياري.

ومعنى ذلك أنه إذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب الخمسة المذكورة أعلاه، ثم زال السبب الذي كان أساس السقوط فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب، ويصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة[2].

إذ جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 252308 الصادر في 2000/11/21، على أن الأم لها الحق في الحضانة بعد زوال سبب السقوط[3].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها مفاده: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس

---

[1]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 143.

[2]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 143 و145.

[3]) لحسن بن شيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 455.

بقضائهم لحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

والقضاء العالي في الجزائر بين أن المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون فالأم التي أسقطت حقها في الحضانة بعد زواجها من أجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يمنع عودة الحضانة ولو بعد زواله والقضاء بغير ذلك يكون مخالفة للقانون[2].

المبحث الثالث: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

بما أن المحضون عاجز عن القيام بشؤونه بنفسه لأنه في أول مراحل حياته، فقد كفل له القانون شخصا لحضانته ورعايته وحفظه وجعل الحضانة حقا من حقوقه وحرم كل فعل يكون من شأنه أن يحول دون تحقيق هذا الحق أو المساس به، ولذلك فقد نص قانون العقوبات على الجرائم المتعلقة بحق الحضانة وأوجب على كل جريمة جزاء وذلك لردع المساس بحقوق الأولاد[3].

ومن تحليل ما ورد النص عليه في كل من الفقرتين من المادة 328 قانون عقوبات، يتضح لنا مدى ما تضمنته من حماية لحقوق الأولاد ولأمنهم، ومدى ما

---

[1]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 201336، غ أ ش، بتاريخ 1998/07/21.

[2]) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 159.

[3]) رحايل سارة، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 72 و73.

اشتملت عليه من مؤيدات فعالة لضمان احترام الأحكام القضائية وتدعيم أركان العدل[1].

ولفهم هذا الموضوع بسهولة يحتم علينا أن نقسم هذا الموضوع إلى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول جريمة الامتناع عن تسليم **طفل إلى حاضنه** ، وفي المطلب الثاني جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنه، وفي المطلب الثالث سنتناول جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة باعتبار أن هذه الجرائم تشكل اعتداء على نظام الأسرة وأمنها.

المطلب الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

تنص المادة 328 من قانون العقوبات على مايلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج ،الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به... وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"[2].

---

[1]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، السنة 2002، الطبعة الثانية، ص 123.

[2]) المادة 328 ق،ع تنص: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 د ج ، الأب أو الأم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به... وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

إن هذه الجريمة تكون واحدة من تلك الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، وإن المعاقبة عليها أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون[1].

جريمة الامتناع عن تسليم الطفل لمن له حق حضانته شرعا هي من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعا أو متجددا، أي أنه يمكن متابعة الجاني كلما أعاد نفس الأفعال وهي عدم تسليم الطفل لمن يطلبه[2].

ويتطلب لقيام هذه الجريمة ثلاث عناصر ونلخصها في ثلاث فروع في ما يلي:

الفرع الأول: عنصر الامتناع عن التسليم

إن أول العناصر التي يشترط القانون توفرها لقيام هذه الجريمة، هو عنصر الامتناع ذاته وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، ولما أمكن متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها، كما ينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد واضح ومقصود[3].

الأصل أن هذه الجريمة في مختلف أشكالها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل، ولكنها تنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة – عدا الوالدين –

---

[1]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 124.

[2]) نبيل صقر، الوسيط في شرح 50 جريمة من جرائم الأشخاص، دار الهدي، السنة 2009، ص 215.

[3]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 124.

كالجدة من الأم والخالة والجدة من الأب والأقربين. وبوجه عام، تنطبق هذه الجريمة على كل من كان القاصر موضوعا تحت رعايته ويمتنع عن تسليمه إلى من أسندت له حضانته، كما تنطبق على المستفيد من الحضانة الذي يمتنع عن الوفاء بحق الزيارة أو حق الحضانة المؤقتة التي منحها القضاء لغيره، وفي كل الأحوال يشترط القانون صدور حكم قضائي نهائي أو حكم مشمول بالنفاد المعجل[1].

الفرع الثاني: عنصر توفر حكم قضائي سابق

لقيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه أو إلى حاضنته، لابد من توافر العنصر المتمثل في توافر حكم قضائي سابق.

ويتضمن هذا الحكم إسناد حق الحضانة إلى من يطلب بتسليم الطفل إليه، وإما مشمولا بالنفاد المعجل وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون[2].

وبالتالي فالجريمة غير قائمة في الحالات التالية:

_ عندما لا يحل الحكم القضائي مسألة حضانة الطفل.

_ عندما يكون هذا الحكم غير قابل للتنفيذ مستأنفا عليه أو معترض عليه.

_ عندما يكون الطفل أو البنت في غير سن الحضانة.

_ عندما ينتهي مفعول الإجراءات التي أمرت بها المحكمة[3].

---

[1]) الدكتور أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، السنة 2009، الطبعة العاشرة، ص 178.

[2]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 124 و124.

[3]) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 217.

وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون حكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاد المعجل، وغير نهائي كونه محل استئناف[1].

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني أما إذا كان صادرا عن جهة من جهات القضاء الأجنبي، فلا بد أن يكون مصادقا عليه أو ممهور بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية[2].

الفرع الثالث: عنصر وجود الطفل تحت سلطة المتهم

لكي تتوفر أركان أو عناصر هذه الجريمة، يجب إلى جانب توفر الأركان العامة والعناصر الخاصة السابق ذكرها أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، وعليه فإذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين وتحت سلطته، كأن يكون هو أبوه أو جده أو عمه وأنه قد صدر قرار قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني هو أمه مثلا أو جدته أو خالته، وعند القيام بإجراءات تنفيذ الحكم، اعترض الأب أو الجد أو العم، وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرر امتناعه فإنه سيعرض نفسه إلى اتهامه بارتكاب جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به، وسيعاقب بعقوبة بدنية تتراوح ما بين شهر وسنة حبسا، وعقوبة مالية تتراوح ما بين خمسمائة وخمسة آلاف دينار جزائري غرامة، طبقا للفقرة 01 من المادة 328 من قانون العقوبات[3].

المطلب الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

---

[1]) المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، ملف رقم 132607، المؤرخ في 1996/06/16.

[2]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

[3]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 125.

إن هذه الجريمة مرتبطة بالجريمة السابقة، لما لهما من هدف موحد، ولما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة تتضمن الحبس والغرامة، كما أن الهدف الأساسي لكل منهما هو تدعيم أحكام القضاء وحماية مصلحة المحضون ومصلحة الحاضن، ولقيام هذه الجريمة ينبغي لنا معرفة الأركان المكونة لها من خلال بيان الفروع التالية:

الفرع الأول: العنصر المادي للاختطاف

يتمثل الركن المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه في فعل مادي، هو عدم تسليم الطفل أو اختطافه، وهذان الفعلان يكونان جريمة واحدة مستمرة تتكون إما من عدم التسليم وإما من الاختطاف، ويتحقق عدم التسليم إذا كان الطفل قد أخفي بحيث لا يمكن التعرف على مكانه، ويعتبر ذلك أشد حالات عدم التسليم خطورة كون تنفيذ الحكم القضائي بالقوة لا يفيد في رد الطفل إلى من حكم له بحضانته[1].

ولا يتم توفر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير، وإذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين، فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي[2].

الفرع الثاني: عنصر توفر الحكم القضائي

إن تطبيق المادة 328 من قانون العقوبات، يتطلب وجود حكم صادر عن القضاء الوطني حائز لحجية الشيء المقضي فيه، وهذا العنصر سبق الإشارة إليه كعنصر مكون للجريمة السابقة، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا، ذلك أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له الحق في

[1]) عبد الله حسن العمري، جريمة اختطاف الأشخاص، السنة 2009، ص 126.

[2]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

حضانته، وحق المطالبة بإرجاعه ممن خطفه منه، إذا لم يوجد في حوزته حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا.

الفرع الثالث: عنصر القصد أو النية الإجرامية

يعتبر عنصر القصد الجنائي أو النية متوافرة متى كان الأب أو الأم أو الجدة أو الخالة قد أتى الفعل عمدا، وهو يعلم بأنه يمتنع عن تسليم الصغير للوالد الآخر صاحب الحق في الحضانة[1]، وأن قانون العقوبات لم يذكره ضمنا ولا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة، وإنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية، ولهذا فإن القانون قد عاقب على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها، أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف، ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له، وما عليه لكي يفلت أو ينجو من المتابعة والعقاب إلا أن يثبت حسن نيته وعدم توفر عنصر القصد السيئ ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد[2].

المطلب الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

الذي يهمنا أكثر في مجال حديثنا عن الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، فهو ما نصت عليه المادة السابعة من هذه الاتفاقية التي جاء فيها: "أن الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتي الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود

---

[1]) عبد الله حسين العمري، المرجع السابق، ص 27.

[2]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 127.

أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للولد الآخر بمقتضي قرار قضائي[1].

لذلك لابد أن نتحدث بقليل من التفصيل عن العناصر المكونة لهذه الجريمة ونلخصها في الفروع التالية:

الفرع الأول: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة

من خلال قراءة المادة 64 من ق أ ج، نلاحظ أنها تنص: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر"، ومن خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات، نجد أن المادة السادسة من الفقرة الثانية تنص على أن: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة"، ثم تأتي المادة السابعة لتنص على أنه: "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال، التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتي الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة".

وعليه ومن تحليل هذه المواد، يمكن أن يتضح لنا أنه يتعين عندما يحكم القاضي بالطلاق وبإسناد حق حضانة الطفل أو الأطفال إلى من يستحقها، فإنه يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت وضمن نفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الآخر، ويحدد فيه زمان ومكان وكيفية ممارسة حق الزيارة[2].

وعلى ذلك إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة لعدم تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والكيفية والمكان التي حددها الحكم التام، فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة.

---

[1]) وقعت المصادقة على هذه الاتفاقية في 26 يوليو 1988 بموجب المرسوم رقم 88-144.

[2]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

وبمجرد ما يتسلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا شكوى الوالد الآخر المحكوم له بحق الزيارة يباشر المتابعات والإجراءات القانونية ضد مرتكب الجريمة[1].

الفرع الثاني: عناصر جنحة رفض حق الزيارة

يتبين لنا أنه لكي يمكن قيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توافر الشروط التالية:

- أن يكون حكم قضائي مشمول بالنفاد المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي به.
- أن يكون هذا الحكم قد قضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، ويمنح حق الزيارة إلى الزوج الأخر.
- أن يكون الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، بواسطة شهادة شهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

وعليه، فإذا توفرت هذه الشروط أو العناصر مجتمعة فإنّ الطرف الممتنع يكون ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل واستحق المتابعة والعقاب، وفقا لما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات، وتبعا للمادة 07 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الصادرة بتاريخ 21 يونيو 1988.

هكذا نجد أن المشرع قد أولى اهتمام خاص بالمحضون وبالطفل بصفة عامة، عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة.

[1]) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 129.

وقد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون وإن كانت تشمل أيضا الطرف الحاضن عندما تكون أما، ولكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون، وهذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة التي نصت عليها المادة 331 من قانون العقوبات، وذلك تدعيما لنص المادة 75 من قانون الأسرة، التي تنص على أن نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال.

وإن كان المشرع الجزائي الجزائري حصر النفقة – والتي تعتبر دين مالي على الأب – في النفقة الغذائية دون سواها، علما أن النفقة كما هي معرفة في المادة 78 من قانون الأسرة، تشمل الغداء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، ومنه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي أو مأمور بالنفاد المعجل وبعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ، وعند امتناع المدين عن تسديد النفقة، أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية، في هذا الشأن[1].

الفصل الثاني: الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة

رغم أنّ مصلحة الطفل المحضون هي الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في إعمال سلطته التقديرية في إسناد الحضانة ، ومع ذلك فهناك عدة إشكاليات تطرح في هذا صدد، تجعل تطبيق هذه الفكرة تواجه عدة صعوبات من ناحية تطبيقها، وعليه فسنقوم في هذا الفصل بحصر أهم الإشكاليات المترتبة على إسناد الحضانة، كإشكالية الحضانة في حالة الزواج مع الأجنبي أو ما يسمى بالزواج المختلط، وكذلك إشكالية مراعاة مصلحة الطفل المحضون، وأخيرا إشكالية مسؤولية الحاضن سواء كان الحاضن الأب أم الأم، عن الأفعال الضارة التي يقوم بها الطفل المحضون، وسنوضح هذه الإشكاليات في مباحث ثلاثة، تكون كما يلي :

[1]) د.أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 159.

المبحث الأول : إشكالية الحضانة في حالة الزواج مع الأجنبي.

المبحث الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة الطفل المحضون.

المبحث الثالث: مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة.

المبحث الأول: إشكالية الحضانة في حالة الزواج مع الأجنبي

يعتبر موضوع حضانة أبناء الزواج المختلط من أهم المواضيع القانونية وأدقها، لما تثيره من إشكالات حادة ومعقدة، منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الحضانة، نتيجة اختلاف تعاطي التشريعات معه، لاسيما في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظمها، وهو ما فسح المجال للقضاء من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وفقا لتصوره في تكييف الحضانة، مسترشدا في ذلك بالآراء الفقهية التي بدورها اختلفت في تكييف الحضانة، وبالتالي الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي سعت إليه الاتفاقيات الدولية لحسم هذا الموضوع وتحديد القانون الواجب التطبيق.

لذا كان من الضروري تدخل الدول لإيجاد حلول تحدّ من هذه الإشكالات أو تقلل منها، والتي يتم تجسيدها في شكل اتفاقيات دولية متعددة الأطراف أو ثنائية[1]، إلا أنه قد يكون هناك زواج بين أجانب وجزائريين لا تكون مع دولتهم معاهدة، فالحل هنا يتم بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، هذا ما سنتولى توضيحه في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: حالة وجود اتفاقية مع الجزائر

يعد الزواج المختلط من أهم الروابط العائلية إثارة للتنازع بين القوانين، من حيث انعقاده وآثاره، وذلك نتيجة الرهان الدائر بين رغبة البلدان الإسلامية في ضمان احترام هوية وثقافة وقيم رعاياها المستمدة في أغلبها من قواعد الفقه الإسلامي، ورغبة البلدان الأوربية المستقبلة لهم في استيعاب هذه الجالية، وجعلها تنصهر بسهولة في جسمها

[1]) عفرة حياة، الحضانة ، الزواج المختلط، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، الجزائر، ص 165.

وحضارتها، يضاف إلى ذلك حجم الإشكاليات القانونية المطروحة من قبل هذه الجالية على مستوي روابطها الأسرية[1].

وبما أن غالبية المهاجرين الجزائريين موجودين بفرنسا، ونتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، إلا أن هذه الزيجات المختلطة لم تنجح كلها، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط واستقرارهم، وقعت الجزائر وفرنسا، بمدينة الجزائر : بتاريخ 21 جوان 1988، اتفاقية تحت عنوان : "الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال".والتي وافق عليها المجلس الشعبي الوطني بموجب القانون رقم : 88 – 22 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1988[2]. وصادق عليها رئيس الجمهورية بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم: 88– 144، الصادر بتاريخ 26 جويلية 1988[3].

ومن أجل تحقيق أحسن حماية لهؤلاء الأطفال، وكذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين لمراعاة مصلحة أطفال الزواج المختلط بالدرجة الأولى.

تنص المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أن تقوم وزارتا العدل في الدولتين بتعين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية.

---

[1]) – خالد بوعروس، الزواج المختلط ، الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة عبد المالك السعدي، بطنجة، المغرب، السنة 2007، ص 10.

[2])– الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الموافق عليها بموجب القانون 88 – 22، المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو 1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 28، الصادر بتاريخ 13 يوليو 1988.

[3])– الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الموافق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 88 – 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق 26 يوليو 1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 30، الصادر بتاريخ 27 يوليو 1988.

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

وتنص فقرتها الثانية من نفس المادة على أنّ: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين ينص على إسناد حضانة الطفل، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة". وهو ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 64 من قانون الأسرة[1].

غير أن هذه الأحكام قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ عند صدورها من المحاكم الفرنسية، ومن بين المشاكل هو ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من ق أ ج. وهذا بتربية الولد على دين أبيه؟ عند إسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بحضانة ولدها.

وهذا ما قد يؤدي إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري، خاصة أن بنود الاتفاقية لم تنص على حل لهذه المشكلة.

كما يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا إجراءات المتابعات الجزائية، ضد مرتكب مخالفة رفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضي حكم قضائي للوالد الآخر، حسب نص المادة 07 من الاتفاقية[2].

رغم معالجة هذه الاتفاقية لمشكلة الزيارة، إلا أنه بقيت بعض المسائل عالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم أن المادة 11 من الاتفاقية، قد نوهت على حلول، إلا أنها تبقى قاصرة،

---

[1]) تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري : "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2]) الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، المادة 07.

لأنه حتى ولو عرض الوالد الحاضن المسألة على وكيل الجمهورية، فإن هذا الأخير لو قام باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإن ذلك يبقى بدون جدوى أو بدون نتيجة، لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وبالنتيجة هلاك الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذ ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى لو أنها طرحت في المادة 6 فقرة 3 من الاتفاقية بقولها: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل"، ومن ثمة يتبادر إلى الذهن السؤال التالي:

هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 64 منه.

فإذا كانت الإجابة بنعم على التساؤل، فهنا يطرح السؤال من جديد: هل يحكم لصالحه؟ ومنه يمكن القول إن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم اهتمام الاتفاقية بهذه المسألة بالشكل الكافي[1].

وعليه يتبين أنه في حالة عدم تطبيق الاتفاقية من كلا طرفي المعاهدة، فإنه يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص، أي أنه تم الرجوع إلى عدم وجود اتفاقية، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

[1]) حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون، السنة 2001، ص 67.

المطلب الثاني: حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

إذا واجهتنا مشكلة زواج جزائري أو جزائرية بعنصر أجنبي، ولم تبرم الجزائر اتفاقية مع تلك الدولة، فإننا نكون بصدد مشكلة القانون الواجب التطبيق على هذه القضية؟ هل نطبق القانون الوطني؟ أم نطبق القانون الأجنبي؟

ولحل تنازع القوانين من حيث المكان، خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني، وتطرق في المواد من 10 إلى 16، إلى بيان القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية[1]، وفي النظام القانوني الجزائري، وبالرجوع إلى قانون الأسرة يفهم من مضمونه، أن المقصود بالأحوال الشخصية، هو المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والعلاقات بين أفراد الأسرة كالزواج وانحلاله وآثاره، وإثبات النسب والولاية والوصاية والميراث والكفالة.

إذ تعتبر الحضانة أثر من أثار انحلال الزواج، وقد أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 فقرة 02 من القانون المدني، أي أنه إذا كان هناك انفصال بين زوجين من جنسية مختلفة، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الجزائر، فهنا تطبق قواعد الإسناد، أي أنه يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري.

وقد أخذت أيضا بهذا الحل قوانين بعض الدول العربية مثل مصر (المادة 02/13 من ق.م)، وسوريا (المادة 02/12 من ق.م)، والعراق (المادة 03/19 من ق.م)، والأردن (المادة 02/14 من ق.م)، وليبيا (المادة 02/13 من ق.م)، والسودان (المادة 02/19 من ق.م)، ويرجع سبب اختيار هذه الدول لقانون جنسية الزوج دون

[1]) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنه، الجزائر، بدون سنة، بدون طبعة، ص 126.

قانون جنسية الزوجة ، إلى ما يتمتع به الزوج في مجتمعاتنا من سلطات، وإلى كونه يملك العصمة بيده، وفقا لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية[1].

أما عن اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيلاحظ الكثير من الفقهاء، بأنه ليس هناك ما يبرره إذ يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء عقد الزواج، فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في حسبانها.

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج، هو القانون الذي تكون الزوجة على علم وبصيرة به، ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين[2].

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على: "أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة. وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها"[3].

وإذا كانت القاعدة في القانون الجزائري على نحو ما رأينا هو خضوع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك استثناء أوردته المادة 13 من القانون المدني ومفاده أنه: "إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده".

---

[1]) د.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الطبعة العاشرة، السنة 2013، ص 256.

[2]) د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 256 و257.

[3]) محكمة عليا، قرار رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02.

أي أنه امتياز تطبيق القانون الجزائري، أي جعل هذا الأخير وحده يطبق على انحلال الزواج، إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه لعقد الزواج، ونجد نفس هذا الاستثناء في معظم قوانين الدول العربية[1].

وعلى القضاة عند إسنادهم للحضانة أو إسقاطها، أن يراعوا مصلحة الأطفال المحضونين، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

لقد اعتنت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين برعاية الصغير وحمايته والعناية به وتوفير كل ما يكفل له الحياة الكريمة، بعيدا عن كل ما قد يؤثر على حياته، لأجل ذلك قامت بوضع بعض الطرق التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعايته، وأهم طريق وضعته التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، وقد لقيت هذه القاعدة اهتمام كبير من طرف المشرعين، لدرجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي حسب سلطته التقديرية في موضوع الحضانة.

وعليه سنحدد مفهوم هذه القاعدة وما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة وإلى أي مدى يقوم القاضي بتقدير مصلحة المحضون.

المطلب الأول: مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إن تعريف مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة، ثم تعريف الحضانة ، بالإضافة إلى تعريف المصلحة التي يجب حمايتها.

[1]) د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 258.

الفرع الأول: تعريف المحضون

أولا: تعريف المحضون لغة: المحضون يطلق على الطفل والطفلة الصغيران، والجمع أطفال، ولذلك قيل يدعى طفلا حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يختن[1].

ثانيا: تعريف المحضون شرعا: الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة ، وتمتد هذه المرحلة إلى غاية البلوغ.

ثالثا: تعريف المحضون قانونا: لم يعرف قانون الأسرة المحضون ، ولكن بالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ، فإنه ينص في المادة 40 فقرة 02 على أن سن الرشد 19 سنة كاملة[2].

كما ورد تعريف الطفل في اتفاقية حقوق الطفل 1989 ،في المادة 01 الجزء الأول "يعني كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة ، ما لم يبلغ سن الرشد ، قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه"[3].

كما ورد تعريف الطفل في المادة 2 من القانون 15 – 12 المتعلق بحماية الطفل، وهو : "كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر سنة كاملة. يفيد مصطلح"حدث" نفس المعنى"[4].

---

[1]) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولي، دار صادر، بيروت، المجلد التاسع، ص 12.

[2]) المادة 40 فقرة 02 من القانون المدني تنص : "أن سن الرشد 19 سنة كاملة " .

[3]) وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سوريا، السنة 2010، ص 140.

[4]) – القانون 15 – 12، مؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 39.

إذن فالطفولة تطلق على المرحلة العمرية الأولى التي تربط فيها الإنسان بأسرته وتشتد حاجته إليها ويصعب الاستغناء عنها، وللطفل حينئذ حقوق مرعية وعناية كبيرة[1].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة

أولا: تعريف الحضانة لغة: الحضانة مشتقة من كلمة حضن وهو مادون الإبط إلى الكشح ، وقيل هو في الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك ، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها. وحضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة جعله في حضنه وفي الحديث: "أنه خرج محتضنا أحد أبنى ابنته أي حاملا له في حضنه"[2].

ثانيا: تعريف الحضانة شرعا: عرف الفقهاء الحضانة بأنها : "تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير ومجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة"[3].

ثالثا: تعريف الحضانة قانونا: عرفها قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 62 "بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[4].

---

[1]) رحايل سارة، المرجع السابق، ص 03.

[2]) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، الجزء الرابع، بدون طبعة، السنة 2003، ص 152.

[3]) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1984، ج 7 ص 717 – 718.

[4]) المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، رقم 11.84، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمعدل والمتمم بالأمر 05 – 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته[1].

من خلال المادة 62 من قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري عرّف الحضانة انطلاقا من أهدافها وأسبابها وقد حددت هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية[2].

ويعتبر أحسن تعريف من حيث شمول حاجيات المحضون الصحة الدينية والتربوية والخلقية.

ولهذا يجب على القاضي عندما يفصل في حق الحضانة والزيارة، أن يراعي جميع هذه الجوانب لأنها تشمل حاجيات المحضون ومصلحته، فإن أغفل بيان مصلحة المحضون بدقة في حيثيات حكمه يمكن التسبيب ويتعرض حكمه للإلغاء[3].

الفرع الثالث: تعريف المصلحة

أولا: تعريف المصلحة لغة: هي المنفعة، فكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.

ثانيا: تعريف المصلحة شرعا: يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، ومن بين تعاريف المصلحة التعريف الذي قال به الخوارزمي بأنها:

---

[1]) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، بدون طبعة، السنة 1999، ص 380.

[2]) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 388.

[3]) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ، ص 139.

"المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق". كما عرفها الشاطبي: "هي ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه وما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق". وأضاف إلى قوله هذا أن قصد الشارع في وضع الشريعة إنما هو مصالح العباد في الآجل والعاجل معا، وأن كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة وهي: الدين، النفس، العقل، النسل، والمال، يعد بمثابة مصلحة[1].

ثالثا: تعريف المصلحة قانونا: لم يعطى قانون الأسرة تعريفا للمصلحة، وإنما استعمل لفظ المصلحة تارة ، وتارة أخرى وظّف فكرتها دون ذكر المصطلح، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد القانون الأسرة أغلبها ما تعلق بمادة الحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر[2].

لكن رغم صعوبة حصر مفهوم مصلحة المحضون، نظرا لاختلاف المستوى الديني والثقافي والتربوي والخلقي الذي يشكل به القاضي قناعته.

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

بالرغم من عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون لضبطها، إلا أنه هناك مميزات وخصائص تنفرد بها يمكن إبرازها:

أ- أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية وشخصية، بمعني تتعلق بكل طفل على حدي ، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل ويحدد مصلحته، فما

---

[1])- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة 2011، ص 63.

[2]) - برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد حيضر، بسكرة، السنة 2015، ص 06.

[3]) - رحايل سارة، المرجع السابق، ص 07.

كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر.

ب- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة، بل هي قابلة للتغيير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته ،في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان:

أولهما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.

ثانيهما: تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

وهي العناصر التي نص عليها القضاء الجزائري، في اجتهاد المحكمة العليا، ومما جاء فيه: "أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها، وإسنادها لأبيها، رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة"[1].

وعليه يتبين لنا أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، دون الخروج عن القاعدة العامة في أحكام الشريعة الإسلامية.

[1]) محكمة عليا، قرار رقم 54353، بتاريخ 1989/07/03.

المطلب الثاني

قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية، وكان العمل بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة رضوان الله عليهم، فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلّق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم، فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاها إياه وقال لعمر: "ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك".

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية، إلا أنها جديدة في القوانين العربية الحديثة، ولقد لقيت اهتمام كبيرا من طرف المشرعين، وهذا لأجل ضمان حقوق الطفل والتكفل به، واعتبروها أهم طريق أو منفذ يستطيع القاضي من خلاله أن يحمي الطفل ويرعى مصالحه دون التقيد بالنص القانوني، حيث يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية في كل قضية[1].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأسرة، نجده نصّ على هذه القاعدة وجعلها أساسا لكل حكم من أحكام الحضانة، فقد خصص لها المواد (64، 65، 66، 67، 69)، ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني، ويمكن إبراز هذه القاعدة من خلال النقاط التالية:

أ – تطرقت المادة 64 من قانون الأسرة على ترتيب الحاضنين، وأنّ الأم أولى بحضانة ولدها ، لكن في الأخير ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون، أي

[1])– كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، فرع حقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بسكرة، السنة 2013، ص 28– 29.

تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذه المصلحة، وهذا ما أكده القرار الصادر عن مجلس قضاء المدية حيث جاء فيه: "وحيث أنه ردا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا وقانونا ، وأن مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة، وطالما أن الأم أولى بها من غيرها ، لأنها أعرف أرأف وأصبر وأخبر بالمراعاة والتربية من غيرها، فكان عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندها إليها تماشيا وأحكام الشرع في ذلك"[1].

ب – عندما حدد المشرع مدة حضانة الذكر والأنثى، طبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة اشترط في الفقرة الثانية من نفس المادة على أن يراعى في الحكم بانتهائها مراعاة مصلحة المحضون، وهو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا، ومن ذلك ما جاء في القرار رقم: 257693 الصادر بتاريخ: 2001/02/12 ، أين أسس القضاة قرارهم على ما يلي: "حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين، والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما ، الأمر الأول يبقي إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة، إلى حين سقوطها فعلا ، ومادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون، وكان صائبا في حكمه ، مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه، وبدون إحالة، والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 من قانون الأسرة، لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة"[2].

ج – كما أن نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري نصت على مراعاة مصلحة المحضون، وهذا في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، هنا يسقط حقها في الحضانة، كذلك بالتنازل، غير أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فإنه لا يعتد به.

---

[1])– مجلس قضاء المدية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 2002/101، بتاريخ 2002/06/08.

[2])– المحكمة العليا، قرار رقم 257693، بتاريخ 2001/02/12.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

د – كما نجد أن المشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون في نص المادة 67 من قانون الأسرة، ذلك في حالة اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في نص المادة 62 من نفس القانون، يؤدي إلى إسقاط الحضانة ، غير أنه في الفقرة الأخيرة ربطها بمراعاة مصلحة المحضون، بمفهوم المخالفة حتى إذا اختل شرط من هذه الشروط يجب دائما مراعاة مصلحة المحضون، ولا تسقط الحضانة لكون مصلحة المحضون أولى باختلال الشرط.

وهذا ما ورد في قرار صادر في 1984/07/09 حيث جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ، ومن ثم فإن القضاء بتقدير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[2].

هـ – كما راعى المشرع مصلحة الطفل في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، بأنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، انطلاقا من قناعة القاضي ومصلحة المحضونين[3].

---

[1]) قرار محكمة عليا، ملف رقم 189234، الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، السنة 2001، بتاريخ 1998/04/21، ص 175.

[2]) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09.

[3]) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 155.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بأن: "من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط"[1].

وعليه يتضح لنا من كل ما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون فيما يخص مسألة الحضانة، إلا أنها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون

لقد ساير المشرع الجزائري أغلب التشريعات الحديثة في توسيع سلطة ودور القاضي خاصة في مسائل الحضانة، فالمشرع جاء في نص المادة 62 وما بعدها بنصوص عامة ومجردة، إلا أن مكوناتها من تعليم الطفل وتربيته إلى غير ذلك عناصر كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات فحسب، بل تختلف حتى داخل المجتمع الواحد باختلاف الأسر، بل والأسرة الواحدة في حد ذاتها يختلف أفرادها عن بعضهم البعض.

كل هذا يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدى، وتفسير تلك النصوص بتغليب مصلحة المحضون، خاصة وأن أهم ما يميز التفسير القضائي هو طابعه التطبيقي، لأنه يتأثر بما يعرض على القاضي من وقائع في الدعوى، فيعمل القاضي

[1]) قرار محكمة عليا، ملف رقم 91671، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، العدد 1، ص 27.

كل جهده بأن تتلاءم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه ، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع، وخاصة ونحن أمام موضوع أغلبية أحكامه اجتهادية[1].

كما تبين لنا فإن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى ومهما كانت العواقب، إلا أن هذه المصلحة أعطيت للقاضي من أجل الوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، هذا ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين أعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون، على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة[2].

والأصل أن مسألة الحضانة هي مسألة قضائية غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير، يمكن إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك، وبالتالي فإن الدور الرئيسي والأول يعود للقاضي في هذا الموضوع.

وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده قد ساير هذا التطور، فأجاز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا، بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى، بل وحتى قبل مباشرتها، فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال.

كما أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بين إجراء وآخر إذا لزم ذلك، إلا أنه يجد نفسه أحيانا مجبرا على إتباع إجراء معين على حسب موضوع الدعوى وطلبات الخصوم، وفق ما له من سلطة تقديرية.

---

[1]) عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 72.

[2]) المحكمة العليا، قرار رقم 178086، بتاريخ 1997/12/23.

فتخضع مصلحة المحضون إلى الإجراءات التالية[1] :

الفرع الأول: المعاينة والانتقال إلى الأماكن

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين، حتى يستطيع تكوين قناعته فيما أصلح للمحضون، ولقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[2].

وقد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير لذلك قد يرى ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع، واستخلاص الدليل وفق السلطة الممنوحة له ، طبقا لنص المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، التي تنص: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلي عين المكان إذا اقتضي الأمر ذلك".

عملا بهذا، وتقديرا لمصلحة المحضون يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف، حسن معاملة الحاضن للمحضون، الظروف الاقتصادية، ضيق المسكن أو اتساعه، أو قربه أو بعده عن المدرسة، فهذه الظروف كلها يدخلها القاضي

[1]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 38.

[2]) المحكمة العليا، قرار رقم 153640، بتاريخ 1997/02/18.

في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها، كما له أن يوازن بين الوثائق المقدمة إليه والاعتماد عليها حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون[1].

الفرع الثاني: سماع الشهود

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح رأيه، وهذا عملا بأحكام المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب أن يراعي الشروط القانونية المتعلقة بالشهود.

وعلى الرغم من كون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا ، غير أن السلطة التقديرية تبقي بعد ذلك للقاضي في الأخذ بها، إذ قد يرى أن الشهادة غير مستساغة فلا يأخذ بها، بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات، كما له أن يعيد سماع الشهود ومواجهة بعضهم بعضا، ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض.

غير أنه عليه أن يسبب رفضه تسبيبا سائغا وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور[3].

الفرع الثالث: الخبرة

تنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصيص أو من تخصصات مختلفة".

يتضح لنا من هذا النص أن السلطة التقديرية المعطاة للقاضي، والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات

---

[1]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 39.

[2]) تنص المادة 150 من ق إ م إ على أنه : "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية ".

[3]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 40.

العلمية، في المجالات التي تتوافر عند القضاة بحكم التخصص العلمي، إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة التي يقوم بها الخبير، باعتبار صاحب دراية خاصة بالمسائل التي لا تتحقق في المحقق أو القاضي، ومن هذه المسائل الطب، الهندسة، وغيرها من المجالات، وللقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية، حتى منح الحضانة إلى الأب الحضانة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[1].

الفرع الرابع: اليمين

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله، والخوف من بطشه وعقابه، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين: يمين حاسمة تحسم النزاع، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى[2].

[1]) محكمة عليا، قرار رقم 34221، بتاريخ 1997/02/18.

[2]) كربال سهام، المرجع السابق، ص 40.

المبحث الثالث

مسؤولية الحاضن عن الأفعال الضارة للمحضون

أسست المادة 134 من القانون المدني مبدأ عام، يستوجب حالات شتى قد يراها القضاء تدخل في حكمها، سواء تعلق الأمر بمسؤولية الأولياء التي ما إن يفتح الطفل عيناه إلا ويجد الرعاية والتوجيه من قبلهم، ثم يتدرج في حياته بين مقاعد الدراسة إلى غاية دخول عالم التمهين والشغل، مما قد يرتقب مسؤولية أي واحد منهم قبل استغلاله[1]، وعليه سأتعرض إلى شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة (المطلب الأول)، وإلى مسؤولية هؤلاء المراقبين (المطلب الثاني)

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة

تعتبر الرقابة التزاما يقع على عاتق الرقيب ويكون مصدر هذا الالتزام إما القانون وإما الاتفاق، أما الرقابة الفعلية فلا ترتب أية مسؤولية مفترضة على الرقيب[2].

ويتضح من أحكام المادة 134 من القانون المدني الجزائري، أن واجب الرقابة الملقى على عاتق المسؤول، قد يرجع إلى حكم القانون، مثل واجب الرقابة الذي يتحمله الأب وبعد وفاته الأم على أولادهما القصر[3].

ولتحقيق مسؤولية متولي الرقابة، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- وجود شخص بحاجة إلى الرقابة.

---

[1]) زاوي حكيم، المسؤولية المدنية عن أفعال القاصر، رسالة ماجستير، تخصص عقود مدنية وتجارية، جامعة عنابة، السنة 2009، ص 119.

[2]) د.علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون رقم الطبعة، السنة 1994، ص 22.

[3]) حنيفي لويزة، المجلة الجزائرية، العدد 03، السنة 1994، ص 603.

• أن يقع العمل الغير المشروع ممن هو تحت الرقابة.

• أن يقع العمل الغير المشروع الذي أتاه من هو تحت الرقابة على الغير[1].

الفرع الأول: وجود شخص بحاجة إلى الرقابة

يعني أن الشخص يكون بحاجة إلى الرقابة، إما بسبب قصره أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية، والمعروف أنه يعتبر قاصرا من لم يبلغ تسعة عشر سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني[2].

فمتى أتى أحد هؤلاء عملا غير مشروع، كان المكلف برقابته مسؤولا بتعويض الأضرار الناشئة عن ذلك. أما إذا لم يكن الشخص بحاجة إلى رقابة، كأن يكون راشدا سليم العقل والجسم، فالمسؤولية عن أعماله غير المشروعة تقع على عاتقه وحده دون سواه[3].

الفرع الثاني: أن يقع العمل غير المشروع ممن هو تحت الرقابة

يجب أن يقع العمل غير المشروع من الشخص الخاضع للرقابة، ولكن الخلاف الذي أثير في الفقه القانوني يدور حول اشتراط الخطأ أو عدم اشتراطه في فعل الخاضع للرقابة، وهو الخلاف الذي يرجع أساسا لتعريف الخطأ نفسه.

فأنصار النظرية الموضوعية في الخطأ، لا يرون في الفعل إلا جانبه المادي، ولا يشترطون لتحققه التمييز، هؤلاء يرون أن الخاضع للرقابة يجب أن يرتكب عملا غير مشروع لتتحقق مسؤولية متولي الرقابة.

---

[1]) د. محمود جلال حمزة، العمل غير مشروع باعتباره مصدر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون رقم الطبعة، السنة 1975، ص 129.

[2]) د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الطبعة الثانية، السنة 2004، ص 194.

[3]) د. محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 169.

أما أنصار النظرية الشخصية في الخطأ والذين يتطلبون أن يتوافر في الخطأ ركنان: ركن مادي وهو التعدي، وركن معنوي وهو الإدراك والتمييز.

فقد وجدوا أنفسهم أمام أمرين ؛ إما أن يشترطوا توافر الخطأ في فعل الخاضع للرقابة، أي وجوب توافر ركن التمييز إلى جانب ركن التعدي، وهذا يعني أن متولي الرقابة سوف ينجو من المسؤولية في كل مرة يكون فيها الخاضع للرقابة ناقص العقل أو التمييز، وهذا يخالف المنطق والعقل.

وإما أن لا يشترطوا الخطأ، وعندئذ يسأل متولي الرقابة عن كل الأضرار التي يأتيها الخاضع للرقابة حتى لو لم يكن مميزا.

وهكذا وجدوا أنفسهم أمام خيارين أحدهما مر، فاشترطوا عدم اشتراط الخطأ في الفعل الخاضع للرقابة لتتحقق مسؤولية متولي الرقابة[1].

وهنا لا يشترط توفر الخطأ، بل يكفي وقوع عمل غير مشروع، لأنه قد يكون القاصر غير مميز، ورغم ذلك يكون المكلف بالرقابة مسؤول، وهنا يكفي توفر العنصر المادي للخطأ وهو التعدي دون الحاجة إلى الركن المعنوي، والفعل الضار يعتبر أساس لقيام المسؤولية المدنية، ولابد أن يحدث هذا الفعل الضار ضررا للغير[2].

الفرع الثالث: أن يقع العمل الغير المشروع الذي أتاه من هو تحت الرقابة على الغير

والعمل غير المشروع الذي أتاه الخاضع للرقابة، يجب أن يقع على الغير لا عليه هو، فإن وقع على المشمول بالرقابة فلا مسؤولية هناك على متولي الرقابة، كأن يوقع الخاضع للرقابة الضرر على نفسه. فلا تتحقق مسؤولية متولي الرقابة إلا إذا ثبت الخطأ

---

[1]) د. محمد جلال حمزة، المرجع السابق، ص 170.

[2]) حنيفي لويزة، المجلة الجزائرية، العدد 03، السنة 1994، ص 603.

في جانبه، أو أن يوقع أجنبي الضرر بالخاضع للرقابة، فلا تتحقق في هذه الحالة أيضا مسؤولية متولي الرقابة ، لأنه ليس مسؤولا عن خطأ الأجنبي ، إلا إذا ثبت الخطأ في جانب متولي الرقابة طبقا للقواعد العامة[1].

ومسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مفترضة تقبل إثبات عكسها، إذ يفترض أن متولي الرقابة قد أساء تربية الخاضع للرقابة[2].

والمضرور غير ملزم بإثبات خطأ الرقيب بإساءة تربية الولد، بل المسؤول هو الذي يثبت أنه لم يسيء التربية وذلك:

1_ بإثبات أنه قام بواجب الرقابة على أحسن وجه، ولم يقصر في أدائها.

2_ أن يقطع العلاقة السببية بين الرقابة والضرر بالسبب الأجنبي، أي أن يثبت أن الضرر كان واقعا لا محال ولو قام بواجب الرقابة[3].

---

[1]) د. محمد جلال حمزة، المرجع السابق، ص 171.

[2]) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج 1 ص 1005.

[3]) أ. لحلو غنيمة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة، الدفعة 13، سنة 2003/2002.

المطلب الثاني: مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة

سندرس إشكالية مدى مسؤولية الأم الحاضنة عن الأفعال الضارة لابنها المحضون، من منضورين، فالأول من منضور القانون المدني، والثاني من قانون الأسرة، وقبل التطرق إلى ذلك نشير إلى موضوع السلطة الأبوية.

الفرع الأول: السلطة الأبوية

إن هذه الفكرة جاء بها القانون الفرنسي، والمقصود بالسلطة الأبوية هي مجموعة من الحقوق والواجبات الممنوحة للأب والأم معا، وبالدرجة الأولى تعطي للأب باعتباره رئيسا للأسرة.

وقد تطور الأمر في فرنسا بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 1970، فلم يصبح الأب رئيسا ،وتحولت السلطة الأبوية إلى سلطة أباء مقسمة بالتساوي بين الأب والأم، وبعد هذا التاريخ أصبحت السلطة الأبوية تمنح لمن أسندت إليه حراسة الأطفال، وللسلطة الأبوية عدة أشكال تظهر في شكل وظائف تتمثل في الحراسة وإدارة ممتلكات الطفل والمسؤولية عن أفعال المحضون الضارة[1].

وقانون الأسرة الجزائري لا يعرف السلطة الأبوية، وإنما اكتفي المشرع بالكلام عن الولاية فقط دون ذكر السلطة الأبوية.

والولاية هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، وهي حسب الدكتور العربي بلحاج على ثلاثة أقسام:

[1]) حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 96.

الولاية على النفس، والولاية على الأموال، والولاية على المال والنفس معا[1].

ونجد الإمام أبو زهرة يصنفها إلى ثلاثة أصناف ولكن بشكل مخالف، وهي ولاية النفس وولاية المال وولاية التربية، وهذه الأخيرة حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري هي الحضانة[2]، وبالتالي فإنه حسب هذا التعريف فإن الحضانة هي جزء من الولاية فقط وليست هي الولاية. أي يمكن أن يكون الولي شخص والحاضن شخص آخر، وللولي مراقبة تربية الحاضنة للمحضون.

الفرع الثاني: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها الضارة في ضوء قانون الأسرة والقانون المدني

إذا عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل الذي وقع سنة 2005، فإننا نجده لم يتطرق إلى هذه المسألة، وبالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، فإنها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولقد عالجت الشريعة هذه المسألة ضمن أحكام الولاية، فهي مقسمة إلى ثلاثة أقسام ولاية النفس، وولاية المال، وولاية التربية[3].

وهذه الأخيرة هي الحضانة كما رأينا سابقا، ومن هنا فإنه حسب 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، ويبقى الطفل تحت مسؤولية والده خاضعا لولايته وبعد وفاته تحل الأم محله، حسب المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005.

---

[1]) د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 118.

[2]) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بدون طبعة، ص 104.

[3]) الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 404.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها:

" ومن المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن القضاة لما قبلوا الاستئناف من أم المطعون ضده وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لازال قاصرا، وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تتوب عنه الأم"[1].

ولكن بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، أعيد صياغة المادة 87 بالشكل التالي: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[2].

أي أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد سواء الأب أو الأم.

وبالتالي فإنها تعطي للأم الحاضنة سلطة مباشرة، وكاملة على الولد المحضون وتصبح الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة بموجب المادة 134 من القانون المدني، على أساس مسؤولية متولي الرقابة.

وهذا كله من شأنه أن يضع حدا للمشاكل العديدة التي تعترض النساء المطلقات والحاضنات، ولاسيما اشتراط إذن الأب في العديد من القضايا.

إذن من خلال ما سبق فإن الحضانة، إذا كانت للأم بعد الطلاق، فإن الولاية على النفس والمال تعود من اختصاصها، طبقا للتعديل الذي حدث سنة 2005.

وعلى ضوء القانون المدني، ففي حالة الطلاق بين الأبوين وآلت الحضانة إلى الأم فهنا شرط المساكنة لقيام مسؤولية الأب عن أفعال ابنه الضارة غير موجودة، فهل

---

[1]) المحكمة العليا، قرار رقم 167835، بتاريخ 1998/05/17.

[2]) المادة 87 من قانون الأسرة تنص: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".

تنتفي مسؤولية الأب هنا ؟ وللإجابة على هذا السؤال ،لابد من العودة إلى نص المادة 38 من القانون المدني والتي تنص:

"موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقني وأعانني على إتمام هذا البحث، والذي تعرفت من خلال معايشتي له على معالجة مواضيعه وإشكالاته وعلى أشياء لم تكن مضافة إلى رصيد معلوماتي من قبل، فقد عرفت لماذا رفع الإسلام قدر منزلة الزواج وعظمته، وأحاطه بحماية كبيرة، فلم يكتف بأن جعل الطلاق من أبغض الحلال إلى الله وإنما رتب على وقوعه آثارا.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها ما يلي:

- أن الحضانة أساسها التعاون الذي تقوم عليه الحياة الزوجية في حال قيامها، وهو حق مشترك بين الأم والأب.
- أن الحضانة حق من حقوق الطفل، ولذلك سعى القانون لحماية هذا الحق وذلك بتقرير عقوبات من أجل ردع كل عمل يضر بالمحضون.
- نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة على الحضانة فعرّفها، وبين أهدافها، وحدد نطاقها ووظائفها الأساسية، وعلى ذلك يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تشملها وهي: رعاية الولد، تعليمه، القيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.
- وأما عن المنازعات في مجال الحضانة فهي متعددة، وتتمثل خاصة في النزاع حول استحقاق الحضانة، أو إسقاطها، وعودة الحضانة لزوال سبب السقوط.
- نص قانون الأسرة في المادة 64 على مستحقي الحضانة،ثم أورد عبارة "ثم الأقربون درجة"، ولم يبين من هؤلاء الأقربون درجة إلى المحضون ،ومن ثم فما على القاضي إلا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية للتعرف عليهم.
- كما نجد أن المشرع حصر الحق في طلب تمديد حضانة بالنسبة للذكر بسن 16 سنة، إذا كانت الحاضنة هي الأم دون غيرها؛ ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان الطفل المحضون عند شخص غير الأم.

• فيما يتعلق بالنزاع حول ممارسة حق الزيارة، ترك قانون الأسرة العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى فيه ولا الزمان، كما انه لم يبين طريقة الزيارة في حالة الطفل الرضيع، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له والحاضن.

• هناك قصور في التشريع ووجود بعض الإبهام في النصوص القانونية، فيما يتعلق بالزواج المختلط، والسفر بالمحضون حيث يصعب معها تطبيق قاعدة مصلحة المحضون.

• إن المواد المتعلقة بالحضانة جاءت كلها بعبارة مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم وهو مصلحة المحضون، وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يحدد معناها على الرغم من أهميتها، إلا أنه قد أحسن المشرع عندما خول للقاضي حق اختيار الأصلح انطلاقا من تلك المصلحة، ولكن تحقيق ذلك فعلا يتوقف على سعى القضاة لمعرفة ما هو أصلح للمحضون.

ولذلك فالتوصيات هي:

• فيما يخص الحضانة بالنسبة للزواج المختلط، فإن المشرع لم ينص على أحكام تخص هذا الزواج، خاصة وأنه يطرح العديد من الإشكالات، ولذلك وجب على المشرع أن يأخذه بعين الاعتبار ويعالجه.

• كذلك فيما يخص إسناد الحضانة للأم ولو كانت زانية، مراعاة لمصلحة المحضون، مما يؤثر بشكل سلبي على مصلحته، ولذلك وجب على المشرع أن يراعي هذا الجانب ولا يترك الباب مفتوح على مصراعيه.

• كما وجب على المشرع وضع إجراءات صارمة للسفر بالمحضون، سواء كان الحاضن الأم أو الأب، أو غيرهما ممن له حق الحضانة، كون السفر يؤثر على مصلحة المحضون ويصعب بذلك ممارسة الحقوق الممنوحة، كحق الزيارة نظرا لبعد المسافة.

قائمة المراجع

المصادر:

القرآن الكريم

الحديث الشريف

الكتب:

1_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولي، السنة 2009.

2_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، السنة 2010.

3_ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة العاشرة، السنة2009.

4_ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة العاشرة، السنة 2013.

5_ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، السنة 1999.

6_ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، السنة 2007.

7_ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.

8_ إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون، دار الحامد للنشر، عمان، الطبعة الأولي، السنة 2008.

9_ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

10_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، ، السنة 2008.

11_ جمال سايس، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، السنة 2001.

12_ زرّوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري – مقارنة بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر.

13_ سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى، السنة 2010.
14_ سيد السابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، لبنان، السنة، الطبعة الثالثة عشر، السنة 1997.
15_ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، السنة 1996.
16_ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، السنة 2009.
17_ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، السنة 2002.
18_ عبد الله حسن العمري، جريمة اختطاف الأشخاص، السنة 2009.
19_ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1994، الجزائر.
20_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، السنة 2009.
21_ عبد الفتاح تقية في مادة الأحوال الشخصية، محاضرات ألقيت لطلبة شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، السنة 2007.
22_ غنية قري، شرح قانون الأسرة، دار طليطلة، الطبعة الأولي، الجزائر، السنة 2011.
23_ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، السنة 2006.
24_ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، السنة 1975 .
25_ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر، السنة 2004.
26_ محمد صاري و أخرون،العلوم الاسلامية السنة الثالثة ثانوي جميع الشعب،السنة2011.
27_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، السنة 1998.

28_ وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، الطبعة الأولى، السنة 2010.
29_ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، سنة 2006.
30_ نبيل صقر، الوسيط في شرح 50 جريمة من جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، السنة 2009.
31_ نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، السنة 2013.
32_ نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في شريعة إسلامية، دار السلام، الجزائر.

القواميس والمعاجم:

1_ أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، المجلد التاسع.

مذكرات:

1_ بن عصمان نسرين إيناس، رسالة ماجستير، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، جامعة تلمسان.
2_ برقوق نسرين، رسالة ماستر، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، جامعة محمد حيضر، بسكرة، السنة 2015.
3_ حسيني عزيزة، رسالة ماجستير، الحضانة في قانون الأسرة، جامعة الجزائر، السنة 2001.
4_ خالد بوعروس، رسالة ماجستير، الزواج المختلط _ الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، المغرب، السنة 2007.
5_ رحايل سارة، رسالة ماستر، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة سكيكدة، السنة 2013.
6_ زاوي حكيم، رسالة ماجستير، المسؤولية المدنية عن أفعال القاصر، تخصص عقود مدنية وتجارية، جامعة عنابة، السنة 2009.
7_ عفرة حياة، رسالة ماجستير، الحضانة (الزواج المختلط)، جامعة بومرداس.

8_ عيسي طبيعة، رسالة ماجستير، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة 2001.
9_ كربال سهام، رسالة ماستر، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، قسم خاص، جامعة لبويرة، السنة 2013.

النصوص القانونية:

1_ قانون رقم 11.84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق ل09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير والمعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05، الجريدة الرسمية، العدد 24.
2_ قانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.
3_ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
4_ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
5_ المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ، الموافق ل 26 يونيو سنة 1988م، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا و المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988.

المجلات القضائية:

• المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
• المجلة الجزائرية، العدد 03، السنة 1994.
• المجلة الجزائرية، العدد 03، السنة 1994.

محاضرات:

•محاضرات الأستاذة لحلو غنيمة في مقياس القانون المدني، ألقيت على طلبة القضاة، دفعة 13، السنة 2002.

الفهرس	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول: دعاوى الحضانة	**01**
المبحث الأول: مفاهيم متعلقة بالحضانة	**02**
المطلب الأول: تعريف الحضانة	02
الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة	02
الفرع الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا	03
المطلب الثاني: شروط الحضانة	04
الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء	04
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	05
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	06
المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	07
الفرع الأول: مرتبة الوالدين	07

الفرع الثاني: مرتبة الأجداد	08
الفرع الثالث: مرتبة بقية الأقارب	08
المبحث الثاني: الدعاوى المتعلقة بالحضانة	**10**
المطلب الأول: دعوى إسناد وتمديد الحضانة	10
الفرع الأول: حالة الطلاق وما في حكمه	10
الفرع الثاني: حالة الوفاة أو الفقدان	13
المطلب الثاني: دعوي إسقاط الحضانة	19
الفرع الأول: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون	19
الفرع الثاني: أسباب السقوط الواردة في المادتين 67 و 68 من قانون الأسرة الجزائري.....	24
الفرع الثالث: الاستيطان في بلد أجنبي	31
الفرع الرابع: أسباب السقوط الواردة في المادتين 70 و 71 من قانون الأسرة الجزائري.....	33
المبحث الثالث: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة	**36**
المطلب الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه	37

الفرع الأول: عنصر الامتناع عن التسليم	38
الفرع الثاني: عنصر توفر حكم قضائي سابق	38
الفرع الثالث: عنصر وجود الطفل تحت سلطة المتهم	39
المطلب الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	40
الفرع الأول: العنصر المادي للاختطاف	40
الفرع الثاني: عنصر توفر الحكم القضائي	41
الفرع الثالث: عنصر القصد أو النية الإجرامية	41
المطلب الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	42
الفرع الأول: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة	42
الفرع الثاني: عناصر جنحة رفض حق الزيارة	43
الفصل الثاني: الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة	**45**
المبحث الأول: إشكالية الحضانة في حالة الزواج مع أجنبي	**46**
المطلب الأول: حالة جود اتفاقية مع الجزائر	46
المطلب الثاني: حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر	50
المبحث الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون	**52**

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	52
الفرع الأول: تعريف المحضون	53
الفرع الثاني: تعريف الحضانة	54
الفرع الثالث: تعريف المصلحة	55
المطلب الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري .	58
المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون	61
الفرع الأول: المعاينة والانتقال إلى الأماكن	63
الفرع الثاني: سماع الشهود	64
الفرع الثالث: الخبرة	64
الفرع الرابع: اليمين	65
المبحث الثالث: مسؤولية الحاضن عن الأفعال الضارة للطفل المحضون ..	**66**
المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة	66
الفرع الأول: وجود شخص بحاجة إلى الرقابة	67
الفرع الثاني: أن يقع العمل الغير مشروع ممن هو تحت الرقابة	67
الفرع الثالث: أن يلحق العمل غير المشروع الضرر على الغير	68

المطلب الثاني: مسؤولية الحاضن أن أفعال المحضون الضارة	70
الفرع الأول: السلطة الأبوية	70
الفرع الثاني: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال إبنها الضارة في ضوء قانون الأسرة والقانون المدني	71
الخاتمة	74
قائمة المراجع	76
الفهرس	80