جامعة 20 أوت سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مـــصلحة المـــحضون في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبة:

عياشي كريمة

تحت إشراف :

د/ عتيق نظيرة

لجنة المناقشة		
الاسم و اللقب	**الرتبة الـ مية**	**الصفة**
د. يوب محمد	أستاذ محاضر بجامعة سكيكدة	رئيسا
د. عتيق نظيرة	أستاذ محاضر بجامعة سكيكدة	مشرفا ، مقررا
أ. سليني كريمة	أستاذ مساعد بجامعة سكيكدة	عضوا مناقشا

دورة جويلية 2021

جامعة 20 أوت سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مـــصلحة الـمـــحضون في التشريع الجزائري

مذكرة ، كملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبة:
عياشي كريمة

تحت إشراف :
د/ عتيق نظيرة

لجنة المناقشة		
الاسم و اللقب	**الرتبة العلمية**	**الصفة**
د. يوب محمد	أستاذ محاضر بجامعة سكيكدة	رئيسا
د. عتيق نظيرة	أستاذ محاضر بجامعة سكيكدة	مشرفا ومقررا
أ. سليني كريمة	أستاذ مساعد بجامعة سكيكدة	عضوا مناقشا

دورة جويلية 2021

« وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا

ما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف

ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما »

صدق الله العظيم

سورة الإسراء، آية 23

الإهـــــــداء

إلى روح أبي الذي غرس في روح حب العلم

إلى الحضن الدافئ أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى من ترقبوا نجاحي زوجي وأبنائي

إلى عائلتي الكبيرة فردا فردا

إلى كل طفل محضون يعاني فرقة الأبوين

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

شكر وعرفان

احمد الله عز وجل على توفيقه لي في إنجاز هذا العمل المتواضع

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

على إتمام هذا العمل ، المتواضع وأ ص بالذكر

المشرفة الدكتورة نظيرة عتيق على توجيهاتها القيمة وملاحظاتها الوجيهة

رئيس اللجنة الدكتور يوبه محمد الذي قبل ترأس لجنة المناقشة

الأستاذة سليني كريمة لقبولها مناقشة هذا البحث

إلى كل الأساتذة الذين أسهموا في تكويني العلمي

قائمة المختصرات :

ق. إ. ج	قانون إجراءات جزائية
ق. ع	قانون عقوبات
ق. إ. م. إ	قانون إجراءات مدنية و إدارية
ق. م	قانون مدني
ق. أ. ج	قانون أسرة جزائري
م. ق	مجلة قضائية
ق. م. ع	قرار المحكمة العليا
ق. م. أ	قرار لمجلس الأعلى
غ. أ. ش	غرفة الأحوال الشخصية
إ. ق	اجتهاد قضائي
ع. خ	عدد خاص
غ. ج. م	غرفة الجنح و المخالفات
ع	عدد
ج	جزء
ط	طبعة
(د.ط)	دون ذكر رقم الطبعة
(د.ت)	دون ذكر تاريخ النشر

مقـــــــــدمـــــــــة

بسم الله الرحمان الرحيم

اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَ النَّجَاحِ وَخَيْرَ الْعِلْمِ وَخَيْرَ الْعَمَلِ وَخَيْرَ الثَّوَابِ وَصَلَّى اللهُ عَلى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلى آلِهِ وَأصْحَابِهِ الأَخْيَارِ وَسَلَّمَ تَسْلِيماً كَثِيراً.

- التعريف بالموضوع :

الأسرة هي أول مؤسسة في تاريخ البشرية وهي المؤسسة الوحيدة التي نشأت في الجنة بارتباط آدم وحوا ، لقوله تعالى :

((وقلنا يا آدم أسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من لظالمين)). سورة البقرة آيا 35 .

والزواج ، و اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، والمجتمع لا يكون قويا إلا إذا كان أساسه متينا مرتبطا متماسكا، و جعل سبحانه وتعالى صلة الزوجية أساسا للسكينة والطمأنينة والرحمة والمود ، قال تعالى :

((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) . سورة الروم آيا 21

إلا أنه قد تعصف مشاكل الحياة بناء الأسرة تؤدي إلى التنافر فتنتهي الغاية الزوجة من الزواج ، فتتحول السكينة إلى جحيم، والمودة والرحمة إلى بغضا ، فشرع الطلاق كمخرج من بعض الأزمات الأسرية التي ينعدم أو يستحيل فيها لتوافق بين طرفي العلاقة الزوجية .

وإذا كان الطلاق يعد مخرجا للأزمة الخانقة التي تعيشها الأسر ، إلا أنه يعد في ذات الوقت مشكلة لما يخلفه من آثار على بناء الأسرة ووظائفها.

و لا شك أنه من أبرز الآثار المترتبة عن الطلاق بل و من أهمها هي الحضانة التي مؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو قدر على تربيته ورعاية شؤونه وصيانة حقوقه، ومن هنا عدت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل و هو ما أثر إيجابا على التشريعات الوضعية.

ذ ل موضوع حماية مصلحة الطفل المحضون من المواضيع التي استحوذت على اهتمام الباحثين المفكرين سواء فقهاء أو رجال القانون وذلك لما لهذا الطفل الضعيف من حاجة ماسة وخاصة في السنوات الأولى من حياته إلى حماية ورعاية و إلى من يشعره بالحنان ويبادله لحب والعواطف لتتولد في نفسه تلك العواطف الإنسانية التي تساهم في تكوين شخصيته فتشتد و تقوى مع مر الأيا .

فجاء قانون 4 11 الصادر في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة مشيرا إلى أحكام الحضانة من المادة 62 حتى المادة 72 ولكن بعد إدخال هذا القانون حيز التطبيق ظ رت عدة نقائص وإشكالات مما دفع بالمشرع إلى تعديله بمقتضى الأمر 5 02 بحيث أدخل في مادة الحضانة عدة تع لات .

ويتجلى اهتمام المشرع الجزائري بمصلحة المحضون في تخصيصه لذلك المبدأ والتأكيد عليه ضمن خمس مواد من بين عشرة مواد, إلا أنه لم يحدد مفهوم المصلحة ولا مع ييرها، ف تصر دوره على تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل ، وحول له مهمة تحديد ما تشمل عليه من الناحية العم ية وهنا تكمن أهمية هذا البحث .

- إشكالية الدراسة:

تأسيسا على ما سبق يسعى هذا البحث للإجابة على سؤال رئيسي يتمثل في ما يلي:

هل استطاع المشرع عند صياغته للمواد المنظمة للحضانة أن يقدم ضمانات فعالة وحماية جادة للطفل المحضون مراعيا في ذلك التحولات الاجتماعية و الاقتصادية والسياسي ؟

يندرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية يمكن رصدها فيما يأتي:

- ما هي المعايير التي يستند عليها القاضي ؟
- وما هي الآليات والضمانات المخولة له لتحقيق مصلحة المحضون؟
- ما مدى نجاعتها ؟
- هل استطاع قضاء تطويع نصوص القانون بما يلائم الواقع تحقيقا لهذه المصلحة ؟

- أهداف الدراسة:

يمكن إجمال أهداف هذه الدراسة فيما يأتي:

- الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية المنظمة للحضانة و التعديلات التي مست بعض المواد ومدى فعاليتها
- إبراز الآليات والضمانات التي وضعها المشرع الجزائري لحماية مصلحة الطفل المحضون و دور القضاء في تكريس هذه المصلحة.

- أسباب الاختيار:

يرجع اختياري لهذا الموضوع لأسباب ودوافع ذاتية وموضوعية يمكن إجمالها فيما يأتي:

- ميلي الشديد لقضايا الأسرة الذي تكون عبر سنوات العمل التي قضيتها في مهنة المحاماة، أين لمست معاناة الأطفال ضحايا الطلاق وهو كان السبب الأول والرئيسي الذي جعلني أختار هذا الموضوع.
- ارتفاع نسبة الطلاق في مجتمعنا بحيث أصبحت قضايا الطلاق الأكثر تداولا على المحاكم منها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها مسائل شائعة لدعاوى الطلاق، وقد أثبتت الإحصائيات أن نسبة الطلاق ارتفعت من 57 ألف حالة في 2015 إلى 63 ألف في عام 2016 لتستقر عند 68 ألف حالة في 2017 مقارنة بـ 349 ألف حالة زواج في العام نفسه ما يمثل 0 % من إجمالي عدد حالات الزواج.

ما بولاية سكيكدة فقد تم تسجيل 1123 قضية من أجل فك الرابطة الزوجية سنة 2020، تم الفصل في 860 حالة بفك الرابطة الزوجية وباقي الحالات هناك من تم الصلح بشأنها و هناك قضايا تم التنازل عنها بالإضافة إلى حالات وفاة.

فإذا عممنا هذه النسب على مجموع عدد الأطفال الذين فترق آباؤهم فكم هو عددهم اليوم.

- معظم الأحكام الخاصة بالحضانة من حيث إسنادها أو سقاطها علقها المشرع على مبدأ مصلحة المحضون، وبالتالي فإن أحكام الحضانة كلها اجتهادية، ومن خلالها يظهر دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها.

- الدراسات السابقة:

نظرا لسعة البحث وقلة المراجع المتخصصة في الموضوع فلم أكتفي فقط بما كتب من جزئيات في الكتب ذات صلة ببعض عناصر البحث، فاعتمدت أيضا على من سبقوني في دراسة هذا الموضوع من رسائل دكتوراه و ماجستير و ماستر من مختلف جامعات الجزائر، أخص بالذكر:

– رسالة دكتوراه بعنوان مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة للدكتورة حميدو زكية، بجامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان.

– رسالة ماجستير بعنوان سكن المحضون في التشريع الجزائري لعيسى طعبة، بجامعة بن يوسف بن خده الجزائر.

– مذكرة ماستر بعنوان الحضانة في قانون الأسرة الجزائري لسهام كربال، بجامعة آكلي محند أولحاج ، البويرة، و غيرها من الرسائل.

بالإضافة إلى مجموعة من المقالات العلمية المنشورة في مجلات الجامعات الجزائرية، وقد تطرق أصحابها إلى ـ زئيات متعلقة بموضوع البحث أخص بالذكر، الدكتور شتوان بالقاسم، و الدكتور حيدرة محمد و أيضا الدكتورة كريمة محروق.

– المنهج المتبع:

إن طبيعة البحث تقتضي إتباع المنهج التحليلي لتحقيق الإجابة على الإشكالية المطروحة بالاعتماد على تفسير النصوص القانونية وتحلـ ها وتأويلها ورصد مواطن الخطأ والصواب بالاعتماد على الجانب التطبيقي المتمثل في الاجتهادات القضائي ، بلإضافة إلى المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على جمع أكبر عدد ممكن من البيانات حول الموضوغ و تحليلها للوصول إلى فكرة عامة يصاغ على أساسها النص القانوني.

– تقسـ م البحث وخطته:

اقتضت إشكالية البحث في هذا الموضوع تقسيمه إلى فصليز - بين مقدمة و خاتمه - .

الفصل الأول تحت عنوان ماهية مصلحة المحضون وبدوره تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول تناولنا يه مفهوم الحضانة والطفل المحضور ، وفي المبحث الثاني تعرضنا إلى شروط مستحقي الحضانة وترتيبهم مع إبراز الجو ب التي روعيت فيها مصلحة المحضور .

أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان معايير مصلحة المحضون في التشريع الجزائرِ .

ركزنا في هذا الفصل على تحديد مفهوم المصلحة وتحديد طبيعتها والمعايير المعتمدة لتحقيق مصلحة المحضون في المبحث الأول مع إبراز سلطة القاضي في تقدير هذه المصلحة في حدود ما خوله له القانون في الدعاوى المطروحة أمامه في الشقين المدني والجزائي وهذا ـ ي المبحث الثانِ .

الفصل الأول

ماهية مصلحة المحضون

الفصل الأوا : ماهية مصلحة المحضون

من حق الطفل على ، الديه رعايته ر، حيا وجسديا وعقليا ونفسيا وعلمي ، بتوفير له الغذاء لصحي والكسوة بالملابس المناسب ، وتوفير ما يجلب لهه الراحة النفسية ذلك أن الأولاد الصغار الضعفاء في حاجة ماسة إلى الرعاية والحماية لئلا يموتوا بفقدانه .[1]

ويعد موضوع حماية الطفل المحضون من الـ واضيع التي استحوذت على اهتمام الباحثين والمفكرين سواء فقهاء أو رجال القانون ذلك لما لهذا الطفل الضعيف من حاجة إلى حماية باعتباره مستقبل الأسرة والوطن وأن الاهتمام به من باب الاهتمام بالأسر ، وإذا كانت الحضانة أثرا من آثار الطلاق فإنها تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة ا سلامية ومن هذا الباب جاء اهتمام ، شرع والقانون بالحضانة من حيث القائم بها وشروطها وسقوطها ومسكن المحضون وغيرها من الأحكام التي تكفل للطفل المحضون حياة مستقر.[2] ولهذا ينبغي معرفة من هو الكائن الذي رتبت له هذه الحماية وفي أي مر حلة عمرية

نستطيع أن نقرر أن الشخص هو الطفل ومن ثم يكون مشمولا بهذه الحماي .

لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول المبحث الأول) مفهوم الحضانة والطفل المحضون ثم في المبحث الثاني نتناول من ، م الأشخاص الذين رتب لهم القانون حق حضانة الطفل والشر وط واجب توفرها فيهم تحقيقا لمصلحت .

---

[1] العربي بختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائر - ، مؤسسة كنوز الحك ة لل شر والتوزيع، الجزائر، ط ، 2013 ، ص 254 .

[2] كري ة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العلي ، موقع على شبكة الأنترنت، تاريخ الزيار، 18 02 2021 www.asjp.ceriste.dz ص 43 - 55 .

المبحث الأول : مفهوم الحضانة والطفل المحضون

جاءت النصوص الشرعية من آيات وأحاديث متضافرة في التأكيد على حق الطفل أو الصغير عموما في الحضـ ـة ما دام محتاجا لمن يرعا ، ويزوده بالحنان ويتولى شؤون ، وقد ذ هر الله تعالى حق الحضانة لطفل بأنه واجب عندما ذكره في كـ ابه الكريم قصة كفالة مريم عليها السلام حيث قال ((ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)) سورة آل عمران أيا 44 .

بل إن الله أرشدنا في آيات أخرى إلى حق الصغير في الحضانة والرعاية من قبل والدي ، ونعى بشدة الإضرار الذي يمكن أن يحدث من أحد الطرفين اتجاه الآخر بواسطة هذا الطفل البـ ي ، كما دع ا سلام إلى الرفق بالصغار ورحمته ، والشفقة و حنو عليهم وشنع على من لا يرحمه ، وتشنيعه دلالة على عظم وخطر الفعل اله ترف في حق هذا الطفل .[1]

ولما كانت الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته وحمايته وحفظه صحة وخلـ ، كان لابد من الإشارة إلى هذا الكائن الذي يـ تاج إلى هذه الرعاية والتعريف بـ ، وتحديد السن التي يحتاج فيها إلى هذه الرعاية وهذا في المطلب الأول ، أما في المطلب الثـ ني فسنخصصه إلى مفهوم الحضانة ومشروعيتها ومدتها مع إبراز الجوانب التي روعيت فيها مصلحته كطفل محضون .

[1] عزالدين حواد ، رابط مراعاة مصلحة المحضون بين قوانين العمل والتشريعات الأسرية ، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي ، ع الأول، بتاريخ 11 2 019 ، ص ـ .

المطلب الأول : تعريف الطفل المحضون

إذا كانت الطفولة هي نبت الحياة فقد غدا حق الطفل في هذه الـ ياة حق أصيل تتفرع عنه حقوق أخرى ، وهذه الحقوق تحمي الطفل وتحيطه بالأمان لحين وصوله السن التي تجعله مؤهلا بدنيا وروحيا وعقلي ، ليتولى زمام أمره ويعرف واجباته ويقوم بدور فاعل في المجتمع.[1]

والإسعاد الأولي الذي تمده للطفل ليتقوى ؛ ستقل بنفسه ليزول ضعفه هو حضانة ، فترى الدكتورة حميد وزكية بأن لحضانة هي رعاية ضعف الط عفا .[2]

، يقول جل شأنه ((الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا ، وشيبة يخلق ما يشاء وهو الع م القدير)) . سورة الروم الآيا 54

و قد أعطيت عدة تعريفات للطفل المحضون نورد منها ما يلي:

فقد عرف أحمد محمد أحمد بخيت الطفل المحضون بما يلي((المحضون هو من لا يستقل بأموره في ما يصلحه، و لا يتوقى ما يضره حقيقة أو تقريرا...)).[3]

أما ابن رشد البكري في كتاب لباب اللباب فقد عرفه بأنه:((من لا يستقل بأمور نفسه بسبب صغر سنه أو عدم سلامة عقله أو بسبب عزوبته)).[4]

و نفس المعنى تبناه الأستاذ وهبة الز حيلي بقوله:((المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل كبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلا على طفل معتوه)).[5]

---

[1] عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خد ، لجزائر السنة 010 011 ، ص 0 .

[2] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسر - دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان 004 005 ، ص 11 .

[3] زكية حميدو ، المرجع نفسه ، ص 19 .

[4] زكية حميدو ، المرجع نفسه ، ص 19 .

[5] زكية حميدو ، المرجع نفسه ، ص 19 .

و خلاصة القول ن المحضون هو الطفل الذي تمارس عليه الحضانة وهو مخلوق ضعيف قاصر بد بيعته لذا استوجب التدخل لحمايتـ .

ولذلك ف ل التطرق للطفل المحضون لا بد من تعريف الطفل أولا ثم تعريف الحضان .[1]

الفرع الأول : تعريف الطفل لغة

الطفل هو المولود الص غير يقال للذكر طفل وللأنثى طفلـ ، والطفل بالكسر هو الصغير من كل شيء أو المولو ، وجمعه أطفال . والطفل بالفتح هو الـ ـص الناعم والجمع أطفال وط ول والطفل في اللغة عربية يطلق على الصغير من كل شي ، والجمع أطفال وهو في الأصل للمذكر وقد يستوي فيه المذكر والمؤنث والجمع وقد يكون الطفل واحدا وقد يكون جمعا لأنه اسـ جنس[2] قال تعالى (أو الطفل الذين لم ـ هروا على عورات النساء)) . سورة النور آيا 31 .

قال لإمام القرطبي رحمه الله ((والطفل اسم جنس بمعنى الجمع والدليل على ذلك نعته بـــ الذين) وفي مصحف حفصة أو الأطفال) على الجمـ ، ويقال طفل ما لم يراهق الحل .[3]

الفرع الثاني: تعريف الطفل اصطلاحا

قبل صدور قانون حماية الطفل لم يحدد المشرع الـ زائري بنص صريح معنى الطفل ، إلا أن مفهـ مه كان يشتق من عدة نصوص قانونيـ .

نـ ت المادة 49 ق ع ـ ((يخضع القاصر الـ ي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما إلى تدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة) .

وكانت المادة 442 ق إ ج قبل إلغاءها تنص على أن ((يكون بلوغ سن الرشـ د الجزائي في تمام الثامنة عشر)) فحسب قانون العقوبات فإن سن الرشد هو 18 سنـ .

---

[1] عيسى طعيبـ ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، صـ 0ـ .

[2] بلقاسم شتوان، حقوق الطفل في الأسرة و المجتمع، مجلة الإحياء، العد 3ـ ، سنا 009ـ ، جامعة الحاج لخضر باتنة، صـ 15ـ .

[3] بلقاسم شتوان، المرجع نفسه، صـ 15ـ .

إ أن الماد، 40 ق م ج تنص على أ : ((سن الرشد هو تسعة عشرة سنة كاملة)) وهو ما أكدت عليه الماد، 4 من قانون الجنسية (يقصد بسن الرشد في هذا المفهوم سن الرشد المدني) .

كما نصت الماد، 7 من ق أج ((كتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتماد، 19 سنة)) هذا يعني أن الطفل هو من لم يكمل 19 سنة.

و الملاحظ أن سن الرشد في القانون الجزائري ليس واحد فهو يختلف من قانون إلى آخر فأي سن يأخذ بها ، يعتبر الشخص فيها راشد .

نستطيع القول أن الرؤية اتضحت بعدما صادقت الـ زائر على الاتفاقية المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة الصادرة عام 1989 وهي اتفاقية الأمم المت دة لحقوق الطفل الصادرة عام 989 ، وهي الوثيقة الدولية الأولى التي تعرف بشكل واضح وصريح المقصود بمصطلح الـ ل .[1]

فلقد ـ رفت المادة الأولى من اتفاقية الطفل بأنه (ا لأ- راض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد ذ ل ذلك بموجب القانون المطبق علي)).[2]

وطبقا لهذا النص لا بد من وافر شرطين لكي نسمي الشخص طفلا :

الأول أ لا يكون قد بلغ سن الثامنة عشرة

الثاني أن لا يكون القانون الوطني قد ـ دد سنا للرشد أقل من ذلك .

ثم جاء قانون 5 12 المؤرخ في 15 يونيو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل والذي يهدف إلى تحديد قواعد ، آليات حماية الطفل كما ورد لنص على ذلك في نص المادة الأولى .

---

[1] الـ رسوم التشريعي رق 2 06 المؤرخ في 7 1 1992 و المتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل.

المرسوم الرئاسي رق 2 461 المؤرخ في 1 2 1991 المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية.

المرسوم الرئاسي رق 7 102 المؤرخ في 5 4 1997 المتضمن الـ صادقة على تعديل الفقر، 2 من الماد، 43 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل.

[2] اتفاقية حقوق الطفل، وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 0 1 1989 ، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2 9 1990 طبقا للماد، 49 .

[3] نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون ا سرة الجزائري ، صر 9 .

أما المادة الثانية من هذا القانون فقد نصت على ما يلي :

يقصد في مفهوم هذا لقانون بما يلي

الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة .

يفيد مصطلح حدث ، نفس المعنى .

وبهذا يكون المشرع قد حسم الخلاف الذي كن موجودا وأعطى تعريفا للطفل وحدد الفترة العمرية التي يطلق عليها طفل وهي من يوم لولادة إلى غاية بلوغه سن 18 سنة .

لكن السؤال يبقى مطروحا فيما يخص مدة لحضانة فهل تنتهي ببلوغ الطفل هذا السن أي 18 سنة أم تنتهي قبل ذلك كما هو منصوص عليه في المادة 65 ق أ ؟

المطلب الثاني : تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه ، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة ، بحيث يكفل للطفل التربية لصحيحة والخلقية السليمة ومن هنا ، فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة .[1]

وحتى نفصل في هذا الموضوع سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين تعرض في الفرع الأول إلى تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها وفي الفرع الثاني نتطرق إلى مدة الحضانة وحق الزيارة .

الفرع الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها

أولا : تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

- **تعريف الحضانة لغة :** الحضانة في اللغة بفتح الحاء و كسرها، معناها الحضن و هو الجنب أو الصدر، والعضدان و ما بينهما يقال حضن الطائر

[1] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4 ، سنة 2005، ج 1 ص 379 .

بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، و حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، و تسمى حينئذ حاضنة.

- **تعريف الحضانة اصطلاد :** و حضانة في اصطلاح الفقهاء تعني تر ة الصغير والقيام شؤونه في مدة معينة ممن له الحق في تربيت ، ولا تثبت الحضانة إلا للمحارم نسب ، فتثبت أولا للمحارم من النسا ، ثم للمحارم من العصبة ثم المحارم من غير العصب .[2]

ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة الجز ائري حيث عرفتها المادة 62 أنها ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و لسهر على حمايته وحفظه صحة وخلق ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) .

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسي ، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في الحضانة أن تراعى كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف .[3]

وفي هذا السياق صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه (وحول الوجه المتخذ كوسيلة للنقض لقد اشترط الشارع في حاضن عدة شروط والكفاية والصحة، فلا حضانة لـ اجز ذكرا أو أنثى لكبر سن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيد .

والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبناءه ، وبإسناد قضاة القرار المطعون فيه حضانة الأولاد إليها وهي على تلك الحال قد حادو عن الصواب، وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم فيها وحدها دون سواها .)[1]

---

[1] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ثالة للنشر، (د. ط)، 999 000 ، ص 64 .

[2] حمد كمال الدين إم – محمد أحمد سراج ، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، (د. ط) 999 ، ص 71 .

[3] أمينة بوعز ، مصلحة الـ حضون في القانون الجزائري، مذكرة ماستر التخصص قانون الأسرة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيد ، السنة الجامعية 014 015 ص 1 .

و في قرار آخر جاء فيه أنه متى كان من المقرر شرعا و قانونا، أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه.
و من ثم فإن القض ء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن أقارب الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون.
و يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

ثاني : أدلة مشروعية الحضانة

- من الكتاب

قول الله تعالى ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عا كم إذا سلمتم ما تيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير) . سورة البقر، 233
فقال الجصاص – رحمه الله – في هذا دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد الصغير وإن استغنى عن الرضاع بعد ما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع هي بلـ[3] وقوله تعالى ((فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكرِ) . سورة آل عمران الآيا 37
وقوله تعالى : ((ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم من يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون) . سورة آل عمران الآيا 44

---

[1] لحسين بن شيخ آت ملويا ، المرشد في قانون الأسرة الجزائرِ ، دار هومة - الجزائ – ، الطبعة الثالثة 015 – 016، ملف رق 3921، بتاريخ 09 يوليو 984 ، ص 03.

[2] العربي بالحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خا ل أربع و أربعين سنا 966 2010 ديوان المطبوعات الجامعية، ط الخامسا 017 ، ص 30.

[3] أمينة بوعزة ، مصلحة المحضون في القانون الجزائرِ ، ص 6.

وجاء في تفسير تلك الآيات قول الإمام القرطبي من يكفل مريم أي من يحضنها قال زكريا أنا أحق بها وخالتها عندي ، فقال بنو إسرائيل نحن أحق بها بنت عالمنا فاقترعوا عليها وجاء كل واحد بقلم واتفقوا أن يجعلوا الأقلام في الماء الجاري فمن وقف قلمه ولم يتحرك في الماء هو حاضنها فقال صلى الله عليه وسلم هنا جرت الأقلام وقف قلم زكريا فحكم له بحضانتها .[1]

وإن لم ترد لفظ الحضانة في القرآن الكريم ، دل عليه استعمال ألفاظا أخرى مثل قوله جل شأنه يكفل) كما بيناه أعلاه.

- من السنة

عن عبد الله بن عمر أن مرأة قالت : يا رسول الله إن بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حوا ، و ن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

((أنت أحق به ما لم تنكحي) .

وفي هذا الحديث دلالة على أن الأم أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج بغير محر ، وإن ختلف الفقه في زواج الأم الحاضنة في أحقيتها بولدها المحضون أم بقاؤها معه وإن كان زوجها غير حرم للمحضون وهذا لمصلحة .[2]

أما وجه الدلالة من السنة ، الحديث الذي رواه أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه ونص الحديث ((أن مرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني فقال صلى الله عليه وسلم إستهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي؟ فقال صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك وهذه أمك خذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به) .[3]

ومما تقدم من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم دلالة واضحة على وجوب الحضانة بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

---

[1] أمينة بوعزة، المرجع نفسه صفحة 7 .

[2] أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري صفحة 8 .

[3] أمينة بوعزة ، المرجع نفسه صفحة 8 .

الفرع الثاني : مدة الحضانة وحق الزيارة

حدد القانون مدة الحضانة القصوى بالنسبة للأنثى سن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة عشر سنوات بينما يجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا يتجاوز في كل الأحوال سن 16 سنة طبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري .[1]

كما أن المادة 64 ق.أ تقضي بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وللتفصيل أكثر سوف نقسم هذا الفرع نشير في الفرع الأول إلى مدة الحضانة أما الفرع الثاني فسنخصصه إلى حق الزيارة مكانها ومدتها لما لها من أهمية قصوى في حياة المحضون ومصلحته .

أولا : مدة الحضانة

من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز و غير مستغني عن خدمات الحاضنين و كذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي و العقلي و الجسدي لكل واحد منهما.[3]

و قد اتفق الفقهاء على أن فترة الحضانة تبدأ من وقت ولادة الطفل ، لكنهم اختلفوا في مدتها تبعا لجنس الطفل والطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ أشده يمر بمرحلتين همـــــ :

مرحلة الحضانة والثانية المرحلة التي تكون فيها رعاية وليه من الرجال ، ولم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية نص يحدد الوقت الذي تنتهي فيه الحضانة ، لذلك اختلف الفقهاء المسلمون في مدة الحضانة على التفصيل الآتـــــي .[4]

---

[1] تنص المادة 65 ق. أ على مايلي: ((تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون)).

[2] تنص المادة 64 ق. أ: ((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، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)).

[3] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة ص 11 .

[4] هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية – دراسة تحليلية مقارنة - ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر. الإمارات – (د . ط)، سنة النشر 2013 ، ص 55 .

– ذهب الحنفية إلى أن مدة الحضانة سبع سنين للذكر وتسع سنين للأنثى .[1]

- أما المالكية فذهبوا إلى أن مدة حضـ ـة الغلام منذ ولادته إلى أن يبلـ ، والأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل ، فـ ن طلقت قبل الدخول عادت إلى أمهـ ، كما يجب عليها أن تقيم معها حتى تتزوج ويـ خل بها الزوـ .[2]

– أما الشافعية فـ الوا بأنه ليس للحضـ نة مدة معلومـ ، ويبقى الطفل عند أمه حتى يميز وبعدها يخير بين أبويـ ، فإن اختار الذكر الأم بقي عندها في الليل وعند أبيه في النهار ، وـ طفلة تستمر لدى أمها ليلا ونهار .[3]

وإذا اختار الولد الـ م والأب معا تجرى القرعة بينهما، أما إذا لم يختر أي منهما، فتكون الحضانة للأـ .[4]

- أما الحنابلـ ، فقالوا أن مدة حضانة هي سبع سنين للذكر والأنثى ، وبعدها خير الطفل ويكون بحضانة من يختار .[5]

والواقع أن كلمة الفقهاء اجتمعت على أن حضانة النساء تنتهي ذا بلغ الطفل سبع سنين وكان سويـ ، لأنه في هذه الحالة يستغني عنهـ ، فيستطيع أن يأكل وحده ويشرب وحده، ويلبس ثيابه وحده وينام وحد ، أي يكون قد بلغ سن التمييز وعندئذ يخير بين العيش مع والدته أو والد ، فأيهما اختار ذهب للعيش معـ ، وكان دليلهم في هذه المسالة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما، فقال لـ هذا بوك وهذه أمك، فخذ يد أيهما شئتـ ، فأخذ بيد أمه فانطلقت بـ)).[6]

والملاـظ في هذه الآراء أن الأساس المعتمد في إنهاء الحضانة هو استغناء الطفل بنفسه القيام بشؤونـ .

---

[1] هدى عصمت محمد أمين، المرجع نفسه، صـ 56 .

[2] هـ ى عصمت محمد أمين، المرجع نفسه، صـ 56 .

[3] هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدوليـ ، صـ 56 .

[4] هدى عصمت محمد أمين، المرجع نفسـ ، صـ 56.

[5] هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدوليـ ، صـ 56 .

[6] العربي بختي ، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائر - ، ص 267 .

هذا الأساس غير كاف فهناك معايير أخرى تضاف إليه جديرة بالذكر كدرجة إحساس الط ل و ابتغاءه الاستقرار و مدى شعوره با من مع حاضنته، فمصلحة المحضون قتض ي الأخذ كل هذه الاعتبارات بعين الاعتبار.

ويبدو أن المشرع الجزائري تأثر بالاعتبارات الفقهية السابق ذكرها و بنا عليها نص الماد 65 ق أ فحدد مدة الحضانة القصوى بالنسبة للأنثى سن الزواج، و جعلها للذكر كقاعدة عامة عشر سنوات، بينما يجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا يتجاوز في كل الأحوال سن التمييز التي هي 16 سنة [2] و هذا طبقا لنص المادة 42 ق م قبل تعديله .

يفهم من نص الماد 65 أن الأصل في حضانة الذكر تمتد إلى بلوغه العاشرة من العمر ، وهي السن التي يستطيع فيها الطفل الاعتماد على نفسه في الشؤون البسيطة ويمكن للقاضي أن يحكم بتمديدها إلى سن السادسة عشرة بثلاثة شروط : الأول أن تكون الحاضنة هي الأ ، والثاني أن لا تكون الأم قد تزوجت ثاني ، والثالث أن يكون ثمة مصلحة يراها القا ضي في حكمه بتمديد فترة الحضانة .[4]

أما الأنثى فتنقضي حضانتها باكتمال أهليتها للزواج ، وذلك ببلوغها سن تسعة عشر سنة ، الذي حددته المادة 07 من قانون الأسرة وهذا زيادة في الحرص على تربية البنت وتنشئتها وإعدادها للحياة الزوجية وهو مظهر آخر من مظاهر مراعاة مصلحة محضون فإذا بلغت البنت هذه السن فإن حضانتها تسقط بقوة القانون .[5]

---

[1] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 3 .

[2] فوضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر - ، (د ط)، 986 ، ، ص 377 .

[3] كانت المادة 42 من الأمر 05 02 محررة في ظل الأمر 75 58 المتضمن القانون المدني كما يلي: ((يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة))

ثم تعديل المادة 42 بموجب قانون 05 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و أصبحت كما يلي: ((يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة))

محمد حيدرة، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 2 018 ، ص 5 .

[5] محمد حيدرة، المرجع نفسه، ص 5 .

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه سن 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما م تتز ج مع مراعاة مصلحة المحضور ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا مبدأ يعد منعدما للأساس القانوني .

ولما كان ثا ا - في قضية الحال ، أن المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد ، ذين تشملهم الحضانة خالف القانور .

ومعنى ذلك أن حق التخاصم على حضانة الأولاد لا كون إلا قبل بلوغ السن المحددة، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون و لكن بالمقابل عدم ثبوت ما يسقط به الحضانة عن صاحبها لا يجيز نزع المحضون مادامت مدة الحضانة لم تنته بعد.[2]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مدة الحضانة تنقضي ببلوغ الأنثى سن الزواج بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها لأنها لم تعد في سن يتطلب حضانتها وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث أشارت إلى أنه تنقضي حضانة البنت بقوة القانور ، ببلوغها سن الزا اج ، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطه .[3]

و صحيح أن الفتاة هي كذلك بحاجة لرعاية رجل و نخص بالذكر أبيها ولهذا جعل المشرع الجزائري بقاء الفتاة عند حاضنتها إلى غاية 9 سنة لأنها سن أدنى للتزويج، و هذا الأخير يعود لولاية الأب، ولما كان الأب اقدر على صيانة بنته و أدرى بمصلحتها في الزواج، واختصاص الرجال بولاية الزواج.[4]

و تجدر الإشارة إلى أن ، تغيرات الواقع الآن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة لكون الأطفال في السن المذكورة لا يزالون في مرحلة التعليم الابتدائي، ولهذا و إن كان عند البعض الأصل تحديد أقصى الحضانة هو افتراض أن الصغير بعده س غني عن خدمة النس ء، إلا أن الفقهاء قد رأوا في بعض الحالات مراء ة العلة الحقيقية دون ربطها بالسن.

---

[1] نبيل صقر ، عز الدين قمراوي ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة و لنشر والتوزيع - عين مليلة الجزائ - ، 2008 - قرار رقم 59156 بتاريخ 9 3 990 - ، ص 28 .

[2] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 2 .

[3] قرار المحكمة العليا ، غ أ ش ملف رقم 347914 - بتاريخ 4 1 2006 .

[4] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 8 .

فقد أ ت التجارب على أن سن السابعة أو التاسعة أو العاشرة سن صغيرة، لا يستغني فيها المحضون ذكرا كان أو أنثى عن الحضانة.

ويتضح ذلك من قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ن بلوغ الولد المحضون سن العاشر ، لا يؤدي بالضرورة ى إسقاط الحضانة خاصة وأن الأم لم تتزوج ثانية وهذا مراعاة لمصلحة المحضون تطبيقا ! حكام الماد 65 من قانون الأسرة .[1]

و بصدور قانون 5 12 المتعلق بحماية الطفل الذي حدد سن الطفل من يوم ولادته إلى غاية بلوغه سن 8 سنة ينبغي على المشرع أن يعيد النظر في مدة الحض نة خاصة المتعلقة بالذكر.

و في الأخير فإن تمديد الحضانة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل قضية، فكلما استدعت مصلحة المحضون بقاؤه مع حاضنه حكم بذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لكن السؤال الذي يطرح أن المشرع لم يبين لنا ما مصير المحضون بعد انتهاء حض نة .

ثانيــ : حق الزيارة

إن الحكم الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين هو الذي يفصل كذلك في الحضانة وإسنادها لمن يستحقه ، بعد التحقق من توفر الشروط المبينة في القانور ، و بث فيما يترتب على الحق من نفقة ومسكن المحضون و كذلك في منح حق زيارة الولد المحضون وكذا تنظي .[2]

و الزيارة لغة تعني الذهاب عند شخص بقصد الالتقاء به، أو أنها الذهاب عند شخص لرؤيته و البقاء معه مدة معينة.[3]

أما اصطلاحا فقد عرفها الفقه على أنها رؤية المحضون و الاطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الخلقية في نفس المكان الذي يو. د به المحضون.[4]

---

[1] نبيل صقر ، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى – عين مليلة الجزائر 2015 - قرار رقم 444205 بتاريخ 1 6 008 صر 05! .

[2] الغوثي بن ملحة، ق ون الأسرة على ضوء الفقه والقض ء، ديوان المطبوعات الجامعية ط الثانيا 008 ، صر 139

[3] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 83 .

[4] عبد العزيز سع ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط الثالثة، 996 ص 97! .

والشرع سبق التشريع في تقرير حق الزيارة و الذي جعله من باب صلة الرحم لكن اختلاف الفقهاء كان حول موعد الرؤية ، فبعض الفقهاء يرى أن رؤية المحضون تكون كل يوم أو يومين بدون تفرقة بين الأب والأم ، فقال الشافعية تكون الرؤية كل يومين فأكثر لا في كل يوم ولا بأس أن يزورها كل يوم إذا كان البيت قريبا كما قال الماوردي وعلى هذا يسوي الأب بالأم في تحديد الزمن الفاصل بين الرؤيتين.[1]

أما الرأي الثاني فقد ذهب فيه الفقهاء إلى أن رؤية المحضون تكون كل أسبوع بدون تفرقة بين الأب والأم ، وذهب إلى ذلك الحنابلة حيث قالوا تكون الزيارة على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع واستدلوا على ذلك بالقياس على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدي الزوجة زيارتها كل يوم جمعة وليس للزوج منعها من ذلك .

وقد نص أن لكل من الوالدين حق رؤية ولده كما نص على ذلك شرعا وللأم حق رؤية ولدها الذي ليس في يدها كل أسبوع مرة ولغيرها كل شهر أو سنة مرة على الخلاف بين الفقهاء في ذلك علاقة الأصل بالفرع .[2]

أما أصحاب الرأي الثالث فيذهب إلى التفرقة بين رؤية الأم لولدها , بين رؤية الأب لولد . فللأم حق رؤية الصغير الذي ليس في يدها في مكان الحضانة كل أسبوع مرة ، أما الأب فله حق رؤية الصغير مرة كل شهر .[3]

ويعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بليغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات .[4]

و العبرة من الزيارة هي النتائج المترتبة على هذا الحق و الدور الذي سيلعبه في حياة الطفل :

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ط الأولى 2011 ، ص 73 .

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع نفسه ، ص 75 .

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة ، ص 76 .

[4] الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر، ط الأولى 2008، ص 66 .

– من حيث كون الزيارة أداة لتقوية العلاقات الأسرية كما تعتبر مصدرا للحنان و العطف بالنسبة للمحضون و تحقق توازنه الن سي و العاطفي في غياب استفادته من الحنان المتحد لأبويه.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه أكد على حق الزيارة بالنص عليها في المادة 64 عندما نصت ((أنه تنقضي مدة الحضانة ، وغ الذكر 16 سنة وببلوغ الأنثى سن الزواج))

وعلى القاضي عندما يحكم بإ ناد الحضانة ن يحكم بحق الزيار ، فأسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ (وعلى القاضي ، بمعنى أنه يجب على القاضي ، ويمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة أهمها :

- أن المشرع حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيار ، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الو وب وليس الموازنة والاختيار .[1]
- أن القاضي حينما يحكم بإسناد الحضانة فإنه يلزم بأن يحكم بحق الزيارة ولو لم يط ب منه ذلك، وإلا كان حكمه معيب ، وفي هذا خروج من المشرع عن القاعدة القانونية التي تفيد أنه لا يجوز للقا اضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصو ، وفي هذا رعاية مصلحة المحضون بالمحافظة على مشاعره وتوطيد صلة القرابة بينه وبين رحمه مما يسهم في بناء ش خصيته وجعها سوية ومتوازنة وقوية .[2]
- حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصريا على الأب والأم ممن لم تسند إليهم الحضانة ، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون ، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به .[3]

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية - دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي - ، ص 90 .

[2] محمد حيدرة، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات المقارنة، العدد 2، بتاريخ 2018.2.2 ، ص 5 .

[3] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية - دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي - ، ص 90 .

- فقد أكدت المحكمة العليا على أن إعطاء حق الزيارة لجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون .[1]

لأن الطفل غالبا ما تكون له علاقات حميمة بل وطيدة مع أجداده.

كما قررت المحكمة الـ ليا في إحدى قراراتها أن للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة لمن يستحقون حقوق الحضانة.[2]

– من حيث أن الزيارة هي أداة لرقابة مصلحة المحضون فهي أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه) و تعليمه و تفقد صحته و خلقه و هي وسيلة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة .

فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 8 0 1970 أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة و الرقابة بمسافة البريد الستة المقررة عند الفقهاء الأقدمين لا يمنع استعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات و النقل.

الوقائع يرجع في تقديرها إلى سلطة قضاة الأساس لا غير، فليس للمجلس الأعلى رقابة عليهم في ذلك.[3]

– مدة الزيارة :

حق رؤية المحضون حق قائم ما دام الصغير في يد الحاضنة سواء كان الحاضن من النساء أو الرجال ، ويشترط لنفاذ هذا الحق ألا يصادم حقا الصغير لأن في كل مسائل الصغير يجب مراعاة مصلحته هو قبل مصلحة والديه .[4]

لم يحدد الفقه الإسلامي طريقة تنظيم حق الرؤية و لذلك يجب تطبيق القواعد العامة للشريعة و قياس الأمور بأشباهها و من ثم يكون الاتفاق بين الوالدين دور هام في تسيير الأمور الخاصة بزمان و مدة الرؤية.

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم 189181 بتاريخ 14 1998 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص 001 ، ص 92 .

[2] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط 2 ، قرار رقم 258479 بتاريخ 13 01 2001 ص 001 .

[3] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط الأولى 1 2013 قرار بدون رقم مؤرخ في 8 0 1970 ص 77 .

[4] رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصي ، ص 79 .

و يمكن أن يكون للعرف دور هام في هذا التنظيم فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا.
المشرع الجزائري لم يخص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها فهل تكون يوميا، أسبوعيا ، أو شهريا ؟
فالقاضي له حرية تصرف واسعة في مجال الزيارة مادام القانون لم يعطه أي توجيه فيما يخص كيفية ممارسة هذا الحق بل أكثر من ذلك أنه لم يشر إلى مصلحة المحضون عند منح هذا الحق لصاحبه، فالقاضي هو الذي يجتهد في مدتها و مكانها و وقتها.
ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.[2]
ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية و لم يسمي ، ولذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية ، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير مبين من طرف القضاء.[3]
و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 06/04/1990 أنه ((متى أوجبت المادة 64 من ق أ على ن القاضي حينما يقضي إسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم.
ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون .
و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه) .[4]
و الحقيقة أنه إذا كان لصاحب حق الزيارة مصلحة في مطالبته فإن مصلحة المحضون هي الأساس للحق نفسه، فالمحضون هو المستفيد الحقيقي من هذا الحق، وهو ما برر

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص 170 .
[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، ص 02 .
[3] باديس ديابي، المرجع نفسه ، ص 02 .
[4] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط الأولى 2013، ملف رقم 59784، بتاريخ 06/04/1990 ، ، ص 349.

إتحاد القاضي الحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، و لذلك لا يجوز للحاضن أن يمتنع عن تسليم المحضون لطالب حق الزيارة.

إذا امتنعت الأم الحاضنة عن تسليم المحضون للأب كان هذا الأخير أن يطالبها ويلزمها بذلك قضائيا والعكس صحيح.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أن المحكمة العليا ساوت بين حق الحضانة وحق الزيارة حيث ذهبت في إحدى قراراتها إلى أن عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية).[1] كما هو منصوص عليه في المادة 328 من قانون العقوبات و التي سوف نتعرض لها لاحقا.

د – مكان الزيارة :

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره، ولو تطلب الأمر ساعات معدودة ، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة مثلا ، لأنها أصبحت أجنبية عنه وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في قرار جاء فيه :

(من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة) .

ومتى – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق لزيارة للطاعن ببيت المطعون ضده ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن لهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار .[2]

و في قرار آخر جاء فيه ((من المستقر عليه فقها و قضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لو دها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري - ، ص 272 273 .

[2] باديس دياب ، آثار فك الرابطة الزوجية، ق م ع، ملف رقم 214290 بتاريخ 5 2 1998 ، ص 1 2 .

أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع و القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعدا خرقا للقانون.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيد حرية الأشخاص و خالف القانون و الشرع.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيـ) .[1]

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن المشرع الجزائري حينما ألزم القاضي أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه وبدون أي طلب من أي أحد يكون قد فاته أن منح حق الزيارة دون طلب و دون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة و مضرة بالمحضون. وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بالزيارة حدود اللياقة و يصر على أخذ المحضون معه و اصطحابه إلى أماكن غير أخلاقية. ولهذا كان على قانون الأسرة عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة و أن يحدد الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن.[2]

و في هذا الس اق فقد قضت محكمة سكيكدة بموجب حكم مؤرخ في 2؛ 0. 2020 تحت رقـ 1624(20 بتعديل أوقات الزيارة المقررة للمدعى عليه (والد المحضونة) بموجب الحكم الصادر عن محكمة سكيكدة بتاريخ 8. 0. 2018 لابنته المحضونة وذلك بإبقاء الوقت المقرر له بموجب هذا الحكم كل يوم سبت من الس عة منتصف النهار إلى الثانية زوالا، و في الأعياد الدينية و الوطنية إلى حين تعديلها أو سقوطها شرعا مع جعل الزيارة في حضور المدعية (والدة المحضونة) أو من ينوبها قانونا، وقد أسست المحكمة حكمها على ما يلي:

– حيث أنه بالرجوع للوثائق المحتج بها من قبل المدعية ثبت للمحكمة أن المدعى عليه متابع بعدة جرائم جزائية وصدرت ضده عدة أحكام قضائية من أجل جنحة الضرب و

[1] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،قرار رقـ 798914 بتاريخ 0؛ 4(990 ، ؛ ، ص 001. .

[2] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، ط الثالثة، 1996، ص297.

الجرح العمدي بالسلاح الأبيض وكذا جنحة الفعل المخل بالحياء على قاصرتين و مخالفة الضرب و الجرح العمدي وكذا جنحة تعريض خلق و صحة و أمن الأولاد لخطر جسيم، و بالرجوع لحيثيات هذا الحكم الأخير فقد تبين أن المدعى عليه قام بتعريض خلق و صحة و أمن ابنته الرضيعة (المحضونة) لخطر جسيم يمس بصحتها وأمنها باحتساء المشروبات الكحولية برفقة صديقته بحضورها أثناء ممارسته حق الزيارة لها.

حيث أنهما و مما سبق ذكره فإن هذه الأفعال تجعل منه شخص غير أمين وغير واعي ولا مسؤول وأن إنفراده بالبنت وأخذها لوحدها قد يعرضها للخطر الأمر الذي يجعل طلب المدعية لتعديل أوقات الزيارة بجعله في حضورها أو في حضور من ينوب عنها قانونا هو طلب مؤسس قانونا تستجيب له المحكمة.

ثالثا: حجية الأحكام الخاصة بالحضانة

تكتسي مسألة عتبار الأحكام الخاصة بالحضانة أحكاما غير نهائية أهمية بالغة في إبراز مدى هتمام المشرع والقضاء بمصلحة لمحضون وفي اكتشاف رعايتهما لـ .

ويفهم ذلك من نص الماد 71 ق أ ج التي تنص على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سقوطها الاختياري)

ويعني بالمفهوم لمعاكس للمادة أن سبب ا سقاط الاختياري مانع قطعي من استرجاع الحضان ، وعليه يمكن تأويل هذا النص إلى تفسيرين :

– يمكن أن يفهم منه أن السبب الاختياري أو الغير لاختياري يكون بالنظر إلى الحاضن ، أي أن الحاضن بتصرفه مختار أدى إلى إسقاط الحضانة عن ، ومثال ذلك زواج الذي يعتبر تصرفا رضائيا من عمل الحاضن ، الانتقال من مكان إلى آخر، التنازل عن الحضان ، ترك مدة السنة تمر دون المطالبة بالحضانة ، وفي كل هذه الحالات لا تعود إليه الحضانة.[1]

– كما يمكن أن يفهم منه أيضا أن السبب هذا يفسر بالنظر إلى القاضي وبمعنى أوضح أن مشرع لا يترك للقاضي في بعض الأسباب سلطة تقديرية في الحكم لإسقاط الحضانة أو

[1] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 04 205 .

إبقائها لصاحبها ، وإنما وجود هذا السبب يفرض عليه الحكم بإسقاطها كما هو الشأن بالماد، 6 1 والماد، 68 والماد، 70 ق أ .[1]

إن كل هذه النصوص التشريعية جاءت ص يغة آمرة لا تترك للقاضي حرية التقدير ما هو مضر للمحضون أو غير مضر لـ ، فيما عدا هذه الأسباب فإن له السلطة التقديرية في ذلك في النطق أو إسقاطها أو إبقائها ، فتكون أسباب ختيارية بالنسبة لـ[2]

إلا أن المشرع لم يشر في نص الماد، 71 إلى ما هي الأسباب الاختيارية والأسباب الغير اختيارية وترك المجال مفتوحا للقاض ي لإعمال سلطته التقديرية في ذلك ، ويتضح ذلك من خلال قرار المجلس الأعلى حيث جاء فيه أنه من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة علن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا امبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانوني .[3]

وفي قرار آخر جاء فيه أن المبدأ الذي استقر عليه ا جتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سن .

وكان ا جدر وا صلح أن تكون مصلحة المحضون هي المرجع الوحيد في الإس د ، ولا دخل لا سباب مهما كانت .

ويبدو أن هذا المفهوم قد تغير وأصبح يعتد بمصلحة المحضون لا غير مهما كان السبب الذي أدى إلى السقود .

يتضح ذلك من خلال قرار أصدرته المحكمة العليا جاء فيه أنه متى تبين في قضية الحا أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضان ، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام الماد، 71 من ق أ قد طبقوا صحيح القانور ، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن .

---

[1] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسر ، ص 04 05.

[2] زكية حميدو، المرجع نفسه ص 05.

[3] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، قرار رق 3340 بتاريخ 7 3 1989 ، ص 11 13.

[4] جمال سايس ، المرجع نفسه، قرار رق 9303 ، بتاريخ 5 2 979 ص 31 32 .

[5] ق م ع، غ أ ش، ملف رق 201336 بتاريخ 1 7 998 ، الاجتهاد القضائي لغرفة ا حوال الشخصية عدد خاص 01 ص 78 .

وفي قرار آخر جاء فيه أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن الرجوع فيها لأنها خص حالة الأشخاص ومصلحتهم ، ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها متى كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 6 67 ق ، وان قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطئوا في تطبيق القانون .[1]

وبهذا الموقف يمكن القول أن المشرع والقضاء الجزائريين قد أعطيا للمحضون حقه وراعيا مصلحته بجعل أحكام الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه ذات حجية مؤقتة كوسيلة أخرى لتحقيق مسالة مصلحة المحضون .

المبحث الثاني : شروط مستحق الحضانة وترتيبهم

الحضانة حق للمحضون لأنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا كما نصت على ذلك المادة 62 ق أ ج ومعنى ذلك أنه على القاضي عند إسناد الحضانة أن يبحث ويتحرى عما إذا كان طالب الحضانة تتوفر فيه شروط استحقاقها ويحقق الهدف المرجوة منها لصالح المحضون ، ولهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الشروط المتطلبة في المترشح للحضانة وفي الطلب الثاني تحديد من هم الأشخاص اللذين رتب لهم القانون هذا الحق تحقيقا لمصلحة المحضون .

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة

لم يفصل قانون الأسرة الجزائري في شروط استحقاق الحضانة و إنما اكتفى إجمالا باشتراط الأهلية في الحاضن، حيث جاء في الفقرة 2 من المادة 62 ما يلي: ((...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك))، و نصت الفقرة الأولى من المادة 67

[1] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 220470 بتاريخ 10 04 1999 ، الاجتهاد القضائي في غرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، ص 81 .

على أن اختلال شرط من شروط استحقاق الحضانة يعتبر مسقطا لها حيث أن مصلحة المحضون تضطرب حتما باختلال أحد الشروط.[1]

و يبدو أن ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة 62 ق أ، إنما تلك المتعلقة بالقدرة و الاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه و الكفاءة للاطلاع على ه ته المهمة التي لا يمكن على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء و تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 ق أ على أنه: ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)).[2]

والمتفق عليه أن الحضن هو كل شخص يتولى شؤون المولود ، وقد يتساوى الآباء في أهليتهم لحضانة الصغير ، لكنهم يتباينون في الترتيب ويختلفون في الأولوية .[3]

ولا تثبت الحضانة إلا لمن كان أهلا بتوفر شروطها ، للحضانة شروط عامة تخص الرجال و النساء على حد سواء و شروط أخرى تخص النساء بمفردهن و شروط تخص الرجال لوحدهم، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول بعنوان الشروط العامة لاستحقاق الحضانة والفرع الثاني نتناول فيه الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة

الفرع الأول : الشروط العامة لاستحقاق الحضانة

وهي الشروط الواجب توافرها في كلا الجنسين المرأة والرجل على حد سواء وهي كالتالي :

[1] محمد حيدرة، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، ص 1[illegible] .

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 4[illegible] .

[3] العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري ـ ، ص 259 .

أولا: البلوغ

الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا الكبار وغايتها لا تتحقق بغيره ذلك ، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضـ . .[1]

ثانيا: العقل

الحضانة ولاية على النفس ، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غير .[2]

ثالثا: الأمانة

و الأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون به أهلا للحضـ نـ ، وبيئة صـ ـ بة تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير و لا يهم أن يكون العيب في الحاضن أساسه الاختيار أو مصدره الـ جبار، فالكبر أي التقدم في السن قد يكون سببا في سقوط الحضانة ولا ذنب للإنسان في تقدم عمره، و العمل المشين و هو سلوك اختياري يرتب سقوط الحق في الحضانة، و الأصل في ذلك ليس مشروعية العمل، بل إضرار بالصغير حتى قال الفقهاء إن الحاضنة لو كانت كفيرة الصلاة قد اسـ ولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد و لزم ضياعه نزع منها و سقطت عنها الحضانة.

ولا يرى الأحناف والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلما لأن الشفقة هي أساس رعاية الصغير وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان ويخالف ـي ذلك الشافعـ ة والحنابلة لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.[3]

فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزنـ ، ولا للمرأة المهملة الضائعة لآن الطفل تنطبع في نـ سه صور ما يراه في محيطه ويحاكيـ ، فينشأ على أخلاقها السيئـ .[4]

---

[1] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دار الـ امعة الجديدة للنشر، (د. ط) 2007، صـ 49 .

[2] محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، صـ 49 .

[3] محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، صـ 49 .

[4] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، صـ 184 .

وهو ما جسدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ((من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون . ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون) .[1]

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة

أولا : الشروط المتعلقة بالنساء

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية ، تستجيب مع واقع الحياة ، توافق تكوين المرأة ، والحاجات الطبيعية للصغار فالأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحن قلبا والأكثر شفقة والأكثر صبرا على احتمال الصغير ومطالبه ، ويشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي :

- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة ، فلا حضانة لغير القرابة النسبية فالمحارم من الإرضاع كالأم والأخت رضاعا لا حضانة لهن ، ولا حضانة أيضا للقريب غير المحرم كبنت العم أو بنت العمة فالمحرمة وحدها لا تكفي، والقرابة وحدها لا تكفي فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب.[2]

- أن لا تكون الحاضنة زوجة لغير محرم الصغير لأن الزوج الأجنبي في الأعم الأغلب لا

[1] جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 1 ، م ف رقم 53578 - قرار بتاريخ 12 05 1989 ص 99 .

[2] محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء - دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ، ص 50 .

يعطف على الصغ ر ، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة ، وهذا واقع معاش وإن وجدت حالات نادرة تخالف ، والتشريع يقوم على المعتاد لا النادر .[1]

- أن لا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعس ار الأب لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرع ، يسقط حق الأم في الحضانة مع ضة لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حال .[2]

- أن لا تقيم الحاضنة في بيت من ير ضه لأن التربية لسليمة لا تقوم بغداء البدن ، بل بسلامة الر وح أيضا ونفس الصغير تتضرر لا شك .

فإن توافرت هذه الشروط أصبحت المرأة أهلا للحضانة وث بت الحق لها رهن بتربيتها في سلم الحاضنات، أما إذا اختلت هذه الشروط أو تخلف بع ضها فيسقط حق المرأة في الحضان .[3]

ثانيـ : الشروط المتعلقة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإ ضافة إلى الشروط العامة ما يـــلي :

- أن يكون من العصبات على ترتيب الإرث لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير ، وحسن رعايته في الأغلب الأعم.[4]

- أن يكون ذا رحم مح رم للمحضون إذا كانت أنثى مشتها ، ولا يضع القاضي الإناث عند الذكور ولا الذكور عند الإ ناث متى تعين غير المحرم للحضان ، إلا إذا وجد القاضي المسلم مصلحة في ذلك ، ولا حضانة لغ ر المحارم من الرجال على الصغيرة أبد ، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد الع م والعم ، وأولاد لخال والخال ، فللذكور

[1] محمد كمال الدين إما ، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، ص 50 .

محمد كمال الدين إمام ، المرجع نفسه ص 51 .

[3] محمد كمال الدين إمام ، مرجع نفس ص 51 .

[4] محمد كمال الدين إمام ، المرجع نفسه، ص 52 .

منهم حق حضانة لذكور ، وللإ اث منهم حق حضانة الإناث ولا ت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كا م والأب والأخت رضاء .[1]

- ويشترط الا حناف الموافقة في الدين في حضانة الرجال لأن الأصل فيها الوارث واختلاف الد ن مانع من الميراث ، فيسقط الحق في الحضانة أيض ، ولا يشترط اختلاف الدين في حضانة النساء لأن الأصل يها الشفقة بالصغير والحنون علي ، وهي ط يعة لا يؤثر فيها اختلاف العقائ .[2]

المطلب الثاني : ترتيب مستحق الحضانة

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون فجعلوا الإناث أليق بالحض نة لأنهن أشفق وأهدى لى التربية واصبر للقيام به ، و شد ملازمة للأطفال كما تقد ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و قرب واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلح [3] لذلك سوف نقوم في هذا المطلب بدراسة مصلحة المحضون اتجاه اختيار مستحقي الحضانة في الف ه الإسلامي وهذا في الفرع الأول ، أما في الفرع الثاني سوف نتطرق إلى مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري .

الفرع الأول : ترتيب مستحق الحضانة في الفقه الإسلامي

لكل مذهب فقهي طريقته في ترتيب مستحق الحضانة بعد الأم بحسب مراعاتهم لمصلحة المحضون

أولا ع د الحنفي تكون الحضانة للأم ، ثم أم الأم ثم أم الأب ، ثم الأخوات وتقدم الشقيقة ، ثم الأخت للأم ، ثم الأخت للأب .[4]

---

[1] محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة ين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء - دراسة لقوانين الأحوال الشخصي - ، ص 52 .

[2] محمد كمال الدين إمام ، المرجع نفسه ص 152 .

[3] بن حرز الله عبد الله، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ن. ون 5 09 دار الخلدونية للنشر والتوزي ، الجزائر، ط الأولى 007 ، ص 157 .

[4] محمد حيدرة، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص 2 3 .

ثانيا عند المالكية : الحضانة حق للوالدين معا حال قيام الزوجية أما الأم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فالحضانة حق لها لا ينازعها غيرها فيه ، فإن لم توجد الأم انتقلت الحضانة إلى أمها ، ثم إلى جدة الولد لأمه ، ثم إلى جدة الأم ، ثم إلى خالة الولد المحضون أخت أمه ، ثم إلى خالة أمه ، ثم جدته أم أبيه ، ثم أم أمه ، ثم أم أبيه ، ثم تنتقل حضانة الولد إلى أبيه ، ثم أخته أي أخت الولد المحضون ، ثم إلى عمة الولد ، فعمة أبيه ، فخالته .[1]

فإذا لم وجد أحد ممن ذكر فإن الحضانة ت للوصي ذكر أو أنثى ، ثم ا خ المحضون شقيقا كان لأم أو لأب ، ثم للجد من جهة الأب ، الأقرب فالأقرب ، ثم ابن أخ الولد المحضون ، ثم عمه ، ثم ابن عمه ، وفي جميع هؤلاء الحاضنين يقدم الشقيق، ثم ذي لأم ، ثم الذي لأب فإن تساووا قدم أكثرهم صيانة للمحضون وشفقة عليه .[2]

ثالثـــا عند الشافعية: الحضانة عندهم للأم ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأب وجداته المدليات ا ناث إن علون ، ثم أم الجد وجداته ، ثم أم أب الجد وجداته ، ثم الأخوات ، ثم خالات ، ثم بنات الإخوة ، وفي كل الحواضن يقدم الشقيق ، ثم الذي لأم ، ثم الذي لأب .[3]

رابعا عند الحنابلة : الأم ثم أمهاتها القربى فالقربى ، ثم الأب ، ثم أمهاته القربى فالقربى ، ثم الجد الأقرب فالأقرب ، ثم أمهاته القربى فالقربى ، ثم الأخت ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم خالة الأم ، ثم خالة الأب ، ثم عمة الأم ، ثم عمة الأب ، ثم بنت الأخ وبنت الأخت ، ثم بنت العم وبنت العمة ، ثم بنت عم الأب ، ثم بنت عمة الأب ، ثم لباقي العصبات ، الأقرب فالأقرب ، ثم لذوي ا رحام ، ثم للحاكم .[4]

---

[1] محمد حيدر ، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وا نون الأسرة الجزائري، ص 2 3 .

[2] محمد حيدرة، المرجع نفسه ، ص 3 .

[3] محمد حيدرة، المرجع نفسه ، ص 3 .

[4] محمد حيدر ، المرجع نفسا ، ص 3 .

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال[1] وقد سار المشرع الجزائري شأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ، وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة ، المالكي ، الحنفي ، الحنبلي والشافعي ، وذلك وفقا للمادة 64 من ق أ لكن ذلك قبل التعديل الوارد في الأمر 05 02 .[2]

أولا : ترتيب الحاضنين قبل تعديل 2005

كان قانون الأسرة لسنة 1984 ينص في المادة 64 منه على أن الحضانة تسند للأم ، ثم لأم الأم ، ثم الخالة ، ثم الأب ، ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

يتضح أن القانون الجزائري بعد أن أعطى الحضانة للأم ، رتب المستحقين لها مبتدئا بجهة الأم ، ثم جهة الأب ، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الام على رحم الأب .

والأصل في حضانة الأم فضلا عن مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء أكانت زوجة لأبيه ، أو معتدة من الطلاق الرجعي أو بائن، أو معتدة بعد وفاته) أنها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته .

وقد ورد في هذا الشأن أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال لها الرسول ص – ((أنت أحق به مالم تتزوجي) .[3]

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر

---

[1] الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية - ، ص 255 .

[2] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ص 80 .

[3] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ص 80 81 .

سلبا على حال المحضون النفسية وأن إسناد حضانته لشخص خر يجعل من القرار مجانبا للصوا .[1]

وفي قرار آخر جاء فيه أنه 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 يحرم ا نهائيا من إعادة إسناد الحضا ، إن كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طب ا لأحكام المادتين 56 67 من ق .

وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطئوا في تطبيق القانو .[2]

بل والأكثر من ذ ك أن المحكمة العليا قررت أنه يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الز ، متى تحققت مصلحة المحضو .[3]

وقد جاء في ا سيس القرار ((... لكن حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام الماد 67 من ق أ باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في الما 62 من نفس القانون إلا أن الماد 67 السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضو ، وأن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق به ، ذلك أن طفلة صغيرة لا تستغني عن خدمة نسا ، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس ، يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليم .

كما رتب المشرع سا قا الجدة للأم في المرتبة الثانية في حال سقوط لحضانة عن أم المحضون ي سبب كا ، سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج بأجنبي أو أي سبب آخر .

ويبقى الاعتبار في ذلك أن أم ا م مشاركة للأم في الإرث والولاد ، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيره .[1]

---

[1] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية، قرار رق 332324 مؤرخ في 3 7 005 ، ص 0 .

[2] ق م غ – غ أ ش، ملف رق 220470 بتاريخ 0 4 999 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 81 .

[3] جيلا سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كا ك الجزائر ط الأولى 013 ، ، القرار رق 64787 ، مؤرخ في 5 7 010 ، ص 505 .

تأتي في المرتبة الثالثة الخالة لأن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه ،هذا ما اتفق عليه في الأثر حيث روى البر ء بن عزب أن النبـ ص - قضى في ابـ ة حمزة لخالتها وقال : الخالة أم).[2]

وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أخت شقيقة للأم أو أخت لأب أو أخت لأم، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم و أم الأم و هذا ما اتفق جمهور الفقهاء أيضا و صدقته المادة 54 ق أ قبل تعديلها، وقد كرس الاجتهاد القضائي في عديد قراراته تقديم الخالة على الأب في إعطاءها حق ممارسة الحضانة .[3]

هذا وقد قدم المشرع الجزائري الأب على أم الأب بأن جعله مباشرة بعد الخالة وقبل أم الأب ، ويظهر جليا تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشافعي والحنبلي ، ويبدو أن تقديم الأب على أم الأب وترتيبها يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء لـ .

وتأتي أم الأب مباشرة بعد الأب وكما تكون الحضانة لأم الأب ، تكون لأمها وجدتها أخذا بمبدأ الأم وإن علت مع مراعاة توافرهن على الشروط المذكورة سلفا في ممارسة حق الحضانة .[4]

وسكت المشرع عن تعريف الأقرب رجة أثناء ترتيبه للحاضنين ولما سمح لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند وجودنا نص مبهم و غير واضح تطبيقا سليما للمادة 222 من ق .

وقد سبق الإشارة إلى الترتيب الذي اعتمده الفقهاء .

ويرى الدكتور بلحاج العربي أن هذا الترتيب يقوم على أساس سلي ، هو أن رابة الأم مقربة على قرابة الأب، عند اتحاد درجة القراب ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب ،

باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، صر 72 .

[2] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، صر 73 .

[3] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رق 96772، مؤرخ في 3 ! 1993 إ ق، غ أ ش،عدد خاص صر 66 – 67 .

[4] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجي ، صر 4 75 .

فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب ا ستحقاق ، كما أن الجدة على الأخت مطلقة ، لأن اتصال الصغيرة بالجدة من د ريق الولاد ، فهو جزء منها فكانت أولى بحضانتـ .[1]

ثاني : ترتيب الحاضنين بعد تعديل 2005

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ نصت على ما يلي ((الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم ا قر بون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيار)).

فالتعديل جاء مخالفا لما سبق تبيانه في السابق وجاء معاكسا لما أدلى به فقهاء الشر يعة الإسلامي .[2]

وتعددت الآراء حول الأسباب التي أدت بالمشرع إلى تعديل الـ ادة 64 لكن اجتمعت كلها إلى أن السبب يعود إلى تغير واقع الأسرة الجزائرية .

فيرى الدكتور حيدرة محمد أن انتقال مركز الأب إلى المرتبة الثانية مرده تغير المجتمع وا سرة الجزائري ، لأن الأسر ا وم تعيش أغلبها مستقلة عن الأصول ، خلافا لما كان سائدا من قبل حيث كانت العائلة الكبيرة تحتضن كل الأسر الصغير ، فلا تجد الجدات صعوبة في حضانة أحفادهن وتقديم واجب الرعاية لهـ ، أما اليوم فأغلب الجدات يعشن وحيدات ولذلك يكون إسناد حضانة الأطفال إليهن ضربا من التكليف مما لا يطاق لأنهن أحوج إلى من يرعاهن ويقوم على شؤونهن عد أن تفر ق عنهم الأبناء والبنات .[3]

أما الدكتور بن شويخ الرشيد فيرى أن هذا التعديل كان أقرب إلى ط يعة المعيشة في المجتمع الجزائري ، فالطفل دائما بعد الأبوين نجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذره ، وإسقاطها عنها إلى الج ات هو أمر منطقي تـ اما لتعود الطفل على العيش معهم ، ولذلك تقدم الجدة للأم ولـ ب على الخالة لخبرتهم .

---

[1] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ، صر 82 .

[2] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجي ، صر 8 79 .

[3] محمد حيدر ، مراعاة صلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، صر 3 .

وهناك اعتبار مادي ومصلحي وهو أن إسناد الحضانة للجدة لا ب يفيد في اطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر ، كما أن مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الـ ة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهم ، وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل أو لا يقوى على توفير مسكن مستقل لممارسة الحضانة بسبب أزمة السكر .[1]

ويشير باديس ديابي أن بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر ذكروا أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأم والأب وذوي ما فيما يتعلق بأحقية الحضانة كما أن الأب يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها .

ويرى باديس ديابي أنه وإن خرج تعديل 7؛ 2(2005 عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين فإنه حاول أن يساوي بين ـ هة الأم والأب وإن ألقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب إلا أنه أقر بمبدأ التداول و ي اعتقاده أنه حسنا ما توجه إليـ .[2]

والملاحظ أن القضاء كرس قاعدة مصلحة المحضون ولم يتقيد بالترتيب الوارد بنص الـ ادة 64 سواء قبل تعديلها أو بعده ، فالمهم أن يبحث القاضي عن الـ خص الملائم لإسناد الحضانـ .

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه ((إقامة الأب والولي بالخارج يحتم أن تكون الحضانة إليه حتى يمكن له أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله أو أقاربه وهو ما مشى عليه القرار المطعون فيـ ، على أن الحضانة لا تـ طى دائما للأم بل تسقط ـ نها أحيـ نا كما هو الحال هنا .

وعلى العكس من ذلك لو كان قريبا من أبناءه لتغير الحكم وعليه فان النعي في الوجه بانتهاك قواـ د الشريعة الإسلامية ليس في محل) .[3]

وفي آخر قرار جاء فيه المبدأ (إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تـ بيق صحيح للقانون) .[1]

---

[1] الرشيد بن الشويـ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربيـ ، صـ 57؛ .

[2] باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية صـ 79 .

[3] جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة أ ش، ق م أ، تحت رقـ 6503؛ بتاريخ 1ـ ـ 982 ، ، صـ 45ـ ، 47ـ .

وقد جاء في قرار صدر بعد التعديل أن المبدأ (تراعى مصلحة المحضون ، عند إسناد الحضانة ، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع) .[2]

إن الحديث عن مصلحة المحضون يقودنا بصفة آلية إلى جزم بأن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن السبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها ، وأن غيره من ليسو مرتبين أحق بالحضانة منه .[3]

إذا فالترتيب الوارد بالمادة 64 مرهون بمدى مصلحة المحضون ، فمتى وجدت هذه المصلحة أسندت الحضانة للشخص ، ومتى فقدت سلبت منه وانتقلت إلى من يليه في المرتبة إذا كان يحقق مصلحة المحضون .[4] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 03/10/2011 أن تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 .[5]

ولذلك لم يكن هناك داع لتغيير الترتيب الذي كان موجودا سابقا ما دام هذا الترتيب غير ملزم للقاضي وأن أساس إسناد الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون ، فقد أثبت الواقع أنه قد تلجأ الأم الحاضنة إلى إبرام زواج عرفي حتى لا تسقط عنها الحضانة بعدما كانت قبل التعديل مطمئنة بوجود من يليها في الترتيب و هي أمها، لأن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة بغير محرم من أجل إسقاط الحضانة عنها لا يثبت إلا بتقديم عقد زواج محرر أمام ضابط الحالة المدنية و المحكمة لا تقبل دليل غير ذلك.

ومن جهة أخرى فقد تتعرض الأم الحاضنة للابتزاز من طرف مطلقها فيكون سكوته عن إسقاط الحضانة مقابل تنازلها عن المطالبة بالنفقة و هذا فيه إضرار بمصلحة المحضون.

---

[1] نبيل صقر ، عز الدين قمراوي ، ق أ نصا وتطبيقا، ق م ع، غ أ ش تحت رقم 206629 بتاريخ 02/12/2001 ، ص 125

[2] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ق م ع، غ أ ش تحت رقم 613469 بتاريخ 03/10/2011 ، ج 2 ، ص 592 594 .

[3] باديس دياب ، آثار فك الرابطة الزوجية ، ص 77 .

[4] محمد حيدر ، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، ص 84 .

[5] ق م أ، غ أ ش، قرار رقم 613469 بتاريخ 03/10/2011 ، مجلة المحكمة العليا 2012/1 ، عدد 1 .

الفصل الثاني

معاييـــر مصلحة المحضون في التشريع الجزائري

الفصل الثاني : مـ ييـــر مصلحة المحضون في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على مـ اعاة مصلحة المحضون في خمس مواضع المواد 4 – 5 6 7 69 وهي على التو ي في ترـ ب الحاضنين ومدة الحضانة وسقوطه .

إن مصلحة المحضون عموما وتر عزف وما زال يعزف عليه جميع المهتمين بالدراسات الأسرية من قانونيين بمختلف تخصصاتهم وقضاة ونفسيين و جتماعيين وسياسيين داـليا وخارجيا ولا يضنيك النظر في أبحاث هؤلاء و أولائك عن إيجاد عبارة أو إشارة تدل على الاهتمام بهذه المصلحة ، فهل روعيت هذه المصلحة فعلا متى تعارضت مع غيرها من المصالح ، ولو كانت هذه الأخيرة للأب والأم المطلقة الحاضنة أو غيرها من الحاضنين ؟

أم أنهم مجرد عزف كما أشرنا آنفا وهل توصل القضاة بما أوتوا من سلطة تقديرية في هذا الباب من تحقيق هذه المصلحة فيما يصدرون من أحكام حال التنازع بين أصحاب المصالح المختلفة من المذكورين .[1]

وحتى نتمكن من الإجابة على هذه التساؤلات لا بد من معرفة ما معنى المصلحة وما هي المعايير التي تم اعتمادها لتحقيق المصلحة ودور القضاء في تحقيق هذه المصلحـ .

لهذا سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى قاعدة مصلحة المحضون في حين سنخصص المبحث الثاني إلى سلـ ة القاضي في تقدير مصلحة المحضو .

ـ ز الدين حوا ، رابط مراعاة مصلحة المحضون بين قوانين العمل والتشريعات الأسرية، صر 5 .

المبحث الأو : قاعدة مصلحة المحضون

إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قديمة أ ت بها الشريعة الإسلامي ، وكان العمل بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة ، ضوان الله عليه ، فمن المواقف ا سلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي عنه أن عمر بن لخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأ ه هبت جدته أم أمه وراء ، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق، رضي الله عن ، فأعطاها إياه وقال لعمر ((ريحها وريقها خير له من الشهد عندك) .[1]

إن كانت هذه القاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية إلا أنها ج يدة في القوانين العربية الحديث ، ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين وهذا ' جل ضمان حقوق الطفل، والتكفل ب ، واعتبروها أهم طريق يستطيع القاضي من خلاله أن يحمي الطفل ويرعى ، صالحه دون التقيد النص القانوني ، حيث يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية في كل قضي .[2]

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص ق. أ [3] نص على هذه القاعدة وج لها أسا كل حكم من أحكام الحضان ، فقد خصص لـ ا خمس مواد من بين إحدى عشر ماد ، ومنه

سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق جامعة آكلي محند أولحاج – البويرة – السنة الجامعية 012 013 ، ص 8 9 .

[2] سهام كربال ، المرجع نفس ، ص 8 9 .

[3] المواد 4 5 6 7 69 ق أ .

يظهر جليا أن الحضانة بكام ها قائمة على مبدأ مصلحة المحضور ، فهذه المصلحة هي التي تفسر طرق إسناد الحضانة ومن يمارسه ، وغير ها من الأحكام المتعلقة بالحضان .[1] وعليه سنحاول في هذا المبحث إعط ء تعريف للمصلحة في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني نشير إلى تح يد معايير مصلحة المحضور .

المطلب الأول : تعريف المصلحة

لجأ إلى تعريف المصلحة العديد من الفقهاء وغلى وجه الخصوص فقهاء الشريعة الإسلامية في مواض يع محددة لمواضيع متفرقة، لذلك س ف نعالج في هذا المطلب تعريف المصلحة لغة و اصطلاحا و تحديد طبيعتها، وهذا في الفرع الأول و في الفرع الثاني الضوابط الشرعية للمصل ة.

الفرع الأول : تعريف المصلحة وتحديد طبيعتها

أول : تعريف المصلحة لغة واصطلاحا

– **تعريف المصلحة لغ :** كالمنفعة زن ، فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع أ هي اسم لواحدة من المصالِ ، وقد أورد لسان العرب المعنيين إذ جاء فيه **(** والمصلحة، الصلاِ ، والمصل ة واحدة المصالِ **))** فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل ن ستحصال الفوائد و لذائد أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمى مصلح .[2]

– **تعريف المصلحة اصطلاد :** المنفعة التي صدها الشارع الحكم لعباده ن حفظ دينه ، نفوسهم وعقولهم ونسلهم ، أو أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينه .

[1] سهام كربال ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائر ، ص 9 .

[2] نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ص 7 .

فالمصلحة لها تعاريف مختلفة اللفظ متقاربة المعنى والمدقوق فقد قال الإمام الغزالي رحمه الله تعالى (هي جلب المنفعة ودفع المضرة) .[1]

أما الشيخ أبو تيمية رحمه الله فقد قال (هو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة).[2]

وقد ورد الشاطبي تعريفا للمصلحة بقوله ((وأعني بالمصالح ما يرجع على قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أو ما فيه لشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق) .[3]

وأورد الطا ر بن عاشور تعريف المصلحة بقول : ويظهر لي أن نعرفها ، نها وصف للفعل يحصل به الصلاِ ، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو الآحاد) فقوله دائما فيه شارة على المصلحة الخاصة المطرد ، وقوله أو غلب فيه إشارة إلى المصلحة الرا ـ ة في أغلب الأحوال ، وقوله للجمهور أو الآحاد إشارة إلى أن المصلحة قس ـ ار : [4]

مصلحة عامة و و ما فيه نفع للآحاد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل بإ لاحهم إصلاح المجتمع المركب منه ، مثل حفظ المال من السرف بالحجر على السفيه مدة سفهه ففي ذلك نفع لصاحب المال ليجده عند رشده أو يجده وارثه من بع ه وحفاظا على عامة مال المسلمين .

وخ ص ة القول ، ما أوردناه من تعريفات فإن المصالح والمفاسد إنما تفهم أو تعرف على مقتضى ما غلب: فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفا ، ولذلك كان الفعل ذو وجهين منسوبا إلى الجهة الراجح ، فإن رجحت مصلحة المفهومة عرفا ، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجـ ة راجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب ، ويقال : إنه المصلحة ، وإذا غلبت جهة المفسدة فمهروب منه ، ويقال إنه مفسدة ، وهو ما عبر عنه الشاطبي بقوله (فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتياد ، فهي المقصودة شرعا ، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ...

---

[1] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه، ص 7 .

[2] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه، ص 7 .

[3] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه، ص 7 .

[4] نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجز ي، ص 8 .

وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر على المصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعا ولأجله وقع النهي ...)).[1]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعط تعريفا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة ، وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح .

نلاحظ أن لمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها تتعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر ، مثال ذلك المواد 4 5 – 6 7 9 4 9 0 96 قانون الأسرة الجزائري .

فحسب المادة 64 فإن المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة ، لكن بالأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون .[2]

وبهذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية لمحضون .

وفي قرار آخر جاء فيه ((من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

ولما كان ذلك – في قضية الحال - أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون

ومتى كان كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه)) .[4]

لذلك فإن مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى النظام العام، الآداب العامة ، حسن النية وغيره ، فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواه ، والشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجرد .

إن مصلحة الطفل قاعدة تتقمص كل الأشكال ولا تقترن بكل الأزمنة و تترجم بطريقة صحة تطور قانون الأسرة الذي صبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الاهتمام .

---

[1] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه ، صفحة 8 .

[2] سهام كربال ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، صفحة 1 .

[3] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، صفحة 33 .

[4] قرار المجلس الأعلى، غرفة أحوال شخصية ملف رقم 535778 ، بتاريخ 12 جوان 1989 ، المجلة القضائية 1991 ، العدد الثاني ، صفحة 69 .

ثاني : تحديد طبيعة المصلحة

لقد كان موضوع الطفل محل اعتبار وعناية الفقه والتشريع والقضا ، وا مع كلهم على اعتبار مصلحة الطفل ، والعمل بها وهذا ما تجسد على المستويين الخارجي لما عكسته اتفاقية حقوق الطفل من حماية لهذه الفئ ، وعلى المستوى الداخلي لما له من أهمية في حياة الأسرة، والمجتمع ، وإذا كان الأمر هكذا بالنسبة للفق ، فإن الأمر ن سة للتشريع الوطني لا يختلف عن .

وإن لم يعطي المشرع الجز ئري في قانون الأ سرة مفهوما للمصلح ، إلا أنه أدلى بها في عدة ، واد كما سبق الإشارة إليها أما ا جتهاد القضائي ظل وا ي مفهوم مصلحة الطفل شغله الشاغل ، إلا ه لابد عليه تكريسه في الواقع ، عم لا لما جاءت به النصوص القانوني .[1]

أما الشريعة الإ سلامية فكانت السباقة في معالجة مصالح الناس وحماية الطفا ، وفي ظل الفراغ التشريعي الذي عرفة قانون الأسرة الجزائري في تحديد المصلحة ، والمعايير ض ابطة له ، لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة ا سلامية وهذا بإحالة الماد 222 من نفس القانون السابق إحالة صريح .

فلما كان حضون لصغر سنه لا ي رف مصلحة ، كان من الواجب على الأولياء مراعاتها وحمايته من كل ما من شأنه أن يمس مصالح ، ولكن قد تت ارض مصالح الآباء خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية التي يتقرر بم جبها بقاء الأولاد عند أحدهم ، ويبقى للطرف الآخر حق الزيار ، فلا بد أن يكون هناك طرف ثالث خارج عن العا قة يعهد له تقدير مصلحة المحضون، وهو القاضي ، وهذا ما تتس م به من طبيعة مما تجعلها متغير ، و حسن المشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقديره ، وعدم حصره في نصوص قد تصلح ي تطبيقها على المحضون دون محضور .[2]

لأن قاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة ذا ية أي أنها تتعلق بكل طفل على حد ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والم ط الذي يترعرع

[1] أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائر ، ص 4 .

[2] أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري ص 4 5 .

في ، فمصلحة أطفال البدو الرحل تختلف عن مصلحة أطفال المناطق الشماليـ ، فإذا كان الانقطاع عن الدراسة عند البدو الرحل في ض الأد ان قد لا يعد مساسا بمصلحة الطفل ، لأن طبيعة حياة البدو الرحل ض ي ذلك ، فالعكس ـ ند أطفال المناطق المتمدنة لأن الانقطاع عن الدراسة يعد من أسباب سقوط الحضانة لما فيه من تقصير في تربية الولد ومتابعة تعليمـ .[1]

كذلك تختلف مصلحة الطفل حديث الولادة عن الطفل الذي يبلغ الخامسة أو السادسة من عمر ، فالأول يكون بـ جة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمر ، ولا يمكنه أن يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه التي هي أعطف ناس عليه وأكثرهم تحملا لمتابعتـ ، فلا شغلها اهتمامها به عن كل شيء آخر ، والطفل في هذه المرحلة لا يمكنه أن ينمو طبيعيا من حيث استعداده الفطري بجميع ـ لكاته إلا إذا كان في جو ملؤه العطف والثق ، بينما الطفل الأكثر سنا يستطيع القيام لوحده ببعض الماديات المتـ لقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقد .[2]

الفرع الثاني : الضوابط الشرعية للمصلحة

لقد ضبطت الشريعة الإسلامية المصالح ضمن ضوابط لا بد من مراعاتها ويكمن تلخيصها فيما يلي :

أولا : أن تكون هذه المصلحة ضمن مقاصد الشريعة

فالمصلحة حتى تـ ون مشروعة لا بد أن تقوم على حفظ مقاصد التشريع الخمـ ة: حفظ الدين، والنفس والنسل والعقل والمال ، فلكل ما يـ وت هذه الـ صول أو بعضها فـ و مفسد .

ثانيا : عدم معارضة المصلحة للقرآن الكريم

فلما نظـ م القضاء وقت الخلفاء لم يمانع الـ سلام أي تطور يحقق المصلحة ولا يتعارض مع كتاب الله وسنة رسول الله ، وبهذه المناسبة، فإن القضاء في عهد الخلفاء هو عهد شرعي في منهجه يعتبر مثاليا في شكله وصورته ونظامه وضبط اختصاص ما يتعلق بذلك توفيرا

[1] سهام كربال ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري صـ 12 .

[2] سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، صـ 12 .

لمصالح الناس متقيدين بضوابط الشريعة وقواعدها[1] لقوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) . سورة المائدة، الآية 44)

ثالثا : عدم معارضة مصلحة للسنة

فالمقصود بالسنة هنا ما ثبت سنده متصلا إلى الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير سواء ورد متواترا أي قطعي الثبوت أو أحاد أي ظني الثبوت .[2]

رابعا : عدم معارضة المصلحة للقياس

إن القياس هو مساواة فرع الأصل في علة حكمه والقياس يتكون من أربعة أمور :

* أصل ، وهو الأمر الذي ورد في حكمه نص من كتاب أو سنة .
* فرع، وهو الأمر الذي لم يرد النص على حكمه في كتاب ولا سنة .
* حكم الأصل الثابت بدليل من الكتاب أو السنة .
* علة الحكم ، وهو الوصف المناسب له عقلا والمعتبر معه شرعا .[3]

خامس : عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها

وهذا الضابط معتبر عند تعارض المصلحتين في أيهما يقدم ، ولا شك أن الذي يقدم هو الأهم والأولى في الاعتبار ، ومعيار الأهمية يرجع إلى ثلاثة أمور، كما ذكرها البوطي :

- النظر إلى قيمتها من حيث ذاتها ودرجتها في سلم المقاصد ، فالضروريات لا تقدم عليها الحاجيات أو التحسينات ، كما لا تقدم التحسينات على الحاجيات.
- وهو من حيث مقدار شمولها، فالمصلحة العامة ، تقدم على المصلحة الخاصة .
- مدى التأكد من وقوع نتائجها من عدمه، فتقدم الأكيدة على الظنية .[4]

هذا عن ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة لا أنه ما يهمنا في هذا البحث هو مصلحة المحضون ، وباعتبار مصلحة المحضون يخضع تقديرها للقواعد العامة التي تطبق عليها هذه الأحكام كونها ترعى المصالح وتعتبر الشريعة العامة .

---

[1] أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري ص 80 .

[2] نسرين إيناس بن عصمان ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ص 63 .

[3] نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، ص 64 .

[4] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه ص 64 .

، المشرع الجزائري استقى أحكام الشريعة ا سلامية لذلك نجد نص المادة 222 ق أ تحيلنا إلى أحكام الشريعة إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة د ، والملاحظ من نصوص قانون الأسرة أن المشرع أخذ قاعدة مراعاة مصلحة ا حضور ، دون أن يضع لها تعريفا فما هي المعايير المعتمدة لت قيق هذه المصلحة هذا ما سنحاول ا جابة عليه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني : تحديد معايير مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع وعجز الفقهاء عن تقديم تعريف دقيق ل صلحة المحضون لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط تي يستعين بها القاضي في تقديره ، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي لى الموضوعية والعدالة ، ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الو سع الممنوح له في مسائل الحضان .[1]

وسنحاول في هذا المطلب تبيان المعايير التي تحتكم لها قاعدة مصلحة المحضون والتي يمكن أن نـ ملها عموما في معيارين أساسيـــــر :

لأول وهو المعيار المعنوي الروحي والذي يشمل أساسا التعليم والرعاية والتربية الدينية والحفاظ على خلق الطفل وهناك معيار مرتبط بهذا المعيار وهو معيار الأمن والاستقرار نظرا لما يخلفه الطلاق من آثار جد وخ مة على نفسية الأطفال ومعنوياته .

بالإضافة إلى معيار ا ني وهو المعيار المادي ويشمل أساسا الرعاية المادية ا طفل المتعلقة باحتياجاته المادي .

وبالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة فإنها تعرف الحضانة بأنها رعاية الولد وتعا مه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا .

يرى الأستاذ عبد العز ز سعد أن تعريف قانون الأسرة الجزائري بالرغم من احتوائه على أهداف حضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، و سيما من حـ ث شموليته لأفكار لم يشملها غير .

ومن حيث ا ه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والص حية والخلقية والتربوية والمادي ، وبناءا على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم

[1] زكية حمي و، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية لأسرة ، ص 02 .

بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب ، وتفصل في حق الحضانة أن تراعى كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف ، وأن تراعى تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه .[1]

الفرع الأول : المعيار المعنوي

يعتبر الطفل أول شخص يتأثر بالفرقة بين الزوجين ، وذلك بسبب ضعف حالته ، وحاجته إلى من يرعى مصالحه ويقوم على شؤونه ، ولأجل هذا شرعت الحضانة التي ينتقل الطفل بمقتضاها إلى العيش مع أحد والديه أو مع غيرهما من أولاده قرابة ، وذلك وفقا لأحكام خاصة، بحسب ما تقتضيه مصلحته .[2]

وأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل زاوية تلك المصلحة .

وأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمنحهم ، الوالدان لأبنائهما والأم على الخصوص لا بديل لهم ، هذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسدية .[3]

وقد دعا الإسلام إلى الرفق بالصغار ورحمتهم والشفقة والحنو عليهم، وشنع على من يحرمهم ، وتشنيعه دلالة على عظم وخطر الفعل لمقترف في حق هذا الطفل .[4] ويوضح الأستاذ محمد فتحي أن ((إهمال الطفل من جانب والديه وحرمانه من رعايتهما لأي سبب يسلب منه عاطفة الحب)) .[5]

ولا شك أن الطلاق يشكل صدمة نفسية قوية للطفل تهز كيانه وتحبط معنوياته ، فلا يجد اهتماما متكافئا من أبويه ويفقد بالتالي المادة الضرورية لنموه نموا سليما نتيجة تمزق الأسرة فتنشأ لديه عقدا نفسية يعاني منها في حياته المستقبلية .

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 293 .

[2] محمد حيدر ، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، ص 7 .

[3] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، ص 05 .

[4] عز الدين حواتة ، رابط مراعاة مصلحة المحضون بين قوانين العمل و التشريعات الأسرية ، ص 3 .

[5] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، ص 05 .

وهناك حقيقة نبلورها في هذا السياق حول عمر الابنا ، مفادها أنه إذا كان عمر الأبناء لا يتجاوز الخمسة أعوام فإن تأثرهم بحالة الطلاق النفسية والصحية والرعوية و ا جتماعية تكون أقل من الأبناء الذين في عمر العشر سنوات أو أكثر ا ن إدراكهم ا مور يكون أكثر فهم ، وإن تفاعلهم مع أبويهم يتزايد مع تقدم عمر م ويتوقف مدى تقبل الطفل فكرة ا نفصال ا ستعداده النفسي وجنسه وسنه التي يتوفر عليها لمجابهة التأقلم المطلوب، ولهذا تستدعي طبيعة هذا الموضوع ا ستعانة بخبيرة جتماعية وكذا خضوع المحضـ ن للعلاج ا فسي قبل حصول الطلاق ، لتحضيره نفسيا وبعد الطلاق لمتابعته ردة فعله ومدى تقبله لفكرة بقاءه مع طرف حادي العلاقة وعادة ما تكون الأ .[1]

وبالفعل أجمع يضا أطباء الأمراض العقلية أن الطفل خلال حياته الأولى في حاجة ملحة إلى أمه أو مرأة تمده الحنان والعطف ، لأن نموه وتوازنه النفسي وتكوينه الذ قي لا يتحقق بصفة كاملة إلا بين يد موه . .[2]

فيفسر الأستاذ أحمد فتحي سلوك المنحرف بأنه ((تعبير رمزي ا نتقام لما سلب منه من حب وحنا) .[3]

لذلك نجد أن الفقه ا سلامي اعتمد في إسناده للحضانة في السنوات الأولى للطفل على النسا ا ع بار هن مصدر الحنان والعناية الروحي ، التي عادة ما تكون ناقصة عند الرجال لما لهم طابع القسوة في بعض الأحيا .[4]

وفي إطار تحقيق مصلحة المحضون نص قانون ا جراءات المدنية والإدارية على جملة من الإجراءات من بينها الماد 425 التي خولت لقاضي شؤون الأسرة أن ا مر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع لغرض ا ستشار .

وهذا ما يفسر قضاء المحكمة العليا بإسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون وجاء في تأسيس قرارها أن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقـ ءها

[1] أ ينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائر صر 2 .

[2] زكية حمي و، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية لأسر ، صر 2 .

[3] زكية حمي و، المرجع نفس ، صر 06 .

[4] أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، صر 2 .

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 يكون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما .

كما أشارت في قرار آخر 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 .[2]

فضلا عن ذلك يجب على القاضي ، لكي يراعي مصلحة المحضون، أن يبحث عن الاستقرار والأمن له، فعليه أن يختار للمحضون ، الحاضن الذي يستطيع تهيئة الجو لذلك .[3]

بسبب ما يخلفه الطلاق من آثار اجتماعية ونفسية فقد ، راعت الشريعة الإسلامية هذا المعيار ، أولت أهمية كبرى للمصلحة المعنوية ، الاستقرار النفسي ، وهذا ما ثبت عن أبي بكر لما قضى لجدة عاصم ابن عمر رضي الله عنه بحضانته قال : ((خل بينه وبينه ، فإن ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر) .[4]

وقد عزز علماء النفس ما جاء به الفقه الإسلامي إذ أثبت أطباء علم النفس أن التركيب النفسي للطفل الذي سيحدد شخصيته عندما يصبح رجلا يتكيف بطريقة لا شعورية خلال سنواته الأولى وما يلقاه من أمن أو عدم أمن .

المشرع الجزائري لم ينص على شروط الحاضن الذي يوفر للمحضون الأمن ، الاستقرار والصحة واكتفى بالقول في نص المادة 62 الفقرة الثانية (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك))، ولكن كان هذا بدون تفصيل لذلك كان لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة بنص المادة 222 ق. أ. ج وقد كدت المحكمة العليا على قاعدة مصلحة المحضون بناء على هذا المعيار فقد قضت بسقاط الحضانة عن المجنون، والمسن والأعمى والصم لعدم قدرته على القيام بشؤون الطفل وتحقيق استقراره الأمني والصحي .

---

[1] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرار رقم 564787 بتاريخ 15/07/2010 ، ج1، ص 505 508 .

[2] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرار رقم 189234 بتاريخ 11/04/1998 ، ج1، ص 070 072 .

[3] زكية حميدة ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ص 111.

[4] أمينة بوعزة ، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، ص 36 .

فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العلـا الدبد : من المقرر في الفقه ا سلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي .

ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن الحاضنة فاقدة للبصر ، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبناءه ، ومن ثم فإن قضاة ا ستئناف بـ سنادهم حضـ ة الأولاد لها وهي على هذا الحال ، حادو عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهي .[1]

الفرع الثاني : المعيار المادي

إذا كان الفقهاء يغا ون المصلحة المعنوية على الماديـ ، فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي ، لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجياته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها وعليه فإذا ما وفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاـ ، أحس المحضون براحة تساهم في حياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمر .[2]

بالنظر إلى المواد 2 5 6 7 8 9 80 والمواد 7 57 مكرر فإن المصلحة المادية للمحضون تتحقق ساسا بتوفير النفقة للطفل بكل مشـ لاتها المتمثلة في الغذاء والكسو ، العلاج والسكن وإذا كان مؤكد أن المحضون لا بد له من نفقة كما سيأتي لاحقا فإن السؤال يطرح بالنسـ ة للحاضنة فهل لها مقابل ما تبذله من رعاية وتربية للمحضون هـ ا ما سنقوم بدراسته في هذا الفرـ .

أولا : نفقة المحضون

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل المحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الـ سب لصغر أو لعجز أو لسبب التعلي ، فاعتبرته المادـ 78 ق أ ن الغذاء والكسوة تدخل ضمن مشمولا ت النفقة فالحاجة

[1] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرار رقـ 33921 المؤرخ في 9 1 1984 ، ، ص 304 .

[2] زكية حميدـ ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، صـ 16 17 .

إلى القوت لا تحـ ج إلى عناء إثبات إذ لا يمكن للمرء أن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب وهو ضروري لإقامة البنية وأما اللباس فهو معافاة للبدن يقي لجسد من برد الشتاء وحرارة لصيف ، وهو أيضا سترة للعور .[1]

ثم رتب المشرع الجزائري بعد هذين العنصرين العلاج ، السكن أو أجرته واعتبرهما من مشمـ لات النفقة والأب ملزم باا فقة على ولده في إطار عمود النسب ، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة رغم أن الأصل هو نفقة الولد وسكناه تكون من مال ، إن كان له مال فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق على ولد .[2] وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في الماـ ة 75 من ق أ التي تنص على ما يلي (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال .

فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول ، وتستمر في حالة ما إذا كان لولد عاجزا لآفة عقلية أو دنية أو مزاولا للدراسة وتسقط ا ستغناء عنها بالكسب) .[3]

فنص المادة يشـ ر إلى أن النفقة واجبة على الأب لصالح أولاده من الذكور والإناث وهذا بسبب قصرهم و عدم بلوغهم سن الرشد القانوني و و تسعة عشـ ر سنة ميلادية ، ، تسقط النفقة باا ستغنـ ء عنها بالكسب ، بمعنى إن كان الولد ممارسا لعمل يدر عليه مالا يكفيه لمعيشته وتستمر النفقة في حال عجز عن الكسب لما يجاوز سن الرشد ، إن كان الولد ذكرا أو أنثى مصابا بآفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولا للدر سة ، وكذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج ويتم الد خول بها .[4]

و سقط واجب النفقة على الأب المعسر ، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو ذا إعاقة أو مزاولا لـ راسة إلى أن يستغني عنها بالكسب .

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا (أن الابن المطالب بالنـ قة تأخر كثيرا عن طلبها في الوقت المناسب وأن القرار المتخذ جاء مخالفا للماد، 80 ق أ أو الماد، 309 من

---

[1] زكية حميد، ، مراعاة مصلحة المحضـ ون في القوانين المغاربية للأسر ، صـ 18 .

[2] باديس دياب، ، آثار فك الرابطة الزوجية، صـ 34 .

[3] باديس دياب، ، المرجع نفسه، صـ 34 .

[4] لحسـ ن بن الشيخ آت ملوي ، المرشد في قانون الأسرة، صـ 69 70 .

القانون لمدني وذلك حكمه للمطالب بالنفقة ، والحال أنه بلغ سن الرشد القانوني وأصبح والده غير ملزما بالإنفاق عليه لذا يجب نقض القرار ..)) .[1]

وفي قرار آخر جـ ء فيه ما يلي ((وحيث أنه عكس ما يدعيه الطاعن فإن لولد خالد يزاول دراسته الجامعي ، وأن الماد 75 من قانون الأسرة المحتج بها تنص على استمرار نفقة الولد ولو بعد سن الرشد إذا كان مزاولا للدراسـ ، وعليه فهذا الوجه غير مؤسس) .[2]

ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت زوجية قائمة أو في إطار الحضاـ ، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالـ :

– إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفق .

ويرى بعض الفقهـ ء القانونيين أن إعسار الأب ترجم في القانون بكلمة ا عجز)) والـ قصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس .

– يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة لأم على الإنفاق .[3]

وعلى ذلك سار القضاء في الجزائر إذا أكد قضاة المحكمة العليا في قرارهم ما يلي ((من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعـ .

إن قضاة الموضوع بقضـ هم بإلغاء النفقة المحكوم بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجـ - الطاعنـ رغم عدم إثبات عسر المطعون ضدهـ أخطئوا في تطبيق القانونـ)) .[4]

وفي قرار آخر جاء فيه (لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الـ ولاد ما دامت النفقة حق للمحضونـ ، وفي معرض تأسيسه خلص القرـ ـى أن الأولاد لم يكن لهم مالـ ، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ، أن شهادة عدم العمل بأجر التي يـ رع بها الطاـ ن لا تعفيه من النفقة على أولاد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد) .[5]

---

[1] ق م أ، غ أ ش، ملف رقـ 57227 بتاريخ 5/ 2/ 989 ، م ق 991 ، ، صـ 08 .

[2] ق ـ ، غ أ ش ، ملف رقـ 03637 بتاريخ 9/ 4/ 994 ، الاجتهاد القضائي غ أ ش، عدد خاصـ 001/ ، صـ 5/ .

[3] باديس ديابـ ، آثار فك الرابطة الزوجية، صـ 5/ .

[4] ق ـ ، غ أ ش، ملف رقـ 37148/بتاريخ 2/ 2/ 000/ ، المجلة القضائية لسنـ 001/ ، .

[5] ق ـ ، غ أ ش، ملف رقـ 311458 بتاريخ 1/ 1/ 2004 م ق لسنـ 004/ ، صـ 79/ .

وتحقيقا لمصلحة محضون فقد نص قانون الأسرة في المادة 57 مكرر أنه ((يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على يل عر ضة في جميع التدابير المؤقتة و ا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن) .

والغاية من هذا النص هو التسريع في تحصيل النفقة للطفل كما أن المادة 23 ق إ م إ أشارت إلى أن الأحكام الصادرة بتقرير النفقة للأشخاص المذكورين أعلاه أو بالأحكام الصادرة بزيادتها تكون معجلة النفاد متى طلب الخصوم ذلك ، وهذا راجع إلى أن النفقة باعتبارها المصدر الرئيسي للمعيشة فهي عاجلة وضرورية لا تحتمل التأخير .

لكن بالر غم من أن المشرع سن نصوص ستعجالية من جل الحكم بالنفقة وشملها بالتنفيذ المعجل إلا أن تحصيلها قد يتأخر بسبب إتباع إجراءات التنفيذ التي قد يطول أمدها بسبب امتناع المكلف د ها عن تسديدها في وقتها وكان هذا سببا رئيسيا في استحداث صندوق النفق .

لقد تم ا تحداث صندوق النفقة بموجب القانون رقم 15 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 إذ يهدف لحماية الحقوق ا ساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان له العيش الكريم وجعله في منأى عن الحاج ، و هو صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات لأطفال من ي اجهن مشاكل في تحصيل هذه النفق .

و يستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة الطفل المحضون المحكوم له بالنفقة بموجب أمر أو حكم قضائي وتتولى قبض هذه النفقة لصالح المرأة الحاضنة مفهوم الأسرة كما جاء في ا قانون .

كما أشار هذا ا قانون الذي يتضمن 16 مادة أنه يتم دفع المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي لأ مر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة لامتناع المدين أب المحضون عن الدفع أو عجزه عن ذلك وهذا بنص المادة الثالثة من .

ا عتبرت لجنة الشؤون القانونية و الإ ارية والحريات في تقريرها التمهيدي أن إنشاء صندوق النفقة الخاص بالنساء المطلقات الحاضنات للأطفال ممن يواجهن المشاكل في تحصيلها ، إذ يعتبر بمثابة الحل الملائم والسديد لهذه المعضلة الاجتماعية ونوهت اللجنة بتضافر جهود ثلاث وزارات لإنشائه وسيره وتنظيم ، ويتعلق الأمر بوزارة عدل والمالية والتضامن الوطني كل حسب مهام ، كما أكدت اللجنة أن هذا المشروع له

انعكاسات إيجابية على ا سرة في حفظ كرامة المستفيد من النفقة حيث يحصل عليها دون عناء نفسي أو مادي .

إلا أن هذا القانون لم يكتب له النجاح ولم يطبق على أرض الواقع ، وكان بإمكان تطبيق هذا

ا انون أن يحل الكثير من المعضلات فيما يتعلق بتحصيل النفقة المقررة للطفل المحضور .

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديرها قبل مضي سنة من الحكم وهذا بنص الماد 79 من ق إ ج .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه يراعى في تقدير النفقة حال الزوجين يسرا أو عسرا وأن تخفيض النفقة دون تقديرها تقديرا سا ما، يعد مخالفا للقواعد الشرعي .[1]

والمشرع الجزائر ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المادي مقياس لتحديد النفقة التي ب وجبها يضمن للطفل الغذاء و كسو ، والعلاج والسكن، وليس وفق متطلبات العصر ، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل ضمان عدم موته جوعا أو بردا ليكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال د دير المبلغ المطلوب كأجر للنفقة، ولم يقيده المشرع أو يلزمه بشي ء إ مراعاة حال كل واحد من الطرفين .

ويعني بذلك الن قة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقة الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر .[2]

ثاني : سكن المحضون

السكن مشتق من فعل ا سكن)) أي قر وانقطع عن الحركة، وتسكن : اطمأن ووقر والسكينة تعني الوقار والطمأنينة والمهابة و المسكن والس كينة مشتقان من أصل واحد، فإن

[1] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، القرار رق 44630 المؤرخ في (2(987 ، 390،1 – 392 .

[2] نسرين إيناس بن عصمار ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ص ر 18 19 .

لم يكن سكن لن تكون سكينة ، ووقع الاضطراب والحياة الدنيئة وقد يؤديان إلى ضياع ليس له بعد ذلك دواء يعالج [1] وقوله تعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها)) سورة الروم آية 21 .

وبدأ المشرع يولي اهتماما لمسألة سكن المحضون ، وأول نص ظهر ضمن المنظومة التشريعية هو نص المادة 476 من القانون المدني قبل إلغاءه تنص على أن ((ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا زوج من أجل حضانة الأولاد خاصة) .

وبناء عليه كانت المحكمة العليا تعتبر أن تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة تقتضي أن يكون الإيجار باسم أحد الزوجين وليس باسم الغير .[3]

ثم جاء قانون 84/ 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة حيث أفرد المشرع نصا خاصا منظما مسألة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد وذلك من خلال المادة 72 ق أ .[4]

إلا أن هذا الحق أي حق المطلقة الحاضنة في السكن قيد بشرط كما يتضح من نص المادة وهو أن يحكم للمطلقة بالحضانة ، وهي تخاطب الأم دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة ووفقا للمادة 64 ق أ ج .

وأن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيواءها أي بمعنى أن تفقد وليها وليس لها غير ، فإن وجد وكان رافضا لعودتها أجرته المحكمة بموجب المادة 77 ق أ .[5]

---

[1] زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 27 .

المادة 476 محررة في ظل الأمر رقم 75 58 المؤرخ في 26/ 09/ 1975 المتضمن القانون المدني .

[3] جمال نجيمي ، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، 2017 ، ص 96 .

[4] تنص المادة 72 من قانون 84/ 11 قبل تعديله على ما يلي ((و إذا كان حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج)).

[5] عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2010/ 2011 .

وترى الدكتورة حميدو زكية أنه من غير المعقول أن تستطيع الحاضنة الأم أن تثبت بأن وليها يرفض استقباله ، كما أن المشرع لم يراعى مصلحة المحضون بتاتا وذلك باعتباره افترض استقبال الحاضنة مع محضونيها من طرف وليها قبل أن يلزم الأب على ذلك .[1]
كما يستشف من نص المادة وبالأخص عبارة (يضمن حقها في السكن مع محضونيه)) ويرى بعض الفقه أن تكون المطلقة حاضنة قانونا لثلاثة أولاد فما فوق .

إلا أن هذا يعتبر إنكارا لحق المحضون في السكن وأن الأخذ به يشكل خطرا كبيرا على صالح المجتمع وأن هذا التغيير لا يتماشى ومصلحة المحضون كما شارت إلى ذلك الدكتورة حميدو زكية .[2]
كما استثنى المشرع في نص المادة 72 ق أ 3 مسكن الزوجية ن كان وحيدا ويقصد به سكن المطلق ، وأن يكون مملوكا له أو مؤجرا له .
إلا أن المشرع من خلال نص المادة 72 المحررة في ظل القانون رقم 84 11[4] أعطى للمحضون الحق في السكن بغض النظر عن الشروط المذكورة سابقة .
وإذ كانت المادة 72 من قانون الأسرة قبل التعديل لا تحمل إلزاما صريحا وواجبا للزوج بتخصيصي مسكن للممارسة الحضانة أو بدل إيجاره إلا أن المحكمة العليا أكدت في عديد قراراتها على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل إيجار .
وقد جاء في إحدى قراراتها لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كانت للحاضنة مسكن.[5]
وتأسيسا لهذا القرار اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير سكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج ، طبقا للمادتين 72 ق أ 72 من قانون

---

[1] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون، في القوانين المغاربية للأسرة، ص 30 .
[2] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 34 .
[3] عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ص 21 .
[4] تنص المادة 72 من القانون 84 11 المتضمن قانون الأسرة قبل تعديلها بالأمر 05 02 على ما يلي ((نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته)).
[5] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 288072 بتاريخ 31 07 2002 ، م ق لسنة 2004 ، ص 285 .

ا سرة وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشمولات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون ا سر ، فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب .[1]

هاتان المادتان 72 و 72 هما مادتان لم تعرفا الانسجام والتكامل بالرغم من إيجابيات المادة 72 مقارنة بالمادة 52 إلا أن سلبياتها قائمة تتمثل في أن هذه المادة لم تعتبر السكن من مشمولات النفقة وأنه في حال عدم وجود مال للمحضون تعرض المشرع لحل مشكل السكن أو أجره الذي يقع على عاتق الأب دون أن يحل مشكل باقي مشمولات النفقة .[2]

هذه النقائص وهذا الواقع دفع بالمشرع إلى إعادة النظر في قانون الأسرة فألغى الفقرة الثانية من المادة 52 وعدل المادة 72 وهذا بموجب الأمر 05 02 باختيار الألفاظ المناسبة والتأكيد على وجوب توفير السكن ملائم من طرف الأب أو بدل الإيجار .

فأصبحت المادة 72 تنص على ما يلي (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن) .

ومع ذلك فإن المادة 72 المعدلة لم تسلم من النقد هي الأخرى بخصوص الفقرة الثانية التي تنص (تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن) .

حيث أن المشرع لم يوفق في هذه الفقرة لعدة اعتبارات أهمها :

– في معنى الفقرة قزم المشرع الحاضنة في الأم المطلق ، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أم أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق .[3]

– لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون ا سرة الجزائري طلاق بائن ، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق ، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت و ت وجود المطلقة فيه رفقة أبناءه .

[1] باديس دياب ، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 38 .

[2] عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ص 43 .

[3] باديس دياب، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 39 .

فالصياغة بالشكل الذي جاءت به لمادة ليست سليمة ومجانبة للصواب .[1]

وباطلاعنا على الأحكام القضائية لم نجد فرقا يذكر بين الأحكام القضائية الصادرة قبل التعديل وبعده فمعظم الأحكام تنتهج نفس النهج السابق وذلك بإجبار الزوج على دفع بدل الإيجار لممارسة الحضانة وحتى المتقاضين يفضلون المطالبة ببدل الإيجار بدلا من البقاء في سكن الزوجية لما قد يثيره هذا الطلب من إشكالات لدى تطبيقه وهو ما يدل دلالة واضحة على القصور الذي شاب المادة 72 المعدلة ولا أدل على ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في هذا الشأن .

فقد جاء في إحدى قراراتها أن المبدأ : أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن وليس حتى سقوط الحضانة .[2]

حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضدها حق البقاء في السكن الزوجي حتى سقوط الحضانة استنادا إلى إسناد حضانة الأبناء القصر لها. مع أن الفقرة الثانية من المادة 72 تقضي بأن تبقى الحاضنة ببيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و ليس حتى سقوط الحضانة كما جاء في القرار المطعون فيه.

وعليه فإن هذه الأوجه مؤسسة و ينجر عنها نقض جزئي للقرار المطعون فيه فيما يخص حق البقاء في السكن الزوجي حتى سقوط الحضانة.

وفي قرار آخر جاء فيه أن للحاضنة الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن المؤجر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة .[3]

و تأسيسا للقرار حيث خلافا لما ينعاه الطاعن و بمراجعة القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس أسسوا قضائهم و أن المطعون ضدها سعت لتنفيذ القرار الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2007 الماضي بجعل بدل الإيجار المحكوم به بموجب الحكم الصادر في 18 جانفي 2006 يكون في حالة تعذر توفير سكن لممارسة الحضانة و أن المطعون ضدها استصدرت محضرا محررا من قبل المحضر القضائي بتاريخ 17 جانفي 2007 يثبت أن السكن الذي خصصه للطاعن غير صالح للسكن و لا يتوفر على ضروريات الحياة و

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، ص 69 .

[2] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 0742023 بتاريخ 24 أكتوبر 2013، مجلة المحكمة العليا 2014، العدد 1 ، ص 319 .

[3] ق م ع، غ أ، ملف رقم 0729230 بتاريخ 24 أكتوبر 2013، مجلة المحكمة العليا 2013، عدد خاص ، ص 276 .

اعتبروا في خلاصة قضائهم أن المطعون ضدها لا يمكن لها أن تسكن في هذا السكن و هو ما جعلهم يستجيبون لطلبها الرامي إلى تمكينها من بدل الإيجار مما يتعين رفض الوجهين معا لعدم التأسيس.

ثانـ ـ : أجرة الحاضنة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة لحاضنة ، ن عدمها ، وللفقهاء في ذلك رأيان :

الرأي الأول : وهو الإمام مالك أن الحاضنة لا تستحق أجرا على قيامها بأعباء الحضانة مطلقا

سواء كانت أما للمحضون أو غ ر أم ل ، وسواء كانت مستحقة لنفقة العدة أو غير مستحقة له ، غ ر أنها إذا كانت أما وكانت فقيرة، وولد ا المحضون ذا مال ، فإن نفقتها حينئذ تكون في مال ، لا بسبب قيامها بحضانته، وإنما بسبب فقره ، فلو كانت غنية ما استحقت شيئا في مال .

الرأي الثاني : وهو لأبي حنيفة وأصحابه وهو: أن الحاضنة تستحق أجرة على قيامها بأعباء الحضانة إن لم تجب لها نفقة على أب المحضون أن لم تكن العلاقة الزوجية بينهما قائمة، ولا معتدة من طلاق رجعي أو بائن . وتجب هذه الأجرة في مال المحضون نفسه، إن كان له مال يفي بذلك ، وإلا فعلى أ يه إن كان له مال ، وإن لم يكن له ذ نها تجب على من تلزمه نفقة الصـ ر .[1]

على مستوى التشريع في الجزائر لم يقل بأجرة الحضانة بالتمعن في المو 5 6 7 – 78 ليضل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمه ، سيما وأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا على مبا ئ الشريعة الإسلامي ، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة .[2]

[1] محمود بلال مهران، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي مع بيان ما أخذ به القانون و ما يجري عليه عمل القضاء في مصر ، دار الثقافة العربية ، القاهرة 996 ، القسم الثاني صر 323 324 .

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، صر 36 .

وترى الدكتورة حميدو زكية أنه عناية بمصل ة المحضون أن الاعتراف للحاضنة بأجرة على حضانتها رأي صائب فيه تحفيز على ا يام بهذه المهمة على الوجه الحسر ، لأن عدالة تملي أن كل عمل يجازى بأ ر ، وأن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل والتنصل من تبعاتـ ، وفي هذا ضرر بالمحضون وال ضانة قررت لنفع المحضون لا لضرر .

المبحث الثانـــي : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

قد أرسيت أحكام الحضانة على ركيزة بالغة الأهمية و ا اسية تكمن في مصلحة المحضور ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري لتلك الأحكام في قانون ا سر ة سواء أكان ذلك صراحة أو ضمن ، إذ أنه لم يقصر في استرعاء الانتباه إلى وجوب وضع نصب الأعين في كل حالة مصلحة المحضور .

والمشرع لم يحـ د كل العناصر المكونة للمصلحة لأن مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصـ ، فما كان مثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليو .[1]

وهـ ذا فإن المشرع عندما يضع ا واعـ ، يصفها عامة ومجرد ، والقاضي فسرها ويفصل حسب كل حالة على حد . لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل . ويخول له مهمة تحديد ما تشمل عليه من الناحية العملي ، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه كل القضية المعروضة أمامه، فيقـ دم باجتهاد قريب للحقيقة والواقـ ، وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامـ ا اجتهادي .[2]

والجدير بالملاحظة هو أن أهم ما يميز التفسير القضائي طابعه التطبيقـ ، لأنه يتأثر ما يعـ ض على القاضي من وقائع في الدعوـ ، فيعمل القاضي كل جهده أن تتلاءم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامـ ، وهذا ما شار إليه الأستاذ السيد سابق في قوله (تقدير مصلحة الصغير أو الصغيرة موكول للقاضي)) .[3]

---

[1] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسر ، صـ 7ـ .

[2] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسر صـ 8ـ .

[3] زكية حميدو ، المرجع نفسا ، صـ 8ـ .

ولذلك يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي والأول في هذا الموضوع، ويبرز فيه أشد البروز وذلك بأن يتناوب المشرع في مهمته عن طريق صياغته قاعدة يشكلها حسب الحالة المعروضة عليه ويطبقها مباشرة عليه .

فقد عرف المشرع الجزائري في المادة 62 الحضانة وأشار إلى أن مصلحة المحضون تكمن في العناية به وتعليمه ، وتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا ، وهذا الإجراء يكون المشرع قد ساهم في وضع بعض معالم المصلحة وبسط للقاضي مهمة البحث عنها .[1]

ولذلك تتجه أغلب التشريعات نحو توسيع سلطة القاضي ، منحت طائفة دورا إيجابيا سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبقى مكتوف الأيدين في مواجهة الخصوم .

ومن أجل توضيح هذه السلطة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول مفهوم السلطة تقديرية ومجال هذه السلطة للقاضي .

أما في المطلب الثاني فسوف نتناول تطبيقات حول هذه السلطة الممنوحة للقاضي من خلال إسناد الحضانة وتمديدها وإسقاطها وعودتها .

المطلب الأول : مجال السلطة التقديرية للقاضي

رأينا أن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل حسب كل حالة ، لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة المحضون ويقع على القاضي واجب البحث في هذه المصلحة بماله من سلطة خوله إياها القانون وجسدها الاجتهاد القضائي وقبل أن نتعرض إلى مجالات هذه السلطة وجب أولا تحديد مفهوم السلطة التقديرية ومعاييرها الموضوعية .

الفرع الأول : حرية تصرف القاضي في ممارسة السلطة

أولا : تحديد مفهوم السلطة التقديرية

[1] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، ص 78 ، 79 .

نكون أ ام سلطة تقديرية إذا ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنِ ، ويترك له الحرية كذلك بالنسبة لكيفية وفحوى القرار المتخذ والحدود الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع وقت التدخل وكيفية مواج ة كل حالة على حدى من قبل القاضِ .[1]

فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبا ، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون ولذلك كان لابد من إعطاءه القاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلا لها أن يواجه الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها ، أن يضع الحلول المناسبة لها فهو ي المشرع حينما ـ اطب الأفراد لخاضعين لقواعده العامة والمجرد ، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار أو النطاق الخارجي الذي يقيد من خلاله سلطة القاضِ ، لكنه يترك له حر ية ا صرف داخل هذا الإطار العا .[2]

فقد قضت المحكمة العليا بأن النفقة الغذائية واجبة قانونا على الأب اتجاه ابنه المحضون من طرف الأ ، والقرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفير ، مسألة تقدير النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع مما يجعل الو ه غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعر .[3]

وجاء في قرار آخر ((حيث متى قام قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد والمؤيد للحكم المستأنف بالموافقة على المبالغ المـ وم بها للمطلقة ، فذلك يدخل ضمن تقديرات م الموضوعية ..) .[4]

ثانيـ : المـ يير الموضوعية لسلطة

نظرا لطبيعة المصلحة المتغيرة لكونها تتوقف على الظروف الخاصة بكل طفل على انفراد من حيث جنسه، سن ، محيطه ونظرا لأن أغلبية أحكام الحضانة اجتها ية قابلة

[1] عيسى طعيبة، سكن المحضون في التشريع الجزائري، ص 70 .

[2] عيسى طعيبة ، سكن المحضون في التشريع الجزائر ، ص 70 .

[3] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ملف رق 16886 ، بتاريخ 6 3 03 999 ، ص 86 87 .

[4] لحسين بن الشيخ آت ملوي ، المرجع نفسه، قرار رق 469 ، بتاريخ 14 يونيو 2006 ، ص 87 .

للتغيير تسمع بإمكانية عادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك كان لا بد من معرفة مـ يير لسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي .

- حرية تصرف القاضي عند ممارسة السلطة

لقد جعل المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و وق كل اعتبار ومهما كانت العواقد ، ومن أجل الوصول إلى ما هو أصلح وأنفع للمحضون أعطاه كامل الصلاحيات لتقدير الوقائع مع مراعاة الأسس التي جاء بها المشرع ي نص المادة 62 من قانون الأسرة وهي العناية والرعاية والتربية لسليمة والحماية الصحية والخلقية .[1]

ولذلك يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي والأولي في ذا الموضوع ويبرز فيه شد البروز ، وذلك بأن يتناوب المشرع في مهمته عن طريق صياغته قاعدة يشكلها حسب الحالة المعروضة عليه ويطبقها مباشرة علي ، ومن ثم فهذا التدخل وهذه الـ ملية يبررها مفهوم مصلحة المحضـ ر .[2]

- دو ر ومهام القاضي في دعوى الحضانة

- المشرع جاء في المادة 62 من ق أ وما بعدها من نصوص عامة ومجردة إلا أن مكوناتها من تعليم الطفل وتربيته على دين أبيه والعناية به وحمايته خلقا وصحة عناصر كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات فحسب ، بل تختلف حتى داـ ل المجتمع الواحد باختلاف الأسر ، والأسرة في حد ذاتها يختلف أفرادها عن بعضهم البعض مما يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدا وتفسر ذلك النصوص بتغ ب مصلحة المحضون خاصة وأن أهم ما يميز التفسير القضائي طابعه التطبيقي لأنه يتأثر بما يعرف على القاضي من وقائع في الدعوى فيعمل القاضي كل جهده بان تتلاءم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه فيـ دم باجتهاد قريب للحقيقة والواقـ ، خاصة ونحن أمام مادة أغلبية حكامها اجتهادي .[3]

---

[1] عيـ ى طـ يبة ، سكن المحضون في التشريع الجزائري ، صـ 71 .

[2] زكية حميدو ، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسـ ، صـ 78 .

[3] عيسى طـ يبة، سكن المحضون في التشريع الجزائري صـ 72 .

إن الحضانة مسألة قضائية با! ساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير ، تسمح بـ مكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك وأن تدخل القاضي حتمي و وجوبي لتحقيق هذه المصلحة بما له من سلطة تقديرية في ذلك .[1]

إضافة إلى أن المش رع اس ثنى الأحكام المتعلقة بالحضانة بأن جعلها قابلة للاستئناف إذ نص في المادة 57 ق أ (تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف) .[2]

وهذا من شأنه أن يقطع الطريق أمام القاضي ل عسف في أعمال سلطته التقديرية التي خولها إياه المشرِ .

بالإضافة إلى معطيات موضوعية يتعين على القاضي الأخذ ! سيما فيما يتعلق بشروط إسناد الحضان ، فإذا انعدمت هذه الشروط في الشخص المطالب للحضانة سقطت عن .

الفرع الثانـ : السلطة المخولة ا قاضي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإ ارية

تعد القواعد الإجرائية ، السبيل القانوني المنظم لمسار الدعوى يؤدي إلى معرفة صحة أو عدم صحة مركز قان ني مدعى به إثر نظر جهة مختصة ل ، ونتيجة لتطور المعاملات وضرورة مو كبة نظام العدالة لكل مستجد مفي ، جاءت الصياغة الجديدة المقترحة وفق منهجية تعتمد أساسا تتبع مسار الدعوى أمام أي جهة تم قيدها إلى غاية صدور الحكم وتنفيذه [3] وهذا عبر قانون 8 9 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المنظم لق نون الإجراءات المدنية والإداري .

وهذا ما عبر عنه وزير العدل حافظ الأختام بمناسبة تقديم مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه جاء مراعاة لمستجدات التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى تنوع المنازعات وتعقده ، تكريس مبادئ الاجتهاد القضائي الو ني المتواتر

[1] عيسى ط يد ، مرجع نفس ، ص 72 .

[2] عيسى ط يد ، مرجع نفس ، ص 73 .

[3] عبد الرحمان بربار ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي ، طبعة أولى 009 ، ص 7 .

طيلة أربعة عقود مضت ، مواكبة تطور اتجاهات القوانين المقارنة والمتناسق والانسجام مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي انظمت إليها الجزائر وأخيرا تجسيد توصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة وما خلصت إليه الندوة الوطنية لتقييم مسار الإصلاح من توصيات .[1]

يتضمن الكتاب الثاني من هذا القانون الأحكام الخاصة بكل جهة قضائية من محاكم ومجلس ضائية ، والمحكمة العليا .

والجديد في هذا الكتاب إحداث قاضي متخصص في قانون الأسرة للتكفل بكل المسائل المتعلقة بالأسر ، وقد منحت له صلاحيات واسعة في اتخاذ الإجراءات التحفظية أثناء سير الدعوى .[2]

وقد جاء تأكيد المشرع على حماية القاصر في نص المادة 424 ق إ م و إ قوله (يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر) .

في هذا تأكيدا على اتجاه المشرع نحو إعمال أو تكريس قاعدة مصلحة الطفل بصفة عامة .

يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه :

- أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون .[3]
- الأمر بإجراء تحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى .[4]
- يمكن للقاضي أن يأمر بعدة إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية.[5]

- لا يترتب على الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق تخلي القاضي عن الفصل في القضية.[6]

---

[1] عبد الرحمان بربار ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 7 من الملحق.

[2] عبد الرحمان بربار ، مرجع نفسه ، ص 3 من الملحق.

[3] تضمن المادة 75 ق إ م إ ((يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون) .

[4] تتضمن المادة 76 ق إ م ((يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى) .

[5] تتضمن المادة 78 ق إ م إ (يمكن للقاضي أن يأمر بعدة إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية) .

[6] تتضمن المادة 80 ق إ م إ (لا يترتب على الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق تخلي القاضي عن الفصل في القضية) .

يتضح مما سبق أن المشرع لم يضع حدودا لصلاحيات القاضي لا من حيث نوع التحقيق أو عدد إجراءات التحقيق أو المرحلة التي تكون عليها الدعوى بل ويظل مختصا للنظر في القضية بعد تنفيذ التحقيق.[1]

وكما سبق الإشارة إليه أن مصلحة المحضون هي فوق كل اعتبار وكيد أن القاضي عندما يطرح عليه نزاع يكون فيه المحضون محل اعتبار سوف يلجأ إلى هذه الآليات التي وضعها المشرع بين يديه نتطرق إليها فيما يلي :

أولا : الاستعانة بالخبرة

تنص المادة 125 من ق إ م على أنه ((تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي) .

فاللجوء إلى الخبرة لا يكون إلا في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية والتقنية للقاضي ولا يشمل بأي حال الأسباب القانونية .

وهذا النص ينسجم مع موقف المحكمة العليا المعبر عنه في إحدى قرارتها : (من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية ...) .[2]

ويتم تعيين الخبير إما تلقائيا من طرف القاضي أو بناء على طلب من أحد الخصوم مع إمكانية تعيين عدد من الخبراء من نفس التخصص من تخصصات مختلفة [3] وفي هذا إعمال للسلطة التقديرية المعطاة للقاضي من أجل الإلمام بعناصر النزاع عن طريق تكليف أشخاص مؤهلين لذلك، وقد قضت المحكمة العليا ((المبدأ هو تعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية .

وفي قضية الحال كانت الجدة الطاعنة قد ذكرت بأن الطفل يوجد في حالة إهمال عند عمته ، وجاء في حيثيات القرار أنه كان على قضاة الموضوع تعيين مرشدة اجتماعية تزور الطفل بمكان إقامته وأن يراعوا مصلحة المحضون . كانت الجدة الطاعنة قد ذكرت

---

[1] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 09 .

[2] عبد الرحمان بربار ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، قرار رقم 4653 ، مؤرخ في 20 / 1 / 1985 ، ص 31 .

[3] تتضمن المادة 126 ق إ م إ (يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو عن تخصصات مختلفة) .

بأن طفل يوجد في حالة إهمال عند عمته ، وجاء في حيثيات القرار أنه كان على قضاة الموضوع تعيين مرشدة اجتماعية تزور الطفل بمكان إقامته وأن يراعوا مصلحة المحضون) .[1]

وقد جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أنه يتبين من التقرير الطبي المبرز في ملف الدعوى، أن تشخيص الطاعنة ، لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي بسيكياتري ، وإنما كان من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكما على القدرة العقلية لفرد ما ، طالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون ، في علم النفس الإكلينيكي فيما يتعلق بتحديد الأمراض العقلية النفسية .

وحيث أن مجرد إدخال الزوج زوجته قبل الطلاق إلى مستشفى عين عباسة ، قسم الأمراض العقلية للتشخيص بتاريخ 24 سبتمبر 1996 وخروجها منها بتاريخ 16 أكتوبر 1996 ، دون البقاء به كما يتجلى من تقرير الخبير المعين في الدعوى ، لا يعتبر دليلا في حد ذاته على أنها متأخرة عقليا وقت حكم الطلاق الصادر في 14 ديسمبر 1996 بإرادة الزوج وإسناد حضانة الأولاد إلى الأب ، ما دام لم يظهر من ملف الدعوى أن لتقرير الطبي الصادر عن المستشفى قد اثبت ذلك ، الأمر الذي يؤكد تأكيدا كبيرا على أنها مالكة لقواها العقلية، وقادرة على الحضانة لثبوت أهليتها .

ولما كان كذلك ، فإن القرار المطعون فيه أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبإسناد حضانة الأولاد إلى الأب، رغم عدم ثبوت المرض العقلي، فإنه يكون قد خالف القانون ، فضلا عن انطوائه على فساد في الأساس.[2]

ثانيـــا : حضور الخصوم واستجوابهم

تكريسا للدور الإيجابي للقاضي في سير الخصوم ، أجاز له المشرع في المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم تلقائيا أو بطلب من أحد الخصوم بالحضور شخصيا أمامه ولو كان

[1] ق م ع، غ أ ش، بتاريخ 18/05/2005 ، ملف رقم 330566 م ق، العدد الثاني 2005 ، ص 101 .

[2] العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966/2010 ، ملف رقم 265727، بتاريخ 13/02/2002 ص 45 /46 .

لديهم محام أو ممثل قانوني عنه ، ويفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن في طلب أحد الخصوم الرا ي إلى الحضور الشخصي للطرف الآخر .[1]

ويحض ر الخصوم شخصيا أمام الجهة القضائية في جلسة علنية أو في غرفة المشورة طبقا ، قواعد التي تحكم سير الخصومة، ، في حالة عدم استجابة الخصم للأمر بالحضور شخصيا أم م القاضي ، لهذا الأخير أن يستخلص النتائج من رفض الامتثال .[2]

كما تضمنت المواد من 100 إلى 105 من ق إ م إ طريقة استجواب الخصوم من خلال سماع الأطراف بصورة فردية أو جماعية مع إمكانية المواجهة ومنح الخصوم والمحامين بعد انتهاء الاستجواب ، فرصة طرح الأسئلة بواسطة قاضي .

وعملا بهذا ، وحفاظا على مصلحة المحضون يمكن للقاضي وفي إطار التحقيق الذي يجريه الوالدان واستدعاء من يراه مناسبا لسماعه لاستجوابه للوقوف على الظروف التي يعيش فيها المحضون الاجتماعية والاقتصادية حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون سيما إذا تعلق الأمر بإسناد الحضانة أو إسقاطها .

ثالثـــــ : سماع الشهود

تنص المادة 150 ((يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشه دة الشهو ، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية) .

ويقصد بالشهادة الأخبار في مجلس القاضي . ما وقع تحت سمع خص وبصره بما يرتب عنه القانون أثر ، والحكمة من اعتماد الشهادة كدليل إثبات أن الشاهد يحلف على صدق ما يقول وإنه إنما يشهد بحق لغيره على غير .[3]

وتبقى الشهادة جهة مقنعة وليست ملزمة فتقدير قيمة الشهادة يخضع لتقدير القاضي، وهو لا يخضع في تق يره هذا إلى رقابة الـ حكمة العل ، وهي أيضا حجة غير قاطعة ، فهي تقبل النفي بـ هادة أخرى أو بطريق آخر من طرق إثبات ، وتعتبر الشهادة دليلا مفيدا لأنه

---

[1] تتضمن الماد 98 ق إ م إ ((يمكن للقاضي في جميع المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم بالحضور شخصيا أمامه يفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن، في طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي للطرف الآخر) .

[2] عبد الرحمان بربار ، شرح قانون الإجراءات المد ة ، ص 17 .

[3] محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في القانون الجزائري، ار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر (د.ط) 017 ، ص 52 .

لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معين ، فإذا استدعت مصلحة المحضون سماع شهود في نزاع كان مطروحا على القاضي، توجب على هذا الأخير ، استدعاءهم في النزاع وسماعهم تحقيقا لهذه المصلحة .

وقد جاء في قرار المجلس الأعلى المبدأ ((الحضانة حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم ، وإن الأم التي تتخلى عن أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم .

ومن ثم فإن الحكم وقد أثبت أن الأم أهملت أولادها مندوبة والدهم الحاصلة في سنة 1957 وأنهم أقاموا عند جدتهم لأبيهم التي هيأت لهم الرعاية والتربية وذلك بعد الإطلاع على الشهادات المقدمة وعلى نتائج التحقيق الذي أجري في هذا الشأن ثم استخلص ما أثبته من مصلحة ترك الأولاد عند جدتهم يكون قد أصاب وجه الحق في تطبيق القانون)) .[2]

رابعا: المعاينة

نظم المشرع الأحكام الخاصة بالمعاينة في المواد من 146 إلى 149 ق إ م إ حيث أجاز المشرع للقاضي الانتقال لمعاينة موضوع النزاع بنفسه، للوقوف على حقيقته، و الاطمئنان عند تكوين عقيدته فالمعاينة إذا تعد من طرق الإثبات المباشرة، نظرا لاتصالها اتصالا ماديا بالواقعة المطلوب إثباتها، و التي تتيح للقاضي فرصة التعرف على الواقع مباشرة.[3]

و تنص المادة 146 ق إ م إ على ما يلي: ((يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك)).

فالمشرع إذا خول للمحكمة السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ القرار بإجراء المعاينة أو الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته بنفسه.[4]

---

[1] محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في القانون الجزائري ، ص 53 .

[2] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرار بدون رقم، بتاريخ 25 فيفري 1968 ، ، ص 63 .

[3] محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في القانون الجزائري، ص 77 و 78 .

[4] محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في القانون الجزائري ، ص 82 .

و أضافت المادة 148 ق إ م إ على ما يلي: ((يمكن للقاضي أثناء تنقله سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة.
كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم)).
و هنا يمكن سماع أي شخص بدون حلف اليمين و دون إخضاعه إلى الإجراءات المقررة للشهادة.
للإشارة فإن المعاينة كالخبرة دليل حجيته غير ملزمة للقاضي، فالقاضي حر في مدى الأخذ بما حصل عليه من علم نتيجة المعاينة، ولكنه ملزم في حالة عدم الأخذ بها بتسبيب حكمه بالرفض.[1]
إلا أنه لم نعثر على أحكام أو قرارات تشير إلى هذا النوع من التحقيق في مسائل الحضانة بالرغم من أهميته ذلك أن المحـ مة بخروجها للمعاينة تشاهد بنفسها و تتحقق من صحة ما يدعيه الخصوم في الدعوى فهو دليل إثبات مباشر و ليس هناك وسيلة أحسن لتكوين القاضي عقيدته، فالخبرة مثلا مهما بلغت من الدقة لا تستطيع أن تنقل إلى القاضي الصورة الكاملة للواقع كما لو شاهدها القاضي بعين ، بغض نظر عما قد يلحق الخبير من خطأ أو قصور أو عدم دقة أو تحيز أو محاباة.

المطلب الثانـــــي : دعاوى الحضانـــــة

من المسـ ئل الجدية التي ينظر فيها القاضـي ، بعد فك الرابطة الزوجية مصير الأبناء الناتجين عن العلاقة الزوجية سواء من حيث إسنادهم إلى الأشخاص المؤهلين للقيام بالواجبات المنصوص عليها بالمادة 62 ق أ ج أو من حيث تقدير النفقة الواجبة لهم حسب وسع الزوج وحال الطرفين أو من حيث تنظيم أوقات الزيـ ارة وتوفير مسكن لممارسة الحضانـ ، والقاضي يقرر كل هذه المسائل يجب أن يضـ ع نصب عينيه تحقيق مصلحة المحضور .
إلا أنه تثار عدة إشكالات في الميدان أثناء ممارسة الحضانة تمس هذه الإشكالات بالدرجة الأولى مصلحة المحضون ولذلك وللحفاظ على هذه المصلحة وبغرض الحفاظ على هذه المصلحة تمارس ميدانيا دعاوى مدنية و خرى جزائيـ .

[1] محمد حزيط، المرجع نفسه ص 84 86؛ .

فصاحب دعوى الحضانة إما أن يكون المطالب للحضانة لنفسه أو إسنا طها عن غيره لسبب من الأسباب ، كما يمكن لمن صدر الحكم لصالحه بإسناد الحضانة له بطلب تمديدها أو بطلبها مجددا بعدما سقطت عن .

كما أن قانون العقوبات أقر متابعات جزائية على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الدعاوى المدنية المتعلقة بـ حضانة والمتمثلة في إسناد الحضانة وتمديدها وإسقاطها وعودتها مراعاة لمصلحة المحضون في الفرع الأول ، أما في الفرع الثاني فسنخصصه للدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخ في الأحكام الخاصة بالحضان .

الفرع الأول : الدعاوى المدنية

أولا : عوى إسناد الحضانة

إن الحديث عن إسناد الحضانة لا يثور إلا عندما نكون أمام حالة طلاق أو وفاة سواء بإرادة الزوج المنفردة أو الطلاق بالتراضي أو طلب من الزوجة عن طريق التطليق أو الخلع م 53 64 ق أ ، فإن موضوع الحضانة يكون من بين المسائل الجدية التي ينظرها لقاضي ، وقد أرشد القانون القاضي إلى الأشخاص المؤهلين قانونا لرعاية الـ حضون وهذا في المادة 64 من ق أ ، حيث حدد المشرع مراتب الحاضنين وترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي لاختيار الـ صلح للقيام بشؤون المحضون[1] ذلك أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين في المادة 64 حسب الترتيب الوارد فـ ه ، إلا أن هذا الترتيب ليس من النظام العا ، بل للقاضي إسناد الحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج فإذا تنازع في حضـ نة الطفل أمه وخالته وأباه وجدته، فللقاضي أن يحكم للأبـ ، دون غيره بحضانة أبناءه إن وجد من يحقق الرعاية الخلقية والتربوي .[2]

[1] كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، ص 55 56.

[2] كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ، ص 56.

هذا ما تجسد في قرارات المحكمة العليا فقد جاء في إحدى قراراتها أنه من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضور ، ومن ثم فإن النعي على لقرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس .

ولما كان الثابت أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة – أم الأم – وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا .[1]

وفي قرار آخر ذهبت المحكمة العليا إلا أن الخالة أحق بالحضانة من والد الأبناء لأنها أجدر بالقيام بدور الحماية والرعاية للمحضور .[2]

من هنا يتضح أن القانون منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في الحاضن الأنسب لرعاية المحضون تقديرا لمبدأ مصلحة المحضون أما إذا توفى الحاضن فإن من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية .[3]

ثانيـــ : دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات وللأنثى سن الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 65 ق أ ج ((تنقضي عدة حضانة الذكور بلوغ 10 سنوات والأنثى سن الزواج ، غير أنه يجوز للأم طلب تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة و ذا بشرط أن لا تتزوج الأمر ثاني)).

وعليه فالأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها إلى غاية 16 سنة وهذا لا يتأتى لغير الأم .

---

[1] ق م ع، غ أ ش ملف رقم 50011 بتاريخ 10 جوان 1988 ، م ق 1991 ، عدد 1 ص 71 .

[2] ق م ع،غ أ ش، ملف رقم 179971 قرار بتاريخ 17 مارس 1998 الاجتهاد القضائي لـــ غ أ ش عدد خاص 2001 ، ص 66 .

[3] كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ، ص 158 .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الحكم بقولها المبد : من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثاني ، مع مراعاة مصلحة المحضور .[1]

وليس معنى ذلك أن الأم ملزمة بالمطالبة القضائية بمجرد بلوغ الذكر سن 0 سنوات فقد تستمر حضانتها لابنها إذا لم يطلب الأب بإسقاطها عنها وضمه إليه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه أن الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضور 0 سنوات لأن الحضانة لا تنتهي إلا بموجب حكم قض ي .[2]

ثالثـا: دعوى إسقاط الحضانة

إذا كانت الحضانة هي الرعاية والحماية والحرص على المحضون فإنها تسقط عن مستحقيها إذا فقدوا المصداقية ولم يكونوا أهلا لها ، وسقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضـ ي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق ، كما ولم يتوان المشرع الجزائري في بيان مسقطات الحضانة حيث عالجها في المواد 6 7 8 – من ق أ ج وهذه المسقطات هي :

الـد لة الأولـ :

نصت المادة 6 ق أ ج ـ لى مايلي (يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يـ ر بمصلحة المحضون) .

– زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

[1] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصي ، م أ ش، القرار رقم 66552 المؤرخ في 0 2 990 ! ص 06 308 .

[2] جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 599850 مؤرخ في 0 2 011 ، ، ص 589 591 .

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة بناءا على دعوى يرفعها الأب نفسه أو غيره ممن له مصلحة وممن ورد ذ رهم وترد بهم في المادة 64 ق أ ِ ، والعلة من ذلك هو أن الأم بعد زواجها يتعذر عليها رعاية الطفل المحضون رعاية كاملة تامة وأن طاعة زوجها يكون على حساب رعاية المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراته .[1]

وفي قرار آخر أشارت المحكمة العليا أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ في تطبيق ذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير قريب محرم هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخير .[2]

وإذا كانت الحضانة تسقط عن الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم فإنه بالمقابل سقط وبقوة القانون حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع الأم أو الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم ، هذا تطبيقا لنص الماد 70 ق أ ِ .

، - سقوط الحق في الحضانة بالتنازل عنها

، مكان صاحب الحق في الحضانة أن يت زل عن حقه فيها إلا أن ه ا التنازل يضر بالمحضون فلا يعتد ولا تستجب له المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لتقدير المصلحة .

فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن التنازل عن الحضانة لا يعتد به إذا أضر بمصلحة المحضون وأن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مر عاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون .[3]

وفي قرار آخر قضت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبلها وله القدرة عليها مقبو - قبول ه ا التنازل – مخالفة أحكام الحضان .[4]

و ت التنازل عن الحضانة بموجب ـ ك ، فهل يكتسي هذا الحكم حج ة الشيء المقضي ب ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبق الفصل فيها وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟

---

[1] جمال ـ سر ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، القرار رق 40438 المؤرخ في 5 (5 (986 ، ص 57 59(.

[2] نبيل صقر ، عز الدين مراوي ، قانون ا سرة نصا و تطبيقا، ملف رق 302428 بتاريخ 1((003 ، ص 34 .

[3] ق م ع، غ أ ش، ملف رق 189234 مؤرخ في 1((998 ، ق لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 001 ،ص 73 .

[4] ق م أ، غ أ ش، ملف رق 51894 مؤرخ في 9 2 988 ، م ق 1990 عدد ، ص 0 3(.

أم أنها ستأخذ بهذه المصلحة بعين اعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟
ذهبت المحكمة العليا إلى أن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأش ص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام الماد، 66 ق أ ج .[1]
وعليه حماية لمصلحة المحضون فإن القضاء لا ي خذ بمبدأ حجية الأمر المقضي بـ ، لأنه في الحضانة فإن مناطها هو المصلحة العليا للمحضون وأن الأحكام لا تكون عنوان للحقيقة إلا إذا حققت مص حة المحضون وبذلك يمكن تعديلها و إلغاءها متى تغيرت تلك المصلح .[2]

الحالة الثاني : سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

نصت المادة 68 ق أ ج على أنه سقط حق الحضانة إذا لم يط ب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر .
تعد الحضانة حق كسائر الحقوق يخضع لمدة زمني ، يسقط هذا الحق إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر .
يفهم من نص المادة 68 أنه يمكن أن تتجاوز المدة المحدد قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول ح لا ومنطقا ومنها على سبيل المثال :
* أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في حضان ، ويرجع تقدير توافر هذا
العذر ا ي ينصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين لاعتبار مصلحة المحضون .

[1] نبيل صقر، عز الدين مراوي ، انون الأسرة نصا و تطبيا ، ق م ع ، غ أ ش، ملف رقم 235456 بتاريخ 2 12 000 ، ص 40 .
[2] كريمة محروق ، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري و اجتهادات المحكمة العل ، ص 64 .

* إذا كا ص احب الحضانة جاهل بحق ، ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة ها طيلة ، ذه المدة يسقط حقه فيها ، وقد جسد هذا المفهوم في عدة قرارات المحكمة العلي .

إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مدة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان .[2]

وفي قرار آخر جاء فيه المبد ، حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيه .

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا أن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة جتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فغنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ، ما يتعين نقض القرار المطعون فيه .[3]

ويبدو من ه ا القرار الأخير أن المحكمة العليا حريصة على مصلحة المحضون لدرجة التخلي عن مدة السنة المقررة قانونا لإسقاط الحضانة لأن المعيار في إسناد الحضانة أو إسقاطها هو مراعاة مصلحة المحضون .

الحالة الثا ـــ ، :

- سقوط الحضانة عند اختلال شروطها

إذا أسندت الحضانة بمو ب قرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانونا تبين فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أخل بو جباته نحو المحضون بحيث قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم أو تربية ، فإنها إشارة أنه لم يعد أهلا للحضانة وللمحكمة أن تحكم بسقاط الحضانة عنه بناء على طلب من أحد مستحقيها ، 67 ق أ ج .

---

[1] نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل ي قانون الأسرة الجزائري ، ص 48 .

[2] جمال ن يمي ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، 1 ، ق م أ، غ أ ش، قرار رقم 9303 ، بتاريخ 5 2 979 ، ص 31 132 .

[3] جمال نجيمي ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، 1 ق م أ، غ أ ش، قرار رقم 38825 بتاريخ 2 2 985 ، ص 85 8 .

قد قضت المحكمة العليا أن المبد : متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط يضا حق أمها في ممارسة الحضانة لـ قد الثقة فيهما مع .[1]

وفي هذا السياق فقد صدر عن محكمة سكيكدة حكما بتاريخ 6 1 2020 تحت رقم 2074 2019 يقضي بإسقاط حضانة الأبناء الثلاثة عن أمهم و القضاء بإسنادها إلى أبيهم و بالتبعية إسقاط حقها في نفقة الأبناء و كذا بدل الإيجار المقررة بموجب حكم الطلاق الص در بتاريخ 3 2 018 ، و جاء في الحكم ما يلي :

حيث أن المدعي (الأب) إلتمس إسناد له حضانة ا بناء الثلاثة البالغين من العمر سنوات، سنوات، عامين، ذلك أن أمهم أهملتهم و تتركهم لساعات طويلة وحدهم و تمت إدانتها بحكم جزائي عن محكمة سكيكدة بستة أشهر حبس نافذة بجنحة ترك أطفال غير قادرين على حماية أنفسهم و تعرضهم للخطر في مكان خال من الناس، و بناء على تحقيق أمام محكمة الحال قسم الأحداث أصدر قاضي الأحداث أمرا مؤقتا بوضع الأبناء في مؤسسة الطفولة المسعفة بتاريخ 6 6 2019 و جاء في الأمر أنه بعد الاطلاع على أوراق الملف تبين أن المدعى عليها أي الأم تحوم حولها شبهة ترك أبناءها الصغار لوحدهم لساعات طويلة و منذ عدة شهور و هي تكرر نفس الشبهة و أضافت أن مديرة النشاط الاجتماعي قامت بتحقيق اجتماعي أين ورد به أن المعلومات الواردة بالإخطار الذي توصلت به مصالحهم صحيحة من خلال الاستماع لجيران الحاضنة بعنوان إقامتها.

حيث أن الأبناء المحضونين هم أبناء مرضى ويعانون من مرض فقر الدم المنجلي وبالتالي فهم يحتاجون رعاية خاصة و اهتمام زائد من الأم التي يقع على عاتقها رعاية أبنائها و الاهتمام بهم و السهر على حمايتهم من أي خطر قد يتعرضون إليه، إلا أن المدعى عليها تخرج من البيت الذي تقيم فيه تاركة أبنائها القصر و المرضى لوحدهم في بيت قد يكون خطر الغاز أو الكهرباء أو أي شيء أخر في البيت يسبب هلاكهم و هذا الفعل لا يصدر من الأم الحريصة على حماية أبنائها وإنما يصدر من أم مهملة غير مسؤولة و غير واعية لعواقب تصرفاتها.

[1] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 222655 بتاريخ 8 5 999 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 001 ، ص 85 .

حيث أنه و مما سبق ذكره و بعد تأكد المحكمة من إهمال المدعى عليها لأبنا ها و أنها ليست جديرة بحضانتهم فإن المحكمة تقضي بإسقاط حضانة الأبناء عن أمهم و إسنادها لأبيهم.

و قد أيد المجلس قضاء المحكمة بتاريخ 09/ 2/ 2020 تحت رقم 1277/ 2020 و أعتبر أن قاضي أول درجة قد طبق صحيح القانون.

كما أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى سقوط الحضانة قد جاء في قرار للمحكمة العليا أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى سقاط الحضانة ومتى ثبت في قض ية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر ، وهي بذلك تـ د عاجزة عن القيام بشؤون أبنائه ، وبالتالي فإن قضاة الاستئناف بـ سنادهم حضـ ة الأولاد لها وهي على هذا الحال ، حادو ـ ن الصواب وخـ فوا القواعد الشرعي .[1]

وذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاي .[2]

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الاجتهاد في نص الماد 67 ق أ ج 2 المـ دل .[3]

ـ سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

ذهب المشرع الجزائري في المادة 69 ق أ ج أنه إذا رغب من وكل أو أسند إليه الحق في الحضانة يتوطن في بلد أجنبي مع المحضون فإن الأمر يرجع للقاضي في إثبات حق الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضـ ن .

فالمسألة هنا جوازية للقاضي ، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنـ ، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي ، انطلاقا من قناعته ومصلحة لمحضون والظروف المتعلقة بالقضي .[4]

---

[1] ق م ع، غ أ ش، ملف رقـ 1997/ 9/ 1/ 984 ، م ق 989 ، عدد ، صـ 73 .

[2] ق م ع، غ أ ش، ملف رقـ 3921/ 9/ 7/ 984 ، م ق 989 ، عـ ، صـ 74 .

[3] ق م ع، غ أ ش، ملف رقـ 74207/ 3/ 7/ 002/ ، م ق 004/ ، عدد ، صـ 263 .

[4] العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أر ع و ر ـ ين سنا 1966/ 010 ، صـ 309 .

حيث جاء في قرار المحكمة العليا أن إسناد حضانة الأولاد إلى الأم الساكنة خارج التراب الوطني (فرنسا) نقض جزئي (سقوط الحضانة)
المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء أن هذه المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين، لا يكون أكثر من ستة بروا .

وجاء في قرار آخر أنه إذا رغب الشخص ، لموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي ، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسنادها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .[2]
وفي قرار آخر جاء فيه المبدأ : تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر .[3]
وجاء في قرار آخر أن المبدأ : لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي .[4]

رابعا: دعوى عودة الحضانة

تنص المادة 71 ق أ ج : يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .
يفهم من نص المادة أن سقوط الحضانة بإرادة صاحب حق فيها ، بأن يتنازل عنها اختياريا ولم يطالب بها مدة سنة فإنه بمفهوم المادة 71 ق أ ج لا يحق له فيها في زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم بعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أو غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

---

[1] ق م أ، غ أ ش 2/ 9/ 1986 ملف رقم 35994، نشرة القضاة 986، العدد 4 ، ص 75 .
[2] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 16771، 3/ 6/ 993 ، م ق 994، العدد ، ص 72 .
[3] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 273524، 6/ 2/ 001، م ق 004، العدد ، ص 258 .
[4] ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 457038، 0/ 9/ 008، م ق 008، العدد ، ص 313 .

وقد جاء في حدى قرارات المحكمة العلي ، أنه من الثابت في قضية الحال أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها ب جنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائ ا واختيارا يكون قد خالف القانون .[1]

إلا أنه جاء في قرار آخر (من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الـ ضانة إذا زال سن سقوطها غير ا ختياري 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 قضية المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة طبقو صحيح القانون).[2]

خامسـ : دور النيابة العامة

هناك حالات تتعلق بالدعاوى المدنية قرر المشرع أن تكون النيابة العامة طرفا أصلي ، ومن أهم الـ لات المتعلقة بالدعاوى المدنية التي ورد النص على أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا فيها ما ورد النص عليه في المادة الثالثة مكرر من ا مر 75 02 المعدل والمتمم لقانون 04 11 جاء فيها تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون)

وقد ثارت تساؤلات عديدة حول دور النيابة باعتبارها طرفا أصليا في الدعوى وما لهذا الطرف من واجبات وحقوق .

وبالرغم من أن قانون ا جراءات المدنية والإدارية قد نص في المادة 436 على وجوب ت ليغ النيابة العامة بدعوى الطلاق ، إلا أنه لم يحدد ماذا تفعل النيابة بعريضة دعوى الطلاق ولم يحدد صلاحياتها كما لم يرتب أي جزاء على عدم تبليغها.

ما يهمنا في هذا الموضوع هو دور النيابة العامة باعتبارها طر فا أصليا في المسائل التي تتعلق بالحضان .

لقد أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى دور النيابة في المسائل لمتعلقة بالكفالة من حيث طلبها وإلغاءها وأيضا فيما يتعلق بطلب إسقاط الـ لاية وإلغاءها وكذلك قضايا

[1] ق م ع، غ أ ش، ملف رق 88126 ، 05 02 990 ، م ق 992 ، ص 86 .

[2] ق م ع، غ أ ش، ملف ر 136201 ، بتاريخ 21 07 998 ، عدد خاص 001 ، ص 78 .

النسب ، إلا أنه وفيما يتعلق بالحضانة لم يوضح القانون آليات تدخل النيابة العامة في هذا الشأن

في الحقيقة أن مركز النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالحضانة هو مركز ضعيف ولا فائدة منه ، إذ لا نراها تتدخل فيما يخص إسناد الحضانة لمستحقيها أو إسقاطها عنهم ولا في إجبار المدين بالنفقة على الإنفاق .

وكان يستحسن أن يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مواد تنظيم اختصاصات النيابة العامة باعتبارها جزء من المحكمة المدنية وتوسيع صلاحياتها وتدخلها لحل إشكالات سواء أثناء سير الدعوى أو حتى بعد الفصل فيها فكلما كانت الإجراءات أسرع كانت فعالة أكثر وبالتالي تتحقق مصلحة المحضون .

الفرع الثاني : الدعاوى الجزائية

تكريسا وتدعيما لحماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام ، وتعد أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها ، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون .[1]

ومنه سنتطرق في هذا الموضوع إلى جريمتين أساسيتين الأولى هي جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته ، ثم جريمة عدم تسديد النفقة.

أولا : جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته

وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 328 ق ع ج .

- الشروط الأولى لقيام الجريمة

[1] نسرين إيناس بن عصمان ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ص 53 .

[2] تتضمن المادة 328 ق ع ج -- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

– **القاصر:** مادام الأمر يتعلق بالحضانة، فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء مدة الحضانة ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة وتحديدا نص المادة 65 التي تنص على انقضاء الحضانة فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر بالنسبة للذكور ، وسن الزواج أي تاسعة عشر بالنسبة للإناث .[1]

– **أن يكون هناك حكم نافذ ونهائي :** وهنا قضت المحكمة العليا أنه يجب أن يكون القرار القاضي في شان الحضانة مشمولا بالنفاذ المعجل أو نهائيا ، وهذا الشرط غير متوفر ما دام الحكم الصادر عن قسم الأحوال الشخصية القاضي بإسناد حضانة الابنين إلى الوالدة غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي لكونه محل استئناف .[2]

- **الركن المادي للجريمة :** يأخذ الركن المادي للجريمة أربعة أشكال

- امتناع من كان الطفل تحت رعايته عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي وهنا قضت المحكمة العليا بأن الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر القضائي بعد اتباع إجراءات التنفيذ .

- إبعاد القاصر ويتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود القاصر معه لاحتجاز .

- خطف القاصر و تمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها .

- حمل الغير على خطف القاصر أو إبعاد .

وتنطبق هذه الجريمة على كل من أسندت له حضانة إليه طبقا للمادة 54 ق ع .[4]

- **الركن المعنوي للجريمة**

---

[1] حسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، ط رابعة عشر، 2012، ج الأول، ص 83 .

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، ق م ع، غ ج م، ملف رقم 32607 ، 6 ، 06 ، 996 ، ج الأول، ص 83 .

[3] حسن وسقيع ، المرجع نفسه ، ج الأول ص 84 .

[4] احسن بوسقيع ، المرجع نفسه ، ص 84 .

تقتضي هذه الجريمة توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضته. يذ هذا الحكم وقضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن إعطاء المتهم مهلة لتمكين الوالدة من زيارة أبناءها ومجيئها إلى منزله وامتناعه بعد ذلك عن تلبية رغبتها فإن هذه الأفعال ما يدل على توافر عنصر الامتناع عن تسليم الأولا .[1]

وفي الجريمة المنصوص عليها في المادة 328 في جميع الحالات التي اشتملت عليها لا يمكن مباشرة المتابعة الـ زائية إلا بناءا على شكوى الضحي ، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة وهذا ما جاءت به المادة 329 مكرر ق ع ج .

الجزاء: أما عن الجزاء الذي رتبه المشرع جراء ارتكاب هذه الجريمة فهي الحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج ،علاوة على العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح.

و تصل عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.

ثانيـــــ : جريمة عدم تسديد النفقة

وهي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في نص المادة 331 ق ع ج .[2]

- **الشروط الأولية لهذه الجريمة :** يمكن إجمالها في شرطين وهم :

قيام دين مالي ووجود حكم قضائي نافذ.

– طبيعة الدين المالي :

تتحدث المادة 331 في نسختها العربية عن النفقة وتشمل حسب ما هي معرفة في المادة 78 ق أ الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعاد .

---

[1] ق م ع، غ ج ، ملف رقم 54930 بتاريخ 4 2 989 ، م ق 1995 ج ، ص 81 .

[2] تتضمن المادة 331 ق ع ج ، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الامتياد عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال ..... ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية .

وقد ، بت المحكمة العليا إلى غاية 2006 على حصر الدين المالي في النفقة الغذائية واستقرت على ذلك إلى غاية صدور القرار المؤرخ في 6؛ 4(2006 حيث جاء فيه با ه يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم به لممارسة الحضانة قيام الجنحة المنصوص عليه في الماد، 331 ق ع .[1]

- **المستفيد من الدير :**

قد يكون هذا الدين ناتجا عن رابطة عائلية مازالت قائمة أو ناتجا عن فك الرابطة الزوجي .

ما يهمنا هنا هم ا ولاد القصر والنفقة الواجبة لهم قضاء بعد فك الرابطة الزوجي ، وطبقا لنص الماد، 75 ق أ ج فإن نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال وتستمر بالنسبة للذكور إلى سن الـ ـد وإلى الدخول بالنسبة للإناث وتستمر في حال ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو ، زاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب .

، - وجود حكم قضائي

والحكم هنا بالمفهوم الواسع يشمل الحكم الصادر عن محكمة ابتدائية والقرار الصادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة أو حكم صادر عن جهة قضائية أجنبية ممهورا بالصيغة التنفيذية .

كما أن ه ا الحكم يجب أن يكون نافدا أي قابل للتنفيذ سواء كان نهائيا أو غير نهائيا ولكنه مشمول بالتنفيذ المعجل .

ويتعين أن يصل الحكم إلى ، لم المدين عن طريق التبليغ حسب ا شكال ووفق الشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .[2]

– الأركان المكونة للج ، ة:

تتكون جنحة عدم تسديد النفقة من ركن مادي وركن معنوي

– الركن مادي : يقوم الركن المادي للجريمة على عنصرين

[1] أحسن بوسقسعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ق م ع، غ ج م، ملف رق 380958 بتاريخ 6؛ 4(2006 ، ص 64 .

[2] حسن بوسقيع ، الوجيز في شرح القانون الجزائي الخاص ، ص 66 67 .

ا) **العنصر الأول :** هو عدم ا فع المبلغ المالي كاملا يجب دفع مبلغ النفقة كاملا ومن ثم فإن دفع ـ زء منه لا يحول دون قيام الجريمـ .

ا) **العنصر الثاني :** نقضاء مهلة ـ هرين يوم تقديم الشكوى ، وهو إجراء ضروري لتمام الجريمة وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن تقوم الجريمة في حق المتهم الذي دفع النفقة بعد انقضاء المدة القانونية المحددة بشهرين مبررا ذلك بافتقاده القدرة على الوفاء بالتزامه ذ ـ ة ظروفه الاجتماعية الصعب .[1]

ـ – **الركن المعنوي :** تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة توافر قصد جنائي يتمثل في متناع عمدا عن داء النفقة مدة أكثر من شهرير ، وسوء النية مفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة ويتعين على المتهم أو المدين بالنفقة أن يثبت أنه لم يكن سيئ النيـ .

المتابعا :

لا تخضع متابعة هـ ه الجريمة لأي قيد ولا شرط إذ لا يشترط فيها المشرع شكوى الطرف المض ور .

وتكتسي هذه الجريمة طابع الجريمة المتتالية و هكذا قضت المحكمة العليا بأن جنحة عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة و من ثم فإن المتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح زوجته و أولاده يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب الأدا .

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 331 أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ الـ ستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائيـ .

الجزاء:

يعاقب على جنحة عدم تسديد نفقة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرا ة من 50.000 إلى 300.000

[1] ق م ع، غ أ ش، ملف رقـ 594772 بتاريخ 3ـ 1ـ 990 ، م ق 998 ، ـ ص 30ـ .

الخاتمة

الـــــ ـ مـــ ـــــة

من خلال دراستنا ومحاولة إعطاء مفهوم لمصلحة الطفل المحضون بالاعتماد على المعايير التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية وكذا المواد القانونية المنظمة للحضانة مدعمة بالاجتهادات قضائية .

فقد خلصنا أن مصلحة المحضون لا يمكن حصرها في تعريف واحد فهي تتغير بتغير المكان والزمان كما تتغير من طفل إلى طفل آخر .

فالقاضي هو الذي يبحث عنها من خلال ما تضمنته المواد القانونية من حقوق للطفل وكذا أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم النص على هذه الحقوق .

ومن هنا يكون تكريس هذه المصلحة على أرض الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق المحضون والقاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

وقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع ومن وراءه القضاء حرص على مصلحة الطفل المحضون وأولى عناية كبيرة لها من خلال سعيه لتحقيقها ويتجلى ذلك من خلال ما يلي :

1 – تأكيد المشرع على مصلحة المحضون في خمس مواد من أصل عشرة مواد وهي المواد 4 5 6 7 69 وهي المواد المتعلقة بإسناد الحضانة ومدتها وانتهاءها وسقوطها .

والملاحظ أن المشرع لم يعط مفهوما للمصلحة ولم يحدد معاييرها ولا ضوابطها ولكنه أحسن بإحالة القاضي إلى نص المادة 222 ق أ ج في كل ما لم يرد له نص في هذا القانون .

2 – تأكيد المشرع على الاهتمام بمصالح الطفل المحضون وفرضها في الواقع بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتجلى اهتمامه من نص المادة 424 من نفس القانون التي مفادها ((يكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر) .

قابلية الأحكام النهائية المتعلقة بالحضانة للمراجعة ، وهذا من شأنه أن يزيد من حرص واهتمام الحاضن تجاه المحضون والمحافظة على مصالحه .

- تمديد الحضانة إذا دعت مصلحة المحضون إلى ذلك .

- بالرغم من أن المشرع رتب الأشخاص أصحاب الحق في الحضانة في نص المادة 64 إلا أنه وكما تبين من الدراسة أن هذا الترتيب ليس إلزاميا للقاضي وأن هذا الترتيب ليس من النظام العام يمكن مخالفته كلما استدعت مصلحة المحضون ذلك .

– جعل التنازل عن الحضانة مقرون بمصلحة المحضون .

– رفع التعارض الذي كان موجودا بين المادة 52 والمادة 72 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05 12 ، وحمل الأب بصورة أصلية مسؤولية أبنائه المحضونين بغض النظر عن عددهم ، وبغض النظر إذا كان لديهم مال ، بأن يوفر لهم المسكن الملائم وأن يلتزم بدل الإيجار .

– تدعيم المنظومة التشريعية المتعلقة بحماية الطفل بصدور قانون 15 12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 والذي يهدف إلى تحديد قواعد وآليات حماية الطفل .

– من الإيجابيات أيضا التي جاء بها التعديل بموجب الأمر 05 12 ، إلغائه لنص المادة 63 من قانون 84 11 المعدل و ذلك بجعل الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد في نص المادة 87 الفقرة الثالثة، وفي هذا حل لمشكلات كثيرة كانت تعاني منها الحاضنة و

معها المحضونين مع صاحب الولاية و هو عادة الأب و يعد هذا تكر سا لمصلحة الطفل المحضون.

وبالرغم من سعي كل من المشرع والقضاء إلى تحقيق مصلحة المحضور ، إلا أن تطبيق القانون أو الأحكام القضائية لا يخلو من إشكالات أثرت سلبا وحالت دون الوصول إلى الغاية المرجوة وهي تحقيق مصلحة المحضون ، وهذا راجع إما إلى القصور الموجود على ، ستوى المواد القانونية أو إلى الظروف الاج ماعية والاقتصادية العامة للبلا .

فلا تخلو الأحكام القضائية من الإشكالات أثن ء تنفيذها سواء فيما يخص الزيارة، أو النفقة أو السكر ، نوجز هذه الإشكالات في النقاط التـ ـ ـــ :

- صياغة المادة 72 لم تكن صياغة دقيقة وواضحة ، الشيء الذي يفتح المجال للتأويل والتفسير .

فمن جهة المشرع حمل الأب مسؤولية توفير السكن الملائم أو أن يدفع بدل لإيجار ، فلا هو حدد مفهوم الملا مة المطلوبة ولا وضع آليات تطبيق هذه المادة عن طريق نصوص إجرائية

- نص المشرع على حق الز ارة إلا أنه لم يحدد من جهة من هم الأشخاص الذين يسمح لهم بالزيارة تاركا المجال مفتوحا للقاضي لأعمال سلطته في ذلك ومن جهة أخرى لم يحدد مدة الزيارة ولا مكانها ، كما أنه لم يشر إلى مصلحة المحضون كما فعل في المواد اللاحقة بالرغم من أن حق الزيارة شرع لحماية مص لحة المحضور .

- إن امتناع المـ ين بالنفقة وهو والد المحضون في غالب الأحيان المكلف بالنفقة يتطلب إجراءات لتحصيلها كما سبق الإشارة إلى ذلك في المتابعات الجزائية المتعلقة بجنحة عدم تسديد النفق .

ويبقى المحضون ينتظر تحصيلها بعد استنفاد كل هذه الإجراءات التي قد تستغرق شهور وهنا تضيع مصلحة محضون في ظل تعقيد هذه الإجراءات وطول أمده .

وبعد هذه الدراسة التحليلية لموضوع مصلحة المحضون في التشريع الجزائري نقترح بعض التوصيات التي نأمل أن تساهم بالارتقاء بالنصوص القانونية والأحكام القضائية بما يحقق مصلحة المحضون والـ تمثلة في الآتي :

- تخصيص جهاز قض ئي متخصص للنظر في المسائل الأسرية يسير من طرف قضاة متخصصين وملمين بالأحكام الشرعية لأن رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية قد يجد آراء متعددة تخص موضوع واحد ، فيستوجب على القاضي الأخذ بالرأي الصائب ، فالواقع المعاش يفرض تشجيع العلماء على الاجتهاد باعتباره الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى إعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء .

- تفعيل قانون 15 12 المتعلق بحماية الطفل لاسيما المادة 3 التي تنص على أنه

((تقدم الدولة المساعدة المادية اللازمة لضمان حق الطفل في الحماية والرعاية))

بالإضافة إلى إنشاء هيئات والمعبر عنها في القانون بالوسط المفتوح المتكونة من مساعدين اجتماعيين وأخصائيين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين وحقوقيين من أجل المساهمة في الرعاية المطلوبة للطفل .

- مع إحداث التوافق بين المادة 02 من قانون 15 12 المتعلقة بتعريف الطفل والمادة 65 من قانون الأسرة لتي تشير إلى مدة انقضاء الحضانة .

- باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة فيستوجب توسيع صلاحياتها في قضايا الحضانة سواء أثناء سير الدعوى أو بعد صدور الأحكام وتنفيذها بآليات سريعة ومضمونة تحقيقا لمصلحة المحضون .

قائمة المصادر و المراجع :

القرآن الكريم
أولا: الكتب
. أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري الخاص، دار هومة للطباعة و النشر، ط الرابعة العشر 012، ، الجزء الأول .
. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري لمعدل – دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربي - ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط الأولى 429 هـ - 008 .
. العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط الثالثة 004، ، .
. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط الثانية 008 .
. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية - دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي - ، دار الهدى

للنشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر، (د.ط)، (د.ت).
5. بالحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 966 010، ديوان المطبوعات الجامعية، ط الخامسة 017.
7. بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري -، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط الأولى 013.
8. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط الأولى 013، .
9. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط الأولى 013، .
10. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط الأولى 013، .
11. رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة -، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، ط الأولى 011.
12. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإداري ، منشورات بغدادي الجزائر، ط الأولى 009.
13. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط الثالثة 996.
14. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ثالة للنشر، (د.د) 999 000.
15. عبد الله بن حرز الله ، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون 5 09 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط الأولى 007.
16. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.ط) 986 ، .

7. لحسين بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 014!)، درا هومة للنشر و الطباعة، الجزائر، ط الثالثة 015 016!.

8. محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، (د.ط) 017!.

9. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضا ، دار الجامعة الجديدة للنشر، (د.ط) 007!.

0!. محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، أحكام الطلا – حقوق الأولا – نفقة الأقارب، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، (د. ط)، 1999

1!. محمود بلال مهران، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي مع بيان ما أخذ به القانون و ما جري عليه عمل القضاء في مصر، دار الثقافة العربية، القاهرة، (د.ط) ، القسم الثاني، 416 هـ - 996.

2!. نبيل صقر، الاجتهاد القضائي في المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق و توابع العصمة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر 015!.

3!. بيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة الجزائر، (د.ط) 008!.

4!. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية - دراسة تحليلية مقار - ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر – الإمارات، (د.ط) 013!.

ثانيا: الرسائل الجامعية

5!. زكية حميدو، مراعاة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسر - دراسة مقار - ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان 004 – 2005.

6. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان 008 – 009.
7. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 010 011.
8. سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر في القانون، جامعة آكلي محند أولحاج،البويرة 012 013.
9. أمينة بوعزة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر ، سعيدة 014 015.
ثالثا: المجلات
0. بالقاسم شتوان، حقوق الطفل في الأسرة و المجتمع، مجلة الإحياء، 3 ، سنة 009 ، جامعة الحاج لخضر باتنة.
1. عز الدين حوات، رابط مراعاة مصلحة المحضون بين قوانين العمل و التشريعات الأسرية، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي، ، بتاريخ 1 2 019.
2. محمد حيدرة، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات المقارنة، ، بتاريخ 2 2 018.
رابعا: المعاهدات الدولية
3. إتفاقية حقوق الطفل لسنة 989 م، تم التصديق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرار رقم 4 25 المؤرخ في 0 1 1998 و دخلت حيز التنفيذ في 2 9 1990 وفقا للمادة 9.
خامسا: النصوص التشريعية و التنظيمية
الأوامر
4. الأمر رقم 6 155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن لقانون الإجراءات

الجزائية المعدل و المتمم.
35. الأمر رقم 66 156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل و المتمم.
36. الأمر رقم 70 86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل و المتتم بالأمر رقم 05 01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
37. الأمر رقم 75 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
القوانين
38. قانون رقم 84 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005.
39. قانون رقم 08 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
40. قانون رقم 15 01 بتاريخ 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة.
41. قانون رقم 15 12 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل.
المراسيم
42. المرسوم التشريعي رقم 93 06 المؤرخ في 27 جانفي 1992 و المتضمن لموافقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل
43. المرسوم الرئاسي رقم 92 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1991 و المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية.
44. المرسوم الرئاسي رقم 97 102 المؤرخ في 15 مارس 1997 المتضمن المصادقة على تعديل الفقرة 2 من المادة 43 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل.
45. مرسوم تنفيذي رقم 15 107 مؤرخ في 21 أفريل 2015 يحدد كيفيات تسيير

حساب التخصيص الخاص رق 42 302 الذي عنوانه صندوق النفقة.
سادسا: المجلات القضائية
46. المجلة القضائية للمحكمة العليا 989، العدد الأول.
47. المجلة القضائية للمحكمة العليا 989، العدد الرابع.
48. المجلة القضائية للمحكمة العليا 990، العدد الرابع.
49. المجلة القضائية للمحكمة العليا 991، العدد الثاني.
50. المجلة القضائية للمحكمة العليا 991، العدد الرابع.
51. المجلة القضائية للمحكمة العليا 992، العدد الرابع.
52. المجلة القضائية للمحكمة العليا 995، العدد الثاني.
53. المجلة القضائية للمحكمة العليا 998، العدد الثالث.
54. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.
55. المجلة القضائية للمحكمة العليا 2004، العدد الأول.
56. المجلة القضائية للمحكمة العليا 2004، العدد الثاني.
57. المجلة القضائية لمحكمة العليا 2005، العدد الأول.
58. مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد الأول.
59. مجلة المحكمة العليا، سنة 2013، العدد الثاني.
60. مجلة المحكمة العليا، سنة 2014، العدد الأول.
سابعا: مواقع الانترنت
61. كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري و جتهادات المحكمة العليا.تاريخ التصفح 18 12 2021 www.asjp.cerist.dz
62. إحصائيات حول حالات الطلاق في الجزائر https://www.aa.com.tr تاريخ التصفح 11 05 2021

الفهرس

مقدمـــــــــة أ- ه
الفصل الأول: ماهيـــــة مصلحة المحضون 6
المبحث الأول: مفهوم الحضانة والطفل المحضون 8
المطلب الأول: تعريف الطفل المحضون 9
الفرع الأول: تعريف الطفل لغة 10
الفرع الثانـــــــــــــــي: تعريف الطفل اصطلاحا 10
المطلب الثاني: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها 12
الفرع الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها 12
أولا : تعريف الحضانة لغة واصطلاحا 12

ثانيـــــا: أدلة مشروعية الحضانة	14
الفرع الثاني: مدة الحضانة وحق الزيارة	15
أولا: مدة الحضانة	16
ثانيـــــا: حق الزيارة	20
ثالثـــــــا: حجية الأحكام الخاصة بالحضانة	26
المبحث الثاني: شروط مستد و الحضا ة وترتيبهم	29
المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة	30
الفرع الأول:الشروط العامة لاستحقاق الحضانة	31
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة	32
أولا: الشروط المتعلقة بالنساء	32
ثانيـــــا: الشروط المتعلقة بالرجال	33
المطلب الثاني: ترتيب مستد و الحض انة	34
الفرع الأول: ترتيب مستد و الحضانة في الفقه الإسلامي	34
الفرع الثاني: ترتيب مستد و الحضانة في التشريع الجزائري	36
الفصل الثانـــي:معايير مصلحة المحضون في التشريع الجزائري	42
المبحث الأول:قاعدة مصلحة المحضون	44
المطلب الأول:تعريف المصلحة	45
ا رع الأول: تعريف المصلحة وتحديد طبيعتها	45
أولا: تعريف المصلحة لغة	45
ثانيـــــا: تحديد طبيعة المصلحة	47
الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للمصلحة	49
المطلب الثاني: تحديد معايير مصلحة المحضون	51
الفرع الأول: المعيار المعنوي	52
الفرع الثاني: المعيار ا ادي	55
أولا: نفقة المحضون	55
ثانيـــــا: سكن المحضون	59

ثالثـــا: أجرة الحاضنة 64
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون 66
المطلب الأول: مجال السلطة التقديرية للقاضي 67
الفرع الأول: حرية تصرف القاضي في ممارسة السلطة 68
أولا: تحديد مف وم السلطة التقديرية 66
ثانيـــا: المعايير الموضوعية للسلطة 67
- حرية القاضي عند ممارسة السلطة 67
- دور ومهام القاضي في دعوى الحضانة 68
الفرع الثاني: السلطة المخولة للقاضي من خلال ق إ م إ 69
أولا: الاستعانة بالخبرة 70
ثانيـــا: حضور الخصوم واستجواب م 72
ثالثـــــا: سماع الشهود 73
رابعا: المعاينة 75
المطلب الثاني: دعاوى الحضانـــة 75
الفرع الأول: الدعاوى المدنيـــة 75
أولا: دعوى إسناد الحضانة 75
ثانيـــا: دعوى تمديد الحضانة 76
ثالثـــا: دعوى إسقاط الحضانة 77
رابعـــــا: دعوى عودة الحضانة 83
خامســـا: دور النيابـــة العامة 84
الفرع الثاني: الدعاوى الجزائيـــة 85
أولا: جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته 85
ثانيـــــا: جريمة عدم تسديد النفقة 87
الخاتمـــــــــــــة 91
قائمة المراجع 95
الفهرس 101

الملخص بلغتين 104

مصلحة المحضون في التشريع الجزائري

1- ملخص باللغة العربية:

أكد قانون الأسرة الجزائري على قاعدة مصلحة المحضون من خلال المواد 4 - 5 - 6 - 7 69 ، وترك التفاصيل لاجتهاد قضاة الموضوع ليتحروا مصلحة المحضون، والتي تعتبر أهم منفذ يستطيع من خلاله القاضي أن يحمي الطفل ويرعى مصالحه دون التقيد بالنص القانوني لأنه يصعب حصر مفهوم المصلحة فهي تختلف من قضية لأخرى ودور القاضي البحث عنها من خلال ظروف وملابسات كل قضية، فحيثما وجدت تلك المصلحة وجب على القاضي مر عاتها و الحكم بمقتضاها، فالحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون، فهي التي تفسر طرق إسناد الحضانة ومن يمارسها وسبب إسقاطها وغيرها من الأحكام المتعلقة بالحضانة.

2- ملخص باللغة الإنجليزية:

The Interest of the Child Subject to Custody in the Algerian Legislation

Abstract:

The Algerian family code has enshrined the Interest of the child under Custody In the articles 64-65-66-67 and 69 whereas the details have been left to the judge to decide upon the interest of the child subject to custody via jurisprudence, which the essential way allowing the judge to protect the child and preserve his interests far from the restrictions imposed by the legal provision which makes it difficult to restrict the interests of the child varying from one case to another. And the role of the judge is to search for it taking into accounts the circumstances of each case, and wherever he finds it, he is bound to consider it in his judgment. The custody in its entirety is based upon the interests of the child subject to custody, it clarifies the ways to give custody and who exercises it, and the reason to drop it, and the other provisions relating to it.