وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة للأب بعد إسقاطها عن الأم

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين): سليمة مدان

هبة ميوت

بإشراف الأستاذ: قرمال بوعلام

لجنة المناقشة:

1) الأستاذة:جبار جميلة.....رئيسا.

2) الأستاذ:قرمال بوعلام .....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:طحطاح علال .....مقررا.

تاريخ المناقشة:2019/06/22

السنة الجامعية :2019/2018

شكر وتقدير

" رب أوزعني أن أشكر نعمتك علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين "

نشكر الذي خلقنا وشق سمعنا وبصرنا بحوله وقوته ، الله عز وجل نحمده حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه أن وفقنا لإتمام هذا العمل الذي يعتبر قطرة من ماء بحر

كما نتقدم بشكرنا الخالص وامتنانا إلى الدكتور المشرف " قرمال بوعلام " التي أرشدنا وخصص لنا وقته من أجل إثراء هذا العمل وذلك بتقديمه النصائح القيمة والتوجيهات والآراء السديدة .

ونشكر أيضا أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجلالي بونعامة خميس مليانة و أصحاب الفضل في إتمام هذا العمل .

وكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد .

بارك الله فيكم جميعا

بالسم الله والحمد لله
إنه لايسعنا في هذا المقام إلا أن نهدي ثمرة جهدنا
إلى
من قال فيهما الله عز وجل " .... وبالوالدين إحسانا ...."
بحر الحنان ، ريحانة الدنيا ونور عيناي أمي حفظها الله لي.
الذي لم يبخل علي يوما، إلى والدي رحمه الله

الذين أحاطوني بحبهم أهلي وأقاربي
كل أساتذتي في كل المراحل
كل من نسينا ذكره

كل من قرأ هذه الأسطر

سليمة

الإهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى بحر العطاء الذي لا حدود له

إلى بر الأمان الذي غرس في نفسي العزيمة والأمان وطاعة الله والرسول

وسقاهما بفيض الحب والحنان إلى من علمني حب العمل و الإخلاص فيه

وتعلمت منه الإحترام والصبر على الشدائد

إلى والدي العزيز أطال الله في عمره

إلى جوهرتي الغالية التي تشبعت منها بأسمى معاني الحب والتقدير صاحبة

الصدر العطوف والقلب الرؤوف أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى كل إخوتي وأخواتي

دون أن أنسى وأخص بالعرفان وجميل التقدير تجاه من ساهم من قريب أو من

بعيد في إنجاز مذكرتي إلى كل من إتسعت لهم ذاكرتي ولم تتسع لهم

مذكرتي

هبة

مقدمة

مقدمة

الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير، ولهذا فإن الإسلام عني بالفرد منذ نعومة أضافره قبل أي تشريع وضعي، بل عني به قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والمنبت الحسن، ومنه يعد البيت الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول في الطفل بإعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره وأن الوقت الذي يبقى فيه الطفل في المنزل أكبر من أي زمن أو وقت آخر، هذا دون أن نهمل دور المدرسة والشارع في التربية بإعتبارهما كل متكامل، والطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام مما يحيط به في أجواء الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء والمجتمع يكتب عليها ما يشاء وقد نبه النبي ﷺ إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال " كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، وأن من أهداف الزواج تحقيق الأنس والراحة والطمأنينة بين الزوجين فهي الخاصية التي تلتصق بعقد الزواج، وأن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم وحسن تكييفهم وتوافقهم النفسي والعقلي، غير أن التماسك والأنس والمودة والرحمة والتفاهم الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين، فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة وتؤدي إلى التنافر فتنتفي الغاية الموجودة من الزواج، وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه إعتبره أبغض الحلال إلى الله وذلك لضرورة قاهرة، وإلى ظروف إستثنائية ملحة والتي تجعله دواء أو علاجا للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها، فإذا لم تجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق بذهب كل منهما لحياة جديدة، ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها، فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث

إتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص شرعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع، غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل أنه حتى عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس مصلحة الطفل، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إل التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه.

هذا وقد خص المشرع الجزائري أحكام الحضانة بإطار يتضمن حلولا لمشاكل حضانة الأطفال في حالة الطلاق من المواد 62 إلى غاية المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، ونظرا لحساسية هذا الموضوع جعل المشرع مصلحة المحضون فوق كل إعتبار والعمل معها بكل دقة وحساسية، سواء عند إسناد الحضانة أو إسقاطها عن من أسندت له.

و الهدف من تناولنا لهذا الموضوع يكمن في:

- إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل
- توضيح الأحكام الفقهية والقانونية المتعلقة بالموضوع.

ونظرا لما يكتسيه موضوع إسناد الحضانة للأب بالنسبة للمجتمع عامة وعلى الطفل المحضون خاصة، بالإضافة إلى:

1- حماية الطفل بالحضانة الذي تلقى صدمة من طلاق والديه إذ تؤدي هذه النتائج السلبية عليه وعدم إستقرار وطمأنينة إذ لا نستطيع حتى أن ينمو ويتطور في جو طبيعي دون هذا.

2- كفل هذا الطفل من التمزق والإنحلال من جراء تمزق كيانه الأسري.

3- حماية إستقراره وخلق توازن بين أم وأبيه المنفصلين وكيفية التعايش مع الوضع الجديد.

هذه الأهمية كانت من الأسباب الموضوعية القوية التي دفعتنا لإختيار هذه الدراسة، أما السبب الوجيه الذي دفعنا لمعالجة هذا الموضوع هو الواقع الأليم الذي يعانيه المحضون.

ومن هنا تتضح الحاجة الملحة للبحث في الموضوع خصوصا بعد تزايد هذا النمط من إسناد الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم، ونظرا لتعدد العناصر المحيطة بالموضوع سننطلق في هذا البحث من خلال وضع إشكالية تحدد وجهة بحثنا لتحقيق المبتغى.

ومفاد هذه الإشكالية: ما هي المعايير الفقهية والقانونية المسقطة للحضانة عن الأم وإسنادها للأب ؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من الإشكاليات الفرعية وهي كالآتي:

- في حالة إنتقال الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم ما هو الأساس الفقهي القانوني لذلك ؟
- ما مصير المحضون بعد إسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب في رأي القانون والفقه الإسلامي ؟
- وهل يحق للأم إعادة المطالبة بالحضانة بعد سقوطها منها ؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا المنهج الوصفي " المقارن" الذي يهدف إلى تحليل المواد وإستنباط الأحكام منها والمقارنة بين النصوص الفقهية والقانونية.

مقسمين بذلك بحثنا إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى أحكام إسقاط وإسناد الحضانة فقها وقانونا، وفي الفصل الثاني قمنا بدراسة دعاوى الحضانة وإشكالاتها

و في الأخير خصصنا خاتمة والتي ضمت مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها بعد دراسة الموضوع.

لقد إعتمدنا في إنجاز هذا البحث على عدد لا بأس به من المراجع والقوانين والإتفاقيات، بالإضافة إلى بعض الرسائل الجامعية والمجلات والمقالات.

و من الطبيعي أن تكون هناك صعوبات في إنجاز أي بحث علمي، هذه الصعوبات إما أن تكون من جهة الباحث نفسه أو من طبيعة البحث، فإعداد أي موضوع يتطلب جهدا وإتقانا كبيرين من قبل الباحث ليقدم في النهاية بحثا أكاديميا بالمواصفات المطلوبة، ومنه فقد واجهتنا بعض الصعوبات وهي كالآتي:

- قلة المراجع وضيق الوقت.
- صعوبة الحصول على بعض المصادر والمراجع التي بإمكانها سد وتغطية الثغرات المطلوبة.
- إفتقارنا للخبرة اللازمة لإنجاز بحث علمي أكاديمي "كمذكرة التخرج، فإعداد مذكرة تخرج أصعب بكثير من إعداد أي بحث آخر خلال الفترة التي درسنا فيها التخصص.

و في الأخير نرجو أن نكون من خلال بحثنا هذا، قد ساهمنا في فتح باب من أبواب المعرفة وأضفنا شيئا جديدا بالنسبة للمكتبة الجامعية، كما نتمنى أن نكون قد وفقنا في عملنا هذا حيث لقينا فيه كامل الدعم والمساندة من قبل الأستاذ المشرف " قرمال بوعلام " الذي قام بتوجيهنا ودعمنا وإرشادنا، وختاما نسأل الله عز وجل أن يتقبل منا هذا الجهد المتواضع وهو نعم المولى ونعم النصير.

الفصـل الأول

أحكام إسقاط وإسناد الحضانة فقها وقانونا

الفصل الأول: أحكام إسقاط وإسناد الحضانة فقها وقانونا

إن الشريعة الإسلامية أقرت عدة حقوق للطفل في الرعاية والتربية، ونحن نعلم أن الطفل عند ولادته حيا تثبت له ثلاث ولايات ولاية التربية، وولاية على النفس، وولاية عن المال، أما ولاية التربية فيكون لها الدور فيها للنساء وهذا مايسمى بالحضانة في قانون الأسرة، فهي أبرز النتائج المتولدة عن إنحلال الزواج. لقوله تعالى﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)** ﴾ سورة الروم.

وكانت الشريعة الإسلامية هي السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفالث نتيجة هذا الإنفصال، بإعتبارهم أول ضحاياه مفتقدين بذلك من يرعاهم ويسير شؤونهم في أول مرحلة من حياتهم وهذا لعجزهم وضعفهم، وقد إتخذ الفقهاء تلك الأحكام الشرعية لوضع نصوص تشريعية تثبت حقهم في الحضانة والرعاية.

كما خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، كرس بموجبها مجموعة من الحقوق للطفل عن طريق الحضانة.

ومن خلال هذا الفصل سنحاول تعريف الحضانة وأهميتها وترتيب مستحقيها ومدة الحضانة وأسباب سقوطها في المبحث الأول. كما سنوضح شروط إستحقاق الحضانة ومصلحة المحضون وعودة الحضانة لمستحقيها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مشروعية إسقاط الحضانة عن الأم فقها وقانونا

شرعت حضانة الأب والأم لأولادهما الذين هم ثمرة العلاقة الزوجية حين تكون قائمة بشكل سوي واجبة عليهما، وتصبح هذه قضية تحتاج إلى علاج إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لسبب أو لآخر.

ولهذا سنتناول في المطلب الأول مفهوم الحضانة وأهميتها شرعا وقانونا

وفي المطلب الثاني تطرقنا لمدة الحضانة وترتيب مستحقيها وفق الشريعة والقانون.

المطلب الاول: مفهوم وأهمية الحضانة فقها وقانونا

في هذا المطلب سوف نستعرض لتعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية وكذلك في قانون الأسرة الجزائري وكذلك لأهمية الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا:

أولا: تعريف الحضانة لغة:

الحضانة مشتقة من الحضن وهو الجنب، فالحضانة تضم الطفل إلى جنبها، وهي في الشرع حفظ الصغير مما يؤذيه، وتعهده بما يصلحه.

والحضانة مأخوذة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشخ، وحضن الشيء جانبه وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.

الحضانة: مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤونته وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جانبها[1].

[1] الإمام عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج4، ط1، إحياء التراث العربي، ص: 594.

ثانيا: وفق الشرع:

ورد للحضانة تعريفات متقاربة في كتب الفقه الإسلامي ومن أشهرها:

– قال ابن عابدين: من الحنفية " هي تربية الولد لمن له حق الحضانة".

– قال الدسوقي من المالكية " هي حفظ الولد والقيام بمصالحه".

– قال الرملي من الشافعية " هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه، ويقيه عما يضره ".

– وقال المرادوي من الحنابلة " هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه"[1].

ثالثا: تعريف الحضانة في القانون الجزائري.

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 62 بقولها " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه ".[2]

فحكمها أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الاتفاق عليه، وإنجاؤه من الهلاك [3].

ويستخلص أيضا من المادة المذكورة أعلاه شروط إسناد الحضانة تتمثل في:

– رعاية الولد وتعليمه.

– القيام بتربيته على دين أبيه.

---

[1] أ.د– نورة بنت عبد الله المطق ، منشور في البحوث الاسلامية ، العدد 91 ، ص: 7 .

[2] المادة 62 من القانون رقم11/48، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 2005/02/27 .

[3] د– عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، سنة 2007، ص: 356 .

– السهر على حمايته وحفظه خلقا.

– أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، وإذا كان خلاف ذلك لا سند له للحضانة كأن يكون مجنون أو معتوه أو غير آمن أو سئ الخلق[1].

وعرفتها المدونة المغربية لأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربية ومصالحه.

عرفتها مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

ويعتبر التعريف الوارد في نص المادة 62 ق.أ.ج أحسن تعريف لشموليته لأفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية [2].

الفرع الثاني: أهمية الحضانة فقها وقانونا

أولا / أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي

الحضانة واجبة للطفل وفرض كفاية للحاضن، ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة فإذا قام بها أحد سقطت عن الآخرين. وهي حق للصغير لإحتياجه لمن يرعاه، ويحفظه ويقوم على شؤونه وتربيته بإعتبار أن هذا الأخير تثبت له ثلاث ولايات:

الولاية الأولى: هي الولاية على التربية فإن الدور الأول منها يكون للنساء وهو ما يسمى بالحضانة وهذه الأخيرة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن

[1] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة " الزواج و الطلاق " ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، سنة 2008 ، ص: 68 .

[2] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 1996 ، ص: 21 .

النساء، ممن لها الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء وذلك لأن الطفل في هذه المرحلة يحتاج لرعايتهن.

الولاية الثانية: إن الآثار الصحيحة قد وردت بأن المرأة أحق بالحضانة لأن إهمالها يعرض الطفل للهلاك والضياع، إذ ينال من رعايتها وحسن قيامها عليه ما يبني جسمه وينمي عقله ويربي نفسه ويعده للحياة ومسألة الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى تبلغ المحيض لأن الابن مع التمييز وصحة الجسم سواء كانت أمه أو حرة تزوجت أم لا، ومبلغ الفهم موجود في القرآن الكريم[1].

الولاية الثالثة: فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله وعلى ترك الصلاة وغيرها من المحرمات التي حرمها الله تبارك وتعالى. ومن أزالهما عن المكان الذي فيه ما ذكرنا إلى حيث يدربان على الصلاة وتعلم القرآن وشرائع الإسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتعاون على البر والتقوى وأداء الفرائض.

ثانيا: أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

- استنادا إلى تعريف المشرع الجزائري للحضانة في المادة 62 فقرة 01.

- فالحضانة تكفل قدرا كبيرا من حفظ الولد وتربيته وتعليمه، بما لا يتعارض على حق الولد ومصلحته.

فالطفل بعد ولادته في حاجة إلى من تقوم برعايته وحفظه وهي واجبة على والديه مادامت قائمة بينها الرابطة الزوجية فسيكون الولد في أحضانهما، لكن إذا وقعت الفرقة بينهما فإن مصلحته توجب ضمه إلى من هو أقدر على العناية به ورعايته.

[1] المغني لأبي عبد الله بن قدامى ، الجزء التاسع ، ص: 455.

وجعل ذلك في المرحلة الأولى من حياته إلى أمه، لأنها أقد وأصبر على تحمل المشاق ولكمال الرحمة وتوفر الشفقة عندها، وذلك للمحبة الفطرية الداعية إلى تحمل متاعب الحياة.

وجعل التشريع الاسلامي ولاية التصرف في نفسه وماله إلى الأب ولأنه أصلح في ذلك من الأم لكمال رأيه وحسن تصرفه مع الشفقة الكاملة، وواجب عليه نفقته لا يشاركه فيها أحد من النساء، لكونه أقدر عليها من النساء. وسيأتي الكلام عن نفقة الأقارب.

وبهذا كله فالحضانة واجبة على الأب والأم وحيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة، شرط لإستحقاقها أمورا بما يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة وبفقدان أحد منها، فإن في ذلك إضرارا بمصلحة المحضون وذلك ضمن شروط محددة بالنسبة للرجال والنساء، وبمرور هذه المرحلة فإن لهذا الأخير الحق في بناء حياته بنفسه وبطريقته الخاصة.

وقد إجتمعت القوانين بأن رعاية الطفل واجبة وفرض ولا يترك الطفل بغير حضانة فإذا قام به أحد سقط عن الآخرين، وعلى كل حال فإن تعريف قانون الأسرة على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لا سيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره من القوانين الأخرة[1].

المطلب الثاني: مدة الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها فقها وقانونا

لقد شرعت الحضانة لحفظ الصغير وتربيته ورعايته وهو في سن حساسة لا يقدر فيها بمفرده على القيام بهذه الشؤون، وهذا لعجزه عن ذلك لذا أوكلت الحضانة

[1] بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1967 ، ص: 568 .

إلى من هو أقدر منه عليها، ولكن لمدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه وعليه فما هي المدة المحددة التي يبقى فيها الصغير تحت حضانة الحاضن؟

الفرع الأول: المدة المحددة لممارسة الحضانة فقها وقانونا.

إن الحضانة واجبة لكل من الصغير أو الصغيرة للقيام بحاجيات أولية من أكل ولباس ونظافة، فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي إنبنى عليه، ولقد إختلف الفقهاء حول مدة الحضانة وتمديدها، كما أن المشرع الجزائري كان له موفق في هذا الشأن[1].

أولا / آراء الفقهاء حول مدة الحضانة:

لقد إختلفت المذاهب الفقهية في هذا، فكان لكل مذهب رأيه كالآتي:

1- الرأي الأول فقهاء الحنفية: يفرق الحنفية بين المحضون الذكر والأنثى، فبالنسبة للذكر يرون أنه في بداية عمره يسلم إلى الحاضنة المرأة سواء كانت أمه أو من يليها ممن تتوفر فيها شروط الحضانة، وذلك إلى أن يبلغ سنا يصبح قادرا على الأكل والشرب وتطهير نفسه [2]، ولقد حدد السن بسبع سنوات أو تسع سنين، فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنته لا ينزعه منها أحد.

أما بخصوص المحضونة البنت فإذا كانت الحضانة لأمها أو جدتها سواء لأم أو لأب فإن حضانتها تستمر إلى غاية بلوغها سن الحيض، فهي في صغرها تحتاج إلى الإحتكاك بالنساء حتى تتعلم شؤون البيت. [3]

---

[1] قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم 84-11 ، مؤرخ في09 رمضان 1404 الموافق 09 يوليو 1984 ، ص18 .

[2] د.حسيبةشرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلةالإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد السابع ، ص: 21 .

[3] أ.نشوان زكي سليمان، الحضانة و شروط ممارستها، مجلة الرافدين للحقوق، كليةالحقوق، جامعةالموصل، المجلد 16، العدد59، السنة 2008 ، ص:66-67 .

2- الرأي الثاني فقهاء المالكية: مدة حضانة الغلام عند المالكية إلى أن يبلغ، ولو بلغ مجنونا، حيث روي أن عمر رضي الله عنه خاصم إمرأته التي طلقها إلى أبي بكر في ولدها، فقال أبو بكر رضي الله عنه: " هي أحق بهم مالم تتزوج أو يشب الصغير "، وقال: " هي أحن وأعطف وأرحم "، وقوله: " أو يشب الطفل " يقصد به الوقت الذي تنتهي فيه حضانته. أما حضانة الأنثى فتستمر إلى النكاح ويدخل بها الزوج بالفعل [1].

3- الرأي الثالث فقهاء الشافعية: يقولون بوجوب توحيد مدة حضانة الذكر والأنثى معا إلى غاية بلوغهما سن التمييز[2].

4- الرأي الرابع فقهاء الحنابلة: اتفقوا على أنه إلى غاية بلوغ سن السابعة تكون الحضانة للنساء، أما عن الخادمة فهناك من قال أنها أحق بحضانة البنت التي لم تبلغ تسع سنوات وهناك من قال أن الأم أحق بها إلى أن تبلغ، وهناك من قال البنت تختار[3].

ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 65 قانون الاسرة الجزائري على أن: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون"[4].

---

[1] التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، الجزء الرابع ، كتاب الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الوعي ، الجزائر، 2010 ، ص: 870.

[2] زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، تاريخ2004 – 2005 ، ص: 53.

[3] بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص: 569 .

[4] المادة 65 من القانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 1984/6/9 ، المتضمن قانون الأسرة المذكور سابقا .

ومنه فإن المشرع الجزائري حدد مدة حضانة الذكر بعشر سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة من طرف القاضي إذا تبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنه وهذا بشروط: [1]

- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.
- أن تكون الحاضنة هي الأم.
- أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت.

من خلال هذه المادة فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره، وهذا من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا آخر غير الأم، مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون [2].

ولتمديد الحضانة نجد أن المشرع الجزائري رأى بإمكانية تمديد مدة الحضانة للذكر إلى سن التمييز 16 سنة وخص الذكر دون الأنثى فهو لا يزال يحتاج إلى رعاية والعناية فيجب على القاضي أن يقدم مصلحة المحضون فسلطته غير مطلقة فهي مقيدة بشروط. [3]

أما الأنثى فقد ذكر المشرع الجزائري أن حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج وهو حسب المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري 19 سنة[4]، فهل أن الفتاة إذا بلغت

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص: 141.

[2] صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2007، ص: 101

[3] عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه ، ص 299 .

[4] نبيلة تركماني ، أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الإجتماعية ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2001 ، ص: 103 .

19 سنة ولم تتزوج تنتهي حضانتها؟ وفي مثل هذه الحالة فما هو مصيرها ؟ فكان على المشرع أن يقول إلى غاية زواجها وليس بلوغها سن الزواج، كما أنه لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل إنتهاء حضانة الفتاة مطلقا.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها وقانونا

أولا / مستحقي الحضانة من النساء شرعا وقانونا:

أ- شرعا:

إتفق الفقهاء أن إسناد الأحق بالحضانة من الرجال لاسيما إن كان الطفل في مراحله الأولى من ولادته حتى بلوغه سن السابعة من عمره، إلا أن هناك تفاوت من النساء من حيث الأحقية أكثر صلاحا للطفل على غيرها.

وقد إتفق الفقهاء في حال إفتراق الزوجين وبينهما صغير أن الأحق بالحضانة هي أمه إذا توافرت فيها الشروط [1].

1- المذهب الحنفي:

الأم فهي أحق من غيرها، أم الأم أي الجدة لأم مهما علت، أم الأب إن لم توجد أم الأم تنتقل لأم الأب، أخوات الشقيقات وأخوات الأم إن لم توجد الجدة، أخت الأب أو الخالة إن لم توجد واحدة ممن سبقت، بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم إن لم توجد واحدة ممن سبقت، بنت الأخت لأب لأنها أولى من الخالة في حالة عدم وجود من ذكرنا سابقا، الخالة ثم بنت الأخ فتتقدم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب، العمات بعد بنات الإخوة يكون الحق لحضانة العمات فتقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأب، خالة الأم ثم خالة الأب فتقدم خالة الأم لأب وأم، ثم خالة الأم لأب، ثم خالة الأب لأب وأم، ثم خالة الأب لأب.

[1] زكية حميدو ، المرجع السابق ، ص: 326 .

عمات الأمهات والآباءفتقدم عمات الأمهات لأب وأم ثم عمات لأم ثم عمات الأمهات لأب ثم عمات الآباء لأم ثم عمات الآباء لأب[1].

2- المذهب الشافعي:

أولى النساء بالحضانة الأم، ثم بعد الأم الأمهات لها، ثم أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بإبنات وإرتات، ثم أم الجد ثم أمهاتها المدليات بإينات وإرتات، وتقدم أخت من أي جهة كانت الخالة، وتقدم الخالة على بنت الأخت على بنت الأخ وتقدم الأخت من أبوين على الأخت من إحداهما.

فإن لم توجد الأخوات إنتقلت الحضانة إلى الخالات وتقدمن على العمات والأم تقدم على الأب وتقدم الخالة من أب وأم على الخالة من أب ثم الخالة من أم، تم تنتقل الحضانة إلى العمات فتقدم العمة من أب وأم على العمة لأب ثم العمة لأم.

3- المذهب المالكي:

تقدم الأم على غيرها في حضانة الولد فإن لم توجد فالحضانة لأمها ثم جدتها ثم خالتها ثم عمتها، فإن لم توجد فجدته لأبيه ثم أبوه ثم أخته ثم عمته ثم عمة أبيه ثم بنت أخ شقيقة لأم أو لأب ثم بنت أخته كذلك.

4- المذهب الحنفي:

الأم أولى بحضانة ولدها فإن لم توجد فالحضانة لأمهاتها القربى، فالقربى ثم أمهات الجد، ثم أمهات جد الأب، ثم الأخوات، ثم خالة، ثم عمة، ثم خالات الأم، ثم

[1] د. عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة الجزء العاشر ، بيروت ، لبنان ، ص: 17 .

خالات الأب، ثم عمات أبيه، ثم بنات إخوة الولد وبنات أخواته، ثم بنات عماته، ثم بنات عمات أبيه[1].

ب- قانونا:

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

ووفقا لهذه المادة جعل المشرع الأم هي أولى بحضانة ولدها، وفي حالة سقوط حقها لمبرر شرعي أو عدم توفر الشروط الخاصة بالحضانة تنتقل الحضانة للأب وهكذا دواليك مراعاة لمصلحة المحضون.

قد قضت المحكمة العليا من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ خرقا للقانون ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف بخصوص حضانة الأبناء الثلاثة، إلا أنهم أخطئوا في البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانونالأسرة الجزائري [3].

---

[1] د – عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص: 20 ، 21 ، 22 .

[2] المادة 64 من القانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 1984/6/9 ، المتضمن قانون الأسرة المذكور سابقا .

[3] قرارالمحكمة العليا، ملف رقم31997، تاريخ1984/01/09، المجلة القضائية، الصادرةعن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد01، 1993، ص: 84 .

ثانيا: مستحقيها من الرجال:

أ – شرعا: ذهب جمهور من الفقهاء بما فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة أنه إذا لم يكن للولد الصغير إمرأة من محارمه من النساء، فالحضانة للعصبات أي لعصبات الولد الصغير

في ترتيبهم في الإرث فأولادهم بحضانة أقربهم تعصبا منه وعلى هذا فأولى العصبات بحق حضانة الأب، ثم جد الأب وإن علا، ثم أخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب وكذلك من سلفه من أولادهم، ثم عم شقيق الأب، ثم عم الأب. أما أبناء الأعمام فإنهم يدفع إليهم الغلام لحضانته فيبدأ بإبن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب ولا تدفع إليهم الصغيرة منعا للفتنة لأنهم غير محارم لها. فإن لم يكن للصغيرة من عصباتها غير ابن العم إختار لها القاضي أفضل المواضع.

أما إذا كانت الصغيرة غير مشتهاة، فإن لم تكن كذلك كما لو كانت بنت سنة مثلا، فلا مانع من تسليمها إلى إبن العم لأنه لا فتنة في ذلك[1].

أما عن ذوي الأرحام فإن لم توجد عصبة مستحقة للحضانة ووجد من ليس أهلا تسلم إليه المحضونة بل تدفع لذوي الأرحام والمراد بذوي الأرحام من كان

محرما من المحضون فيقدم الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم عم لأم، ثم خال لأبوين، ثم خال لأب، ثم خال لأم ولا حق لبني العم والخال والخالة في حضانة الإناث بل لهم حضانة الذكور.

ولا حق لبنات العمة والخالة والأعمام والأخوال في حضانة الذكور بل لهم حضانة الإناث، وهذا إن لم يوجد من المحارم الولد الصغير من يدفع إليهم لحضانتهم فهؤلاء المذكورون وهذا كله مع مراعاة القيود في حضانتهم.

[1] د. حسينة شرون، المرجع السابق، ص: 22.

في حين ذهب المالكية إلى جعل الحضانة إلى الأب يليه الأخ للولد المحضون سواء شقيق لأب أو لأم، ثم للجد من جهة الأب الأقرب فالأقرب، ثم ابن الأخ للولد المحضون، ثم العم، ثم ابن العم ويقدم الشقيق على الذي لأم، ثم للذي لأم على الذي لأب فإذا لم يوجد أحد ممن ذكر فالحضانة تثبت للمولى أعلى فهو من أعتق الولد المحضون فعصبته نسبا كان المعتق وأبيه وأخيه وعمه وابن عمه[1].

ب- قانونا:

فيثبت الأب حق الحضانة ذكر كان أم أنثى تبعا لمراتبهم في الميراث وهذا حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب. ..."[2] حيث جعل الأب أولى بحضانة ولده، ذلك لأن الأب أقدر على التربية البدنية، حيث أنه يستطيع تقويم المحضون وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا في هذا التعديل من خلال جعل الأب درجة ثانية بعد الأم.

إذ إجتمع مستحقي الحضانة وهم في درجة واحدة في الاستحقاق كإخوة أشقاء فالمعايير تختلف، فقد حددوا البعض على أساس أصلحهم دينا ثم أورعهم فإن تساووا فأكثرهم سنا أحق بالحضانة.

غير أن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم لم يوضح المقصود ب " الأقربون درجة " وما هو الحل إذا تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام ؟[3].

كما أن المشرع الجزائري لم يبين الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة وعدم تقدم أحد الأقربين بطلب من المحكمة.

---

[1] د- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص: 23.

[2] المادة 64 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/6/9، المتضمن قانون الأسرة المذكور سابقا .

[3] بلقاسم عقالي، تعديلات قانون الأسرة، مجلة المحاماة، منظمة المحامين ناحية باتنة، العدد الأول، سنة2005، ص:64.

أما إذا إجتمع مستحقي الحضانة وهم في درجة واحدة في الاستحقاقلاكإخوة أشقاء فالمعايير تختلف، فقد حددوا البعض على أساس أصلحهم دينا ثم أورعهمفإن تساووا فأكبرهم سنا أحق بالحضانة [1]

وهناك معيار آخر اتفق عليه المذاهب أنه إذا تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام كان أولهم بها أصلحهم للحضانة قدرة، وإذا تساووا في الأحقية للحضانة من كل وجه فالرأي للقاضي في ذلك[2].

غير أن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم لم يوضح المقصود " الأقربون درجة " وما هو الحل إذا تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام ؟

كما أن المشرع الجزائري لم يبين الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة وعدم تقدم أحد الأقربين بطلب للمحكمة.

المطلب الثالث: مسقطات الحضانة عن الأم في الفقه والقانون

إن الحضانة لا تثبت للأبد وإنما هي مجرد أداء أوجبه القانون والشرع ولقد أورد كل من الشريعة والقانون أسباب مسقطة لها وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة عن الأم في الفقه

- عند المالكية تسقط الحضانة بأربعة أسباب:

1- سفر الحاضن إلى مكان بعيد وهو مقدر بسنة فأكثر لا أقل منها.

[1] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: 20.

[2] د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، بيروت، سنة 1997، ص: 724.

وقال الحنفية يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده.

أما غير لأم فتسقط حضانتها بمجرد التنقل سواء كان طويل أم قصير، وقال الحنابلة يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبعيد لمقدار مسافة القصر فأكثر.

2- ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص، وافقهم الحنابلة.

3- الفسق أو قلة دينه وصونه، بأن كان غير مأمون على الولد بعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحاضنة وهذا متفق عليه.

4- تزوج الحاضنة بغير قريب محرم ووجد المحضون ببيته لسقوط الحضانة عنها، وهذا ما جاء به الفقه المالكي والسقوط يمس الجدة والخالة مع أم المحضون متزوجة بغير قريب محرم، أما أن تتزوج الأم عما له فلا تسقط لأن الجد أو العم محرم لصغير وهذا متفق عليه[1].

تزوج وتنازل وسكوت الحاضن:

إنتزوج الحاضنة بغير قريب محرم وهذا ما أخذ به المذهب **المالكي** و**جمهور الحنفية** وقد إستدلوا على حديث رواه عبد الرواق عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال " كانت إمرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقيل زوجها، وله منها ولد فخطبها عم ولدها، ورجل آخر إلى أبيها فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعى الرسول ﷺ أباها فقال: أنكحت فلانة قال: نعم قال: أنت الذي لا نكاح لك إذهبي فإنكحي عم ولدك".

تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة: إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة فإنها تسقط بإسقاطها، لأنها خالص حقها كالطلاق ولا تجبر عليها إذا

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص: 597 .

إمتنعت أو تنازلت عنه بعوض أو بغير عوض، إلا إذا تعين لها بأن لم توجد غيرها لإمتناع الغير من المستحقين أو المحضون أو إعتبار لأب ولا وجود لمال المحضون، فإن حقها لا يسقط بإسقاطها، وتجبر على الحضانة، لأن حق المحضون أقوى من حقها[1].

سكوت الحاضنة في المطالبة في حقها في الحضانة: ويكون ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة بالمطالبة بها مع علمه بها، أما إذا كان لا يعلم لحقه وسكت عنها فلا يسقط حقه مهما طالت مدة السكوت.

الحالة الثانية: إذا كان يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة وإن كان يجهل ذلك لا يبطل حقه فيها بالسكت لأن الأمر يعذر بجهله[2].

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة عن الأم في القانون

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط بها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: تنص المادة 66 ق.أ.ج " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[3] ويعني هذا أن كل زوجة تزوجت بعد طلاقها من زوجها الأول وتسقط بمجرد زواجها برجل غريب عن المحضون.

[1] د.أحمدالصوبعي، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ص: 292 .

[2] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 225 .

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 300.

وإذا تزوجت بقريب محرم له لا تسقط الحضانة عنها كالزواج من عمه[1].

كذلك الشأن في فقدان الحضانة بسبب الزواج بغير قريب محرم لا يتم إلا بمقتضى حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة بناء على دعوى مرفوعة من ذي مصلحة وصفة وأثبت المدعي زواج الحاضنة بعقد رسمي وتمت خلال المدة المحددة، وتسقط الحضانة عن المحضون سواء كان ذكر أو أنثى وفي طور من أطوار تنشئته.

لكن يطرح تساؤل حول مصلحة المحضون إذا كان رضيعا وسبب هذا الزواج يسقط حضانة الأم لولدها أم أنها تستمر ؟.

كذلك إذا كان هذا المحضون ذا عاهة أو مريضا مرضا يحتاج إلى رعاية بإستمرار من أمه ؟

كل هذه إشكالات مطروحة على أرض الواقع وتثار أمام القضاء. والملاحظ أن المشرع جاء بمبدأ عام بإعتبار الزواج بقريب غير محرم مسقط للحضانة عن الأم ولم يرد عليه، والقاضي سلطته مقيدة إذا طلبها من له مصلحة كالأب بإسنادها له[2].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1994/04/19، الملف رقم 102886 ، 1997 ، العدد51، ص: 92.

[2] زكية حميدو، المرجع السابق، ص: 523 .

المبحث الثاني: مشروعية إسناد الحضانة للأب فقها وقانونا

تسعى كل التشريعات إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها نستطيع الحماية الطفل ورعاية مصالحه.

المطلب الأول: شروط إستحقاق الأب للحضانة وفق الفقه والقانون

إن حق الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الإسلام والقانون للطفل وإستند في قواعدها على حفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بوقايته مما يؤذيه.

الفرع الأول: شروط إستحقاق الأب للحضانة وفق الفقه.

لضرورة هذا الشرط في الفقه الإسلامي سنتعرض إليه بالتفصيل الدقيق. [1]

أولا / الإسلام: إشترط كون الحاضن مسلما، يظهر في حالة كون المحضون مسلما ففي هذه الحالة يكون التساؤل: هل يشترط أن يكون مسلما إذا كان المحضون مسلما؟ فقد يكون الصغير مسلما تبعا لأبيه وتكون أمه كتابية، فهل للأم الكتابية الحق في الحضانة ؟ وقد إختلفت المذاهب في الإجابة عن هذا السؤال.

1-عند الحنفية: فقد فصلوا في هذا الشرط، وذلك حسب كل حالة من الحالات المختلفة لحضانة الصغير المحكوم بإسلامه وأيضا حسب العلاقة التي تجمع بين الحاضن والمحضون والتي على أساسها يثبت الحق في الحضانة.

- **الحالة الأولى:** الكتابية كالمسلمة حيث لو كانت الحاضنة كتابية والوالد مسلما كانت له حق الحضانة مثل المسلمة، وهذا الأصل عند الأحناف إذا كان المحضون مسلما.

[1] د- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص: 33 .

- **الحالة الثانية:** إذا كان الصغير يخاف عليه الكفر، فإذا أجاز للكتابية أن تكون حاضنة للصغير فهذا إذا كان صغيرا لا يعقل الدين، فإذا كان يعقل الدين أو يخشى عليه الكفر فلا حضانة للكتابية عليه ولو كانت أمه[1].

- **الحالة الثالثة:** أقروا أن لا حق للمرتدة في الحضانة لأن المرتدة تحبس فيتضرر الصبي فلو تابت وأسلمت يعود حقها بعد زوال هذا المانع أي مانع الردة.

- **الحالة الرابعة:** إذا كانت الحاضنة لعصبة: فإذا كانت كذلك فقد إشترطالأحناف في إتحاد الدين بين الحاضنوالمحضون، أي إذا كان المحضون مسلما، فيجب أن يكون الحاضن العاصي مسلما لأن حق الحضانة بالنسبة للعصبات مبني على إستحقاق الإرث ولا إرث مع اختلاف الدين.

2 عند المالكية: الإسلام عندهم لا يشترط في الحاضن إذا كان المحضون مسلما فإذا خيف على المحضون من كفر الحاضنة ضمت إلى المسلمين لكي يكونوا رقباء عليها

كأن تعطيه لحم الخنزير أو الخمر.

3- عند الشافعية: الشافعية قالوا أنه لا يثبت لكافر على مسلم إذ لا ولاية له عليه لأن الحضانة جعلت لمصلحة الولد ولا مصلحة للولد المسلم في حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه، وذلك من أعظم الضرر، ولكن الحضانة تثبت للمسلم على الكافر.

4- عند الحنابلة: لا حضانة لكافر على مسلم بل ضرره أعظم لأنه يخرجه عن الإسلام وذلك من خلال تعليمه وترتيبه وفي ذلك كله ضرر عليه.

ثانيا- باقي الشروط: سنجملها مع عند كل المذاهب في الشريعة الإسلامية:

[1] د- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص: 33 -34-35 .

1- الحنفية: إشترطوا في الحضانة أمور:

- أن لا ترتد الحاضنة، وإلا سقط حقها في الحضانة سواء لحقت بدار الحرب أم لا فإذا تابت رجع لها حقها.

- أن لا تكون فاسقة غير مأمون عليها فإذا ثبت فجورها وفسقها سقط حقها.

- أ ن لا تتزوج غير أبيه، فإذا تزوجت سقط حقها إلا إذا كان الزوج محرما للصغير.

- أن لا تترك الصبي بدون مراقبة وأن لا تكثر من الخروج.

- أن لا يكون الأب معسرا وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة وقالت عمته أنا أربيه بغير أجرة فإن لها ذلك [1].

- العقل شرط مجمع عليه.

ب- الشافعية: يشترطون سبعة شروط:

- أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون إلاإذا كان جنونه نادرا كيوم واحد في السنة.

- الحرية فلا حضانة لرقيق.

- العفة فلا حضانة لفاسق.

- الأمانة فلا حضانة لخائن في أمر من الأمور.

- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزا.

[1] د.عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ، دار الفكر العربي، الطبعة 2، سنة1976 ، ص:258.

– أن لا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم [1].

ج– الحنابلة:

– أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة لمجنون.

– أن لا يكون عبدا.

– أن لا يكون عوزا.

– أن لا يكون أبرصا أو أجزم.

– أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل.

د– المالكية: يشترط في الحاضن ذكر أو أنثى شروط:

– العقل أن لا يكون مجنونا.

– القدرة على القيام بشؤون المحضون إلا إذا كان عنده من يقوم بالحضانة تحت إشرافها.

– أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد.

– الأمانة في الدين فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر [2].

– أن لا يكون الحاضن مصاب بمرض معدي.

– أن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون.

---

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ص:377 .

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، ص: 385

– الخلو من زوج دخل بها إلا إذا تزوجت بمحرم.

– لا يشترط في الحاضن الإسلام ذكرا أم أنثى، فإذا خيف منها أن تغذيه بلحم الخنزير ضمت حاضنته إلى المسلمين يراقبونها.

الفرع الثاني: شروط إستحقاق الأب للحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

المشرع الجزائري لم ينص على الشروط تفصيليا في المادة 62 وإنما جمعها في عبارة واحدة هي الأهلية.

وهو بذلك يريد الأهلية الخاصة وليست أهلية التصرف التي نصت عليها المادة 40 من القانون المدني الجزائري، ولا أهلية الزواج التي جاءت في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

وتكون أهلية الحاضن ذكرا كان أو أنثى أهلية الحضانة وهو ما نصت عليه المادة 62 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بقولها "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "[1].

وعليه تكون أهلية الحاضن عندما تستوفي الشروط التي قال بها الفقه الإسلامي أي الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية "[2].

وعليه تكون الشروط كالآتي:

أولا / شروط العقل:

يجب على من تسند إليه الحضانة أن يكون عاقلا غير سافلا وذلك لأن الحضانة ولاية وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره ؟

[1] فضل سعد، المرجع السابق، ص: 377 .

[2] المادة 222 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/6/9، المتضمن قانون الأسرة المذكور سابقا .

فيجب على من يتولى الحضانة أن يكون عاقلا، فلا حضانة لمعتوه ولا لمجنون ولو كان ممن يستحقها ويطلبها.

ثانيا / البلوغ:

ونعني به أهلية الأداء التي تسمح بإعتبار الشخص قادرا على شؤون نفسه ليتسنى تكليفه قانونا ليسهر على مصالح غيره وهي 19 سنة طبقا للمادة 86 من قانون الأسرة الجزائري لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها فلا تصلح لرعاية غيرها، فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤونه[1].

وقد إعتبر القضاء الجزائري البلوغ من شروط إستحقاق الحضانة بإعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية [2].

ثالثا– القدرة:

يشترط الحاضن أن يكون قادرا على رعاية وصيانةالصغير في خلقه وصحته، بمعنى أن يكون الحاضن أو الحاضنة صحيح الجسم قادرا على القيام برعاية الصغير[3].

كما جاء في قرار صادر من المجلس الأعلى في قراره الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985/12/30بأنه " طبقا للشريعة الإسلامية نراعي بالدرجة الأولى المحضون، وشروط جديدة متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملة هذه الشروط أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت

[1]الامام عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص:596.

[2]د. محمد يوسف مرسي، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، سنة 1956، ص:377 .

[3]الامام عبد الرحمان الجزائري، المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

برجل أجنبي فحضانة الأولاد ترجع للأب الذي يسهر ويقوم بشؤون وتربية أولاده، إذن فإن قضاة الموضوع طبقوا الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا[1].

رابعا- الأمانة:

يشترط قانون الأسرة الجزائري في الحاضن أن يكون أمينا على أخلاق المحضون حيث إشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، من خلال النص عليه في نص المادة 62 من قانون اللأسرة الجزائري[2].

وأما موقف القضاء الجزائري فقد تشدد في إعتبار الأمانة شرط أساسي في ممارسة الحضانة ويظهر جليا في العديد من قرارات المحمة العليا " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاث لأمهم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ.ج، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة "[3].

حيث أنه من الثابت فقها وقضاء أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزئي أصبح نهائي أو بشهادة أربعة شهود شاهدوا وفي آن واحد مباشرة الزنا، وكما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال، لأن الزوجة قد صدر في حقها حكم بالبراءة المؤيد

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية1985/12/30 ملف تحت رقم37789 "غير منشور" أخذ من بلحاج العربي الإجتهادات القضائية، ص: 123.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر ، 2014، ص: 152 .

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/09/30، الملف رقم " 84، 171"، نقلا عن باديس آثار فك الرابطة الزوجية " تعويض، نفقة، حضانة، متاع " دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص: 18 .

أمام المجلس. ومن ثمة فإن الزوجة عند صدور الطلاق فهي أولى بالحضانة حتى يسقط حقها شرعا وتنتفع بجميع حقوقها الزوجية من نفقة لها ولأولادها[1].

أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير، والمحرمية المقصودة هي المحرمية من جهة الرحم، كعم المحضون فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته [2].

وتجدر الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري فلا بد أن يكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير.

والهدف هو أن لا تكون متزوجة بغير ذي محرم منه، أنها تكون قد أمسكته عند أجنبي ربما لا يعطف عليه فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض والأذى[3].

سادسا / الإسلام:

أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة، ويتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في إستحقاق الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارهاالصادر بتاريخ 1989/03/13، حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وإن

[1]العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ، المرجع السابق، ص: 372 .

[2]عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص: 359 .

[3]عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص187 .

حضانة الذكر إلى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعةوالقاون."[1].

سابعا / أن تكون ذات رحم محرم من الصبي كأمه وخالته وعمته وجدته أم أمه وأم أبيه.

المطلب الثاني: تطبيق معيار مصلحة المحضون كأساس لإسناد الحضانة للأب

شرعت الأحكام لتحقيق مصالح الناس وجلب النفع لهم ودفع الضرر، وتتجدد أحوال الناس وتتطور فقد يجلب نفعا في زمن وضرر في آخر، وفي الزمن الواحد قد يجلب نفعا في بيئة ويجلب الضرر في بيئة أخرى، فذهب علماء المسلمين إلى أن المصلحة حجة شرعية بني عليها تشريع الأحكام ودليلهم على ذلك أمران:

الأول مصالح الناس تتجدد وعليه مسايرة التطور حتى لا تتعطل مصالح الناس في مختلف الأزمنة.

والثاني من إستقر تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق مصلحة المحضون وكذلك القانون أسند للقاضي السلطة التقديرية في إختيار الأصلح للمحضون. [2]

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث يحدد رأي الفقه والقانون في إسناد الحضانة للأب ثم الفرع الثاني في سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

---

[1]محكمة عليا، غرفة شؤون الأسرة ، قرار بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم52221، ذكره صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص:72 .

[2]محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار مقارنة في المذاهب والسنة والمذهب الجعفري، الطبعة الرابعة، سنة 1973، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ببيروت، ص: 763 .

الفرع الأول: رأي الفقه والقانون في إسناد الحضانة للأب.

أول ما نستشهد به، هو ما جاء عن الرسول ﷺ وصحابته من حث الأب على تربية إبنه ومسؤوليته عنه، حيث يقول عليه الصلاة والسلام "لأن يؤدب أحدكم ولده خير له من أن يتصدق لكل يوم بنصف صاع على المساكين " وقال عبد الله بن عمر"أدبإبنك، فإنك مسؤول عنه، ماذا أدبته، وماذا علمته ".[1]

وقد جاء عن ابن القيم الجوزية، أن من أهمل تعليم ولده ما ينفعه وتركه سدى، فقد أساء إليه غاية الإساءة، وأكثر الأولاد فلما جاء فسادهم من قبل الآباء وإهمالهم لهم، وبذلك كان ابن القيم تارة بجعل الآباء كالعدو الشديد العداوة مع عدوه وهم لا يشعرون وأخرى يجعلهم سبب الخسران [2].

ولهذا أكد باحثون آخرون على دور الأب من خلال الحوار الذي يدور بينه وبين ولده، إذ يساعد الأب على فهم ولده وتكوين نظره حوله، وذلك ما يسمح له بمحاولة تصحيح أخطائه وتقويمه وإرشاده.

إذ جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أن الأب يستحق الحضانة مباشرة بعد الأم كان يحتل المرتبة الرابعة في ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون 84-11 فما ذهب إليه المشرع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مسائلها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون ويتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي والتي تقضي بما يضمن تحقيق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، إذ تنتقل الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة[3].

---

[1] حميدو زكية، المرجع السابق، ص: 353 .

[2] ابن القيم الجوزية، زاد الميعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، سنة 1994، ص: 420.

[3] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص: 302 .

وهذا ما جاء في قرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2001/02/12 " إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك بعد تطبيق صحيح القانون[1].

وقد إستند المشرع فيما ذهب إليه من جعل إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلى ما ورد في القرب إلى أبوه، وليس له مثل شفقتها، لا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعها إلى إمرأته، وأمه أولى به من إمرأة أبيه[2].

ويجب لبيان بهذا الخصوص أن الأب أسندت إليه الحضانة في القضايا التي بسطت بصرف النظر عن جنس المحضون، بيد أن مصلحة المحضون بقيت لدى المحاكم موضع إعتبار فأوحت إليهم بالخروج عن الترتيب المقترح والتمسك بمبدأ الذي تتحقق معه رعاية الطفل ومصالحه، سواء أكان ذكر أو أنثى، إذن لا أثر لجنس الطفل في هذه الحالة إذ إتسمت إقامة مصلحته مع والده[3].

وفي ذات السياق نصت مجلة مجتمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، أن حضانة الولد تنتقل للأب متى أصبحت أم الولد غير مؤتمنة على أخلاق المحضون.

وأن التطور العصري الذي عرفته الأسر الجزائرية جعل المشرع ينتهج مسلك مغاير بعد التعديل الأمر 02-05 لأن الأسرة أصبحت متكونة من الأب والأم والأبناء عكس ما كانت عليه قبل ذلك من أعمام وأجداد، وهذا ما أدى إلى تعديل المادة 64 من ق.أ.ج في ترتيب مستحقي الحضانة وتقديم الأب، وقد أحسن المشرع ما فعل بتقديمه في المرتبة الثانية بعدما كان في المرتبة الرابعة، لأن ذلك يساعد الطفل في

---

[1] قرار بتاريخ2001/02/12، رقم 256629، أخذ عن تيل صقر، قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة – الجزائر – 2008 ص 121 .

[2] حميدو زكية المرجع السابق، ص 354 .

[3] منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المجمع الإسلامي بجدة، الجزء12، ص 35.

تكوينه خلقيا وجسديا ونفسيا. وتبقى للقاضي سلطة لا يستهان بها في تقدير مصلحة المحضون بالبقاء أو عدم البقاء مع حاضنه بأخذ بعين الإعتبار كل المعايير المشار إليها[1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون لإسناد الحضانة للأب

أحسن المشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية وعدم حصره في نصوص قد تصلح في تطبيقها على المحضون دون محضون لخصوصية كل قضية[2]. ومن أمثلة ذلك ما ورد في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين إعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة لأم تطبيق صحيح القانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة.

غير أنه في قضية أخرى إعتبرت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، أن إسناد الحضانة لأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك بعد تطبيق صحيح القانون مؤسس على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق، وليست أثر من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بإمرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 قانون الأسرة الجزائري وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه ومن ذلك. [3]

الوسائل والضوابط القضائية لتقديم مصلحة المحضون:

---

[1] حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص350 .

[2] محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص: 302 .

[3] Startimes.com يوم 2 مارس 2019

المعاينة: وذلك لمعرفة المكان الذي تمارس فيه الحضانة، والظروف المحيطة بذلك الوسط مثل ضيف السكن، مدى قرب السكن من المدرسة[1].

فللقاضي الإنتقال بنفسه للمعاينة ويدخلها في الحساب عند تقريره إسناد الحضانة لأحد مستحقيها، طبقا لنص المادة 146 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقيمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الإنتقال إلى عين المكان إذا إقتضى الأمر ذلك".

وتعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها، ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بأنه " أن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة إجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال، والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في السبب"[3].

الخبرة: تنص المادة 126 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه، أو يطلب أحد الخصوم بتعيين خبرة أو عدة خبراء ومن نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة " ويقوم الخبير بتقديم رأيه وخبرته بشأن واقعة مادية، أو حالة واقعية محل النزاع حاصل أو محتمل الحصول، وتختص هذه الخبرة في المسائل المادية دون المسائل القانونية، التي تبقى من إختصاص القاضي، وللقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية والنفسية،

[1] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص: 69.

[2] بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، 2000، ص: 92 .

[3] المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة الملف رقم 30242، بتاريخ 2003/05/21، ن ق 2006، ع 202، 58 .

وجميع المعطيات المادية والإجتماعية قبل تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه[1]، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي قضى " إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بإنحلال الرابطة الزوجية أو بالوفاة على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية "، وهذا ما أكدته في العديد من إجتهاداتها على إلزامية إستعانة القاضي بمرشدة إجتماعية عند تقريره لمصلحة المحضون.

وفي الأخير إستقرت المحكمة العليا على ضرورة الإستعانة بخبراء إجتماعيين والقيام بإجراء المعاينة والتحقيق[2] والإستماع إلى أفراد العائلة لجمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه وهذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وفي حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، بالإضافة إلى أنه قد تدل شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير

الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على إختيار الأصوب، كما لو أخذ القاضي برأي الطفل أو إختياره فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الإكتراث[4].

التحقيق والمعاينة: التحقيق والمعاينة والإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المادة 454 من

---

[1] عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت، لبنان، سنة 2010، ص: 326 .

[2] المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة الملف رقم: 364850، بتاريخ 2006/05/17، في: مم، ع 2007، ع2، ص: 437.

[3] المادتين 126-64 من قانون رقم 36 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية " جريدة رسمية رقم المادتين م 21 مؤرخة في 23-0-2008 "

[4] حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص: 68.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي خولت للقاضي حق سماع أطراف النزاع سواء الوالدين أو القاصر إذا دعت الضرورة ذلك، وكذا الإعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين، والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته، فيما هو أصلح للمحضون.

كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة الإعتماد على نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا أن يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة[1]، طبقا لنص المادتين 26 و27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقال الوزير لوح "أنه يمكن التحقيقمن تحديد الطرف الأنسب في حضانة الطفل من خلال تكليف الأخصائيين بالرعاية النفسية والتي من خلالها يقدرالقاضي مصلحة الطفل"[2].

ومن هنا يتضح أن القانون خول للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه القيام بإجراء من إجراءات التقاضي كإجراءات التحقيق المنصوص عليها من 57 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كسماع الشهود وإجراء الخبرات[3].

المطلب الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها وفقا للفقه وقانونا

إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال ذلك المانع هل تعود الحضانة لمستحقيها ؟

هذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

حيث سنتناول في الفرع الأول إلى عودة الحضانة لمستحقيها وفقا للفقه، وأما في الفرع الثاني سنتطرق لعودة الحضانة لمستحقيها وفق القانون الجزائري.

---

[1] Htt ps://www.Elkhabar/erss/articl يوم 01 مارس 2019

[2] Htt ps://www.Elkhabar/new star/articl يوم 01 مارس 2019

[3] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، طبعة2011، الجزء الأول، ص65.

الفرع الأول: عودة الحضانة لمستحقيها وفقا للفقه.

يرى المالكية إذا سقطت الحضانة لعذر كمرض وخوف مكانة، وسفر الولي بالمحضون سفر نقله، وسفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر كشفائها من المانع للحضانة هو العذر الإضطراري وقد زال، فإذا زال المانع عاد الممنوع، أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم دخل بها، أو سافرت بإختيارها لعذر تم تامت بأن فارقها الزوج بطلاق أو فسخ نكاح أو وفاة، أو عاد من السفر الإختياري لا تعود الحضانة بعد زوال المانع لأن سقوط الحضانة كان بإختيارها فلا عذر[1].

أما جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة يرون إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء كان المانع إضطرارا كالمرض أو إختيار كالزواج والسفر والفسق لزوال المانع، لكن عند الحنفية في حال بالنسبة للبائن ولو قبل إنقضاء العدة، أما الرجعية فلا بد من إنقضاء العدة فيها.

والشافعية يرون أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل إنقضاء العدة على المذهب بشرط رضا الزوج بدخول المحضون ببيته إذا كان له فإن لم يرض لم تستحق

أما الحنابلة قرروا إستحقاق المطلقة للحضانة، ولو كان الطلاق رجعيا، ولو تنقضي العدة[2].

الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها وفقا للقانون.

المشرع الجزائري تناول الحضانة في المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري: " يعود الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته مثلا فإن حق الحضانة

[1]الدار المختار .، الشرح الكبير، الجزء الثاني، / 723، المغني المحتاج، ج 3/ 456 .

[2]وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 742 .

سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه، والذي سلب حق الحضانة من أجله وللتوضيح ندرج هذا المثال:

إذا كان حق الأم في حضانة ولدها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فإذا هذا الحق سيعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعد[1].

[1] د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 293 .

الفصل الثاني

دعاوى الحضانة وإشكالاتها

الفصل الثاني: دعاوى الحضانة وإشكالاتها

بعد التعرف على مفهوم الحضانة ومدتها وترتيبها وكذا إسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب ومدى الأساس الفقهي والقانوني الذي استند عليه وكذلك تمديدها وفي تطبيق معيار مصلحة المحضون، لأنها تحقق وتوفر الحماية القانونية للطفل، وقد خصت الشريعة والقانون شروط حتى يستطيع الحاضن أن يتولى رعاية الطفل المحضون.

كما أن انحلال الزواج يسبب الطلاق أو التطليق نطرح إشكالية الحضانة وتكون هذه الأخيرة الأم لاعتبارها أحن وأحق وعلى رعاية ابنها لكن قد يحدث بعض المعوقات التي تسقط حضانة هذه الأم وتجعلها تدخل في صراع مع الأب من حيث القضايا والدعاوي القضائية وبدعوى لإسقاط عنها الحضانة وبدعوى إسنادها للأب وكذلك حالات استرجاع الأم الحضانة وكذلك إشكالات الحضانة والزواج المختلط.

وعليه نتناول في هذا الفصل دعاوى الحضانة ومنه المبحث الأول بعنوان الدعوة القضائية للمحضون كدعوى لاستناد أما المبحث الثاني فكان إشكالات الزواج المختلط.

المبحث الأول: الدعاوى القضائية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري .

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى رفع دعوى قضائية تكون إما لإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها لطرف آخر وحتى تمديدها واسترجاعها .

المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة.

نتناول في هذا المطلب الدعاوي المدنية المتعلقة بالحضانة وهي كل من دعوى إسقاط الحضانة ودعوى إسناد الحضانة ودعوى تمديد الحضانة والإجراءات المتبعة.

الفرع الأول: دعوى إسقاط الحضانة.

لقد تطرق المشرع ج في المادة 66 من ق أ ج وما يليها إلى أسباب سقوط حق الشخص الموكل له الحق في الحضانة لموجب حكم قضائي، وهذا ما يؤدي إلى القول أن دعوى إسقاط الحضانة عمن كانت قد اسند اليه بموجب حكم قضائي يمكن رفعها من طرف أي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية لرفع هذه الدعوى، وترفع الدعوى أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وتكفي للشخص الذي يطالب بإسقاط الحضانة أن تسند إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة 66 ومايليها من قانون الأسرة الجزائرية، كزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم لمحضون، أو بالاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي أو كانت الحاضنة جدة أو خالة سكنت مع الأم المحضون المتزوجة بأجنبي إلى غير ذلك من الأسباب المحددة بموجب القانون، أو يستند إلى انتفاء احد الشروط الواجب توفرها في الحاضن كانحراف الحاضن أو فقد أهليته أو عدم القدرة على تكفل الحاضن بالمحضون[1]، أو لانتفاء احد

[1] حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001، ص:58.

الشروط الواجب توفرها في الحاضن كانحراف الحاضن أو فقد أهليته أو عدم القدرة على تكفل الحاضن بالمحضون.

و قد جاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا على أنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط بعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لهما وهي على هذا الحال حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية .[1]

ويشرط في طالب إسقاط حق الحضانة أن يطالب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره وشروط إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب للمحكمة إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير، وذلك لأنه لا يحق له أن يعبر عن إرادة غيره أو يجبر غيره على ممارسة حق شخصي خالص ويجب على القاضي في كل الأحوال أن يراعي المصلحة الفضلى للطفل .[2]

و كذلك جاء في قرار آخر: «إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة، وبناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مدة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان والنقض».[3]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/07/09 ، ملف رقم 33921 ، م ف ، 1989 ، ط 4 ، ص: 76

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

[3] المحكمة العليا، قانون. خاص 1979/02/05 ملف رقم 19303 ، ن ق ، 1981 ، العدد 1 ، ص:77.

و تنص المادة 69 ق أ ج على أنه:« إذا أراد الشخص الذي يمارس حق الحضانة أن تستوطن في بلد أجنبي بالمحضون عليه أن يراجع القاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون».[1]

و خلاصة القول أن الشخص الممارس لحق الحضانة بموجب حكم قضائي ويقيم في التراب الوطني ويريد أن ينتقل بالمحضون إلى بلد أجنبي ويقيم فيه، فإن القانون أوجب على الحاضن أن يراجع قاضي شؤون الأسرة ويرفع دعوى ضد الطرف الآخر بقصد طلب الإذن له بالانتقال فإن شاء أبقى له حق الحضانة إذا تحقق من أن مصلحة المحضون ستراعى، وأن شاء أسقطه، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا من المقرر قانون أنه إذا رغب شخص –الموكل له حق الحضانة– الإقامة في بلد أجنبي يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة لأم قد اشترطوا– تلقائيا– ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه في فرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجنائي. [2]

ومن مقرر قانون أنه في « في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون».

[1] قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05/ المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد15 .

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1993/06/23، ملف رقم91671، م ف، 1984، عدد1 ، مأخوذ عن الزواج و الطلاق في الشريعة الاسلامية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، طبعة 2001، ص:129.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن الحاضنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد خمس سنوات.

فإن القضاة بقضائهم لرفض دعوى الطاعنة اعتبارات لمصلحة المحضون طبق صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب الطعن[1].

الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة.

يقضي الأمر اللجوء إلى عون إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق أو الوفاة.

أولا: حالات الطلاق.

أنشأه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05.02 سنة 2005 وضعا آخر بالنسبة الحضانة بين فترة رفع دعوى الطلاق وبين إصدار حكم قطعي بالطلاق، حيث تنص المادة 53 مكرر في أ ج إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي أمور المستعجلة وفقا لإجراءات المادة 183 ف إ م.

ففي جميع الحالات تكون موضوع الحضانة من المسائل الجدية التي يفصل فيها قاضي الأمور الإستعجالية حالية الذي يصدر أمرا استعجاليا مؤقتا لإسناد حق الحضانة إلى الأم أو الأب وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون سواء الأم أو الأب أو غيرهما[2].

وتسند الحضانة للأب إذا وقعت الأم تحت طائلة الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز المحدد شرعا قانونا.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1996/15/21، ملف رقم 134951 م.ف، 1997، عدد 2، ص:86.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائرية في ثوبه الجديد، ص: 158.

وفي ذات السياق نصت مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة أن حضانة الولد تنتقل للأب متى أصبحت الأم غير مؤتمنة على أخلاق المحضون[1].

من المستقر عليه قضاءً«أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون»، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا بسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون[2].

ثانيا: في حالة الفقدان والموت.

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/1202 إذ جاء فيه « أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك بعد تطبيق صحيح القانون»[3] فتتجلى سلطة التقديرية للقاضي والتي تقتضي بم يضمن تحقيق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، إذ تنتقل الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة. [4]

وكذلك ما تقرر في قرار أخر بتاريخ 2001/12/26 إذ جاء فيه «إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم، إعمال المبدأ عدم تجزئة الحضانة»[5]، إذ يفهم من هذا كله أن المشرع قد احتفظ في ترتيب الحاضنين

---

[1] منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، الجزء 12، ص: 35.

[2] الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 131.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 2001/10/12، ملف رقم 256629، مأخوذ من نبيل صقر، قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص:121

[4] حميدو زكية، المرجع السابق، ص:349

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 2001/12/26، مأخوذ عن نبيل صقر وقمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص:122.

شرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين متى استدعت مصلحة المحضون ذلك.

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما الحالة الثانية تكون بدعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت إليه الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية سواء كان أحد الزوجين أو غيرهما من يرغب أن يستصدر حكم بالحضانة أن يقدم تصريح شفويا، أو عريضة كتابية موقعة منه أو من محاميه إلى رئيس كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون ويذكر عنوانه وهويته وهوية الطرف الآخر، ويوضح فيها الأسباب والمبررات التي دفعت بعد وفاة الحاضن الأول أو لإسقاطها عنه، ثم يقدمها إلى رئيس مكتب الضبط مرفوقة بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن أن تساعد وتدعم طلبه، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2009/09/16 بأنه تطبق المادة 64 من ق أ ج في صيغتها الجديدة الأمر 02/05 في حالة الطلاق والوفاة[1].

الفرع الثالث: دعوى تمديد واسترجاع الحضانة.

نصت المادة 65 من أج «تقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة إلى الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج، على أن يراعى في انتهائها مصلحة المحضون».

[1] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانةو اشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، سنة2014-2015 ص:17 .

ونستخلص أن مدة حضانة الأنثى هي 19 سنة هو سن الزواج حسب نص المادة7 ق أج، وعليه إذا كانت مصلحة الذكر المحضون تتطلب تمديد مدة الحضانة فإنه يجوز طلب تمديدها ويجوز للقاضي أن يحكم بذلك إلى غاية 16 سنة إذا توفر شرط كون الحاضنة طلبت التمديد هي نفسها أم المحضون، وشرط ألا تكون قد تزوجت ثانية وشرط أن يراعي في التمديد مصلحة المحضون[1].

جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر قانونا يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة النسبة للذكر إلى 16 سنة، إذا كانت الحاضنة أمه لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة وهذا ما تأكد في قرار أخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء في ملخصه«إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من ف أج»[2] .

لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي والحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد.

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرج السابق، ص: 178-179.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/04/12، ملف رقم 18918، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص: 192.

في حال تجاوز سن المحضون 10 سنوات وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون وهو حسب ماجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/02/10[1].

ونلاحظ أن المشرع قد حدد مرحلة إنهاء الحضانة ببلوغ المحضون أقصى سن للحضانة وينتهي حق الحضانة بالنسبة للمرأة الحاضنة ويلحق الصغير بوالده ومن يملك حق الضم من العصبات، والأب ملزم بأخذ الصغير لأنه ملزم بالنفقة، بالإضافة إلى أنه قادر على تأديب الولد وتعليمه والسهر على حمايته وحفظه وصيانته بعد تجاوزه سن الحضانة.

والحضانة تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى استصدار حكم ينشيء هذا الإنتهاء أو إسقاطها وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها بأن الطفلة المطالب بإسقاط حضانتها من طرف الطاعنة والمزدادة بتاريخ 1984/10/02 قد تجاوزت سن الزواج أي عمرها أكثر من 18 سنة وبالتالي أن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها[2].

المطلب الثاني: الأسس الإجرائية لدعوى الحضانة.

هناك إجراءات قانونية لابد أن يتم إتباعها لرفع الدعوى وقد أورد المشرع الجزائري بعض الشروط التي لابد من وجودها لرفع دعوى بمحكمة إما لإسقاط الحضانة أو إسنادها أو تمديدها.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2011/02/10. ملف رقم 599850، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص: 281.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2006/01/04، ملف رقم 347914، المجلة القضائية، العدد الأول، 2006، ص:449/ 450

الفرع الأول :قواعد الاختصاص.

أنواع القضايا التي نعالجها .

أولا / الاختصاص النوعي.

نرفع الدعوى بصفة عامة أمام قسم شؤون الأسرة كباقي الدعاوى المدنية وقد خص المشرع هذا القسم لنوع القضايا التي ينظر فيها على وجه الخصوص في المادة 423 ق إ م إ والمادة 426 ق إ م إ.

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية والطلاق وتوابعه كنفقة والحضانة والزيارة وفي حالة إذا ما سجلت قضية خطأ في القسم المدني يتم إخطار رئيس المحكمة الذي يفصل في الإحالة من قسم لآخر.

وتكون المطالبة بالحضانة بواسطة دعوى عادية أو استعجالية وبخصوص الأوامر على ذيل عريضة تكون في جميع التدابير المؤقتة خصوصا نفقة حضانة والزيارة والسكن حسب المادة 97 مكرر ق أ ج[1]. وترفع الدعوى بواسطة عريضة افتتاحية مكتوبة وموقعة، تودع بأمانة ضبط المحكمة بعدد نسخ تساوي عدد الأطراف، ويجب احترام الشكل المطلوب قانونا حسب ما أشارت إليه المادة15 ق إ م إ، ذلك تحت طائلة عدم القبول فالعريضة يجب أن تحتوي على ما يلي:

أ- تحديد الجهة القضائية المرفوع أمامها الدعوى.

ب- اسم ولقب وموطن المدعي عليه وإن لم يكن له موطن معلوم آخر موطن له.

ت- الإشارة إلى التسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

[1] بلحاج عربي، المرجع السابق، ص:383.

ث- عرض موجز للوقائع والطلبات والوثائق والمستندات المؤيدة لدعوى وعلى ذكر الوثائق نصت المادة 08 الفقرة 2 من ق إ م إ وجوب تقديمها بالغة العربية، ومصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول .

ثانيا / الاختصاص الإقليمي: تحدد المادة 426 ق إ م إ الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا الطبعة كل نزاع.

و حسب المادة 426 ق.إ.م.إ فإنه « يكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الحضانة، وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة ومنه المحكمة المختصة في الفصل في دعاوى تمديد الحضانة، هي المحكمة التي يقع في دائرتها اختصاصها مكان ممارسة الحضانة بعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد المحضون في نطاق اختصاصها قانونا[1]».

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى.

إن شروط قبول الدعوى يتمحور حول تلك الشروط الخاصة لصلاحيتها للنظر فيها ولسماعها وهي شروط متصلة بأركانها وهم المدعي والمدعى عليه، والحق في رفعها باعتباره مستقلا عن ذات الحق المطلوب حمايته أو تقريره[2] .

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا من خلال المادة 13 منه شروط قبول الدعوى وهي شروط متصلة بأشخاصها وهم المدعي والمدعى عليه حيث تنص المادة أنه « لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له صفة والمصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون»[3].

[1] عماري سناء، المرجع السابق، ص:46.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ، ص:326.

[3] زكية حميدو، المرجع السابق، ص:62.

أولا: شروط الصفة.

يكون المدعي ذا صفة في المطالبة إذا كان هو صاحب الحق المطالب به فإذا كانت الدعوى حق، وجب لتوافر الصفة في المدعي تحقيق ما يشترطه القانون في جانبه لهذا الغرض.

وعليه فإن دعوى التمديد تكون للأم وحدها فهي من تملك الحق في التمديد لكن إذا تبين على الأم سوء الخلق أو حالات التي تسقط عنها الحضانة فالأب من يملك الحق والصفة في المطالبة لإسقاطها ورفع دعوى لإسناد هذه الحضانة له، يكون وفق مصلحة المحضون والسلطة التقديرية للقاضي[1].

ثانيا: شرط المصلحة.

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء للقضاء هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فإذا انتفت تلك المصلحة لفائدة رافعها فلا تقبل دعواه، والعلة في ذلك واضحة حيث إضاعة وقت وجهد العدالة وانشغالها بدعاوى لا فائدة منها.[2]

والمصلحة المحققة في دعاوى الحضانة هي كل من له حق ومصلحة في رفع دعواه والمطالبة بحقه أمام القضاء أن يستفي شروط المصلحة والصفة كأن:

- تشرط المصلحة في دعوى إسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب تكون باختلال أحد أو بعض شروط الحضانة وعليه ومتى توفرت الشروط الشرعية والقانونية يصبح من حقه أن يقيم دعوى أما المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها.

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:385.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص:370.

- مكان ممارسة الحضانة ويطلب إصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من كانت قد حكمت له بها، ويطلب في نفس الوقت إسنادها له، وهو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة عن الأم وشروط إسنادها إليه شخصيا.[1]

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1988/11/07 بقوله « من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا في قضية الحال- أن المجلس القضائي كما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الزوجة لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن»[2].

المطلب الثالث: الأثر الجزائي المترتب عن الحضانة.

يعد المساس بحرية الطفل اعتداء خطير على حريته سواء كان ممن لهم حق رعايته، أومهما كان الدافع لارتكاب جريمة، سواء انتقاما بسبب حقد بينهما أو تعسف في استعمال حق من الحقوق.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم المحضون إلى الحاضنة.

ينص المادة 328 ق.ع.ح «يعاقب الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم وأي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...».

[1] عماري سناء، المرجع السابق، ص:62.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/07/ملف رقم 50270، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد3، ص: 48، مأخوذ عن جمال سايسي الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص:488.

وإن كان نص المادة 328 ق عج يمثل الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تسلين طفل إلى حاضنة، فسوف نستعرض فيما يلي كل من الركنيين المادي والمعنوي وكذا العقوبة المقررة لهذه الجريمة[1]، من أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون، حتى في مواجهة أبويه وأقاربه.

أولا / الركن المادي لجريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى الحاضنة.

هذه الجريمة تعتمد على نشاط سلبي من الجاني الذي صدر ضده الحكم بالحضانة، فركنها المادي يقوم بمجرد الامتناع لا تعقبه نتيجة إجرامية، وقد نصت المادة على بعض الشروط التي لابد أن تتوافر وهي متعلقة بصفة الجاني وكذا المجني عليه ووجوب صدور حكم قضائي بالحضانة.

1- صفة الجاني في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون.

جاء في نص المادة 328 ف ع ح التأكد من صفة الجناة وهو الأب والأم فهما الأبوان الشرعيان المباشران للطفل.[2]

وأن عبارة «أي شخص آخر» لا تجعلنا نتوقف لمعرفة من هم الأشخاص الآخرين الذي يطالهم نص المادة 328 ق ع ج هل هم أقرباء الصغير أو شخص آخر لا صلة له به ولا حق له في حضانته؟

وللإجابة عنها نرجع إلى نص المادة 327 ق ع ج الذي جاء فيها « كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به بعاقب بالحبس من سنتين إلى خمسة سنوات» فهذا النص جاء عاما أي كل شخص يقوم برعايته كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا تقوم بتسليم الطفل إلى من له حق

[1] أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، الجزائر، ص:174.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني لاشغال التربوية ، 2006 ، ص:174.

الحضانة يعد مرتكب لجريمة عدم التسليم[1]. والفرق بين نص المادة 327 والمادة 328 ق ع ج هو أن الأولى تنطبق على كل شخص وضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن تسليمه، أما المادة 238 ف ع ج فتطبق على الأبوين فقط والأقارب الذين لهم حق حضانته شرعا.

2- **صفة المجني عليه (المحضون):** القاصر المنوه عليه في 328 ق ع هو طفل لم يكمل سن الرشد، وهو 19 سنة حسب ما نصت عليه المادة 40 ق م ومن ثمة فتحديد السن في قانون الأسرة وحسب نص المادة 65 ق أ ج فالطفل الذكر لابد أن يكون سنه أقل من 16 سنة والفتاة أقل من 19 سنة.[2]

كما يجب أن يثبت فعلا أن الطفل المطلوب تسليمه موجود حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع عن التسليم، أما إذا كان الطفل موجود في منزل الأسرة التي يعتبر المتهم أحد أعضائها، المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس **المنزل**، فإنه لا يمكن أن يعتبر المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم التسليم، فلا يمكن معاقبته.[3]

3- **صدور حكم قضائي بالحضانة لمطالب بالتسليم.**

يشترط في الحكم القضائي بالحضانة أن يكون نافذا، سواء كان الحكم نهائيا أو مؤقتا، كما هو الشأن في الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل.

ويجب أن يكون هذا الحكم قد صدر عقب دعوى الطلاق، أو صدر بصدد دعوى مستقلة يرفعها كل من يرى بأن له الحق في الحضانة، كما يستوي أن يصدر الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو بصفة مؤقتة، كما تجدر الإشارة إلى أن الطعن

---

[1] بن وارث م، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الجزائر، دار هومة، 2003، ص: 164.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، ص:124-125.

[3] بن وارث م، المرجع نفسه، ص: 165.

بالنقض لا يبرر رفض الزوج تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة، إذ ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف، وهذا ما يستشف من نفس المادة 238 ق إ م إ[1].

ثانيا / الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنته.

يتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام، ويتحقق القصد الجنائي بعلم الجنائي، الأب والأم أو أي شخص ممن له الحق في الحضانة، بأن الطفل موجود لديه وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضي إسناد الحضانة إلى شخص آخر، وإذا تمسك الممتنع عن تسليم الطفل بأنه الطفل هو من الذي يرفض الالتحاق بحاضنته، هنا القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة ففي حكم صادر عن محكمة سيدي عيسى قضى ببراءة أم كانت تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضى له بحضانتهم،

فلما يثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن أولادها الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم، حكمت المحكمة ببراءتها.

ثالثا / إجراءات المتابعة والجزاء لجريمة الامتناع عن تسليم الطفل لحاضنته.

كما هو واضح في نص المادة 328 ق ع ج فإن هذه الجريمة تكيف جنحة عقوبتها الحبس من شهر واحد إلى سنة والغرامة من 20.000 إلى 100.000دج كما أن العقوبة قد ترفع إلى 3 سنوات حسب الفقرة الأخيرة من المادة 328 ق ع في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الجاني[2].

[1] سناء عماري، المرجع السابق، ص:64.

[2] د حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع، ص:27

وحماية لهذا المحضون أقر قانون الإجراءات الجزائية قواعد من شأنها حماية المتضرر، وذلك من خلال تحريك الدعوى العمومية، ويقصد بذلك مطالبته بواسطة النيابة العامة بالقضاء الجزائي لتوقيع العقوبة على مرتكب الجريمة، وعليه فأول إجراء يتخذه المتضرر من هذه الجريمة تحريك الدعوى العمومية بناءً على شكوى أمام الضبطية القضائية طبقا لنص المادة 1/17 ق إ ج كما يمكن تقديمها للنيابة بناءً على نص المادة 36 ق إ ج، كما قد تأخذ منحنى آخر نص عليها قانون الإجراءات الجزائية من إيداع الشكوى لدى المحكمة القضائية أو إجراءات الاستدعاء المباشر المنصوص عليها بموجب نص المادة 337 ق إ ج[1].

الفرع الثاني: جريمة اختطاف الحاضن من حاضنته.

تتمثل هذه الصورة في قيام الأب أو الأم بأخذ القاصر بعيدا ولو بدون تحايل أو خدع من الشخص الذي وكلت إليه حضانته، ودون تمييز للمكان الذي كان يتواجد فيه المحضون سواء كان منزل العائلة أو أي مكان آخر.

وكذلك أضافت المادة 328 ق ع ج « ... وكذلك كل من خطفه مما أوكلت أليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن»[2].

أولا / الركن المادي لجريمة اختطاف الحاضن من حاضنته.

1- إبعاد المحضون:

هو سلوك إجرامي سلبي، يتمثل في نقل المحضون ممن له الحق في المطالبة به، ونقله من مكان إقامته العادية والأماكن التي وضعه فيها من له السلطة عليه، إلا أن المتفق عليه في هذا المجال أن الجريمة تعد قائمة مهما كانت مدة الإبعاد، وقد

[1] فضيل عيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر، 2008، دط، ص:27.

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

يكون المتهم صاحب حق الزيارة هو الذي أخذ المحضون ممن صدرت لصالحه الحكم بإسناد الحضانة ولم يقم بإرجاعه.

2- حمل الغير على خطف المحضون:

وهو دفع شخص أجنبي على خطف المحضون من المكان الموجود فيه[1]، وحتى ولو دون عنف أو تحايل حسب المادة 328 ق ع ج « ...أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده بغير تحايل أو عنف.» وكون في هذه الحالة كل من الفاعل الأصلي والشريك في دائرة واحدة، وتجعل من الشريك فاعلا مباشرا لأنه ساهم مساهمة مباشرة في الفعل[2].

3- توفر الحكم القضائي بالحضانة:

قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون حكم القاضي، بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل، وغير نهائي كونه محل استئناف.

فالحكم قد يكون مؤقت أو نهائي، إلا أنه يجب أن يكون الحكم الصادر عن القضاء الوطني، أما إذا صدر عن القضاء الأجنبي فلا يجب الإستناد عليه إلا إذا احتوت على الصيغة التنفيذية للحكم[3].

ثانيا / الركن المعنوي أو النية الإجرامية.

ممكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية، ولهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته أو الأماكن وضع فيها أو حمل غير على خطفه وإبعاده، بدون الاهتمام للغرض والوسائل التي تم

[1] أحمد بوسقيعة، الوجيز في قانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص: 175.

[2] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص: 213- 214.

[3] حسينة شرون، المرجع السابق، ص: 23-24.

بواسطتها عملية الاختطاف، وتبقى النية مفترضة وعلى المتهم إثبات حسن النية وعدم توفر عنصر القصد السيئ، ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد[1].

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة وعدم تنفيذ الزيارة.

أولا / جريمة عدم تسديد النفقة.

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 331 ف ع، حيث جاء «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عدم تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى وزوجه أو أصوله أو فروعه، ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم...».

وذلك تدعيما لنص المادة 75 ق أ ج التي تنص على أن نفقة الولد يجب على والده ما لم يكن له مال.

إذ يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل المنصوص عليه في نصر المادة 323 ق إ م إ بعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ، وعند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن مع الإشارة أن الدفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به، لا يحول دون قيام الجريمة، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية بعد دفع المبالغ المستحقة[2] .

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص:127.

[2] أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص:177/176.

ثانيا / جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة:

إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم الصادر بحق الزيارة فإما أن يكون لامتناعه مبرر، وإما لا يكون لامتناعه مبرر، والأصل أنه لا يوجد مبرر لامتناعه ويقع على عاتقه أن يثبت وجود مبرر للامتناع، وفي حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم، فيتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأجيل استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري، ويباشر إجراءات للمتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة لمجرد تسليمه الشكوى من طرف الآخر[1].

ويفهم من نص المادة 328 ق ع ج أن حق الزيارة جاء على سبيل الاستنتاج، وفي هذا الصدد يكون حق الزيارة ضمن الحقوق التي يمنحها القانون لمن له حق حضانة الأطفال من أحد الأبوين، وذلك من خلال تحليل المواد التالية: المادة 64 ق أ ج التي تنص على أنه: « على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وكذلك المادة 2/6 من الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا التي تنص على « كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بم في ذلك بين حدود البلدين».

المادة 70 من نفس الاتفاقية تنص: «يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص: 128.

كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر[1]».

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة وحلولها.

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحواها الشخصية، وإن كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها، خاصة إذا كان الزواج مختلطا، ولذلك سعت أغلب التشريعات بم فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط[2] خاصة بعد الانفصال، لأنه يكون الأطفال هم الضحايا.

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط.

وأحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم يكون بإبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالات، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة[3]، لذلك سنتناول هذا الموضوع :

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر.

حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا اتفاقية في 21 يونيو 1988 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى.

---

[1] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط ، المصادق عليها بالمرسوم رقم88_144 ، المؤرخة في 1988/06/26، ج ر، رقم30، سنة1988، المواد6 فقرة 2 و المادة 7

[2] وهيبة الزحيلي، المرجع السابق، ص:302.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المرجع السابق، ص:129.

وجاء في المادة 6 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى« يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا لأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل البلدين وفيم بين حدودهما».

كم ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدارهم حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 ق أ ج[1] غير أنه هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، ومن بين المشاكل التي قد نتصادق معها هي إسناد الحضانة إلى الأم- لكونها أولى بحضانة الطفل- من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 ق أ ج، وهذا لتربية الولد على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية؟

لكن لا نجد لاتفاقية تنص على حل وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، رغم معالجة الاتفاقية الثانية لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل عالقة م11 من الاتفاقية.

[1] مرسوم رقم88-144 المؤرخ في 120ذو الحجة عام 1408 الموافق ليوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988م، ج، ر، رقم 30 الصادرة بتاريخ 27-7-1988

كما أنم الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة، م5 من الاتفاقية:« إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل».

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

وبالتالي فلا حل لها وهذا ما يرجح عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية[1].

الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

في حالة عدم وجود اتفاقية تطبق القانون المدني الجزائري من المواد 10 إلى 20 ومن 10 إلى 16 القانون الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية خلال آثار انحلال الزواج وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص: «أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.» بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج أي قانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 13 ق م[2].

ومن المقرر قانون أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 من ق م/2 نجدها أخضت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى، في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 ق م

[1] حميدو زكية، مرجع سابق، ص:149.

[2] علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، عدد02، 2010، ص:77-78.

ج أن القانون وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي.

ومهما تكن الإشكاليات التي تعترض سبيل القضاة، فإنه عليهم دائما إصدار أحكام، وإلا عدّ ذلك إنكار للعدالة، وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند إسناد الحضانة إو إسقاطها مصلحة المحضون[1].

وفي هذه الحالة نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بالطلاق بين جزائرية وإيطالي، أن المحكمة قد طبقت المادة 2/12 ف م ج، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الصادر في 1996/07/14 نظر لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الإبتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من المادتين 13/12 ف م ج جاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي:« حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا لمادة 13 ف م ج عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه، ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه[2].

[1] حميدو زكية، المرجع السابق، ص:149.

[2] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص:238-239

المطلب الثاني: حق المحضون في الزيارة.

أوجبت الشريعة الإسلامية رؤية المحضون وجعلته حقا مشروعا لكل من المحضون والوالدين، وهذه المشروعية ثابتة بالكتاب السنة والإجماع وسنتناول هنا موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في مكان الزيارة.

الفرع الأول: مكان الزيارة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أولا / مكان الزيارة في الفقه الإسلامي.

الأصل في تحديد مكان الزيارة أن يكون بالاتفاق بين الطرفين ومن يقرر حق الزيارة شريطة ألا يكون ذلك المكان ماسا بمصلحة المحضون.

وفي حالة تولي القاضي تحديد مكان ووقت الزيارة فإنه ينبغي عليه أن نحترم الشروط التالية:

1- ألا يكون المكان المحدد من الأم يذهب الطمأنينة في نفس المحضون.

2-ألا يكون في المكان المحدد قضائيا ما يكبد طرفي الخصومة مشقة أو عناء.

3-أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطل[1].

و يرى الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بين ما إذا كان سفر الحاضنة لنقله أو الإنقطاع تسقط حضانة الأم وينتقل لمن هو أولى بالحضانة، والأب هو الأولى بالمحضون، ويقيد أولوية الأب أن لا يكون هدفه إنتزاع الولد منها .

[1] محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص: 672.

ويرى الحنفية أنه ليس لأب أو الولي أخذ الصغير ممن له الحضانة من إسناد والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة[1].

ثانيا / مكان الزيارة في التشريع الجزائري.

نصت المادة 69 من ق أ ج «إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي راجع لأمر القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون، فثبوت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي، لذا قضت المحكمة العليا في قرارها أنه من المقرر شرعا وقانون أن تسقط الحضانة سبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر»، حيث جاء في القرار رقم 14290 بتاريخ 1998/12/15، حيث أنه بالفعل لا يصح شرعا تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضده لأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها لساعات محددة[2] .

الفرع الثاني: كيفية ممارسة الحق في رؤية المحضون.

أولا / ممارسة حق رؤية المحضون في الشريعة الإسلامية.

للأم الحق في رؤية المحضون إذا لم تكن هي الحاضنة، ويرى فقهاء المالكية لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهم المحضونين فلو كان الطفل في حضانة أبيه فاللأم الحق في أن تراه في كل يوم إن كان صغير، أما إذا كان كبير فلها رؤيته في كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب سواء قبل بلوغ الصغير سن التعليم أو بعد بلوغه[3] .

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:391

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم273526، بتاريخ2001/12/26، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و أثر المحكمة العليا، العدد 1 ، السنة 2004، ص:272

[3] سهام كربال ، المرجع السابق ، ص: 27 .

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، أما فيم يخص حق الزيارة فيكون مرة في الأسبوع أو أكثر كل يوم، أما الأحناف فيرون أن الأب يزور محضونه كل يوم أما إذا كان هو الحاضن فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوع، أما غير الأم فلها حق رؤية الصغير كل شهر على الأقل، أما الحنابلة فقد رأوا أن الصغير مميز له حق اختيار الالتقاء نهارا مع أبيه وأمه، أما إذا كانت بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب[1].

ثانيا: ممارسة حق رؤية المحضون في قانون الأسرة الجزائري.

جاء في الشطر الثاني من المادة 64 ق أ ج على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، ويعني أن القاضي عند حكمه يحل الرابطة الزوجية بحكم بإسناد الحضانة إلى صاحبها لو كانت الأم أو الأب وبعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب.

أما في حالة ما إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أن يحكم بحق الزيارة المحضون سنوات معينة[2].

ولم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا، كما استقر القضاء في الجزائر على الحق في الزيارة في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية على أن الزائر لمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، فحق الزيارة أحاطه المشرع بجملة

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص:274.

[2] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر، 2008، ص: 258.

من الضمانات في المادة 69 ق أ ج للإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون .

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1990/08/16 أنه يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد 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 أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم لما يحتاجون إليه، ويتعاطف معهم، ومن ثم جاء القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر ويكون قد خرق القانون[1].

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد من الأشخاص الذين لهم حق الاستقبال أو الزيارة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد فقراتها«من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا».

كما أن المادة 64 ق أ ج قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنه المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون نص حق الزيارة وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من الدائرة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لِما لَم يطلبه الخصوم.

المطلب الثالث: إلتزام الحاضن برقابة المحضون .

نتناول في هذا المطلب المسؤولية التي تقع على عاتق الحاضن برقابة المحضون بسبب صغر سنه أو مرضه .

ففي الفرع الأول تطرقنا لشروط قيام هذه المسؤولية، وفي الفرع الثاني الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن .

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 59784 بتاريخ 1990/04/16، ص:12.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية الحاضن عمن هو تحت رقابته .

المادة 134 ق م ج، والتي تشترط لقيام مسؤولية متولي الرقابة توفر شرطين:

أولا / الإلتزام بالرقابة :

بتطبيق المادة 134 ق م ج على الحاضن فإنه لا بد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للقيام بشؤونه[1].

و المشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 من ق م ج ب: 19 سنة [2] . لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنه ب: 10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، أما إذا بلغ المحضون سن الرشد حسب المادة 40 من ق م ج فإنه يتحرر من الرقابة فإنه يتحرر من الرقابة سواء كانت قانونية أو إتفاقية إذا كان سليما، لكن إذا أصيب بعد إكتمال سن الرشد بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة [3] .

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص: 270 .

[2] المرجع نفسه، ص:271.

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

ثانيا / صدور عمل غير مشروع ممن تحت الرقابة " المحضون " .

لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة " المحضون" فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن على أساس الاهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب[1].

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن .

لا تقوم مسؤولية الحاضن إلا إذا وقع العمل الضار من المحضون حسب نص المادة 134 ق م ج .

أولا / الخطأ المفترض في واجب الرقابة .

إن الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو الاخلال بما عليه من واجب الرقابة، فالمفترض هو عدم قيام متولي الرقابة بواجبه، فإذا إرتكب المحضون عملا غير مشروع، أفترض أن الحاضن قد قصر في رقابته، فمكنه بهذا التقصير من إرتكاب هذا العمل، ويتسع إفتراض الخطأ لمدى أبعد، كإساءة تربية الشخص المعهود إليه رقابته فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع [2].

فإذا قام المحضون بالتعدي على الغير بالضرب والسب مثلا، وكان من يحضنه أبوه أو أمه، فالمفروض أنهما قصرا في رقابة الولد أو أساءا في تربيته، أو أنهما إرتكبا الخطأين معا، وعليه فلا مسؤولية إذا إنعد واجب الرقابة، لأن الغرض من هذا الواجب هو منع المحضون من الإضرار بالغير بسبب حالة القصر أو حالته العقلية أو الجسمية فلا يتحمل هذه المسؤولية سوى الحاضن .

---

[1] خليل احمد حسن قدادة، المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادرالإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص:1136.

أما إذا تحققت المسؤولية فكلما أوقع المحضون ضررا بالغير افترض أن سبب الضرر هو تقصير وإهمال في واجب الرقابة من الحاضن، فواجب الرقابة هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم الاضرار

بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه بل قد يكون قد وفى بإلتزاماته، مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن إفتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس[1].

كما إفترض المشرع أيضا العلاقة السببية بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متوليها وبين الفعل الضار الذي قام به المحضون . وتعتبر هذه العلاقة قائمة إلى حين إثبات العكس من طرف الحاضن، لأنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس[2].

ثانيا / دفع الحاضن للمسؤولية .

نص المادة 134 ق م ج على: " ....و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " . وعليه يستطيع أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه بوسيلتين وهما: نفي الخطأ عنه وذلك بإثبات أداء واجب الرقابة من جهة، ونفي العلاقة السببية من جهة أخرى .

1 – إثبات أداء واجب الرقابة .

إذا أثبت الحاضن عدم إخلاله بواجب الرقابة الملقى على عاتقه بأن ادعى أنه قام بواجبه حسب ما ينبغي من العناية، وأخذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة بمنع

[1] علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، د ن ، الجزائر، 2007، ص: 122.
[2] المرجع نفسه، ص: 123 .

المحضون من الإضرار بالغير، فسمح له بممارسة لعبة معينة يمارسها من هم بواجبه حسب ما ينبغي من العناية، وأخذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة

بمنع المحضون من الإضرار بالغير، فسمح له بممارسة لعبة معينة يمارسها من هم في سنه من دون رقابة، أو مارسها في الاماكن المعدة لذلك، أو أنه منعه من ممارسة بعض النشاطات الخطيرة بالغير.

بمنع المحضون من الإضرار بالغير، فسمح له بممارسة لعبة معينة يمارسها من هم في سنه من دون رقابة، أو مارسها في الاماكن المعدة لذلك، أو أنه منعه من ممارسة بعض النشاطات الخطيرة بالغير.[1].

فإذا رقع الضرر يتولى القاضي تقدير العناية التي بذلها الحاضن تنفيذا لواجبه، وينظر القاضي على وجه الخصوص في نجاعة التدابير التي اتخذت من قبل الحاضن لمنع الاضرار بالغير، وكذلك في شرعية الرخص الممنوحة لممارسة بعض النشاطات أو اللعب، ويعتمد القاضي في تقديره على عوامل منها: سن المحضون والظروف الزمانية والمكانية والبيئية وخطورة الألعاب، وتقدر العناية التي بذلها الحاضن على ضوء عناية الرجل العادي[2].

كما قد يقوم الحاضن بنفي مسؤوليته عن طريق الدفع بإستحالة الرقابة في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار والتي منعته من رقابة المحضون ولم يتمكن من منعه، ومن بين هذه الظروف: وجوده بعيدا عن المحضون، كأن يكون غائبا وقت الضرر، أو لكون المحضون موجودا وقت الحادث تحت رعاية شخص آخر [3] .

---

[1] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص: 125.

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص: 273 .

[3] المرجع نفسه، الصفحة ذاتها .

2- نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة .

إن العلاقة السببية مفترضة، فلا يكلف الشخص المضرور بإثباتها، بل يتولى الحاضن نفيها بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض.

في جانبه، فوقوعه كان بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض في جانب الحاضن وبين الضرر الذي أصاب المضرور وأنه كان لابد من وقوع الضر ولو إتخذ الحاضن كل الإحتياطات المعقولة لمنعه فلم يكن الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو السبب في حدوث الضرر [1].

3- قيام المسؤولية في حالة عدم نفيها .

إذا لم يستطع الحاضن نفي الخطأ المفترض في جانبه الذي يعدم وجود ركن الخطأ، ولا نفي السبب الأجنبي فينعدم ركن العلاقة السببية، تقوم المسؤولية في جانبه لأنها مسؤولية مفترضة، فهي استثنائية وإحتياطية أوجدت حماية لمصلحة الضحية على حساب المسؤول المدني " الحاضن " . وهي تقوم بمجرد أن تثبت الضحية أن الضرر الذي أصابها هو من فعل المحضون، عندئذ يحق للمضرور أن يطلب التعويض من الحاضن إذا كان المحضون غيرمميز، لأن مسؤولية الحاضن تقوم بصفة أصلية، ولذا فلا يتصور رجوع المضرور على غير المميز بما وقع [2] .

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 1139 .

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 187.

أما إذا كان المحضون مميز، فإن مسؤوليته تقوم بجانب قيام مسؤولية الحاضن، ولذلك فيكون للمضرور أن يرجع على أي منهما منفردا أو عليهما معا، ويكونان متضامنين في أداء كامل التعويض الذي يقضي به القاضي[1] .

فإذا رجع المضرور على من إرتكب الخطأ بالذات " المحضون" وإستوفى منه كل التعويض المستحق إن كان له مال فلا رجوع له بعد ذلك على الحاضن، وإذا رجع على الحاضن وإستوفى منه كل التعويض فلا رجوع له بعد ذلك على من إرتكب الخطأ[2] .

وإذا أدى الحاضن التعويض كاملا أو جزئيا للمضرور فيجوز له الرجوع بما أداه على المحضون وفي هذه الحالة لا يستطيع المحضون أن يمتنع على الرد لسببين:

– أنه مميز فينسب إليه الخطأ وعليه أن يتحمل النتيجة طبقا للمادة 125 من ق م ج

– أن مسؤولية متولي الرقابة تقررت لمصلحة الغبر وليس لمصلحة المشمول بالرقابة، ولذا لا يصح أن يتمسك بوجوب التزام متولي الرقابة بتعويض الضرر [3] .

بعد تبيان التزامات كل من الحاضن والمحضون، فإن تنفيذها لا يكون أبديا، إنما ينتهي بإنتهاء مدة الحضانة أو بسقوطها عمن أسندت إليه .

[1] المرجع نفسه، الصفحة ذاتها .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص : 1142 .

[3] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص: 187.

خاتمة

خـــاتمة

توصلنا من خلال هذا العرض أن للمحضون أهمية كبيرة سواء في الشريعة الاسلامية او في قانون الأسرة الجزائري، فهي تمس أكثر المواضيع الحساسة لدى النساء والرجال والأطفال على حد سواء، ومن المؤسف أن قضايا الطلاق هي الأكثر تداولا على مستوى القضاء، ومنها المسائل التعلقة بالحضانة بإعتبارها مسائل تبعية لدعاوى الطلاق .

فالشريعة الإسلامية بإعتبارها أقوم الشرائع السماوية وأشملها للقوانين والقيم التي تسير الكون فقد عالجت جميع شؤون ومتطلبات الأسرة على الخصوص .

أما المشرع الجزائري حرص على الطفل المحضون ورعايته بإعتباره الضحية الأولى بعد الطلاق، ولهذا ترك مراعاة الرعاية والعناية والقدرة على التربية على عاتق القاضي للتأكد منها وتوافر شروطها، بوضع المحضون عند الحاضن الذي يثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها، وعليه فاللقاضي السلطة التقديرية الغير مطلقة المقيدة بشروط قانونية، من حيث تمديد الحضانة بحسب مقتضيات مصلحة المحضون وكذا إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال تحقق أسباب سقوطها .

و بإعتبار أن الطفل المحضون له أهمية بالغة، تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02 الذي قرر ضمانات جديدة إشتمل على مايلي:

تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة محاولة منه المساواة بين جهة الأم والأب وإقرار مبدأ التداول في الحضانة .

التأكيد على أن عمل المرأة ليس سببا لسقوط الحضانة عنها.

و تكريسا لحماية المحضون من القضايا الناتجة عن حل الرابطة الزوجية والمنتشرة على مستوى المحاكم، ومنها جريمة الامتناع عن تسليم المحضون، وجريمة خطف المحضون

من الأب أو الأم لاسيم بعد إسناد الحضانة، وتزداد هذه الظاهرة شدة في حالة الأزواج المختلفي الجنسية وتهريب الأطفال الجزائريين للخارج والتي تواجه عقبات دبلوماسية عن طريق إبرام إتفاقيات والتي تم بموجبها فتح إنابات قضائية ما بين الدول المتعاقبة والتي تطرح إشكالات مع الدول الأخرى لعدم إتفاقيات في هذا الشأن .

بالرغم من هذه التعديلات ما زال هناك بعض الفراغ التشريعي الذي تبين جليا في دراسة النصوص القانونية، وواقعها القضائي فيمل يخص أحكامها .

و يتضح أن الفقه والتشريع الجزائري حرصا على توافر الشروط الضرورية في الحاضن وحقوق كل من الحاضن والحاضنة، وبعد دراستنا لموضوع الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة للاب بعد سقوطها عن الأم إرتأينا إدراج بعض التوصيات والإقتراحات التي تتمثل في :

-إعادة صياغة المادة 62 من ق أ ج ورفع اللبس فيها، بتحديد الشروط اللازم توافرها لمن يكون أهلا للحضانة .

-وضع نص قانوني ينظم حلول للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط بإبرام إتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف بتحديد كيفية ممارسة حق الزيارة وكذا الإنتقال بالمحضون .

-تسليط الضوء أكثر على قضية الزواج الثاني للمرأة بعد الطلاق وتأثيره على حقها في حضانة الأطفال، وتكمن أهمية هذا الأمر في عدم حرمان المرأة المطلقة من وجود فرصة ثانية بزواجها برجل غير محرم وتأسيس حياة جديدة دون حرمانها من حقها في حضانة أبنائها .

و في الأخير يبقى الباب مفتوحا لمزيد من البحوث والدراسات في هذا الموضوع الحساس لأنه يمس كيان الأسرة من الناحية الشرعية والقانونية .

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

قائمة المراجع

أولا: السنة النبوية

ثانيا–المعاجم: المغني لأبي عبد الله بن قدامى، الجزءالتاسع.

ثالثا–الكتب:

1– التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010 .

2–ابن القيم الجوزية، زاد الميعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، سنة 1994.

3–أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، الجزائر.

4–أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر ، 2014.

5–بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 .

6–بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، 2000.

7– بن وارث م، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الجزائر، دار هومة، 2003.

8– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الاولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

9– بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، طبعة2011، الجزء الأول .

10-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999 .

11- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثاثة، مؤسسة الرسالة الجزء العاشر، بيروت، لبنان .

12-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادرالإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000 .

13-عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، الطبعة 2، سنة1976 .

14- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005 .

15- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة 1996 .

16- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني لاشغال التربوية، 2006 .

17- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط1، إحياء التراث العربي.

18-عبد العزيز سعد، اجراءات ممارسة في شؤون الأسرة أمام المحاكم الإبتدائية، دار هومة، الجزائر، سنة 2013.

19- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، سنة 2007 .

20-عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت، لبنان، سنة 2010.

21- علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007.

22- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، عدد02، 2010.

23- فضيل عيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر، 2008.

24- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق.

25- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011 .

26- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .

27- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة الالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.

28- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار مقارنة في المذاهب والسنة والمذهب الجعفري، الطبعة الرابعة، سنة 1973، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، سنة 1994.

29- محمد يوسف مرسي، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، سنة 1956.

30- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009،

31- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، بيروت، سنة 1997 .

32- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة " الزواج والطلاق "، الطبعة الثانية، دار هومة، سنة 2008 .

رابعا- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، تاريخ2005 .

ب-رسائل الماجسيتير:

1-حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001 .

2- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007 .

3- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، سنة2015

4- نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والإجتماعية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2001 .

5- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة2011.

خامسا- النصوص القانونية والتنظيمية :

أ- الاتفاقيات :

1- الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988م، ج، ر، رقم 30 الصادرة بتاريخ 1988-7-27.

النصوص القانونية:

1- القانون رقم(06-23) المؤرخ في 2006/12/20، المعدل والمتمم للأمر (66-156)، المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية، عدد84، الصادر في 2006/12/24.

2- القانون رقم (84-11)المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل09 يوليو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، النعدل والمتمم للأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 15 .

3- القانون رقم (08-09) المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد21.

ج-المجلات:

1- بلقاسم عقالي، تعديلات قانون الأسرة، مجلة المحاماة، منظمة المحامين، ناحية باتنة، العدد الاول، سنة2005.

2- نورة بنت عبد الله المطق، منشور في البحوث الاسلامية، العدد 91 .

حسيبة شرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع .

3- نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها، مجلة الرافدين للحقوق، كليةالحقوق، جامعة الموصل، المجلد 16، العدد59، السنة 2008 .

4- منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، الجزء 12.

سادسا- الأحكام القضائية:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 05/ 02/ 1975، الملف رقم 19303، 1981 ، العدد 1.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 09/ 1984/07، الملف رقم 33921، 1989 ، العدد 4 .

3- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية 1985/12/30 ملف تحت رقم37789 "غير منشور" أخذ من بلحاج العربي الإجتهادات القضائية.

4- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/07/ملف رقم 50270، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد3، ص: 48، مأخوذ عن جمال سايسي الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، ج1.

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 04/16/ 1990، الملف رقم 59784، 1991، العدد 3 .

6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23/ 06/ 1993، الملف رقم 91671، 2001 ، العدد 1 .

7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 21/ 05/ 1996، الملف رقم 134951 ، 1997 ، العدد 2 .

8-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 04/12/ 1998، الملف رقم 18918، 2001 ، العدد 1 .

9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/ 10/ 2001، الملف رقم 56629 ، مأخوذ عن نبيل صقر، قمراوي عز الدين .

10-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 26/ 12/ 2001، الملف رقم 73526، 2004 ، العدد 1.

11-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 21/ 05/ 2003، الملف رقم 30242، 2006 ، العدد 2 .

12-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17/ 02/ 2011، الملف رقم 599850 ، 2012، العدد 1 .

سابعا- المواقع الإلكترونية

1. Startimes.com
2. Htt ps://www.Elkhabar/erss/articl
3. Htt ps://www.Elkhabar/new star/articl2019

فهرس الموضوعات

العناوين	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
مقدمة	أ– ث
الفصل الأول: أحكام إسقاط وإسناد الحضانة فقها وقانونا.....	06
المبحث الأول: مشروعية إسقاط الحضانة عن الأم فقها وقانونا.....	07
المطلب الأول: مفهوم وأهمية الحضانة فقها وقانونا.....	07
الفرع الأول: تعريف الضانة لغة وفقها وقانونا.....	07
الفرع الثاني: أهمية الحضانة فقها وقانونا.....	09
المطلب الثاني: مدة الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها فقها وقانونا.....	11
الفرع الأول: المدة المحددة لممارسة الحضانة فقها وقانونا.....	12
الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها وقانونا.....	15
المطلب الثالث: مسقطات الحضانة عن الأم في الفقه والقانون.....	20
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة عن الأم في الفقه	20
الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة عن الأم في القانون.....	22
المبحث الثاني: مشروعية إسناد الحضانة للأب فقها وقانونا.....	24
المطلب الأول: شروط إستحقاق الأب للحضانة وفق الفقه والقانون.....	24
الفرع الأول: شروط إستحقاق الأب للحضانة وفق الفقه.....	24
الفرع الثاني: شروط إستحقاق الأب للحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....	28

المطلب الثاني: تطبيق معيار مصلحة المحضون كأساس لإسناد الحضانة للأب.....	32
الفرع الأول: رأي الفقه والقانون في إسناد الحضانة للأب.....	33
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون لإسناد الحضانة للأب.....	35
المطلب الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها وفق الفقه والقانون.....	38
الفرع الأول: عودة الحضانة لمستحقيها فقها.....	39
الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها قانونا.....	39
الفصل الثاني: دعاوى الحضانة وإشكالاتها.....	**42**
المبحث الأول: الدعوى القضائية للمحضون في القانون الجزائري.....	43
المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة دعوى إسقاط الحضانة.....	43
الفرع الأول: دعوى إسقاط الحضانة.....	43
الفرع الثاني: دعوى إسناد الحضانة.....	46
الفرع الثالث: دعوى تمديد الحضانة.....	48
المطلب الثاني: الأسس الإجرائية لدعوى الحضانة.....	50
الفرع الأول: قواعد الإختصاص.....	51
الفرع الثاني: شروط قبول دعوى لحضانة.....	52
المطلب الثالث: الأثر الجنائي المترتب عن الحضانة.....	54
الفرع الأول: جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه.....	54
الفرع الثاني: جريمة إختطاف محضون من حاضنه.....	58
الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة وعدم تنفيذ حكم الزيارة	60

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة من الزواج المختلط وحلولهم.....	62
المطلب الأول: إشكالات الزواج المختلط.....	62
الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود إتفاقية مع الجزائر.....	62
الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية الجزائر.....	64
المطلب الثاني: حق المحضون في الزيارة.....	66
الفرع الأول: مكان الزيارة في الفقه الإسلامي والتشريع الحزائري.....	66
الفرع الثاني: كيفية ممارسة الحق في رؤية المحضون	67
المطلب الثالث: التزام الحاضن برقابة المحضون.....	69
الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية الحاضن عن من هو تحت رقابته.....	70
الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن.....	71
خاتمة.....	77
قائمة المراجع.....	80
الفهرس.....	88

قائمة المختصرات:

ص: صفحة .

غ .أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية .

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري .

ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية .

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري .

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري .

م.ع: المحكمة العليا .