وزارة التعليم العالي البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور القضاء الجزائري في تقدير مصلحة المحضون

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالبتين:

- داودي نصيرة
- بن حركات باهية

إشراف:

* د.عشير الجيلالي

لجنة المناقشة:

الدكتورة: كرتوس أنيسة..... رئيسا

الدكتور: عشير جيلالي..... مشرفا و مقررا

الأستاذ: بونوة عبد القادر.....عضوا

السنة الجامعية: 2020-2021

شكـــــــــر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ..) سورة التوبة: الآية 105

أوّلًا وقبل كلّ شيء، فإنّ الشكر لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ووفقنا لبلوغ ما نبتغي و نرضى.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

أولا الشكر الجزيل للأستاذ الدكتور "عشير الجيلالي" على قبوله الإشراف على مذكرة تخرجنا ونحن ممتنين له على رحابة صدره و إثراءه لبحثنا بتوجيهاته القيمة.

كما نتقدم بشكرنا لكل من ساندنا وبث فينا روح العزيمة والإصرار على مواصلة هذا العمل إلى نهايته.

إهـــــداء

إلى سر وجودي في هذه الحياة إلى اللذين تعبا من أجلي وغمراني بحبهما وحنانهما لأخوض معركة الحياة

إلى من سهرا على تربيتي و تعليمي و إرشادي حتى هذه المرحلة حفظهما الله إلى الوالدين الكريمين .

إلى من دعمني من أول وهلة و لايزال يدعمني إلى آخر لحظة إلى زوجي العزيز إلى بنتاي الغاليتين نور و مراد

إلى إخوتي الأعزاء

بن حركات باهية

إهـــــــداء

إلى كل عائلتي الكريمة وعلى رأسهم الأب والأم الكريمين حفظهما الله.

إلى كل إخوتي الأعزاء وأخص بالذكر عصافير العائلة "لؤي عبد الإله، سجود، تسنيم آية الرحمان، وفرح آية الرحمان"

وإلى نفسي إهداء خالصا.

داودي نصيرة

مقدمة

مقدمة:

تعتبر علاقة الزواج من أنبل الروابط، لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ * وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ*﴾[1] [الروم، الآيتين 22- 21].

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم واحترم الزوجين لبعضهما البعض، هذه العوامل لها أثر فعّال في سلوك الأولاد، حيث تساعدهم على التوافق النفس والعقلي والشعور بالاستقرار والأمان في ظل أسرة متماسكة.

فالحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميّزه وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وغسل ثيابه في سنّ معيّنة.[2]

فهي إذا حفظ الصغير ومن في حكمه (العاجز والمجنون والمعتوه) مما يضره بقدر المستطاع والقيام بتربيته وقضاء مصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته، هذا الحق أقرّته الشريعة الإسلامية بمجموعة من الضمانات حماية للصغير، كما أنّ المشرّع الجزائري خصّص المواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة الجزائري مقرا فيها حق الطفل في الحضانة[3].

لابد من الإشارة إلى أنّ القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصبّ التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه ففي كل الحالات يكون للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه ومنه نكون بصدد ما

---

[1] – سورة الروم، الآيتين 20- 21.

[2] – رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الأول، عقد الزواج في الإسلام، مكونات العقد وواجبات الزوجين، الدار الجامعية، د ب ن، 2001، ص 392.

[3] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 15، بتاريخ 2005/02/27.

يسمى "السلطة التقديرية"، وتنعدم هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظم من قبل القانون في جميع عناصره.

وتعدّ المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتّب عنهما من آثار بالغة الأهمية من أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة الزواج بوصفه الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة التي تعدّ الخلية الأساسية للمجتمع ولكي تستطيع المحافظة على متانتها ووحدتها يجب أن تقوم على أسس راسخة.

ومن هنا تعرف السلطة التقديرية بأنها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبير بحسب النظر والمقايسة في الأمور المعروضة أمامه بجميع مراحلها ابتداءً من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في الأنواع المعروض عليه، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي.

من هنا يمكن القول أنّ السلطة التقديرية تدل على القوة والصلاحية التي تمنح لقاضٍ معيّن القيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتهيئته والتدبّر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى.

فالسلطة اصطلاحا لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله عزّ وجلّ، فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منحه ما تفيده كلمة السلطة من قوة والصلاحية، وأن يتمكّن من استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفّذ نتائجها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

والتقدير اصطلاحا تبيين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية والتقدير تحديد كل مخلوق بحدّه الذي يوجد من حسن أو قبح ونفع أو ضرر وغيرهما.

وعليه يمكن القول أنّ السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية قانوني تخول له إعمال نشاطه في فهم الوقائع المطروحة أمامه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معيّنة، وبذلك يخضع القاضي للرقابة القضائية.

بما أنّ الحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل فإن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل إنه عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الحكام التي يصدرها.

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى ما يلي:

* اعتبار قضايا الحضانة من أكثر الدعاوى المطروحة أمام القضاء، وهذه الدعاوى عادة ما تظهر بعد الطلاق وانتهاء الزوجية، فمن المؤسف أنّ ظاهرة الطلاق تزداد بشكل ملحوظ في مجتمعنا حاليا ما نتج عنه انعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة على الأولاد المحضونين، لذلك جاء سبب اختيار هذا الموضوع لمعالجة نصوص مواد الحضانة، ولبيان ما إذا كانت تلبي احتياجات الطفل وتحقق مصلحته أم لا.

* الميولات الشخصية لهذا الموضوع ألا وهو موضوع الحضانة لأنه موضوع حساس.

* الكشف عن الدور الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة وسلطته في مراعاة مصلحة المحضون.

* تحديد سلطة وحرية القاضي في إسناد الحضانة.

* إعطاء الحلول المناسبة لمثل هذه النزاعات والتي تنصبّ لمصلحة المحضون.

* محاولة معرفة مدى إلمام المشرّع بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة المحضون.

إشكالية الدراسة:

من خلال دراستنا لبحثنا هذا والذي نعالج فيه موضوع الحضانة وبالأخص مصلحة المحضون، حيث أننا سنتطرّق إلى تحديد دور القاضي في ذلك، وبالتالي سنطرح الإشكال التالي: ما هو دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون وكيف يكون تدخله في ذلك؟

ما هي ضوابط السلطة التقديرية التي منحها المشرّع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسألة إسناد الحضانة؟

3- أهداف الموضوع:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع نستشف بلوغ المقاصد التالية:

توضيح العمل والسلطة التي يتمتع بها القضاء في حلّ النزاع والخلاف الحاصل في مسائل الحضانة، كما أنه نرجو أن تسهم هذه الدراسة في إبراز أهم الطرق والسبل التي يتّبعها المشرّع الجزائري لتحقيق مصلحة المحضون من خلال مناقشة التعديل الذي أدرجه في ترتيب الحاضنين.

4- المنهج المتّبع:

- **المنهج الاستقرائي:** من خلال استجماع نصوص وقوانين التشريع الجزائري.

- **المنهج الوصفي:** من خلال إثارة مواقف القضاء والمبادئ التي اعتمدها الاجتهاد. القضائي وعلى أساسها يتم إصدار قرارات المحكمة العليا.

- **المنهج التحليلي:** من خلال تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة.

5- خطة البحث:

من خلال الإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين، حيث تطرّقنا في الفصل الأول إلى الحضانة في قانون الأسرة الجزائر، بحيث قمنا بإدراج مبحثين، الأول تحت عنوان ماهية الحضانة والثاني يتمثل في سلطة القاضي في إسناد الحضانة.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان الآثار المترتبة عن دور القاضي في اسناد الحضانة تقديرا لمصلحة المحضون وينقسم هو الآخر إلى مبحثين، الأول حول المصلحة المادية والمعنوية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري وجاء المبحث الثاني بعنوان الإشكالات التي تواجه القاضي في اسناد الحضانة والرقابة القضائية عليها.

وفي الأخير جاءت الخاتمة لتقديم حصيلة لما سبق وأعقب ذلك الفهرس.

الفصل الأول

الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار المنجرّة عن انحلال الرابطة الزوجية خاصة في صورتها الأولى المتمثلة في الطلاق، وهي البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التّكفّل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية بشؤونه، فالأصل في الحضانة يتمثل في مصلحة المحضون والتي تعتبر العمود الفقري لها، ومن هنا اعتبرت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية للطفل، وهو ما أثّر إيجابا على التشريعات الوضعية، ولقد وضع المشرّع الجزائري لهذا الغرض عدّة مواد من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري والتي وضعت مجموعة من القواعد والأساليب لحماية الطفل المحضون.

ومن خلال هذا الفصل سندرج في المبحث الأول ماهية الحضانة، وفي المبحث الثاني سلطة القاضي في إسناد الحضانة.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

يثبت للطفل ثلاث ولايات، وما نحن بصدد دراسة الولاية على التربية أو ما يسمى بالحضانة والرعاية والتربية من الحقوق التي أقرّتها الشريعة الإسلامية وجاء بها قانون الأسرة الجزائري، ومن أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الزواج؛ الحضانة.

وبهذا سوف نتعرّض في هذا المبحث إلى مفهوم الحضانة من خلال تعريفها وذكر الخصائص وهذا في المطلب الأول، فسنتعرّض إلى أصحاب الحق في الحضانة وشروطها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل الفقهية والقانونية التي خصّها الشارع الحكيم بمجموعة من الأسس الشرعية والأحكام، لما لها من أهمية في تحقيق الصلاح للمجتمع بصفة عامة، والطفل المحضون بصفة خاصة، إلا انه ينبغي على من يتولاها تحقيق أهدافها ومضمونها الشرعي، لذا سنتطرّق إلى تعريف الحضانة وذكر خصائصها[1].

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولا: التعريف اللغوي:

الحضانة بكسر الحاء وفتحها مصدر الفعل حَضَنَ، والحِضن بالكسر الجنب: هو صدر الإنسان أو عضداء وما بينهما أو ما دون الإبط إلى الكشح، يقال: حضنت المرأة ولدها أي جعلته في أحد شقيها وقامت بتربيته، واحتضن هذا الأمر تولى رعايته والدفاع عنه[2].

[1] – الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 4، ط 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980، ص 211.

[2] – د. خالد عبد العظيم أبو غاية، حقوق المحضون، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 155.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

هي حفظ الصغير ورعاية شؤونه وتربيته والقيام بمصالحه من قبل من له الحق في ذلك.[1]

ثالثا: التعريف القانوني:

لم يخرج المشرّع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة إلا في حالة استعماله للفظ الولد بدلا من الصغير، وانطلاقا من كون تعريف المشرّع الجزائري للحضانة اعتمد فيه أهدافها وهي:

1- تعليم الولد: يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا.

2- تربيته على دين أبيه: ساير المشرّع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زوج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوّه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري المعدّلة بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي ينص على التحريم المؤقت ونوّه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأنّ العكس جائز شرعا وقانونا.[2]

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرّع في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ...".[3]

أي أنّ الحضانة للأم ولو كانت كافرة، ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل، وهذا ما

[1] – محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة، جامعة جرش، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ/ 2008م، ص 383.

[2] – ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، 2012، ص 125.

[3] – المادة 26 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

جسّده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: "لا يسقط اكتساب الحضانة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردتها على الدين الإسلامي[1].

3- السهر على حماية الطفل صحيا وخلقيا: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي، مما ينجر عنه اضطرابه نفسيا وعقليا.

كما أنّ حمايته تتطلّب أيضا تأديبه وتنشئته السوية، وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشّرع ويجيزه تأثيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها تجاه الغير[2].

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

الهدف من الحضانة هو نفع الولد، لذا كانت الحضانة واجبة، فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة فهذا يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة فنجده حقا مشتركا، ولما أنها حق مشترك، فهل هذا يعني أنّ الحاضن يحق له أن يمارسها بمقابل مالي؟

كما سنبيّن إمكانية تجزئة هذا الحق في حالة تعدّد المحضونين، بمعنى هل يستطيع أخذ بعضهم دون الآخر؟

أولا: الحضانة من النظام العام:

ترك الحضانة تضييع للطفل، لذا هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية والفطرة[3].

---

[1] – القرار رقم 457038 الصادي في: 2008/09/10، م م ع، 2008، ع 2، ص 313ن نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 3، 2013، ص 1462.

[2] – ديابي باديس، المرجع السابق، ص 126.

[3] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 350.

اعتبرت الحضانة لازمة كون أنّ الصغير يولد عاجزا عن تولي شؤونه بنفسه، حيث انه يكون بحاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بتربيته ويتكفّل به، فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فإنه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة الذي يؤهله لأن يكون مقبولا في بيئته التي نشأ فيها، وطريقة الحياة هذه يعبّر عنها في علم الاجتماع أو الأنتروبولوجيا الاجتماعية بالثقافة[1]، إذ تعتبر الحضانة من النظام العام، وليس للأبوين تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتّفقت الأم مع والد الطفل على التّخلي عن الحضانة لأي سبب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها، وقد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيها الشروط كاملة ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها، إذ أنّ ذلك لمصلحة الطفل[2].

ثانيا: الحضانة حق مشترك:

تتّصف الحضانة بصفتين متكاملتين، فهي من جهة حق لكل من المحضون والحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، وبالتالي إذا وقع الطلاق بين الزوجين ينتج مباشرة حق الأم في المطالبة بالحضانة[3].

من جهة أخرى هي حق للصغير كونه بحاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في المرحلة الأولى من حياته، لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه.

فإذا لم يحدّد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن ذلك فإن حقها في الحضانة يسقط، ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها فإنها تجبر على الحضانة لكي

[1] – سامية بن قوية، آثار الحصانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، 2010، ص 141.

[2] – عزيزة حسين، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 44.

[3] – نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 93.

لا يضيع حق المحضون في التربية والرعاية، فإذا أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حق الصغير[1].

على اعتبار أنّ الحضانة حق للحاضنة من جهة والمحضون من جهة أخرى فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون.

ويتبيّن مما سبق أنّ المشرّع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبر المشرع الجزائري الحضانة حق للحاضن ولكن قيّد هذا الحق بعدم الإضرار بمصلحة المحضون، فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير.

يترتّب على كون الحضانة حق للصغير ما يلي:

– لا يجوز للأم الحاضنة إسقاط حقها في الحضانة في مقابل مادي تأخذه من أب المحضون، لأنها بذلك تفوت حق الصغير، وهي بذلك لا تملك إسقاط حقه، فلو فعلت ذلك لا يصح الصلح ولا تستحق البدل الذي اصطلحت عليه.

– لو خالعت الأم الأب على أن تترك حقها في الحضانة مدة الحضانة فإن الخلع يصح ولكن يبطل البدل لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك.

– إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الصغير ولم تستكمل شروط الحضانة في غيرها لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانته وذلك محافظة على مصلحة الصغير.[2]

ثالثا: الحضانة بمقابل مالي:

عندما تسند الحضانة إلى الحاضنة، فإن هذه الخيرة بإمكانها ممارستها بأجرة أو تبرعا، وفي ذلك اختلاف بين قائل بوجوب الأجر وبين معارض لذلك.

[1] – حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 153.

[2] – بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الجقوق، جامعة الجزائر، ع 1، الجزائر، 1994، ص 44.

1- أجرة الحضانة:

أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير وهو ما يشبه النفقة لأنه جزء من نفقة الصغير، ويجب من مال الصغير إن كان له مال، أو مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال وله شبه بالأجرة لأنه يعطي للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بتربيته وحفظه[1].

لقد اختلف الفقهاء في القول بأجرة الحضانة من عدمها، فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على ممارسة حضانتها سواء كانت أما أو غيرها بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس حضانته، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء، والحاضنة تقبض النفقة من الوالد لنفقتها على المحضون[2].

أما الشافعية فإن الحاضنة تستحق الأجرة سواء كانت أما أو غير أم، وهي غير أجرة الرضاعة، فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله، وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدّر لها كفايتها حسب حالها[3].

أما الحنفية فقالوا بوجوب أجرة الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين الوالد، ولم تكن معتدّة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدّة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل لأن الجرة حسب رأيهم ليست عوضا خالصا، بل هي كأجرة لقوله عزّ وجلّ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ

[1] – عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الحوال الشخصية، ج 2، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 194.

[2] – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 86.

[3] – سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 152.

كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾[1] [الآية 06، سورة الطلاق].

أما المشرّع الجزائري فإنه لم يقل بأجرة الحضانة، حيث انه لم يشر إليها في المواد 75- 76- 77- 78 ليظل هناك إشكال فيما يخص أجرة الحضانة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، وعليه فلابد من الرجوع إلى آراء المالكية، لأن المشرّع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

2- المدين بأجرة الحضانة:

أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع، وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده، فإن كان الأب معسرا عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويؤديها إلى الحضانة، وإذا كان الأب قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمر بالأداء ويجب إذا أداها من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر[2].

ويستخلص من ذلك ما يأتي:

- أجر الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف النفقة.

- أجرة الحضانة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء على خلاف نفقة الصغير.

[1] - سورة الطلاق، الآية 06.

[2] - عمرو عيسى الفقي، الموسوعة في الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 194.

– أنّ الم تجبر على ما عجل لها من اجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها[1].

3– التّبرّع بالحضانة:

إذا أبت أم الولد أن لا تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرّع بحضانته، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بان كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلّم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل من محارمه.

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب، فإن كان الأب موسرا لا يعطي للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها، لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة، ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به.

رابعا: عدم تجزئة الحضانة:

يقصد بتجزئة الحضانة أن يقتصر على طلب الأم في الحضانة على الإناث دون الذكور أو العكس، أو تختار الأصغر سنا، فيما تتمتع عن حضانة الآخرين رغم أنّ ذلك من حقها، وعند عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، ومن اجل المحافظة على الأبناء دون التفرقة بينهم والمحافظة على ترابطهم عالجت المحكمة العليا هذه المسألة وأصدرت فيها قرارا بعدم تجزئة الحضانة للأم إن كان لها الحق فيها، وهو عدم السماح لها من تحضن من الأبناء.[2]

[1] – المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

[2] – م ع غ أ ش قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 2549 م ق 1989، ع 4، ص 77.

حيث جاء في القرار: "أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي وحيث أنّ المبدأ الذي استقرّ عليه الاجتهاد القضائي هو أنّ الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرّر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أمهم أولى وأحق، وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشّرع في هذا الباب.

فلا مجال لتجزئة الحضانة وتفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعد أن فرقا عن أحد أبويهم فالأصلح لهم البقاء والعيش معا سواء كانت الحاضنة أمهم أم غيرها حتى بلوغ السن المحددة لانتهاء الحضانة وذلك من أجل الحفاظ على الأبناء خاصة في هذه المرحلة من العمر من الناحية النفسية والاجتماعية، لهذا فتجزئة الحضانة تعدّ سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.[1]

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وشروط ممارستها

سنتناول في هذا المطلب الثاني الحاضنين من الناحية الفقهية والناحية القانونية التي وضعها المشرّع الجزائري عن طريق إجراء مقارنة بينهما، وكذا إجراء مقارنة بين الترتيب الحاصل في القانون قبل التعديل وبعده.

الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي

بما أنّ المشرّع لم يبيّن من خلال عبارة الأقربون الأشخاص المعنيين باستحقاق الحضانة، فإنه يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

[1] – عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع 15، 2005، ص 198.

إذا فاقت درجة الحضانة الرتبة السادسة وبالرجوع إلى الآراء الفقهية نلاحظ أنها تختلف في تحديد كمراتب الأشخاص على حساب كل مذهب من المذاهب الأربعة.

أولا: القريبات من المحارم:

1- القريبات من المحارم في المذهب الحنفي:

يستند أصحاب هذا المذهب الحضانة للقريبات الحاضنات على النحو التالي: الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم الأخت لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت للأم، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة للأم، ثم الخالة للأب ثم بنت الأخت للأب ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ للأم، ثم بنت الأخ للأب، ثم العمة الشقيقة ثم العمة للأم، ثم العمة للأب، ثم الخالة لأب الشقيقة للأم، ثم عمة الأم الشقيقة للأم فالأب، وعمة الأب الشقيقة للأم فالأب[1].

2- القريبات من المحارم في المذهب المالكي:

يتم الترتيب للقريبات من المحارم ابتداءً من الأخت الشقيقة على التي للأم، وهذه الأخيرة على التي للأب، ثم عمة أخت أبيه ثم عمته أخت أبيه أخت جده ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم التي للأم، وبعدها التي للأب، ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي للأم وتليها التي للأب، وإذا اجتمعن رجح بنات الأخ على بنات الأخت وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا، فإن تساوين من كل وجه تقدّم دوما الشقيقة على التي للأم، وتقدّم هذه الأخيرة على التي للأب[2].

[1] – محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 3، مطبعة السعادة، مصر، 1966، ص406.

[2] – وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 7، ط 2، دار الفكر، د ب ن، 1985، ص 726.

3- القريبات من المحارم في المذهب الشافعي:

يتمثل في الأخت ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدّم الشقيقات على غيرهن والتي للأب تقدّم على التي للأم.

4- القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي:

يتم الترتيب بدءً من الأخت الشقيقة، ثم الأخت للأم، ثم الأخت للأب فالحاضنة الشقيقة، ثم الأخت للأب فالخالة الشقيقة، ثم الخالة للأم، ثم الخالة للأب فالعمة ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ولا وجود لحضانة عمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بابن أم وهو من ذوي الأرحام، وعمات الأب يدلين بالأب وهو من أقرب العصبات، ثم أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه[1].

ثانيا: العصبات من المحارم من الرجال:

لقد حدّدت المادة 150 من قانون الأسرة الجزائري مفهوم العاصب بأنه من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له، وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود للعاصب في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حدّدت المادة 153 من قانون الأسرة الجزائري هذا الصنف حسب أربع جهات وهي: البنوة، الأبوة، الأخوة والعمومة.

إن ترتيب هذه الفئة يكون بناءً على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالميراث وولاية النّكاح.

[1] – سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 1، دار المنار، 1986، ص 64.

وحسب المذهب المالكي الذي جعل الجد أسبق من الأخ وهو الجد للأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق أو للأم ثم يليه الذي للأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، وبالتالي يحق له حضانة الطفل، ثم أبناء العم[1].

ثالثا: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام:

تشمل غير العصبة من الرجال وهم: الجد أبو الأم، ثم الأخ للأم، ثم ابن الأخ للأم، ثم العم للأم ثم الخال الشقيق ثم الخال للأب، ثم الخال للأم، ولا ينتقل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن لا يوجد من القريبات من المحارم أو العصبات من المحارم من الرجال أحد مستحقي الحضانة بأن لا يوجد أحد أصلا، أو لا يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة[2].

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في التشريع الجزائري

عالج المشرّع الجزائري ترتيب الحاضنون للمحضون، في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[3]، وهذا في الأمر رقم 02/05 والذي عدّل بموجب الأمر رقم 11/84، وسنتطرّق إلى ترتيب الحاضنين قبل وبعد التعديل.

[1] – التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، كتاب الأحوال الشخصية، ط 2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 879.

[2] – محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص407.

[3] – قانون الأسرة المعدّل لعام 1984، بموجب المرسوم رقم 02/05 بتاريخ 27 شباط 2005.

أولا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم 11/84:

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.[1]

الملاحظ من خلال دراسة هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري ركّز على الأم وأقاربها وبالتالي هي في الدرجة الأولى، وبعد ذلك يأتي في الدرجة الثانية الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنّ المشرّع الجزائري رتّب أصحاب الحقوق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة، هذا ما جاءت به المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1984/04/02 "متى كان من المقرّر شرعا أنّ حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق".

ثانيا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم 02/05:

تنص المادة 64 من هذا القانون على أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[2].

من خلال الترتيب الذي جاء به المشرّع الجزائري بعد التعديل جعل الأب مساوٍ لدرجة الأم إلى حدّ ما كان أن المشرّع لم يغفل عن مصلحة المحضون، ولم يضع حدودا للقاضي في إسناد الحضانة وإبراز مصلحة المحضون، بل جعل له كامل السلطة التقديرية في ذلك لأنه يرجع تقديره حسب المكان والزمان وظروف كل من الأب والأم والمحضون.

[1] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمّم.

[2] – قانون الأسرة المعدّل عام 1984 بموجب المرسوم رقم 02/05 بتاريخ 27 شباط 2005.

ثالثا: تقسيم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل:

– المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة الأمر 11/84 من قانون الأسرة الجزائري[1].

– المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري نصت على: الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة الأمر رقم 02/05[2].

– جاء ترتيب الجدة للأم بعد أم المحضون في المادة 64 من الأمر 11/84.

وبعد التعديل في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بموجب المر 02/05 أصبح الأب في المرتبة الثانية بعد الأم عوضا عن الجدة للأم، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

ولكن هذا التعديل طرح إشكالا يخص بالدرجة الأولى أم المحضون لأنه بعد التعديل أصبحت الأم تتخوّف من إعادة الزواج حتى لا يسقط حقها في الحضانة، وبذلك تفوت على نفسها فرصة الزواج مرة ثانية وإعادة بناء حياة جديدة.

[1] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم.

[2] – قانون الأسرة المعدّل 1984 بموجب المرسوم رقم 02/05 بتاريخ 27 شباط 2005.

الفرع الثالث: شروط مستحقي الحضانة

إنّ قانون الأسرة الجزائري في المادة 2/64 اكتفى بالقول انه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو قول عام ومبهم لا بدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح[1].

وهذا ما يؤدي بنا إلى التوجه مباشرة إلى الاستنجاد بالقواعد العام التي تضمنها قانون الأسرة والقواعد التي تضمنتها اجتهادات الأئمة والفقهاء المسلمين في مجال شروط الحضانة.

وبالتالي واستنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى الشروط الأساسية وهي مقسمة إلى شروط عامة وأخرى خاصة[2].

أولا: الشروط العامة الواجب توفرها في النساء والرجال:

نصّت عليها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وهي أهلية الحاضن وبلوغه والقدرة على التحمل، فالعجز وكبر السن والمرض يسقط حق الحاضن في الحضانة لعدم قدرته على القيام بأعبائها، وهذه الشروط تحول الحضانة من حق إلى التزام[3].

1- العقل: اتفق جمهور الفقهاء أن تكون الحاضنة متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه، لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية، وكل من المجنونة أو المعتوهة تحتاج إلى من يتولّى أمورها، فلا يعقل أن يوكل إليها

[1] – سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، ط 2، 2009، ص 140.

[2] – سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر، دار هومة، ط 3، 1996، ص 295- 296.

[3]– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2004، ص 111.

تدبير شؤون غيرها، كما أنّ ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، في حين أن الغاية من الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب المنفعة له[1].

2- المقدرة: وهي التمكن من القيام بشؤون المحضون اللازمة لنموه وحفظه من الهلاك ولذلك لا يكون أهلا للحضانة العاجز عن ذلك جسمانيا لعلة فيه، كالعمى والأخرس وكبير السن أو المصاب بمرض مزمن أو مرض معدي وغيرها من الأمراض التي قد تمنع هذا الحاضن من العناية بالمحضون أو تعرضه للضرر.[2]

3- الأمانة: الأمانة على الخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فلا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه، فلا يصح أن يكون أمينا على غيره[3].

أما بالنسبة للإسلام فقد اختلف الفقهاء في المرأة الكتابية، حيث ظهرت عدّة آراء واتّفقوا جميعا أنّ المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا أو امرأة.

في القانون الجزائري نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لا يشترط أن يكون الحاضن على دين الإسلام، ولكن في المقابل يجب أن يربى المحضون على دين أبيه وإلا كان مضيِّعا للولد، وبالتالي يمكن القول أنّ شرط الأمانة غير متوافر فيه، وعلى هذا الأمر سار قضاء المحكمة العليا حيث جاء فيه: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردّتها عن الدين الإسلامي"[4].

---

[1]- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 97.

[2]- براهيمي حنان، (أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا)، مجلة المنتدى القانوني دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 4، 2007، ص 55.

[3]- جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 590.

[4] - براهيمي حنان، مرجع سابق، ص 56.

4- الأهلية: يشترط في الحاضن أن يكون بالغا[1]، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني، وهو تمام 19 حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري[2] والإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد حول موقف الصغيرة التي تزوّجت قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص من رئيس المحكمة، فهل تستحق الحضانة أم لا؟

إنّ المشرّع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة، ولكن يمكن القول أنه مادامت الفتاة مؤهلة للزواج وبالتالي فالأم قادرة على تربية الطفل وهي متزوجة رغم صغر سنها كذلك هي قادرة على احتضانه وهي مطلقة، إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك[3]، وهذا ما نستخلصه من الفقرة الخيرة من المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء:

1- أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:

اتّفق الأئمة الأربعة: المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنيفة على أنّ الحضانة تسقط بالتزوّج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم في ذلك ما رواه "عبد الله بن عمر" أنّ امرأة قالت: "يا رسول الله؛ إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له شفاء، وزعم أبوه أن ينتزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلّم:"أنت أحق به ما لم تنكحي"[4].

---

[1] – محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 149.

[2] – عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 185.

[3] – صالح بوغرارة، حقوق أ في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 68.

[4] – جمال الدين عبد الله بن يوسف الذيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج 3، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، ط 1، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 265.

إذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم للصغير من جهة الرحم، كعم المحضون فلا يسقط حقها في الحضانة، والهدف من شرط ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم منه لأنه ربما لا يعطف عليه، فيتعرّض الطفل لنظرات القسوة والبغض والأذى، لأن زوج الأم قد يكره الصغير بمجرّد الزواج، حتى ولو لم يدخل بها، لأن حديث الرسول (ص) جاء مطلقا، ولم يقيّد بالدخول، وهذا وحده كاف لعدم استحقاقها للحضانة، وإذا طلقت الحاضنة فلا تعود إليها الحضانة إلا في الطلاق البائن دون الرجعي، لأن الزوجية تبقى قائمة في الطلاق الرجعي وهذا هو الرأي الذي اعتمده الحنابلة والحنفية والشافعية وجمهور الفقهاء.

أما المالكية فيرون أنه لا بد من الدخول بالزوجة حتى تفقد حقها في الحضانة، لأنها تنشغل بزوجها[1]، وتجد الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على انه "سقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" فلا بد أن يكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع[2].

2- عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

إذا أقامت الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ولو كان قريبا سقطت حضانتها لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته، وفي إقامتها مع المبغض للولد تعريض له للأذى، فإذا تزوّجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانته، وحضنته جدته (أم أمه) فهذه الأخيرة لا حضانة لها إذا سكنت مع ابنتها المتزوجة إلا إذا انفردت بسكن آخر وهذا ما نصّت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري[3].

[1] – عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 187.

[2] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 265.

[3] – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص 552.

3- ألا تكون امتنعت عن حضانة الصغير والأب معسرا:

نصّ الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر[1].

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال:

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى:

إذا كان الحاضن ذكرا يشترط أن يكون عنده من يحضن الإناث كزوجة أو خادمة ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطبقة للوطء كابن عمها إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا، والسبب في اشتراط أن يكون للحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة هو أنّ الرجال لا قدرة لهم على رعاية أحوال الطفل مثل النساء[2].

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

المبدأ في حضانة الرجال هو الميراث، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما، فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه[3].

بالرغم من أنّ توفر الشروط وكذا الترتيب الذي أوردته الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري التي أدرجناها في المبحث الأول، إلا انه تبقى السلطة التقديرية للقاضي في إسناد

[1] – أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 603.

[2] – التواتي بن التواتي، المبسّط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، المرجع السابق، ص 880.

[3] – باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 125.

الحضانة وذلك من خلال مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما سنتطرّق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في اسناد الحضانة

تخضع الحضانة لمبدأ هام وهو مراعاة مصلحة المحضون فنجد نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كلها تؤكد على ضرورة أخذه بعين الإعتبار.

ولأجل ذلك وضع الفقهاء قواعد خاصة لحماية هذه المصلحة وقرروا تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة، وهذا درءا للمفاسد ورعاية لحاجيات الناس.

لذلك وجب علينا تبيين مؤدى قاعدة مصلحة المحضون وهذا ما تطرقنا إليه في المطلب الأول وفي المطلب الثاني تطرقنا الى سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون في اسناد الحضانة.

المطلب الأول: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في ق أ ج

ان هذه القاعدة هي قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية وكان العمل بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عليهم فمن المواقف التي تؤكد ذلك ماحدث بين ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما فقد روي ان عمر كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد ان اعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي ابي بكر الصديق رضي الله عنه فأعطاها اياه وقال لعمر:" ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك "[1].

[1]– جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، الجزء الثالث، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان ن 1995، ص 266.

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية الا انها جديدة في القوانين العربية الحديثة، ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين وهذا لأجل ضمان حقوق الطفل والتكفل به، واعتبروها أهم طريق أو منفذ يستطيع القاضي من خلاله حماية الطفل ويرعى مصالحه، دون تقيد بالنص القانوني حيث يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية في كل قضية.

وعليه سنحاول في هذا المطلب تحديد معنى قاعدة مصلحة المحضون كفرع أول، كما سنبين الضوابط والمعايير التي تحكم هذه المصلحة كفرع ثاني.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأسرة نص على هذه القاعدة وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة، فقد خصص لها خمس مواد من بين إحدى عشرة مادة[1].

ومنه يظهر جليا أن الحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون، فهذه المصلحة هي التي تفسر طرق اسناد الحضانة ومن بمارسها وغيرها من الأحكام المتعلقة بالحضانة.

1 ـ تعريف المصلحة لغة:

المصلحة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة، والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر حيث أن قواعد الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

[1]– انظر المواد: 54، 65، 66، 67، 69 من ق،ا، ج.

2 ـ تعريف المصلحة اصطلاحا:

يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية واساسها ومن بين التعاريف الذي قال به الخوارزمي بانها: "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق "[1]

كما يقول الإمام الغزالي: " ان جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مصالحهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، أنفسهم، عقلهم، نسلهم ومالهم، فكل مايتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة[2].

3 ـ تعريف فقه القانون للمصلحة:

يرى الأستاذ دونييه انه من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في محدد مسبقا، ويستدرج في طرحه معتبرا مصلحة الطفل مسألة مستقبل وهذا مايزيد من صعوبتها، فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر.

لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة[3].

أما ألميراك فيرى أن مصطلح مصلحة يحتوي على مصطلح آخر وهو الفائدة فالمصلحة هي الفائدة أو ما يعود بالفائدة على شخص ما أو شيء ما.

---

[1]– زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 67.

[2]– عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص 63

[3]– عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.ص 76.

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية تطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية ولا تعني مصلحة مالية فحسب بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع[1].

4 ـ تعريف مصلحة المحضون قانونا

لم يعط تشريع الأسرة تعريفا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح.

نلاحظ أن المشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ماتعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر، مثال ذلك المواد 7، 64، 65، 66، 67، 69، 84، 89، 90 ، 96 من ق أ ج.

فحسب نص المادة 64 فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.
وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق أ بالنسبة للحاضنين الا اذا ثبت بالدليل من هو اجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون[2].

لذا فإن مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى (النظام العام، والآداب العامة، حسن النية وغيرها) فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا.

إن مصلحة الطفل قاعدة تتقمص كل الأشكال وتقترن بكل الأزمنة وتترجم بطريقة واضحة تطور قانون الأسرة الذي اصبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الإهتمام.

---

[1]– المرجع نفسه، ص 77.

[2]– الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 133.

الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

ان سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي من الموضعية والعدالة ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، كما أن الفقه الإسلامي أولى عنايته لتحقيق مصلحة المحضون بتنظيم أحكامها، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها[1].

ومن بين هذه المعايير ما يأتي:

أولا: المعيار المعنوي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، الذي يشكل حجر زاوية المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي الروحي، بل يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع الا ان يصغوا الى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون[2].

فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما . ومن الأم على الخصوص لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهم ينفي تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى، فإذا فقد الطفل

[1]– بوتريبات عائشة، وبوجمعة نجاة، مرجع سابق، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014، ص 38.

[2]– شامي أحمد ن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ن اطروحة دكتوراه ن، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ن 2014، ص 418.

أمه وهو في شهوره الأولى[1]، ترك هذا الحرمان آثارا سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والإجتماعي للطفل[2].

ولعل أهمية هذا المعيار بالإضافة الى ما قيل أعلاه، تكمن في درء المخاطر عن المجتمع ككل فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به الى الإنحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال، لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية[3]

وأن حرمان الطفل الصغير لفترة طويلة من عناية الأم قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على خصائصه و شخصيته، وبالتالي على مستقبل حياته[4].

ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يراعيه ويعتني به ويحسن معاملته، ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيء له الإستقرار الروحي والأمن[5].

حيث نصت المادة 62 ق ا ج على: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ".

---

[1]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، ص 105.

[2]– ياسر يوسف اسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيتهم الأسري، مذكرة ماجيستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين ن 2009، ص53.

[3]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 105- 106

[4]– ياسر يوسف اسماعيل، مرجع سابق، ص 53

[5]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلمية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 240

فالمقصود بالرعاية لصغار هي الإهتمام والمحافظة عليهم ومراقبتهم، ومنه يرى بعض الفقهاء أن الرعاية هي تقديم وسائل التربية والتهذيب والتقويم والبعد بالحدث عن سوء السلوك والإجرام وذلك بتقرير الحقوق التي كفلها الإسلام للعناية بهم.

فأول معيار يلجأ اليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة، ولا شك أن الفقه برمته لا يعارض هذا المعيار[1].

فقد عني الفقه الإسلامي كل العناية بمصلحة الطفل المعنوية، جاعلا من أسباب اكتساب الحق في الحضانة شروطا مضبوطة، وانتفاء هذه الشروط يؤدي حتما الى سقوطها، فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى بل أخطر مايمكن أن يتعرض له الطفل ان يمس في تربيته وعقيدته.

حيث أثبت العلم الحديث أن الطفل لكي ينمو نموا عاديا ويكبر سليما نفسيا وجسديا وعقليا يجب ان يؤمن له الإستقرار النفسي وتلبية حاجاته من العطف والحنان اللذان لن يجد هما إلا عند أمه أو من يقاربها بالشفقة.

وعليه فالطفل الذي يغير سكنه من مكان الى اخر ويغير حاضنته من واحدة الى اخرى سيعيش اضطرابا نفسيا حادا[2]، فمصلحة المحضون تقتضي توفير محيط عائلي منسجم متشبع بالقيم الدينية والأخلاقية ومستقر، حيث تهدأ نفس المحضون فيه وتطمئن وتحس بالأمان مع من هم أهل لحضانته[3].

وعليه لابد أن يكون هذا الأخير هو نفسه مستقرا وقادرا على رعاية المحضون وأهلا للحفاظ عليه فقد اشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة 64 من ق أ ج أن يكون الحاضن أهلا للقيام بالحضانة بتوفر الشروط الواجبة لذلك.

[1]– عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 65، 66

[2]– عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 66.

[3]– المرجع نفسه، ص ذاتها

ونظرا لأهمية هذه الرعاية وباعتبار ان النساء هن الأقدر عليها تم تقديمهن في ترتيب الحواضن وهذا ماجاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية، كذلك نص المشرع على هذه الرعاية في المادة 330 قانون العقوبات[1]، على أن أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو أمنهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثالا سيئا لهم بالإعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لايقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها يعاقب بالحبس من شهرين الى سنة وبغرامة من 25000دج إلى 100000دج وذلك حماية لمصلحة المحضون وتغليبها قانونيا وفعليا على أي اعتبار آخر.

ثانيا: المعيار المادي

اذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية، فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي،لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، ولأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها.، فالأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكل وملبس ومصاريف علاج ومصاريف دراسة سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو منحلة[2].

كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لإرتباط بقية العناصر به وجودا وعدما، فالإنفاق ليس مقصورا على ماينفقه الأب من ماله للمطعم والملبس فقط، بل بل إن إسكان الطفل يبعده عن التشرد والضياع والجنوح.

[1]– أمر رقم 66/ 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[2]– عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص 79.

فتوفر هذه الحاجات الضرورية للمحضون تجعله يحس بالإطمئنان والإستقرار وينمو نموا سليما من جميع الجوانب بدنيا وعقليا وصحيا وروحيا ومعنويا[1].

والمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم، إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو بدنية أو لسبب التعليم وهذا حسب نص المادة 75 من ق أ ج.

كما أنه حدد مشتملات النفقة في المادة 78 بنصها على: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

ومنه جعل المشرع عدم تسديد النفقة جريمة معاقب عليها قانونا إذ نص في المادة 331 ق ع ج على: " يعاقب بالحبس من 6 أشهر الى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج الى 300000دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقة اليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال."

وعليه فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل مايولد لديه الإستقرار والدوام في الحياة والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن، به يحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن[2].

[1]– عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 67.

[2]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 112 ـ 116 ـ 117.

ثالثا: معيار الإستماع للمحضون لتحري مصلحته

اذا كانت مصلحة المحضون العمود الفقري للحضانة، فإنه ينبغي دراسة كل اقتراح يمكن أن يساعد على تحقيقها، ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لاشك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية، فالطفل إنسان يحس وبرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر الى بعد النظر، يحتاج الى توجيه في اختيار حاضن يتصف المسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر الى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته[1].

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون

إن الإتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة القاضي في تسيير الدعوى والوصول الى العدالة بإعطائه دورا إيجابيا، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون،وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبق مكتوف الأيدي أمام القضية المطروحة أمامه[2].

ولقد أولى قضاء المحكمة العليا عناية كبيرة لمادة الحضانة سواء على ضوء التشريع أو من خلال أحكام ومبادىء الفقه الإسلامي واضعا نصب أعينه مصلحة الطفل.

وباعتبار أن المحكمة العليا هي هرم النظام القضائي العادي والتي أعطاها القانون سلطة الرقابة القضائية على مدى تطبيق القانون تطبيقا سليما فهي محكمة كأصل عام لا يعنيها إلا القانون وحمايته، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض وتنقض الحكم أو القرار المطعون فيه بعد أن تكشف الخلل ومخالفة القانون.

[1]– بوتريبات عائشة، وبوجمعة نجاة، مرجع سابق، ص 41.

[2]– عيسى طيبة، المرجع السابق، ص 70

وعليه فالمشرع وعلى الرغم من إعطائه للقاضي كافة الصلاحيات للوصول الى ماهو أصلح للمحضون، إلا أنه لم يقدم له المعايير التي تساعده في تقدير المصلحة وتواجدها من عدمه، وهذه المسالة لم تكن مثبطة لجهود القضاء بل بالعكس دفعته بأن يجتهد في كل موضوع من مواضيع الحضانة المتعددة ليجد مصلحة المحضون ويقرها[1].

وهذا ما أبرزناه في الفرع الأول من خلال تطرقنا الى سلطته في إسناد الحضانة لمستحقيها بالترتيب وفي الفرع الثاني سلطته في تمديد الحضانة، وفي الفرع الثالث سلطته في اسقاط الحضانة.

الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في اسناد الحضانة

وتبرز جليا سلطة القاضي في اسناد الحضانة لمستحقيها من خلال تقديم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة لأنهم أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب مستحقي الحضانة بالإعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها، لكن المتفق عليه أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شغفها وحنانها على صغيرها من غيرها[2].

أولا: ـ تدخل القاضي في ترتيب الحواضن

من خلال تحليل المادة 64 من القانون 84 .11 يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون، فإن الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق

[1]– طعيبة عيسى، نفس المرجع، ص 79 ـ 80.

[2]– كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ن مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013، ص 41.

حضانة الطفل الى طالبته وليس للترتيب المذكور في القانون فقط ولكن أيضا وقبل ذلك الى مصلحة الطفل المحضون[1].

وهو ماذهب اليه قضاء المحكمة العليا في قرار له: " من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق أ ج بالنسية للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق يكون على الأب فإن القضاة كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض[2].

كما أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك بعد تطبيق صحيح للقانون[3]، أي أن القاضي يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن يرى أن مصلحة الطفل تتوفر لديه[4].

وهو ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في القرار التالي الذي جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون[5].

كذلك بعد تعديل القانون 84 ـ 11 بالأمر 05 ـ 02 فإن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على

[1]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 293.

[2]– قرار رقم 89672 صادر في 23 /1993/02، ا ق، 2001، ع خ، ص 166، عن سايس جمال، الإجنهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ص 1065

[3]– قرار رقم 256629 الصادر في 2001/02/12، م ق 2002، ع 2، ص 421، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1188.

[4]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 293.

[5]– قرار رقم 153640 صادر في 18 /02/ 1997، م ق، 1997، ع 1، ص 39، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 866.

غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون لأنه راعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج فيخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[1].

حيث أن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير إشكالا، فمصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[2].

ومع ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 ق أ ج على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر[3].

ولكن المشكل الذي يمكن أن يطرح إضافة إلى مشكل التنازع حول حضانة الولد بين ذوي الحق في حضانته، هو المشكل الذي ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل وتوفير شروط العناية بمصلحته ومتطلبات رعايته، ولا يوجد من يطلبه أو لم يتقدم أحد لطلبه من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته، فينتج عن ذلك تساؤل

[1]– قرار رقم 613469 صادر في 10 /03/ 2011، م م ع، 2012، ع 1، ص 285، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1592.

[2]– شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 310.

[3]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية " مرجع سابق، ص 446.

وهو هل يجوز للقاضي استنادا الى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل وعلى حضانته؟[1]

ثانيا: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة

في الحقيقة أن الحضانة هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد فيها من يحضن الطفل بدلا منها. ولكن ما العمل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة بسبب امتناع غيرها من الحاضنين أو لعدم توفر الشروط القانونية فيهم هي نفسها لا تتوفر فيها الشروط القانونية للحضانة[2] بسبب امتناعها عن الحضانة إما لعجزها عنها وإما لرغبتها عنها وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة، لأنه في حالة عجزها يمنعها من القيام بمتطلبات الحضانة فلا تحصل مصلحة المحضون وفي حالة عدم رغبتها في الحضانة مع قدرتها عليها فإنها تكسل ولا تقوم بأعمال الحضانة، فتفوت مصلحة المحضون ولم يكن في اجبارها فائدة،ولكن إذا تعينت الحضانة عليها لعدم وجود غيرها فلا سبيل إلا إجبارها على الحضانة فهذا الإجبار خير من ترك المحضون بلا حاضن[3].

كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[4].

---

[1]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 294.

[2]– المرجع نفسه، ص 294 ـ 295.

[3]– زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان،مؤسسة الرسالة للطباعة، الطبعة الأولى، الجزء 10، 1993، ص 57.

[4]– قرار رقم 189234 صادر في 1998/04/21، اق، 2001، ع خ، ص 175، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1070

ثالثا: الحضانة المؤقتة

فبالنسبة لحق الحضانة في الفترة مابين إقامة دعوى الطلاق ومابين إصدار حكم قطعي بالطلاق، نصت المادة 57 مكرر على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

فإذا أقام أحد الزوجين دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية، وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذه الحال إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما[1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة

للحضانة مدة محددة معينة من طرف الشرع والقانون تبدأ بفترة معينة وتنتهي بعد بلوغها، حيث أن الحضانة تبدأ من وقت ولادة الطفل، أما انتهائها فيختلف تبعا لإختلاف نوع المحضون بالذكورة أو بالأنوثة[2].

[1]– سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص 157 . 158.

[2]– شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، دار الجامعية، ط 4، 1983، ص 781

لأن المحضون لا يبقى صغيرا وغير مميز وغير مستغن عن خدمات الحاضن، ولأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا[1]، فمن الطبيعي أن تختلف مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر[2].

حيث بنى المشرع الجزائري مواده على هذين الإعتبارين وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي ب 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من ق أج[3].

وهذا ما اكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1990/03/19 " من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون.

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

وفيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة ونظرا لأهمية الموضوع رأى المشرع

[1]– شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 783.

[2]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 51.

[3]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 51.

[4]– قرار رقم 59156 صادر في 19 /1990/03، م ق، 1991، ع 2، ص 76، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 481.

الجزائري إمكانية تمديد الحضانة إلى سن 16 سنة، بطلب من الحاضنة، حيث خص هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها الى مابعد 19 سنة.

وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة حسب رأيه طويلة مقارنة مع مدة حضانة الولد إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حضانته وهو في سن 10 سنوات ولا يزال يحتاج الى عناية نسوية من حيث العطف والتربية، حتى وان كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وان كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة اليها في سن أقل منها، فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس.

وإذا كان المشرع سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن القاضي سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بالشروط القانونية التالية[1]:

1 ـ لا يحق لأي حاضن طلب تمديد أجل إنهاء الحضانة إذا كان المحضون أنثى، فالتمديد يتعلق بالذكر دون الأنثى[2].

2 ـ يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون، والملاحظ هنا أن المشرع قد اختار هذه السن على أساس أنها السن التي يبلغ فيها الذكور غالبا، وفيها يقلدون الرجال وتبلغ سلوكهم ويركنون الى الإحتكاك بهم[3]، وعليه يشترط أن يكون الحد الأدنى للتمديد هو 16 سنة.

3 ـ أن يكون طلب التمديد من الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة مهما كانت حجتهم التي يستندون عليها.

---

[1]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 449.

[2]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق ن ص 62.

[3]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 449.

وهذا ما أكده القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10 /1990/12 " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر الى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض "[1].

4 ـ أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة، وعلى سبيل المقارنة نرى أن المشرع لم يأخذ هنا بالتفرقة التي جاء بها في إسقاط حق الحضانة إذا تزوجت بغير قريب محرم، بينما يرى فريق من الفقه بأن الحاضنة لا يسقط حقها في طلب التمديد إذا تزوجت بقريب محرم.

حيث أن الإنسجام بين النصوص التشريعية يقضي الأخذ بالإستثناء الوارد في المادة 66 من ق أ ج، ولكن يظهر أن هذا الحل لا سند له بل ويصعب تبريره بدليل صراحة نص المادة 65 ق أ ج، ومن ثم يجب أخذ النص كما هو وتعميم المسألة حتى إذا تزوجت بقريب محرم[2].

5 ـ أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد[3].

[1]– قرار رقم 66552 صادر في 10 /1990/12، م ق، 1995، ع 2، ص 89، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 806.

[2]– شامي أحمد، مرجع سابق، ص 449.

[3]– المادة 68 من القانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

وهنا تبرز سلطة القاضي إذا ماوضعت، ويجب أن لا توضع إلا بقصد التحقق من استيفاء الشروط السالفة، فإذا تحققت هذه الشروط في الطالب فلا مانع إطلاقا من القضاء له بتمديد مدة الحضانة إذا نادت مصلحة المحضون بذلك.

ومن ناحية أخرى نجد المشرع نص في المادة 65 فقرة ثانية على " أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ".

حيث أن المشرع بإدراجه هذه العبارة في فقرة منفصلة مما يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة التي تعلوها، وبعبارة أوضح أن القاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعي فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحته تنادي بانتهائها حكم بذلك، وإذا صرحت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك أيضا،سواء تعلق الأمر بالفتى أو الفتاة على الحد السواء.

لكن فحوى المادة يدل على أن الفقرة الثانية منها تطبق على الذكر دون الأنثى وذلك بسبب أنه بفضل طلب التمديد، يتمكن القاضي من رعاية مصلحة المحضون، وهذا الطلب لا ينطبق إلا على الذكر، فانتهاء مدة حضانة البنت يكون بقوة القانون وبالتالي لن يتاح للقاضي المجال للتحقق من حضور مصلحة المحضون للفتاة أو غيابها[1].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارلها بتاريخ 04 /01/ 2006 بقولها " تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء الى القضاء لإسقاطها "[2].

ولذلك كان على المشرع إدخال هذه الفقرة ضمن الفقرة الأولى، ومن ثم تصبح صياغة المادة كما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها

[1]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 63.

[2]– قرار رقم 347914 صادر في 04 /2006/01، م م ع، 2006، ع 1، ص 449، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1332.

سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إذا رأى مصلحة له إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية[1].

وتطبيقا لإقتران ذلك التمديد بمصلحة المحضون، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/03 بقولها: " حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة تمارسها وأن المحضون بقي يعيش عند والده ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة، فحكم القاضي له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون باعتباره تعود على الحياة والعيش مع والده، طبقا للمادة 64من ق أج وهو حكم سليم وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحضانة مصلحة، ولما انعدمت المصلحة في تمديدها، فإن قضاة الإستئناف يكونوا قد أخطؤا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، مما يتعين معه نقضه وإبطاله وبدون إحالة[2].

وما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو أنه يحتوي على نوع من الخلط بين ماهو حضانة وما هو ولاية، لأن المادة 65 تنص صراحة على تمديد الحضانة للأم الحاضنة فقط لا للأب الحاضن، لأن هذا الأخير يتمتع بالسلطة الأبوية، ومن ثم فهو بدون حاجة إلى استصدارحكم يقضي له بالحضانة بعد بلوغ الطفل المحضون 10 سنوات، أي بعد نهاية حضانته[3]، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2011/02/10 بقولها:" لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، والحاضنة غير ملزمة بالتمديد في حالة تجاوز

[1]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 64.

[2]– قرار رقم 260702 صادر في 30 /2002/07، محكمة عليا، غير منشور، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 64.

[3]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 65.

سن المحضون 10 سنوات، وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون[1].

ولهذا نشير في خضم هذه التساؤلات أن المشرع لم يبين لنا في باب الحضانة مصير المحضون بعد انتهاء حضانته، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش و الإنتقال الى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة، ولا شك أن هذا ليس بعيب وإنما البحث عن الإجابة يكون في المواد المتعلقة بالولاية، وكذلك في المادة 222 ق أ ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2].

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

ـ إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، وبالتالي يعود الصغير الى العيش مع أبيه حتى ولو رفض العيش معه.

ـ وإما الأخذ بعين الإعتبار رغبة الصغير في الإنتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته[3].

ومهما يكن فإن الأمر في حالة الفتى أو الفتاة يبقى دائما من حق الأب الإشراف على حياتهما، ومراقبة تصرفاتهما، وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبلهما وحسن تربيتهما بما في ذلك حق تزويجهما في الوقت المناسب، ووفقا للشروط التي يقررها القانون[4].

---

[1]– قرار رقم 599850 صادر في 10 /02/ 2011، م م ع، 2012، ع 1، ص 281، عن سايس جمال الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1589.

[2]– معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص 51 ـ 52.

[3]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، 2008، ص 258.

[4]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 299.

الفرع الثالث: سلطة القاضي الجزائري في اسقاط الحضانة

يتحمل الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها، وهي واجبات الأبوين على الأبناء حسب ما يقتضيه العرف والعادة لتحقيق الإستقرار النفسي والبدني للطفل، بالإضافة غلى واجب التربية والتوجيه التي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق، ويتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكنه طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ماتقتضيه مصلحة الطفل[1].

وفي حالة عدم توفر الشروط السابقة يصبح المترشح للحضانة ليس أهلا للقيام بها طبقا لنص المادة 67 / 1 ق أ ج، وبالتالي لا تسند إليه أصلا، كما أن هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق فيها[2].

فكيف عالج القاضي هذه المسائل ؟ وكيف راعى مصلحة المحضون ؟

أولا: إسقاط الحضانة في حالة التنازل

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[3]، مع الملاحظ أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لايمكن للمحكمة أن تستجيب لها[4]،لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها[5].

---

[1]– غربال عائدة اليرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية " تونس مثالا " مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2006، ص 56

[2]– طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص 84.

[3]– قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13، م ق، 2004، ع 1، ص 275، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 146.

[4]– بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 146.

[5]– قرار رقم 581222 صادر في 2010/10/14، م م ع، 2011، ع 1، ص 248، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، 1536.

وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة: " لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيضها "[1].

ويثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل فيها وتعد بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الإعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟[2]

ذهبت المحكمة العليا ألى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، إذ لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر الى مصلحة المحضون[3].

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا الفضلى للمحضون، وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا إذا كانت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة.

[1]– قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، م ق، 1990،ع 4، ص70، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 430.

[2]– معمري ايمان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص 52.

[3]– قرار رقم 220470 صادر في 20 /1999/04، ا ق، 2001، ع خ، ص 181، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1074.

وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعوالى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانته أمه.

1 . الإخلال بواجبات الحضانة:

إذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، أو إذا صارت غير مؤهلة لممارسة الحضانة كأن تدخل السجن أو تصاب بمرض يمنعها من الإستجابة لإحتياجات المحضون[1].

وقد ذهبت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه " متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا[2].

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: " أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، يسقط أيضا حق امها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا "[3].

كما اعتبرت جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 ق أ ج[4]، إلا أنه

---

[1]– آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر، دار هومة، ط 3، ج 1، 2011، ص 490.

[2]– قرار رقم 50270 صادر في 1988/11/07، م ق ن 1991، ع 3، ص 48، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 488.

[3]– قرار رقم 31997 صادر في 1984/01/09، م ق 1989، ع 1، ص 73، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 208.

[4]– قرار رقم 171684 صادر في 1997/09/30، ا ق، 2001، ع خ، ص 169، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 1067.

استثناء يمكن إسنادها لها متى تحققت مصلحة المحضون وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2010/07/15 " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون."[1]

ومتى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا، ومادام المحضون لايستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة[2]، ولأنه يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام المادة 67 ق أ ج أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة وتقارن بين الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على الحاضن وإسنادها الى غيره[3].

2 ـ التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

حسب نص المادة 54 ق أ ج التي تبين موقف المشرع الجزائري: " إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق، وللتأكيد على ذلك نص المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الإستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف. مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها.

[1]– قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15، م م ع ن 2010، ع 2، ص 262، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1505.

[2]– سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، مرجع سابق، ص 189.

[3]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 301.

3 ـ سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

تثبت الحضانة لشخص إذا توفرت الشروط السابقة، ولكنها قد تسقط عنه لعذر او لغيرعذر، وعند ذلك تنتقل الحضانة الى من يليه في الدرجة[1]، حيث أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 25 /06/ 1984:" متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها... وإذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة... ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[3].

كما اعتبرت المحكمة العليا أن اسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 25/ 02 /1990: " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

---

[1]– سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر، ط 1 2008، ص 392.

[2]– المادة 68 من القانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3]– قرار رقم 33636 صادر في 25 /1984/06، م ق 1989، ع 3، ص 45، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 281.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون[1].

حيث ان المبدأ الذي استقر عليه الإجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة، وبناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة إذ وقع التنازل من ابنتها عن حضانة ابنيها في 30 /1972/08 ولم تتحرك الجدة بطلب حضانة حفيديها حتى تاريخ 1978/01/08 وبإسنادهم الحضانة للجدة يكونوا قد خالفوا هذا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان.... [2].

إلا أنه هناك حالات يمكن لايسقط الحق فيها إن تجاوزت المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة، إذا أثبت المعني فيها توافر عذر مقبول عقلا ومنطقا، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الإعتبار مصلحة المحضون.

وهذا ماركز عليه المجلس الأعلى في قراره الصادر في 27 /02/ 1978 الذي أبرز فيه " سلطة القاضي السامية " في تقدير العذر فحسم هذه النقطة بالرد التالي: " حيث إن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنين للأم بعد فترة زمنية تقدر بست سنوات، في حين أن الشرع قرر أن الحضانة تطلب لمستحقها خلال السنة، وإلا سقط حقه فيها.

[1]– قرار رقم 58220 صادر في 1990/02/05، /م ق، 1993، ع 3، ص 53، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 681.

[2]– قرار رقم 19303 صادر في 1979/02/05،ن ق، 1981، ع 1، ص 77، عن سايس جمال ن الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع رقم، ص 131 ـ 132.

حيث إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية وإقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدارها وتركها حضانة بنتيها لوالديها كان أمرا ضروريا... "[1] ولا ريب أن إدخال المرض الخطير من باب الأعذار يتماشى مع الحكمة التي وضع من أجلها نص المادة 68 ق أ ج، فقد يرتب على عدم تطبيق روح هذا النص القانوني أن يبقى أطفال كثيرون بعيدين كل البعد عن حنان الأم مع أن هذه الأخيرة أصبحت أهلا لحضانتهم ومن ثم فإنه لا مناص من جعل هذا النص ساريا كلما دعت مصلحة المحضون ذلك، حتى يحدث أثره وتتحقق المنفعة المرجوة[2]

والملاحظ أن هذه القرارات اتبعت المذهب المالكي في الإتيان بمدة السنة، وهي المدة التي جاءت بها المادة 68 ق أ ج ويحسب تاريخ بداية السنة من يوم تنازل الحاضن عن حضانته، ومن يوم الفصل في الحضانة آخذين في ذلك خصوصية وقائع كل قضية.

كما أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون إن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك، وإن أخل بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة سقط حقه، لأن الطفل وتربيته من الأمور التي ينبغي الإهتمام بها خاصة إذا تعلق الأمر بتزوج الأم بغير الأب في مدة الحضانة[3]، لأنه يشترط في الحضانة أن لا تكون متزوجة فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة[4].

---

[1]– قرار رقم 15403 صادرة في 27 /1978/02، غير منشور، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 510.

[2]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 510.

[3]– البغا محمد حسن مصطفى، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، ع 2، م 18، 2002، ص 319.

[4]– مدقر عبدالقادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الجزائر، المطبعة العربية، 1993، ص 223.

ثانيا: إسقاط الحضانة بسبب تزوج الحاضنة بغير قريب محرم

تنص المادة 66 ق أ ج: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ".

حيث أن القضاء لم يفرق بين الحاضنة الأم أو غيرها من الحواضن إذا اشترط أن لا يكون المترشحة للحضانة وأيا كانت متزوجة بغير قريب محرم، لما في ذلك من خطر على المحضون[1]، وإن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة عنها، وتمنحه الى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند اليهم القانون حق حضانة الأولاد[2].

ويتضح مما سبق أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي الى اسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي يأن يتقدم صاحب الحق فيها، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة 2/62 ق أ ج والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون.

ومن ثم فالقاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه، وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ويكون حكمه كاشفا[3].

---

[1]– قرار رقم 40438 صادر في 1986/05/05، م ق، 1989، ع 2، ص 75، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق ص 257.

[2]– وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 18 ماي 2005 بأنه:" يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم ". قرار رقم 331058 صادر في 18 /2005/05، م م ع، 2005، ع، é، ص 383، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1290.

[3]– جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: " إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم".
قرار رقم 341320 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 62، ص 385، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1469.

كما أن الإدعاد بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 ق أ ج[1]، وهذا الحكم بالنسبة للمتزوجة بأجنبي، فإن تزوجت بقريب محرم من الصغير كأن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له فلا تسقط، لأن الجد أو العم محرم للصغير[2] وصاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه، فيتم بينهما التعاون على كفالته بخلاف الأجنبي[3].

كما أن المشرع ومن خلال المادة 70 ق أ ج التي تنص " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

إضافة إلى ماجاء في المادة 66 ق أ ج جعل قبول حضانة الجدة أو الخالة مرتبط بعدم مساكنتهم لأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك حتى لا يتم إمساك المحضون في بيت المبغضين له[4]، حيث " من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون.."، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا ولذا استوجب رفض الطعن "[5].

ويظهر أنه من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي[6].

---

[1]– قرار رقم 102886 صادر في 19 /1994/04 ن ن ق، 1997، ع 51، ص 92، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 856.

[2]– بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2007، ص 360.

[3]– مدقر عبد القادر، مرجع سابق، ص 223.

[4]– طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص 85.

[5]– قرار رقم 50011 صادر في 20 /1988/06، م ق، 1991، ع 2، ص 57،عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، 468.

[6]– الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، 2004، ص 154.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة ؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

تنص المادة 71 ق أ ج على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري " وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/02/05 أنه " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاللقانون ن ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الإختياري يعد مخالف للقانون[1].

ويلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف، حيث غعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في احدى قراراتها المؤرخ في 2000/11/21 " إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أ ج يعد مخالفا للقانون وقصور في التسبيب "[2].

وتأكد موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار آخر أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير اختياري عن الحضانة، ومن ثم فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 ق أ ج.

[1]– قرار رقم 58812 صادر في 1990/02/05،م ق، 1992،ع 4، ص 58، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 623.

[2]– قرار رقم 252308 صادر في 21 /2000/11، م ق ن 2001، ع خ، ص 178، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 1072.

بالإضافة إلى مسألة أخرى ذات أهمية وهي كون الأب يتوفى والحضانة مسندة للأم، فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، وهنا يتضرر المحضون، فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لايمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها.

وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه، وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة، وإذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم.

ولهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 ق أ ج يشمل ماقلناه في الموضوع، وذلك على النحو التالي: " يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير وبشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه "[1].

الاستثناءات الواردة على سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم:

- عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.

- أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز.

- عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج الى انقضاء السنة كاملة[2].

كما يمكن إضافة غلى هذه الإستثناءات عوامل أخرى يقدر القاضي ملاءمتها لكل حالة ليخرج بما هو أصلح وأنفع للطفل ويكون ذلك كالتالي:

[1]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 262.

[2]– المادة 68 ق أ ج " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

ـ عدم استغناء المحضون على حاضنته بسبب سنه، كأن يكون رضيعا لا يقبل إلا ثدي حاضنته، أو حالته صحية لا تسمح بتغيير المكان.

ـ أن لا يكون زواجها مانعا منعا كليا من الإعتناء بالمحضون، كانشغالها بأمور زوجها وإغفالها رعاية الصغير، أو أن يرفض زوجها رعاية الصغير رفضا باتا وصريحا.

ـ أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه طبقا للمادة 72 ق أ ج، حتى لا يحس زوج الحاضنة بعبء تحمل نفقات المحضون فيبغضه وينقص من كرامته.

بالإضافة غلى هذه الأسباب نجد سببا آخر يمكن أن يكون مساعدا للإسقاط الحضانة عن الحاضنة وهو عملها، وبالرغم من أنه ضرورة اجتماعية واقتصادية وخاصة في عصرنا هذا مع التقدم العلمي والتكنولوجي حيث يوفر لها ولأسرتها دخلا ماديا ويقوي شخصيتها. إلا أنه تظهر في المجتمع اتجاهات متناقضة حول عمل المرأة مرتبطة بفكرة أن مكان المرأة في بيتها كزوجة أو كمربية للأطفال[1]، و المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة[2].

ومن هنا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في إسقاط الحضانة أن نقول أن مصلحة الطفل تجد نطاقها الواسع وامتدادا في هذه المسألة، بل تبرز أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة[3].

ولكن هل كل أعمال الحواضن تتضارب ومصلحة المحضون ؟

[1]– بلان كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المرأة في ضوء بعض التغيرات " دراسة ميدانية "، مجلة جامعة دمشق، ع 1، م 28، 2012، ص 19.

[2]– معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015. ص 65.

[3]– شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص 312.

ثالثا: إسقاط الحضانة بسبب عمل الحاضنة

ومنه نطرح السؤال التالي: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى العمل ؟ ومتى يعد هذا العمل مسقطا للحضانة ؟

حيث أن القاضي يجد صعوبة في تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في القانون 84-11 من بينها سقوط الحضانة بسبب العمل، حيث ان احتراف العمل في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة، وإنما المسقط لهذا الحق هو ضياع المحضون وإهماله.

فالإجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس سببا لإسقاط الحضانة عنها رغم عدم وجود النص القانوني، ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام، فتدخل المشرع من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05 ـ 02 وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 2/67 معدلة ق أ ج التي جاء فيها: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ".

فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أومعنوي[1]، أو أنه مهمل.

وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن، ويعين من يليها في الدرجة

[1]– معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة ن مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص 67.

طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، وهذا ماقضت به المحكمة العليا في قرارها حيث نصت على مايلي: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[2].

وبناء عليه أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة، واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لايشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[3].

إن هذه الحقوق التي يكرسها القانون للأب والأم في رعاية المحضون وتأديبه وحضانته على التوالي، قد تولد اشكالات جديدة من حيث المكان في حالة ما اذا اضطر الحاضن للسفر بالمحضون، أو نقله الى محل إقامة جديد، فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة، هل تقدم الحضانة أم تقدم الرعاية والتأديب[4].

---

[1]– قرار رقم 295996 صادر في 2002/10/23، ن ق، 2006، ع 57، ص 219، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1314.

[2]– قرار رقم 245156 صادر في 2000/07/18، ا ق، 2001، ع خ، ص 188، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1078.

[3]– قرار صادر في 1969/05/29،ن ق، 1979، ص 50، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 68.

[4]– سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر ن الطبعة 1 ن 2008.

رابعا: إسقاط الحضانة بسبب الإستيطان في بلد أجنبي

إن الإقامة في بلد أجنبي غير مسلم قد يؤثر في تربية الأبناء حيث أنه يمكن سحب حق الحضانة من الأم إذا قررت الإستقرار في بلد أجنبي غير مسلم، كون أن الطفل المحضون يتأثر بعادات وأخلاق الذي نشأ فيه، مما يشكل خطرا على معتقداته الدينية والتي تعتبر من العناصر الأساسية التي تقوم علها مصلحة المحضون.

فإذا أرادت الحاضنة تغيير موطنها الذي تمارس فيه الحضانة رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة لها، أو إسقاطها عنها مراعيا في ذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة[1].

ومن الواضح أن المشرع قد فرق بين حالتين لثبوت أو سقوط الحضانة:

ـ الحالة الأولى وهي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني.

ـ الحالة الثانية وهي ممارستها خارج التراب الوطني.

وقد نظم المشرع الحالة الثانية في المادة 69 ق أ ج، وترك الحالة الأولى دون حكم خاص بها، وبهذا السكوت عنها فقد ترك أمر حلها للقضاء، وقد منحه الحرية الكاملة في تطبيق المادة 222 من ق أ ج واتخاذ مايراه مناسبا.

ومن هنا نجد الحكم الفقهي المعروف والذي مفاده أن يقيم الطفل في موطن أبيه حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة السلطة الأبوية والإشراف على المحضون، ورقابة سلوكه وتربيته[2].

[1]– المادة 69 ق أ ج " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

[2]– سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008. ً53.

وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 1995/11/21 حيث جاء فيه:" إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكّأ حق الزيارة، وذلك لبعد المسافة[1].

ونفس الحل تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/10/12:" من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والإجتهاد القضائي[2].

فالمستقر عليه في القانون الجزائري أن إسناد الحضانة للأم شرط ممارسة الحضانة تلقائيا يعد خطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/06/23:" ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا.

وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون، فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي "[3].

[1]– قرار رقم 111048 صادر في 1995/11/21،ن ق، 1997، ع 52، ص102،عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 860.

[2]– قرار رقم 334543 صادر في 2005/10/12، ن ق، 2008، ع 62، ص 381، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1467

[3]– قرار رقم 91671 صادر في 931/06/23ç، م ق، 1994،ع 1، ص 72، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 730.

والقرار الصادر في 2007/11/14:" الحكم تلقائيا بمنع المحضون المسندة حضانته لأمه من السفر من الجزائر الى بلد أجنبي، حيث يقيم والده بصفة قانونية، خطأ في تطبيق القانون "[1].

والحكمة في عدم جواز انتقال الحاضنة بالصغير هو مراعاة مصلحة الصغير ومراعاة حق الوالدين، وألا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من حضانة ورعاية أبيه، فالحاضن إذا أراد الإستيطان في بلد أجنبي رجع الأمر الى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

ومنه نخلص الى ان سفر الحاضن لايسقط الحضانة مطلقا بل بقيود[3]، لأنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم[4].

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفق كل اعتبار وقد منحت مراعاة هذه المصلحة للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول الى ماهو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديريها من قضية الى أخرى، نظرا لأن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون[5].

---

[1]– قرار رقم 408248 صادر في 14 /2007/11، م م ع 2011، ع 1، ص 244، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1533.

[2]– المصري مبروك،الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 520.

[3]– القدومي، عبير ريحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007، ص 173.

[4]– قرار رقم 426431 صادر في 12 /2008/03، م م ، 2008، ع 1، ص 271، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1447.

[5]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "، مرجع سابق، ص 462.

ومن أمثلة ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/05/21 حيث قضت:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت الى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون "[1].

خلاصة الفصل :

من خلال ما عرضنا في الفصل الأول يمكننا القول أن الحضانة هي تربية الصغار والسهر على رعايتهم وقضاء احتياجاتهم من أجل العيش في أمان ، حيث أنه ومراعاة لمصلحة المحضون يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه قانونا .

حيث نص المشرع الجزائري على عدة شروط لبقاء الطفل عند الحاضن ، وإذا تخلفت هذه الشروط تسقط الحضانة وتنتقل الى من يليه في الترتيب أو من يقرره القاضي.

فللقاضي السلطة الواسعة في تقدير مصلحة الطفل ووضعه في أيادي أمينة ترعاه وتخاف عليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل إسناد الحضانة وفق الشروط المذكورة سابقا للشخص ومراعاة الترتيب المبين لمصلحة المحضون تقتضي قيام الحاضن بكل أعباء الحضانة لوحده، أم أن هناك طرفا آخر يشارك الحاضن أعباء الحضانة ؟ وماهي الصعوبات والإشكالات التي تطرح عند ممارسة الحضانة ، وكيف عالجها المشرع الجزائري ؟ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفصل الثاني.

[1]– قرار رقم 134951 صادر في 1996/05/21، م ق، 1997، ع 2، ص 86، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 876.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن دور القاضي في إسناد الحضانة تقدير المصلحة المحضون

تمهيد :

بعد انحلال الرابطة الزوجية أو موت أحد الزوجين، تسند الحضانة الى مستحقيها حسب الأولوية التي نص عليها القانون.

حيث أن الإشكال لا يتوقف على إسناد الحضانة إليهما أو إلى غيرهما حسب ما حدده القانون من التزامات وواجبات تقع على عاتقهما متى يتحقق الهدف من الحضانة، فالحاضن ملزم بضمان وتقديم جملة من الخدمات للمحضون ليضمن له حياة مستقرة من خلال توفير الضروريات التي يحتاجها الإنسان في حياته اليومية وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول.

وفي المبحث الثاني سنتطرق الى المشاكل المطروحة في موضوع الحضانة على الصعيد العملي، ويرجع هذا إما لقصور التشريع من جهة، أو إلى التطور السريع الذي تشهده البشرية وتغير ظروف أحوال الناس .

المبحث الأول: المصلحة المادية والمعنوية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري

رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة للزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ورعايته فهي تتطلب في مقابل ذلك شروط مادية ومعنوية لصالح المحضون وللحاضنة أيضا نظير الجهد المبذول في رعاية المحضون وتنشئته النشأة الصحيحة.

وهذا ما سنتطرق اليه من خلال هذا المبحث في مطلبيه سنعرض في المطلب الأول ما يتعلق بالأمور المادية المتمثلة في النفقة والسكن التي يحتاجها المحضون لكي يتربى وينمو في بيئة ملائمة، وفي المطلب الثاني كل ما يتعلق بالأمور المعنوية المتمثلة في حق الزيارة الذي نص عليه الشرع والقانون لأحد الوالدين الذي باعد الطلاق بينه وبين ابنه.

المطلب الأول: المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري

إن الطفل بحاجة الى رعاية واهتمام من قبل الحاضن بما ينطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجاته الضرورية لمعيشته وتربيته في ظروف ملائمة وتنشئته النشأة القوية وهذا يتطلب مجهودات مادية قوامها المال وتتجلى في حق المحضون في النفقة، وهذا ما سنبينه في الفرع الأول.

أما الفرع الثاني فسنتناول فيه حق المحضون في السكن وكل ما يتعلق به من التزامات وواجبات تضمن الأمن والعيش الكريم للطفل المحضون.

الفرع الأول: حق المحضون في النفقة

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل والمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم[1].

فالأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، هذا ما ذهب اليه الأئمة الأربعة ذلك رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده[2].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم يعط تعريفا مباشرا للنفقة، بل تطرق إلى أحكامها فالنفقة هي الأموال التي تنفق على الطفل من مأكل وملبس وعلاج ورعاية وغير ذلك من الحاجيات الضرورية[3].

أولا : شروط استحقاق النفقة

1 ـ وجوب نفقة الأب على الأولاد إذا كان موجودا أو غير عاجز عن الكسب

نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[4].

---

[1]- تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008 ، ص 139 .

[2]- باديس دبابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دون طبعة، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص 153 .

[3]- تيطراوي منير ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ،2018 ـ 2019 ، ص 39 .

[4] القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

النفقة واجبة على الأب لصالح أولاده من الذكور والإناث وهذا بسبب قصرهم، أي عدم بلوغهم سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة وتسقط النفقة بالاستغناء عن الكسب بمعنى إذا كان الولد ممارسا لعمل يدر عليه ما يكفيه لمعيشته ذكرا كان أو أنثى[1]، وتستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب لما يجاوز سن الرشد، إذا كان الولد ذكرا أو أنثى مصابا بآفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولا للدراسة، وكذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج وتم الدخول بها، أما إذا كانت استغنت عن النفقة بالكسب فإن نفقتها تسقط[2].

لقد أشارت المادة 75 السابقة الذكر الى شرطين أساسيين هما :

ـ وجوب نفقة الولد على والده عند عدم توفر الولد على أي مال، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا : (من المقرر قانونا أنه يجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ..... ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب فإنهم بقضائهم هذا كما فعلوا خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)[3].

ـ بالنسبة لشرط السن الولد يكون مستحقا للنفقة غلى غاية بلوغه سن الرشد، أي 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري وتستمر النفقة إذا كان مصابا بمرض عقلي أو بدني أو كان متمدرسا، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا : (لما كان من الثابت في قضية

[1]- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 269 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 269 ـ 270 .

[3]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 138958 ، بتاريخ 1996/03/09 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1998 ، ص 124 وما يليها .

الحال أن القرار المطعون فيه قضي بنفقة الابن البالغ 21 سنة لمدة سابقة يكون خالف القانون وحتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)[1].

أما بالنسبة للبنت فحق النفقة الى غاية الدخول بها ومعناه أن نفقتها تمتد الى غاية زفافها ولا يعتد بتاريخ إبرام عقد الزواج المدني بالعبرة بتاريخ انتقالها إلى بيت زوجها والدخول بها[2].

2 ـ نفقة الأولاد حالة عجز الأب عن الكسب أو عدم وجوب النفقة على الابن

الأصل العام أن نفقة المحضونُ إذا لم يكن له مال تكون على ذمة أبيه لينفق عليه إلا أن المادة 76 من قانون الأسرة جاءت باستثناء حيث نصت: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[3].

من خلال نص المادة 76 السابقة الذكر تنتقل نفقة الأولاد من الأب إلى الأم بتوفر شرطين هما :

1 ـ حالة عجز الأب إعساره أي أن يكون الأب غير قادر على الكسب.

2 ـ قدرة الأم على الإنفاق أي يكون لها دخل يجعلها تلبي حاجيات أبنائها.

هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين وتلتزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها)[4].

---

[1]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 75227 ، بتاريخ 1998/12/25 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1991 ، ص 106 وما يليها.

[2]- يعقوبي عبد الرزاق ، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة ، دار هومة الجزائر ، 2018 ، ص 146 .

[3]- القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[4]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 110607 ، بتاريخ 1994/06/14 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 1995 ، ص 95 .

وإن كنا في حالة عجز الأب وكانت الأم غير قادرة على النفقة فإن واجب النفقة ينتقل إلى أقارب الأولاد الآخرين[1].

3 ـ وجوب نفقة الأصول على الفروع

حيث نصت المادة 77 من قانون الأسرة " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث "[2].

فالمشرع عندما نص على نفقة الأصل ونفقة الفرع لم يحدد الأصل ولا الفرع والأصل هو (الأب وأبو الأب وإن علا) ، والفرع هو (الابن وابن الابن وإن نزل)، والأصول عند الإمام مالك هم الآباء و الأمهات المباشرون وليس الأجداد والجدات مطلقا، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم.

أما الأحناف والشافعية والحنابلة فالأصول عندهم الأب والجد وإن علا، والأم وأم الأم وأبو الأم وأم الأب وإن علوا[3].

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع تكلم عن النفقة في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " [4].

---

[1]- لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 538 .

[2]- القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3]- أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وأثارهما ، دون طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 165 .

[4]- الأمر (05 ـ02)مؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15 ، بتاريخ 27 فبراير 2005 .

هذا ما اتفق عليه الجمهور والأئمة الأربعة، على أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد، خاصة الأبناء الذين ليس لهم مال يكفيهم لمعيشهم.

ثانيا : مشتملات النفقة

إن النفقة هي كل ما يحتاج اليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج ، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج[1].

حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة :" تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "[2].

هذه المادة توسعت في شرح مضمون النفقة فزيادة عن النفقة الغذائية، فتشمل النفقة الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما يعتبر ضروريا في العرف والعادة فيدخل فيه مصاريف.

العلاج بما فيها من الدواء والاستشارة الطبية [3]، ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه أضاف ما يسمى بنفقة العلاج وجعله في المرتبة الثالثة لما له من أهمية كالغذاء واللباس وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد ساير متطلبات العصر الحالي وازدياد حاجة الطفل القاصر للعلاج[4].

---

[1]- نسيمة أمال حيفري ، (نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري)، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية ، جامعة وهران 2 ، العدد 27 ، جوان 2017 ، ص 104 .

[2]- القانون رقم (84 -11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3]- يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2018 ، ص 148 .

[4]- نسيمة أمال حيفري ، المرجع السابق ، ص 104 .

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: (المبدأ يحق للمرأة المطلقة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة)[1].

1 ــ تقدير النفقة :

جاء في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي:

" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديرها قبل مضي سنة من الحكم "[2].

يستوجب على القاضي التحري عن حال الزوجين ومراعاة أوضاعهما، وذلك بمعرفة مصدر معيشة الزوج والزوجة ومداخيلهما كالإطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف بالممتلكات وللقاضي الاستعانة بالخبراء في ذلك ولتماشي النفقة مع تغير ظروف المعيشة.

فللقاضي السلطة في مراجعة تقديره للنفقة مع مطلع كل سنة جديدة ابتداء من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها[3].

والقاضي وحده هو الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء ولكن ليس له أن يمنحهم أقل منه[4].

---

[1]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 390381 ، بتاريخ2009/06/10 ،مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2008 ، ص 295 وما يليها .

[2]- القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3]- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 285 ـ286 .

[4]- أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 163 .

وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجدها في مجملها تأخذ بعين الاعتبار حال الزوج عند تقدير النفقة حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا)أنه: (من المقرر قانونا أن عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة يجعل القرار يستوجب النقض)[1].

2 ــ تاريخ استحقاق النفقة :

تعتبر النفقة حق للأطفال فعلى الحاضن أن يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي، حيث جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة : " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى[2].

تسري نفقة البناء المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة وممارستها لواجبات الحضانة[3].

إذا قدم طالب النفقة إثباتا على أن الملتزم بها لم يؤديها له منذ عدة سنوات قبل رفع الدعوى فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى، فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة المستحقة من يوم رفع الدعوى[4].

---

[1]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 32812 ، يتاريخ 1980/12/15 ،المجلة القضائية ، العدد الثاني ، ص 105 .

[2]- القانون رقم (84- 11) ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 3772189 ، بتاريخ 2007/01/17 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2007 ، ص 469 .

[4]- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 288 .

وبما أن النفقة حق للمحضون فعلى الحاضنة اللجوء للقضاء للمطالبة بها أمام القاضي سواء أثناء سير دعوى الطلاق أو على وجه الاستعجال، وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها طبقا لما نصت عليه المادة 420 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/01/19 بالمبدأ أن" قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع".

وعليه وكما سبق الذكر فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة الى تاريخ صدور الحكم، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة[1].

ثالثا : صندوق النفقة

بالرجوع الى أحكام القانون رقم (01- 15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، لا نجد المشرع أورد فيه تعريفا لصندوق النفقة، بل اكتفى بتعريف بعض المصطلحات المستحدثة بكثرة في هذا القانون، والتي من أهمها : النفقة باعتبارها الغاية الأساسية التي يقوم عليها الصندوق، حيث عرفها على أنها: تلك النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة[2].

[1]- عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 108 .

[2]- عثمان حويذق ، محمد لمين مجرالي، (صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص)، مجلة الشباب ، معهد العلوم الإسلامية ، جامعة الوادي ،العدد الخامس ، ديسمبر 2016 ،ص 201 .

إن التطبيق الفعلي للتعديلات ليس بالأمر السهل فالنفقة التي أقرها قانون الأسرة للمطلقة وأطفالها بالجزائر لا يتناسب تماما مع المعطيات الاقتصادية للبلاد فهي مبلغ ضئيل يضاف إليه مبلغ الكراء ويقدر تقريبا ب 4000 دج ما تشهده البلاد من ارتفاع يوم بعد يوم.

فالقانون رغم كل التعديلات المدخلة لا يخدم المرأة كثيرا، وبالتالي ينعكس تطبيقه سلبا على الأطفال، وبالنظر لارتفاع حالات الطلاق المسجلة في الجزائر والتي هي في الخط الأحمر فإن آلاف الأزواج مهددون بالحبس بسبب النفقة[1].

من خلال استقرائنا لنصوص المواد الأولى والثانية والثالثة من قانون(15-01)على أن صندوق النفقة هو صندوق احتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضه الحاضنة بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم للنفقة بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك[2].

رابعا: أجرة الحضانة

لما كانت الحضانة خدمة الطفل والقيام بشؤونه، فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال، فهذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة للمحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا، يسمى أجرة الحضانة، وهي تختلف عن نفقة المحضون فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها[3].

[1]- نسيمة أمال حيفري، المرجع السابق ، ص 107 .

[2]- القانون رقم (15 -01) المؤرخ في 04 يناير 2005 ، المتضمن صندوق النفقة ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد الأول ، بتاريخ 07 يناير 2005 .

[3]- تشوار حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 145 .

فالمشرع الجزائري لم يقل بأجرة الحضانة بالتمعن في المواد 75،76،77،78 ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، سيما وأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية،وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة[1].

فالمذهب المالكي أنه لا أجرة للحضانة، أي في نظرهم ليس للحاضنة أجرة فلها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها.

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة للحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة بينهما وبين الولد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ، ولا تستحقها إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل ، ذلك أن الأجرة حسب الأحناف هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة ، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد إن تعدد السبب وماعدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة[2].

وعليه فسكوت المشرع عند أجرة الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها مادامت هناك إحالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري حتى وإن كان الملاحظ في مجتمعنا الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي استثناء من المادة 222 يلبي طلب الحاضنة ويحكم لها بها[3].

[1]- باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص155 .

[2]- باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 156

[3]- بوخاتم أسية ، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجيستير ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2007 ، ص 66 .

بالنسبة لأحكام القضاء الجزائري لم نجد له تطبيقات كثيرة تعالج مسألة أجرة الحضانة[1] حيث جاء قرار المحكمة العليا: " أن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في موطنها، حتى لو لم يكن ينص عليها القانون الجزائري لأن في ذلك تشجيع لها ودفع للقيام بشؤون محضونها بكل ما تملكه من جهد"[2].

الفرع الثاني: حق المحضون في السكن

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"[3].

أولا : التعريف القانوني للسكن

لم يعرف المشرع الجزائري السكن في قانون الأسرة الجزائري ، فبالرجوع إلى نص المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري نجد المشرع عرف السكن بأنه :" يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو كشك ولو متنقلا متى كان معدا للسكن إن لم يكن مسكونا وقت ذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات و المباني

[1] تيطراوي منير ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق 2018 -2019، ص 46 .

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355718، بتاريخ 2006/04/12 ،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 477 .

[3] الأمر(05 -02) المؤرخ في 27 فبراير 2005، و المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005 .

التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السوار العمومي"[1].

وبعد تعريف المسكن يمكن القول أن مسكن الحضانة هو مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب على الانتقال منه وتغييره من نتائج وأثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الأبوين أو أحدهما [2] .

وبالرجوع إلى نص المادة 72 السابقة الذكر، أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية :

ـ أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها ، بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

ـ أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى سكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

ـ أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده ، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحضانة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها[3].

[1]- الأمر (156/66) ، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ ، الموافق ل 08 يونيو 1966 ،المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية العدد 49 ، ص 739 .

[2]- فاطمة حداد ، المرجع السابق ، ص 101 ـ 102 .

[3]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 145 ـ 146 .

ثانيا : إلتزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار

ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون إن تعذر ذلك فعليه بأجرته، وهكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر على أن يوفر للحاضنة سكن لممارسة الحضانة، أو أن يدفع بدل الإيجار[1]، فالمشرع أوجب أن يكون السكن المهيأ من قبل الأب ملائما للحضانة.

1 ـ توفير الأب مسكن ملائم للحضانة

المقصود بالسكن الملائم هو أن يكون ملائما للحاضنة والمحضون معا حسب وضعية الأب ومعيشته وحالته الإجتماعية، وأن لا يكون قصد من اختيار السكن الإضرار بالحاضنة كوجوده في مكان معزول أو كوخ أو غرفة واحدة لا تتوفر على أدنى شروط العيش والنظافة كعدم وجود كهرباء وماء.

وتأسيسا له اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج طبقا للمادتين 52 ،72 من قانون الأسرة، وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب[2].

حيث يخضع تقدير ملائمة المسكن للحاضنة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة السكن المهيأ، ولابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره[3].

[1]- فاطمة حداد ، المرجع السابق ، ص 139 .

[2]- باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 157 .

[3]- فاطمة حداد ، المرجع السابق ، ص 140 .

وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا : " للحاضنة الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة "[1].

2 ـ التزام الأب ببدل الإيجار

تشير المادة 72 من قانون الأسرة إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار، ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه، لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة، لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها[2].

في حالة عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم للحضانة فإنه ينتقل إلى حكم بدل الإيجار حيث لا يمكن للأب أن يخير بين توفير مسكن أو دفع بدل الإيجار.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا:" أن تخير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة يعد انتهاك للقانون ...." [3].

إن عبارة بدل الإيجار المنصوص عليها في المادة 72 في الفقرة الأولى من قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ لأن السكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء وهي:

[1]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 0729230، بتاريخ 2013/05/14 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2013 ، ص 276 وما يليها .

[2]- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 26 .

[3]- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 451303 ،دون تاريخ ، مجلة نشرة القضاة ، العدد 67 ، 2011 ، ص 252 .

ـ الرسوم والضرائب المختلفة والتأمين عليه.

ـ مصاريف إستهلاك المياه والغاز والكهرباء

ـ مصاريف رسم المنزل الخاصة بالمستأجر[1].

إذ كان من الأجدر على المشرع تحديد جميع تكاليف السكن وتوفير المستلزمات الضرورية للعيش .

ثالثا : بقاء الحاضنة في بيت الزوجية

نصت الفقرة الثانية من المادة 72 قانون الأسرة على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

إن الإجراء الذي استحدثه المشرع ببقاء الحاضنة حتى تنفيذ الحكم في مسكن الزوجية هذا الإجراء إن كان استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكنا للحضانة[2].

حيث لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق ، والزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق ، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن ، وهذا في رأينا وضع يكون في حكم المستحيل لأن الزوجة إما أن

[1]- فاطمة حداد ، المرجع السابق ،ص 142 ـ143 .

[2] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 260 .

تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد أحد الزوجين يطيق الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع [1].

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه ، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب[2].

المطلب الثاني: المصلحة المعنوية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري

بعد الطلاق بين الزوجين يكون مصير الأولاد البقاء مع أحد الوالدين دون الآخر، فإذا أسندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الآخر حق زيارة المحضون، فرعاية المحضون لا تشمل فقط الرعاية المادية بل تتطلب الرعاية المعنوية للمحضون من خلال الزيارة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب في فرعيه الأول كل ما يخص حق الزيارة وفي الفرع الثاني التدابير المتعلقة بهذا الحق، وهذا كله كضمان لمصلحة المحضون.

الفرع الأول: الحق في الزيارة تبعا لإسناد الحضانة

إن أبرز الحقوق المترتبة عن أثار الحضانة الزيارة، فهي حق لكل من الزوج والزوجة المنفصلين، ولكل من يريد رؤية المحضون أو يرغب المحضون في رؤيته، فمن حق الأبوين متابعة ولدهما وزيارته إذا كان محضونا لأحدهما ، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ وملاحظة وضعه الصحي وتلبية طلباته والسؤال عن سلوكه[3].

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 146 .

[2] باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 158 .

[3] نافع حميد صالح ن حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الأبيار ، العراق ، ع 20 ، 2009 ، ص 140 .

حيث أن حق الزيارة حق ثابت للوالدين، لأن حرمان أحدهما من ذلك يضر بالطرف الآخر، ولذلك قرر المشرع الجزائري حق الزيارة للمحضون من قبل الوالد غير الحاضن وذلك من خلال المادة 2/64 ق أ ج بنصها أنه : " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[1]، ومفاد هذا الحق السلطة الأبوية[2].

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة ورعاية دائمة لمصلحة المحضون فقد رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به [3].

وبما أن المشرع نص على حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة، فهذا دليل على أن هؤلاء فقط لهم طلبه ، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فلابد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن، وهذا يستنتج من أسلوب المادة الذي جاء على سبيل الوجوب بلفظ : (وعلى القاضي).

وقد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها : " من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، الذي تجب عليه النفقة، يكون

[1] المادة 64 من القانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج ر رقم 15 .

[2] رقية أحمد داود ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية ، مذكرة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2003 ، ص 94 .

[3] المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66 ـ156 ، المؤرخ في 8 يوينو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، بالقانون رقم 06 ـ23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق أ ج ، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن "[1].

كما أن المادة 64 السالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة.

وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ماهو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا ، فهذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم ومن تلقاء نفسه .

وإذا كان هذا ما اتجه اليه قانون الأسرة الجزائري، فإن الملاحظ عليه هو أنه لم يعط للقاضي ولا توجيه في طرق الزيارة وكيفية ممارستها، بل إنه لم يشر إطلاقا في المادة السالفة الذكر إلى مصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري قد منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح والأنسب للمحضون، فعلى القاضي أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون، فهو الذي يحدد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة أو من حيث مكان ممارستها.

[1] قرار رقم 189181 صادر في 1998/04/21 ، ا ق ، 2001 ، ع خ ، ص 192 ، عن سايس جمال ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1093.

أولا : مدة الزيارة :

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية، وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

والمشرع الجزائري لم ينص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها فهل تكون يوميا أسبوعيا أم شهريا ؟

وما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[1].

وقد حددته المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل ، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما 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 أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع ليعدهم بما يحتاجون إليه ، والتعاطف معهم ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[2].

ثانيا : مكان الزيارة

مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، لذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر[3].

---

[1] ديابي باديس ، مرجع سابق ، ص 160 -161 .

[2] قرار رقم 59784 صادر في 1990/04/16 ،م ق ، 1991 ، ع 4 ، ص 126 ، عن سايس جمال ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 549 .

[3] ديابي باديس ، المرجع السابق ، ص 160 .

إذ قررت المحكمة العليا في 1990/04/30 بأن من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما ، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد.

فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، ولما كان في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[1].

فإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن أما كانت أو غيرها عدم منعه من ذلك لما في ذلك من قطع للرحم[2]، فزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة[3]، وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون من عيادته، لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى والده ، وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل[4].

[1] قرار رقم 79891 صادر في 1990/04/30 ، م ق ، 1992 ، ع 1 ، ص 55 ، عن سايس جمال ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 571 .

[2] شلبي محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص 779 .

[3] قرار رقم 350942 ، صادر في 2006/01/04 ، م م ع ، 2006 ،ع 1 ، ص 455 ، عن سايس جمال ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 1334 .

[4] رقية أحمد بن داود ، مرجع سابق ، ً 95 .

وعلى هذه المبادئ جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه :" من المقرر شرعا أنه لا يصلح تحديد ممارسة حق الزيارة للأب في بيت الزوجة المطلقة ، لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق[1].

إلا أن جل الأحكام القضائية التي تم الإطلاع عليها لم تتضمن الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، مما يؤدي إلى إشكالية كثرة النزاع بين الزوجين المنفصلين.

وأحيانا يتعذر على الأب زيارة أبنائه كل أسبوع بسبب ظروفه الخاصة كعمله في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من رؤيتهم.

وكثيرا ما نجد الأبوان يسيئان استخدام هذا الحق بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، ليكون الأطفال المشمولون بالحضانة هم الضحية، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية حيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[2].

ومنه يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للإضرار بالمحضون[3].

[1] قرار رقم 214290 صادر في 1998/12/15 ، ا ق ، 2001 ، ع خ ، ص194 ،عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، المرجع السابق ، ص 1094 .

[2] القدومي عبير ربحي شاكر، مرجع سابق ، ص 174 .

[3] رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ، 2011، ص 172 .

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجوا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، حتى لا يضار الأبوان والصغار معا ماديا ومعنويا.

ليصبح النص في المادة 64 يشمل عبارة الزيارة وحق الإستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح ، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذلك[1].

وبالتالي فمن يتأمل الأحكام التي تم استعراضها يجد أن الحضانة تقرر مصير الطفل ووضعه الاجتماعي من حيث الاهتمام به والعناية بشؤونه المادية والمعنوية، والتكفل برعايته وتربيته اعتمادا على تحقيق مصلحته، لأن مصلحة المحضون تبقى دائما الغاية الأساسية التي يهدف إليها المشرع بعرض عناصرها على القاضي ليستعين بها في إصدار حكمه، على اعتبار أن مفهوم المصلحة يختلف من محضون لآخر ومن مكان لآخر[2].

الفرع الثاني: التدبير المتعلق بالزيارة (مقارنة بين القانون القديم والجديد)

في السابق وقبل تعديل قانون الأسرة كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة، أي زيارة الزوج الآخر للمحضون الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من قانون الأسرة.

أما بعد التعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأب والأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مبينة وموقعة إلى قاضي شؤون

[1] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 259 .

[2] رقية أحمد داود ، مرجع سابق ، ص 96 .

الأسرة قصد استصدار أمر على عريضة ، فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة[1].

حيث جاء في نص المادة 64 السالفة الذكر " ..... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عن أهله نهائيا[2].

إذا كان الولد عند حاضنه أو حاضنته أو غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة لمصلحته أن يمنع الزوج الآخر أو من له الحق من رؤية وزيارة الأولاد ، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته ، بل يكفي إخراجه إلى مكان يمكن من خلاله رؤيته[3].

حق الزيارة المنوه عليه في المادة 64 لم يكن حصريا على الأب والأم من لم تسند إليهم الحضانة ، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون ، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به[4]، ويجب على قاضي شؤون الأسرة عندما يحكم بالزيارة التي قد تكون للأب أو للجد أو لغيره

[1] بن هبري عبد الحكيم ، أحكام الصلح في شؤون الأسرة ، وفقا للتشريع والقضاء الجزائري ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ،2018 ، ص 262 .

[2] باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 159 .

[3] بن هبري عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 262 .

[4] باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق ص 159 .

من مستحقي الحضانة فجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أفريل 1988 :" من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الإبن يكون له حق الزيارة أيضا ....."[1] .

المبحث الثاني: الإشكالات التي تواجه القاضي في اسناد الحضانة والرقابة القضائية عليها

إن موضوع الحضانة هو موضوع شائك حيث يطرح عدة إشكالات خاصة عند عدم النص عليها في قانون الأسرة الجزائري هذا من جهة وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى وهذا ما يصعب مهمة القاضي.

سنتطرق في هذا المبحث إلى الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة، في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى الرقابة القضائية على مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة

أما المشكلات المثارة أثناء ممارسة الحضانة، هناك مشكل آخر يثور وهو الزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول (الفرع الأول)، وكذا إشكالية مسؤولية الحضانة عن أفعال المحضون الضارة (الفرع الثاني)، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال دراستنا لهذا المطلب.

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 189181، بتاريخ 1988/04/21 ، مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد خاص ،2001، ص 192 ومايليها ، عن يعقوبي عبد الرزاق،مرجع سابق،ص125 .

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط

إن اختلاف الجنسيات يطرح عدة إشكالات وأبرزها الزواج المختلط حيث سعت أغلب الدول إلى إبرام اتفاقيات تسمح بمعالجة هذه المسألة من خلال دراسته في حالة وجود اتفاقية دولية وحالة عدم وجود اتفاقية دولية.

أولا: الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر.

المادة 04 من قانون الأسرة ج عرفت الزواج بأنه " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1].

أما المقصود بالزواج المختلط فيبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وآخر يحمل جنسية أجنبية مثل: زواج جزائرية مسلمة مع غير مسلم ينتج عن زواج الجزائريين بالفرنسيين أبناء وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمت اتفاقية في 1988/06/21 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال من أجل حمايتهم والسهر على حرية التنقل من البلدين مع مراعاة مصلحتهم وحرصا على تطبيق هذه الاتفاقية تقوم وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية [2].

---

[1]– الأمر (05–02) المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد15 المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005.

بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص355.

[2]– المادة الأولى من المرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 26 يونيو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط جزائري وفرنسي في حالة الإنفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988ج، رقم 30.

ومن بين هذا الالتزامات ما ورد في م 6 من الاتفاقية تنص في فقرتها الأولى: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها[1].

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري، من خلال المادة 64 ق أ ج غير أن هذه الأحكام عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو الفرنسية تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف قاضي فرنسي على أساس أن تتم الحضانة في فرنسا وبالتالي الإشكال المطروح هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في م 62 ق أ ج بتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت الأم كتابية؟

والإشكال الآخر أنه عند تفحص بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حل، وهذا ما يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي لتعرضه مع النظام العام الجزائري[2].

وعلى القاضي عند الحكم بالحضانة لأحد الوالدين أن يمنح حق الزيارة للوالد الآخر، ورغم أن الاتفاقية عالجت مشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل عالقة، ففي حالة ممارسة أحد الوالدين لحق الزيارة لا يقوم برد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ورغم الحلول المنصوص عليها في المادة 11 من الاتفاقية إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام

[1]– المادة 06 من المرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 26 يونيو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط جزائري وفرنسي في حالة الإنفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988ج، رقم 30.

[2]– بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص250.

الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة حيث يقوم باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري إلا أن ذلك يبقى حبر على ورق لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها وهذا ما يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية وبالتالي ضياع مصلحة الطفل المحضون[1].

هذه الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى ولو أنها أشارت في المادة 04 منها على أنه: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة الطفل[2].

في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي ذلك إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص [3].

الزواج المختلط يعتبر من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، حيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وخاصة المادة 62 المتعلقة بالتربية على دين أبيه وغيرها من القضايا كالمسكن والنفقة وحق الزيارة[4].

[1]– بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص160.

[2]– المادة 04 من المرسوم رقم 88. 144 المؤرخ في 26 يونيو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بالأطفال الناتجين عن الزواج المختلط الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988ج، رقم30.

[3]– بن عصمان نسرين، المرجع السابق، ص161.

[4]– بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص253.

ثانيا: الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم والجزائر معاهدة ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العام في القانون المدني الجزائري[1].

بالرجوع إلى قواعد الإسناد م 2/12 ق أ ج التي نصت "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" بمعنى في حالة طلاق زوجين من جنسيتين مختلفتين ولم تبرم اتفاقية مع الدولة الجزائرية هنا يطبق قانون الذي ينتمي إليه الزوج رفع الدعوى فإذا كان الزوج جزائري يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه أي إنه إذا كان أحد الزوجين جزائري فإنه يطبق القانون الجزائري حسب المادة 13 ق . أ. ج [2].

إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها، الحضانة فهذا يؤدي إلى عدم تربية الولد على دين أبيه كما نص عليه القانون الجزائري مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو انه لا يجوز أن تستند حضانة الولد المسلم إلى الأم الغير مسلمة المقيمة في بلد أجنبي وبالتالي القاضي أو المشرع يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في: 1990/02/19 والذي جاء فيه "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم الحكم بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد

[1]– بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص253.

[2]– بن عصمان، نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة ج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص162.

أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال بعد قضاء مخالف للشرع والقانون[1].

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

الأصل أن القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسأل عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيره لأن مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب الإثبات أي أنه على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل ولكن لاعتبارات عديدة ورعاية لمصلحة المضرور أي المشرعون أن هناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره ومثل هذه الحالات تكون فيها المسؤولية مفترقة فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ المسؤول عن فعل الغير لأن مجرد وقوع الضرر يعتبر دليلا على صدور الخطأ وهذا الغير إما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه اتفاقا أو قضاء[2].

ولدراسة المسؤولية عن أفعال المحضون وجب علينا تسليط الضوء على المبادئ العامة التي وضعها المشرع الجزائري لقيام مسؤولية الشخص المكلف بالرقابة عن الأفعال التي يقوم بها الخاضع للرقابة وذلك لما جاء به القانون المدني.

أولا: شروط تحقق مسؤولية المكلف بالرقابة (الحاضن)

نصت المادة 134 ق.م على الحاضن أن يلتزم برقابة شخص آخر وهو المحضون الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة بالاعتناء به والقيام بشؤونه ويكون حكمه حكم الصغير وهذا يعني أن مسؤولية

[1]– بوغزارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة، قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشور)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، ص108.

[2]–حسن علي ذنون، محمد سعيد، حو، الوجيز في النظرية العامة الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، ط1، ج1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص321.

الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون لأن وجود ها الالتزام هو سبب مسؤوليته[1].

والمشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 ق.م.ج بـ 19 سنة لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنته بـ 10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إلى 16 سنة إذا طلب الحاضن ذلك وبالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرر لمصلحته مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه.

إذا بلغ المحضون سن الرشد طبقا للمادة 40 ق.م.ج فإنه يتحرر من هذه الرقابة سواء كانت رقابة قانونية أو اتفاقية إذا كان سليما لكن إذا أصيب بعد اكتمال سن الرشد بجنون أو عته أو غفلة يكون في حاجة إلى الرقابة وكذلك، إذا أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة وبالتالي تفرض عليه. [2]

2/ صدور عمل ضار من المحضون:

راعى المشرع الجزائري مسؤولية تولي الرقابة حيث أنها لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المشمول بالرعاية وإنما يقوم على أساس خطأ متولي الرعاية[3].

[1]– خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2010، ص270.

[2]–خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط14، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص270.

[3]–حسن علي ذنون، محمد سعيد حو، نفس المرجع السابق، ص324.

وقد نص المشرع ج في القانون المدني من خلال المادة 134 أنه لا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا لأن مسؤولية المكلف بالرقبة تنعقد سواء كان الشخص الخاضع للرقابة مميز أو غير مميز ما دام انعدام التمييز عند الشخص الخاضع للرقابة لا يحول دون مسؤولية المكلف بالرقابة بالتالي العمل الضار الطي يصدر من غير المميز يكتفي فيه بعنصر التعدي في الخطأ دون عنصر الإدراك أي العنصر المادي دون المعنوي وتصبح مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة مسؤولية أصلية[1].

ثانيا: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن.

بمقتضى نص المادة 134 ق م ج على المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة حيث أنه عندما يقوم المحضون الذي هو تحت الرقابة بالأضرار بالغير فهذا يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة الذي يتحمله قانونا وبالتالي أساس المسؤولية هو الخطأ المفترض في متولي الرقابة لكن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكن للحاضن إثبات عكسها[2].

1/ الخطأ المفترض في واجب الرقابة:

الخطأ المفترض من جانب لحاضن هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة فإذا ارتكب المحضون عمل غير مشروع هذا يعني أن الحاضن قصر في رقابته وبالتالي أدى ذلك إلى ارتكاب المحضون لهذا العمل الغير مشروع[3].

[1]– سناء عماري التطبيقات القضائية للحاضنة واشكالاتها في قانون الأسرة ج، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص166.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موقع للنشر، الجزائر، 2007، ص122.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 1136.

2/ العلاقة السببية المفترضة:

كما افترض المشرع أيضا العلاقة السببية بين التقصير في متولي الرقابة وبين الفعل الضار الذي قام به المحضون وتبقى هذه العلاقة قائمة إلى حين إثبات العكس من طرف الحاضن إلى غاية إثبات العكس[1].

3/ دفع الحاضن المسؤولية:

نصت م 134/ 2 ق م " يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر، كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا بما ينبغي من العناية".

أ/ نفي الخطأ المفترض:

أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في القيام بهذا الواجب وافتراض الخطأ هو افتراض بسيط قابل لدليل العكس، معنى ذلك أن المكلف بالرقابة يتلخص من المسؤولية متى أقام الدليل على أنه قام بواجب الرقابة، كما ينبغي وانه اتخذ كل الاحتياجات لمنع ارتكاب الصغير المحضون للفعال الضار[2].

ب/ نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة:

العلاقة السببية مفترضة لا يكلف الشخص المضرور بإثباتها بل يتولى الحاضن نفيها عن طريق إثبات أن الضرر كان بسبب أجنبي وانه كان لا بد من وقوع الضرر، ولو اتخذ الحاضن كل الاحتياجات لمنعه وبالتالي لا علاقة لخطأ الحاضن في حدوث الضرر[3].

---

[1]– علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص124.

[2] –محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانوني المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى الجزائر، 2011، ص184.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص1139.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

لقد جعل المشرّع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى، غير أنّ مراعاة هذه المصلحة أعطت للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أنّ هذه السلطة تختلف من قضية إلى أخرى.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة يلجأ إلى عدة وسائل، وهذا ما سنتطرّق إليه من خلال (الفرع الأول) التحقيق والمعاينة (الفرع الثاني) ودور النيابة العامة.

الفرع الأول: التحقيق والمعاينة

يتم ذلك من خلال الاستماع إلى أطراف النزاع إذا اقتضى الأمر الاستماع إلى أفراد العائلة، كما ينتقل شخصيا للمعاينة أو الاستعانة بخبير وفقا لما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع

الاستماع إلى أطراف النزاع والاطلاع على الوثائق المعروضة تسمح للقاضي أن يأخذ فكرة عن من سيتولى حضانة الطفل، كما بإمكانه أن يأخذ فكرة على طريقة حياة الوالدين والحالة الصحية للطفل[1].

[1] – حسيني عزيزة، ص 82.

لا يوجد في الاستماع ما ينفي كليا مصلحته، غذ انه يمكن له أن يأخذ برأي الطفل المحضون، كما يمكن له أن يستبعده، فمسألة اختيار المحضون لحاضنة ليست مطلقة ولا مقيّدة.[1]

وفي هذا نص المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1982/01/11 بقوله: "في الحضانة لا يأخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل إنما مصلحته، فإذا أكّد المجلس القضائي على الوجه المتعلق برغبة الأولاد قد استعمل سلطته التقديرية، وإذا سلّط الضوء على رغبة الأولاد فإنه فقط لتعزيز حججه لا لتأسيس قراره"[2]، فهنا إذا رأى القاضي أنّ اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له، حكم له به، وإذا رأى انتقاء مصلحته مع المخبر أبقى الحضانة للحاضن الأول، ومع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للاستعانة والكشف عن مصلحة المحضون[3] وهذا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 02/454 "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك".

وكذا المادة 463 من نفس القانون إذ تنص على: "يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا ويمكن إعفاء القاصر من الحضور"[4].

[1] – شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص 441.

[2] – قرار رقم 26503 الصادر في 1982/01/11 ف ق 1982، ع خ ص 236 عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 145.

[3] – شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص 444.

[4] – المادة 454، 463 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

وبالتالي وبموجب هذه المواد يكون المشرّع قد جعل من معيار استماع المحضون أمرا جوازيا للقاضي وهذا حسب سلطته التقديرية.

ثانيا: الاستماع غلى أفراد العائلة:

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم وكل هذا من أجل جمع اكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه، وهذا ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 459 إذ جاءت كما يلي: "يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين"[1].

ثالثا: انتقال القاضي إلى المعاينة:

يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي يمارس فيه الحضانة، ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها[2]، وبهذا جاءت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو

[1] – المادة 459 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 المؤرخة في 23 افريل 2008.

[2] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 168.

بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"[1].

الفرع الثاني: الاستعانة بالخبراء الأخصائيين

اجتهاد القاضي لا يجب أن يكون استنادا إلى آرائه الخاصة وإنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعاته التامة وتقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى الاستعانة بالخبراء لسد ثغرات سكوت القانون[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2005/05/18، "يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[3].

فعلى قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل، ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية، فإذا رأت أنّ النزاع يستدعي تعيين خبير أو عدّة خبراء كان له ذلك، وفي أغلب الحيان يكون اللجوء إلى الخبرة في الأمور الصحية ولجمع المعطيات المادية والاجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البث في تحديد الإصلاح منهما لإسناد الحضانة إليه أو للغير من أصحاب الحق في الحضانة[4]، وهذا ما نصّ عليه المشرّع

[1] – المادة 146 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] – غربال عائدة البرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية "تونس مثلا"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية 2006، ص 34.

[3] – القرار رقم 330566 الصادر في 2005/05/18، ع 1، ص 301، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1247.

[4] – القرار رقم 337176 الصادر في 2005/11/16، ن ق، 2010 ع 65، ص 319، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1527.

الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب أو خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ... [1]

كما يلجأ القاضي إلى المختص النفسي، وهذا من أجل فهم المشاكل التي يعاني منها الطفل واقتراح الحلول الممكنة له وكذا بالمختص الاجتماعي وهذا من أجل البحث والتحقق من البيئة الاجتماعية للطفل.

ومع ذلك فإن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون[2] وهو غير ملزم كذلك باللجوء برأي الخبير، حيث أنّ النتيجة التي يتوصّل إليها الخبير لا تعدّ إلا رأيا يستأنس به القاضي في حكمه على أساس أنه رأي تقني، فرأي القاضي مستقل تماما عن رأي الخبير، وكل هذا سعيا من القاضي إلى فهم الإشكال المطروح عليه، وحلّه بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للمحضون.

وعليه يمكن القول أنّ قوام الحضانة تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون، وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا انه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب، وهذا لما

[1] – المادة 425 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] – قرار رقم 650014 الصادر في 2011/10/13، م م ع، 2012، ع 1، ص 313، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1608.

يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية، لأنه مجرّد من كل الوسائل الضرورية التي تساعده على تحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه.[1]

الفرع الثالث: دور النيابة العامة

للنيابة للعامة حق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، ولكن دورها يختلف في القضايا المدنية، وهي إما أن تعمل كطرف منظم، بمعنى أن يكون لها حق إبداء الرأي، وهذا الانضمام إما أن يكون إجباريا أو اختياريا كما كان منصوص عليه في المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائها بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكان لا يمكن للنيابة العامة الادعاء مدنيا وأن تكون طرفا أصليا[2].

إلا إذا وجد نص خاص كما كان عليه الحال في المادة 102 من قانون الأسرة والتي بموجبها يمكن للنيابة أن تقدّم طلبا للحجر على أي شخص، ولكن بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 جاء نص المادة 03 مكرر صريحا باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، ومن ثم أصبحت المادة 102 دون جدوى[3].

باعتبار النيابة العامة طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة له أثر مهم لاسيما من حيث تقديم الطلبات والادعاء مدنيا وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية[4].

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، ص 169.

[2] – حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، ص 11.

[3] – المادة 03/102 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج 1.

[4] – حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، ع 19، 2014، ص 11.

كما أنه يجب تكليف ممثل النيابة بالحضور للجلسة وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا[1].

ولأن ممثل النيابة طرف أصلي في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لزم حضوره جلسات المحاكمة وتقديم طلبات تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة وهذا هو المعمول به عمليا[2].

حيث جاء النص في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/15 أنّ "القضايا المتعلقة بالنّسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي واجب القانون فيها إشراك النيابة العامة، وأخذ رأيها حولها وذلك بإرسال ملفاتها إليها، وإلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال، وبالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه فإنه ليس في أي منهما ما يثبت من اطّلاع النيابة العامة على الملف مما يعدّ خرقا لإجراء جوهري يتعلّق بالنظام العام، ما يترتب عنه نقض وإبطال القرار المذكور[3].

وحماية للقانون والأسرة أصبحت النيابة العامة طرف في القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة لأنها تمس بالأمن بمقتضى المادة 03 مكرّر[4]، وإن نص المشرع على اعتبار النيابة العامة طرف في الدعوى خاصة في المسائل المتعلقة بالأطفال، دليل على أنّ المشرّع يسعى إلى وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار، فما يمكن قوله هو أنّ تدخل النيابة العامة

[1] – المادة 483/15 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] – حمليل صالح، مرجع سابق، ص 11.

[3] – قرار رقم 39381 الصادر في 1986/01/15، م ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966، 2010، ص 329.

[4] – بن صغير محفوظ، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 02/05 في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، خنشلة، ع 1، 2014، ص 112.

في شؤون الأسرة وخاصة منها المتعلقة بالأطفال أمر ضروري لأنها تساعد القاضي في الوصول إلى الحقيقة، كما لها سلطة في البحث والتّحرّي، كما أنها تسعى إلى تطبيق القانون تطبيقا سليما، وبالتالي حتى ولو انحرف القاضي عن الحكم الصائب فهنا على النيابة ان تتدخّل[1].

خلاصة الفصل الثاني

مما سبق فإن أحكام الحضانة علقها المشرع كلها على مصلحة الطفل فنجده استمد أحكامها من الشريعة الإسلامية إلا أنه أدخل عليها بعض التعديلات التي جاءت بموجب الأمر 02/05، وما يلاحظ على هذه التعديلات أنها كلها جاءت لتخدم مصلحة الطفل.

فما يمكن قوله أن المشرع قد وضع نصوص قانونية بموجب قانون الأسرة حيث أنه من خلالها يحمي قانون الطفل بل أكثر من هذا فقد جرم بعض الأفعال الماسة بهذه الحقوق بتقرير عقوبات بات لهافي قانون العقوبات الجزائري، وهذا ما هو إلا دليل على حرص المشرع على الحفاظ على حقوق الطفل مراعيا في ذلك مصلحته.

فقد علق المشرع كل أحكامه بمصلحة الطفل التي يسعى القاضي للبحث عنها وتحقيقها واللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل الطفل وظروفه حتى يصدر حكمه.

والشيء الذي لاحظناه من خلال دراستنا للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال حضانة الأولاد أنه بالرغم من وجد نصوص قانونية منظمة لهذا الموضوع، فإن الواقع التطبيقي والعملي في مجال الاجتهاد القضائي أكد على أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأنه وقبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مبدأ هام متفق ألا وهو مصلحة المحضون.

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 171– 172.

خاتمة

خاتمة :

نظرا لأهمية الموضوع المتعلق بدراستنا كون أن ظاهرة التفكك الأسري باتت متفشية في حاضرنا اليوم، وما ينتج عن انفصال الزوجين من آثار يكون ضحيتها الأبناء.

نجد موضوع الحضانة يطرح نفسه كمشكل بارز أمام العدالة أو القاضي المختص بشؤون الأسرة مما يضع القاضي في امتحان صعب يفرض عليه أن يجد حلا للقضايا المطروحة أمامه خاصة في باب الحضانة فيكون للقاضي دور هام في تقدير مصلحة المحضون وإعطائه أولوية بين المتخاصمين حماية له من التشرد والضياع وتوفير مستوى معيشي مقبول له.

وهذا ما أدى إلى تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي جاء بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون فشمل هذا التعديل ما يلي :

ـ إعادة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة مع بقاء الأم في نفس المرتبة الأولى وتقدم الأب بعد الأم ، وهذا محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأمومة والأبوة كما أكد المشرع على حق التداول في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ـ اعتبار عمل المرأة حق لها ولا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة عنها، وهذا تماشيا مع متطلبات العصر وتطوير التنمية الاقتصادية للبلاد بخبراتها وإمكانياتها.

ـ إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 وتعديل المادة 72 المتعلقة بسكن الحاضن نظرا للتضارب الحاصل بينهما، وذلك حتى تنسجم النصوص القانونية مع بعضها البعض بغية حماية مصلحة الأطفال بعد الطلاق مسايرا بذلك الإجتهادات القضائية للواقع الاجتماعي إذ قللت من ظاهرة تشرد الأطفال بعد فك الرابطة الزوجية، وهذا من أجل إعطاء ضمانات أكثر لحماية المحضون ومراعاة لمصلحته .

ولكن وبالرغم من إجراء هذه التعديلات إلا أنه مازال هناك بعض الفراغ التشريعي فيما يخص أحكام الحضانة.

حيث أنه فيما يتعلق بشروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع بعبارة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك " حسب المادة 62 ق أ ج فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وترك ذلك للقاضي ليبحث عنها في مصادر الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق أ ج فكان الأحرى به أن يحددها ليضمن التطبيق السليم للنص وكذا ليسهل المهمة على القاضي وليضمن أفضل تحقيق لمصلحة المحضون.

كما أنه في المادة 64 ق أ ج عندما عدد مستحقي الحضانة جاء بعبارة " ثم الأقربون درجة " ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نصوص قانون الأسرة.

وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود الأقربين درجة أو عدم كفاءة أي منهم للحضانة فلمن تسند الحضانة؟ بما أنه لم يبين أشخاصهم فعلى القاضي تولي ذلك بالرجوع دائما إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وهو لم يحدد له المذهب الذي يتبعه.

كما أقر في هذه المادة الحق في الزيارة، لكنه ترك العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى فيه ولا الزمان، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له والحاضن.

أضف إلى ذلك أنه لم يذكر إن كانت هناك حالات تسقط هذا الحق ، وماهي إن وجدت .

ـ كما أقرفي المادة 65 ق أ ج بحق الحاضنة في طلب تمديد حضانة الذكر الذي بلغ 10 سنوات إلى 16 سنة وحصره لها فقط ، بحيث لا يمكن لحاضنة سواها طلب ذلك ولو اقتضت مصلحة المحضون ذلك ن كما أنه لم يحدد المعيار الذي حدد به سن 16، وهو سن التمييز قبل تعديل القانون المدني في 2005 بموجب الأمر 07 ـ 05 .

ورغم ما جاء به المشرع في نص المادة 72 ق أ ج بعد التعديل لحماية المحضون ووقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية التي تلحق به بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه إلا أن هذا النص جاء معيبا وقاصرا من عدة جوانب تلخص في :

حيث منح المشرع من خلال هذه المادة حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات، كما أنه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة واكتفى بعبارة "الملائمة " ولم يحدد كذلك المكان الذي تمارس فيه الحضانة ولا المسافة التي يجب أ، تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة .

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على : " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ."

تطرح مشكل امكانية الجمع بين أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة وهو أمر غير مقبول شرعا .

ـ استحداث آلية جديدة لحماية المرأة والطفل من خلال صندوق النفقة ، خاصة المحضون من أجل الإستعانة به .

والملاحظ أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون " .

وهذا ما يعني على أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم وهو " مصلحة المحضون " ويؤكد على أن المشرع الجزائري ترك مهمة تقدير متى تتحقق مصلحة المحضون للقاضي عندما تعرض عليه أي قضية متعلقة بالحضانة .

فالمشرع ترك المجال واسعا لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته أمام مسألة تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون ، وأمام سكوت المشرع

على بعض الأحكام فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق الطفل ؟

فكان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

وعليه وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.

ومن أجل التطبيق الحسن لهذه القاعدة الجوهرية يجب أن يحظى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون بكامل الدعم المادي والمعنوي حتى يقوم بمهمته على أكمل وجه، ومن ذلك أن يوضع تحت تصرفه متخصصون نفسانيون واجتماعيون وأطباء من شأنهم أن يوضحوا الواقع الذي ينير الاتجاه الذي يسلكه القاضي بخصوص الطفل باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه، لأن مهمة القاضي ليست بالبسيطة.

فبالإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية ومعرفة تقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهمته ، إضافة إلى كونه قاض عليه أن يكون فقيها ومحللا نفسيا لكي يتماشى وضابط مصلحة المحضون.

قائمة المصادر

والمراجع

المصادر:

القرآن الكريم

الدساتير:

1.المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66 ـ156 ، المؤرخ في 8 يوينو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، بالقانون رقم 06 ـ23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

2.انظر المواد: 54، 65، 66، 67، 69 من ق،ا، ج.

3.المادة 68 ق أ ج " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

4.المادة 69 ق أ ج " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

5.القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم.

6.أمر رقم 66/ 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

7.م ع غ أ ش قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 2549 م ق 1989، ع 4.

8.القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

9.المادة 64 من القانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج ر رقم 15 .

10. المادة 03/102 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج 1.

11. المادة 26 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

12. المادة 68 من القانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.
13. القانون رقم (84 ـ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984.
14. قرار رقم 39381 الصادر في 1986/01/15، م ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966، 2010.
15. المادة الأولى من المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يونيو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط جزائري وفرنسي في حالة الإنفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988ج، رقم 30.
16. قرار رقم 89672 صادر في 23 /1993/02، ا ق، 2001، ع خ، ص 166، عن سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2.
17. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 15، بتاريخ 2005/02/27.
18. القانون رقم (15 ـ01) المؤرخ في 04 يناير 2005، المتضمن صندوق النفقة ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد الأول ، بتاريخ 07 يناير 2005 .
19. الأمر (05 ـ 02) مؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15 ، بتاريخ 27 فبراير 2005 .
20. الأمر(05 ـ02) المؤرخ في 27 فبراير 2005، والمتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005 .
21. القرار رقم 457038 الصادي في: 2008/09/10، م م ع، 2008، ع 2، ص 313ن نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 3، 2013.
22. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمّم.

23. قانون الأسرة المعدّل 1984 بموجب المرسوم رقم 02/05 بتاريخ 27 شباط 2005.
24. الأمر (156/66) ، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ ، الموافق ل 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية العدد 49 .
25. المادة 454، 463 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.
26. المادة 459 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 المؤرخة في 23 افريل 2008.

الكتب:

27. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008.
28. آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر، دار هومة، ط 3، ج 1، 2011.
29. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
30. باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دون طبعة، دار الهدى ، الجزائر، 2012 .
31. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008.
32. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
33. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
34. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2007.
35. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، 2008، ص 258.

36. بن هبري عبد الحكيم ، أحكام الصلح في شؤون الأسرة ، وفقا للتشريع والقضاء الجزائري ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ،2018.

37. تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008 .

38. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، كتاب الأحوال الشخصية، ط 2، دار الوعي، الجزائر، 2010.

39. جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

40. جمال الدين عبد الله بن يوسف الذيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج 3، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، ط 1، مؤسسة الريان، لبنان، 1995.

41. جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، الجزء الثالث، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان ن 1995.

42. الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، 2004.

43. حسن علي ذنون، محمد سعيد، حو، الوجيز في النظرية العامة الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، ط1، ج1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002.

44. حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

45. حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري

46. خالد عبد العظيم أبو غاية، حقوق المحضون، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

47. خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2010.

48. ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، 2012.

49. رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ، 2011.

50. رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الأول، عقد الزواج في الإسلام، مكونات العقد وواجبات الزوجين، الدار الجامعية، د ب ن، 2001.

51. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة، الطبعة الأولى، الجزء 10، 1993.

52. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر، دار هومة، ط 3، 1996.

53. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، ط 2، 2009.

54. سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر، ط 1 2008.

55. سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 1، دار المنار، 1986.

56. شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

57. شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

58. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، دار الجامعية، ط 4، 1983.

59. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

60. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

61. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موقع للنشر، الجزائر، 2007.

62. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

63. فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

64. القدومي، عبير ريحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007.

65. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2014.

66. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2004.

67. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة، جامعة جرش، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ/ 2008م.

68. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانوني المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى الجزائر، 2011.

69. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

70. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 3، مطبعة السعادة، مصر، 1966.

71. مدقر عبدالقادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الجزائر، المطبعة العربية، 1993.

72. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010.

73. نسيمة أمال حيفري، (نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري)، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة وهران 2، العدد 27، جوان 2017.

74. وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 7، ط 2، دار الفكر، د ب ن، 1985.

75. يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2018.

مذكرات:

76. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

77. بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.

78. بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.

79. بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.

80. بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.

81. بن عصمان، نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة ج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.

82. بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.

83. بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.

84. بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2007.

85. بوغزارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة، قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشور)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون.

86. تيطراوي منير ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق،2018 ـ 2019.

87. تيطراوي منير ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق 2018 ـ2019.

88. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.

89. رقية أحمد داود ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية ، مذكرة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2003.

90. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008. 53.

91. سناء عماري التطبيقات القضائية للحاضنة واشكالاتها في قانون الأسرة ج، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.

92. شامي أحمد ن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ن اطروحة دكتوراه ن، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ن 2014.

93. صالح بوغرارة، حقوق أ في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.

94. عزيزة حسين، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

95. عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

96. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011.

97. غربال عائدة البرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية "تونس مثلا"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية 2006.

98. غربال عائدة اليرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية " تونس مثالا " مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2006.

99. كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ن مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013.

100. معمري ايمان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي.

101. معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

102. معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص 51 ـ 52.

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

104. ياسر يوسف اسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيتهم الأسري، مذكرة ماجيستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين ن 2009.

المجلات:

105. براهيمي حنان، (أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا)، مجلة المنتدى القانوني دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 4، 2007.

106. البغا محمد حسن مصطفى، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق ع 2، م 18، 2002.
107. بلان كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المرأة في ضوء بعض التغيرات " دراسة ميدانية "، مجلة جامعة دمشق، ع 1، م 28، 2012.
108. بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الجقوق، جامعة الجزائر، ع 1، الجزائر، 1994.

109. بن صغير محفوظ، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 02/05 في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، خنشلة، ع 1، 2014.
110. حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، ع 19، 2014.
111. سامية بن قوية، آثار الحصانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، 2010.
112. عثمان حويذق ، محمد لمين مجرالي، (صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص)، مجلة الشباب ، معهد العلوم الإسلامية ، جامعة الوادي ،العدد الخامس ، ديسمبر 2016.
113. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع 15، 2005.
114. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 0729230، بتاريخ 2013/05/14 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2013.
115. قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 451303 ،دون تاريخ ، مجلة نشرة القضاة ، العدد 67 ، 2011.

116. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 110607، بتاريخ 1994/06/14، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995.

117. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 138958، بتاريخ 1996/03/09، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 124 .

118. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32812، يتاريخ 1980/12/15، المجلة القضائية، العدد الثاني.

119. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355718، بتاريخ 2006/04/12 ،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.

120. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3772189 ، بتاريخ 2007/01/17 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2007.

121. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 390381، بتاريخ 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

122. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75227، بتاريخ 1998/12/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991.

123. نافع حميد صالح ن حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الأبيار ، العراق ، ع 20 ، 2009.

المعاجم:

124. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 4، ط 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980.

125. موسوعات:

126. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الحوال الشخصية، ج 2، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر	
إهداء	
مقدمة:	أ-ج
الفصل الأول: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	07
المبحث الأول: ماهية الحضانة	08
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	08
الفرع الأول: تعريف الحضانة	08
الفرع الثاني: خصائص الحضانة	10
المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وشروط ممارستها	16
الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي	16
الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في التشريع الجزائري	19
الفرع الثالث: شروط مستحقي الحضانة	22
المبحث الثاني: سلطة القاضي في اسناد الحضانة	27
المطلب الأول: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في ق أ ج	27
الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	28
الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون	31
المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون	36
الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في اسناد الحضانة	37
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة	41
الفرع الثالث: سلطة القاضي الجزائري في اسقاط الحضانة	48
خلاصة الفصل :	65
الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن دور القاضي في إسناد الحضانة تقدير المصلحة المحضون	

فهرس المحتويات

تمهيد :	67
المبحث الأول : المصلحة المادية والمعنوية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري	68
المطلب الأول : المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري	68
الفرع الأول : حق المحضون في النفقة	69
الفرع الثاني: حق المحضون في السكن	79
المطلب الثاني : المصلحة المعنوية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري	84
الفرع الأول : الحق في الزيارة تبعا لإسناد الحضانة	84
الفرع الثاني : التدبير المتعلق بالزيارة (مقارنة بين القانون القديم والجديد)	90
المبحث الثاني: الإشكالات التي تواجه القاضي في اسناد الحضانة والرقابة القضائية عليها	92
المطلب الأول: أبرز الإشكالات التي تواجه القاضي في إسناد الحضانة	92
الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط	93
الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة	97
المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	101
الفرع الأول: التحقيق والمعاينة	101
الفرع الثاني: الاستعانة بالخبراء الأخصائيين	104
الفرع الثالث: دور النيابة العامة	106
خلاصة الفصل الثاني:	108
خاتمة :	110
قائمة المصادر والمراجع	115
فهرس المحتويات	127