وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

الحضانة بين مستلزمات النص القانوني ومصلحة المحضون

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب(ة): برادع حياة

كلاسي كاميليا

بإشراف د. نوي عبد النور

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ: د/كرتوس أنيسة.....رئيساً.

2) الأستاذ: د/ نوي عبد النور.....مشرفاً.

3) الأستاذ: أ/ ملاك محمد .....عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي:2021/2020

كلمة شكر

يشرفني وقد وفقت لإنجاز هذه المذكرة

أن أتقدم بأسمى آيات الاحترام والتقدير إلى الأستاذ المشرف

*** **نوي عبد النور** ***

الذي لم يبخل علينا بنصائحه المهمة وتوجيهاته القيمة.

كما نشكر أعضاء اللجنة المشرفة الموقرين.

واعترافا بالجميل ووفاءً بالمعروف نتقدم بوافر شكرنا وتقديرنا إلى كل الأساتذة بدون استثناء الذين ساهموا في الارتقاء بنا إلى مستوى العلم.

اهداء

إلى قرة العين... إلى من جعلت الجنة تحت أقدامها...

إلى التي وهبتني كل شيء...

إلى التي سبقتني الحياة... ومنحتني الحب والأمان... إلى أغلى وأعز الناس...

أمي الحبيبة.

إلى الرجل العظيم... صاحب الصبر الكبير... إلى من أحمل اسمه بكل فخر...

إلى الذي أفنى حياته من أجل تعليمي... إلى أغلى الناس...

أبي العزيز.

إلى من جمعتهم معي ظلمة الرحم... إلى من منحوني الإصرار والعمل"إخوتي"

إلى جميع صديقاتي

اهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا

*** **أمـــي** *** و *** **أبـــــي** ***

حفظهما الله لي وبلغهما عني أحلى سلام

إلى إخوتي وزوجي وأولادي ليديا ومحمد سمير

إلى كل الأصدقاء و الأحباب

إليكم جميعا و إلى كل من أحظى بمحبتهم وتقديرهم

قائمة المختصرات:

ج: الجزء

ج ر: الجريدة الرسمية

د س ن: دون سنة النشر.

ص: الصفحة

ط: الطبعة

غ أ ش: غرفة الأحوا الشخصية

م ع: المحكمة العليا

ن ق: نشرة القضاة

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

ق م ج: قانون المدني الجزائري.

مـــقـــدمـــة

مقدمة:

تعتبر الأسرة أساس وجود الأفراد، فلولا الأسرة لما وجد المجتمع.

فالأسرة تقوم على علاقة مبنية على رابطة الزواج بين الرجل والمرأة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [سورة الروم، الآية 21].

فالغرض الذي يتمحور عليه الزواج هو تكوين الأسرة عن طريق إنجاب الأولاد وتربيتهم ورعايتهم وحمايتهم وتوفير حاجياتهم ومتطلباتهم الأساسية، وكذلك ترسيخ القيم الأخلاقية منذ الصغر وتنشئتهم تنشئة صالحة وسليمة، لذلك فإن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم وتوافقهم النفسي والعقلي.

لكن نجد في كثير من الحالات تحدث مشاكل بين الزوجين تؤدي إلى التنافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج، وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة ولا يهضم حق طرف على حساب الطرف الآخر أباح الإسلام الطلاق، مع انه يعتبر أبغض الحلال عند الله، وذلك لظروف قاهرة تجعله دواء وعلاج من شقاء مجتمع الذي يمتد ليشمل أفراد الأسر جميعا.

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج وتعتبر الحضانة واحدة من المسائل التي أولتها الشريعة والقانون عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية وسلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالأصغر باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة.

والحضانة باعتبارها أثر من آثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر حق وواجب، فهي حق للمحضون وحق للحاضن ومن جهة أخرى واجب على الحاضن، فإذا حتى وقع الطلاق بين الزوجين فإنه يستنتج من ذلك مباشرة حق للزوجة الأم لطلب الحكم بحضانة ولدها

الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على أمه بشأن حضانة وينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلّق بحضانتها لذلك الولد.

فالحضانة هي تربية الولد بعد فك الرابطة الزوجية، فهي حفظ الصغير والقيام بتربيته وترتيب مصالحه وما يلزم لراحته.

وعليه فإنّ مسألة الحضانة تعد من أعقد المسائل التي ينظر إليها القاضي وعليه ان يتعامل معها بكل دقة مراعيا في الأساس مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها، هل للقاضي السلطة الكاملة فغي تقدير مصلحة المحضون أو أنه مقيّد بالنصوص القانونية؟

ومصلحة المحضون تتغير غير ثابتة، فما هو صالح في وقت معيّن قد لا يصلح في زمان آخر.

لقد تعهّدت دل التشريعات الوضعية بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحظى بحماية الولد ومصيره، وكذلك خصص المشرع الجزائري المواد 62- 72 من قانون الأسرة مقرا فيها للطفل هي حقه في الحضانة.

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى أسباب موضوعية كون أنّ الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه، فهي تعتبر أهم أثر من آثار الطلاق.

من خلال معالجة النصوص القانونية التي أفرزها قانون الأسرة الجزائري تأكيد المشرّع على مبدأ مصلحة المحضون، ومن هنا يتجلّى لنا تأثر المشرّع وبنيته لهذا المبدأ من جهة ومن جهة أخرى توفر الحماية ومراعاة مصلحة المحضون ووضعه في ظروف ملائمة تتماشى مع حياته اليومية.

أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية بالغة وذلك لاعتبار أن الأطفال هم شعلة المستقبل وثروة المجتمع، لذا يجب توفير الحماية الكافية لكي ينشأ نشأة سوية صالحة.

* تعتبر الحضانة من أهم المواضيع التي تطرح أمام القضاء، وكذلك ترك تجسيد مصلحة المحضون للقاضي مما يفرض البحث عن المعايير والضوابط التي يستند إليها في تقدير المصلحة.

* تعتبر هذه المذكرة محاولة للإحاطة بالإطار القانوني للحضانة وتقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري والوقوف على السبل الكفيلة بتجسيد هذه الحماية والتي تتجلى في جملة من الحقوق.

أهداف الدراسة:

نهدف من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن نبيّن ما يلي:

* أهمية الحضانة بالنسبة للوالدين وما عليهما من التزامات وواجبات تجاه الولد المحضون، وكذلك تبيان أهمية الحضانة بالنسبة للولد من خلال تعليمه ورعايته والقيام بكل شؤونه الخاصة به.

* كذلك تبيان مصلحة المحضون خاصة وان المشرع الجزائري تطرّق في تعديله الأخير.

المنهج المتّبع:

إنّ طبيعة البحث في موضوع الحضانة تقتضي إتباع مناهج بحث علمية تتماشى مع وضعية الدراسة، حيث اتبعنا المنهج الوصفي الذي يناسب ويتماشى مع الدراسات القانونية وكذلك المنهج التحليلي الذي يعتبر من أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية.

الدراسات السابقة:

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة ومصلحة المحضون وقفنا على بعض الدراسات والتي كانت مرجعا مهما لنا في بحثنا.

* مذكرة لنيل شهادة الماجستير للباحثة بن عصمان نسرين إيناس بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

* أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص للباحثة حميدو زكية تحت عنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004- 2005.

* مذكرة ماجستير للطالبة سناء عماري تحت عنوان التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، 2014-2015.

للإجابة على الإشكالية المتعلقة بموضوع بحثنا اعتمدنا علة فصلين:

الفصل الأول تطرّقنا فيه إلى ماهية المحضون وماهية مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين.

تطرّقنا في الفصل الثاني إلى الإشكالات العملية لتقدير مصلحة المحضون.

الإشكالية:

- ما المقصود بالحضانة؟
- وهل راع المشرّع الجزائري مصلحة المحضون في الحضانة؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

* إلى أي مدى مصل المشرّع الجزائري في علاج مسائل الحضانة، وما هي أبرز الإشكالات التي تثار حول الحضانة؟

* إلى أي مدى تمت مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري؟

* ما هو دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون؟، وما هي أبرز الإشكالات التي تصادفه؟

* ما مدى فعالية ونجاعة الآليات القانونية المكرسة من قبل القضاء في تحقيق مصلحة المحضون؟

الفصل الأول:

ماهية الحضانة ومصلحة المحضون في التشريع الجزائري

الفصل الأول: ماهية الحضانة ومصلحة المحضون في التشريع الجزائري

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية وكذلك التشريع الجزائري، وذلك لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار، وذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق، الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى نزاع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغار، ولإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون والمحافظة عليه ووضعه في أيادي أمينة مؤهلة لحمايته من عوامل الانحراف والإنحلال.

وقد نظم المشرع الجزائري الحضانة من المواد 62 إلى 72، إذ تطرّقنا في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون في التشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري

تعد الحضانة من أبرز الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق وموانعها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤونه ومن هنا عدت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل[1].

وسنتناول في هذا المبحث مطلبين: تعريف الحضانة (المطلب الأول)، وترتيب مستحقي الحضانة وحالات سقوطها والآثار المترتبة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحضانة

من خلال هذا المطلب سوف نتعرف على مصطلح الحضانة من خلال تعريفه في اللّغة، والفقه، وفي الأخير سوف نعرف الحضانة عند المشرع الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

سنتطرق إلى تعريف الحضانة لغة، فقها وقانونا.

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما فالمرأة إذا حضنت ولدها والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، وكذلك يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه. [2]

[1] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، 1428هـ/2007، ص 365.

[2] – ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص122-123.

ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة

وردت عدّة صيغ في تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، ولعلّ أشهرها باعتبار المذاهب الفقهية ما يلي:

1- عند فقهاء المالكية: لقد عرّف فقهاء المالكية الحضانة بأنها حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[1]

2- عند فقهاء الحنفية: الحضانة شرعا تربية الولد ممن له الحق في الحضانة.[2]

3- عند فقهاء الشافعية: الحضانة شرعا هي فقط من لا يستقل بنفسه وتربيته.

ثالثا: التعريف القانوني للحضانة

لم يخرج المشرّع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا من الصغير، كما انه اعتمد في تعريفه على أسبابها وأهدافها.

1- تعليم الولد: يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعدّ حقا لكل طفل، ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا[3]، إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية، واستعداده الفطري والنفسي.[4]

2- تربيته على دين أبيه: ساير المشرّع الجزائري رأي الفقهاء القائل بزواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوّه عنه بمفهوم المخالفة، وفي نص المادة 30 من قانون الأسرة المعدّل

[1] – أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج 2، (د. ط)، دار الفكر للنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، ص 252.

[2] – زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، 1993.

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

[4] – معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014- 2015، ص 19.

بالأمر 05-08 المؤرخ في 27 فبراير 2005م عندما نص على التحريم المؤقت، ونوّه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأنّ العكس جائز شرعا وقانونا. [1]

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرّع في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..."[2]، أي أنّ الم وهي حاضنته قد تكون كافرة، ولذا أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسّده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في آخر قراراته أنه من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا ضيق على دينه.[3]

3- السهر على حمايته:

تتضمن حماية الطفل المحضون من كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته، أو عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبّه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا وعقليا.

كما أنّ حمايته تتطلّب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية، وعليه أن يؤدّب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها باتجاه الغير.[4]

4- حمايته صحيا: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة خاصة في السنوات الأولى من حمايته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.[1]

---

[1] - ديابي باديس، مرجع سابق، ص 125.

[2] - المادة 62 من القانون 84-11 المؤرخ في 04 ماي 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] - قرار المحكمة العليا ملف رقم 52221 بتاريخ 1989، المجلة القضائية، ع 1، 1993، ص 48.

[4] - ديابي باديس، مرجع سابق، ص 52.

5- حمايته خلقيا: تعدّ الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء[2]، وهذا ثابت من خلال قرارات المحكمة العليا، منها القرار المؤرخ في 09-01-1984 والذي جاء فيه أنّ إسقاط الحضانة عن الم لفساد أخلاقها وسوء تصرّفها يسقط حق أمها في الحضانة لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها لا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون وعليه فلا تستحق الحضانة ولا أمها، كذلك من ناحية الشرع لفقد الثقة والأمان فيهما معا".[3]

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

شرعت الحضانة لتولي شؤون الطفل عن القيام بحاجاته، وحضانة الطفل واجبة شرعا لحفظه من الهلاك[4]، فالهدف من الحضانة هو نفع الولد، لذلك كانت الحضانة واجبة، فهي من النظام العام، لأنه يتحقق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة، فهذا يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه (أولا)، كما انه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجده حق مشترك (ثانيا).[5]

أولا: الحضانة من النظام العام

إنّ في ترك الحضانة تضييع للطفل وهلاك له، لذا هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية والفطرة، وهي واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من ذلك كما يجب الاتفاق عليه وإنجائه من الهلاك.[6]

---

[1] – تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018- 2019، ص 10.

[2] – ديابي باديس، مرجع سابق، 126.

[3] – قرار رقم 31997 الصادر في 09-01-1984، المجلة القضائية، 1989، ع 1، ص 73.

[4] – معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014، ص 21.

[5] – كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013، ص 10.

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

واعتبرت الحضانة لازمة كون الصغير يولد عاجزا عن تولي شؤون نفسه، فيكون بأمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ويقوم بتربيته ويتكفّل به، وعليه من الضروري أن يجد من يقوم بذلك، فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فإنه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة الذي يؤهله لأن يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته التي ينشأ فيها.

والحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي وحتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، وكذلك حتى لا يختل التوازن في الجانب القيمي والاجتماعي للطفل[1]، وذلك في غياب من يرعاه ويوجهه ويربيه في أهم مرحلة في حياته، والتي يكتسب فيها المبادئ الأخلاقية السلوكية لكي يكون مقبولا في مجتمعه فالحضانة شرّعت لحفظ النفوس إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدّرة يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي.[2]

ثانيا: الحضانة حق مشترك

يحتاج الولد في حياته الأولى إلى تربيته رعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين.[3]

حيث يعتبر عملا ماديا يتّصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين، هما كون الحضانة حق وكونها في نفس الوقت واجب، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي إلزام على الحاضن، ولهذا إذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم عن طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار، ومن جهة أخرى حق للصغير، وذلك

[1] – بن قوية سامية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، 2010، ص 14.

[2] – طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 42.

[3] – بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، ط 1، ج 1، 2005، ص 131.

لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة الأولى من حياته، لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه.

فإن لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها فإنها تجبر على الحضانة لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية باعتبار أنّ أقوى الحقّين في الحضانة حق للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا[1]، ومنه فإنها تجبر على حضانته إذا كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها.[2]

وعلى اعتبار أنّ الحضانة حق للحاضن من جهة وحق للمحضون من جهة أخرى، فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون.[3]

ثالثا: الحضانة بمقابل مالي

بما أنّ الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا، وفي هذا اختلاف في الآراء بين قائل بوجوب الجر وبين معارض لذلك.

❖ **أجرة الحضانة:**

أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير، وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجرة، فلا تشبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال من تجب عليه نفقته إذا لم يكن له مال، وله شبه بالأجرة لأنه يعطي الحضانة نظير عمل تقوم به، فهي تقوم بحفظه وتربيته.[4]

[1] – كربال سهام، مرجع سابق، ص 12.

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

[3] – معمري إيمان، مرجع سابق، ص 24.

[4] – كربال سهام، مرجع سابق، ص 13.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحضانة من عدمها، فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه كونها فقيرة وليس لكونها تمارس حضانته، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والعطاء، والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد.[1]

أما فقهاء الحنفية فقالوا بوجوب الأجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين الوالد ولم تكن معتدّة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أنّ الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة.

يرى الحنابلة أنّ للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم حق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، ولكن تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد، وإذا ذكر العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع وإن امتنعت الأم سقط حقها وانتقل إلى غيرها.

أما المشرّع الجزائري فإن لم يقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 75- 76- 77- 78 ليظل هناك إشكال فيما يخص أجرة الحضانة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 ق.ا. ج نص كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه لابد من الرجوع إلى آراء الفقهاء المالكية لأن المشرّع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.[2]

[1] – ديابي باديس، مرجع سابق، ص 86.

[2] – مرجع سابق، ص 154.

الحضانة للأم مؤونة ونفقة لقوله عزّ وجلّ "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ"[1]، وقوله أيضا: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ".[2]

وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجدها في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد، وإن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات تأخذن أجرة الحضانة.

أما الشافعية فإن الحاضنة عندهم 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 بحسب حالها.

الفرع الثالث: مدة ممارسة الحضانة وشروط استحقاقها

إنّ مدة ممارسة الحضانة هي الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ من حاجة الطفل إليها أي ولادته حيا، فالحضانة تنسب لشخص مؤهل لذلك مع توفير شروط استحقاقها إذ في الرجال والنساء، فلا تمنح الحضانة لشخص غير مؤهل لا تتوفر فيه شروط الحضانة، وسنتناول في المطلب مدة الحضانة وشروط استحقاقها.

أولا: مدة الحضانة

سنتطرّق في هذا الفرع إلى مدة ممارسة الحضانة، حيث نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري: "وتنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".[3]

[1] – سورة البقرة، جزء من الآية 233.

[2] – سورة الطلاق، جزء من الآية 06.

[3] – قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن ق. أ. ج الجريدة الرسمية، ع 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

حدّد المشرّع الجزائري مدة حضانة الذكر بعشر سنوات، ويمكن تمديدها إلى ستة عشر من طرف القاضي ولكن تمديدها يتوافر بشروط:

1- أن تكون الحاضنة هي الأم.
2- أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت.
3- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.[1]
4- يجب مراعاة مصلحة المحضون من طرف القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بانتهائها أو بتمديدها مع الإشارة بأن عمل المرأة خارج البيت ليس مانعا من موانع الحضانة.[2]

وبالنسبة للأنثى فقد حدّد المشرّع الجزائري مدة الحضانة ببلوغها سن الزواج وهو سن 19 سنة، حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة، وتنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.[3]

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو المعيار الذي اعتمده المشرّع الجزائري في تحديد هذا السن؟

في الحقيقة لم يوجد لتفسير ذلك، ولعل المشرّع الجزائري يرى الطفل ببلوغه سن 10 سنوات يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه، وبذلك يستغني عن خدمة النساء، أما الأنثى فقد ذكر المشرّع الجزائري حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج، وهو حسب المادة 07 من قانون الأسرة سن 19 سنة[4]، فهل البنت بلغت سن 19 سنة ولم تتزوج هل تنتهي حضانتها؟

[1] – صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 150.
[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 141.
[3] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34791 بتاريخ 347914 بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية، ع 1، ص 499.
[4] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 151.

ففي هذه الحالة ما مصيرها؟

هنا كان على المشرّع أن يقول إلى غاية زواجها بدلا من بلوغها سن الرشد (رأي شخصي).

ثانيا: استحقاق الحضانة

يتساوى الرجال والنساء في أهليهم لحضانة الصغير مع اختلاف في الأولوية والتباين في الترتيب، وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها، وذلك بتوافر شروطها، إذ هناك شروط عامة يجب توافرها في النشاء والرجال معا، وبعضها يخص النساء فقط، والبعض الآخر لابد من توافره في الرجال.

أولا: الشروط العامة في الرجال والنساء

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، وذلك لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هن الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته، وتتمثل هذه الشروط في:

1- شرط العقل:

اتفق جمهور الفقهاء أنّ من شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية، وكل من المجنونة والمعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورها، فلا يعقل أن يوكل إليها تدبير شؤون غيرها، كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه

الضرر عليه في حين أنّ مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له.[1]

فالحضانة هي الولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة وتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، وهذا ما أكدته المادة 85 من قانون الأسرة والتي نصت: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حال الجنون أو العته أو السفه".[2]

أو لهذا المشرّع منع إعطاء الحضانة لغير العاقل أو السفيه أو المعتوه.

2- شروط البلوغ:

الحضانة هي تولي شؤون الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره، لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمّل مسؤوليتها إلا الكبار.[3]

لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا.[4]

والبلوغ ليس المقصود به البلوغ الصيغي للإنسان المعروف بالحيض عند المرأة والإمناء عند الرجل' وإنما المقصود به في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام التاسعة عشر سنة (19) حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري[5] .

---

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

[2] – باديس ديبيابي، مرجع سابق، ص 55.

[3] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 105.

[4] – محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة القوانين، الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 149.

[5] – الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ع 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

وهنا يثور الإشكال حول الصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص من رئيس المحكمة، هل تستحق الحضانة أم لا؟

إنّ المشرّع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة، ولكن يمكن القول أنه ما دامت الفتاة مؤهلة للزواج فإنها تصبح أهلا لتحمّل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وبالتالي تتحمل نتائج فشل هذا الزواج.

فالأم تقدر على تربية الطفل وهي متزوجة رغم صغر سنها، فإنها كذلك تقدر على احتضانه وهي مطلقة، إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك[1]، وهذا ما يستشف من نص المادة 07 من قانون الأسرة "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

شروط القدرة: يقصد بها الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، فلا تكون الحاضنة مسنة أو مريضة بمرض يقعدها الفراش، أو مرض معدٍ، كما يجب أن لا تكون منشغلة عن الصغير بحرفة ما، بحيث لا تملك الوقت الكافي لرعايته.[2]

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة ويظهر ذلك في العديد من قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعدّ خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعدّ عاجزة عن القيام بشؤونها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم الحضانة لأولادها وهي على هذه الحال –حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد

[1] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 103.

[2] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 106.

الفقهية– ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الجدل المثار من الطاعن بمخافة هذا المبدأ.[1]

5- شرط الأمانة:

يشترط في الحاضن الأمانة على الأخلاق، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مستهتر بالزنا أو اللهو الحرام.[2]

إذا كانت الآراء الفقهية متقاربة بشأن حق الفاسقة في الحضانة فقد اتفق الحنفية على أنّ الفسق مانع من موانع الحضانة، إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق، فهم يفرقون بين الفسق المطلق والفسق الأقل حدّة.[3]

أما المالكية والشافعية والحنابلة فاتفقوا على أنّ الفسق مانع من موانع الحضانة، لأن الفاسق يعتمد عليه في تربية الصغير ولا الثقة فيه، بل يخشى منه أن ينشأ فاسقا مثله.[4]

والمقصود بالفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد.

وقد شدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرط جوهري في الحاضن، كرّس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته، إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه، فينشأ على طريقتها متخلّقا بخلقها.

إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/09/30 أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، متى تبيّن في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا

[1] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 3391 مجلة قضائية 1989، ص 76.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 2، 1975، ص 727.

[3] – أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 599.

[4] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 104.

بإسناد الحضانة الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من ق الأسرة. [1]

كما يجب ان لا يكون الحاضن مهملا فلا حضانة لمن يهمل الطفل كمن ينشغل بالخروج في كل وقت ويتركه ضائعا لأنه يكون غير أمين عليه، ف(الطفل في يده في حكم أمانة ومضيع الأمانة لا يستأمن.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي أن تتوفّر في كل من الحاضن والحاضنة حتى تسند لهما الحضانة وهي العقل، الأمانة، الإسلام والأهلية.

وكذلك هنالك شروط خاصة بالنساء حتى تسند وتعطى لهن الحضانة، وهذه الشروط هي:

1- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه: فإذا تزوجت بأي أجنبي سقط حقها في الحضانة.[2]

وإذا تزوجت الحاضنة بقريب محرم مثل عمة فإنّ حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة، وله من صلة القرابة بالطفل ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه.[3]

فالمشرّع الجزائري قد ذكر هذا الشرط في نص المادة 66 من قانون الأسرة "يسقط حق الحضانة بالتزوّج بغير قريب محرم بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[1] – المجلة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684. م–ق، 2001، عدد خاص، ص169.

[2] – حسن أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 231.

[3] – بوغرارة صالح، المرجع السابق، ص 78– 79.

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/07/03 من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالمتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون[1]، ومن هنا نجد أنّ القضاء الجزائري أخذ بهذا الشرط.

وبالتالي فإن الأم أحق بحضانة الولد من الأب إذا لم تتزوج، فإذا تزوّجت سقطت حضانتها لأن الأجنبي يبغض الولد ويتمنى موته، لأنه يراه غريمه في حب زوجته، فيربي الولد على المذلة، والحضانة إنما شرّعت لضمان حسن الرعاية وكمال العناية به.[2]

2- عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه:

هناك اختلاف بين الفقهاء في هذا الشرط، فمنهم من يعتبره شرطا في الحاضن، وهذا ما أخذ به الشافعية والحنابلة، ومنهم من اعتبره شرطا لازما، وهذا حسب ما ورد عن المذهب الحنفي والمالكية.[3]

فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد في بيت يتضرر به يعرضه للأذى والضياع فالصغير يتأثر بمحيطه، فإذا وفّر له الجو المناسب والظروف التي يجد فيها راحته النفسية تنمي ملكاته ومواهبه وأصبح عضوا صالحا في المجتمع، ينفع نفسه وأسرته والمجتمع.[4]

فقد جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون، المتزوجة بغير قريب محرم".

---

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة (الزواج، الطلاق)، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 384.

[2] – قرار رقم 4353 الصادر في 1989/07/03، المجلة القضائية، 1992، ع 1، ص 45.

[3] – عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، ج 4، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص 598.

[4] – عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص598..

وبالتالي فإن الحضانة تسقط عن الخالة أو الجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا تفرّدت بسكن آخر عنها.[1]

والملاحظ أنّ ما جاءت به المادة 70 من قانون الأسرة تفسيرا تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربيته تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.[2]

3- شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير:

أي أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأمه أو أخته أو جدّته، فلا يحق لبنات العم وبنات العمة أو بنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.[3]

4- شرط أن لا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانا والأب معسرا:

نص الفقهاء على سقوط حق الم في الحضانة للصغير 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.[4]

[1] – صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 115.

[2] – ديابي باديس، مرجع سابق، ص67.

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

[4] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 730.

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل والأمانة والاستقامة شروطا خاصة بالرجال فقط وهي:

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

حدّد الحنفية والحنابلة سنها بسبع سنين تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية، وإن لم تبلغ البنت حدّ الفتنة أعطيت له بالاتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه.[1]

2- شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم فليست حضانته إليه.

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة وحالات سقوطها والآثار المترتبة عنها

إذا انفصل الزوجين عن بعضهما هناك مشكل رعاية مصالح الأطفال، فالصغير بحاجة إلى من يرعاه ويهتم بشؤونه، لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالحه بنفسه، ولهذا اخذ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من قِبل المشرّع الجزائري حيث اعتمد على الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة، فهنا السؤال يطرح نفسه: من له الحق في الحضانة؟ هذا ما سنتعرّض له في المطلب الأول حسبما نصت عليه القوانين الأحوال الشخصية، وما هي آثار هذه الحضانة في المطلب الثاني، وإذا اختلفت وتباينت هذه الضوابط فيكون مصير هذه الحضانة هو سقوطها، وهذا ما سنتعرّض له في المطلب الثالث.

[1] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 410.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة

يعتمد ثبوت حق الحضانة على قوة القرابة مع كثرة الشفعة الداعيان إلى مصالح الطفل المحضون وتوفير كل متطلباته، وهذا ما أكّده المشرّع الجزائري، حيث جاء في نص المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية بعد التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 بأن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم، ثم الجد للأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأم ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وسوف نقسّم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول قبل تعديل قانون الأسرة رقم 11/84، والفرع الثاني بعد التعديل 05/ 02.

أولا: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة رقم 11/84

إنّ قانون الأسرة 11/84 أعطى حق الحضانة للأم بموجب المادة 64 بقولها: "الأم أولى بحضانة الولد، ثم أمها، ثم الخالة..."، أي بالدرجة الأولى للأم إدراكا بمصلحة المحضون"[1] لا تتحقق إلا عند أمه، فهي أحق بحضانته من غيرها، وهي أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعبه، وإذا انصرفت إليها فلا تسقط حقها إلا بموجب تخلّف أحد شروطها أو ثبوت عدم قدرتها على ممارستها، وإذا انتقلت إلى من عليها درجة يجب أن تراعى مصلحة المحضون، وهذه القاعدة يجري تطبيقها أيضا في القضاء الجزائري، حيث أكّد أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها من خلال قراراته، وهذا ثابت ومحل إجماع فقط ومكرّس قانونا، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 02 (04) 1984 بأنه متى كان المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي.

[1] – بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين مذاهب السنة الأربعة الجعفري والقانون الزواج والطلاق، ج 1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967، ص 546.

إنّ الترتيب المنصوص عليه سابقا يمكن مخالفته، وهذا ما جاءت المحكمة العليا بإسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم اعتماد مبدأ عدم تجزئة الحضانة.[1]

ومن هنا يمكن أن نستخلص بأن الترتيب الوارد ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا كان يصب في مصلحة المحضون.[2]

ثانيا: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة رقم 02/05:

إنّ المشرّع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة 02/05 أورد ترتيبا مخالفا لما كان عليه سابقا، وهذا يتّضح في تعديله للمادة 64، فقد أبقى للأم الأولوية بحضانة ولدها ثم الأب مباشرة، أي قدّم حق الأب على حق الأم وحق الخالة أخت الأم، ثم احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وهذا يعني أنّ مصلحة المحضون هي فوق كل اعتبار، ونقول بأنه أخذ بالرواية المرجوحة عن الحنابلة في هذه المسألة، إلا انه جعل المعيار على ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال.[3]

إنّ تعديل 2005/02/27 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحواضن فإنه يحاول أن يساوي بين جهة الأم والأب، وأبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقرّ بمبدأ التداول، وفي اعتقادنا أنه قد جانب الصواب فيما توجه إليه.[4]

---

[1] – المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 02 (04) 1984، في الملف رقم 32594، المجلة القضائية، 1989، ع 1، ص 77، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، قرارات المحكمة العليا، مسرد القباني للكلمات الدالة، ط 1، منشورات دليلك، المحمدية، الجزائر، 2013، ص 210.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 274683 بتاريخ 1998/04/21، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 347 عن ديابي باديس، قانون الأسرة، على ضوء ممارسات القضائية، ص 62.

[3] – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 304.

[4] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 140.

إعطاء الحضانة بعد الأم للجدات يفيد الكثير، لأنه في الغالب يكون الطفل المحضون قد تعوّد على العيش معهما، وهذا ما تثبته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/10 تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية، ويخضع تقديم مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقضاة الموضوع، حيث بالرجوع إلى التقرير الاجتماعي المعدّ من مصلحة الملاحظ والتربية على الوسط المفتوح تنفيذ القرار الصادر عن المجلس بتاريخ 2007/02/18، يتبيّن أنّ البنت تعيش مع جدّتها.[1]

يتّضح من خلال القرار السابق الذكر أنّ القانون في التعديل الجديد كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري، لأن معظم الأزواج يقيمون مع أبويهم من جانب الزوج لهذا لابد من إسناد الحضانة ينبغي مراعاة المسائل المستمدة من الواقع.[2]

المشرّع الجزائري لم يجعل الترتيب وجوبيا على القاضي، بل يمكن الخروج عنه وذلك مراعاة لمصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها تغيير مراتب الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح القاضي الحضانة إلى الخالة التي توجد في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[3] صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا.

وأخيرا يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرّع الجزائري في مراتب مستحقي الحضانة لا يثير جدلا طالما يصب في مصلحة المحضون، وتحتّم عليه اختيار الحاضن

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2011/03/10، الملف رقم 613469، مجلة المحكمة العليا، 2012، ع 1، ص 285، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص159.

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 256.

[3]– أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية ومقارنة)، دار الجامعة، الإسكندرية، 2010، ص 310.

الأكثر تحقيقا لمصلحة المحضون، فالقاضي الخروج من هذه القاعدة كلما دعت مصلحة المحضون.[1]

الفرع الثاني: حالات سقوط الحضانة:

تسند الحضانة لمن كان أهلا لها وتوفرت فيه الشروط اللازمة للقيام برعاية الطفل الصغير على أكمل وجه، وفي حالة عدم القدرة على رعايته يلجأ صاحب الحق في الحضانة إلى رفع دعوى إسقاط الحضانة، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب أي إسقاط الحضانة في حالة فقدان أحد شروطها وما تعرّض له قانون الأسرة الجزائري.

أولا: أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة إذا وجد مانع يمنع من استحقاقها أو زال شرط من شروطها[2]، ومن أسباب السقوط ما يلي:

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[3]

من قراءتنا للمادة السالفة الذكر فالمرأة المتزوجة بأجنبي عن الصغير أو بغير ذي محرم فلا حق لها في الحضانة، أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه فلا تسقط

[1] – أحمد الشامي، مرجع سابق، 310.

[2] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وآثارها وتنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 82.

[3] – القانون رقم 11/82، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، ع 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

الحضانة[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/07/13 القاضي كان قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها.

2- التنازل عن الحضانة: نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري "يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فالمشرّع الجزائري أقر للحاضنة حق التنازل عن الحضانة إذا لم يكن ذلك مضرا بمصلحة المحضون، شرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة، ويكون أهلا للحضانة، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه من المقرّر شرعا وقانونا أنّ تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة النقيض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الحضانة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المطعون ضدّها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناءً على طلبها، ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا، بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي هي ليست أكثر حنانا من أمهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

[1] – عبد الفتاح تقيه، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تاله، الجزائر، 1999، ص 270.

[2] – المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/27 في الملف رقم 5334، المجلة القضائية 1990، ع 03، ص 85، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص411.

ويجب أن يصدر التنازل من محكمة مختصة ولا يضر بمصلحة المحضون.[1]

التنازل عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، وإنّ مصلحة المحضون تتطلّب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 66 و87 من قانون الأسرة الجزائري وبالتالي فقضاء المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون في الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون فقد أخطئوا في تطبيق القانون، مما جعل الفرع مؤسس الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه، وبدون إحالة ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.[2]

3- سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها:

من شروط الحضانة المذكورة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري هي خلو الحاضن من الأمراض العقلية والجسدية، وبالتالي لابد للمرشّح للحضانة أن لا يكون مجنونا أو معتوها، ففاقد الشيء لا يعطيه.[3]

وأنم لا يكون عاجزا بسبب المرض أو الكبر (الهرم) [4]، فإذا اختلّت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بأهلية الحاضن والتزاماته المتعلقة بالحضانة يسقط حقه فيها، وهذا ما أكدته المادة 67 من نفس القانون بقولها باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه... غير انه يجب مراعاة في جميع الأحوال مصلحة المحضون.

[1] – سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 186- 187.

[2] – قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 128.

[3] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 726.

[4] – زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,دكتوراه في القانون الخاص,كلية الحقوق,جامعة أبى بكر بلقايد تلمسان,2005، ص 392.

من خلال قراءتنا للمادة نلاحظ أنها نصت على حالات عدم تأهيل الحاضن، ولا يستند عليها القاضي في إسقاطه للحضانة تاركا الأمر للتحليل والتفصيل والتأويل لسلطة القاضي.[1]

وجاء المجلس الأعلى بهذا الخصوص بتاريخ 1984/07/09 بقولها (من المقرّر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء أعطى لها الحق في الحضانة دون أن تتوافر فيها الشروط، ويعدّ خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ولما جاء في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة للبصر، وهي عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم قضاء الاستئناف بإسناد حضانة الأولاد لها، وعلى هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية).[2]

4- سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن:

إنّ المشرّع الجزائري جعل السلوك المشين للحاضن من مسببات سقوط الحق في الحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، وبالرجوع إلى المادة 62 نجدها تقول أنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظ صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

ومع أنّ هذه النصوص يعتريها العموم وشيء من الغموض لكونها تحمل أكثر من معنى إلا إنّ المشرّع الجزائري قد أشار لذلك بحيث أسقط الحضانة، إذ أصبح الحاضن غير أهل لها وترك المجال مفتوحا للقضاء حتى يضبط مفهوم السلوك المشين مع أخذه بعين الاعتبار لمصلحة المحضون، ومن هنا سوف نذكر قرارا قضائيا يوضح ذلك.

[1] – المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09.

[2] – الملف رقم 33921 نقلا عن نبيل صقر عز الدين قمراوي.

صدر قرار المجلس الأعلى يقول فيه "**من المقرّر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما**".[1]

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون وهذا يعني أنه ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة كمبدأ عام فإنه كإستثناء من هذا المبدأ الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها يخل بمصلحة المحضون.[2]

مثال: عندما تكون المرأة قائد سفينة فهنا عملها يتطلب أن تكون غائبة عن طفلها لمدة تتجاوز 06 أشهر، فهنا يسقط حقها في الحضانة نظرا لعملها الشاق وينعكس في تربية طفلها.

5-سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها:

نصت المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري "**إذا لم يطلب من له الحق في مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**".[3]

يعني تسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبها عن مدة تزيد عن سنة بدون عذر فإن حقه في الحضانة يسقط وهذا ما ذهب إليه المالكية، إذا اعلم الحاضن بأن

[1] – المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 1984/01/09، الملف رقم 31997، مجلة قضائية 1989، ع01، ص 73.

[2] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص193.

[3] – قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد بتاريخ 12 يونيو 1984.

الحضانة من حقه ولم يطلبها حتى يسقط حقه فيها، وأن تمضي مدة سنة من تاريخ استحقاق الحضانة.[1]

وإن كان الطفل موجود في رعاية وكفالة خالته وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطالب أحدهما به ومضت سنة فأكثر فالحضانة تسقط عنهما.

وأن القاضي هو من لديه السلطة التقديرية في معرفة إن كانت المدة بدون عذر أولا ولهذا لا يمكن القول بأن الحاضن بأنه أحق وتسقط بقوة القانون إذا لم يطالب بها في أجل سنة.[2]

6- سقوط الحضانة عن الإقامة في بلد أجنبي:

إنّ الحق في الحضانة لا يسقط إلا إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائر، إلا إذا رأى القاضي أنّ مصلحة المحضون تتطلّب أن يبقى مع حاضنته حيث يجوز للقاضي أن يثبت حق الحضانة ولو خارج التراب الوطني، وهذا ما تنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، أما إذا انتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو العكس فلا مجال لسقوط الحضانة[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 بقولها المقرّر قانونا وشرعا أنّ الحضانة تُسند

[1] – أحمد نصر الجندي، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 156.

[2] – سناء معمري، التطبيقات الحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014، ص 184.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 142.

على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم أثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيه يعدّ خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي.[1]

7- سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

تنص المادة (70) من قانون الأسرة على أنه: "**تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**" ويعني أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة ومستمرة، وإذا كانت إن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون ولا تربطه به قرابة التحريم فيؤدي ذلك إلى إسقاط حق الحضانة بالنسبة إلى الخالة أو الجدة للأم وذلك بقوة القانون وهذا إذا توافرت كل هذه العناصر مجتمعة.

كما يجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة ان تحكم بإسقاط الحضانة على (الخالة أو الأم) وإسنادها إليه، وهذا إن كان ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية لضمان مصلحة المحضون، أما إذا لم تتوفر فيه الشروط فلا تطبق هذه المادة ولن تسقط الحضانة عن الخالة أو الأم [2].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الحضانة

الحق في الحضانة غالبا ما يكون للأم، وهذا لوفرة شفقتها وحنانها وصبرها على تربية أولادها ورعايتهم رعاية سليمة ومتساوية، وهذا لا يعني عندما تقوم بواجباتها ينفصل الأب من التزاماته، لأن الأولاد تحت حضانة الأم وعليها تدبير شؤونهم لوحدها، بل مسؤولية الأب تجاه أولاده تظل قائمة رغم انفصاله عنهم، ويبقى مسؤولا عن تسيير حياتهم المادية وذلك بحقهم في النفقة أو نفقة المحضون، وهل تعتبر نفقة المحضون من شأنها تنطوي على

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/10/12 في الملف رقم 334543، نشرة القضاء، 2008، ع 62، ص 381. نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص 1467.

[2] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص302.

مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات في سبيل رعاية المحضون وحسن تنشئته؟ أم هذه الجهود المبذولة تتطلب نفقة مستقلة عن نفقة المحضون؟ وهذا ما يسمى بأجرة الحاضنة وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الفرع.

أ-بالنسبة للام الحاضنة: استحقاقها أجرة الحضانة

إن الحضانة في خدمة الطفل والقيام برعاية شؤونه وفي عمل مشروع يمكن الإعتياض عنه بالمال هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة المحضون خلال فترة الحضانة تستحق عليه أجرة وهذا ما يسمى بأجرة الحاضنة وهي تختلف عن نفقة المحضون[1].

وإن المشرع الجزائري فإنه لم يقل بأجرة الحاضنة بالتمعن في المواد (75، 76، 77، 87) ليظل التساؤل قائما في القول الحضانة من عدمها وأن المادة (222) من قانون الأسرة تُحيلها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة[2].

ذهب المذهب المالكي إلى أن الحاضنة ليس لها أجرة، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهذا قول مالك الذي رجع إليه وأخذ به ابن القاسم بعد أن كان يقول: يُنفق عليها من مال الغلام نعم إن كانت معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة.[3]

أما فقهاء الحنابلة قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إذ لم تكن العلاقة الزوجية قائمة بينهما وبين الولد، ولم تكن معتدة من طلاق بائذ، وتستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أن الأجرة حسب الأحناف ليست عوضا بل هي كأجرة للأم مؤونة ونفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو

[1] – تشوار حميدو زكية، المرجع سابق، ص145.

[2] – باديس دياربي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص156.

[3] – سناء معمري، مرجع سابق، ص33.

لوجودها في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد إن تعدد السبب وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة.[1]

وسكوت المشرع الجزائري عن أجرة الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة لها مادامت هناك إحالة إلى الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 ق أسرة الجزائري وإن كان الملاحظ في مجتمعنا الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي استثناءا من المادة 222 يلي طلب الحاضنة لها بها[2].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري لم تجد له تطبيقات كثيرة تعالج مسألة اجرة الحضانة، حيث جاء قرار المحكمة العليا (أن الحكم باجرة شهرية للحاضنة مقابل سعرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها يعد مخالفة جوهرية في الاجراءات لأن قيام الحاضنة لهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في موطنها، ولو لم ينص عليها القانون الأسرة جزائري لأن في ذلك تشجيع لها ودفع للقيام بشؤون محضونها.[3]

ب- بالنسبة للطفل المحضون

1-استحقاقه للنفقة:

النفقة في ظل ما يخص المحضون من مأكل وملبس وسكن ومصاريف العلاج...هي أمور أقرها القانون من أجل تغطية حاجاته الضرورية وتحقيق مصلحته المادية، لهذا المادة 78

[1] باديس دياني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص155.

[2] بوحاتم آسية، الحقوق المالية المطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007، ص66.

[3] – قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 355718 بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006، ص477.

من قانون الأحوال الشخصية حدّدت مشتملات النفقة (الغذاء، الكسوة والعلاج، السكن أو أجرته)، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا على قرارها المؤرخ في 1991/05/21 أنّ تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة في السكن يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، أي قضاة الموضوع هم من لديهم كامل الصلاحية للفصل فيها، ولا رقابة للمحكمة عليهم.[1]

كقاعدة عامة نجد النفقة ملزمة على الأب، وهذا ما نصّت عليه المادة 75 ق أ ج "تجنب نفقة الولد على الأب" أي النفقة ملزمة من الأصل على الفرع أي من الأب على الولد.

إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة فالنفقة للمحضون من مال أبيه، لأنه يعيش مع أمه في بيت الأب، فلا حكم بنفقة زائدة عن المعتاد، وإنما يثبت الحكم بالنفقة إذا لم تكن الأم في عصمة الأب، هنا يجب الإنفاق إذا كانت الحاضنة غير الأم.

وحتى يكون الأب ملزما بالإنفاق يجب أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له.[2]

– أن يكون الطفل فيه عاهة تمكّنه من اكتساب المال، فهنا النفقة تكون على الأب.

– إذا كان الطفل يزاول دراسته فهنا النفقة تكون ملزمة على الأب، أما نفقة البنت فهي ملزمة على الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة واجبة على زوجها[3]، وهذا ما أقرته المحكمة العليا

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/05/21، في الملف رقم 72602، نشرة القضاة، 1995، ع 47، ص 145، نقلا عن: جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 178.

[2] – 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 390.

[3] –ديابي باديس، مرجع سابق، ص 84.

"من المقرّر قانونا أنّ الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على مكسب.[1]

– تنتقل النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجز الأب عن النفقة طبقا للمادة 76 من ق أ ج لكن بشرط أن تكون الأم ذات مال وذات مدخول.[2]

– إنّ تقديم النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للتقاضي المختصر طبقا للمادة 79 من ق أ ج.[3]

– والقاضي إذا قدّر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها، فزيادة النفقة والدعوى بطلب تخفيض النفقة لا يكون مقبولا من قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا من المقرّر قانونا لأنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بغرضها.[4]

– إنّ النفقة من حق الحاضنة، فهي الوحيدة المخولة قانونا باللجوء إلى القضاء والمطالبة بها أمام القاضي المختص، سواء أثناء سير دعوى الطلاق أو على وجه الاستعجال، فترفع دعوى مستقلة أمام قاضي الاستعجال بعد صدور الحكم بالطلاق طبقا للمادة 420 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/01/19، بأن قاضي الاستعجال هو المختص في دعوى النفقة وتسجيلها في كتابة

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/16، في الملف رقم 218736، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، 1966–2006، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر: 2007.، ص425.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 225.

[3] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ط 3، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 174.

[4] – أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص 163.

ضبط المحكمة المختصة إلى تاريخ صدور الحكم، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز السنة.[1]

2- استحقاقه السكن: إنّ الإنسان يجب أن يكون له مكان يحميه ويؤويه من حر الصيف وبرد الشتاء وتكون هناك عائلة مجتمعة، هناك عطف وحنان وما يلزمه من احتياجاته المادية والمعنوية من مأكل وملبس وغذاء، وهذا ما أوجبه المشرّع الجزائري مكان لممارسة الحضانة، ولا يهم أن يكون ملك أو أجرة، المهم يكفي أن يكون سكن في بيت مالك لحق الانتفاع.

*** حق المحضون في السكن في قانون الأسرة 11/84:**

هناك مادتين في قانون الأسرة تعرّضت لسكن المحضون، ومن خلال قراءة المادتين نلاحظ أنّ هناك تعارض كبير، حيث نجد أنّ من حق الحاضنة سكن لممارسة الحضانة، لكن هناك شروط تقيّدها وهي:

- ألا يكون للزوجة وليا يؤويها هي وأولادها.

- أن يكون للحاضنة محضونان بصبغة الجمع تبعا للنص[2].

- عدم زواج المطلقة وثبوت انحرافها.

- أن يكون للزوج أكثر من بيت غير مسكن الزوجية، فالأولاد يبقون مع أمهم في مسكن الزوجية وعلى الأب مغادرته.[3]

[1] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 108.

[2] - أحمد شامي، مرجع سابق، ص 328.

[3] - الحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط 2، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 442.

وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها عندما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 من المقرر قانونا أن المطلقة إذا كانت حاضنة قانونا ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وضع الزوج ويستثنى إذا كان وحيدا، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون.[1]

جاء في قرار آخر بالمحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/13 (يحق للحاضنة البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أنّ للزوج سكن آخر).[2]

***حق المحضون في السكن في قانون الأسرة 03/05:**

إن المشرع الجزائري صمم النقض التشريعي وتناقض الإجتهاد في موضوع المسكن اللازم لممارسة الحضانة من خلال التعديل 02/05 بتعديل المادة 72 فأصبح كالتالي: (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر الممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية في تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن) وللإمكانية تطبيق هذه المادة لابد من توافر الشروط التالية:

– أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاق يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بصرف النظر إذا كان محضون واحد أو أكثر.

– أن تكون الحاضنة مطلقة وهي أم المحضون ولو كانت المحكمة أسندت الحضانة إلى الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة[3].

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/04/23، في الملف رقم 73949، المجلة القضائية، 1994، ع 1، ص 49، نقلا عن: سايس جمال، الإجماع القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 719.

[2] – عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 32.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص125.

– أن يكون للأب ممكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق الحضانة وإن لم يكن يدفع لها بدل الإيجار.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2008/10/15 بقولها (إن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة يُعد إنتهاك للقانون)[1].

ومن خلال لهذا التعديل ألزم المشرع الأب بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة ولم يجعله أمرا اختياريا بين السكن ودفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي بالسكن[2].

وهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ الإلتزام فإن تعذر عليه الحكم يلزم قانونا بتقديم بدل الإنجاز ويرجع تقدير قيمته للقاضي الموضوع –(سلطة تقديرية)– إن التعديل الأخير قد حسم تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من القانون 11/84 قانون الأسرة، فلم تعد المادة 52 منه المعدلة تشترط عدد المحضوضين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه.[3]

3–استحقاقه الزيارة: المادة 64 من قانون أ.ج نصت في فقرتها الثانية: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويعني أنه عندما يحكم القاضي بالطلاق يتوجّب عليه إسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها، والحكم للأب تلقائيا بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات محددة قانونا، لأنه من النظام العام.[4]

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ: 2008/07/13 ملف رقم 339617 القضاة 2008، ع 63، ص343 نقلا سايس جمال، الإجماع القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، عن مرجع سابق، ص1448.

[2]– سناء عماري، مرجع سابق، ص40.

[3]– أحمد شامي، مرجع سابق، ص331.

[4] – نورة منصوري، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 98– 99.

وبما أنّ المشرّع نص على حق الزيارة ضمن المواد المخصصة لها الذين لديهم الحق في الحضانة، فهذا دليل أن هؤلاء فقد من لديهم الحق بالمطالبة بحق الزيارة، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحدهم فلابد أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نزعت منه الحضانة.

وقد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في 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 والد المتوفى الذي تجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق إ ج، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[1]

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

وبالتالي يكون المشرّع 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 ما هو مكرّس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أنم ينقطع عن أهله نهائيا، فهذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم من تلقاء نفسه، وهذا ما اتجه إليه قانون الأسرة الجزائري، فإنه يعطي للقاضي طرق الزيارة وكيفية ممارستها، ولم يستند تماما في المادة السابقة الذكر، ولكن بالمقارنة مع القانون الفرنسي صادق لاحقا على اتفاقية بين الجزائر وفرنسا سنة 1988 التي تشير إلى مصلحة المحضون.

[1] – القرار رقم 189181 الصادر في 1998/04/21، أ ق، 2001، ع خ، ص 192. عن جمال السايس، الاجتهاد القضائي، مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1093.

المشرّع الجزائري قد منح صلاحيات واسعة للقاضي بما هو أنسب وأصلح للمحضون في الزيارة، فهو ينفق جهدا كبيرا لمعرفة مصلحة المحضون.[1]

أ- **مدة الزيارة:** لم يحدّد المشرّع الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأنها مسألة رضائية، وقد يتّفق الأطراف على تحديد الزمان والمكان.

وما استقر عليه القضاء الجزائري حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد الدينية والمناسبات الوطنية.[2]

وقد حدّدته المحكمة العليا في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر في 1990/04/16، عندما نظرت متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفعالا لما تقتضيه وضعية الطفل الصغير، فمن حق الأب زيارة ابنه على الأقل مرة كل أسبوع لما يحتاجونه من عطف وحنان، فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر فيكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[3]

ب- مكان الزيارة: المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية نجد أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد مكان الزيارة تاركا ذلك إلى القاضي الذي لديه السلطة التقديرية مراعاة لمصلحة المحضون دون أن ينسى العادات والتقاليد.[4]

---

[1] – بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص 123- 124.

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

[3] – القرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16، ع 4، ص 126. نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 549.

[4] – باديس دياني، مرجع سابق، ص 92.

يقصد بمكان الزيارة المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلّب الأمر ساعات معدودات، ولا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبّب حرجا للزائر.[1]

قرّرت المحكمة العليا في 1990/04/30 بأن المستقر فهما وقضاءً أحق الشخص لا يقيّد الابن قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الطفل المحضون أن يسهل على الآخر استعماله على النحو على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالقانون لا يبني الأشياء على التخويف، بل على الحق وحده ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقا للقانون ولما كان على قضية الحال أن مجلس القضاء لما قضى بزيارة الأم بنتها أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فهنا قد خالف القانون والشّرع ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

كما أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء استخدامه سبب الخلافات بين الزوجين (الطلاق) والأطفال هم الذين يذهبون ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم تتعسف في منع الأب من حق الزيارة بصورة اعتيادية، حيث تمتعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[3]، ومنه يجب تنظيم حق الزيارة حتى لا يتّخذ ذريعة له ضررا بمصلحة المحضون.[4]

[1] – نفس المرجع السابق، ص 160.

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

[3] – سناء عماري، مرجع سابق، ص 174.

[4] – رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر، المكتبة القانونية، ط 1،2011، ص 172.

المبحث الثاني: مفهوم قاعدة مصلحة المحضون في التشريع الجزائري

إنّ جل التشريعات الحديثة تسعى إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته، وأهم منفذ وضعته التشريعات في قاعدة مصلحة المحضون، ولقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية[1]، وهذا ما سوف نتطرّق إليه في المطلب الأول تعريف مصلحة المحضون، والمطلب الثاني خصائص مصلحة المحضون.

المطلب الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون

الفرع الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون

أولا: لغة:

تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.[2]

والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، لأن قوام الإنسان في دينه وفي دنياه وفي معاشه بحصول الخير واندفاع الشّرع، حيث أنّ قواعد الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودفع الخطر.

ثانيا: اصطلاحا:

يتّفق جمهور الفقهاء على أنّ مصلحة الإنسان من قواعد الشريعة الإسلامية، كما يقول الإمام الغزالي (إنّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم

[1] – بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 108.

[2] – زكية حميدو، مرجع سابق، ص 67.

لكن المعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشّرع من الخلق الخمسة، وهو أن يحافظ عليهم، دينهم، أنفسهم، عقولهم وأموالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمس هو مفسدة ودفعها.[1]

ثالثا: قانونيا:

من خلال النصوص القانونية لقانون الأسرة نجد أنّ المشرّع لم يضع لها تعريفا دقيقا تاركا السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى والتي ترفع أمامه.[2]

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكّلة من ملامح وذاتيات يمكن وضعها في إطار محدّد مسبقا[3] لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية (درأ المفسدة مقدّم على جلب المصلحة).[4]

وبما أنّ المشرّع الجزائري استقى أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامي لذلك وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون إ ج.

فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن عاقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه

[1] – طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص 63.

[2] – سناء عماري، مرجع سابق، ص 178.

[3] – بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 108.

[4] – نفس المرجع السابق، ص 108.

وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاها إياه وقال لعمر ريحها ومسحها وريقها خير من الشهد عندك.[1]

الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون

الخاصية الأولى: إنّ قاعدة مصلحة المحضون شخصية وذاتية فهي تتعلق بكل طفل على حدا، وعلى هذا الأساس ينظم القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدّد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث الولادة لا يصلح بالضرورة للطفل البالغ ستة أو سبع سنوات من العمر.[2]

لهذا نجد أنّ للمشرّع الجزائري قواعد عامة ومجردة، والقاضي بفضل مجهوداته يفسرها ويفصل في كل حالة على حدا، فدور القاضي يكمن بتغليب مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

الخاصية الثانية: قاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة موضوعية أوكلها القانون واجتهاد القاضي وتبصّره وحكمته، فهو يقدّر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة، ويعلّل حكمه تعليلا واضحا.[3]

لأن يجب على القاضي أن يأخذ بمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا للنقض لضعف التسبيب، فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو

[1] – عماري سناء، مرجع سابق، ص 178.

[2] – بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 109.

[3] – عائدة البرماني غربال، مصلحة الطفل من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006، ص 31.

إسقاطها لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث.[1]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في 2008/02/13 بأنه يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون.[2]

الخاصية الثالثة: قاعدة مصلحة المحضون في قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير، فما كان يصلح في وقت معيّن قد لا يصلح له في زمان آخر[3]، وفي قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمنية والمكانية، وتختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، ومن طفل لآخر، كما أنها تختلف من قاضٍ إلى آخر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدينية.[4]

المطلب الثاني: معايير تقدير مصلحة المحضون

إن 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

[1] – جمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2003، ص 12.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/02/13 في ملف رقم 424292، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع 1، ص 267، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1445.

[3] – عصماني نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 80.

[4] – سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 49.

المحضون بتنظيم أحكامها، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها[1]، ومن بين هذه المعايير ما يأتي:

الفرع الأول: المعيار المعنوي

إن أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا إن يصغوا إلى 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 مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى. فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى،[3] ترك هذا الحرمان آثارا سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل[4]، ولعل أهمية هذا المعيار بالإضافة إلى ما قيل أعلاه، تكمن في درء المخاطر عن المجتمع ككل؛ فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

[1]- بوتريبات عائشة، بوجمعة نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014، ص 38.

[2]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص418.

[3]- حميدو زكية، نفس المرجع السابق، 2005، ص105.

[4]- ياسر يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009، ص 53.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال؛ لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية.[1]

وأن حرمان الطفل الصغير لفترة طويلة من عناية الأم قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على خصائصه وشخصيته، وبالتالي على مستقبل حياته.[2]

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 يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[3]

الفرع الثاني: المعيار المادي

إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح؛ لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها.

وعليه، فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه فيتولد الاستقرار والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة.

والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن، به يحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن.[4]

---

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

[2]– ياسر يوسف إسماعيل، مرجع سابق، ص53.

[3]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص 420.

[4]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص112-116-117.

الفرع الثالث: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إذا 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 ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته.[1]

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

الفصل الثاني:

الآليات القضائية لتقدير مصلحة المحضون

الفصل الثاني: الآليات القضائية لتقدير مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار مهما كانت النتائج غير أنها أعطت للقاضي كامل الصلاحية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون وهي سلطة تختلف من قاضي لآخر أي أنها سلطة تقديرية للقاضي.

وحتى يستطيع القاضي تكوين وتنظيم أفكاره مراعاة على ذلك مصلحة المحضون يجب أن يلجأ إلى عدة وسائل يرتكز عليها في حكمه لكي يكون مؤسسا قانونا وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث من آليات إجرائية لتقديم مصلحة المحضون في المطلب الأول والحماية الجزائية المحضون في المطلب الثاني.

المبحث الأول: ضوابط تقدير مصلحة المحضون

الحماية الجزائية للطفل المحضون والتي لها أهمية بالغة على حقوق الطفل الذي يعد ثمرة التكوين الأسرة وهي اللبنة الأولى في بناء المجتمع وكونه بناء الدول وأملها في النهوض والتطور وهذه الحماية تجعله يعيش حياة كريمة وسط أسرته ومجتمعه، مؤمنة ذلك كل اعتداء ان يقع عليه من طرف حاضنه ولحماية هذه الحقوق كرس المشرع الجزائري كباقي التشريعات الوضعية المنصوص قانونية تحمي الطفل المحضون وتحدد وتجرم الأفعال المرتكبة ضده ومعاقبة مرتكبيها والمنصوص عليها في قانون العقوبات.

المطلب الأول: الآليات الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون.

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، ومهما كانت العواقب، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها[1] مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، إلا أن القانون قد خول للقاضي بعض الوسائل والضوابط القضائية للوصل إلى ما هو أصلح للمحضون، والتي بدورها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

[1] م. ع. ع. أ. ش قرار صدر تاريخ03/13/ 1989 ملف رقم 178086 عدد 1 لسنة 1993، ص50" حيث أن الحضانة حسب نص المادة 64 من ق.أ. ج وحسب الشريعة الإسلامية كما جاء في قول الشيخ خليل ج2، ص 48، أن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى يدخل بها، حيث أن المجلس لم يذكر أي سبب يدعم به قراره بالنسبة لنزع الحضانة عن الأم وإذا كان الولدان يافعان إلا أن المجلس أخطأ عندما أسند حضانة البنت (ص) للأب ويتعين إبقاء حضانتها لأمها".

الفرع الأول: الاستماع إلى أفراد عائلته

لقد خول القانون للقاضي بعض الحقوق التي يستند إليها أثناء النزاع من بينها الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لحماية المحضون، بما في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدم لهما من كلتا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات،كما له أيضا بعض الوسائل والإجراءات القضائية التي يتم اللجوء إليها للفصل في النزاع لما هو أصلح وأهدى للطفل صاحب المصلحة[1].

ولقاضي شؤون الأسرة أن يلجأ إلى طلب إجراء تحقيق مدني إذا رأى أن ملابسات القضية تستدعي ذلك طبقا لنص المادة 26 و27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2].

ومن هنا يتضح أن القانون خول للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه القيام بأي إجراء من إجراءات التقاضي والمقصود بها هنا إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد من 57 إلى 193 من ق. إ. ج. م.إ. دكسماع الشهود، وإجراء الخبرات وغيرها مما تمت الإشارة إليه دون القول ما إذا كانت هذه الإجراءات، قد وردت على سبيل الحصر أو المثال، إلا أنها قد يلجأ إليها قاضي شؤون الأسرة للتحقيق فيما غمض ولم يتضح من أجل التمكن من أجل التطبيق الصحيح للقانون[3].

[1] تنص المادة 27 من ق.أ. ج. م. ا. د."يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق المحولة قانونا.

[2] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،، كليك للنشر، طبعة 2011، ج1، ص65.

[3] ق. م. ع. ع. أ. ش. م قرار بتاريخ 2006/10/11 تحت رقم 743، ق. غ. م. م مما جاء فيه " حيث أن نص المادة 64 من ق.أ. ج وإن ذكرت ترتيبا لحاضنين إلا أنها لم تجعله حصرا يقتضي إتباعه في كل الحالات بل جعلت دلك مرهونا بمصلحة المحضون التي وجب مراعاتها بالمقام الأول، وفي جميع الحالات وهو ما أسس عليه قضاة مجلس قضاء باتنة قضاءهم وأبرزوا دلك في حيثياتهم المرتكزة على الوثائق المقدمة قائلين بأن المحضونة مند طلاق أمها وهي عند جدتها من جهة الأم، ودلك تحقيقا لمصلحتها وحفاظا على استقرارها ومن ثمة فإن قضاة المجلس قد طبقوا صحيح القانون".

غير أنه وباعتبار القانون قد خول للقاضي الحق في إجراء تحقيق مدني وسماع الطفل المحضون والاعتداد به في تسبب حكمة أو قراره وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها والتي أسست قرارها المعرض للنقض والإحالة على أساس عدم مناقشة القاضي للدفوع المثارة من طرف الخصوم ودون التأكد من الوضعية المادية والحالة النفسية للطفل المحضون عن طريق الوثائق المدرجة بالملف بما في ذلك عدم الإشارة إلى ما وصلت إليه المرشدة القضائية في تقريرها وبالتالي فالقرار المطعون فيه بعد مناقشة الدفوع المثارة وعدم مراعاة مصلحة المحضون في دلك يعتبر منشويا بالقصور في التسبيب ومخالفة القانون مما يجعل الوجهين مؤسسين نقض القرار المطعون فيه[1].

حيث وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا يوجد أي نص يعبر صراحة عن ذلك خاصة وأنه يتضمن أحكام موضوعية لا إجرائية مما يدفع القاضي إلى الرجوع إلى أحكام إجرائية للفصل في قضية استلزمت في طياتها اللجوء إلى إجراءات التحقيق والمعاينة، إلا أن الإشكال لا يقوم هنا فيما يخص أحقية إجراء التحقيق المدني قياسا على أحكام الحضانة وإنما المسألة تثار هل يجوز للقاضي الاعتداد برغبة الطفل واعتبارها سببا موجبا الإسناد الحضانة ؟.

حيث أن المحكمة العليا ومن خلال اجتهاداتها والفصل في العديد من قراراتها نجد أنها استقرت على أنه لا يعتد برغبة الطفل عند إسناد الحضانة بل ينبغي أن تراعي في دلك مصلحة المحضون.[2]

ومن القواعد الإجرائية المخولة للقاضي عند تقدير مصلحة المحضون الاستماع إلى أفراد عائلته، بما في ذلك أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو زوجه أو أصهاره، أو إخوته، وأبناء عمومته، وأخواته وهذا كله من أجل جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات، والتي

[1] ق. م. ع. ع. أ. ش. م. م ملف رقم 332324 بتاريخ 13 يوليو 2015، ن. ق، عدد59، 2006، ص 238

[2] م. ع. ع. أبش ملف رقم 7882، بتاريخ02/17/ 2013، م.ق، عدد 2014،1 ص77.

يستطيع بها القاضي ترجيح رأيه[1]، وهذا ما أكدته نص المادة 454[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حولت للقاضي حق السماع أطراف النزاع سواء الوالدين أو القاصر إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

وفي هذا السياق، وفي قرار صادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ: 1980/03/18 جاء فيه " رفض قضاة الموضوع التلفظ بإسقاط الحضانة عن الأم رغم زناها أخدين في الاعتبار عفو الزوج، ورغبة الأطفال الذين صرحوا في مواجهة أمام المجلس القضائي بأنهم يفضلون البقاء عند أمهم[3]، وقد أيدهم في ذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ:1981/12/14" يظهر من تحريك قضاة الموضوع ومن تقدير راتهم، أن الحضانة تبقى حق للزوجة ومراعاة لحال الزوج ورغبة الأطفال أنفسهم الدين فضلوا البقاء مع أمهم حينا الموجهة أمام المجلس وبحسبه فإنضم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم مما يستوجب رفض طلب الطعن[4].

[1] ابن عصمان إيناس، المرجع السابق، ص 166.

[2] تنص المادة 454 من ق. ب. ج. م. إ. د يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة: سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فيه فائدة لسماعه، سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تتيح ذلك، الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو طبي

[3] م.أ. غ. ق. خ، قرار بتاريخ 1982/12/14، في الملف رقم 26225، غير منشور. "حيث بالفعل وبعد الإطلاع بمجددا على القرار المطعون فيه يتضح منه أن قضاة الموضوع اكتفوا في أسباب قرارهم المنتقض الذي بموجبه أسقطوا الحضانة عن الأم وإسنادها من جديد إلى الأب مراعاة للترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ. ج دون البحث في من هو الأجدر وأين تكمن مصلحة البنتان، فإنهم قد قصروا في قضائهم مما يتعين مقض القرار "، م. ع. ع.ش. أملف رقم 497457، بتاريخ 2009/05/13، م. ق، عدد 1 لسنة 2009، ص30

[4] م. ق. غ. ش. أ، محكمة معسكر بتاريخ: 03/09/ 2015 حكما يقضي برفض الدعوى بعد القيام بإجراء تحقيق المدني المأمور به من طرف المحكمة بتاريخ2015/02/23، وبعد سماع الأم الحاضنة والزوج عن واقعة بقاء البنت المحضونة بعد زواجها بقريب غير محرم. حيث أسس القاضي حكمه بعد واقعة تحقيق بأن البنت المحضونة لازالت صغيرة وبحاجة إلى عطف والدتها ولصغر سنها مراعاة دلك لمصلحة المحضون، وأن طلب الزوج الرامي إلى إسقاط الحضانة غير مؤسس قانونا.

ومما سلف ذكره أن المحكمة العليا قد استقرت في اجتهادها على حرص القاضي عند تقديره المصلحة المحضون، وإسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها طبقا لما هو مقرر شرعا وقانونا مراعاة مدى أمانة واستقامة الحاضنة وتأثير أخلاقها على تربية وتنشئة الطفل المحضون، خاصة وأن القانون قد حرص على الحاضن تحقيق مضمون وفحوى الحضانة عند إسنادها للأم الحاضنة أو غيرها، فمن حق السلوك المشين والغير السوي للأم أن يؤثر سلبا على حياة الطفل لذا استوجب من باب أولى وتحقيقا للمصلحة العليا للمحضون مراقبة القاضي لمدى أمانة واستقامة الأم عند إسناده للحضانة.

الفرع الثاني: الخبرة

تنص المادة (12) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خباء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، والحيرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبث في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الحبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنه، أو بتثبت وقائع مادية[1]، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده، ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والإجتماعية قبل البث في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي قضى "إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يحث أين تكمن مصلحة

[1] عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2017، ص32.

المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية[1]، وهذا ما أكدته أيضا في العديد من اجتهاداتها على إلزامية استعانة القاضي بمرشدة اجتماعية عند تقديره لمصلحة المحضون[2].

كما قضت المحكمة العليا أيضا بأنه "من الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم للأب مع وجود خالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم قبل وفاتها بسبب الميراث، حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم للأب مع وجود الحالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص عليه في المادة (64) من قانون الأسرة إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد فيه وإحالة القضية لنفس المجلس"[3].

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أقرت" بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبب"[4].

---

[1] م. ع. ع.ش. أ، الملف رقم33717، بتاريخ 2005/11/16، ن. ق 2010، العد65، ص319.

[2] م.ع غ.ش.أ، الملف رقم 364850، بتاريخ05/17/ 2006، في، م م ع، 2007،ع2، ص437، وفي قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في 2006/05/17 قضت أنه "يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون"

[3] م. ع. ع.ش.أ الملف رقم 12، بتاريخ 1995/10/24، ن. ش، 197،العدد 52، ص 111.

[4] م. ع. ع.ش. أ، الملف رقم 332324، بتاريخ 2005/07/13، ن. ش 26، ع59،ص236.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 02/18/ 1997 "الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون وإعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد دلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن".

وبالتالي فقد استقرت المحكمة العليا على ضرورة الإستعانة بخبراء اجتماعيين والقيام بإجراء المعاينة تحقيقا لمصلحة الطفل والتأكد من مدى صلاحية الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه الطفل، خاصة وأنه ينعكس سلبا على تنشئته[1].

الفرع الثالث: المعاينة.

إذا كانت الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب أو أن الخبرة التي قام بها الخبير لم تتوصل إلى تبيان وتوضيح المعلومات الفنية المطلوبة، يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالإنتقال المعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف شخصيا على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه [2].

فللقاضي الإنتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة، ومعرفة الظروف المحيطة بدلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك ومدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها، ودلك طبقا لنص المادة (146) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

وتعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[3].

[1] م. ع. ع. ش. أ، الملف رقم 330566، بتاريخ 2005/05/18، م. ق 20، ع1،ص301.

[2] بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة 20،ص92.

[3] نفس المرجع، ص91.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بأنه "إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال، والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبب"[1].

المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمحضون

أشار المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون دون تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، حيث تقتضي مصلحة المحضون إلى اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل المحضون وأفضلها، إذا تعددت الحلول وترجيحها على بقية المصالح بما في ذلك مصالح الأب أو الأم، لأن الحضانة حق وواجب في آن واحد[2]، واعتبار أن الحضانة من حق الطفل فإن من مسؤولية القاضي كفالة هذا الحق ووقاية الطفل من الإهمال الذي قد يحصل له إذا كان الحاضن غير أهل للقيام بذلك أو لا تتوافر الظروف الكفيلة بتمكين الطفل من التمتع بهذا الحق على أحسن وجه.

الفرع الأول: جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا:

يتولى القاضي شؤون الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها، وتمكين الطرف الآخر من زيارة المحضون في أوقات محددة يتم التطبيق عليها ضمن الحكم أو الأمر الإستعجالي، وغاية المشرع من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي والمعنوي للطفل، وقد ترك المشرع للقاضي حية تحديد المسائل التطبيقية بما يناسب مع مصلحة المحضون، لأن مصلحته تقتضي متابعة والديه

[1] م.ع.غ.ش.أ، الملف رقم 30242، بتاريخ 2003/05/21، ن.ق 2006، ع202، ص58.

[2] رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006، ص198.

وحمايته عن طريق فرض عقوبات جزائية عن كل من امتنع عن تسليم المحضون لمن له الحق فيه قانونا[1].

وهذا ما تضمه المادة 327 من قانون العقوبات والتي تنص 9 كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات، ومنه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بمنع أحد الطرفين من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان التي حددها الحكم التام، فإنه يكون قد قصر بشكل يؤدي إلى وقوع جريمة يعاقب عليها القانون[2].

أولا: أركان جريمة عدم تسليم طفل.

تقتضي هذه الجريمة المعاقب عليها طبقا لنص المادة 327 ق ع ج والتي تستوجب الكن المادي والمعنوي للجريمة.

أ. يجب أن يكون الطفل قد كل إلى الغير:

كأن يكل إلى مربية أو مرضعة أو مدرسة داخلية أو حضانة[3]، وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن القانون نص في المادة 64 ق اج " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لأن المحضون عند طلاق والديه، لا بد أن يعيش مع احد ويغادر الثاني لكون الرابطة الزوجية القائمة بينهما، انفكت أو انحلت[4] ولكن أسندت الحضانة إلى أحدهما، فان الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون، فعلى من أسندت له الحضانة رعاية الولد، بالإضافة إلى ميعاد تنفيذ حق الزيارة المنظمة قضاء وتسليم المحضون لمن قرر له حق زيارته نظرا لوضع المحضون تحت رعاية الحاضن وفي هذا

[1] – عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه، الجزائر 2016، ص174.

[2] – أحسن بوسفيعة، القانون الجزائي الخاص والجرائم ضد الأشخاص، دار هومه، 2006 ، ج1، ط 4، ص 176.

[3] – اديس ديابي، المرجع السابق ص90.

[4] – م. ع.غ أش، ملف رقم 79891، بتاريخ 30/04/1990، م ق ع 1، 1992 ص571

الشأن أكدت المحكمة العليا بأنه " من المقرر عليه فقها وقضاء، ان حق الشخص لا يقيد الا بما قيده القانون فزيارة الأم والأب لولدهما حق لكل منهما وفعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو مراقبة، أو القانون لا يبنى على التخوف بل على الحق وحده ومن ثم فان القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[1]، وعليه على الأم الحاضنة أن يشمل المحضون له الحق في زيارة ابنه. إذا أسندت له الحضانة أو العكس باعتبار أن زيارة الأب لابنه إذا أسندت الحضانة لغيره وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها مما جاء فيه " زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبط بسن قانونية على الطرف الذي له الحضانة أن يتمكن الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة ".

ونلاحظ إن المادة لم تحدد سن الطفل في هذه الجنحة وانه إسناد إلى معيار مطالبة الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك، وبالرجوع إلى المادة 65 ق اج والتي تنص لا تقضي مدة حضانة الذكر بلوغه 10 سنوات والأنثى بلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ".

على أن يراعي عند انتهائها مصلحة المحضون، ومنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة تبين أنه مازال يحتاج إلى رعاية حاضنته إذا كانت أما لم تتزوج ثانية، فانه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 سنوات إلى 16 سنة اذا كان ذلك بناءا على طلب الحاضن نفسه وفي مصلحة المحضون[2].

[1] – م، ع. غ اش قرار بتاريخ 06/01/2006، ملف رقم 36962 م م ع سنة 2006 ع 1 ص 455

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في... الجديد، المرجع السابق، ص 141.

ب. يجب أن يطالب به من له الحق في المطالبة به:

أي الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة (الأب أو الأم، الوصي)، بصرف النظر عما إذا كان الطفل قد كل إلى المتهم غير مباشرة[1]، ويترتب على ذلك أنه متى طلب من له حق في الزيارة على الحاضن الإمتثال إلى ذلك إستنادا لنص القانوني وتطبيقا للحكم القضائي.

ج. عدم تسليم الطفل:

تقوم هذه الجريمة يتوافر العنصر المادي المبني على عمل سلبي[2]، والمتمثل في الامتناع عن تسليم للطفل ويقصد وذلك عدم تسليم الطفل الموضوع لأن رعاية إلى ذوي الشأن أو أهله وأقاربه، وهذه الجريمة تختلف عن الخطف لأنها تتم بعمل سلبي وهو الامتناع عن تسليم الطفل الذي كان يجب عليه أن يسلم في الوقت المحدد لذلك وهذا مستنتج من نص المادة 327 ق ع. [3]

سواء امتنع من اوكل له عن رده او امتنع عن تعيين مكان تواجده [4]، ولا يعاقب القانون على عدم التسليم إلا اذا كان عمدا وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بقولها "من المقرر قانونا أنه كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يعلن صراحة على رفضه تسليم عن رفض تسليم البنتين ولم يلجا إلى أية مناورات لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل أن البنتين هما اللتان رفضا الذهاب إلى والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي".

---

[1] – الحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص175.

[2] – تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 205.

[3] – محمد. صبحي قانون العقوبات الجزائية، (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 ص 69.

[4] – أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 175

و حتى كان لذلك فان إدانة المتهم بجنحة تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي مما يستوجب النقض[1] وذا يتبين أنه لقيام هاته الجريمة، لا بد من توافر الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل ويجب أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من حق الزيارة ثابت بموجب محضر، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو اعتراف المتمتع نفس[2]، وهذا ما جاء في معرض تأسيسه حيث إن جنحة عدم تسليم الأطفال إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بهم، والمنصوص بالمادة 327 من ق ع ج تشترط لقيامها على وجه الخصوص توافر الركن المادي الممثل في الامتناع عن تسليم الطفل، ولا يتوفر العنصر المذكور إلا إذا أعلن الحاضن صراحة عن فض تسليم الطفل، أو إذا لجأ إلى من ماورت تمنع من له حق في إكفاله بالطفل بزيارته، وذلك بإخفاء الطفل أو إبعاده عن مكان إقامته الحاضن أو تعتمد الغياب يوم الزيارة كما تقوم الجريمة أيضا عند الامتناع عن التصريح بمكان الذي يتواجد فيه الطفل[3].

د. القصد الجنائي:

تنقضي هذه الجريمة لتوافر نية إجرامية لدى الجاني ومن ثم لا تقوم بالجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به أو امتنع عن الإفصاح عن مكان الذي يتواجد فيه الطفل، وهكذا قضت المحكمة العليا في قرارها مما جاء فيه "بإدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه بموجب نص المادة 327 من ق. ع. ج بناءا على إعترافها بالحرم المنسوب لها حيث جاء في نغرض أسبابها "إن إعتماد القضاة على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل

[1] – م. ع. ع. ج، قرار بتاريخ: 27/03/2001، ملف 239135،م. ق العدد 02 سنة 2001 ص377.

[2] – م. ع. ع. ج قرار بتاريخ 14/07/1996 ملف 130691 م. ق، العدد 01 سنة 1997 153.

[3] – احسن بوسقيعة، المرجع السابق ص175.

لأبيه، كان بناءا على إعتراف المتهمة والمحضر المحرر من طرف المحضر القضائي مما يعد تطبيقا سليم للقانون "[1].

ثانيا: إجراءات المتابعة والجزاء:

حمايته لمن له الحق في إستلام المحضون قانونا اعتبر القانون الجزائري أن عدم تسليم الطفل ممن هو موضوعا تحت رعايته بجريمة يعاقب مرتكبوها حتى توافرت أركانها، ويقع على الطرف المضرور إثبات الإمتناع عن تسليم المحضون بموجب محضر امتناع عن التنفيذ الذي يسلمه القائم بالتنفيذ.

و حمايته لهذا المحضون أقر قانون الإجراءات الجزائية قواعد من شأنها حماية المضرور، وذلك من خلال تحريك الدعوى العمومية، ويقصد بذلك بيان اللحظة التي يبدأ فيها امتناع الدعوى كنشاط إجرائي وهو ما يفترض إنتقال الدعوى من حالة سكون التي كانت عليها إلى حالة حكة، وبالتالي إن كان إجراء من الضبطية القضائية يمكن الحديث عن تحريك الدعوى العمومية[2].

وتعرف الدعوى العمومية بأنها مطالبة الحاجة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة[3]، وعليه في أول إجراء يتخذه المضرور جراء عدم تسليم الطفل هو تحريك الدعوى العمومية بناءا على شكوى أمام الضبطية القضائية طبقا لنص المادة 1/17 من قانون الإجراءات الجزائية كما يمكن تقديمها للنيابة بناءا على نص المادة 36 من نفس القانون والتي تنص " يقوم وكيل الجمهورية بتلقي الشكاوى والمحاضر والبلاغات ويقرر ما بشأها "كم قد تأخذ منحنى آخر نص عليها قانون الإجراءات الجزائية من إيداع الشكوى لدى المحكمة القضائية أو إجراءات الإستدعاء المباشر المنصوص عليها

[1] – م. ع. ع. ج ملف رقم 239135، بتاريخ 27/03/2001 م. ق. ع 02، 2001 ص 377.

[2] – فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر،2008، بدون ط،ص27

[3] – عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (التحري والتحقيق)، دار هومة الجزائر، ط 2،2012.

بموجب المادة 337 حكم ر.ق.أ.ح. ج، أما الجزاء فقد قررت المادة 327 ق. ع. ج بالحبس من سنة إلى خمس سنوات كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به.

الفرع الثاني: إبعاد قاصر من حاضنته.

يعد المساس بحرية الطفل اعتداءا خطيرا على حريته، سواء كان ذلك بنزعه ممن لهم حق رعايته، مهما كان الدفع لارتكاب الجريمة، سواء انتقاما بسبب حقد بينهما أو تعسف في استعمال حق من الحقوق، وحماية لمصلحة المحضون ومصلحة الحاضن وتعديما لأحكام القضاء نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أنه " كل من خطف من كلت إليه حضانته أو من أماكن التي وضعه فيها الحاضنة وأبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك دون تحايل أو عنف"[1]، وهذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بجريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي بما لهما من اشتراك في الموضوع والهدف لهذا ينبغي التطرق إلى الأكان المكونة لهذه الجريمة ومعرفة إجراءات المتابعة والجزاء.

أولا: أركان الجريمة:

لقيام هذه الجريمة لابد من توافر كن المادي والمعنوي ليكتمل جسم الجريمة ومتابعة الشخص جزائيا: أي الركن المادي: إن الكن المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنته كن أساسي يشمل على عدة صور أو عدة حالات وكل حالة كافية لتكوين العنصر المادي للجريمة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة الحضانة وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودار الحضانة أو كتكليف الغير بحمل

[1] – أحسن بوسقيغة، المرجع السابق، ص 177.

المحضون واختطافه وإبعاده عن المكان الموجود فيه [1]، كما يتم الخطف لانتزاع الطفل من بيئته ونقله إلى مكان آخر واحتجازه فيه وإخفائه عمدا.

من لهم الحق في المحافظة في هذا الطفل وعلى ذلك فان الركن المادي[2] يتوافر عن طريق نشاط إرادي يأتيه الفاعل والذي يتمثل في خطف الطفل ونقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيته وقطع صلته بأهله[3] ويتحقق هذا الأمر بشأن كل من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود قاصر معه احتجازه [4].

كما يتحقق الخطف إذا انترع الجاني الطفل المخطوف من منزل أهله أو من مدرسته أو من المحل الذي يتدرب فيه أو من الطريق العام أو من صديق أو من قريب يزوره، إذ لا يشترط أن يتم الخطف في مكان معين طالما أدى الخطف إلى انتزاع المخطوف من بيئته وقطع صلته بأهله، لأن الخطف يتحقق بنقل المخطوف من موقعه كما يتحقق بمتعه من العودة إليه.

وجريمة الخطف يمكن أن تقع من أي شخص ليس له حق حضانة الطفل أو حفظه، حتى ولو كان أحد الوالدين إذا قام بخطف المجني عليه محن لهم بمقتضى القانون حق رعاية الطفل وحضانته ولا يتم توافر هذا الكون إلا بتحقق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواءا مباشرة أو بواسطة الغير وإذا كان الإختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الجدة فإن الشخص الذي وقع الإختطاف لفائدته يعتبر هو الفاعل الأصلي وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف

[1] – عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة والمرجع السابق، ص 178.

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.

[3] – عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة وص178.

[4] – مكي دردوس، القانون الجزائي الخاص في التشريع الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة،2005 ص 151

أو الإبعاد، ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة لسبب أنه قد جعل من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجرعة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر [1].

إن تطبيق المادة (328) من قانون العقوبات يتطلب وجود حكم قضائي قد يكون حكما مؤقت أو نهائيا ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي لإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[2]، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا وذلك نظرا لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا.

ب) الركن المعنوي:

إن عنصر القصد أو النية الإجرامية من الأكان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي، وأن القانون لا يذكره ضمنا ولا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة وإنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الإجرامية[3]، وبالتالي فجرائم الخطف بجميع صورها من الجرائم العمدية التي يلزم بقيامها توافر القصد الجنائي ويتحقق هذا القصد في جريمة خطف الأطفال فيعتمد الجاني على قطع صلة المجني عليه بأهله وذلك بتعمد انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم الحق في رعايته.

فإذا توافر القصد الجرمي بعناصره وهي توجه إرادة الفاعل إلى تحقيق النتيجة مع العلم بطبيعة هذه الجريمة وأن القانون يعاقب عليها فعندئذ تكتمل الجريمة لعلم الخاطف بخطورة تصرفه الإجرامي وانصراف إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية، ولهذا فإن القانون قد يعاقب

[1] – عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 177.

[2] – أحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص 177.

[3] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 178.

على مجرد فعل اختطاف المحضون مباشرة من كلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده كما على القاضي أن يبرز في حيثيات حكمه كل هذه العناصر مجتمعة حتى لا يكون حكمه مشوب بعيب عدم كفاية التسبب. [1]

ثانيا: إجراءات المتابعة والجزاء:

إن الغاية من اشتراط الشكوى وفتح باب المتابعة بشأنا وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في جريمة خطف المحضون من كلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنها أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل ودون عنف كما نصت عليه المادة (328) من قانون العقوبات إلا بناءا على شكوى الضحية ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية.

وعليه فالمشرع حماية للضحية منحه الحق في تحريك الدعوى العمومية ويتم بذلك متابعة الجاني متابعة جزائرية وتسليط العقوبة عليه كما منحه الحق في إيقاف المتابعة وذلك بالصفح والتنازل عن الشكوى فتنقضي تبعا لذلك الدعوى العمومية[2] ولكن يشترط لذلك أن يقع الصفح قبل صدور الحكم البات في الدعوى، والهدف من مسألة الصفح هو ومراعاة مصلحة المحضون من حيث الاستقرار والوضع النفسي ولكي لا يكون طرفا في النزاع القائم بين شخصين خاصة إذا كان أحد الوالدين ممن أسندت له الحضانة بحكم قضائي وقام الآخر بخطفه، أما الجزاء فقد قررت المادة (328) من قانون العقوبات على جريمة خطف المحضون من حاضنته بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المقرة بالجنح وتصل عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني، إلا أنه نرى هذه العقوبة كافية

[1] – بن عصمان إيناس، المرجع السابق، ص 157

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 178.

للحد من تلك الأفعال التي تهدد الإستقرار النفسي والمعنوي والإجتماعي للطفل المحضون، إلا أنه ما يجب الإشارة إليه هو توسيع دائرة صفح الضحية كوضع حد للمتابعة الجزائية، خاصة إذا كان الخاطف أحد المقربون من المحضون، فكان الأجدر للوقوف عند تعديل نص المادة والتنصيص على الغرامة إن كانت تربط الجاني بشخص الضحية علاقة قرابة.

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة.

من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للمحضون، الحق في النفقة وهي من أهم الحقوق، لأنها تصان بها حياته وتوفر له الأمن المادي وحرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة والملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتحرم من شأنه عدم الإخلال بـها، وجولة الإمتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، ودلك بتهرب الملزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب والاستهتار بحقوق الغير وعليه فإن الإمتناع عن القيام بهذا الواجب يرتب آثار سلبية للحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته وهدا حسب المادة 331 من قانون العقوبات.

أولا: شروط وأركان قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة.

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 3000.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقرة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقرة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم".

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإدعاء الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من

الأحوال، دون الإخلال بتطبيق أحكام المادة 37 و40 329 من قانون الإجراءات الجزائية يختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة المحكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية[1].

من خلال قراءة نص المادة 331 من قانون العقوبات يمكن أن نستخرج العناصر المطلوبة قانونا لقيام جيكة الإمتناع عم دفع وتسديد النفقة أو الإعانة المقرة قضاء، يتبين أنها تتطلب وجود حكم أو قرار قضائي، قابل للتنفيذ، وأن مضمون الحكم إلزام بالنفقة وأن مدة الإمتناع تجاوزت الشهرين كاملين وأن الامتناع كان عمدا أو أكيد[2]، سنحاول أن نفصل دلك بالتطرق إلى الشرط الأولية ثم إلى الأركان التأسيسية.

أولا: الشروط الأولية:

جريمة الإمتناع عن دفع نفقة طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قررته العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لا بد من توافر شرطين وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي[3].

أ. قيام دين غدائي:

يمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتي بيانها:

1. **دين مالي:** تتحدث عنه المادة 331 من قانون العقوبات من النفقة الغذائية ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها[4]، علما أن النفقة كما

[1] – محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار هومه، الجزائر، 2011، ط 6، ص 43.

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 180

[3] – عبد العزيز سعد، الجرائم اعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة، الجزائر، 2005،ص 179

[4] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 159.

هي منصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة تشمل الغداء والكسوة والسكن والعلاج أو أجرته وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة، كما أن قضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 21/05/1991 بقولها (إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك[1]، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه (يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له الممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات.

باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جيكلة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات اما المنح العائلية لا تعتبر من مشمولات النفقة وهذا ما اكدته المحكمة العليا بقا "لا تتدرج المنح العائلية ضمن مشمولات النفقة ولا يشكل عدم تسديدها جيمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة"[2].

د. المستفيد من دين النفقة

ففي الحالة الأولى للمستفيد من الدين الزوجة والأصول والفروع ودلك بالرجوع إلى إحكام قانون الأسرة حيث تنص المادة (37) من قانون الأسرة على انه "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعته إلا إذا ثبت نشوزها" وعليه فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح وتحب في كل حالة كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة[3]، كما تنص المادة (74) من قانون الأسرة على" يجب نفقة الزوجة

[1] – م. ع. ع.ش.أ، الملف رقم 72602، بتاريخ: 21/05/1991، ن. ق، 1995، ع 47، ص 149.

[2] – م. ع. ع. ج. الملف رقم 380958، بتاريخ: 26/06/2006،م. ق 2007 ع2، ص 585.

[3] – م. ع. ع. ج. في الملف 302917 بتاريخ: 01/06/2005،،م. ق،2006، ع 1، ص 589.

على زوجها بالدخول بها أو بدعوقا إليه بيته مع مراعاة إحكام المواد (78)-(79) (80) من هذا القانون "

فالنفقة واجبة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس وهو التسليم والاحتباس الواجب للنفقة شريطة أن يكون وسيلة إلى حق مقصود ومستحق بالعقد الصحيح، وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وكدا القيام بواجباتها وألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي وسبب ليس من جهته[1].

كما تطرق المشرع الجزائري إلى نفقة الأصول والفروع وذلك في نص المادة (75) من قانون الأسرة تحب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وسيتم في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب "و نص في المادة (77) من قانون الأسرة بقوله" تحب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

وفي الحالة الثانية أي عند فك الرابطة الزوجية يكون المستفيد من النفقة الزوجة والأولاد القصر وذلك عملا بأحكام المواد (74)-(75) (61) من قانون الأسرة [2] فنفقة الزوجة واجبة على زوجها منذ الدخول بها (74) من قانون الأسرة وتستمر إلى ثلاثة أشهر بعد الطلاق حسب نص المادة (58) من قانون الأسرة وتستمر للحامل إلى تاريخ وضع حملها (60) من قانون الأسرة أما نفقة الأولاد يمكن أن نستخلص أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق عنه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا.

[1] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 160.

[2] –

وعليه فإذا كانت نفقة الولد واجبة على والده بحكم الشرع والقانون مادام هذا الولد عاجزا عن الكسب وفقيرا فإن هذا الواجب سيسقط عن كاهل الأب إذا تبين أن للده غني وله مال يستطيع أن يسرف منه على نفسه وينتج عن ذلك أن الأب لم يعد ملزما بالإنفاق على ابنه ولو كان صغيرا أو مريضا، ويمكن أن يكون هذا الولد غنيا أو موسرا إذ كان له مورد رزق مرصود لحسابه الخاص وتبرعات وغيها مثل الهدايا والهبات والوصية)، هذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها" لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون، وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم لهم مال، ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم أن شهادة عدم العمل بأجر التي يذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد"[1].

نستخلص مما سبق أن النفقة الغذائية المنصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات مؤسسة على واجب عائلي وعليه فإذا كانت هذه النفقة لا تستند على أي واجب عائلي فإن نص المادة (331) لا ينطبق عليها وإن كان الشخص المستفيد بها فرد من الأشخاص المذكورين آنفا مثال الإنفاق على الوالد أثناء تأدية فريضة الحج، مثاله كذلك الإنفاق على الولد ذي مال (مادة 2/75 من قانون الأسرة، أو الإنفاق على البنت المتزوجة أو الابن الراشد (المادة 75/2 من قانون الأسرة) [2]

ب. وجود حكم قضائي:

تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة وجود حكم قضائي يأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذا.

[1] – م. ع. ع. أ.ش.، في الملف رقم (264458)، بتاريخ: 03/07/2002، غير منشور.

[2] – مكي دردوس، المرجع السابق، ص 133.

1. ضرورة صدور حكم قضائي:

إن ثاني عنصر من عناصر قيام جنحة إمتناع عن دفع نفقة المقرة قضاء هو أن يكون منطوق الحكم الممتنع عن تنفيذه اشتمل على نفقة واجب دفعها إلى الزوجة أو إلى أحد الأصول أو الفروع[1] والحكم المطلوب له مفهوم واسع فقد يكون حكما صادرا عن محكمة ابتدائية أو قرارا صادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة (2) قسم الأحوال الشخصية قبل البث في دعوى الطلاق ودلك حسب ما نصت عليه المادة (57 مكر) من قانون الأسرة أين يجوز القاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها من نفقة والحضانة والزيارة والمسكن لأنه غالبا ما تطول إجراءات دعوى الطلاق وتستمر فترة غير قصيرة وفي معظم الأحيان تغادر الزوجة بيت الزوجية أو تجبر على مغادرته وتلجأ إلى أهلها بعد النزاع، وأثناء إجراءات دعوى طلاق تحتاج إلى مال تنفقه على نفسها وعلى أولادها، ومن هنا كان لها الحق في أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل العريضة يتضمن القضاء لها ولأولادها بمبلغ من المال تشمل الغداء والكسوة، وغيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق. [2]

وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا بقولها" من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق (02) الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد

[1] – عبد العزيز السعد، الجرائم الإعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص 180.

[2] – بم شيخ أث ملويا، المرجع السابق ص 57.

خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد[1].

و الخطأ في تطبيقها تفوق (02) الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقرة قضاءا لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة، فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النوع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد "[2].

كما قد يكون أساس متابعة المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة هو حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية وأستأنف في المدة المحددة قانونا، وذلك حسب نص المادة (57) من قانون الأسرة بنصها "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادة تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، وهذا ماكرسته المحكمة العليا بقولها "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا جوانبها المادية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون "[3].

2. حكم نافذ:

إن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة أو إعانة مقرة قضائية يتطلب أن يتوفر فيها شرط هام وهو وجود حكم قضائي قابل للتنفيذ ومعنى كونه قابلا للتنفيذ[4] هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا وحاز قوة الشيء المقتضى

[1] – م. ع.غ ج، قرار بتاريخ 16/04/1995، في الملف رقم (124384)، المحلة القضائية، 1995، العدد 02 ص192.

[2] – م. أ. ع. ق. خ، في الملف رقم (غير موجود)، بتاريخ: 29/10/1974، ن. ق،1975، ع5، ص 45.

[3] – م. ع. ع.ش.أ، في الملف رقم (72858)، بتاريخ: 20/03/1991،، م. ج،1994، ع1، ص 57

[4] – أحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص 161.

فيه، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أية طريقة من طرق الطعن فيها بالمعارضة أو الإستئناف ثم إمهاره بالصيغة التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاد أو التنفيذ المعجل طبقا لنص المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية.

ثانيا: الأركان المكونة للجنحة:

تتكون هذه الجنحة من كن مادي وركن معنوي، وبتوافر هذه الأكان تتم الجريمة.

1. **الركن المادي:** يقوم الركن المادي للجريمة على عنصرين وهما:

أ. عدم دفع المبلغ المالي كاملا:

يلزم المشرع المدين بدفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا[1] وعليه فإذا تخلف منه جزء في ذمته فلا يعفي من العقوبة دلك ما نستخلصه من نص المادة (331) من قانون العقوبات "من امتنع عن أداء كامل قيمة الدفع المقرة "و عليه فإن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي يتحقق في امتناعه عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به عليه لمدة تتجاوز الشهرين وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات " إن جيمة عدم تسديد النفقة تبرز في كنها المادي المتمثل في الإمتناع عن تسديد النفقة الملزم به المدة تزيد عن شهرين وكنها المادي المتمثل في الإمتناع عمدا "[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا " لماكان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا مقتضى المادة (331) من قانون العقوبات تطبيقا سليما لما لاحظوا أن المتهم دفع الفقه بعد انقضاء المدة القانونية المحددة في المادة المذكورة واعترافه بمماطلته وعدم تسديده

[1] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 161.

[2] – م. ع. ع. ج قرار بتاريخ: 04/06/2008، في الملف رقم (4127364)، نشرة القضاة،2012، العدد 67، ص 295.

لافتقاره القدرة على الوفاء بإلزامه نتيجة ظروفه الإجتماعية الصعبة ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"[1].

ب. انقضاء مهلة (02) شهرين:

يشترط لقيام جيمة الإمتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقرة قضاءا هو مرور أكثر من (02) شهرين كاملين إبتداءا من تاريخ الإمتناع عن التنفيذ[2]، وتحرير المحضر القضائي محضر عدم الإمتثال لبنود الحكم الصادر عن الجهة القضائية المختصة وإلزام المسؤول عنها وهو الزوج بدفعها للحاضنة.

2. الركن المعنوي:

اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد فهذه الجنحة هي جيمة عمدية تقتضي قصدا جنائيا يتمثل في الإمتناع عمدا عن أداء النفقة مدة تفوق الشهرين شرط عدم الالتزام بما قضى به تبليغ الحكم القضائي بالنفقة تبليغا صحيحا وذلك وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات.

3. إجراءات المتابعة والجزاء:

يعود الإختصاص بالنظر في جنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها بموجب المادة 1/33من قانون العقوبات إلى محكمة موطن الشخص المقرر بإستحقاق النفقة، وهو الخروج عن القواعد العامة في الإجراءات الجزئية فيما يخص النظر في الجنح المعاقب عليها وهي المحكمة التي يقع في دائرتها الجريمة، أو مقر إقامة المتهم، أو المحكمة التي ألقي القبض فيها عليه وقد خص المشرع الجزائري هذا النوع من الجاثم ولأن المستفيد منها

[1] – م. ع. ع. ج قرار بتاريخ 23/01/1990 ملف رقم 59472، غير منشور.

[2] – بم وارث. هم، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص، دار هومه، الجزائر، 2004، بدون ط، ص 166.

الطفل المحضون ولسرعة إجراءات التقاضي عن طريق شكوى مع الإستدعاء المباشر وتكليف الزوج للحضور لأقري جلسة وفقا لنص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

أما جزاء عقوبة الجاني في جريمة عدم تسديد النفقة هي الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 50000 دج بالإضافة إلى الحكم عليه بعقوبة تكميلية.

الفرع الرابع: عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته.

هناك بعض الالتزامات التي تقع على عاتق أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية ويتعلق الأمر بحضانة الأولاد، وقد تدخل المشرع لحماية احترام هذه الإلتزامات حفاظا على مصلحة المحضون من خلال تحيم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة، ومنها جريمة عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته بموجب حكم قضائي والمنصوص عليها بموجب نص المادة (328) من قانون العقوبات " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي، إلى من له الحق في المطالبة به "[1].

[1] – الأمر 03/06 المتعلق بقانون العقوبات، والمؤرخ في 20غشت 2014، دار الهومة،.2011.

أولا/ تقوم جريمة عدم تسليم طفل، أو قاص قضي في شأن حضانته بتوافر شروط أولية مكونة للركن المادي والمعنوي.

أولا: الشروط الأولية لقيام الجريمة:

أ) القاصر:

يشترط لقيام الجريمة أن يتعلق الأمر بقاصر[1] ومادام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون قانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر، وإستنادا إلى إنقضاء مدة الحضانة[2]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري منه، فإنه أورد مدة الحضانة في المادة 65 منه،" تنقضي مدة حضانة الذكر بلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمددها إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أيراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون "، وعليه فمدة حضانة الذكر 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 16 سنة، وبالتالي فالقاصر في التشريع هو الذكر الذي لم يبلغ سن 19 سنة والأنثي سن الزواج.

ب) صدور حكم قضائي:

أما ثاني عنصر يتطلبه القانون وجوده إمكانية قيام جريمة إمتناع عن تسليم قاصر قضي في شأن حضانته وهو ضرورة وجود حكم قضائي سابق صادر عن محكمة قسم شؤون الأسرة يتضمن إسناد حق الحضانة أو حق الزيارة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وأن يكون هذا الحكم إما حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو مشمولا بالنفاذ المعجل وإما قابلا للتنفيذ فورا بقوة القانون أو بقوة مضمون الحكم، كما يجب أن يكون هذا الحكم صادر عن القضاء وتم تبليغه رسميا إلى القضاء[3]، وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون

[1] – المادة 40 من القانون المدني "القاصر هو من لم يبلغ سن 19 سنة.

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 176.

[3] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نضام الأسرة، المرجع السابق، ص 149.

الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل، وغير نهائي كونه محل إستئناف "[1].

ج) الحضانة:

هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا، وهي الرعاية التي يعطيها القاضي لأحد الزوجين إثر دعوى الطلاق فقد يمنحها القانون للأم كما هو الحال غالبا وقد يمنحها للأب إذ ما توفر ما يبرره دلك في ملف الطلاق، لكن من المعمول به قضاءا أن للزواج الذي يحرم من الحضانة حق الزيارة، وهذا الحق يتمثل عادة في أخد الطفل يوم الجمعة " لأنه يوم عطلة أسبوعية في الجزائر " وفي الأعياد الوطنية والدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا. ومن ثم يطبق حكم المادة 328 من قانون العقوبات في حالة عدم احترام الحكم المتعلق بحق الحضانة والزيارة والهدف من ديك هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بما أو يعتدي عليها بالامتناع عن تسليمه، كما أن الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا، بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيين، يتبين منها في المادة السادسة الفقرة الثانية التي تنص على أن " كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتقاعدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة " والهدف من الزيارة بالنسبة للأب هو إشباع عاطفة الأبوة ومتابعة شؤون تربيته بالشكل الذي يكفل المحافظة عليه.

02. أكان الجريمة: لقيام هذه الجريمة لابد من توافر الركن المادي والمعنوي.

1. الركن المادي: هو الفعل أو الإمتناع الذي بواسطته تتكشف الجريمة ويكتمل جسمها، ولا توجد جريمة بدون كن مادي والذي يتمثل في الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في

[1] – الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الإنفصال، المؤرخة في 21/06/1988 المصادق عليها بالمرسوم (88/144) المؤرخ في 26/06/1988 الجريدة الرسمية، العدد 28/30 لسنة 1988.

الحضانة، وهو وإن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع إلا أنه مع ذلك يكون أهم عنصر لهذه الجريمة ولولاه لما أمكن قيامها، وينبغي أن يحصل الإمتناع بشكل متعمد، واضح ومقصود،وعلم المتهم بوجود حكم يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون وبعد الإستظهار بمحضر الإمتناع وبشهادة الشهود تقبل شهادتهم وإلا فلا يمكن إعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنته وبتالي لا يمكن متابعته ولا تسليط العقاب عليه "[1].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه " بأنه من المقرر قانونا أن يعاقب بالحبس وبغرامة كل شخص يمتنع عن تسليم قاصر لمن له الحق في المطالبة به بموجب حكم قضائي نهائي، كما تبين أن الطاعن الحالي يرفض تمكين الأم من زيارة أبنائها وإستغراق المهلة المعطاة له لأجل ذلك فإن قضاة الموضوع قد إقتنعوا بما فيه الكفاية على قيام الجريمة المتابع بها، ولم يخالفوا أي نص قانوني مما يستوجب رفض الطعن[2].

ومن هنا يتضح أن الركن المادي لهذه الجرعة هو إمتناع المحكوم عليه عن تسليم القاصر لمن له الحق في المطالبة به، ويجب إثبات حالة الإمتناع وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها "تقتضي الجنحة بالضرورة توفر كن أساسي يثبت به قرار الإدانة وهو إمتناع المحكوم عليه عن تسليم قاصر ويتم إثبات ذلك بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ "[3].

أما إذا رفض المحضون تنفيذ الحكم القاضي بالحضانة أو الزيارة دون منع من الحاضن فإنه لا محل لجريمة عدم تسليم قاصر وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 26/04/2006 بقولها "يعد عدم القصور في التسبب إدانة الأب بجريمة

[1] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نضام الأسرة، المرجع السابق، ص 175.

[2] – م. ع. ع. ج، ملف رقم 54930 بتاريخ 14/02/1989،، م ق ع س 02 1995، ص181

[3] – م. ع. ع. ج، ملف رقم 54930 بتاريخ 14/02/1989،، م ق ع س 02، 1995، المرجع السابق، ص 798.

عدم تسليم قاصر من دون مناقشة محضر إشكال في التنفيذ المعاين رفض الأطفال الذهاب مع الأم المحكوم لها بالحضانة[1].

ب) الركن المعنوي:

تقتضي هذه الجريمة توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني با لحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم[2]، أيتوجه إرادة الجاني عن قصد إلى إتيان هذا الفعل مع العلم أن القانون يعاقب عليه. وبالتالي فالقصد الجنائي لهذه الجريمة يتمثل في علم الجاني بصدور حكم قضائي يمنعه من حضانة الطفل وإصراره رغم ذلك على عدم الإمتثال إليه[3].

ومن هنا يمكن القول أنه إذا توافرت كل هذه العناصر المتمثلة في الإمتناع الفعلي عن تنفيذ حق وان الحضانة أو حق الزيارة،وفي توفر وجود حكم قضائي يثبت حق الحضانة أو الزيارة، وفي وجود الطفل تحت سلطة المشكو منه أو المدعى عليه، فإنه يمكن للقاضي تطبيق أحكام نص المادة 328 من ق ع ج مع إبراز عناصر الجريمة وإلا فإن حكمه يكون مشوب بالقصور في التسبب ويمكن إلغاؤه[4].

ثانيا / إجراءات المتابعة والجزاء:

جاء في التعديل المقرر بموجب القانون 23/06 لقانون العقوبات أن المادة 329 مكرر إشترطت لمباشرة الدعوى العمومية وذلك لتطبيق نص المادة 328 المتعلقة بجريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجل حكم، شكوى الضحية حيث جاء فيها "لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناءا على شكوى الضحية

[1] – المحكمة العليا، غرفة الجنح،قرار بتاريخ: 26/04/2006، الملف رقم (323122)،مجلة المحكمة العليا، 2007، ج2، ص 163، نقلا عن: جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 1559.

[2] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص178.

[3] – مكي دردوس، المرجع السابق، ص 151.

[4] – عبد العزيز السعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة والمرجع السابق، ص176

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية " ومن هما يمكن القول على طالب الحضانة أو الضحية أن يفصح عن نيته في متابعة الجاني جزائيا بسبب عدم تسليم قاصر بناءا على شكوى وبتالي فإن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية وهذا ما أكدته المادة 329 مكرر من ق ع ج، كما مكن المشرع لمن له الحق في المطالبة بالمحضون في الإستفادة من إجراءات الإستدعاء المباشر لسرعة المتابعة القضائية ووضع حد لتصرفات المتهم[1]، وهذا ما أكدته المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية "يمكن للمدعي المديني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات التالية: ترك الأسرة، عدم تسليم طفل معدم تسديد النفقة....." وبالتالي على الضحية الحصول على إذن أو ترخيص من النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور لأقرب جلسة ممكنة أمام محكمة الجنح، وبالتاي فإن المشرع راع مصلحة المحضون في تلقي الرعاية من طرف الشخص المخول له قانونا حق الحضانة كما راع مصلحة الضحية من الإستفادة من أحكام الإستدعاء المباشر.

أما الجزاء فقد نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 500 إلى 50000 دج الأب أو الأم، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو حكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة.

[1] – محمد محزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهومة، الجزائر، الطبعة 06، 2011.

المبحث الثاني: الإشكالات العملية لتقدير مصلحة المحضون

إنّ حماية المحضون ورعايته والمحافظة عليه وجب على المشرّع إرساء قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة، وتنظيم حقوقه من خلال نصوص قانونية منظمة للحضانة.

إلا انه على الصعيد العملي لا يخلو موضوع الحضانة من المشاكل، ومن بين هذه المشاكل التي تصادف القضاة هي إشكالية الزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي (المطلب الأول). ولذلك إشكالية المسؤولية على الأفعال المحضون الضارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

يعتبر الزواج المختلط المتمثل على عنصر أجنبي من أهم القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، حيث عند فك الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة، فمن مصلحة الأسرة أن يوجد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، لذلك سعى المشرّع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي تعتري الزواج المختلط هو عقد اتفاقيات الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر في 21 جوان 1988م، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا ينكون بين دولتهم وبين الجزائر اتفاقية، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة من القانون المدني الجزائري وأحكام الاجتهاد القضائي، وهذا ما سنتعرّض له تبعا من خلال الفرعين التاليين:

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

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

تم إبرام اتفاقية ثنائية بين السلطات الفرنسية والجزائرية بتاريخ 21 جوان 1988م تتعلّق بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين قي حالة الانفصال قصد تحقيق أحسن حماية لهم، وذلك لتسهيل عملية التنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى في مسائل الحضانة والأمور المرتبطة بها.[1]

ومن بين الالتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية التي تنص في فقرتها الأولى: "يتعهّد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما.[2]

كما ألزمت الاتفاقية القضاة هند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو المر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من قانون أ. ج، غير أنّ هذه الحكام القضائية عند صدورها في المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها:

– في حالة ما إذا تم إسناد الحضانة إلى الم كونها الأوْلى بحضانة الطفل من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا.[3]

[1] – المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 جوان 1988م، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الناتج عن الزواج المختلط ، الموقعة في الجزائر 21 جوان 1988م، الجريدة الرسمية، ع 30.

[2] – المادة 06 من المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 جوان 1988م، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الناتج عن الزواج المختلط ، الموقعة في الجزائر 21 جوان 1988م، الجريدة الرسمية، ع 30.

[3] – إيمان معمري، مرجع سابق، ص 125.

فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار مفاده: هل يمكن للم الفرنسية ممارسة الحضانة مفاده على النحو المصدر في المادة 62 من قانون أ. ج، وهذا بتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت غير مسلمة وهي تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب.

يتّضح لنا عند تصفحنا لبنود الاتفاقية أنه لا يوجد فيها نصوص للإجابة على هذه الإشكالية، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع اجتماعي أو إلى عدم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري، طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.[1]

بالرغم من معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة إلا انه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة حق الوالدين لحق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه بمكان ممارسة الحضانة أن يقوم هذا الخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري، فإن كل ذلك يبقى مجرّد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو المر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.[2]

إضافة إلى ذلك، الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة الحضانة بعد مرور الفترة الزمنية للمطالبة بها في حالة إذا ما ظهر دافع لمراجعة الحكم، حتى وإن أشارت إلى بعض الحالات التي تمس مصلحة المحضون في المادة 05 من الاتفاقية، فقد جاء فيها ما يلي: "إذا كانت

[1] – د. امحمدي بوزينة آمنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مج 56، ع 02، 2019م، ص 57.

[2] – بن عصمان نسرين، مرجع سابق، ص 160.

هناك ظروف استثنائية تعرّض مصلحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيّف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.

وعليه ظلّت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية والعكس صحيح، إذا تم عرض القضية في فرنسا وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها "من المقرر قانونا انه إذ رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه في فرنسا كونه يقيم هو بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي.[1]

وعليه من كل ما سبق يتبيّن انه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.[2]

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

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع تنازع بين القوانين حول أي القوانين يُطبّقن هل يطبق القانون الأجنبي أم القانون الوطني؟

[1] – القرار رقم 91671 الصادر في 1993/06/23، م ق 1994، ع 1، ص 72، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ص 730.

[2] – بن عصمان نسرين، مرجع سابق، ص 161.

بالنسبة لقانون الجزائري فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدّد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن المر جارٍ على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره[1]، وحول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها، فإنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طرق بين الزوجين من جنسية مختلفة وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبّق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وبالتاي إذا كان الزوج جزائريا يطبّق قانون الأسرة الجزائري.

بل إنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائري فإنه يطبّق القانون الجزائري حسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، ولقد استقرّ القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على انه: "في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وانه من المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة في الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.[2]

باعتبار الحضانة من آثار الطلاق ولم تأت بشأنها قاعدة إسناد صريحة بين القانون الواجب التطبيق، فإنّ القاعدة العامة التي تحكم الطلاق هي التي تطبّق.

[1] – أشوي عمار، تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، عدد خاص، 2015، ص 225.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 9013، بتاريخ 1990/02/09، المجلة القضائية، ع 04، 1991، ص 117.

وعليه في حالة وجود طلاق بين زوجين أحدهما جزائري ولآخر أجنبي ولم تبرم اتفاقية مع دولة هذا الخير فيما يخص الحضانة، ففي هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبّق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق.

وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإن قانون الأسرة الجزائري هو المطبّق مع مراعاة مصلحة المحضون.[1]

المطلب الثاني: المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

الأصل أنّ القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسال عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيرهن وإنّ مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب الإثبات أي أنّ على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل، ولكن لاعتبارات عديدة ورعاية لمصلحة المضرور رأى المشرعون أنّ هناك حالات يستوجب فيها تحقيق مسؤولية الشخص على فعل غيره ومثل هذه الحالات تكون فيها المسؤولية مقترفة، فلا يكلّف المضرور بإثبات خطأ المسؤول عن فعل الغير، لأن مجرّد وقوع الضرر يعتبر دليلا على صدور الخطأ وهذا الغير إما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه اتفاقا أو قضاءً.[2]

وعليه ولدراسة مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون، سنتطرق إلى شروط التي تقوم على أساسها في (الفرع الأول)، ونتطرق إلى الأساس التي تقوم عليه مسؤولية الحاضن في الفرع الثاني.

---

[1] – فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، ج 37ن رقم 02، 1999، ص 116.

[2] – حسين على ذنون ن محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، ط 1، ج 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص 321.

الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن

نهى المشرع الجزائري على مسؤولية متوليه الرقابة في نص المادة 134 من القانون المدني حيث جاء فيها " كل من يجب علي قانونا أو إنفاقا رعاية شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، وترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز[1].

حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يقع على عاتق الحاضن مجموعة من الواجبات، وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا بالإضافة إلى الالتزام بالرعاية، وعلى الحاضن الالتزام برقابة أفعال ابنه المحضون، وتحمّل المسؤولية في حالة قيام المحضون بفعل ضار وذلك بتوافر شروط معيّنة.

أولا: التزام الحاضن برقابة المحضون:

حسب نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري وبتطبيقها على الحاضن فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة، إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه، ويدير شؤونه

[1] – الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ع 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

ويتولى رقابته، وهذا يعني أنّ مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا ‘ذا كان ملتزما برقابة المحضون لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.[1]

والمشرّع الجزائري ذكر حالة الرقابة بين القصّر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 من القانون المدني الجزائري بـ19سنة، لكنه حدّد مدة بقاء المحضون عند حاضنه بـ10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أنّ بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرار لمصلحته مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة.[2]

ثانيا: صدور عمل ضار ممن هو تحت الرقابة (المحضون)

وهو الإخلال بواجب أو إنحراف عن مسلك الشخص العادي، بصرف النظر عن توافر عنصر الإدراك والتميز أو عدم توافره، فقد راعي المشرع أن مسؤولية تولي الرقابة أو الرعاية لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المشمول بالرعاية وإنما يقوم على أساس خطأ متولي الرعاية.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة (134) من قانون المدني بأنه لا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة تتعقد سواء كان الخاضع لرقابته مميزا أو غير مميز مدام أن إنعدام التميز عند الشخص الخاضع للرقابة لا يخول دون مسؤولية المكلف بالرقابة، فإنه العمل الضار الذي يصدر من غير المميز حينئذ يكتفي فيه

[1] – خليل احمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 270.

[2] – إيمان معمري، مرجع سابق، ص 130.

بعنصر التعدي في الخطأ دون عنصر الإدراك أي العنصر المادي دون العنصر المعنوي إنما تصبح المسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة مسؤولية أصلية. [1]

الفرع الثاني: الأساس التي تقوم عليه المسؤولية

لا تقوم مسؤولية الحاضن إلا إذا وقع العمل الضار من المحضون وحسب أحكام المادة 134 ق م ج يفترض لقيام المسؤولية الشخصية لمتولي الحضانة والرقابة على أساس أن الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة وهذا يفيد أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة لكن هذه القرينة هي قرينة بسيطة حيث يستطيع إثبات عكسها.[2]

أولا: الخطأ المفترض في واجب الرقابة

الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو الإخلال لما عليه من واجب الرقابة والمفترض هو عدم قيام الحاضن (متولي الرقابة) بهذا الواجب كما ينبغي من العناية فإذا ارتكب المحضون عملا غير مشروع افترض أن الحاضن قد قصر قي رقابته فمكنه بهذا التقصير ارتكاب هذا العمل ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد فيفترض أيضا ان الحاضن قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته فهيأ له يسوء التربية سبيل العمل غير المشروع.[3]

[1] –سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حمه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014–2015، ص166.

[2]– علي فليلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط2/ موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص122.

[3]– عبد الرزاق أحمد الصنهوري، الوسط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مج2، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص1136.

ثانيا: دفع الحاضن للمسؤولية

جاء في نص المادة 134 من ق.م.ج والتي تنص على أية... يستطيع المكلف بالرقابة أن يتلخص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب كما ينبغي من العناية.

يفهم من نص المادة أن يتولي الرقابة أي الشخص الحاضن أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه بطريقتين، إثبات أداء واجب الرقابة وكذلك نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة.

1-اثبات أداء واجب الرقابة: بمعنى أن المكلف بالرقابة يجب كي يتخلص من المسؤولية متى أقام الدليل، على أنه قام الواجب الرقابة كما يستغني ومنه أثبت أنه اتخذ جميع الاحتياطات لمنع ارتكاب الصغير المحضون أو الشخص الموضوع تحت رقابته بسبب آخر غي الصغير المحضون الفعل الضار الذي وقع بالفعل.

ومما يتعارض مع اتخاذ الاحتياطات المتعلقة بغياب الأبوين وترك ولدهما وحيدا أو أن يتسمحا له في ممارسة ألعاب خطيرة او أب يتركاب يقوده دراجة او سيارة من قبل اتقان القيادة. [1]

وبما أن القيام بواجب الرقابة يشتمل إحسان التربية وخاصة إذا كان متولي الرقابة أبا او اما ويتبنى على ذلك أن لا يكفي أن يثبت الأب القيام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة فلا يزل ولده قائما في جانبه ولا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية بل الأب هو الذي يثبت انه لم يسئ تربية ولده[2].

[1]- سناء عماري، مرجع سابق، ص172.

[2]- علي فليلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط2/ موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص122.

2-نفي العلاقة السببية:

ليس الخطأ في جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض، بل نفترض معه العلاقة السببية بين الخطا والعمل عير المشروع الذي صدر ممن هو تحت الرقابة، فإذا لم نفترض علاقة السببية لكان افتراضا عبثا لا يجدي[1] ، ويلاحظ أن قرينة الخطأ لا يحتج بها المضرور إلا في علاقته بمتولي الرقابة، ولذا لا يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة .

3- نفي الخطأ المفترض

إن لم يستطع الحاضن نفي الخطأ تقوم المسؤولية عليه، لأنهما أوجدت حماية لضحية على حساب الحاضن وتقوم بمجرد إثبات الضحية لضرر الذي أصابها، فيحق للمضرور طلب التعويض من الحاضن، فلا يتصور رجوع المضرور على غير المميز بما وقع[2].

إذا رجع المضرور على من ارتكب الخطأ ضد المحضون واستوفي منه التعويض فليس أن يرجع على الحاضن، وإذا أدى الحاضن التعويض فيجوز له الرجوع بما أداه على المحضون.

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص198

[2]- المرجع نفسه، ص187

خاتمة

خاتمة:

إن الحضانة من المواضيع الحساسة والمعقدة والمتشعبة: كونها تتعلق بمصير الطفل فهو بمثابة صورة هشة وضحية في نفس الوقت سبب انفصال الزوجين، لهذا حرص المشرّع الجزائري على توفير حماية للمحضون والعمل على تحقيق مصلحته ساعيا في ذلك غلى تحقيق ما هو أفضل للطفل، ومن المؤسف أنّ قضايا الطلاق هي الأكثر تداولا على مستوى القضاء، ومنها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها تابعة لدعاوى الطلاق، فحماية الطفل المحضون عند طلاق أبويه في نفس الوقت حماية ملازمة لقضية الطلاق ومستقلة عنها لأن جميع وسائل هذه الحماية تصدر بمناسبة النظر في هذه القضية والفصل فيها، والمشرّع الجزائري خوّل للقاضي كامل الصلاحية في الفصل في المسائل النّي بدورها تضمن حماية الأطفال وتحقق استقرارهم من خلال:

1/ وضع المحضون عند من يحق لها الرعاية والعناية والقدرة على تربيته والقيام بشؤونه، فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط والتأكد من توافرها للقاضي، وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد عبّر ضمنيا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

2/ وضع المحضون عند الحاضن الذي يثبت بالبداية انه الأسبق على ممارسة الحضانة بكونه أهلا للقيام بها، وبالتالي مسألة الحق بالحضانة أمر موضوعي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

3/ حضانة الطفل المحضون عند الاقتضاء رأي مصلحة المحضون) وبالتالي سلطة القاضي تقديرية غير مطلقة بل إنها مقيّدة بشروط قانونية.

4/ إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة سواء اختلال أحد الشروط أو الإخلال بواجبات عليه، وتسليم المحضون إلى من طلبه إذا كان أهلا لذلك.

5/ وضع آليات الرقابة مدى التزام الحاضن بمضمون وأهداف الحضانة.

6/ وضع حلول كفيلة لحل المشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط وضع نصوص قانونية مدرجة ضمن تشريع الأسرة.

7/ إلزامية القاضي قبل الفصل في المسائل الخاصة بالأطفال الاستعانة بخبراء نفسانيين واجتماعيين، ووضع تقرير عن كل حالة (خبرة).

نظرا لأهمية الحضانة وآثارها وحماية المحضون تدخّل المشرّع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر 02/05 الذي أقرّ ضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون، فاشتمل هذا التعديل على ما يلي:

– التأكيد على أنّ عمل المرأة لا يمكن ان يشكّل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، وذلك تماشيا مع تطوّر المجتمع وحماية لحق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل.

وعملا بمبدأ حماية المحضون من القضايا الناتجة عن فك الرابطة الزوجية والمنتشرة بقوة على مستوى المحاكم والمجالس والتي منها جريمة الامتناع عن تسليم المحضون وجريمة إبعاد القاصر داخل الأسرة من الأب أو الم، ولاسيما بعد إسناد الحضانة، وتزداد هذه الظاهرة حدّة في حالة الزواج المختلط الجنسية وتهريب الأطفال الجزائريين إلى الخارج، والتي تصطدم بعقبات دبلوماسية واجهتها الجزائر عن طريق إبرام اتفاقيات ثنائية والتي تم بموجبها فتح إنابات قضائية ما بين الدول المتعاقدة في شأن مسألة التنقل بالمحضونين، عير أنّ طرح الحضانة مازالت تطرح إشكالات على المستوى الدولي مع الدول الأخرى لعدم وجود اتفاقيات في هذا الشأن.

– مدلول مصلحة المحضون لا تستطيع أن تقيدها بمعايير أو شروط معينة تؤدي إلى تجميد معناها بما لا يخدم مصلحة الطفل (المحضون) ولهذا نرى أن المشرع حسن ما فعل لما ترك

عبارة أو مدلول عبارة مصلحة المحضون دون ضابط معين حتى يترك المجال واسعا لإجتهاد القاضي في تقديرها حسب ظروف كل حالة.

يمكن القول بأن القاضي له دور فعّال ورئيسي في مسألة الحضانة من خلال التكامل ما بين ما سَنَّه المشرّع من جهة وسعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق من جهة أخرى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- النصوص القانونية:

أ- القوانين:

- القانون 84-11 المؤرخ في 04 ماي 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.
- القانون رقم 11/82، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، ع 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

ب- الأوامر

- الأمر 03/06 المتعلق بقانون العقوبات، والمؤرخ في 20غشت 2014، دار الهومة،.2011.
- الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ع 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

ج- المراسيم

- المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 جوان 1988م، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الناتج عن الزواج المختلط ، الموقعة في الجزائر 21 جوان 1988م، الجريدة الرسمية، ع 30.

- المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 جوان 1988م، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الناتج عن الزواج المختلط ، الموقعة في الجزائر 21 جوان 1988م، الجريدة الرسمية، ع 30.

د- المجلات

- المجلة العليا، 2001، عدد خاص
- المجلة القضائية 1989، ع01
- المجلة القضائية 1990، ع 03.
- المجلة القضائية: العدد 02، 1995
- المجلة القضائية، ، ع2
- المجلة القضائية، 1989، ع 1

- المجلة القضائية، 1989، ع 1
- المجلة القضائية، 1990، ع 4.
- المجلة القضائية، 1992، ع 1
- المجلة القضائية، 1992، ع 1، ص 45.
- المجلة القضائية، 1994، ع 1
- المجلة القضائية، 1994، ع 1
- المجلة القضائية، 1995، العدد 02
- المجلة القضائية، 2000، ع1
- المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
- المجلة القضائية، 2006، ع 1
- المجلة القضائية، العدد 01 سنة 1997.
- المجلة القضائية، العدد 02 سنة 2001
- المجلة القضائية، العدد 1، 2004.
- المجلة القضائية، العدد، 02 1995
- المجلة القضائية، ع 02، 2001
- المجلة القضائية، ع 04، 1991.
- المجلة القضائية، ع 1، 1992
- المجلة القضائية، ع 1، 1993.
- المجلة القضائية، عدد 1، 2014.
- المجلة القضائية، عدد59، 2006.
- المجلة القضائية،1975، ع5.
- المجلة القضائية،1994، ع1
- المجلة القضائية،عدد 1 ، 1993
- المجلة المحكمة العليا، 2007، ج2
- المجلة المحكمة العليا، 2008، ع 1.
- المجلة المحكمة العليا، 2012، ع 1.

- المجلة المحكمة العليا، سنة 2006، ع 1.
- المجلة المحكمة العليا، ع1، 2006
- المجلة قضائية 1989.

و- الإتفاقيات:

- الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الإنفصال، المؤرخة في 21/06/1988 المصادق عليها بالمرسوم (88/144) المؤرخ في 26/06/1988 الجريدة الرسمية، العدد 28/30 لسنة 1988.

ثانيا- الكتب:

- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003.
- أحسن بوسفيعة، القانون الجزائي الخاص والجرائم ضد الأشخاص، دار هومه، 2006 ، ج1، ط 4.
- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية ومقارنة)، دار الجامعة، الإسكندرية، 2010.
- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج 2، (د. ط)، دار الفكر للنشر والتوزيع، لبنان، بيروت.
- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين مذاهب السنة الأربعة الجعفري والقانون الزواج والطلاق، ج 1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.
- بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة 20.
- بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، ط 1، ج 1، 2005.
- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،، كليك للنشر، طبعة 2011، ج1.
- جمال سايس، الاجتهاد القضائي، مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط1، ج2، الجزائر، 2013.

- جمال السايس، الاجتهاد القضائي، مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط1، ج3، الجزائر، 2013.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، قرارات المحكمة العليا، مسرد القباني للكلمات الدالة، ط 1، منشورات دليلك، المحمدية، الجزائر، 2013.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، قرارات المحكمة العليا، مسرد القباني للكلمات الدالة، ط 1، منشورات دليلك، المحمدية، الجزائر، 2013
- جمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2003
- حسن أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998.
- الحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط 2، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2006.
- حسين على ذنون ن محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، ط 1، ج 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002.
- خليل احمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، 2012.
- رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر، المكتبة القانونية، ط 1، 2011.
- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006.
- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، 1993.

- سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، ج 4، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969.
- عبد الرزاق أحمد الصنهوري، الوسط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مج2، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000
- عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه، الجزائر 2016.
- عبد العزيز سعد، الجرائم اعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة، الجزائر، 2005.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2011.
- عبد الفتاح تقيه، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تاله، الجزائر، 1999.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 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.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، 1428هـ/2007.
- عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (التحري والتحقيق)، دار هومة الجزائر، ط 2،2012.
- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وآثارها وتنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
- عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2017.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة (الزواج، الطلاق)، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ط 3، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، 1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر: 2007.
- علي فليلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط2/ موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر،2008، بدون ط.
- قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005
- محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص، دار هومه، الجزائر، 2004، بدون ط.
- محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار هومه، الجزائر، 2011، ط 6
- محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة القوانين، الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008
- محمد. صبحي قانون العقوبات الجزائية، (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003
- مكي دردوس، القانون الجزائي الخاص في التشريع الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة،2005
- نورة منصوري، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 2، 1975.

ثالثا- المذكرات:

- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.
- بوتريبات عائشة، بوجمعة نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2014.
- بوحاتم آسية، الحقوق المالية المطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007.
- تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018- 2019.
- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.
- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حمه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.
- طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
- عائدة البرماني غربال، مصلحة الطفل من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006.
- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2013.
- معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014- 2015

- ياسر يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009.
- حميدو زكية,مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,دكتوراه في القانون الخاص,كلية الحقوق,جامعة أبى بكر بلقايد تلمسان,2005,

رابعا- المجلات

- أشوي عمار، تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، عدد خاص، 2015.
- امحمدي بوزينة آمنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مج 56، ع 02، 2019م.
- بن قوية سامية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، 2010.
- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، ج 37ن رقم 02، 1999.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

كلمة شكر

اهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الفصل الأول: ماهية الحضانة ومصلحة المحضون في التشريع الجزائري..... 7

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري 8

المطلب الأول: تعريف الحضانة..... 8

الفرع الأول: تعريف الحضانة..... 8

الفرع الثاني: خصائص الحضانة.....11

الفرع الثالث: مدة ممارسة الحضانة وشروط استحقاقها 15

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة وحالات سقوطها والآثار المترتبة عنها 24

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة.....25

الفرع الثاني: حالات سقوط الحضانة: 28

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الحضانة.....34

المبحث الثاني: مفهوم قاعدة مصلحة المحضون في التشريع الجزائري.....45

المطلب الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون.....45

الفرع الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون.....45

الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون.....47

المطلب الثاني: معايير تقدير مصلحة المحضون.....48

الفرع الأول: المعيار المعنوي 49

الفرع الثاني: المعيار المادي.....50

الفرع الثالث: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته.....51

الفصل الثاني: الآليات القضائية لتقدير مصلحة المحضون.....53
المبحث الأول: ضوابط تقدير مصلحة المحضون.....54
المطلب الأول: الآليات الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون.....54
الفرع الأول: الاستماع إلى أفراد عائلته.....55
الفرع الثاني: الخبرة.....58
الفرع الثالث: المعاينة.....60
المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمحضون.....61
الفرع الأول: جريمة عدم تسليم الطفل لمن له الحق فيه قانونا: 61
الفرع الثاني: إبعاد قاصر من حاضنته.....67
الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة.....71
الفرع الرابع: عدم تسليم قاصر قضي بشأن حضانته. 80
المبحث الثاني: الإشكالات العملية لتقدير مصلحة المحضون.....86
المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط.....86
الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر.....87
الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر 89
المطلب الثاني: المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.....91
الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن 92
الفرع الثاني: الأساس التي تقوم عليه المسؤولية.....94
خاتمة.....98
قائمة المصادر والمراجع.....102
فهرس الموضوعات.....111