جامعة آكلي محند أولحاج –البويرة

كلية الحقوق والعلوم الإنسانية

قسم القانون الخاص

أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الممارسة القضائية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالبة

- قبايلي كريمة

تحت إشراف الدكتورة:

عيساوي فاطمة

لجنة المناقشة

د. ربيع زهية	أستاذ: محاضر	جامعة البويرة	**رئيسا**
د. عيساوي فاطمة	أستاذ: محاضر أ	جامعة البويرة	**مشرفا ومقررا**
د. غضبان نبيلة	أستاذ: محاضر	جامعة البويرة	**مناقشا وومتحنا**

تاريخ المناقشة 2024/07/06

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـر و عرفــان

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه المذكرة

أتوجه بالشكر و التقدير الخالص إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إيصالي

إلى هذه المرحلة العلمية.

كما أخص بالشكر الأستاذة عيساوي فاطمة التي ساهمت بشكل كبير في إنجاز هذا العمل فلم تبخل

علي بالمعلومات و النصائح و الإرشادات العلمية البناءة من أجل انجاز هذه المذكرة.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة، على قبولهم ومناقشتهم لهذه المذكرة.

كريمة

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى من أعطى لي اسم في هذه الدنيا ، إلى أعز و أغلى من افتقدته، وترك لي فراغا شاسعا ابي رحمة الله عليه، أسأل الله عز وجل أن يسكنه جنات الفردوس الأعلى.

إلى من الجنة تحت أقدامها أمي الحنونة حفظها الله ورعاها.

إلى ألفتي و بهجتي و سروري بناتي "سرين و إيمان" حفظهما الله من كل سوء و أتمنى لهما النجاح في حياتهما وإلى زوجي شريك حياتي وقرة عيني.

إلى الأستاذة " عيساوي فاطمة " التي ساهمت بشكل كبير في انجاز هذا العمل ، فلم تبخل علي بالمعلومات و النصائح والارشادات العلمية البناءة من اجل اعداد هذه المذكرة.

كما اتوجه بالشكر الجزيل الى لجنة المناقشة ، على قبولهم ومناقشتهم لهذه المذكرة.

كريمة

قائمة المختصرات:

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق. أ. م: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ج. ر: الجريدة الرسمية.

م. ج: مجلد.

ج: جزء.

ب. د. ط: بدون طبعة.

مقدمة

مقدمـــــــــــة:

من اهدف الزواج ، تحقيق الراحة والطمأنينة بين الزوجين ، وهي الخاصية التي تلازم عقد الزواج.

لقوله تعالى: «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون»[1].

فالأسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع فاذا صلح افرادها صلح المجتمع، ومنه يعد البيت الركيزة الاساسية للتربية و المؤثر الأول في الطفل ، باعتباره ينشا وينمو في ظله في اول مراحل عمره ، فالطفل يتأثر بما يحيط به من اجواء في الاسرة أو خارجها ، فهو يولد صفحة بيضاء لقول النبي ص: كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه.

لذلك يجب تربية هذا الطفل تربية حسنة لأنه يعد رجل المستقبل وعلى والديه توجيهه ونصحه و ارشاده حتى يجعلان منه رجلا تفتخر به الأمة ، لذلك فان حفاظ الوالدين على تمسك الاسرة له الاثر الفعال في سلوك ابنائهم و توافقهم النفسي والعقلي .

لكن في كثير من الحالات تحدث مشاكل بين الزوجين تؤدي الى التنافر بين الزوجين،فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج ، وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة ولا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق على أنواعه طلاق بإرادة الزوج ، أو بالتطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي مع أنه ابغض الحلال عند الله وذلك لظروف قاهرة أو ظروف استثنائية ملحة والتي تجعله دواء وعلاج للتخلص من شقاء محتم الذي قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعا .

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسالة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم وكيف نحافظ عليهم ؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة و يعظم قدرها.

[1]– سورة الروم ، الآية 21.

فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والانفاق عليهم وادارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا اشدهم، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع .

وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الطفل وحمايته ، و تطور الأمر إلى ابرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض ، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الاجراءات التي تتعلق بالطفل ، ونحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانة هي من أهم الأولويات لتي يجب أخذها بمحمل الجد .

إذ لا يحق أن نحمل الأطفال تبعات النزاع الحاصل بين والديهما والذي لا ذنب لهم فيهلكن لو تم الانفصال بين الزوجين فمن سيكفل الأطفال بعد فك الرابطة الزوجية ؟ و ماهي معايير التميز في اسناد الحضانة لطرف دون الآخر .

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل أنه حتى عند اللجوء الى القضاء تثار اشكالات تمس بمصلحة الطفل ، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه .

فالحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

هذا الحق اقرته الشريعة الاسلامية واحاطته بمجموعة من الضمانات حماية للصغير ، كما ان المشرع الجزائري خصص لها المواد من 62 الى 72 من قانون الاسرة الجزائري مقرا بها حق الطفل في الحضانة .

ومن أسباب اختيارنا للموضوع انتشار حالات الطلاق دون مراعاة مصلحة الابناء لذا وجب على أهلهم الحرص على تربيتهم وتعليمهم ليصلح المجتمع ، وجعل مصلحتهم في اولى اهتمامات الواقع العملي .

والهدف من الدراسة هو ابراز حق الطفل المحضون ، وبيان من هم اولى بحضانته مهما كان الطرف الذي منحه القاضي الحق في الحضانة ، والاشكال المطروح : إلى أي مدى تم تكريس حق الطفل في الحضانة في التشريع والقضاء الجزائريين؟

وللإجابة على هذه الاشكالية اتبعنا المنهج التحليلي لتحليل بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية من أجل الوصول إلى النتائج، كما استعننا بالمنهج الوصفي في وضع التعريفات ووصف بعض الحالات أحيانا .

و قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين .

بحيث تناولنا في الفصل الأول ماهية الحضانة .

أما الفصل الثاني فخصصناه الى التكريس القضائي لحق الطفل في الحضانة .

الفصل الأول:
ماهية الحضانة

من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هي الحق في الرعاية والتربية ، وهذا ما اصطلح عليه بالحضانة في قانون الاسرة فهي من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الرابطة الزوجية .

لذا كانت الشريعة الاسلامية السباقة إلى وضع الأحكام الشرعية لحماية الأطفال نتيجة هذا الانفصال حيث أنهم أول ضحايا مفتقدين إلى من يرعاهم ويسير شؤونهم في أول مرحلة من حياتهم ، والتي تتسم بالعجز والضعف عن القيام بهذه الشؤون لوحدهم ، وقد اتخذ الفقهاء تلك الاحكام الشرعية لوضع نصوص تشريعية تثبت حقهم في الحضانة والرعاية .

وحرصا على حماية الابناء نظم المشرع الجزائري موضوع الحضانة ابتداءا من تحديد مفهومها الى من له الحق فيها وأسباب سقوطها والى الحق في الزيارة والسكن .

وهذا ما سنتناوله في المبحثين التاليين ، حيث نتناول في المبحث الأول مفهوم الحضانة ، و في المبحث الثاني آثار الحضانة .

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

الحضانة هي القيام بعناية الطفل وحمايته من أجل المحافظة عليه من الانحراف والانحلال الخلقي حتى يكون فردا صالحا في المجتمع ، لذا يجب أن يوضع الطفل عند من هو مؤهل لحمايته ، وكذا من له الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية و القانون.[1]

و لتحديد مفهوم الحضانة قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى اربعة مطالب بحيث تناولنا في المطلب الأول تعريف الحضانة وحكمها الشرعي وفي المطلب الثاني خصائص الحضانة وفي المطلب الثالث شروط الحضانة وفي المطلب الرابع اصحاب الحق في الحضانة و أولويتهم .

المطلب الأول

تعريف الحضانة وحكمها الشرعي

الحضانة بفتح الحاء–هي ضم الشيء الى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أي عمقه ونقول حضن الطائر بيضه إذا جلس اليها وغطاها بجناحيه، وعند الانسان يطلق على عملية الحنان حيث تضم الأم ابنها إلى صدرها و هي تعانقه وتلتصق به فتعطى هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه [2].

[1]–بوغرارة صالح ،حقوق الاولاد في النسب و الحضانة ، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2007،2006،ص65.

[2]–نقلا عن سعد فضيل ، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، الجزء الاول ، المؤسسة الوطنية للكتاب و الطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ، 1986، ص369.

ونجد أيضا أن الطفل عندما يكون صغيرا يحتاج إلى من يرعاه ويحافظ عليه ويقوم بتربيته وتدبير أموره ، لذا قسمنا هذا المطلب الى فرعين حيث تناولنا في الفرع الأول تعريف الحضانة فقها و قانونا و في الفرع الثاني تناولنا فيه حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها .

الفرع الأول: تعريف الحضانة فقها وقانونا

أولا- تعريف الحضانة في الفقه الاسلامي.

عرف الفقهاء الحضانة بانها عبارة عن القيام بحفظ الصغير[1] أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره و تربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياته[2] .

فالولد منذ أن يولد يحتاج إلى من يعتني به ، ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه ، غير مدرك لما يضره أو ينفعه، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة ، ووزع الاعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الاولى فقد جعلها للأم ، و أما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للاب.

وقد عرف الامام مالك الحضانة بأنها تربية الولد ، وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء.

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بانها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره، ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان: نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع ، وقدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد .

1-د ، فضيل سعد ، شرح قانون الاسرة الجزائري ،-الزواج و الطلاق ، ص369 --

2- الامام مالك ،- المدونة الكبرى ، دار صادر ، الجزء الثاني ،ص .358.

أما الحنابلة فقد عرفوا الحضانة بأنها حفظ الولد في نفسه وتأمين طعامه ولباسه، ومضجعه وتنظيف جسده .

أما الأحناف فقد عرفوها بانها تربية الأم أو غيرها للطفل الصغير .

أما الشيخ ابو زهرة[1] فيرى انه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : الأولى ولاية التربية ، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله أن كان له مال :

أما الولاية الاولى فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما تسمى بالحضانة ، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا و هي حق للام ثم محارمه من النساء ، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته ، فلا بمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة .

ويرى الاستاذ صالح جمعة[2] ان الولاية على النفس هي القيام والاشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه ، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

أولها: ولاية الحفظ والرعاية وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز ، وهي ما تسمى بالحضانة .

-ثانيها: ولاية التربية و لتأديب والتهذيب ، وتبدأ بعد بلوغه سن التمييز ، واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل ، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة .

. 1- محمد ابو زهرة ،الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، ص474

2-صالح جمعة حسن الجبوري ، ، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية و القانون ، طبعة 1976،

–ثالثها : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي اناطها الشارع اليه في تزويج من في ولايته .

ثانيا: تعريف الحضانة في التشريع الجزائري

عرّفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون اهلا للقيام بذلك .

نلاحظ ان المشرع الجزائري من خلال التعريف قد بين اهداف الحضانة ، كما بين كل ما يحتاج اليه المحضون من رعاية صحية، و خلقية وتربوية ، لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية سواءا عن طريق الطلاق أو الخلع أو التطليق، وتفصل في الحضانة ، أن تراعي كل هذه العناصر التي ذكرها قانون الاسرة الجزائري ، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب ان تتوفر له طيلة مدة الحضانة .

بالإضافة الى ذلك نجد أن المشرع الجزائري تطرق في الفقرة الثانية من هذه المادة إلى أن الحاضن يجب ان يتوفر فيه شرط الأهلية، وهو الشرط الوحيد الذي ذكره قانون الاسرة الجزائري مما يقتضي علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية لمعرفة الشروط الأخرى .

ويرى الاستاذ عبد العزيز سعد[1] ان التعريف الوارد في نص المادة 62 من ق ا ج يعتبر احسن تعريف على الرغم من احتوائه على اهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على افكار لم يشملها غيره من القوانين، حيث انه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

ومما تقدم فان أهداف الحضانة تتمثل فيما يلي :

[1]–عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة ، دار البحث ، قسنطينة ،ص 293.

أولا :تعليم الطفل ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس ، وما دام التعليم اجباريا ومجانيا فلكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية ، واستعداده الفطري والنفسي .

ثانيا: تربية الولد على دين ابيه يجب

يجب ان يربى الولد على مبادئ وقيم الين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا ، فان القاضي يمنح الحق في الحضانة للام غير المسلمة ، ولا ينكره عليها ابدا فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل .

ثالثا: السهر على حماية المحضون

اذا كانت الحضانة رعاية وحماية ، فلابد ان تتخذ هذه الحماية كل اشكالها ، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي الى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك ان يترك للطفل الحبل على الغارب، وأن لا يؤدب كلما استدعت الحاجة ، ثم أن الحماية لا تكون من الغير فقط ، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه .

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية

ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه و اعداده لان يكون فردا صالحا وأن لا يترك عرضة للشارع و رفقاء السوء .

خامسا : حماية المحضون صحيا :

يجب ان يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة ، خاصة السنوات الاولى من حياته ، و ذلك بان يتلقى كل التلقيحات الأزمة والدورية ، وأن يعرض على الطبيب كلما استدعت الحاجة الى ذلك[1] .

الفرع الثاني :حكم الحضانة وأدلتها الشرعية

أولا: حكم الحضانة

الحضانة واجبة على الحاضن لان المحضون يهلك بتركها ، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاؤه من المهالك.

واعتبرت الحضانة واجبة ، كون الصغير يولد وهو أحوج ما يكون الى من يقوم بشؤونه ، و يسهر على تربيته ويعتني به ذلك لعجزه ، عن القيام بما يحتاج اليه في حياته الأولى ، فالوالدان بدافع الحنان الأبوي والشفقة الطبيعية هما اجدر الناس بالقيام بهذه المهمة ، لذلك وزع الشرع عليهما اعباء هذه المهمة ، فوكل إلى الأم تربية طفلها ورعاية متطلباته ، ووكل الى الاب التصرف في نفس الولد وماله .

ثانيا :ادلة مشروعيتها

الأدلة على مشروعية الحضانة من الكتاب و السنة .

أولا : من الكتاب:

قوله تعالى " ﴿ ۞ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن

[1]–حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الاسرة رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر ، 2001 ، ص28–29.

تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾"[1]

في تفسير هذه الآية يقول ابن العربي –رحمه الله –قال علماؤنا : الحضانة بدليل هذه الآية للأم و النفقة للام ، لأن الحضانة مع الرضاع [2]

وكذلك قال الجصاص – رحمه الله : في هذه الآية دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد صغيرا ، وان استغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج الى الحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع هي كقبله .و قوله تعالى: ﴿ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾"[3]

يتبين من خلال الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى أثبت أن التربية للأبوين حال صغر الأولاد

ثانيا: من السنة

ما رواه عمر بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو العاص أن امرأة جاءت إلى النبي "صلى الله عليه وسلم" فقالت : {يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، و ثديي له سقاءا، وحجري له حواء، و أن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها الرسول "ص" :"أنتِ أحق به ما لم تنكحي} "[4]

الصحابة رضي الله عنهم ، قالوا أن أول من يستحق الحضانة هي الأم .

1–سورة البقرة ، الآية 233

[2] –ابن العربي هو محمد بن بن عبد الله بن محمد المعافري، المشهور بالقاضي ابو بكر الاشبيلي المالكي ، ولد في اشبيليا سنة 468هـ، و مات في فاس في ربيع الثاني سنة 543 هـ.

[3] – سورة الاسراء ، الآية 24.

[4]–رواه احمد و ابو داوود و صححه الحاكم ، وحسنه الالباني .

ونجد ما رواه بن السعيد بن المسيب، وابن شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ان عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد ان يأخذه ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال: ريحها وحرها و فراشها خير له منك حتى يشب ، ويختار لنفسه .

المطلب الثاني

خصائص الحضانة

تقتضي مصلحة المحضون من مستحقيها حفظ و تربية الولد في ذاته و طعامه وشرابه وكسائه وسكنه ودفع ما يضره، وبالتالي لا يجوز الإخلال بحق الحضانة ولا بما يتعلق بها في جانب المحضون لأنه عاجز عن رعاية نفسه .

فالهدف من الحضانة هو نفع الولد ، اذا كانت الحضانة واجبة فهي من النظام العام لأنه بتحقيق نفع الولد و تربيته تربية صحيحة فهذا يحقق مصلحته و مصلحة مجتمعه(الفرع الأول)، كما انه بالنظر الى الحق في الحضانة فنجدها حقا مشتركا (الفرع الثاني) ، وبما انها حق مشترك فهل هذا يعني ان الحاضن يحق له ان يمارسها بمقابل مالي (الفرع الثالث) ، كما سنبين تجزئة هذا الحق في حالة تعدد المحضونين بمعنى هل يستطيع اخذ بعضهم دون الاخر ؟ (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

ان في ترك الحضانة تضييع للطفل وهلاك له لذا فهي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الانسانية و الفطرة .

فالحضانة واجبة لان المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاؤه من الهلاك[1]

واعتبرت الحضانة لازمة كون أن الصغير يولد عاجزا عن تولي شؤون نفسه ، فيكون بأمس الحاجة الى من برعاه ويحافظ عليه ، ويقوم بتربيته ويتكفل به، وعليه من الضروري أن يجد من يقوم بذلك، فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فانه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة الذي يؤهله لان يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته التي نشا فيها ، وطريقة الحياة هذه يعبر عنها في علم الاجتماع أو الأنثروبولوجيا الاجتماعية بالثقافة[2].

اذ تعتبر الحضانة من النظام العام، وليس للأبوين تغيير أو تحريف قواعدها ، فاذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن الحضانة لأي سبب ، فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت اهلا لممارستها، و قد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيها الشروط كاملة، ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها إذ أن ذلك لمصلحة المحضون[3].

والحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي ، وحتى لا ينشا في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله ، وكذلك حتى لا يختل التوازن في الجانب القيمي والاجتماعي للطفل وذلك في غياب من يرعاه ويوجهه ويربيه في اهم مرحلة في حياته والتي يكتسب فيها المبادئ الاخلاقية والسلوكية التي بكون مقبولا بها في

---

[1]–عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق ، في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري حسب اخر تعديل له ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية ، الجزائر 2007 ، ص350 .

1–سامية بن قوية ، اثار الحضانة في الشريعة الاسلامية و قانون الاسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و االسياسية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، العدد الاول ، 2010 ص.141

2–عزيزة حسيني ، الحضانة في قانون الاسرة ، قضاء الاحوال الشخصية و الفقه الاسلامي ، رسالة لنيل شهدة الماجستير ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم القانونية بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2001 ص44.

مجتمعه ، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط الا بعذر شرعي ، لأنها ولاية شرعية مقدرة ، يحكم بها القاضي على وجه الالزام ، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي.

الفرع الثاني : الحضانة حق مشترك

تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين، هما كون الحضانة حقا وكونها في نفس الوقت واجبا، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة اخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا فاذا وقع الطلاق بين الزوجين، فينتج مباشرة حق الام في طلب الحكم لها بحضانة ابنائها الصغار لقوله ص أنت أحق به ما لم تنكحي .

ومن جهة اخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه و يقوم بشؤونه في هذه المرحلة الأولى من حياته لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه.

فاذا لم يحدد القاضي الام الحاضنة أو امتنعت عن امساكه فان حقها يسقط بتنازلها عنه ، ولكن حق الصغير منها لا يسقط فاذا لم يوجد غيرها فإنها تجبر على الحضانة ، لكي لا يضيع حقه في التربية و الرعاية ، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير ولئن اسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على اسقاط حقه أبدا[1]، و منه فإنها تجبر على حضانته إن كانت أصلح للطفل و لم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها .

يتبين من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 من ق ا ج فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن جانب آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون ، فاعتبرها بذلك حقا لهذا الاخير .[2]

و يترتب على كون الحضانة حق للصغير ما يلي:

[1]–حسين طاهري ،الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ،2009،ص.153

2–.عزيزة حسيني ، المرجع السابق ، ص47.

-لا يجوز لامه التي تستحق حضانته ان تصالح اباه على اسقاط حقها في حضانتها له في مقابل بدل ان تأخذه منه ، لأنه بفعل ذلك تفوت حق الصغير و هي لا تملك اسقاط حقه ، فلو فعلت ذلك لا يصح الصلح ، ولا تستحق البدل الذي اصطلحت عليه .

- لو خالعت امه اباه على ان تترك حقها في حضانة الصغير مدة الحضانة فان الخلع يصح ولكن يبطل البدل لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك .

- إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الصغير ولم تستكمل شروط الحضانة في غيرها فانه لا يجوز لها ان تمتنع عن حضانته وإن امتنعت أجبرت على ذلك، محافظة على مصلحة المحضون الصغير .

ويترتب على أن الحضانة حق للحاضنة ما يلي :

- لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فإنه يجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحضانة حتى لا يفوت عليها حقها في حضانته.

- ليس للاب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة ، لأن في ذلك تفويت لق الحاضنة .

-لا يجوز لاب الصغير ان ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته ، لأنه أن فعل ذلك فقد ضيع عليها حقها ، وعليه فان للصغير حق في الحضانة ، وذلك حتى لا يضيع ويهلك ، كما انها حق للحاضنة إذا كانت أما وهذا حتى لا تحرم من صغيرها الذي حملته وهنا ووضعته كرها ، فهي احق بحضانته وتعهده ، كما أنها حق للمحضون له سواءا كان أبا أو غيره وهذا حتى يطمئن على صغيره، ويضمن له تربية سليمة .

الفرع الثالث : الحضانة بمقابل مالي

بما أن الحضانة حق ، فيخول لصاحبه ممارسته سواءا بأجر أو تبرعا ، و في هذا اختلاف في الآراء بين قائل بوجوب الاجر ، و بين معارض لذلك .

أولا: أجرة الحضانة

أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير، وهو له شيه بالنفقة وشبه بالأجرة فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال الصغير ان كان له مال ، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال وله شبه بالأجرة لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته[1]

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في القول بأجرة الحضانة من عدمها فالمالكية قالوا بانه ليس للحاضنة اجرة على حضانتها سوآءا كانت أما أم غير، وبغض النظر عن حالتها المادية ان كانت موسرة او معسرة ، فان كانت فقيرة ولولدها المحضون مال انفق عليها منه لكونها فقيرة و ليس لكونها تمارس حضانته، وللمحضون على ابيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء و الغطاء ، والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد .[2]

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة ان لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين الوالد ، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق اجرة الحضانة اذا كانت معتدة من طلاق بائن ، وتستحق النفقة من اب الطفل ذلك لأن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي

[1]– عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الاحوال الشخصية ،الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ،المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية 2005،ص194

[2]–باديس ديابي ، اثار فك الرابطة الزوجية تعويض،–نفقة ، عدة ، حضانة ، متاع .دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، الجزائر ،2008،ص86.

كأجرة الرضاع للام مؤونة ونفقة ، لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1]

و قوله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ[2].

وبما ان النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية او لوجودها في العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وأن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء فان باقي الحاضنات يأخذن اجرة الحضانة.

أما الشافعية فان الحاضنة عندهم تستحق الأجرة سوآءا كانت أما أو غير أم ، وهي غير اجرة الرضاعة فاذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الاجرة على الرضاع والحضانة اجيبت ، ثم إن كان للصغير مال كانت الاجرة من ماله ، وإلا فعلى الاب أو من تلزمه نفقته و يقدر لها كفايتها بحسب حالها .

ويرى الحنابلة ان للحاضنة طلب اجرة الحضانة ، والأم احق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا ، ولكن تجبر الأم على حضانة طفلها ، وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه، وحضانته لزمها العقد ، وإذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا ، وإن استأجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع ، وإن امتنعت الام سقط حقها و انتقل الى غيرها.

أما المشرع الجزائري فانه لم يقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 75 ،76، 77،78 ليضل هناك اشكال فيما يخص اجرة الحضانة ، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من ق أ ج والتي تحيلنا الى مبادئ الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني ، وعليه فلابد من الرجوع الى اراء فقهاء المالكية لان المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي .

[1]–سورة البقرة ، جزء من الآية 233.

[2]– سورة الطلاق ، جزء من الآية 06.

ثانيا :المدين بأجرة الحضانة

أجرة الحضانة غير اجرة الرضاع ، وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال فإن لم يكن له مال فيلزم به ابيه، أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده فان كان الأب معسرا عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجرة الحضانة الى من تجب عليه نفقة الصغير عدم وجود الأب، ويؤديها إلى الحاضنة واذا كان الأب قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته، وأمر بالأداء، ويجب إذا أداها من تجب عليه نفقة الصغير ان يؤديها للحاضنة و يرجع بها على الأب إذا أيسر.[1]

ويستخلص مما سبق ما يلي :

– إن أجر الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف نفقته

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

–ان الأم تجبر على رد ما عجل لها من اجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب و انقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها[2]

ثالثا: التبرع بالحضانة

اذا ابت ام الولد ان لا تحضنه الا باجر ووجدت من محارمه من هي اهل لحضانته كجدته او خالته او عمته تتبرع بحضانته ، فان كان الاجر مستحقا على الصغير في ماله بان كان له مال و نفقته بأنواعها واجبة فيه فانه يسلم للمتبرعة لان في ذلك صيانة لماله من غير اضرار به ، فالمتبرعة بحضانته ليست اجنبية عنه بل هي من محارمه .

[1] عمرو عيسى الفقي ، المرجع السابق ، ص194

2– نفس المرجع ، نفس الصفحة .

وان لم يكن للصغير مال وكان اجر حضانته مستحقا على الاب ، فان كان الاب موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند امه و يجبر الاب على دفع اجرتها ، لان حضانة الام اصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة و لا ضرر على الاب لأنه موسر ، و ان كان معسرا يعطى للمتبرعة لان في الزامه بالأجر مع اعساره اضرار به .

كذلك لا يمكن تجزئة الحضانة ، أي لا يمكن التفرقة بين الابناء للمحافظة على على ترابطهم ، و نظرا لعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسالة ، فان المحكمة العليا اصدرت قرارا في هذا الشأن بعدم تجزئة الحضانة للام ان كان لها الحق فيها ، وهو عدم السماح لها باختيار من تحضن من الابناء[1].

حيث جاء في القرار : ان الشريعة الاسلامية قررت بان الحضانة تسند للام من باب اولى مادامت شروطها متوفرة فيها ،و لا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي ،و حيث ان المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو ان الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرركما في القضية الحالية ، فان الاولاد الاربعة هم صغار السن و ضمهم الى امهم اولى و احق و هذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب .

و من جهة اخرى انه ثابت من الرجوع الى القرار المنتقد ان قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين من الالتحاق بأمهما و على رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما وهذا مخالف لقواعد الشريعة الاسلامية و قواعد القانون الوضعي .

فلا مجال اذن لتجزئة الحضانة ، وتفرقة الاولاد عن بعضهم البعض بعد ان فرقا عن احد ابويهم فالأصلح لهم البقاء و العيش معا سواءا كانت الحاضنة امهم او غيرها الى ان يبلغوا السن المحدد لانتهاء الحضانة ، و هذا من اجل الحفاظ على الابناء خاصة انهم في مرحلة

1-عيسى حداد، الحضانة بين الفانون و الاجتهاد القضائي ، مجلة التواصل ، مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ،جامعة باجي مختار ، عنابة، الجزائر،

صعبة من اطوار العمر من الناحية النفسية و الاجتماعية ، و لهدا فان تجزئة الحضانة تعد سببا من اسباب سقوطها عن الام رغم احقيتها في ذلك .

المطلب الثالث

شروط استحقاق الحضانة

ان قانون الاسرة الجزائري سواءا قبل التعديل او بعده لا نجد نصا يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضنة ، ما عدا نص المادة 62 التي تنص في فقرتها الثانية :و يشترط في الحاضن ان يكون اهلا للقيام بذلك[1]

المشرع الجزائري من خلال هذه المادة اشترط اهلية الحاضن دون ان يحدد باقي الشروط ، و المقصود بالأهلية هنا : القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بحضانة الطفل و اعداده اعدادا سليما ليكون اهلا وقادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل .

و لتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن حتى يكون اهلا للقيام بالحضانة يجب الرجوع الى نص المادة 222 من ق ا ج التي تحيلنا الى قواعد الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسالة معينة ، و من خلال الرجوع الى اراء فقهاء الشريعة الاسلامية فيما يخص الشروط فنجد ان هناك شروطا يجب ان تتوافر في النساء و الرجال معا ، فتثبت لمن كان اهلا لذلك، مع مراعاة الاولوية في الترتيب ، و هناك شروطا يجب توافرها في النساء، كما ان هناك شروطا خاصة بالرجال.

لذا سنتناول في الفرع الاول الشروط الخاصة بالرجال و النساء ، و في الفرع الثاني الشروط الخاصة بالنساء ، و في الفرع الثالث الشروط الخاصة بالرجال .

[1]–قانون زقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالامر رقم 05–02 المؤرخ في 27فبراير .2005

الفرع الأول: الشروط العامة التي يجب توافرها في الحاضن

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء ، و ان تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، و لذلك لان المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الاقدر على رعاية الصغير ، و الاكثر صبرا على توفير احتياجاته ، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا- العقل

وهو الإدراك الذي يستطيع به الانسان أن يميز بين الاشياء التي تحيط به وهو شرط بديهي فقد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من[1] القانون المدني الجزائري، لكن لا يتمتع بقواه العقلية لعارض من عوارض الاهلية كالجنون و العته، فلا يعقل ان يتولى المجنون حضانة طفل لأنه هو في حاجة الى من يتولاه ، ويرعاه حسب ما اوضحته المواد 82،83 ،84 ق. ا .ج لا يكون له تولي شؤون غيره ، فالمجنون يفتقد الى الادراك والتمييز ، ويشكل خطرا على المحضون بدلا من ان يكون حاميا له ، فهو مصاب باختلال في القوة المميزة بين الامور الحسنة و الامور القبيحة و المدركة للعواقب ، حيث يقضي هذا الاختلال الى منبع جريان الافعال و الاقوال على منهج العقل الا نادرا .

سواءا كان الجنون اصليا أي انه مجنونا او كان طارئا أي اصيب بالجنون بعد ان بلغ العقل ، او كان جنونه مطبقا أي على سبيل الاستمرار او غير مطبق يعتريه تارة ثم يزول تارة اخرى، فإما ان يكون زمن الجنون اكثر من زمن الافاقة و في كل الاحوال يعتبر مانعا لاستحقاق الحضانة[2]، فلا يمكن أن تسند الحضانة إلى الشخص المجنون لأنه هو في حد ذاته

1-امر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2- سمير محمد محمود عقبي ،الحضانة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة ،الطبعة الاولى ، دار المنار، مصر، 1986 ص 64 .

يحتاج إلى من يتولاه و يرعى شؤونه فلا يمكنه أن يتولى شؤون غيره لأنه ذلك يشكل خطرا عليهم بدلا من أن يكون حاميا لهم .[1]

ثانيا– البلوغ:

يقصد بالبلوغ اهلية الاداء التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على تولي شؤون نفسه ،و بالتالي تولي شؤون غيره ،و لان الحضانة مهمة شاقة لا يمكن للصغير ان يتحملها ، فهو لا يتولى شؤون نفسه فكيف يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره ،لذلك يشترط في الحاضن ان يكون بالغا[2] و المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام سن التاسع عشر 19 سنة حسب المادة 40 من التقنين المدني الجزائري .

لكن السؤال الذي يتبادر الى اذهاننا هل الصغيرة التي تزوجت قبل بلوغها السن القانونية بترخيص من القاضي ، هل يمكن ان تسند لها الحضانة ؟.

باعتبار انها مؤهلة للزواج فإنها تكون اهلا لتحمل تبعات الزواج كما تكون ايضا اهلا لتحمل نتائج فشل هذا الزواج ، الا اذا ثبت عدم قدرتها على ذلك ، وهو ما اشارت اليه الفقرة الاخيرة من نص المادة 07 من ق ا. م. ا التي نصت على أنه يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

ثالثا– القدرة

تعني الاستطاعة على صيانة الصغير في صحته الخلقية ، فرعاية الطفل المحضون والاعتناء به والسهر على سلامته ، يتطلب ان يكون الحاضن قادرا على القيام بذلك ، فالقدرة

[1]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2007،ص 359.

[2]–بوغرارة صالح ، المرجع السابق ص68.

يتطلب ان تكون جسدية و مادية فلا حضانة للعجوزة كالتي بلغت سن الشيخوخة، او رجل هرم الا ان يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت اشرافهما .[1]

فالمالكية و الشافعية و الحنابلة ، يجعلون العمى مانعا كالعجز و ينيطون حضانة العمياء و غيرها من العاجزات بقدرتها على على القيام بشؤون الصغير المحضون ، ولو كان ذلك بمساعدة غيرها ، فقد يؤثر المرض على ما يلزم توفره من القدرة في الحاضن ، مما يؤدي الى عجز صاحبه عن القيام بما عليه من واجب، او على الاقل يؤثر على قدرته بما ينبغي ان يكون الاداء الذي يحقق الغاية المرجوة من الحضانة .

و هنا يجب ان نميز بين المرض الذي لا يخشى منه الخطر، او يتوقع من اصابته ضرر ، كالضرس والصداع الخفيف، فهذا النوع لا يؤثر على حق الحضانة ، اما المرض الذي يطول ويمتد فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به، بل و على غيره كالسل والجذام فهو مانعا على حق الحضانة خشية الاضرار بالمحضون ، حفاظا على حياته و ماله من الضياع.[2]

التشريع الجزائري اعتبر القدرة شرطا اساسيا لممارسة الحضانة ، وهو ما يظهر جليا في العديد من قراراتها الصادرة عن المحكمة العليا.

أن الحاضنة الفاقدة للبصر غير قادرة على شؤون الأبناء وبالتالي فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.[3]

[1]–عيسى حداد ، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي ، مجلة التواصل ،مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ،جامعة باجي مختار، عنابة ، العدد 15 ، ص 186.

[2]–سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار المنار ، مصر ، 1986،ص 64.

[3]– المحكمة العليا ، الصادر غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ: ، ملف رقم 3391 الصادر بتاريخ 07/09/ 1984المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04، ص 76.

رابعا- الأمانة

الامانة على الاخلاق شرط يجب توافره في الحاضن حتى يكون اهلا لممارسة الحضانة ، و عليه فلا حضانة لغير امين على تربية الولد و تقويم اخلاقه ، فلا يجب ان يكون الحاضن فاسقا لان الفاسق غير امين على نفسه فلا يصح ان يكون امينا على غيره ، و لا حظ للولد في حضانته لأنه ينشا على طريقته ، و قد ضرب الفقهاء امثلة للفسق في الذي يجعل الحاضن غير امين و مما قالوه ان يكون شريرا او مشهورا بالزنا او يكون سارقا[1] .

فقد اتفق الحنفية على ان الفسق مانع من موانع الحضانة الا انهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة و بين الفسق الاقل حدة .

اما المالكية و الشافعية و الحنابلة فاتفقوا على ان الفسق مانع من موانع الحضانة لان الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير و لا ثقة فيه بل يخشى منه ان ينشا فاسقا مثله .

و تقدير الفسق الذي يضيع به متروك امره للقاضي اذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/09/30: من المقرر شرعا و قانونا ، ان جريمة الزنا من اهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

و بالتالي في قضية الحال ان قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الابناء الثلاثة لام المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا فانهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة المادة 62 من ق ا ج .

[1]-جابر عبد الهادي ، سالم الشافعي ، احكام الاسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء ، دراسة لقوانين الاحوال الشخصية في مصر و لبنان ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2011،ص 590.

[2]-المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 171684،م ق 2001 عدد خاص ، ص 169

كما يجب ان لا يكون الحاضن مهملا، فلا حضانة لمن يهمل الطفل كمن ينشغل عنه بالخروج في كل وقت و يتركه ضائعا لأنه يكون غير امين عليه ،فالطفل في يده في حكم الامانة ومضيع الامانة لا يستأمن.

فضلا عن ان كثرة الخروج تفوت المقصود من الحضانة او تجعل المحضون عرضة للضياع و الهلاك ، و سواءا كانت كثرة الخروج لمعصية او طلبا للكسب و تحصيلا للقوت مادام يترتب عليها ضياع المحضون ، و مقتضى التعليل بضياع المحضون ان الحاضنة اذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلا للكسب و طلبا للقوت كالمدرسة و الطبيبة لا تسلب عنها ولاية الحضانة اذا لم يترتب على خروجها لأداء عملها ضياع للولد ، وهذا ما نصت عليه المادة 2/67من ق ا ج و لا يمكن لعمل المرأة ان يشكل سببا من اسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة .

و يشترط في الحاضن ان يكون مقيما بالولد في مكان مأمون لان الاقامة بالمحضون في مكان غير امين و يخاف منه على نفس الصغير او ماله ، و الذي يعرض الولد للضياع و ماله للسرقة ، و ذلك يعتبر اهمالا في اخص شان من شؤون الحضانة و هو الحفظ2[1]

فالمرأة الفاسقة تؤدي بإهمال حياة الطفل وفساد أخلاقه، مما يؤثر على سلامته وتربيته [2] فالقضاء الجزائري تشدد في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن و هو ما يظهر في العديد من قراراته ، اذ يرى أن الحاضنة التي تكون غير امينة على الطفل و أدبه و خلقه. واسقط الحضانة على المرأة الزانية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بأن المرأة الزانية التي تسند اليها الحضانة يعتبر امرا مخالفا للقانون.

[1]–جابر عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص ، ص، 592 591.

[2]– سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 1996ن ص296.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء.

بالإضافة إلى الشروط العامة هناك شروط خاصة بالنساء، تتمثل فيما يلي:

أولا- ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم من المحضون

حسب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه "يسقط حق الحاضنة ،بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

من خلال نص المادة يتضح لنا ان الام الحاضنة يسقط حقها في الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون.

اما اذا تزوجت الام بذي رحم محرم للصغير ، لا يسقط حقها في الحضانة كعم المحضون لان من تزوجته له الحق ايضا في حضانته وشفقته تحمله رعايته و يتعاونان على كفالته، لابد ان تكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة او الرضاع ، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا تسقط عنها لأنه يعتبر اجنبيا عن المحضون.

فالزوج الأجنبي لا يعطف على الطفل الصغير ، فيتعرض للبغض والقسوة و الاذى لان زوج الام قد يكره المحضون من غيره بمجرد الزواج حتى ولو لم يتم الدخول بها لقوله الرسول "ص" انت احق به ما لم تنكحي [1]. فالحديث جاء مطلقا ولم يقيد بالدخول، و اذا طلقت الحاضنة فلا تعود اليها الحضانة الا في الطلاق البائن دون الطلاق الرجعي لان الزوجية تبقى قائمة في الطلاق الرجعي وهو راي الحنفية و الشافعية ، اما المالكية فيرون انه لابد من الدخول بالزوجة حتى تفقد حقها في الحضانة لأنها تصبح منشغلة بشؤون زوجها[2].

[1]-جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية الجزء الثالث ، كتاب الطلاق ،باب حضانة الولد و من أحق به، الطبعة الأولى ، مؤسسة الريان ،لبنان ،1995 ،ص265.

[2]- الصادق عبد الرحمان الغرياني مدونة الفقه المالكي وادلته ، مؤسسة الريان، لبنان، 2006 ،ص161.

ثانيا- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير

هنا الحاضنة يجب ان تكون من محارم المحضون كامه واخته وجدته فلا يحق لبنات العم او بنات العمة وبنات الخال و بنات الخالة ، حضانة الذكور لعدم وجود المحرمة حيث لهن الحق في حضانة الاناث كما لا يحق لابن الخال أو ابن الخالة و ابن العم و ابن العمة حضانة الاناث و لكن لهن الحق في حضانة الذكور. [1]

ثالثا- عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها:

المقصود هنا اذا أسندت الحضانة إلى الجدة و سكنت مع ابنتها المتزوجة لأم الطفل المحضون بعد سقوط حضانتها فلا حضانة لها وهذا ما أورده المشرع في نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على انه حضانة الجدة والخالة تسقط إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

أما الاسلام فهو ليس شرطا لممارسة الحضانة وهو ما أخذ به المذهب المالكي لأن الهدف من الحضانة هي الشفقة و بالتالي لا تختلف باختلاف الأديان وهذا ما أخذ به المذهب الحنفي الذين اجازوا الحضانة للكافرة الا انهم اشترطوا ان لا تكون مرتدة ،لان المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب و تعود الى الاسلام او تتوب في الحبس فلا تسند لها حضانة الطفل اما اذا تابت و عادت الى الاسلام يعود حقها في الحضانة.[2]

الحنابلة و الشافعية يحكمون بحرمان الحاضنة من حقها في الحضانة لاختلاف الدين ، لأنها قد تخرج الطفل المحضون عن الاسلام فلا ولاية لكافر على مسلم.

---

[1]- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائري ،2004، ص114.

[2]- بوغرارة صالح حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ،مذكرة للحصول شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2006-2007، ص71-72.

المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري جاءت واضحة وصريحة في نفس الوقت على ان يربى الطفل على دين ابيه وبالتالي هناك فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

أما القضاء الجزائري من خلال تفحصنا للقرارات و الأحكام الصادرة منه نجد أنه تمسك بالمذهب المالكي ، حيث أن الحضانة تكون للأم سوآءا كانت مسلمة أو غير مسلمة وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قرارتها ، ومنها القرار الصادر بتاريخ 13 مارس 1989 واهم ما جاء فيه أنه من المقرر شرعا وقانونا ، أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا اذا خيف على دينه ، وان حضانة الذكر بالبلوغ ، وحضانة الأنثى ببلوغ سن الزواج . وبالتالي فإن القضاء[1] بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية والقانون.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال في الحضانة

اضافة إلى الشروط العامة التي يجب توافرها في الرجال، هناك شروط خاصة بهم وهي:

أولا- أن يكون الحاضن محرما للمحضون ان كانت انثى:

اذا كان الحاضن ذكرا يشترط ان عنده من يحضن من الاناث كزوجة ولا يمكن ان يحضن غير محرم بنتا مطيقة للوطء كابن عمها الا اذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا واشتراط ان يكون للحاضن المحرم من يحضن من الاناث كام الزوجة او عمة او خالة لان الرجال لا قدرة لهم على احوال الاطفال.

الحنفية و الحنابلة حددوا سن الانثى بسبع 07 سنوات تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية، وبالتالي اذا بلغت الأنثى هذا السن لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه.

[1]- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 1989/03/13 ، ملف 52221 ، المجلة القضائية لسنة 2004،ص 122.

وايضا اجاز الحنفية لابنة العم التي لم يكن لها غير ابن العم ابقاؤها عنده بأمر من القاضي إذا كان مؤمنا عليها الفتنة منه.

ثانيا– شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:

حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، فلا توارث بين المسلم و غير المسلم ذلك لأن الولد الغير مسلم وكان ذو رحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة. بل حضانته الى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما ذو رحمه غير المسلم فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث.[1]

المطلب الرابع

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون ، فجعلوا الاناث اولى بالحضانة ، لأنهن اشفق و اهدى الى التربية ، و اصبر على القيام بها ،و اشد ملازمة للاطفال ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان اشفق واقرب ، و اختلفوا في احبانا في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون[2].

كما ان المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على اراء فقهاء الشريعة الاسلامية لان نصوص القانون مستلهمة من احكامها كذلك اعتمد فقهاء المالكية و الحنابلة و الشافعية و الحنفية على ترتيب معين ، ولكن المتفق عليه بعندهم جميعا ان الام اولى بحضانة ولدها من أي شخص اخر ، لوفرة شفقتها و حنانها على صغيرها اكثر من غيرها.

[1]– بوغرارة صالح ، المرجع السابق، ص 76.

[2]–عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص357.

جعلها للأمهات لأنهن الأقدر و الأصبر على رعاية شؤون أولادهن الصغار ثم جعلها إلى العصبات و اولهم الأب في المرحلة الثانية من عمر الصغير و هو ما جاء به التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 64 على ان" الأم اولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لام ، ثم الجدة لاب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة ".

الفرع الأول : ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الاسلامية

لم يبين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 من ق ا ج من هم الاقربون درجة المعنيين باستحقاق الحضانة ، و بالتالي يمكن للقاضي ان يرجع الى احكام الشريعة الاسلامية ، فبالرجوع الى الآراء الفقهية نلاحظ انها تختلف باختلاف مراتب الاشخاص على حساب كل مذهب من المذاهب الاربعة. الشافعية ، المالكية ، الحنابلة و الحنفية :

اولا –القريبات من المحارم

1–القريبات من المحارم عند الحنفية

يسند اصحاب هذا المذهب الحضانة للقريبات الحاضنات على النحو التالي :

الاخت الشقيقة ثم الاخت لام ثم الاخت لاب ثم بنت الاخت الشقيقة ، ثم بنت الاخت لام ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لام ثم الخالة لاب ثم بنت الاخت لاب ،ثم بنت الاخ الشقيق ثم بنت الاخ لام ثم بنت الاخ لاب ثم العمة الشقيقة ثم العمة لام ثم العمة لاب ،ثم الخالة لاب الشقيقة للام فالأب، ثم عمة الام الشقيقة للام فالأب وعمة الاب الشقيقة للام فالأب.[1]

[1] – محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثالثة ، مطبعة السعادة ، مصر 1966، 406.

2-القريبات من المحارم عند المالكية

الاخت الشقيقة على التي لام و هذه الاخيرة على التي لاب ثم عمته اخت ابيه ثم عمة ابيه اخت جده ثم خالة ابيه ثم بنت الاخ الشقيق ثم التي لام و بعدها التي لاب ثم بنت الاخت الشقيقة ثم التي لام وتليها التي لاب و اذا اجتمعن رجح بنات الاخ على بنات الاخت و ان تساوى الحاضنات تقدمت اكبرهن سنا فان تساوين من كل وجه تقدم دوما الشقيقة على التي لام و تقدم هذه الاخيرة على التي لاب[1].

3-القريبات من المحارم عند الشافعية:

الاخت ثم الخالة ثم بنت الاخت ثم بنت الاخ ثم العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال حيث تقدم الشقيقات على غيرهن ، فالتي لاب تقدم على التي لام[2] ، خلافا للمذهبين الحنفي و الشافعي

4-القريبات من المحارم عند الحنابلة :

هن الاخت الشقيقة ثم الاخت لامثم الاخت لاب فالخالة الشقيقة ثم الخالة لام ثم الخالة لاب فالعمة ثم خالات الاب ثم عمات ابيه فلا حضانة لعمات الام مع عمات الاب لانهن يدلين بابي ام وهو من ذوي الارحام و عمات الاب يدلين بالأب و هو من اقرب العصبات ثم اخواته ثم بنات اخوته ثم بنات اعمامه ثم بنات عماته ثم بنات اعمام امه ثم بنات اعمام ابيه[3]

ثانيا: العصبات من المحارم من الرجال:

حسب المادة 150 من ق ا ج حددت من هو العاصب ؟

[1]-وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ص724.

[2]-سمير محمد محمود عقبي ، المرجع السابق ،ص28.

[3]-سمير محمد محمود عقبي ، المرجع السابق ، ص 28.

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده او ما بقي بعد اخذ اصحاب الفروض حقوقهم اما اذا اكتملت التركة فلا يأخذ شيئا.

الحضانة تعود للعاصب في حالة استغراق كل الاشخاص المذكورين سالفا.

وبالرجوع الى نص المادة 153 من ق ا ج حددت هذا الصنف حسب اربع جهات :

-جهة البنوة

-جهة الابوة

-جهة الاخوة

-جهة العمومة

رتبت الشريعة الاسلامية هذه الفئة حسب الميراث وولاية النكاح.[1]

فالمالكية يجعلون الجد اسبق من الاخ و هو الجد لاب و ان علا ثم ابن اخ المحضون لا نه يحق له حضانة الطفل، ثم ا بناء العم[2] فلا تثبت لهم الا حضانة الذكر لأنه من العصبات غير المحارم ، فلا حضانة لهم لأنثى والعصبات تقدم كما في الميراث ، الاقرب فالأقرب .

ثالثا - المحارم من الرجال من ذوي الارحام :

المحارم غير العصبة من الرجال هم الجد اب الام ثم الاخ لام ثم ابن الاخ لام ثم العم لام ثم الخال الشقيق ثم الخال لاب ثم الخال لام ولا ينتقل الى هذه المرتبة الا بعد ان لا يوجد من القريبات من المحارم او العصبات من المحارم من الرجال احد مستحقي الحضانة بان لا يوجد احد اصلا او يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة.

[1]- بوغرارة صالح ، المرجع السابق، ص 80.

[2]-التواتي بن التواتي ، المرجع السابق ، ص869.

-باعتبار ان الحضانة، تستحق لمن تسند اليه ان يكون اهلا للقيام بها، و في حالة تعدد اهل الحضانة و في المرتبة الواحدة قدمت اقربهن درجة ، فان تساوين في الدرجة كالأخوات الشقيقات فان كانت احداهن الاصلح لتربيته قدمت ، وان تساوين في المرتبة و درجة القرابة في الحضانة فللقاضي السلطة التقديرية لاختيار من يشاء،[1] اما اذا لم تكن اهلا لحضانة الطفل او لم يوجد من يحضنه لفقدانهم او لعدم قدرتهم على المحضون فعلى القاضي ان يختار من الاصلح للطفل المحضون، حتى ولو كان من الاقارب الذين ليس لهم الحق في الحضانة.

وما يمكن استنتاجه انه في جميع الاحوال يجب مراعاة مصلحة المحضون ، بغض النظر عن مثيرها سوآءا كان ابا او اما او جدة ، لذا الشريعة السلامية رتبت على حساب مصلحة الطفل ، فكلما كانت المصلحة اكثر كان الشخص في المرتبة الاولى ، وهي بالتالي معيار لكل نزاع وعلى القاضي ان يأخذ بها في كل نزاع متعلق بالحضانة سوآءا عند اسنادها او اسقاطها او انهائها او تمديدها .

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة و أولويتهم في التشريع الجزائري

الترتيب الذي جاء به التعديل الجديد في قانون الأسرة الجزائري، حسب شفقتهم و حنانهم على الطفل المحضون وبالتالي تقديم الأم باعتبارها منبع الحنان و العطف ثم يأتي الأب في المرتبة الثانية بعد الأم لأنه أكثر رعاية على أبنائه، ثم تأتي القريبات من المحضون النساء و هو الترتيب الوارد حاليا في قانون الأسرة الجزائري.

[1]-محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق ، ص407.

أولا- الأم أولى بحضانة أولادها الصغار:

كقاعدة عامة تأتي الأم في المرتبة الأولى بحضانة أولادها،[1] لأنها القادرة على رعاية أولادها و أكثر حنانا و شفقة عليهم.

مصداقا لقوله تعالى : وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"[2]

وورد في هذا الشأن ، مار واه عمر عن شعيب عن ابيه عن جده، عبد الله بن عمر و بن العاص، أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن إبني هذا ، كان بطني له وعاء وصدري له سقاء وحجري له حواء، وكان أباه طلقني وأراد ان ينتزعه مني . فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به مالم تنكحي.

وقال الرسول صلى اله عليه و سلم ، في حديث آخر أين سأل عن أقرب الناس إليه فقال أمي ، ثم من قال أمي ، ثم من قال أمي ، ثم من قال أبي و بالتالي لا يمكن حرمان الطفل الصغير من أمه أو أقرب الناس إليه إلا إذا اعذر ضمان ذلك.[3]

ثانيا- اسناد الحضانة للأب:

[1]- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و اشكالاتها القانونية على ضوء أمر 02/05،مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة ، سنة 2010،ص 09.

[2]- سورة البقرة، الآية 238.

[3]- حداد عيسى ، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الانانية ، جامعة باجي مختار ، عنابة عدد 15 ديسمبر 2005،ص 186.

نلاحظ ان المشرع الجزائري بعد التعديل الجديد لقانون الاسرة قدم الأب على غيره من النسوة لأنه الأقرب إلى المحضون و الأجدر برعايته.

و في هذا الصدد قال ابن القيم : ان تقديم المذهب المالكي الخالة و ام الام على الاب و امه تقديم في غاية البعد ، فكيف تقدم قرابة الام وان بعدت على قرابة الاب نفسه و قرابته مع انه اشفق على الطفل و ارعى لمصالحه من قرابة الام ذلك انه ينسب اليه وولائه اليه ، و بالتالي فهو اولى به .

وبالتالي اذا اسندت الحضانة للاب عليه أن يوفر من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة أخرى تكون قادرة و أمينة عليه خاصة اذا كان رضيعا. فتقديم الأب على النساء بعد الأم كونه أولى بأبنائه و الأقوى على رعاية مصالحهم.

ثالثا- اسناد الحضانة للجدة لأم

الجدة لأم أكثر شفقة على المحضون لذلك قدمت جهة الأم على جهة الأب ، فإذا اسندت الحضانة إلى الجدة لا يجب أن تكون مقيمة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي.

رابعا- الجدة الأب

في التعديل الجديد نجدان المشرع الجزائري اسند الحضانة للجدة لأب بعد الجدة لأم مباشرة متاثرا بالمذهبين الحنبلي و الشافعي اللذان يقدمان الأب على أمه خلافا للمذهبين المالكي و الحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب.

خامسا- اسناد الحضانة الى الخالة ثم الى العمة

التشريع الجزائري اسند الحضانة الى الخالة سواء كانت اخت الأم الشقيقة أو الأخت لأم أو الأخت لاب ثم الخالة تأتي بعد مرتبة الأم مباشرة ثم تليها العمة ويجب أن تتوفر فيهن نفس الشروط التي تتوفر في الحاضنة الأم.

التعديل الجديد لقانون الأسرة في مادته 64 حددت مستحقي الحضانة بالترتيب لكن لم يوضح لنا من هم الاقربون درجة بالتدقيق.[1]

بالرجوع الى الشريعة الاسلامية نجد ان هناك اختلاف شاسع بين الأقربون درجة ، فمنهم من يرى أنها لذوي الأرحام (الحضانة) ومنهم من ينفي ذلك وهناك من يقدم الاخوة الأشقاء على الاخوة الأم ثم الأخوة لاب، ومنهم من يقدم الإخوة لاب على الاخوة لام ، مما يصعب على القاضي تحديد عبارة الاقربون درجة في كل الحالات يجب عليه أن يراعي مصلحة المحضون بالدرجة الاولى.

وما يمكن استخلاصه من نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم أن المشرع الجزائري اصاب في هذه الفكرة و ذلك بتقديم الأب على جهة الأم ولكن في جميع الحالات يجب على القاضي أن ينظر إلى مصلحة المحضون . و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/02/18.

الفرع الثالث : حكم اسناد الحضانة للمرأة العاملة

ان عمل المراة محل خلاف في مسالة اسناد الحضانة من عدم اسنادها لها ، و هذا الخلاف مصدره غياب النص التشريعي الذي يفصل في هذه الحالة ، و كان عمل المرأة لا يطرح اشكالا في المجتمع الجزائري في السنوات الاولى لاسترجاع السيادة الوطنية ، لان هذا المشكل لم يطرح بشدة ، و ان كان دخول المرأة عالم الشغل مقتصرا فقط على القطاعات التي لا تكون سببا في بعدها عن محضونها مثل التعليم و الطب .

ولكن مع التطور الذي شهده المجتمع و التقدم العلمي اصبحت المرأة تدرس في كل التخصصات الى جانب الرجل و اقتحمت عالم الشغل في كل المجالات جنبا الى جنب مع الرجل و من هنا ظهر عمل المرأة كمشكل لمنع اسناد الحضانة اليها ، لان الحضانة تكون

[1]– بوغرارة صالح ، المرجع السابق، ص 79.

للطفل منذ ولادته و لا نعرف أي وقت يقع الانفصال فيه بين المرأة و الرجل ، و نحن نعلم ان المحضون يحتاج الى امه بدرجات متفاوتة حسب عمره .

و لهذا كان عمل المرأة سببا في منع الام من الحضانة و خاصة عند غياب النص لمعالجة هذه النقطة و اضحى محل نزاع في مسالة الحضانة .

و الشكال المطروح هل عمل المرأة يعد سببا مانعا للحضانة ؟

و في هذا الصدد نجد المحكمة العليا تصدر الكثير من القرارات في سياق عمل المرأة لا يعد سببا لعدم احقية الام في الحضانة. و من بين القرارات قرار المحكمة العليا الصادر في 2000/07/18و اهم ما جاء فيه ان عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة و من ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطئوا في تطبيق القانون

حظ ان لمشرع الجزائري لم يفصل في هذه الحالة ،حيث انه في السنوات الاخيرة اصبحت المرأة تخرج الى العمل و هو ما يطرح عدة اشكالات خاصة عندما تسند اليها حضانة الاولاد ، فتقضي معظم وقتها في العمل تاركة وراءها ابناءها اللذين هم بحاجة اكثر اليها .

و ما يلاحظ انه مع التقدم العلمي و تطور المجتمع ،اصبحت المرأة تقتحم عالم الشغل الى جانب الرجل في كل المجالات ، ومن هنا يظهر ان عمل المرأة يعد اشكالا لمنع اسناد الحضانة اليها ،خاصة وان الطفل الصغير يكون بحاجة اكثر الى امه في اول مراحل حياته .

خاصة في غياب أي نص قانوني يشير الى هذه النقطة الهامة والتي اضحت محل نزاع في مسالة الحضانة .و بالتالي السؤال الذي يتبادر الى اذهاننا هل عمل المرأة يعد مانعا للحضانة ام لا ؟

وهذا ما جعل المحكمة العليا في كثير من قراراتها تصب في السياق ان عمل المرأة لا يعد مانعا لإسناد الحضانة[1] ،

حيث جاء في احدى قراراتها ان عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة،

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18 واهم ما جاء فيه ان المرأة التي تخرج الى العمل لا يفقدها الحق في الحضانة ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطئوا في تطبيق القانون ، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الاساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

و لعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري بعد تعديل قانون الاسرة الى النص على ان عمل المرأة لا يعد سببا كافيا لسقوط الحضانة ، و هذا من خلال نص المادة 67 من قانون الاسرة التي تنص على انه :لا يمكن لعمل المرأة ان يشكل سببا من اسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون .

و معنى ذلك ان عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة ، و قد يكون العكس لان المشرع اعطى السلطة التقديرية للقاضي.

و بالتالي فاذا كانت المرأة تقوم بعمل خارج البيت طوال اليوم ، قد يسقط حقها في الحضانة اذا ثبت فعلا تقصيرها في القيام بواجبات الحضانة تجاه المحضون لان غيابها طوال اليوم يعرض المحضون للضياع ، و هذا مرتبط بسن المحضون و بمنح القاضي هذه السلطة يكون المشرع قد وضع حدا لهذه المسالة لان المؤهل الوحيد للفصل هو القاضي .

[1]–حداد عيسى ، المرجع السابق ، ص 189.

[2]– المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 245156الصادر بتاريخ 2000/07/18، ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد خاص ،ص 188.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة الحضانة

باعتبار أن الحضانة أثر من أثار الطلاق بالتالي يتم اسناد الحضانة لأحد الوالدين أو لغيرهما ممن هو احق بها وشرعا وقانونا لتبقى الأم في المقام الأول لأنها الأجدر على القيام بالحضانة.

وللحضانة أثار لممارستها مراعاة لمصلحة المحضون ، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي وجود بيت أو سكن ينمو فيه الطفل الصغير وبعد الطلاق بين الزوجين فإنهما بعيدين عن بعضهما البعض لذلك اقتضى الشرع و القانون أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لاحدهما ان يحكم بحق زيارة المحضون خلال مدة الحضانة.

ولكي نوضح الأمور أكثر قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب بحيث تناولنا في المطلب الأول إلى المسكن الذي تمارس فيه الحضانة وحق زيارة المحضون في المطلب الثاني لنتناول في المطلب الثالث انتهاء مدة الحضانة.

المطلب الأول

مسكن ممارسة الحضانة

السكن هو المأوى الذي يقيم فيه الانسان و المكان الذي يعده لسكناه حتى و لو لم يكن فيه ، فيكفي ان يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع او مستأجرا ، او حائزا حيازة عرضية ترتكز الى اسباب ظاهرة مشروعة ، فهو مستودع اسراره و مكان راحته و بالتالي يحرم على كل شخص ان يدخل اليه الا اذا كان بإذن صاحبه و بعلمه او بإذن من القاضي او وكبل الجمهورية .

فالطفل يلقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية في مسكنه لذا لابد من توفيره له لحمايته من الضياع خاصة بعد انفصال والديه و افتقاده لركيزة و دعامة اساسية في حياته و هو احد والديه ، لذا ادخل المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة في المادة 72 من ق ا ج و عليه ينبغي معرفة راي فقهاء الشريعة الاسلامية و القانون من سكن الحضانة .

كما ان المشرع الجزائري الزم الاب بضرورة توفيره للمحضون و في حالة عدم القدرة على توفير المسكن عليه بدفع بدل الايجار كما ينبغي معرفة مواصفات هذا المسكن الذي يلتزم الاب بتوفيره و ما هو المكان الذي يوفر فيه هذا المسكن لممارسة الحضانة فيه

الفرع الاول: موقف الشرع من مسكن ممارسة الحضانة

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول احقية و عدم احقية المحضون في السكن لهذا لابد من التعرف على موقف كل منهم في هذا الشأن.

اولا–راي فقهاء المالكية :المالكية اتفقوا على ان السكن واجب على الاب فيما يخص المحضون و اختلفوا فيما يخص الحاضنة وورد في مذهب المدونة انها واجبة فيما يخص الحاضنة[1]، و منهم من قال انها على المعسر بمعنى ان الحاضنة اذا ايسرت دون الاب لم يكن على الاب سكنى و ان ايسر الاب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء

ثانيا : راي الحنفية لفقهاء الحنفية خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة ، و قد اراد ابن العابدين ان يوفق بين القولين بالوجوب وعدمه ،فراى في رد المحتار انه ان كان للحاضنة مسكن يمكنها ان تحضن فيه الولد و يسكن تبعا لهالم يلزم

[1]–نبيل صقر ، المرجع السابق ص 262

المسكن لعدم احتياج الطفل اليه ، ووردت عبارته في رسالة الابانة تنص على عدم اللزوم متى كان للحاضنة سكن دون تقييد بامكان سكناها مع الولد فيه[1]

كما ورد في فقه الاحناف في شرح النقابة للباقلاني عن البحر المحيط : سئل ابو فحص عمن لها امساك الولد و ليس لها مسكن مع الولد فقال : على الاب سكناهما لان المسكن من النفقة ، و قد اختلف في لزوم المسكن و الافي المذهب اللزوم كما في بعض معتبرات الكتب[2]

ثالثا : راي فقهاء الشافعية و الحنابلة

الشافعية و الحنابلة اتفقوا على حق الصغير الفقير في اجرة السكن على ابيه ان كان موسرا ، فكما تجب عليه اجرة الحضانة و اجرة الرضاع تجب عليه اجرة المسكن او اعداده اذا لم يكن للام مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير و هذه الاجرة تجب في حين قيام الحاضنة بها و تكون دينا في ذمة الاب لا يسقط الا بابراء او الاداء ، فالمقرر شرعا ان اجرة المسكن من اجرة الصغير[3] .

وجاء عند الحنفية انه على الاب سكن الحاضنة مع المحضون لكنهم اختلفوا فيما يخص اجرة المسكن ولكنهم قالوا بوجوب دفعه اجرة السكن و لو كانت الحاضنة تملك مسكنا لائقا هي و المحضون

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسكن الحضانة

حسب المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري" في حالة الطلاق يجب على الاب ان يوفر ، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و ان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار "

[1]–نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]–احمد نصر الجندي الطلاق و التطليق و اثرهما ، المرجع السابق ص631 و 632.

[3]–عيسى طعيبة ، المرجع السابق ،ص 26 و 27.

يتضح من خلال نص المادة 72 السالف الذكر ، انه بمجرد وقوع الطلاق و صدور حكم بإسناد الحضانة للام ،على الاب ان يوفر مسكنا ملائما ، فان لم يكن له مسكن عليه دفع بدل الايجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الاب للحكم القاضي المتعلق بالسكن[1].

فالمشرع وضع حدا لكل اجتهاد او تفسير بحيث ان الاب بعد الطلاق ملزم بتوفير السكن الملائم للحاضنة لممارسة الحضانة حفاظا على اولادها الصغار من أي خطر.

ما يمكن قوله في هذا الصدد، انه بعد الطلاق على القاضي ان لا يحكم ببقاء الزوجة في مسكن الزوجية باعتبارها محرمة عليه شرعا فلا تحل بعد فك الرابطة الزوجية.

المطلب الثاني

حق زيارة الطفل المحضون

عند انحلال الرابطة الزوجية يبقى الابناء عند احد الوالدين او غيرهما ممن يستحقون حضانتهم مما يجعلهم يشتاقون الى احدهما او كليهما معا ، اذا كان الحاضن شخصا اخر غير الاب او الام لذا يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق زيارة المحضون عند أي شخص كان .لذلك نتناول في الفرع الاول حق زيارة الطفل المحضون شرعا و قانونا .

الفرع الاول: حق زيارة المحضون شرعا

لا خلاف بين العلماء في ان الاب او من يقوم مقامه حق رؤية ولده ، و زيارته اذا كان في حضانة امه او غيرها من النساء ،و كما ان للام حق رؤية ولدها و زيارته اذا كان بيد ابيه او من يقوم مقامه من العصبة لما في ذلك من الصلة و المودة .

[1]– بن قوية سامية، مرجع سابق ، ص 147–148.

ولان الطفل يجب ان يربى على دين ابيه فلابد ان يقوم الاب بزيارته حتى يقوم بتأديبه و تعليمه ،[1]

ويرى المالكية ان لكل من الام و الاب حق رؤية صغارهما المحضونين فلو كان الطفل في حضانة ابيه فللام الحق ان تراه مرة كل يوم ان كان صغيرا ،اما اذا كان كبيرا فلها رؤيته كل اسبوع مرة واحدة و نفس الحكم ينطبق على الاب قبل بلوغه سن التعليم ، اما بعد بلوغه هذا السن فله حق الرؤية من حين لأخر ليتولى تأديبه و تعليمه كما يرون ان اجرة النقل على طالب الزيارة ، و ان كانت الام متزوجة و طلبت مناب المحضون ان يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فان رفض عليها ان ان تنتقل هي لرؤيته ان ارادت سواءا عند ابيه او عند حاضنته .

اما الشافعية فيرون ان حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز و اختياره العيش مع احد والديه ، اما فيما يخص ميعاد الزيارة فيرون انها تكون مرة كل يومين فاكثر لا كل يوم الا في حالة ما اذا كانت المسافة بين منزله و منزلها قريبة.

اما الاحناف فيرون ان للاب الحق في رؤية ولده اذا كان في حضانة امه او غيرها من الحاضنات و على الاب ان يزور ابنه كل يوم ، اما اذا كان الحاضن هي الام فقد قدر حق الزيارة مرة كل اسبوع اما غير الام فليس لها رؤية الصغير كل اسبوع .

اما الحنابلة فقد راوا ان الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهارا مع ابيه او مع امه ، اما اذا كان المحضون بنتا و كانت عند ابيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها ، فللام حق زيارتها في اوقات خروج الاب[2].

[1]–بوغرارة صالح ، المرجع السابق ، ص85

[2]–بن قوية سامية ، المرجع السابق ، ص154 ،155.

الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في التشريع الجزائري

بعد انفصال الزوجين و انضمام الطفل إلى حاضنته أو ضم بعد انتهاء مدة الحضانة إلى أبيه يحق لكل منهما رؤية ابنه خلال انضمامه للطرف الاخر طبقا لفترات ومواعيد دورية محددة للتواصل معهم و لإبقاء العلاقة بين الأبوة و الأمومة بينهم لا يمكن لأي منهما أن يمنع الطرف الآخر من رؤية المحضون بسبب النزاعات او الشقاق التي قد تتسبب بينهما لأنه مخالف للشرع فالطفل كما هو بحاجة الى امه لترعاه و تقوم بتربيته فهو بحاجة إلى أن يرى أبيه و يتواصل معه.[1]

المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري تشترط على القاضي عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة"

يتضح بأن المشرع الجزائري أمر القاضي بإعطاء حق الزيارة و لو غفل عنها المعني بالأمر وأن الحكم يكون معيبا اذا نطق بحكم اسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا.

وحق الزيارة منصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري لم يكن حصرا على الأب أو الأم ممن تسند إليه الحضانة بل يتعدى الامر الى كل من له مصلحة فقد تقرر للجد أو العم او الخال او أي شخص اخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به حفاظا على مصلحته .

ما يمكن استخلاصه من هذه المادة على المشرع الجزائري عند ما يلزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة ان يحدد معنى الزيارة و مكانها ووقتها كما عليه ان يحدد الحالات او الظروف التي يسقط الحق في الزيارة.

[1]– التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 887.

وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري على أن حق الزيارة يكون في العطل و الاعياد و المناسبات الدينية و الوطنية ومسألة العطل هي العطل الموسمية و الاسبوعية فالقضاء اقر حق زيارة المحضون مرة كل اسبوع[1].

وحق الزيارة مكفول قانونا احاطه المشرع بجملة من الضمانات القانونية حسب ما اشارت اليه المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه أذا اراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد اجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له و اسقاطها عنه مراعاة لمصلحته المحضون ،ما يمكن استنباطه من هذا النص هو أنه لا يبعد الطفل المحضون عن أحد والديه و يبقى على تواصل دائم معهم و ذلك رعاية لمصلحته. كما رتب قانون العقوبات الجزائري عقوبات جزائية لمن يخل هذا الحق الزيارة في الحالات التالية :

أ- اذا احتجز الطفل شخص امتنع عن تسليم الطفل الى من له الحق في طلبه قانونا يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن 05 سنوات.

ب- إذا قام أحد الوالدين أو أي شخص آخر بخطف الطفل مباشرة أو بواسطة شخص آخر و أضر بصاحب الحق في حضانة الطفل لمقتضى حكم قضي به بهذا الحق يعاقب الأب أو الأم أو الشخص الذي خطف القاصر بالحبس لمدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على 5000دج .

المطلب الثالث

انتهاء المدة المحددة للحضانة

للحضانة مدة تنتهي فيها، وبالتالي إذا اسندت في بداية الأمر إلى التي طلبتها، والزام الأب بالنفقة و السكن و يحمل المسؤولية فقد تنتهي بانتهاء المدة المحددة شرعا وقانونا

[1]- باديس دبابي، المرجع السابق ،ص 39.

وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الاول : انتهاء مدة الحضانة في التشريع الاسلامي

كما هو معروف فالطفل الصغير منذ ولادته فهو يحتاج امه الى غاية بلوغه سن معينة لكن انتهاء الحضانة محل خلاف بين فقهاء الشريعة السمحاء بحيث انها تنتهي بمجرد استغناء الصغير عن خدمة الحاضنة.

فبعض الفقهاء يقول بأن حضانة الاطفال تنتهي بمجرد بلوغهم سن السابعة من عمرهم ،اما الاناث ببلوغهن سن التاسعة من عمرهن و هذا ما قاله الامام ابو حنيفة [1] اما المالكية تنتهي الحضانة عند الاطفال متى بلغوا، اما الاناث تنتهي متى تزوجن و دخلوا بهن[2]

الشافعية يرون ان الحضانة تنتهي ببلوغ المحضون سن التمييز سبع او ثمانية سنوات ، فاذا انتهت حضانته يختار احد والديه ويضم اليه .

الفرع الثاني: انتهاء مدة الحضانة في التشريع الجزائري

حسب المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه :تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه سن 10سنوات و الانثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى16سنة اذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية على ان يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .

نستنتج من المادة السابقة الذكر أنها تتضمن قاعدتين اساسيتين هما الاولى تتعلق بانقضاء مدة الحضانة و انتهائها بحكم القانون و الثانية متعلقة بتمديد الحضانة بحكم من المحكمة.

[1]– حداد عيسى، المرجع ص 197.

[2]–رمضان علي الشرنباصي، مرجع السابق ،ص184.

ففيما يتعلق بانقضاء مدة الحضانة بحكم القانون فان المدة التي يمكن ان يتخاصم خلالها الحاضنون على حق حضانة الطفل الصغير هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره و المدة التي لم تكن فيها الانثى قد بلغت سن الزواج وهو السن المحدد في المادة 07 من قانون الاسرة الجزائري[1] بتسعة 19 عشر سنة من عمرها.

فعندما يبلغ الذكر السن العاشرة 10سنوات، و تبلغ الانثى سن 19 سنة لم يعد للوالدين الحق في التنازع على الحضانة و لا يحق لهم اللجوء الى المحكمة للمطالبة بذلك.

فكل واحد منهما لا يحتاج الى من يحضنه انما يحتاج الى من يهتم بمستقبله ، من حيث التعليم والتربية و التوجيه نحو الطريق المستقيم .

اما فيما يتعلق بتمديد مدة الحضانة يجب ان يكون بموجب قرار من المحكمة بشرط ان يكون طالب التمديد هي الام نفسها وان لا تكون متزوجة ثانية مع زوج اجنبي للمحضون ، و لتوضيح اكثر مثلا الام التي اسندت لها حضانة الطفل الصغير مثلا عمره 6 سنوات ولما يبلغ 10 سنوات فللام الحق ان تطالب من المحكمة و ابقائه عندها الى غاية بلوغه سن 16 سنة من عمره ليتمكن من الاعتماد على نفسه دون الحاجة الى من يرعاه، اما الغير اللذين اسندت لهم الحضانة فلا يمكنهم طلب التمديد، كما لا يمكن للام ان تطالب بتمديد حضانة البنت مطلقا لان حضانتها تنتهي عند سن الزواج.

و فيما يخص تمديد الحضانة بقرار من المحكمة . يكون بناءا على طلب الحاضن، فإنه يجوز للقاضي ان يقضي بتمديد مدة الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكور إذا انتهت المدة القانونية للحضانة ، وطالب الحاضن من المحكمة بتمديدها.

يشترط أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة ثانية مع زوج آخر ليس ذي محرم للمحضون. أما بشأن الحاضنين من غير الأم أو الاب فلا يجوز لهم طلب تمديد مدة انتهاء

[1] -قانون رقم 05-02 المرجع السابق

الحضانة كما لا يجوز لا للأم و لا للأب طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة البنت مطلقا لأن حضانتها تنتهي ببلوغها سن الزواج.

وما يمكن ذكره بأن التشريع الجزائري لم يتطرق الى وضعية الاطفال المحضونين بعد انقضاء مدة الحضانة وبالتالي يمكن الرجوع إلى اجتهادات الفقهاء المسلمين المختلفة فهناك من يقول بعودة المحضون الى الأب بحكم الشرع و ليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى من الأم هناك من يقول بأن المحضون له الخيار أن يعود إلى أحدهما.

في هذه الحالة يمكننا القول بأن المحضون بعد انقضاء أجال الحضانة عليه أن يختار الإقامة مع أحد الوالدين أين يجد راحته النفسية والطمأنينة.[1]

ما يمكنه استخلاصه الفصل الأول من هذه المذكرة هو أن الحضانة هي رعاية الولد و تربيته على دين أبيه وحمايته من الانحراف و الحضانة تمنح لمن تتوافر فيه الشروط المذكورة آنفا و نكرر دائما مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك كما يجب توفير مسكن لائق مع حاضنته و على القاضي في كل الأحوال عدما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر.

فإسناد الحضانة لأحد الطرفين ، يجعل الطرف الآخر متضرر يلجأ لرفع دعاوى عديدة من أجل الحصول على حصة في الحضانة وبالتالي ظهور مشاكل كثيرة خاصة أمام القاضي الذي يكون ملزما بإصدار أحكام في القضايا المعروضة عليه.

و هذا ما سنتناوله في الفصل الثاني من خلال دعاوى الحضانة و الاشكالات المتعلقة بها.

[1]– سعد عبد العزيز ، المرجع السابق ،ص 298– ص 299.

الفصل الثاني:

التكريس القضائي لحق الطفل في الحضانة

من اهم الأثار القانونية لانحلال الرابطة الزوجية أو الطلاق ، ما يعرف قانونا و فقها بالحضانة ، و هي وسيلة لرعاية للأطفال و الحق الذي أقرته الشريعة الاسلامية و نظمت أحكامها ، و على غرارها سارت القوانين الوضعية ، فالطلاق من شأنه أن يرتب اسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها شرعا و قانونا ، و الأمر الذي يقتضي معه وضعه بين أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، فالمقصود بالتطبيقات القضائية للحضانة ، أهم الدعاوى المقررة لها قانونا و من هنا المنطلق يظهر دور القاضي في الفصل هذه الدعاوى بالتالي صاحب الدعوى لا يخلو أمره من أحد هذه الفرضيات فهو اما أن يطالب بها لنفسه أو بإسقاطها عن غيره ، كما يمكن لمن صدر الحكم لصالحه بإسناد الحضانة له ، أن يطلب بتمديدها في حالة انتهاء مدتها.

وما يمكن ذكره في هذا المجال أنه سواءا في التشريع أو الأحكام الصادرة من خلال هذه الدعاوى، لا بد من مراعاة مصلحة المحضون. و قاعدة مصلحة المحضون تطرح عدة اشكالات أمام القاضي ، فكل طفل حسب حالته الخاصة خلافا عن الأطفال الأخرين .

و من بين الاشكالات التي تثور في هذا المجال هي اشكالية الزواج المختلط ، الذي يمكن ان يقع بين الجزائريين و الأجانب ، ففي حالة الطلاق يحدث أن يحكم القاضي بالحضانة للأم الأجنبية أو الأب الأجنبي ، وهذا ما لا يقبله الأب الجزائري او الأم الجزائرية ما بزيد الأمر أكثر تعقيدا.

و كذا اشكالية الانتقال المحضون، خاصة اذا كانت الأم لا تقيم في نفس البلد الذي يقيم فيه الاب ، كل هذه النقاط نتناولها بالتفصيل في المبحثين الآتيين ، المبحث الاول أبرز الدعاوى المتعلقة بالحضانة و أهم الإشكالات المتعلقة بها في المبحث الثاني .

المبحث الأول

الدعاوى المتعلقة بالحضانة

هناك عدة دعاوى متعلقة بالحضانة تختلف باختلاف سببها، فهناك من يرفع الدعوى لإسقاطها عن صاحبها لعدم توفر شرط من شروطها، فمثلا الأم التي تتزوج برجل أجنبي عن الطفل المحضون بعد أن اسندت لها حضانة الطفل ، رغم أن القانون ألزمها بعدم الزواج بغير قريب محرم للمحضون، في هذه الحالة يمكن لوالد المحضون رفع دعوى مدنية يطالب فيها بإسقاط الحضانة عن الأم التي تزوجت بغير قريب محرم عن المحضون.

وتنتهي مدة حضانة الذكور ببلوغهم 10 سنوات أما الاناث ببلوغهن سن الزواج، بالنسبة للولد الذي بلغ سن 10 سنوات تنتهي حضانته عن امه قانونا و بالتالي يحق لأمه رفع دعوى مدنية ، تطالب فيها تمديد فترة الحضانة الى غاية سن 16 سنة رعاية لمصلحة الطفل المحضون.

كما تجدر الاشارة أن هناك دعاوى جزائية ، مثلا دعوى عدم تسليم الطفل المحضون الى من أولت له حضانته، كما يمكن للأم التي اسندت لها حضانة الولد الصغير بإخفاء هذا الأخير عن والده عندما يأتي لزيارته أو ابعاده عن منزل الأم حتى لا يراه أبدا.

وسنتناول بالتفصيل في المطلبين الآتيين، حيث نتناول في المطلب الأول الدعاوى المدنية للحضانة و في المطلب الثاني نتناول فيه الدعاوى الجزائية .

المطلب الاول

الدعاوى المدنية للحضانة

تعتبر مصلحة المحضون من الأهداف التي تسعى لتحقيقها، فإذا اختل شرط من شروطها يمكن لمن تتوفر فيه شروط رفع الدعوى الصفة والمصلحة و الاهلية ، ان يرفع الدعوى يطالب فيها إسقاط الحضانة لان سقوطها، لا يكون تلقائيا هكذا فلا بد من صدور حكم قضائي صادر في هذا المجال، كما انه اذا زال سبب سقوط هذه الدعوى ترفع دعوى اخرى يطالب فيها بعودة الحضانة اليه.

كما يمكن للأم من جهة اخرى، اذا انتهت مدة حضانة ولدها البالغ من عمره 10 سنوات ان تطالب بتمديدها الى سن 16 سنة اذا كان ذكرا . بالتالي نتناول في الفرع الاول دعوى اسقاط الحضانة ، وفي الفرع الثاني دعوى عودة الحضانة ، و دعوى تمديدها في الفرع الثالث.

الفرع الأول – دعوى اسقاط الحضانة :

الحضانة هي رعاية الولد وتربيته على الوجه المطلوب شرعا وقانونا فهي ليست دائمة تنتهي بانتهاء مدة معينة أو تسقط لأسباب محددة في القانون[1]، فالحضانة هي أداة أوجبها الشرع والقانون فإذا قام بها الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية مدة الحضانة، أما إذا اختلف بالتزام من التزاماته أو فقد شرطا من شروطه أوجب إسقاطها عنه[2].

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص260.
[2] سعد فضيل، المرجع السابق، ص378.

اولا – سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون:

يعتبر زواج الام الحاَضنة بغير قريب محرم للمحضون ، احدى الحالات التي تسقط فيها حق الحضانة ، وهو ما نصت عليه المادة 1/66 من قانون الاسرة الجزائري" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم "

فالأم التي اسندت لها حضانة الأطفال بمجرد زواجها برجل اجنبي يسقط حقها في الحضانة، حيث تمنح لغيرها و ذلك لا يكون الا بناءا على دعوى يرفعها الأب او غيره ممن اسند اليهم القانون هذا الحق.

نلاحظ ان المشرع الجزائري من خلال نص المادة السابقة، لم يتطرق اطلاقا الى سقوط الحضانة عن الأب في حالة زواجه ثانية بامرأة اجنبية عن المحضون، كما هو الحال بالنسبة للام الحاَضنة، باعتبار ان الزوج الاجنبي لن يرحم الطفل الذي تحضنه أمه، فكذلك بالنسبة للمرأة الاجنبية[1] التي يتزوجها الأب لن تعامل الطفل المحضون كأولادها الحقيقيين وهو ما نعيشه حاليا في واقعنا اين نرى زوجة الأب تتعامل بقسوة مع ابناء زوجها ، حيث تقوم بضربهم و حرمانهم من لقمة العيش خاصة في غياب الأب.

و بالتالي فعلى المشرع الجزائري ان يضع نصا يسقط فيه الحضانة عن الأب بعد زواجه مرة ثانية من امرأة اجنبية عن الطفل و اسناد الحضانة الى الجدة باعتبارها اولى من غيرها .

ثانيا– سقوط الحضانة بالتنازل عنها :

حسب ما اشارت اليه الفقرة الثانية من نص المادة 66 من قانون الاسرة الجزائري، فان الحق في الحضانة يسقط في حالة ما اذا تنازل عنها صاحبها بشرط ان لا يضر بمصلحة المحضون. فعلى المحكمة ان لا تقبل تنازل الأم الحاضنة اذا كان ذلك يضر بمصلحة الطفل الرضيع.

[1]––سعد عبد العزيز ، المرجع السابق 300.

وهو ما اكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية ، على انه كل تنازل تقدمه الأم يجب وجود حاضن اخر يقبل منها تنازلها ، وان يكون قادرا على

ذلك ، فان لم يكن هناك حاضن يقبل حضانة الاولاد فان تنازلها غير مقبول، والقضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الحضانة.[1]

بحيث لا يمكن للقاضي ان يعتمد في حكمه على تنازل الام فقط ، دون النظر الى مصلحة الطفل المحضون ، بل يمكنه ان يجبرها على البقاء مع ابنها ، حتى ولو كانت بعض شروط الحضانة لم تتوفر فيها، كتلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون وهو الراي الذي اخذ به الدكتور سعد عبد العزيز .[2]

ثالثا- سقوط الحق في الحضانة في حالة ما اذا لم يطالب بها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة دون عذر:

عند انحلال الرابطة الزوجية ، و مغادرة الام لمنزل الزوجية تاركة وراءها اولادا عند والدهم دون ان تطالب خلال فترة سنة حضانتهم ن فان ذلك يسقط حقا في المطالبة بحضانتهم .

فالذكر الذي بلغ سن العشر سنوات 10 ، يمكن لوالده او غيره ممن يستحق حضانته ان يرفع دعوى اسقاط الحضانة عن امه ما لم تتمسك بها خلال سنة من تاريخ نهاية 10 سنوات يسقط حقها في الحضانة لعدم مطالبتها بتمديدها.[3]

[1] – المحكمة العليا ،الصادر ،غرفة الاحوال الشخصية ، قرار رقم 44858 الصادر بتاريخ 1990/07/07، المجلة القضائية، لسنة 1990، العدد 4،ص50.

[2] – سعد عبد العزيز ، المرجع السابق ،ص 295

[3] – المحكمة العليا الصادر غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 32829 الصادر بتاريخ 1984/07/09، ، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 01 ص60.

رابعا – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة بسبب سكنهما مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منه:

عندما تسند الحضانة الى الجدة أو الخالة بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة ، فلا يجب ان أن تسكن مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، و إلا سقط حقها في الحضانة و تعود الحضانة الى من يليهم حسب الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري، متى توافرت فيه شروط الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون ، و هو ما نصت عليه المادة 70 من القانون السالف الذكر يسقط حضانة الجدة أو الخالة ، اذا سكنت بمحضونها مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

فعلى الجدة أو الخالة عندما تسند اليها الحضانة أن تسكن في بيتها لوحدها مع المحضون للمحافظة عليه و القيام بشؤون على أكمل وجه.

خامسا – سقوط الحق في الحضانة عند اختلال شرط من شروطها:

من تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق ا.ج تسقط الحضانة وجوبا إلا إذا استدعت مصلحة المحضون غير ذلك.

وعليه فإذا ثبتت فساد اخلاق الحاضنة أو ارتكابها لجريمة الزنا، أو لم تعد قادرة على تربية المحضون سقطت عنها الحضانة.

سادسا – سقوط الحق في الحضانة عند الاقامة في بلد أجنبي :

الاقامة في بلد أجنبي مع الطفل الصغير المحضون، يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و اسنادها الى الأب ، لأنه يتعذر عليه الاشراف على ابنه المقيم مع أمه الحاضنة، في بلد خارج الوطن و منعه من حق زيارته لبعد المسافة.[1]

و هو ما قضت به المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 2005/10/12، بقولها من المقرر شرعا و قانونا ، أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون و ان اسنادها للأم، أثبت انها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون و الاجتهاد القضائي.[2]

الفرع الثاني : دعوى عودة الحضانة

الأم التي اسندت لها حضانة أولادها ، قد تسقط حضانتها، بمجرد زواجها ثانية من رجل أجنبي غير محرم للمحضون، و بالتالي بمجرد طلاقها من الزوج الثاني الأجنبي عن المحضون أو وفاته فإن حقها في الحضانة الأولاد سيعود اليها. و هو نصت عليه المادة 71 من القانون 05-02المؤخ في 2005/02/25على ان حق الحضانة يعود اذا زال سبب سقوطه.

و كذلك الامر بالنسبة للجدة التي اسندت لها حضانة الاولاد، فان حقها في الحضانة يسقط بمجرد ان تسكن مع الزوج الاجنبي، و يعود اليها هذا الحق اذا سكنت معه في منزل مستقل .

[1] – المحكمة العليا ،الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية ، قرار رقم 43594، نشرة القضاة الصادر بتاريخ 1986/09/22 ، العدد44 ص175

[2]– المحكمة العليا غرقة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 334543 ، صادر بتاريخ 2005/10/21 –نشرة القضاة 2008 العدد 62 ص 381.

و مهما يكن من أمر فإن الحق في الحضانة يعود الى من يستحقها ذلك لا يكون الا بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة.

الفرع الثالث : دعوى تمديد فترة الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر سن 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و الدخول بها، في هذه الحالة يكون للمحضون الحق في اختيار من ينتقل اليه و يعيش معه ، و لا يحق لأي طرف رفع دعوى للمطالبة بالحضانة ، و هو ما نصت اليه المادة 65 من قانون الأسرة و للقاضي أن يمدد الحضانة الى 16 سنة اذا كان ذكرا.

ومن خلال المادة السالفة الذكر ، نستنتج أن الأم وحدها ما لم تتزوج ثانية دون غيرها، من الحاضنات و الحاضنون من حقها أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى، تمديد حضانتها لولدها الذكر الى غاية 16 سنة من عمره مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

ملاحظة : من اجراءات رفع دعوى اسقاطّ أو تمديد الحضانة أن تتوفر في المدعي الصفة ، المصلحة و الأهلية بمبدأ عام طبقا لنص المادة 13 من القانون الاجراءات المدنية و الادارية.[1]

و من بين شروط تمديد الحضانة ما يلي:

1- جب ان يكون التمديد للام الحاضنة .

2-يجب ان تكون الام الحاضنة غير متزوجة بغير قريب للمحضون.

3-يجب ان يصدر الحكم القضائي بشان ذلك.

[1]- قانون رقم 08-09 مؤرخ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ،ج.ر 21 مؤرخة في2008/04/23 المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12يوليو سنة2022 ج.ر رقم 48 مؤرخة 2022/07/17.

المطلب الثاني

الدعاوى الجزائية المتعلقة بالحضانة

هناك مجموعة من الجرائم التي نص عليها قانون العقوبات الجزائري ، في حالة مخالفة ، الأحكام المتعلقة للحضانة و عدم احترامها ، لضمان المحافظة على تنفيذها حماية لمصلحة المحضون.

و من بين هذه الجرائم نجد جريمة عدم تسديد النفقة للمحضون و جريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون الى حاضنته ، بعد صدور حكم قضائي بذلك ، كما أن هناك ايضا من لا يقوم بتنفيذ حكم الزيارة في حالة تحصله على حضانة الأطفال ، لذلك نجد المشرع أقر متابعات جزائية لمن يقوم بهذه الجرائم.

لذلك سنتناول في الفرع الأول جريمة عدم تسديد النفقة ، جريمة الامتناع من تسليم الطفل الى حاضنته في الفرع الثاني و جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة في الفرع الثالث.

الفرع الأول: جريمة عدم تسديد نفقة الطفل المحضون

تعتبر جريمة عدم تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية [1]، أو القرابة و ذلك بتهرب الملزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب . فجريمة الامتناع عن تسديد نفقة المحضون يترتب عليها أثار سلبية لذلك تدخل المشرع الجزائري و رتب جزاء على من لا يدفعها للمحضون .

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان و هم :

- **الركن الشرعي:** تتمثل في النص القانوني الذي يجرم الفعل ، و هو ما اشارت اليه المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري على انه يعاقب ، كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز

[1]–بوسقبعة أحسن ،الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الأول ، دار هومه الجزائر 2009،ص180.

الشهرين من تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة اسرته ، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجه أو أصوله أو فروعه ، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة اليهم و يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت عكس ذلك.

- **الركن المادي:** لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة يتمثل فيما يلي:

- **أولا:** السلوك الاجرامي الذي يظهر الى العالم الخارجي، فالشرع لا يعاقب على النوايا تتمثل في الامتناع عن أداء مقدار النفقة المحكوم بها قضاءا.[1]

-**ثانيا:** عدم اشتراط النتيجة الاجرامية في جريمة، الامتناع عن تسديد النفقة حسب المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري نتيجة الامتناع عن تسديد النفقة تقوم الجريمة دون الحاجة الى تحقيق نتيجة.[2]

-الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن النفقة للمحضون :

لا يكفي لقيام هده الجريمة فعل مادي معاقب عليه ، لابد أن يصدر الفعل عن ارادة الجاني، فهي جريمة عمدية تستدعي توافر القصد الجنائي أي امتناع المتهم عن دفع النفقة المقررة لمدة شهرين ، لذا تعتبر جنحة الا اذا توافر عنصر العمد أي العلم و الارادة.

فالعمد لا يتحقق الا بعلم المتهم بالحكم القضائي الذي يقضي تبليغه تبليغا صحيحا وفقا للقواعد العامة.[3]

لا يشترط في المتابعة تقديم شكوى من طرف الدائن بالنفقة، فلوكيل الجمهورية مباشرة اجراءات المتابعة تلقائيا ، كما ان سحب الشكوى أو التنازل عنها لا يؤدي الى انقضاء الدعوى

[1]- بلقاسم سويقات ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص 148 1998،ص 148.

[2] - احسن بن شيخ أن ملويا ، المنتقى في القضاء الجزائي ، الجرائم ضد الاسرة و الجرائم ضد الأموال ، دار هومه الجزائر، ص66

[3]- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،ص 108

العمومية، فالشكوى ليست شرطا للمتابعة العقوبات المقررة لجريمة الامتناع عن تسديد نفقة المحضون حسب المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري ، يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاثة سنوات و بغرامة مالية 50000 دج الى 300000 دج، كل من امتنع عمدا من تسديد لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة لإعالة أسرته

الفرع الثاني : دعوى عدم تسليم الطفل المحضون الى حاضنته

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 328 من قانون عقوبات الجزائري، الشرع فرض هذه العقوبات لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاء.

أولا: الشروط الاولية لقيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل :

1-**القاصر:** في القانون المدني القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد 19 سنة .

لتحديد مفهوم القاصر في قانون الاسرة الجزائري استنادا الى انقضاء فترة حضانة ببلوغه 16 سنة والانثى ببلوغها سن الزواج و هو 19 سنة .[1]

2-حكم قضائي قد يكون نهائي او مؤقتا ، فيجب ان يكون نافذا ، و المحكمة العليا قضت بعدم قيام الجريمة في حالة عدم شمول الحكم بالنفاذ المعجل و عدم صدور حكم نهائي فيه.

ثانيا- الركن المادي :

هذه الجريمة تقوم ولو بغير تحايل ، و الركن المادي يأخذ 4 اشكال :

1- امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رعايته عن تسليمه الى من وكلت اليه حضانته بحكم قضائي .

[1]-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 16 صفر غام 1386 الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 2006/12/24.

2- حمل الغير على خطف القاصر وابعاده

3- ابعاد القاصر : فمن استفاد من حق الزيارة يستغل الفرصة لاحتجازه

4- خطف القاصر: وهو اخذ القاصر ممن وكات اليه حضانته او من الاماكن التي وضع فيه.

ثالثا-الركن المعنوي:

هذه الجريمة عمدية تقتضي توافر القصد الجنائي ، يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي، ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم .

فلا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الا بناءا على شكوى الضحية ولكن بمجرد سحب الشكوى يضع حدا للمتابعة الجزائية. وهذا ما اشارة اليه المادة 329 مكرر من القانون العقوبات الجزائري.

هذه الجريمة مقيدة بشكوى ، لذلك فالنيابة العامة لا يمكنها ان تتصرف من تلقاء نفسها اذا وصل الى علمها نبأ وقوع الجريمة ، فعليها ان تنتظر ان يتقدم الضحية بشكوى امامها او امام الضبطية القضائية ، لانها تمس بنظام الاسرة و بالتالي لا يجوز لاحد ان يحرك الدعوى العمومية حتى و لو كانت النيابة العامة.[1]

لكن النيابة العامة تسترد حريتها في المتابعة بمجرد ان يقدم المجني عليه بشكوى فتملك حفظ الدعوى في حالة ما اذا رات ان اركان الجريمة غير متوفرة ، ومن جهة اخرى يمكن للمجني عليه ان يسحب الشكوى حفاظا على مصلحة المحضون والعلاقات الاسرية ، فاذا تم صفح الضحية عند سير النيابة العامة في الدعوى ، عليها ان تحفظ الملف، غير انه اذا كان الملف عند قاضي الحكم عليه ان يصدر حكم بانقضاء الدعوى العمومية.

فاذا ما سحبت الشكوى من المجني عليه لا يمكنه رفع الدعوى مرة اخرى على نفس الموضوع .

[1]- الأمر 66-156 ، المرجع السابق .

رابعا –العقوبات المقررة لجريمة الامتناع عن تسليم الطفل :

نظرا لصلة الدم التي تربط الجاني و المجني عليه في هذه الجريمة ، قرر لها المشرع الجزائري عقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية.

–فاذا وجد الطفل محل الحضانة عند شخص معين أو تحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه، وبعد صدور حكم قضائي لمنح حق حضانة هذا الطفل و حق الزيارة الى شخص ثاني و التي هي أمه أو جدته، وامتنع هذا الاخير عن تسليم الطفل الى من له الحق في حضانته دون مبرر شرعي ولا قانوني، فانه سيعرض نفسه الى ارتكاب جريمة الامتناع عن تسليم الطفل الى من له الحق في المطالبة به كان قد قضي في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل.

و المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري تشير الى انه يعاقب كل من الاب او الام او اي شخص اخر لا يقوم بتسليم قاصر ، قضي في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، او بحكم نهائي الى من له الحق في المطالبة به بالحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 20000 دج الى 100000دج.

كما تعاقب كل من خطف قاصر وأبعده عن تلك الاماكن عن حاضنه ولو وقع ذلك بغير تحايل او عنف ، كما ان العقوبة تزداد اذا كانت قد اسقطت السلطة الابوية عن الجاني الحبس لمدة ثلاث سنوات.

القضاء الجزائري لم يعتبر الامتناع عن تسليم الطفل المحضون سببا من اسباب اسقاط الحضانة، بالرغم من ان مرتكبه يعاقب على الامتناع الجزئي كما اشارت اليه المادة 328 ق .ع .ج المذكور سابقا.

الفرع الثالث : جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة عند اسناد الحضانة

يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة لاحد الزوجين او غيرهما ، ان يحكم بحق الزيارة للطرف الاخر ، حسب ما اشارت اليه المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري .

و كذا المادة 07 من الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا ،حول الابناء الناتجين عن الزواج المختلط انه يتعرض للمتابعة الجزائية كل من امتنع عن تسليم الاطفال الى حاضنهم او رفض ممارسة الزيارة داخل حدود الدولتين او بين حدودهما ، عندما يكون هذا الحق منح للطرف الاخر بموجب قرار قضائي ، وبالتالي بمجرد تقديم شكوى من طرف الوالد الاخر يقوم وكيل الجمهورية بمباشرة اجراءات المتابعة الجزائية على كل من ارتكب المخالفة .

فيجب على الطرف الذي صدر الحكم بإسناد الحضانة اليه ان لا يحرم الطرف الاخر من زيارة ابنائه في الاماكن المحددة في الحكم ، و اذا خالف ذلك يكون قد ارتكب جريمة تمس بنظام الاسرة والمعاقب عليها في المادة 328من قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الثاني

الاشكالات المطروحة في مجال اسناد الحضانة

ان المشرع الجزائري وضع احكاما خاصة بالحضانة ، وذلك بموجب الامر 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/27 المعدل والمتمم للأمر 11/84، فعدل الكثير من المواد من اجل حماية افضل للمحضون ، الا انه في مجال القضاء نجد العديد من الثغرات القانونية التي تحول دون ذلك[1]

نظرا لتطور الحياة البشرية في الآونة الاخيرة ، ما ادى الى ازدياد عدد المهاجرين خاصة الى فرنسا ، و ظهور العديد من الاشكالات التي تصادف القضاة ، ومن بين هذه الإشكالات

1-قندوزي دلال ، المرجع السابق ،ص 34.

المطروحة خاصة في مجال الحضانة هي اشكالية الابناء الناتجين عن الزواج المختلط ، اذ في الغالب عند النطق بالحكم بالحضانة للزوج الاجنبي دون الجزائري تحدث مشاكل كرفض الاب الجزائري انتقال الام الاجنبية بالمحضون الى الخارج ،و اشكالية مراعاة مصلحة المحضون من طرف القاضي و كيفية تقديرها، فكل قاضي عند النطق بحكم الحضانة لاحد الاطراف عليه دائما ان يراعي مصلحة المحضون ، و كذا اشكالية الانتقال بالمحضون من البلد الذي يعيش فيه الى بلد اخر.

وبالتالي فالقاضي مهما اعترضته هذه الاشكالات ، عليه دائما اصدار احكام والا عد ذلك انكارا للعدالة، وعليه دائما ان يراعي مصلحة المحضون سوآءا عند اسناد الحضانة او إسقاطها .

لذلك سنتناول في المطلب الاول اشكالية الزواج المختلط و تأثيره على الحضانة في المطلب الثاني اشكالية مراعاة مصلحة المحضون ، واشكالية الانتقال بالمحضون في المطلب الثالث.

المطلب الأول

اشكالية الزواج المختلط وتأثيره على الحضانة

من مصلحة الاسرة ان يتوحد القانون الذي يحكم احوالها الشخصية، فاذا كان من السهل توحيد موطن الاسرة ، فانه من العسير توحيد جنسيتها في بعض الاحيان [1] ، خاصة في حالة الزواج المختلط، لذلك سعت العديد من التشريعات بما فيها التشريع الجزائري ، الى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط ، خاصة بعد الطلاق بين الزوجين لان الطفل اول ضحية الناتج عن هذا الانفصال.

[1]– د.زروتي الطيب ،قانون دولي الخاص الجزائري ، الجزء 1 ، تنازع القوانين ، ص 127.

لقد اهتمت اغلب التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري لمسالة الولاية خاصة بعد التعديل الاخير لقانون الاسرة05 /02 المؤرخ في 2005/02/27 في المادة 87التي تنص على انه" يكون الاب وليا على على اولاده القصر ، و في حالة وفاته تحل الام محله قانونا و في حالة غياب الاب او حصول مانع له ، تحل الام محله للقيام بالأمور المستعجلة، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له الحضانة" .

من خلال نص المادة السابقة الذكر ، يتضح لنا انه بعد الطلاق ، او الوفاة تمنح الولاية لمن اسندت اليه حضانة الطفل.

الفرع الأول : اشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر (الاتفاقية الجزائرية الفرنسية)

معظم المهاجرين الجزائريين يتوجهون نحو فرنسا ، ذلك راجع الى أسباب تاريخية ، و ما نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين ، لأن هذه العلاقات الزوجية لم تكتمل كلها فقد سادها العديد من المشاكل مما أدى الى وقوع الطلاق و للمحافظة على هؤلاء الاطفال الناتجين هذا الزواج المختلط ، أبرمت الجزائر و فرنسا اتفاقية في 21 يونيو 1988 [1]، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الطلاق ، وذلك رعاية و حماية لهؤلاء الأطفال و العمل على حرية تنقلهم مراعاة لمصالح هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى . و لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارة العدل لكلا البلدين سلطتين مركزتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية.

من بين الالتزامات في هذه الاتفاقية ما ورد في نص المادة 06 من الاتفاقية في الفقرة الأولى، "يتعهد المتعاقدان لصفات ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين و في ما بين حدودهما .[1]

الفرع الثاني: إشكالات الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

عند تنازع القوانين حول القانون الواجب تطبيقه هل يطبق القانون الوطني او الأجنبي' نلاحظ ان المشرع الجزائري في المواد م المادة 09 الى المادة 14 من التقنين المدني الجزائري، نص على ذلك لحل تنازع القوانين من حيث المكان ، كما انه نص في المواد من 10 الى 16 من القانون المدني السالف الذكر الى القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية .[2]

المشرع الجزائري لم يعرف في القانون المدني المقصود بالأحوال الشخصية و لا في قانون الأسرة المذكور سابقا ،لكن يدخل ضمنها العلاقة بين أفراد الأسرة كالزواج و اثاره ، اثبات النسب...الخ. مسألة الحضانة تدخل ضمن الأحوال الشخصية من خلال أثار انحلال الرابطة الزوجية.

فبرجوعنا الى قواعد الاسناد في المادة 12 من القانون المدني، فانه توضح على انه عند انحلال الرابطة الزوجية او الانفصال،" يسري على انحلال الزواج او الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى ".

ففي حالة الطلاق بين زوجين مختلفي الجنسية ، وان الزوج الاخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية ، فطبقا لقواعد الاسناد ، فانه يطبق القانون الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى.

[1]– مرسوم رقم 148/88مؤرخ في 17 يونيو 1988 المتضمن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين، الجزائريين الفرنسيين المؤرخة في 26 يوليو 1988 ج ر ، عدد 30 .

[2]– د. زروتي الطيب ،م رجع السابق ، ص 126.

فاذا كان الزوج جزائري يطبق قانون الأسرة الجزائري حسب المادة 13 من القانون المدني الجزائري. كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد في الجزائر فان من يوجد بها احق و لو كانت الأم غير مسلمة، و بالتالي فان الاحكام الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذ ها .[1]

كما أنه باستقرائنا لنص المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني، نجدها أيضا اخضعت انحلال الرابطة الزوجية الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، لكن المادة 13 من نفس القانون أي يطبق القانون الجزائري وحده عند انحلال الزواج متى كان احد الزوجين جزائريا عند ابرامه، بمعنى انه ربطها بحالة وحيدة، و هو عرض النزاع امام القاضي الجزائري ،لكن لو عرض النزاع امام جهة قضائية اجنبية فانه لا يطبق القانون الجزائري خاصة اذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي ، و هذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي، خاصة اذا كانت الأم أجنبية و اسندت لها الحضانة، ما يؤدي الى عدم تربية الطفل على دين أبيه ، كما هو منصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، وبالتالي فالقضاء الجزائري لا يجيز ان تسند حضانة أبناء الزوج الجزائري الى الأم أجنبية غير مسلمة و تقيم في بلد أجنبي.

المطلب الثاني

اشكالية مراعاة مصلحة المحضون

التشريعات الحديثة تسعى كلها الى الحفاظ على حقوق الطفل ، والتكفل بها ومن هذا المنطلق سعت الى وضع قواعد التي من خلالها يستطيع القاضي الى ضمان حماية حقوق

[1]–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26ديسمبر1945 المتضمن القانون المدني.ج5 عدد78الصادر في 30 ديسمبر 1976، معدل ومتمم.

الطفل و رعاية شؤونه و من بين القواعد التي وضعتها هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، هذه الاخيرة لقت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين ان اصبحت القاعدة الوحيدة التي بموجبها يفصل القاضي في جميع قضايا الحضانة المعروضة عليه ، حسب سلطته التقديرية .

و بالتالي سنتطرق الى تعريف قاعدة مصلحة المحضون ، والسلطة التقديرية للقاضي .

الفرع الاول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

كما ذكرنا سابقا فان الترتيب الوارد في نص المادة 64 من ق. ا. ج، هو من النظام العام ، فللقاضي السلطة التقديرية مخالفته ، مراعيا في ذلك مصلحة الطفل الصغير المحضون، لذلك يجب تسليط الضوء على المقصود بمصطلح مصلحة المحضون مع تحديد سلطة القاضي في تقديرها .

–المشرع الجزائري اشار لمصلحة المحضون لكنه لم يعطي له تعريف محدد، و لا المقصود به وبما ان المشرع استسقى احكام قانون الاسرة من الشريعة الاسلامية [1]،فان نص المادة 222 من ق .ا.ج، تحيلنا اليه يتفق الفقه الاسلامي ان مصلحة الانسان هي محور احكام الشريعة الاسلامية 1و اساسها و جوهرها .

و من بين اهم التعاريف المجمع عليها في تعريف مصلحة المحضون ، لخصها الامام الغزالي رحمه الله بقوله ، جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم ، ونعني بالمصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع من الخلق و هو حفظ عليهم دينهم ، انفسهم ، نسلهم ، مالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة ، فهو مصلحة ، وكل ما يفوق هذه الاصول الخمسة فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة.

فاذا طبقنا هذا التعريف على المحضون فانه اولى من غيره لها لضعفه وقلة حيلته وصغر سنه فلابد من حاضن يولي ويحفظ كل هذه الاصول الخمسة ، وهي بذلك مصلحة المحضون.

[1]–عمر دربالي، رضوان قسيمة ،مذكرة ماستر ،تحت عنوان، حماية الطفل المحضون، في قانون الاسرة الجزائري كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الاسرة ،سنة 2020،2021، ص 80 .

تتميز قاعدة مصلحة المحضون بعدة خصائص نذكر منها :

1- قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية :

أي تتعلق بكل طفل على حدى، فكل طفل له ظروف خاصة فهو محيط يعيش فيه ، فما يصلح لطفل حديث الولادة ، لا يصلح لطفل بالغ سن السادسة عشر 16 سنة .

2- قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية:

أي انها ليست قاعدة ثابتة بل متغيرة ، ومتبدلة من زمن لأخر ومن مجتمع لأخر ، وتتحكم فيها العادات و التقاليد و الاعراف ، في المجتمعات السائدة التي يعيش فيها الطفل و يتحكم في هذه القاعدة عنصرين :

- تغليب المصلحة المعنوية على المادية .
- تحقيق الامن والاستقرار النفسي و العاطفي للطفل.

ما يلاحظ من خلال الاطلاع على الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ، ان القضاء الجزائري تمسك في كثير القضايا بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، دون ان يخرج عن احكام الشريعة الاسلامية [1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

ان المشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، الاسمى فوق كل اعتبار مهما كانت العواقب ، غير ان هذه المصلحة اعطت للقاضي كل الصلاحيات للوصول الى ما هو اصلح للمحضون ، كما ان هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية الى اخرى ، حيث ان لكل قضية ظروفها المحيطة بها.

مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة ،ابرز مثال على ذلك ما ورد في قرار المحكمة العليا اين اعتبر القضاة اسناد الحضانة الى الجدة لام تطبيقا صحيحا للقانون

[1]-صالح خيضر، فارس دبه، احكام الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر ، في القانون الخاص، تخصص قانون الاسرة ، جامعة محمد الصديق بن يحي ،جيجل ،2016/2015 ص 50 ،51 .

على العم من دفع الطاعن لكبر سنها ، وان مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع ابيه لكون العلاقة الزوجية انحلت بالوفاة .

لكي يستطيع القاضي تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له ، عليه اللجوء الى عدة وسائل من خلالها يستطيع ان يصدر حكمه .

اولا- ما ورد في قانون الاجراءات المدنية و الادارية:

1-التحقيق: فعلى القاضي الاستماع الى اطراف النزاع ، سوءا الاب او الام لتحديد ايهما اصلح للطفل المحضون ، و ذلك من خلال الوثائق المقدمة من الطرفين ، والموازنة بينهما في الاثبات ، حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو اصلح للمحضون. و هذا ما اشارت اليه المادة 75 من ق. ا. م.

2-الانتقال و المعاينة

خولت المادة 146 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لقاضي شؤون الاسرة ان يطلب من الخصوم بأجراء معاينات على المكان الذي تمارس فيها الحضانة و الوسط الذي يعيش فيه من حيث اتساع المسكن او ضيقه و مدى قربه من المدرسة او بعده .[1]

كل هذه الحالات يدخلها القاضي في تقريره بإسناد الحضانة الى من يستحقها .

3- كما يمكنه الاستماع الى احد افراد العائلة . بعد ان يطلب القاضي بحضور اقارب الخصوم او اصهاره او زوج احد الخصوم ، بالإضافة الى اخوة و اخوات وابناء عمومة الخصوم، من اجل جمع الكثير من المعلومات لترجيح رايه حسب ما اكدته المادة 3/153من ق ا .م. ا.

كما ان سماع اقوال المحضونين لا يأخذ به القاضي لانهم لا يعرفون مصالحهم ، باعتبار ان شهادتهم تكون تحت الضغط والخوف، و بالتالي لا يمكن للقاضي ان يأخذ بها ، لان الاطفال عادة ما يختارون مع من يلهون .[1]

[1]-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية .الجريدة ج.ر 21 المؤرخة 2008/04/23، المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ 12 يوليو ن سنة 2022.ج.ر رقم 48 مؤرخة 2022/07/17.

المادة 425 من قانون ا. م. ا اضافت سلطة اخرى للقاضي في اطار التحقيق ، ذلك بتعيين طبيب او خبير او مساعدة اجتماعية بغرض الاستشارة، فالمشرع ترك المجال واسعا للقاضي في اتخاذ اية وسيلة تسهل عليه تقدير مصلحة المحضونين .

ثانيا: بعض المشاكل التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي

1-حالة عدم مطالبة الحضانة

حسب ما اشارت اليه المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري فالقاضي ملزم عند اسناده حضانة الابناء ان يحكم في نفس الوقت بحق الزيارة ، لكن في بعض الاحيان الخصوم لا يطالبون بحضانة ابنائهم . ما يمكن قوله في هذا المجال ان قانون الاسرة بعد التعديل لم يتعرض الى هذه المسالة، لأنه في حالة الطلاق اذا لم يطالب الخصوم بحضانتهم لا يمكن للقاضي ان يحكم به لان ذلك يعد خرقا لمبدا عدم جواز القضاة بما لم يطلبه الخصوم . الفريق الاول.

بما ان الحضانة حق فهي ايضا واجب ، وبالتالي فالمحكمة ملزمة بان تحمل صاحب الحق حقه وصاحب الواجب واجبه، و ذلك مراعاة لمصلحة المحضون فالتعديل الاخير لقانون الاسرة 02/05 دعم اكثر سلطة للقاضي في حماية مصلحة المحضون ، بعدما جعل النيابة العامة كطرف اصلي في قضايا الاسرة ، بمكنها في حالة عدم مطالبة الاطراف للحضانة ان تقدم طلبات بذلك لكي تقرر مصير الطفال بعد فك الرابطة الزوجية. الفريق الثاني.

2- تعدد الاطفال المحضونين:

قد يجد القاضي نفسه امام واجبين ، في حالة تعدد الابناء المحضونين ، فإما ان يحافظ على الروابط العائلية او العلاقات الاخوية ، و مراعاة مصلحة كل محضون .

فمن خلال القرارات الصادرة عن المجالس القضائية ان القضاة يأخذون القرار في حالة تعدد الابناء المحضونين في حين يعتبر اجتهاد من اجتهادات المحكمة العليا ، فهو غير ملزم

---

[1]-قندوزي دلال ، المرجع السابق ،ص138 .

.

للقاضي ، وعليه الفصل قضايا الحضانة يكون حسب ظروف كل طفل على حدى ،و مصلحة المحضون تختلف باختلاف الاعمار فما يكون اصلح للرضيع لا يكون مثل البالغ ، فهذا الاخير يحتاج الى ابيه، بينما الرضيع الى امه . [1]

وهو ما اكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها بمبدأ عدم تجزئة الاخوة في الحضانة واهم ما جاء في القرار اسناد حضانة البنتين للاب مع الحاق الابن الصغير معهم اعمالا بمبدأ عدم تجزئة الحضانة لان مصلحة الطفل تقتضي العيش مع اختيه تحت رعاية الاب[2]

المطلب الثالث

الاشكال المتعلق بالانتقال بالمحضون

بعد فك الرابطة الزوجية تظهر العديد من المشاكل ، من بين هذه المشاكل الانتقال بالمحضون خاصة اذا كانت الام تسكن بعيدة عن مسكن الزوج ،او العكس ونلاحظ ان المشرع الجزائري لم يشر الى هذه النقطة في قانون الاسرة بعد التعديل اذا كان مسقطا للحضانة ام غير مسقط.

بالرجوع الى الشريعة السمحاء نجد ان الفقهاء اختلفوا في هذه الاشكالية وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الاول : الانتقال بالمحضون حسب اراء الفقهاء

سوى المذهب المالكي بين الحاضن والولي في اسقاط حضانتهما لسفر احدهما الى بلد اخر بغية الاقامة هناك مع محضونه، فان حدث وان سافر احدهما فالحضانة تسقط.

اما الحنابلة فيرون انه اذا سافر احد الزوجين بالمحضون لمكان اخر وكان الطريق مؤمن فالب هو من يتولى حضانة ابنائه لأنه الاقدر عليهم وحفظهم من كل مكروه.

1-قندوزي دلال، المرجع السابق ص 40الى ص .41

2- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2001/12/26 ، ملف رقم 274683، المجلة القضائية لسنة 2004،عدد 02 ، ص 347.

و الحنفية يرون انه اذا كان المحضون عند امه او غيره من الحاضنات ، فان الاب يمنع من اخراجه عن بلد الحاضنة الا بموافقتها، لان الحضانة من حقها ، الا اذا سقطت عنها.

في حين ان الشافعية يميزون بين السفر اذا كان لحاجة او من اجل اخراجه الى بلد اخر ، بالتالي اذا كان السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر، ذلك لما في السفر خطورة على المحضون ، اما اذا كان السفر لنقله كان الاب اولى بحضانة الصغير[1] بشرط ان يكون الطريق مؤمن اما اذا لم يكن مؤمن بقي المحضون عند امه.

المقصود بتحديد مسافة السفر هو القرب ، لان الهدف منه هو رؤية المحضون من قبل الاب ،ذلك ليس هدفا لذاته لكنه جزء من الهدف لان المقصود من الرؤية هو الاشراف على الطفل و تأديبه و كل هذا لا يأتي بمجرد وصول الاب لرؤية ابنه لوقت قصير ثم يعود ، فالقاضي قبل الفصل في قضية اسقاط الحضانة عليه ان يراعي مصلحة المحضون .

وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1980/09/22 و اهم ما جاء فيه هو انه اذا كانت المسافة الفاصلة بين الحاصنة وولي الطفل المحضون تزيد عن الف كيلومتر فان المحلس بإسنادهم الحصانة الى امهم يكونوا قد اخطئوا في تطبيق القانون.

الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من الانتقال بالمحضون

لم يتطرق المشرع الجزائري الى هذه المسالة ، في قانون الاسرة ، الامر الذي يحيلنا الى اجتهادات المحكمة العليا في ذلك.

-المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/09/22 هو انه " من المستقر فقها و قضاءا ان بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة على الاطفال المحضونين لا تكون اكثر من ست برد، و بالتالي القضاء بما يخالف ذلك هو خطا في تطبيق القانون ولما كان ثابتا ان المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضون تزيد عن الف كيلومتر فان اسناد الحضانة الى امهم يكونوا قد اخطئوا في تطبيق القانون ".

1-قندوزي دلال ،المرجع السابق ،ص 37

من خلال القرار ، يتبين لنا الغرض من تحديد المسافة بين الاطفال المحضونين وبين ابائهم هو القرب اليهم لرؤيتهم من قبل الاب ،من اجل تأديبهم و تعليمهم ، لذا يجب على القاضي ، قبل الفصل في مسالة الحضانة ان يراعي دائما مصلحة المحضون في ذلك.[1]

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 43594، الصادر بالتاريخ 1985/09/22ن المجلة القضائية لسنة 1992 ،عدد 04 ص 41

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة الذي هو موضوع حساس ودقيق في نفس الوقت ومن المسائل المعقدة باعتبارها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون هذا المصطلح الذي ذكره المشرع الجزائري في كل المواد المتعلقة بالحضانة إلا أنه غير واضح وغير محدد بدقة.

تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله الأخير لقانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي من خلاله جاء فيه بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون ، و من التعديلات ما يلي :

-تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة .

عمل المرأة لا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة عنها ، وهذا تماشيا منه مع تشجيع مشاركة المرآة في سير العجلة الاقتصادية للبلاد بخبراتها وامكانياتها ومع ارتفاع نيبة النساء العاملات .

-إلغاء الفقرة الثانية من المادة 52 و تعديل المادة 72المتعلفة بسكن الحاضن نظرا للتضارب الحاصل بينهما ، حتى تنسجم النصوص القانونية مع بعضها البعض بغية حماية مصلحة المحضون بعد الطلاق مسايرا بذلك الاجتهادات القضائية التي اثبتت مسايرتها للواقع الاجتماعي ، إذ قللت من ظاهرة تشرد الاطفال بعد فك الرابطة الزوجية و هذا من اجل اعطاء ضمانات اكثر لحماية و مراعاة لمصلحة المحضون التي هي فوق كل اعتبار .

ورغم كل هذه التعديلات ، الا ان هناك ثغرات قانونية فيما يخص الحضانة ،حيث انه في مجال شروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع بعبارة و يشترط في الحاضن ان يكون اهلا لذلك حسب المادة 62 ق ا ج فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن و ترك ذلك للقاضي ليبحث عنها في الشريعة الاسلامية حسب ما هو منصوص عليه في نص المادة 222ق ا ج.

و بالتالي على المشرع أن يحدد هذه الشروط ليضمن التطبيق السليم للنص و كذا يسهل على القاضي المهمة لضمان مصلحة افضل للمحضون .كما ذكر في المادة64ق ا ج مستحقي الحضانة جاء بعبارة الاقربون درجة و لم يبين من هم الاقربون درجة الى المحضون في قانون الأسرة ما يفهم انه في حالة عدم وجود الاقربون درجة لمن تسند الحضانة ؟بما أنه لم يبين اشخاصهم فعلى القاضي تولي ذلك بالرجوع الى الشريعة الاسلامية .

كما أقر في نفس المادة الحق في الزيارة أين ترك العبارة غامضة فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى فيه و لا الزمان . مما يسبب الكثير من النزاعات بين الحاضن والمحضون كما لم يذكر ان كانت هناك حالات تسقط هذا الحق أم لا. و ما هي إن وجدت . ، كما انه لم يحدد المعيار الذي حدد به سن 16 سنة وهو سن التمييز قبل تعديل القانون المدني في 2005 بموجب الأمر 07-05.

المادة 72من ق ا ج بعد التعديل جاءت لحماية المحضون ووقايته من الآثار النفسية والاجتماعية التي تلحق به بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه إلا أن هذه المادة جاءت معيبة من عدة جوانب يمكن تلخيصها فيما يلي :

من خلال نص المادة 72 من ق ا ج منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات ، كما انه لم يحدد مواصفات السكن واكتفى بعبارة الملائمة و لم يحدد المكان الذي تمارس فيه الحضانة ولا المسافة التي يجب ان تفصل بين صاحب الحق في الحضانة و بين صاحب الحق في الزيارة .

وبالرجوع إلى نص المادة 72ق ا ج فقرة 2 التي تنص على انه : وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن . يطرح اشكال الجمع بين أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة و هو أمر غير مقبول .

كما نلاحظ ان المواد المتعلقة بالحضانة كلها وردت فيها عبارة مصلحة المحضون إلا أن المشرع لم يورد لها اي تعريف ولا حتى معناها على الرغم من أهميتها، تاركا ذلك للقاضي السلطة التقديرية عندما تعرض عليه القضايا المتعلقة بالحضانة .

المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون بالنظر إلى تفاقم ظاهرة الطلاق خاصة في الآونة الأخيرة، أصبحت قضايا الحضانة كثيرة مما يجعل القاضي لا يعطي العناية اللازمة للملفات المعروضة عليه وهو ما يؤثر سلبا على مصلحة المحضون.

ونظرا لأهمية الطفل والطفولة نجد في الدول الغربية خصصت جمعيات متخصصة في ذلك حيث يمكن لها أن تنتزع الطفل المحضون من والدية ووضعه في دور الحضانة، إذا رأت أنه لا يعامل معاملة جيدة من طرف والدية.

وبما أن الجزائر لا تملك مثل هذه الجمعيات فلا بد من دعم القضاة حتى يسهروا على حماية مصلحة المحضون كأن يضع تحت تصرفه أخصائيين نفسانيين حتى يساعدوهم في المسائل التي يصعب عليهم معرفتها بأنفسهم.

الأم وأخذ بتوفير مسكن للحاضنة أو دفعه بدل الايجار كما أوجب على القاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر مع عريضة بإسناد الحضانة قبل الحكم بالطلاق.

وبالتالي يتعين على المحكمة عندما تفصل في قضايا الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنتها تعريف الحضانة في نص المادة 62 من ق. إ.ج وهي الرعاية والتربية على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

كما نجده لم يحدد أوقات الزيارة والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط الحق في الحضانة.

وبالتالي على المشرع الجزائري أن يتدخل مرة أخرى من أجل تعديل قانون الأسرة لتدارك النقائص الموجودة في التشريع لضمان حماية أكبر للأطفال المحضونين.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر و المراجع:

القران الكريم

المراجع:

أولا :الكتب

1 –محمد كمال الدين امام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الاحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الطلاق و الفرقة ،و حقوق الاولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2003.

2–لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ،2004.

4–بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الرابعة ، دبوان المطبوعات الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2005.

5–احمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية ،الجزء 3 و4 الطبعة 1، دار الثقافة ،عمان،2009 6–احمد الدردير، الشرح الكبير ، دار الفقه، بيروت لبنان ج2.

7–رمضان علي الشرنباصي ، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، مصر ،2011.

8–التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي ،بالأدلة ، المجلد الرابع، دار الوعي للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

09–عبد القادر حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007.

10-عادل قرى، محاضرات في قانون العقوبات ، القسم العام للجريمة ،ط 2،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1988 .

11-سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر،1996.

12-بلقاسم سويقات ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام للجريمة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 1998.

13-احمد شامي ،قانون الاسرة الجزائري ، طبقا لأحدث التعديلات ، دون طبعة، ،كلية الحقوق، مصر،2010.

14-باديس ديابي ، صور و اثار فك الرابطة الزوجية، في قانون الاسرة، دون طبعة ، دار الهدى، الجزائر ،2012.

15-عادل قرى ، محاضرات في قانون العقوبات ، القسم العام للجريمة ،ط2، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1988.

ثانيا الرسائل و المذكرات الجامعية:

1-بوغرارة صالح ،حقوق الاولاد في النسب ، و الحضانة ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر،2006.

2-عينار فاطمة ، احكام الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ،مذكرة لنبل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ،2012 .

4-كريال سهام ، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة البويرة ، 2013.

5-حبيب سفيان ، الحضانة في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ،المركز الجامعي ، صالحي احمد ، النعامة ،2021 .

ثالثا- المقالات العلمية:

1-حداد عيسى ، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي ،مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ، جامعة باجي مختار ، عنابة ،عدد 15 ديسمبر ،2005.

2- سامية بن قوية ، اثار الحضانة في الشريعة و قانون الاسرة ،الجزائر للعلوم القانونية ،و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر ،عدد 01 ، 2010 .

رابعا- النصوص القانونية:

1-أمر رقم 66 -156مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات ج 5، عدد 49 صادر بتاريخ 11 يونيو معدل و متمم1966 .

2-امر رقم 75-58 مؤرخ في 26 ديسمبر 1945 ، يتضمن القانون المدني ج5 عدد78 الصادر في 30 سبتمبر 1976 ، معدل و متمم.

3-قانون رقم 84-11 مؤرخ 9 يوليو ،1994 ،يتضمن قانون الاسرة ، ج5 عدد 24 ،صادر بتاريخ 12 يونيو1984 ، معدل و متمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج5عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005 .

4-قانون رقم 08-09مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ج ر مؤرخة في 23افريل 2008 معدل و متمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، ج ر رقم 48مؤرخة في 17جويلية 2022.

خامسا:.قرارات القضائية:

1) المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية قرار رقم 3921الصادر بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد 4 لسنة 1989.
2) المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، قرار رقم 43594، الصادر بتاريخ 1986/09/22 .
3) المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية قرار رقم 44858 الصادر بتاريخ 1987/02/07 ، ملف رقم 44858، المجلة القضائية، العدد4، 1990،
4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 32829 الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم ، المجلة القضائية، العدد01، 1990.
5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم الصادر بتاريخ 2000/07/18، 6 ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد خاص .
6) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1984/07/09، ، المجلة القضائية ،العدد04 لسنة 1989 .
7) المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية قرار رقم 52221 الصادر بتاريخ 1989/03/13 ، ، المجلة القضائية لسنة 2004.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
كلمة شكر	/
إهداء	/
مقدمة	07
الفصل الأول: ماهية الحضانة	
المبحث الأول: الحضانة	12
المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها الشرعي	12
الفرع الأول: تعريف الحضانة فقها و قانونا	13
الفرع الثاني: حكم الحضانة و ادلتها الشرعية	17
المطلب الثاني: خصائص الحضانة.	19
الفرع الأول: الحضانة من النظام العام	19
الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك	20
الفرع الثالث : الحضانة بمقابل مالي	22
المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة	26
الفرع الأول: الشروط العامة التي يجب توافرها في الحاضن	27
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء.	32
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال في الحضانة	34
المطلب الرابع: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	36
الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الإسلامية	36
الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة وأولويتهم في التشريع الجزائري	40
الفرع الثالث: حكم إسناد الحضانة للمرأة العاملة	43
المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن الحضانة	46
المطلب الاول: مسكن ممارسة الحضانة	46
الفرع الأول: موقف الشرع من مسكن ممارسة الحضانة	47
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسكن الحضانة	48
المطلب الثاني : حق زيارة الطفل المحضون	49

الفرع الأول: حق زيارة المحضون شرعا	**49**
الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في التشريع الجزائري	**50**
المطلب الثالث: انتهاء المدة المحددة للحضانة	**52**
الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة في التشريع الإسلامي.	**52**
الفرع الثاني: انتهاء مدة الحضانة في التشريع الجزائري.	**53**
الفصل الثاني: التكريس القضائي لحق الطفل في الحضانة	
المبحث الاول: الدعاوى المتعلقة بالحضانة	**58**
المطلب الاول :الدعاوى المدنية للحضانة	**59**
الفرع الاول :دعوى اسقاط الحضانة	**59**
الفرع الثاني : دعوى عودة الحضانة	**63**
الفرع الثالث : دعوى تمديد فترة الحضانة	**63**
المطلب الثاني : الدعاوى الجزائية المتعلقة بالحضانة	**64**
الفرع الأول: جريمة عدم تسديد نفقة الطفل المحضون	**65**
الفرع الثاني : دعوى عدم تسليم الطفل المحضون الى حاضنته	**67**
الفرع الثالث :جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة عند اسناد الحضانة	**69**
المبحث الثاني :الاشكالات المطروحة في مجال اسناد الحضانة	**70**
المطلب الاول :اشكالية الزواج المختلط وتأثيره على الحضانة	**71**
الفرع الأول : اشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر	**72**
الفرع الثاني : اشكالات الأبناء الناجين عن الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر	**72**
المطلب الثاني :اشكالية مراعاة مصلحة المحضون	**74**
الفرع الاول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	**74**
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون	**76**
المطلب الثالث: الاشكال المتعلق بالانتقال بالمحضون	**79**
الفرع الاول :الانتقال بالمحضون حسب اراء الفقهاء	**79**
الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من الانتقال بالمحضون	**80**

الخاتمة	**82**
قائمة المصادر و المراجع	**86**
الفهرس	**92**