وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت
كلية الحقوق

أحكام الحضانة وإشكالاتها في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماستر أكاديمي التخصص: القانون الخاص

إعداد الطالبة:
بروان فاطمه الزهراء

تحت اشراف:
د. غربي صورية

لجنة المناقشة:

المشرف ومقررة	غربي صورية	أستاذ محاضر أ	الجامعة بلحاج بوشعيب
الرئيس	بوجاني عبد الحكيم	أستاذة محاضرة أ	الجامعة بلحاج بوشعيب
الممتحنة	بوكايس سمية	أستاذة مساعدة ب	الجامعة بلحاج بوشعيب

السنة الجامعية: 2023-2024

﴿بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾

﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾ [البَقَرَةِ 233].

﴿بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾

﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا﴾ [الإِسۡرَاءِ 24].

كلمة الشكر وعرفان

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

"" ووصينا الانسان بوالديه حملنه أمه وهنا على وهنا وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك الي المصير""

الحمد لله عظيم البرهان والشكر لله شديد السلطان واعوذ بالله الذي لا يعجزه انس ولا جان الحمد لله بعدد ما حمد الحامدون وشكره الشاكرون وغفل عن ذكره الغافلون واحمده واستعينه على توفيقي لإتمام هذا العمل.

كم أتقدم بالشكر الخالص الى الدكتورة المشرفة " **غربي صورية** " على دعمها ومن أجل أثراء هذا العمل والتي لم تبخل على بوقتها الثمين رغما انشغالاتها الكثيرة وذلك بالإشراف والعون والتوجيه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى رئيس لجنة المناقشة الدكتور "" **بوجاني عبد الحكيم** "" وأتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذ أعضاء اللجنة الذين تفضلوا وتكرموا بمناقشة هذه الرسالة " الحمد لله دائما وأبدا "

اهداء

اهدي هذا العمل

الى من افتقدت وجوده روح ابي الغالي مختار الذي رحل دون ان يرى ثمرة هذا الجهد رحمه الله و أسكنه فسيح جناته.

الى من يعجز لساني عن شكره والدتي الغالية حفظها الله وبارك في عمرها التي كانت الدافع المساند في انجاز هذه الرسالة.

الى اغلى ما املك ابني العزيز" يحيى مختار" و الى برعمتي الغالية " اسراء"

الى اخي العزيز محمد.

والى بهجتي وفرحتي اخواتي امينه وكريمة وحياة وستي

والى ابنائهم، احمد ،مريم، ريتاج، اسيل ،كريمة.

الباحثة: بروان فاطمه الزهراء

قائمة أهم المختصرات

ص: الصفحة

ط: الطبعة

د. م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية

ق. م. ع: قرار المحكمة العليا

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

ق. م: القانون المدني

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري

م. ق: مجلة القضائية

م. ن: محكمة نقض

مقدمة

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم أحمده سبحانه وأستعينه كرم الإنسان على سائر المخلوقات وجعله من زينة خلقه والصلاة والسلام على نبينا وحبيبنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين

أما بعد

يقول الله جل وعلا في كتابه الكريم:" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات"[1] وقوله تعالى" المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا"[2]

على ضوء هذه الآيات الكريمة التي تبين لنا أن الزواج هو تلك الرابطة المقدسة التي تجمع الزوجين لتكوين أسرة أساسها المودة والاحترام فهذه الرابطة قدسها الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز وأطلق عليها بإسم" الميثاق الغليظ " تعبير عن الصلة القوية والمتينة وارتباطها بإحدى سنن الله في خلقه فالزواج هو الخلية الاساسية لبناء المجتمع والبيت الأسري هو النواة التي ينشأ فيها الطفل وينمو في أحضانه منذ نعومة أظفاره في المراحل الأولى من حياته لذلك نبه الرسول عليه الصلاة والسلام الى أهمية تنشئة هذا الطفل تنشئة سليمة لقوله عليه الصلاة والسلام" كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه.[3]

نظرا لأن الطفل في هذه المرحلة من حياته يشبه الشجرة في نشأتها ونموها فإنه عندما تكون صغيرة يكون تحريكها سهلا ومرنا ولكن عندما تكبر يصعب التحكم فيها وإذا نمت بشكل سوي فإنها تبقى مستقيمة وإذا نمت بشكل معوج فانه يصعب تسويتها فهذا مثال عن تربية الأبناء في صغرهم أي إذا كانت تنشئتهم سليمة تكون النتائج في صالح المجتمع أما إذا نشأوا على عادات سيئة كانت النتائج وخيمة للمجتمع فقضية التربية هي أمانة ومسؤولية الآباء والأمهات لقول الرسول عليه الصلاة والسلام" فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته" [4]

هذا حال الطفل الصغير عندما يكون في جو أسري مبني على المودة والاحترام لأن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوكيات أبنائهم بما في ذلك الجانب النفسي والعقلي فالمودة والرحمة

---

[1] سورة النحل الأية 72

[2] سورة الكهف الأية 45

[3] عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه او ينصرانه أو يمجسانه"" رواه بخاري ومسلم في صحيحيهما.

[4] عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم"" كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالإمام راع ومسؤول عن رعيته والرجل راع في أهل بيته ومسؤول عن رعيته والمرأة رعية على بيت زوجها وولده ومسؤولة عن رعيتها والولد راع في مال أبيه ومسؤول عن رعيته والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"" متفق عليه.

والتفاهم هم أساس تماسك الأسرة والترابط الوثيق بين الزوجين لكن قد تعصف هذه الحياة الأسرية مجموعة من المشاكل تؤدي بدورها إلى الكره والبغض بين الزوجين مما يولد إضطراب في الحياة الأسرية.

ويزداد التنافر بين الزوجين مما يؤدي إلى إستحالة إستمرارية الحياة الأسرية بينهما وحتى لا يذهب حق كل واحد منهما شرع الإسلام الطلاق مع أنه أبغض الحلال عنده لقوله عليه الصلاة والسلام " إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق "[5] ذلك للضرورة الملحة حتى لا تصبح الحياة مستحيلة بين الطرفين ومن أجل التخلص من مشاكل الحياة.

فالطلاق إذا كان يهدف إلى حل مشاكل الزوجين عن طريق الفرقة بينهما فهو لا يحل مشكلة الأطفال بل عند إنحلال هذه الرابطة الأسرية تؤدي بدورها الى مجموعة من الآثار والنتائج ومن هذه الآثار المتولدة عنها هي مآل الأطفال فيمن يتولى رعايتهم وتربيتهم وحفظ حقوقهم ما نسميه بالحضانة لأن مسالة الرعاية والتربية للأطفال لا تثير أي إشكال أثناء قيام الرابطة الزوجية لكن بمجرد إنحلالها تكثر النزاعات المطروحة أمام القضاء بشأن حضانتهم.

فقد نظمت الشريعة الاسلامية الحضانة واجتهد علمائها في بيان أحكامها وقواعدها وقد إستفاد المشرع الجزائري من هذه الأحكام والقواعد بإعتبار أن الشريعة الاسلامية هي المرجع الوحيد في قضايا الأسرة وعلى هذه الأحكام أسس المشرع نصوصه القانونية الخاصة بالحضانة.

فالحضانة هي تربية الولد بعد الفترة التي تتفكك فيها الحياة الأسرية ممن يكون له الحق في حضانة الطفل الصغير وقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في نص المادة 62 أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا فقط شرعت الحضانة من أجل الحفاظ على المحضون والتركيز على مصلحته من باب أولى وحمايته من الانحراف وتحقيق له الاستقرار المعنوي والمادي من أجل تنشئته تنشأة سليمة ويصبح بذلك فردا سويا في المجتمع.

أهمية موضوع البحث:

إن الحضانة لها دور فعال في حياة الطفل لما يتعرض من التشتت العائلي وعدم الإستقرار النفسي في حياته والفترة العصيبة التي يمر بها الطفل نتيجة لحرمانه من حقوقه الطبيعية في الحياة فهي من أهم الآثار المترتبة عن إنحلال الزواج لما لها من أهمية بالغة خاصة وأنها تتعلق بمصير الطفل الناجم عن تفكيك الأسرة لذلك فقد أولى كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قدر بالغا من الإهتمام بها لإرتباطها

[5]جاء في سبل السلام للصنعاني عن إبن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم"" إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق"" رواه أبو داود وابن ماجة وصححه الحاكم.

المباشر بمصلحة الطفل فهي تقوم أساسا على العناية بالطفل ورعايته وتنشاته تنشئة سليمة في بيئة خالية من التوتر والمشاكل لكي يتحقق لديه الإستقرار النفسي ويشعر بالأمان والطمأنينة.

أسباب إختيار موضوع البحث:

رغبتي وإهتمامي الكبير لدراسة أحكام قانون الأسرة كونها مستمدة من احكام الشريعة الإسلامية تداول الأسئلة في موضوع الحضانة وآثارها مما يكون الدافع للبحث فيه ظهور العديد من الإشكالات التي تطرحها الحضانة وآثارها على مستوى القضاء من الأسباب الدافعة الى إختيار موضوع الحضانة كون هذا الموضوع له صلة مباشرة بالأطفال في الجانب المتعلق بتربيتهم والعناية بهم في سن معينة وله علاقة بالأسرة وإبراز الدور الفعال للقضاء في مسائل الحضانة عن طريق إستعانته بأخصائيين إجتماعيين من باب الإستشارة ولأي حد يمكن أن تصل سلطات القاضي لتحقيق المصلحة الأفضل للمحضون.

أهداف موضوع البحث:

-تسليط الضوء على أهمية الحضانة بالنسبة للطفل من خلال تعليمه وتربيته والقيام بشؤونه

-مدى الترابط الوثيق بين أحكام قانون الأسرة والشريعة الاسلامية وتوضيح الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع

-الوقوف على بعض الإشكالات القانونية التي تطرحها الحضانة في مجال تطبيق أحكامها.

- بيان عدم وجود النصوص القانونية الكافية في قانون الأسرة من أجل تحقيق مصلحة المحضون.

الدراسات السابقة:

تناول الكثيرون الحضانة بالدراسة والبحث وقد ذكرنا أن هناك العديد من الدراسات السابقة التي ناقشت هذا الموضوع فنحن لا نريد السبق في ذلك لكن لكل بحث مميزاته ولكل باحث لمسته ونحن نقصد بالدراسات السابقة رسائل التخرج الجامعية من أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير التي ناقشه هذا الموضوع وسنذكر منها البعض:

1. التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري ، سناء عماري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014- 2015، وقد قسمت هذه الباحثة موضوع البحث إلى فصلين رئيسيين حيث خصصت في الفصل الأول لدراسة الأساس القانوني لدعاوى الحضانة كحق مترتب عن تبعات الطلاق أما في الفصل الثاني فعالجت إشكالات الحضانة وطرق حلها لدراسة الحضانة في الزواج المختلط أما نحن لم نكتفي بهذا فقط بل درسنا الإشكالات الأكثر شيوعا على أرض الواقع في فترة الحضانة بما في ذلك النفقة وسكن الحاضنة وغيرها أما في المبحث

الثاني فقد خصصناه إلى إشكالية الحضانة بعد إنحلال الزواج المختلط وإشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

2. الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، غضبان مبروكة ، اطروحة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017 -2018 فقد قسمت هذه الاطروحة إلى ما بين الباب الاول بعنوان الحقوق المعنوية للطفل المحضون اما الباب الثاني فهو يتعلق بالحقوق المادية للطفل المحضون أما خطتنا فإنها إعتمدت في تناولها لشروط منح حق الحضانة والتطرق إلى أحكامها أما في الفصل الثاني فقط تطرقنا إلى إشكالات الحضانة وقد خصصنا المبحث الأول إلى إشكالات الحضانة الناتجة عن تطبيق أحكامها بما في ذلك النفقة والزيارة وسكن الحاضنة وغيرها أما في المبحث الثاني فقد خصصناه إلى إشكالية الحضانة بعد إنحلال الزواج المختلط وإشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

3. نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري: لعناني أميرة، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، تخصص قانون خاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015 واعتمدت في ذلك إلى الخطة التالية: فقد خصصت الفصل الاول إلى النزاعات المتعلقة بممارسة الحضانة أما الفصل الثاني فقد خصصته إلى النزاعات المتعلقة بآثار الحضانة بخلاف بحثنا الذي تناولنا فيه كل هذا إضافة إلى إشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

4. إشكالات انعقاد وإنحلال الزواج: بوجاني عبد الحكيم، رسالة ماجيستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2013-2014، ولمعالجة هذا الموضوع تم تخصيص الفصل الأول إلى أهم إشكالات إنعقاد الزواج وإثباته والفصل الثاني فقد خصص إلى أهم إشكالات إنحلال الزواج أما بحثنا فقد ركز على أهم إشكالات إنحلال الزواج ألا وهي الحضانة.

إشكالية موضوع البحث:

بإعتبار الحضانة هي من آثار إنحلال الرابطة الزوجية وهي من المسائل المهمة كونها تطرح العديد من المشاكل من صميم الحياة الواقعية فقد تم تطويقها بسياج منيع من النصوص القانونية والأحكام ومنح القاضي سلطات واسعة في قانون الأسرة وأوكلت له مهمة تنزيل النصوص وتطبيقها على أرض الواقع غير أن مسالة الحضانة تثير إشكالات فيما يخص بعض الأحكام الخاصة بها في قانون الأسرة بشأن تطبيقها فمن هذا المنطلق يمكن طرح الإشكاليات التالية:

ما هي الإشكالات المثارة حول تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الحضانة في قانون الأسرة؟

وللإجابة على السؤال الإشكالية الرئيسية يمكن تقسيمه إلى مجموعة من الإشكاليات الفرعية:

-ما المقصود بالحضانة؟

-وما مدى نجاعة النصوص القانونية في توفير الحماية للمحضون؟

- ما هي الاشكالات القانونية المتولدة عن تطبيق أحكام الحضانة؟

المنهجية المتبعة في البحث:

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعت المنهج الوصفي وذلك ببيان الإجراءات اللازمة إتباعها عند اللجوء للقضاء بالإضافة إلى ذكر النصوص القانونية المنظمة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري، والمنهج التحليلي لدراسة وتحليل المواد المتعلقة بالحضانة للوصول الى مواطن الخلل بالإضافة الى أبرز موقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع.

تقديم خطة البحث:

وقد إعتمدنا في هذا البحث على فصلين رئيسيين حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة مفهوم الحضانة وقواعد تطبيقها وذلك من خلال التطرق الى مفهوم الحضانة في الجانب الإصطلاحي واللغوي والوقوف على أهم مميزاتها وطبيعتها القانونية كمبحث أول أما في المبحث الثاني فقد خصصناه إلى شروط منح حق الحضانة والتطرق الى أحكامها أما في الفصل الثاني فقد تطرقنا الى إشكالات الحضانة فقد خصصنا المبحث الأول إلى إشكالات الحضانة الناتجة عن تطبيق أحكامها بما في ذلك النفقة والزيارة وسكن الحاضنة وغيرها أما في المبحث الثاني فقد خصصناه إلى إشكالية الحضانة بعد إنحلال الزواج المختلط وإشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

الفصل الأول

مفهوم الحضانة وقواعد تطبيقها

مقدمة الفصل الأول

ان موضوع الحضانة من المواضيع الحساسة كونه يأتي نتيجة فك الرابطة الزوجية والتي بدورها توقع أثرا بالغا في نفسية الطفل البريء نتيجة حرمانه من الجو الاسري والمعاناة لذلك أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة بموضوع الحضانة وكذا قانون الأسرة الجزائري من اجل توفير الرعاية المادية والمعنوية للطفل الصغير ووضعه عند من يكون قادرا على تربيته والتكفل به ولتحقيق ذلك فقد وضعت شريعتنا السمحاء جملة من الاحكام وذلك من خلال النصوص والاجتهادات المتعلقة بالحضانة.

وتحديد مستحقيها ومراتبهم اما المشرع الجزائري فقد نظم الاحكام الخاصة بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 62 الى 72 [1] والتي وضع من خلالها منافذ التي على ضوؤها يستطيع القاضي حماية الطفل المحضون ومراعاة مصلحته ومن هذا المنطلق فقد قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين فقد تناولنا في المبحث الأول حول مفهوم الحضانة ومميزاتها أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه شروط وأحكام الحضانة.

[1] ق.أ .ج ,رقم 11_84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم خمسه اثنان المؤرخ في 7 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 7 فبراير 2005

المبحث الأول

مفهوم الحضانة ومميزاتها

حافظ الاسلام في فترة الحضانة على اصلاح الولد اولا وعطف فيها على الام ثانيا رعاية لرقة قلبها وتقديرا لعاطفتها الجياش،[1] وهي تعتبر واحدة من الوسائل الأساسية التي بمقتضاها يمكن العناية والحرص على حماية الطفل والسهر على مصالحه،[2] ووضعه عند من يكون مؤهل لحمايته وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون ولتحديد معنى دقيق لمصطلح الحضانة يجب ان نتعرف على محتواها من خلال تعريفها كمطلب أول وتحديد السمات المميزة لها وطبيعتها القانونية كمطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

من أجل الوصول إلى تعريف جامع وملم للحضانة كونها من أهم الأثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية لابد من التطرق الى التعريف الاصطلاحي والقانوني للحضانة كنقطة أولى ومن ثم الانتقال الى مشروعية الحضانة وحكمها كنقطة ثانية.

الفرع الأول

التعريف الاصطلاحي واللغوي

ان الحضانة هي اساسا ولاية للتربية وهدفها التركيز على رعاية الطفل الصغير والقيام على شؤونه[3] بداية سنحاول البحث في هذا الفرع الى تعريف الحضانة من الجانب اللغوي والشرعي والقانون.

البند الأول: التعريف اللغوي للحضانة.

الحضانة بجاء مفتوحة ومكسورة مشتقة من الحضن والضم اي ما دون الابط الى الكشح ويقصد به كذلك

---

[1] محمد بن احمد بن صالح الصالح، مستحقو الحضانة كليه الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعه ام القرى مكة المكرمة، ص5

[2] يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون خاص جامعه ابي بكر بلقايد، كليه الحقوق والعلوم السياسية تلمسان سنه 2018 –2019، ص 14

[3] محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، ط1، دار محمود، سنة 2016، ص7

ما بين الخاصرة والضلوع ويطلق عليه ايضا بالجنب قيل عن الحضن انه هو الصدر والعضدان[1] وما بينهما والجمع احضان ومنه الاحتضان وحضنت المرآة ولدها اي ضمته الى جنبها وصدرها وحاضن الطفل الصغير اي جعله في ظله وحمايته ورعايته[2] وتأتي الحضانة من النصرة والايواء[3] ولها معاني عديدة.

فالحضـــن بمفهوم الضـــم وهو ما دون الابط الى الكشـــح وقيل هو الصـــدر والعضـــدان وما بينهما ومعنى الحضـــــن بمفهوم التربيـــة فـالحـاضـــــن موكـل بتربيـــة الطفـل الصـــــغير ومعنى الحضن بمفهوم المنع ويقال حضنت الرجل عن هذا الامر حضنا اي منعته وانفردت به دون.

البند الثاني: التعريف الشرعي للحضانة

ركز الاسلام بشكل كبير ومفصل على الاستمرارية الأسرية ليشمل بذلك جميع ظروفها ومع اهتمام الاسلام الشديد الحفاظ على استقرار الأسرة قامت الشريعة الإسلامية بمناقشه جميع المشكلات الناتجة عن أي تغيير في حياه الأسرة وسيرها فأقرت الطلاق ليكون السبيل الوحيد في حال استحالة استمرار العلاقة الزوجية ووضعت تشريعات لتنظيم أثارها لتشمل جميع افراد الأسرة وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأطفال من خلال تشريع الحضانة لهم بعد فك الرابطة الزوجية وهذا يعتمد على عدة عوامل ليتم تقديرها.

وفقا لمصلحة الطفل الأولى في حياته وسلامته فالحضانة محاطة بسياج قوي من الحماية لضمان حياة سعيدة وتربية جيدة وحقوق مستحقة للطفل فالله سبحانه وتعالى قد جعل الرعاية والتربية بيد النساء لأنهن يتمتعن بالعطف والرفق ولأنهن أقدر واصبر في حضانتهم للأطفال الصغار لذلك فقد ذهبت المذاهب الأربعة الى عدة تعريفات للحضانة فقط عرفتها الحنفية" تربية الأم للولد أو ممن له الحق في الحضانة في سن معينه والقيام بأموره ورعايته[4].

وعرفتها المالكية" بانها حفظ الولد في مبيته وطعامه وشرابه ونظافة جسمه[5]"

---

[1] زياني عبد الله، احكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه وهران، 2012/2011، ص 13

[2] بن صغير محفوظ، انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المحاضرة 15، كليه الحقوق جامعه محمد بوضياف، المسيلة ،2023-2022

[3] الرازي، محمد ابن ابي بكر ابن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، دون سنه نشر، ص 142

[4] احمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه الناس المالكي، دار الكتب القانونية، مصر ،2006، ص 8

[5] زياني عبد الله ، المرجع السابق، ص 14

وعرفتها الحنابلة" انها حفظ صغير معتوه مختل العقل"

وعرفتها الشافعية" انها حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه والوقاية مما يضره[1]

من خلال ما سبق تعريفه للحضانة فان في مجملها يدور حول مفهوم واحد وهو رعاية الطفل الصغير وتربيته لمن له الحق في حضانته فالحضانة هي القيام بتربية الطفل والحفاظ عليه في حدود سن معينه يكون عاجزا للتكفل باحتياجاته الخاصة[2].

فالحاضن يجب عليه توفير كل ما يلزم المحضون في معيشته من مأكل ومشرب وملبس الى غير ذلك من مستلزمات العيش وكذلك الحفاظ عليه لما يؤذيه ورعايته.

البند الثالث: التعريف القانوني للحضانة

لقد قام المشرع الجزائري بتعريف الحضانة وذلك من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على انها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن ان يكون اهلا للقيام بذلك."

فالقانون المغربي قد عرفها في المادة 97 انها حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه والقانون التونسي عرفها في المادة 54 بانها حفظ الولد في مبيته وتربيته[3] .

ولقد جاء في مقدمة التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنه 1958 بأنه يقصد بإصلاح الحضانة في قانون الاحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له حق في ذلك قانونا والمحافظة على من لا يستطيع تدبير اموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويبقيه مما يضره[4].

في نص المادة 137 من القانون السوري على انه يشترط اهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة.

---

[1] بن عيسى احمد، حقوق الطفل الأسرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه غرداية، 2023-2022، ص 173.

[2] بوجاني عبد الحكيم، الاشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الجودة للنشر والتوزيع، سنه 2023، ص177.

[3] هلتالي احمد، استحقاق الحضانة في النصوص القانونية ومحاذير المنح، المجلة الاستاذ الباحث الدراسات القانونية، العدد 11، محمد بوضياف، المسيلة، سبتمبر 2011، ص 378.

[4] عبد الموجود محمد فرغلي، الحضانة في قانون الدولي الخاص، الدراسة فقهيه قانونيه للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية، المجلة الدراسات القانونية، مجلد 46 عدد 01، الحقوق، جامعه اسيوط، ديسمبر 2019 ص 10.

وخلقا فالملاحظ ان قانون الأسرة الجزائري من خلال تعريفه للحضانة قد أبرز اهم جوانبها والتي تتمثل تعليم الولد الذي يقصد به المتمدرس ولان الجزائر جعلت التعليم مجاني ووجوبي فلكل طفل الحق في التعليم حسب ما يملك من مؤهلات نفسية وقدرات ذهنية وعقلية وكذلك من اهداف الحضانة التربية على دين ابيه بمعنى تربية الولد بمبادئ ديننا الحنيف حيث أن زواج المسلم بغير المسلمة أمر جائز فالقضاء يعطيها الحق في حضانة الطفل مع مراعاة أحكام الدين الاسلامي في تربيته.

ومن بين أهداف الحضانة حماية الطفل خلقيا أي تربيته على حسن الخلق بان يكون فردا سويا في المجتمع وكذا حماية المحضون صحيا والمقصود بذلك بأن يتلقى الطفل كامل الرعاية الصحية خصوصا الفترات الأولى من حياته بما في ذلك من ادوية ولتقيحات وفحصه من طرف الطبيب حال المرض وكذا السهر على حماية المحضون بمعنى توفير الحماية المادية والمعنوية للطفل الصغير اي حمايته من كل اعتداء مادي كالضرب او اعتداء معنوي كتخويفه او سبه مما يؤدي الى التأثير على سلوكياته واضطرابه نفسيا.

لذلك فأن رعاية الطفل وتربيته وحمايته وحفظه وجعلها حقا للمحضون وهي من التزامات الحاضن منذ توليه الحضانة وبذلك فقد الزم المشرع الجزائري القاضي بتطبيق قواعد قانون الأسرة الجزائري المتعلق بالحضانة وذلك بتقدير مصلحة المحضون[1] وهو أحسن تعريف في نظر الاستاذ عبد العزيز سعد وذلك لمدى بيان اهداف الحضانة واسبابها وقد جمع في عموميات بكل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية وشمولية على افكار لم يتضمنها اي قانون عربي اخر[2].

وقد اشترط المشرع الجزائري في الحاضن لان يكون أهلا للقيام بالحضانة وذلك من خلال قدرة الحاضن على رعاية المحضون عن طريق الحفاظ عليه ودرء الضرر عنه بأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية والجسدية لممارسة الحضانة اضافة الى ان يكون الحاضن عفيفا وأمينا وأن يكون ذو خلق حسن من أجل تربية المحضون في بيئة نقيه وسليمة.

---

[1] غنيمة قنيف، مصلحه المحضون، احدى اشكاليات دعوه الحضانة، مجله الحقوق والحريات، مجلد 10، عدد 01، 2022 ص 229.

[2] عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع للجزائر، سنة 1989، ص293.

الفرع الثاني

مشروعية الحضانة وحكمها

لقد تطرق المشرع الجزائري الى بيان مفهوم الحضانة وفقا للقانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال بيانه لأهداف الحضانة من تربية ورعاية صحية وخلقية وتوافر شرط الأهلية في الحاضن ولمعرفة دليل مشروعية الحضانة وحكمها لابد من الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

البند الأول: مشروعية الحضانة

لقد ثبتت مشروعية الحضانة من الكتاب والسنة واجماع الصحابة لقوله تعالى لموسى عليه السلام" إذا تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله فرجعناك الى أمك كي تقر عينها ولا تحزن"[1] وقوله تعالى:" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فأن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وأن أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا ان الله بما تعملون بصير"(سوره البقرة 233)[2].

فنستنبط من هذه الآيات الكريمة ان الحضانة مشروعة للأم عندما يكون الطفل صغيرا وأن تخلى عن الرضاع قال العلماء: الحضانة بحكم هذه الآية هي للأم والنفقة هي للأب لأن الحضانة مع الرضاع[3] وقوله جل وعلا :" وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا" سوره الاسراء 24[4].:

فقد خصت هذه الآية الكريمة التربية للوالدين وقت الصغر وتعبهما في تربية الصغير ليزيد بذلك الرحمة والرأفة بهما حال الكبر[5] واما عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال" أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه

---

[1] سوره طه، الآية 40

[2] سوره البقرة، الآية 233

[3] احكام القران أبو بكر لابن العربي، ط 01، دار احياء الكتب العربية، سنة 1376، ص 204

[4] سوره الاسراء، الآية 24

[5] روح المعاني، الالوسي –طبعة، دار الأحياء التراث العربي، بيروت ص 15, ص 27

مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم التي أحق به ما لم تنكحي[1] اما عن اجماع الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا كلهم على مشروعية الحضانة.

وأن الأم هي أول المراتب فيمن يستحق الحضانة قال ابن قدامة: وهذا قول يحيى الانصاري والزهري والثور ي ومالك والشافعي وابو ثور واسحاق واصحاب الراي ولا نعلم أحدا خالفهم[2].

البند الثاني: حكمها

الحضانة واجبة على الحاضن وجوبا كفائي حفاظا على المحضون وصيانته من الضياع والهلاك[3] والحضانة اوجبها الاسلام على الابوين او من يقوم مقامهما لما فيها من التعاون على البر والتقوى لقوله تعالى ""وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب "" (المائدة 2). [4]وقياسا على ذلك وجوب الحضانة التائه بمضيعة الذي أوجبه العلماء ولو كان طفلا غير شرعي حفاظا على حياته فالصيانة الطفل الشرعي من باب أولى .

وكذا وجوب ارضاع الطفل على من لم يأخذ الا بثديها[5]لأن الطفل المحضون في بداية حياته يكون عاجزا وضعيفا عن القيام بشؤون نفسه والحضانة هي الوسيلة الوحيدة لضمان حمايته ورعايته واعداده للمستقبل ولما كانت الام هي الاكثر معرفة لأمور التربية وقدرة على تنفيذها وقوية في تحمل الصعاب ومحن الحياة ورفيقه في حنانها اتجاه الطفل الصغير.

واستعدادها للقيام بخدمته بكل تفان وافراغ وقتها له لذلك فقد عزز الاسلام دور الام واعطاها الأولوية على دور الاب في خدمة الصغير لكي يحظى الطفل بأقصى قدر من الحنان والاهتمام به خلال هذه المرحلة من حياته[6] وبهذا قد حاولنا قدر المستطاع بإعطاء تعريف جامع للحضانة لنتعرف في المطلب الموالي على مميزات الحضانة وصفتها القانونية.

---

[1]محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعه ام القرى، مكة المكرمة، سنه 1436 هجري، ص 9.

[2]المغني لابن قدامة، الجزء 09، ط01، دار الهجر مصر، ص 298. ص299

[3]عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله ال الشيخ، تخيير المحضون بعد انتهاء مده الحضانة، مجله العدل، عدد 59، رجب 1434 هجري، ص 286

[4]سوره المائدة، الآية 2

[5]محمد جميل محمد ديب مصطفى، المرجع السابق ص 10

[6]عادل عوض موسى، حقوق المحضون في الفقه الاسلامي، دراسة فقهيه مقارنه، مجله الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد 62، ص136

المطلب الثاني

مميزات الحضانة وصفتها القانونية

على ضوء ما سبق تعريفه للحضانة من خلال النصوص القانونية التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والتي أولى فيها عناية كبيرة للطفل المحضون وذلك بتوضيح المهام التي يتوجب للحاضن بتنفيذها[1] وتحديد أهم غاياتها من تعزيز التطور للطفل في النواحي البدنية والعقلية والاجتماعية والعاطفية والدينية وتحقيق اهداف تربوية شاملة له ومع ذلك لم يوضح المشرع الجزائري بالخصائص المميزة للحضانة وهذا ما يحثنا على محاولة البحث في مميزاتها كفرع أول ومناقشة الموضوع المتعلق بالصفة القانونية لها كفرع ثاني.

الفرع الأول

مميزات الحضانة

أن استخلاص المميزات عاده ما يكون مستنبطا من التعريف وهذا الذي لم يكن مبينا في قانون الاسرة في تعريفه للحضانة مما يدعونا البحث في مميزاتها كما يلي:

البند الأول: للحضانة مدة محدودة

تتميز الحضانة بأن لها فترة زمنية محددة ويكلف الحاضن بأداء مهام رعاية الطفل لفترة محددة تنتهي بانتهائها اي عندما يصل الطفل الى سن معينه والمحددة من قبل القانون ينتهي حق الحاضن في حضانته لان الحضانة أنشئت بهدف تلبية احتياجات الطفل للرعاية وعدم قدرته على القيام بأموره اليومية وتلبية احتياجاته ومع ذلك فانه لا يزال بحاجه الى شخص يقوم بتوجيهه وتعليمه ومساعدته على اتخاذ القرارات الصحيحة في الحياة.

وهذا ما يعتبر من مسؤولية ولي الأمر لتربية الطفل بطريقة تمكنه من مواجهة التحديات الصعبة والسهلة في الحياة[2].وفي نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه تم تحديد فترة الحضانة من

[1] زياني عبد الله، المرجع السابق، ص 27

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء 01، المؤسسة الوطنية للكتاب والطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر , 1976، ص 370

قبل المشرع الجزائري وذلك ببلوغ الذكر 10 سنوات وبلوغ الانثى سن الزواج كما يلي: "" تنقضي مدة حضانة الذكر 10 سنوات والانثى ببلوغها سن الزواج وعلى القاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنه إذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية على ان يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"".

وفي هذا السياق حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة وهي المدة التي لم يبلغ فيها الذكر 10 سنوات والفترة التي لم تبلغ فيها الانثى سن الزواج وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/10/24 الذي جاء فيه ان قضاة الموضوع لم يخالفوا نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري لأن لهم الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر الى سن 16 إذا كانت الحاضنة اما ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون[1]وقرارها الصادر بتاريخ 2015/01/15.

والذي ينص" (تكون تمديد الحضانة طبقا للقانون للأم الحاضنة دون غيرها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة[2]) " .

البند الثاني: وجوب الحضانة

تتضمن مسؤوليات الحاضن في الرعاية الشاملة بما في ذلك الجانب الخلقي والصحي والعقلي للطفل المحضون[3] فالحضانة الزامية على الحاضن ويمكن ان يؤدي التخلي عن الطفل المحضون الى أثار سلبية عليه وهذا ما فرضه قانون العقوبات في نص المادة 330 [4]على عقوبة لكل شخص يعرض صحة الطفل القاصر او سلوكه او خلقه للخطر فقد تسبب عملية ترك الحضانة اهمالا للطفل الصغير وتدهور في حالته واهدارا لحياته وتدميره لذلك هي من الامور التي يجب على الانسان الاهتمام بها.

واتباعها وفقا للطبيعة البشرية والفطرة فالحضانة لازمة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حمايته من الضياع وتوفير الانفاق عليه وانقاذه من الدمار [5]واعتبار هذه الرعاية الأبوية لازمة كون أن الطفل الصغير يولد عاجزا عن الاعتناء بنفسه وبالتالي يحتاج الى شخص يتولى بأمره ويتكفل بتربيته ومن

---

[1]ق، م، ع، ملف رقم 123 889 الصادر في 1995/10/24، العدد 52، ص 111.

[2]ق، م، ع رقم 0842551، مجله المحكمة العليا، عدد01، سنه 2015، ص 231.

[3]فضيل سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنه 1990، ص 152

[4]المادة 330 من قانون العقوبات، عقوبة الحبس من شهرين الى سنه وغرامه ماليه من 2500 دينار جزائري الى 1000000 دينار جزائري

[5]عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب اخر تعديل له، الطبعة الاولى، دار الخلدونيه، الجزائر، 2007، ص 350

الضروري أن يجد شخص من يقوم بهذا الدور فقيام الحاضن بهذه المهمة الصعبة التي يجني منها ثماره وذلك بإعداد المحضون وجعله فردا صالحا وسويا في المجتمع.

وهذا ما عبر عنه علماء الاجتماع بالثقافة[1]ووجوب الحضانة لا يعني ان لا يتم اجبار الشخص المكلف بالحضانة على القيام بها إذا رفض ذلك ويمكن ان يتولى شخص اخر الحضانة عوضا عنه ولا يجب على الشخص الحاضن القيام بها الا إذا لم يكن هناك أحد يستطيع ان يحضن الطفل وذلك لكي لا يتعرض للضرر ولكي لا يتم التضحية بحق المحضون في الرعاية والهدف من هذا كله هو حماية الطفل من اضطرابات نفسية التي قد تؤثر على سلوكياته.

وتجعله شخصا ضعيفا قد يتسبب في ضرر للمجتمع ولضمان استقرار الجانب الاخلاقي والاجتماعي للطفل

البند الثالث: الاعتراف بحق الحضانة لمحرم

لقد تم استلهام هذه الميزة من ديننا الحنيف الذي أكد ان حضانة الصغير يجب ان تكون للشخص الاقرب منه لضمان وجود روابط الحب والرحمة داخل بيئة غير معاديه للمحضون فمساله منح حق الحضانة ترتكز اساسا على رابطه الارحام والمذاهب الفقهية تلعب دورا هاما في ترتيب مستحقي الحضانة بناء على درجه القرابة فقد اتبع التشريع الجزائري توجيهات الفقه الاسلامي في المادة 64 من قانون الأسرة حيث يتم ترتيب حقوق المستحقين للحضانة بناء على القرابة كما أسقط الحق في الحضانة في حال تزوج الحاضنة.

بغير قريب محرم وهذا ما اكدته نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري فلا بد أن يكون الزواج من جهة الرحم لا من جهة الرضاع والمصاهرة والهدف من كل هذا هو تعزيز روابط الارحام التي ترتبط بها الحقوق والواجبات ولان هيكل رعاية الاطفال يستند الى الشفقة.[2]وقد تم اتباع هذا النهج من قبل النظام القضائي الجزائري عندما قرر بسحب حق الحضانة للأم إذا تم اثبات زواجها من شخص أجنبي عن المحضون وكذا سقوطها عن الجدة في حال اقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي في بيت واحد.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/06/20 الذي جاء فيه: ""من المقرر شرعا انه يشترط في الجدة الحاضنة ام الام ان تكون غير متزوجة والا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي

[1]ساميه بن قوية، اثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، كليه الحقوق، جامعه الجزائر، 2010، ص 141

[2]زياني عبد الله، المرجع السابق، ص32

وان تكون قادرة على القيام بالمحضون فأن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس[1])"".

بالنسبة للأنثى فانه يسقط حق العم في حضانتها إذا كان له اطفال بالغين وكذا لا حضانة لابن العم وابن الخال والخالة للأنثى خوفا من الوقوع في الفتنة والانحراف غير أن لهم الحق في حضانة الذكر. وعلى القاضي مراعاة عند تكليفه بالحضانة مدى قدرة الشخص الحاضن على الحفاظ على صحة وسلوك المحضون

ولمعرفة ماهي الصفة القانونية للحضانة سنحاول البحث فيها وبيان لمن يعود الحق في الحضانة وهل الحضانة هي نتيجة فك الرابطة الاسرية؟ كل هذه الجزئيات سنتطرق اليها على النحو الاتي.

الفرع الثاني

الصفة القانونية للحضانة

لقد تعرضنا سابقا ان الحضانة تتفق في مدلولها على الحفاظ على المحضون من الضياع ورعايته لكن فيما يخص تحديد الصفة القانونية للحضانة كونها هل هي من حق الحاضن والمحضون؟ وبيان ما إذا كانت الحضانة من اثار فسخ عقد الزواج أم لا وهذا ما سنتناول دراسته في هذا الفرع المبين كالتالي:

البند الأول: الحضانة من حق للحاضن والمحضون

ان اعتبار الحضانة هي حق لله تعالى في نظر جانب من الفقه لأنها شرعت لحفظ النفوس والحفاظ عليها من حق الله تعالى لأنها ولاية شرعية بحكم الشرع من باب الالزام وهناك جانب اخر يرى أن الحضانة هي حق للمحضون ولا يجوز للحاضن الامتناع عنها فهي واجبه عليه حماية للمحضون والحفاظ عليه من الهلاك مما يرتب على ذلك انه لا ينبغي للأم الحاضنة أن تصالح أب المحضون على اسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه منه ولا يحق للحاضنة الامتناع عن حضانة صغيرها ولا يوجد غيرها من الحاضنات فان امتنعت أجبرت عليها الحضانة.[2]

أما الامام مالك وجانب من بعض الفقه فهم يرون أن الحضانة هي حق للحاضن وخصوصا الأم فهي أولى بالمحضون في حضانته وذلك لرأفتها وعطفها على الصغير ويجوز للحاضنة الامتناع عن القيام

[1]ق.م. ع، غ.أ.ش ، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20 ، م .ق سنه 1991 ، عدد 02- ص 57.

[2]الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، 2007، ص412

بها على أساس الحق الخالص في الحضانة ويسقط بالإسقاط الا في حاله ما إذا كانت الحضانة واجبة عليها كان تكون مسؤولة عن نفقة صغيرها في عدم وجود الأب أو عدم قبول المحضون غير ثديها في الرضاعة في هذه الحالة لا تسقط حقها في الحضانة حماية للمحضون. ومراعاة مصلحته من باب أولى

ويعتقد بعض علماء الفقه الحنفي والشافعي ان حق الحضانة هو حق للأم الحاضنة وحق للطفل المحضون واذا وجد شخص يقوم بها لا تجبر الأم عليها ولان مصلحة الصغير أقوى هي مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع واصل له [1] أما قانون الأسرة الجزائري فهو يشير الى أن الحضانة حق مشترك حسب نص المادة 66 على أنها حق للحاضن بمعنى لو امتنع او تنازل عنها مع عدم الاضرار بمصلحة المحضون.

والمادة 67 فقرة 2 التي تبين أن عمل الحاضنة لا يشكل عائقا أمام حضانتها ولا يسقط حقها فيها، هذا وقد أكدت المادة71 أن الحق الحضانة يعود بمعنى اذا سقط حق الحاضن في الحضانة سقط وأن أراد العودة وكان أهلا لها عاد اليه حقه[2].

من خلال نصوص هذه المواد نستنتج ان المشرع الجزائري جعل الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون هو ما سار عليه النظام القضائي الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 1998/4/21" من المقرر انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون[3] وكذا القرار الصادر بتاريخ 2002/7/3 عن المحكمة العليا بقولها "حيث ان عمل الحاضنة ا لا يوجب اسقاط..... فضلا عن ذلك ان الحضانة ليست حق للحاضنين فقط وانما هي حق للمحضون ايضا[4].

فيتضح لنا مما سبق من قرارات المحكمة العليا ان الحضانة حق للحاضن متى توافرت فيه الشروط وهي حق للطفل الصغير وعلى القاضي ان يسند الحضانة لمن يستحقها اعمالا بمبدأ مصلحة المحضون.

---

[1]نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها، دراسة مقارنه، مجله الرافدين، المجلد 16، عدد 59، جامعه الموصل، العراق، ص 70

[2]محفوظ بن صغير، المرجع السابق، المحاضرة 15

[3]قرار رقم 34 92 18، تاريخ. 1998/4/21، غ .أ. ش، اجتهاد قضائي، عدد خاص 2001، ص 175

[4]قرار رقم274207 بتاريخ 2002/7/3، غ. أ. ش، القضائية، عدد واحد، 2004، ص 263.

البند الثاني: الحضانة هي نتيجة فسخ عقد الزواج

ان طرح النزاع المستمر أمام القضاء في مسائل الحضانة لا يكون الا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق[1] ولان مشاكل الحضانة لا تظهر الا بعد حدوثه حين يتفاقم النزاع بين الزوجين ومحاولة كل واحد منهما أخذ الاطفال وحضانتهم.

فبما أن الحضانة هي نتيجة فسخ عقد الزواج بالطلاق فمن الضروري حماية المحضون الذي لا يكون الا بعد انفصال الزوجين ولذلك فقد عمد المشرع الجزائري الى تشريع الحضانة[2] وتنظيمها في شكل مواد من أجل فك النزاع القائم بين الزوجين بسببها وطرح الحلول المناسبة لمن له الحق في حضانة الطفل الصغير لأنه يعتبر الطرف الضعيف جراء هذا الطلاق فمن الاجدر حمايته بوضع قواعد تصون الحقوق المتعلقة بالمحضون الطبيعية لا سيما حق الأمومة لذلك جعل الام مسؤولة عن حضانة طفلها بشكل تلقائي بناء على طبيعتها وقدرتها على تنفيذ هذه المهام التي يعجز الاب عن القيام بها.

المبحث الثاني

شروط وأحكام الحضانة.

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع وبأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب' اذن فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، ولتبيان وتوضيح هذه الأوليات والشروط المتعلقة بالحضانة في كافة الجوانب سنحاول من خلال هذا دراسة شروط الحضانة من خلال المطلب الأول (شروط منح حق الحضانة ومن يستحقها) وعلى أن نخصص المطلب الثاني لمعالجة أثار الحضانة وسقوطها ومدى إمكانية رجوعها من جديد.

[1] نشوان سليمان زكي، المرجع السابق، ص 72

[2] ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الابناء، مجله الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد،09 مجلد 01، جامعة محمد خصر، بسكره، مارس 2018، ص 282

المطلب الأول

شروط منح حق الحضانة ومن يستحقها

بالنسبة الى شروط الحضانة فان قانون الأسرة الجزائري اكتفى بالقول بأن يكون الشخص الذي تسند إليه الحضانة أهلا بها. وذلك ما جاء به في الفقرة 02 من المادة 62، وعدم تفصيله في الشروط الواجب توفرها في أهلية الحضانة يحيلنا مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بناء على نص المادة 222 من القانون الأسرة' فيرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة يجب توافرها في الحاضن، وبعضها يخص النساء فقط، والبعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال، وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية[1].

الفرع الأول

شروط منح حق الحضانة

البند الأول: شروط عامة

من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نذكر:

- **العقل:**

يتفق جمهور الفقهاء المسلمين، على أن لا حضانة للحاضنين من الرجال والنساء لمن يعتريهما الجنون، لأن المجنون لا يستطيع القيام بشؤون نفسه، فليس له تولي شؤون غيره، ويستوي في ذلك إن كان الجنون مطبقا أو قطعيا، فكليهما مانع من تولي الحضانة لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه من الضرر على المحضون، على أساس أن الغرض من الحضانة هي مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وينبغي الابتعاد عن كل أذى أو ضرر يخل برعاية المحضون.[2]

[1] مولاي الهاشمي، بوترعة عبد القادر، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ودورها في حماية الطفل، مركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، مجلة صوت القانون، المجلد التاسع العدد الخاص, 2023، ص 164

[2] عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية، الجلفة، المجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021 ص 385

وقد أكد المشرع الجزائري على شروط العقل ونص على أن الحضانة هي الولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 من قانون أسرة الجزائري والتي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه ".....وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة الأولاد".[1]

- **البلوغ:**

يشترط في الحاضن البلوغ لان الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية، وهو عاجز عن رعاية شؤون نفسه، والحضانة رعاية وتربية ويجب أن تكون الحاضنة في سن يؤهلها لذلك [2].فالبلوغ شرط أساسي الاستحقاق الحاضن، يقصد بالبلوغ أهلية الأداء التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على تولي شؤون نفسه، وبالتالي يمكن له تولي شؤون غيره، ولأن الحضانة مهمة صعبة لا يمكن للصغير أن يتحملها، فهو نجده لا يتولى شؤون نفسه فكيف يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره.لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني، وهو تمام التاسع عشر (19) سنة حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري.[3]

- **الأمانة**

يقصد بالأمانة أن يكون الحاضن أمينا على المحضون، أي أمينا في خلقه وفي سلوكه مع المحضون، فال حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخالقه كالفاسق مثال رجال كان أو امرأة، فال حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا والفجور أو اللهو الحرام[4]. ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن.

- **القدرة على الحضانة**

يشترط في الحاضن القدرة على تربية المحضون و متابعة و الاهتمام بشؤونه و صيانته و حفظه في خلقه و صحته و مدرسته، و كل ما يتطلب المحضون من حاجيات مادية و معنوية، فالمريضة العجوز

---

[1] قانون رقم 84 – 22، مرجع سابق

[2] بومالية نظيرة، أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية، مركز البحوث القانونية والقضائية, 30 ماي 2023، ص7

[3] ق. م، رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[4] مولاي الهاشمي، مرجع سابق ص 166

الطاعنة في السن و أمثالها لا تستحق الحضانة لعجزها عن متابعة و صيانة المحضون[1] ،أما عن القضاء الجزائري اعتبر القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من القرارات المحكمة العليا ، اذا جاء في أحدها "أن القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة.

فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يعجز عن القيام بشؤون التربية و على القاضي اللجوء الى الخبرة للوصول الى الحكم النزيه و تقدير مدى عجز الحاضنة .[2]

- **الدين:**

لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا الحضانة له سواء أكان رجال أو امرأة [3]، أما الشافعية والحنابلة يرون أن الاسلام شرط لممارسة الحضانة واستدلوا بقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا [4]" و لقد ساير المشرع الجزائري المذهب المالكي و هذا ما نلمسه في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت الحاضنة هي رعاية الوالد و تعليمة و القيام بتربية على دين أبيه و السهر على حمايته صحة و خلقا .[5]

البند الثاني: الشروط الخاصة

بالإضافة إلى الشروط العامة المارة الذكر فإن حضانة النساء تتطلب توفر شروط أخرى يمكن إجمالها بالشروط التالية:

أ . الشروط الخاصة بالنساء:

✶ ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم:

الحضانة حفظ ورعاية من لا يستقل بأموره، وتربيته، والقيام، وهي حقٌ وواجب في الوقت ذاته، لأن المقصود منها مراعاة مصلحة المحضون ولذلك كانت من اختصاص النساء دون الرجال، لما فيهن

---

[1] رحاوي أمينة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القانون –دراسة مقارنة – مجلة القانون الدولي والتنمية المجلد 4، العدد 1، ص117

[2] سعاد قسمي، رقية مسعودي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، بحث النهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، المملكة العربية المغربية , 2012 , ص 93

[3] مبدوعة حدة، ضوابط رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأسرة وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص العقود والأحوال الشخصية، كلّيـة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة ص 263

[4] القران سورة النساء الآية 141

[5] بعاكية كمال، حبار أمال، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 06، ط 7، ص418

من التحمل والصرب على مشقتها، وكانت الأم أولى الناس وأحقهم بحضانة أولادها؛ غير أن هذا الحق يسقط عنها إذا تزوجت بغير قريب محرم من المحضون[1]، وقد تم النص على هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري.

وجاء فيها ما يلي: «يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون»[2] وعليه يفهم من نص هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي، وبالتالي إذا أرادت الاحتفاظ بحضانة ولدها لا بد من زواجها بقريب محرم، وذلك لأن القريب المحرم سيعتني ويحن على المحضون أكثر من الأجنبي نظرا لوجود صلة الدم التي تربطه به، عكس الزوج الأجنبي الذي نجده في غالب الأحيان لا يعطف على الطفل لأنه لا تربطه به أية صل.

ما إذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم للمحضون، أو تزوجت بقريب له ولو غير محرم، كابن عمه، فإن حضانتها التسلط عند الجمهور المالكية، والشافعية في الأصح، والحنابلة. واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون زوج الحاضنة ممن له حق في حضانة الطفل، وأن يرضى بها؛ لأن شفقته تحمله، وأما الحنفية، فاشترطوا على رعايته، فيتعاونان على ذلك أن يكون الزوج ذا رحم محرم للمحضون؛ لأن القرابة بينهما تبعثه على الشفقة عليه، فلا يلحقه جفاء، فإن كان غير محرم كابن العم، سقطت الحضانة[3].

في حالة عدم توثيق الزواج في الحقيقة في نص المادة 66 سالف الذكر لم يحدد فما إذا كانُ يعتد الزواج العرفي أو الرسمي فقط. لكن قضى الاجتهاد القضائي بهذا الصدد أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا بد أن يثبت بصفة مؤكدة أي عقد زواج حرر وفقا القانون مما يفيد وجوب اتباثه بمستخرج سجل من الحالة المدنية. وهذا ما جار العمل هذا ما جار العمل به فعلا حيث ترفض الدعوى لعدم والتأسيس أذا لم اثبات ذلك.

✶ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير:

أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأمه وأخته، [4]يقصد بذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على فلا حضانة لبنات العم أو العمة، والبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية

[1]حيدرة حميد، زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية العدد 20 جوان 2018. ص 193

[2]القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3]حيدرة حميد، مرجع سابق ص 195

[4] هالتي أحمد، المرجع السابق، ص 387

ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني الخال والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[1].

✶ **عدم الاستطان بالمحضون في بلد الأجنبي:**

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج مسألة انتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه:" إذا أراد الشخص الموكول ل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاض ي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، [2] كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر صادر لها مؤرخ في:1995/11/21 أنه متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون.

والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، مهما يكن من أمر فإن محصلة مسألة الاستطاعة بالمحضون في بلد الأجنبي تشير إلى أن المشرع الجزائري قد جعل من الانتقال بالمحضون إلى خارج الجزائر راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يمكن إسناد الحضانة لألم المتواجدة خارج التراب الوطني مراعاة لمصلحة المحضون[3].

ذهب المالكية إلى أن انتقال الحاضنة إلى بلد يبعد عن مقر الأب وأولياء المحضون مسافة القصر يسقط حقها في الحضانة، وقد قدرت هذه المسافة ابثنني وسبعني ميال، أما المسافة القريبة وهي التي ينقطع بها خبر المحضون عن الأب وأوليائه فالا يسقط بها هذا الحق، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وعللوا رأيهم هذا بأن مهمة الأب حفظ النسب والتأديب، ولا يمكن لأحد أن يقوم مقامه، وبناء على ذلك فإن المحضون إذا لم يكن في بلد الأب ضاع.

✶ **عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها:**

في حالة كون الحاضنة غير الأم كالجدة والخالة، اشترط ألا تكون ساكنة مع أم المحضون المتزوجة برجل أجنبي عنه، فإن كانت مقيمة معها سقط حقها في الحضانة[4]' وهذا ما أورده المشرع الجزائري في

---

[1]بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، السنة 2019، ص227

[3]هالتي أحمد، المرجع السابق، ص 388

[4]حيدر محمد , مرجع سابق, ص 17

المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: «تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت يمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم»[1]

ب . الشروط الخاصة بالرجال:

بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالحاضنة المرأة هناك شروط خاصة بالحواضن من الرجال أهمها:

✶ **أن يكون محرما المحضون إذا كانت أنثى:**

إذا كان الحاضن رجلا، فيجب أن يكون ذا رحم محرم المحضون إن كان أنثى، وأن يقيم عند الحاضن [2]ذهب جمهور العلماء إلى أنه يشترط في الحاضن أن يكون محرما للصغير إذا كانت أنثى، وذلك سدا لذريعة الفساد والفتنة، وقيد بعضهم هذا الشرط بما إذا كانت الصغيرة مشتهاة فإن لم تكن مشتهاة فتصح حضانتها من الرجل غير محرم كابن العم.

✶ **أن يكون عند الحاضن من الاناث من تصلح للحضانة:**

اشترط الفقهاء أن يكون عند الحاضن سواء الأب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو خالة أو عمة أو مستأجرة للخدمة، لأن الرجل لا يستطيع أن يعطي للطفل ما يحتاجه من العطف والحنان والصبر على العناية به وتنظيفه والسهر على حمايته كالأنثى.[3]

الفرع الثاني

مستحقي الحضانة

أحدث المشرع الجزائري تغيير في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02-05إذ نصت على ما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة ألم، ثم الجدة ألب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون"[4] في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .الجديد الذي حمله هذا التعديل بإيجاز هو أنه جعل الأب مباشرة بعد الأم، ثم درجة الجدة الأب قبل الخالة.

---

[2] مبدوعة حدة، المرجع السابق، ص 267

[3] لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015 ص 13

[4]قانون رقم84 – 22، المرجع السابق.

لكن ما نلاحظه هو أن المشرع أضاف في المادة المذكورة أعاله عبارة:" ... مع مراعاة مصلحة المحضون..." فهذا دليل على أن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها[1]. وعلى هذا أساس قسمنا هذا الفرع الى.

البند الأول: الأم والأب

تقدم الأم على غيرها في الحضانة، فالأم أحق بحضانة الولد وبناء على نص المادة 87من قانون الأسرة الجزائري، والتي يمنح بموجبها القاضي الولاية في حالة الطلاق الى الطرف الذي أسندت له الحاضنة (الأم والأب)، فيهذه الحالة تستطيع أن نقول بأن المشرع الجزائري قد وضع حدا لمشكل مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة، في قانون الأسرة بشكل واضح وجلى ولا ريب فيه وبالتالي فان الولاية بجميع أقسامها تنتقل الى الأم في حالة الطلاق واسناد الحاضنة اليها، وذلك بقوة القانون.

وتعطى للأم الحضانة سلطة مباشرة وكاملة على الولد المحضون. الأم أحق بحضانة بالأجماع والسنة ودليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن أمرأه جاءت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت له (يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال:" أنت أحق به ما لم تنكحي ".[2]

كما يتضح لنا من قرأه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري , أنها رتبت أب المحضون بعد الأم مباشرة , فان حضانة المحضون كمن حق الأب بعد الأم فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة علية و تتولى رعايته , و حسن ما فعله المشرع لمعالجة المشاكل الواقعة حاليا , فالأب أولى بتربية أولاده و الأجدر برعاية مصالحهم .[3] ويأتي بعد الوالدين أقارب الطفل وهما كما يلي.

البند الثاني: الجدة الأم والجدة الأب

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من القانون الأسرة الجزائري المذكورة سابق على أنه رتب مستحقي الحضانة بعد الوالدين بتناوب بين الأقارب الأم و قرابة الأب عند اتحاد درجة مع تقديم النساء من

[1] بن داود حنان، المرجع السابق، ص 236

[2] بن عيسى أحمد، مرجع السابق، ص 187

[3] بن عيسى أحمد، مرجع السابق، ص 189

جهة الأم على النساء الجهة الأب [1] ،أم الأم أي الجدة , تأتي مباشرة بعد الأب لمشاركتها الإرث و الولادة، كذلك لأن الجدة الأم أكثر رأفة و شفقة ، الجدة الأب تأتي مباشرة بعد الجدة الأم ، حسب الترتيب المحدد في المادة 64 من قانون أسرة الجزائري .

البند الثالث: الخالة وبعدها العمة

الخالة سواء كانت شقيقة أو لأم أو لأب تأتي مرتبتها بعد مرتبة الأم وتليها العمة، ويشترط فيهن أن تتوفر لديهن نفس الشروط التي تتوفر في الحاضنة. كما سبق الذكر أن المشرع الجزائري تناول في الترتيب أصحاب الحق في الحضانة، تارة من جهة الأم وتارة من جهة الأب مع تقديم النساء من جهة الأم على نساء الجهة الأب.

تتفق المذاهب الفقهية فيما يتعلق في الترتيب أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم وانه يكون بحسب شفقتهم وعطفهم على الصغير.

فذهب فقهاء الحنابلة الى قول في انتقال الحضانة الى تقديم الاناث من جهة الأم أم على الاناث من جهة الأب الأم اذن أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها وإذا علت، ثم الأب، ثم أمهاته وإن علت ثم الجد ثم أمهاته ثم أخت الأبوين، ثم أخت أم ثم أخت الأب ثم خالة الأم ثم خالة الأب.[2]

المطلب الثاني

آثار الحضانة وسقوطها

لقد رتب المشرع الجزائري وقبله الفقه الإسلامي آثار لممارسة الحضانة فبعدما تطرقنا في المطلب الأول لشروط استحقاق الحضانة وأصحاب الحق فيها تناول في هذا المطلب آثار الحضانة بعبارة أخرى القواعد التي تحكم الحضانة من حيث مدة ممارستها وانتهائها ومكان ممارستها أيضا، نفقة المحضون وسكناه وأخيرا نبين الأحكام في حالة سقوط الحضانة وهل يمكن أن تعود بعد سقوطها؟

[1] حسين مبارك القحطاني، راشد سعد الهاجري، ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية دار العلوم، كويت، مجلد 37، العدد 130، 2020، ص 43

[2] زياني عبد الله، مرجع السابق، ص 123

الفرع الأول

آثار الحضانة

فمن البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة وأن تختلف أيضا مدة حضانة الانثى عن مدة حضانة الذكر لبيان التكوين النفسي والجسدي لكل واحد منهما.[1]

البند الأول: زمن الحضانة ومكان ممارستها:

1/ مدة الحضانة

إن مدة الحضانة لا تكون بصفة مؤبدة لصاحبها فقط حددت المادة 65 من قانون الأسرة انتهاء مدة ممارسة الحضانة فتنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي 19 سنة كما نص على إمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية. مع مراعاة في حكم انتهائها مصلحة المحضون[2].

ويكون طلب التمديد بناء على عريضة يتم تقديمها لدى المحكمة فهو من حق الام دون غيرها والتمديد يخص الذكر وليس الانثى الى ان يبلغ 16 عاما لان الانثى لأن حضانتها تستمر الى حين زواجها ويشترط في الأم الحاضنة ان تكون غير متزوجة بغير ذي محرم للطفل حيث ترك المشرع للقاضي كل الحرية في تقدير بقاء المحضون عند امه أم لأبناء على مصلحته غير أن طلب التمديد الحضانة طبقا لنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري له مدة عام ابتداء من انقضاء فترة الحضانة والا سقط الحق في المطالبة بها. [3]

2/ مكان ممارسة الحضانة :

معرفة مكان ممارسة الحضانة مهم جدا ليتمكن الطرف الآخر الزيارة الذي بدوره لم يستفد من حق الحضانة.وباعتبار في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، فيكون على الأب تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن وإلا تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم[4].

---

[1] زكية حميدو، مصلحه المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان سنة 2004/ 2005، ص 51.

[2] لدكتور ذبيح هشام، أحكام الطلاق والتطليق وأثار قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مرجع السابق، ص 233.

[3] غضبان مبروكة. حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري. أطروحة الدكتوراه. تخصص قانون خاص، كليه الحقوق جامعه ال جزائر 01. سنه 2017/2018. ص101.ص102

[4] غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائر للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55، العدد 1، سنة 2018، ص410

ومكان الحضانة ينبغي ألا يكون مضرا بالولد، ويشمل المسكن ويتسع ليضم البلدة التي يقيم فيها الحاضن، أي الموطن المعتاد للزوجين، سواء كان من الرجال أو النساء[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فذكر ذلك في نص المادة 69 من قانون الأسرة بقولها" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."

من خلال نص المادة نلحظ أن المشرع أعطى للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن مستحقها مراعيا في ذلك بالدرجة الأولى مصلحة المحضون، في هذا الشأن نلمس قرار المحكمة العليا مصادر بتاريخ 23/ 06/ 1993 بقوله" من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين، لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون [2].

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين، تزيد على 1000 كلم فإن المجلس بإسناد هم حضانة الولدين إلى أمهم، يكونوا قد أخطؤا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه،[3] وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم(01\15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، نجد أن المشرع لم يضع تعريفا له.

البند الثاني: نفقة المحضون وسكناه

1/نفقة المحضون:

أوجب الله تعالى للأبناء على الآباء النفقة وجعلها حقا خالصا فقد نهج المشرع نفس طريق الفقه الإسلامي فقد نصت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية

[1] غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، نفس المرجع، ص410.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1996-2010، د. م. ج، ط 04، سنة 2011-2012ص 367.

[3] ق.م ع، غ. أ. ش، بتاريخ 09/ 03/ 1987، ملف رقم 45186، غير منشور، أورده بلحاج العربي في كتابه قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 368.

أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[1] وبالتالي تسقط النفقة إذا كان الولد يمارس عملا يتقاضى عليه أجرا يكفيه للمعيشة ذكرا كان أو أنثى.

كما نصت المادة 76 على أنه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". ويعتبر كاستثناء لنص المادة 75 متى توفرت قدرة الأم على الإنفاق في حالة عجز الأب، كما تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث وهذا ما نصت عليه المادة 77 من قانون الأسرة.

والمشرع لم يغفل مشتملات النفقة بحيث ذكر ذلك في المادة 78 قانون الأسرة بقولها" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن او أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" فالقاضي عندما يحكم بالنفقة للولد لا يمكن ان يستثني أحد هذه العناصر عند الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة[2].

أما بالنسبة لتقدير النفقة فعلى القاضي أن يراعي في ذلك حال الطرفين وظروف المعاش وهذا ما نصت عليه المادة 79 من نفس القانون فيمكنه الاطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف الممتلكات كما له الاستعانة بالخبرة في ذلك وله مراجعة تقديره للنفقة تماشيا مع تغير ظروف المعيشة مع مطلع كل سنة جديدة ابتداء من النطق بالحكم المقرر للنفقة أو الحكم المراجع لها وهذا ما ذكرته نفس المادة في الشطر الثاني منها من ذلك قرار المحكمة العليا تاريخ 18/ 06/ 1991 " .

ولما كان من الثابت في قضية الحال ان قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك، شابوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه[3]"فعلى الحاضن المبادرة بطلب النفقة أمام القاضي وذلك ما جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنه قبل رفع الدعوى" [4] ،وبالتالي يحكم القاضي بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى.

---

[1] المادة 75 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر .15، ص22.

[2] غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المرجع السابق، ص418.

[3] ق.م. ع، غ .أ. ش، بتاريخ، 18/ 06/ 1991، ملف رقم 29 750، م.ق، 1994، عدد2،ص، 65، أورده بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 377.

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم(01\15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، نجد أن المشرع لم يضع تعريفا له وفقا لقانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال أو في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، ويستفيد من المبلغ الذي يدفعه الصندوق الطفل أو الأطفال المحضونين الممثلين من قبل المرأة الحاضنة وكذا المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة ويتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر او للحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك او لعدم معرفه محل إقامته ويثبت تعذر التنفيذ بمحضر يحرره محضر قضائي.[1]

وتستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها[2].

2 /سكن المحضون:

فلأجل تربية الصغير ورعايته يجب على الأب توفير كل الظروف الملائمة لينشأ في بيئة سليمة ولذلك يعتبر السكن من الحاجيات الضرورية لذلك، فمسألة السكن قد حسمها المشرع بوجوب تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وهذا ما جاءت به المادة 72 المعدلة من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكن ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" وقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة كحتي ولو كان للحاضنة سكن.

وتأسيسا له اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة او بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقا لنص المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة، وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب"[3] .

---

[1]قانون 15/ 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنه 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد، سنه 2015.

[2]سليمان بوقندوره، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، دار الألمية للنشر والتوزيع، 2015، ص 396

[3]ق.م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ 31/ 07/ 2002، ملف رقم288072،م ق ،سنة 2004 ،العدد01،ص 285.

ورغم تعديل المادة 72 من قانون الأسرة فتبقى عرضة للنقد خصوصا ما تعلق منها ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية لغايه تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن فمن الناحية النظرية هو في مصلحة الحاضنة اما من الجهة العملية وخصوصا فيما يتعلق بالعرف المطبق في المجتمع الجزائري فقبل رفع دعوه الطلاق من قبل أحد الزوجين فتكون الزوجة قد غادرت مسكن الزوجية إلى بيت أهلها ومعها الأطفال المحضونين، وبعد الطلاق أو التطليق لغاية صدور الحكم تمر فترة زمنية تتجاوز ثلاثة أشهر وهي مدة العدة إن كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وبالتالي تكون الزوجة أجنبية عن الزوج بحكم الطلاق فكيف يطلب منها البقاء في المسكن الزوجي؟

ومن جهة أخرى غالبا ما تكون أجرة السكن المحكوم بها مجرد أجره رمزية لا تكفي لاستئجار مسكن من طرف الحاضنة، وقد تكون كافيه لاستئجار مسكن لممارسة الحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.كما ان الزوج قد يوفر لطلقته الحاضنة مسكنا لا يليق لممارسة الحضانة[1].

أما فيما يتعلق بحق الزيارة فقبل تعديل قانون الأسرة كان الحكم بالزيارة مباشرة مع الحكم بالطلاق تطبيقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة لكن بعد التعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر إضافة لنص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة أن يتقدم بطلب في شكل عريضة ويفصل فيها القاضي بموجب أمر ويمنح من حق الزيارة المؤقت الذي لم تسند له الحضانة.

كما أن المشرع لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد المحضون لأنها مسألة رضائية وتكون باتفاق الأطراف لتحديدها زمانا ومكانا فالمشرع لم يتطرق لمدة الزيارة ولا لعددها وهل تكون بصفة يومية أم أسبوعية أم شهرية؟

أما ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية . وكثيرا ما تكون إشكالات بسبب أن الحكم القضائي لم يكن واضحا وكان من الأجدر بالمشرع أن يأخذ في الحسبان هذه المسألة لتفادي الضرر للجهتين ليصبح النص في المادة 64 من قانون الأسرة ليشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح وحتى لا تبقى أي حجة يتضرع بها هذا الطرف أو ذاك[2].

[1] بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال عقد الزواج، مذكره ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنه 2013/ 2014، ص 245.ص 246.

[2] بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال عقد الزواج، المرجع السابق، ص 242.ص 243.

الفرع الثاني

سقوط الحضانة ورجوعها.

إن مهام الحضانة لا تثبت لصاحبها بصفة دائمة فإذا قام بها على أتم وجه كما نص على ذلك المشرع والتزم بكافة شروطها احتفظ بهذا الحق إلى حين بلوغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة أما إذا أخل بالالتزامات المفروضة عليه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب سحبها منه، لكن السؤال المطروح في حالة ما إذا سقطت الحضانة من أحد مستحقيها هل يمكن له أن يطلب استرجاعها من جديد؟ هذا ما سنتناوله في البند الثاني.

البند الأول: أسباب سقوط الحضانة .

إن هدف المشرع من وضع شروط مضبوطة هو حماية الأطفال المحضونين لذلك أوجب حالات تسقط فيها الحضانة لما فيه إساءة للمحضون سواء كانت جسمية، نفسية، او أخلاقية ولعل أسباب سقوط الحضانة تتمثل فيما يلي:

أولا: سقوط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم أو بالتنازل

بالرجوع إلى نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص" يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم". فينبغي ألا تكون الأم الحاضنة متزوجة من أجنبي فمتى وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة بقوة القانون وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة من شخص لا يقرب المحضون فقد يسيء للطفل أثناء بقائه مع أمه في بيت هذا الشخص فهو ليس من صلبه وبالرجوع لهدف الحضانة من رعاية وحماية للطفل المحضون.

وجب إسقاط الحضانة عن هذه الأم، أما إذا كان زواجها مثلا بعمي الولد المحضون فلا يسقط حق الحضانة عن هذه الأم لأن عم الطفل من أقاربه وبالتالي سيراعي حالته النفسية ويعمل على رعاية ابن أخيه وهو الهدف المرجو من الحضانة[1] .أما الفقرة الثانية من المادة 66 فقد نصت على التنازل عن الحضانة وقد ربطه بمصلحة المحضون.

ثانيا: سقوط حق الحضانة بانتقاء أحد الشروط والواجب توافرها في الحاضن.

فقد نص المشرع على المادة 67 من القانون الأسرة على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 اعلاه"

[1] ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق واثر قانون الأسرة فيها على حمايه الابناء، المرجع السابق، ص 234.

فقد وضع المشرع الجزائري في المادة 62 مجموعة من الشروط يجب توافرها في الحاضن ليتمكن من ممارسة الحضانة وبمجرد تخلف أحد ها سقط حقه فيها بدءا برعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة.

وخلقا مع اشتراط الأهلية لممارسة الحضانة فالقاضي ملزم في كافة الأحوال أن يراعي مصلحة المحضون فأي إساءة من طرف الحاضن أثناء ممارسة الحضانة يسقط حقه فيها.

فإذا لم يوفر الرعاية اللازمة والعطف سقط حقه في الحضانة وإذا لم يعلمه ويسجله في المدارس التعليمية سقط حقه في الحضانة وإذا أساء تربيته وثبت إنحراف الأم الحاضنة فلا حضانة لها وإذا لم تربي الطفل على دين أبيه فلا حضانة لها

وإذا لم تراعيه من الناحية الصحية والأخلاقية سقط حقها في الحضانة إضافة إلى ذلك يجب أن تتوفر في ذاته مجموعة من الشروط من عقل وبلوغ وقدرة وأمانة ففقدان الأهلية أو العجز تسقط الحضانة ويعد كل هذا نوع من الحماية للأطفال وظفه المشرع في قانون الأسرة[1].

ثالثا: سقوط حق الحضانة بالتقادم.

فقد جاءت المادة 68 بقولها " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " فالسكوت عن طلب الحضانة لمن يستحقها لمدة سنة دون ان يقدم عذرا سقط حقه فيها وهنا تنتقل مباشره للحاضن الذي يليه حماية للطفل وعدم تركه دون رعاية فعدم المطالبة بها يعد قرار ضمني بعدم الرغبة في حضانة الطفل بشرط ألا يكون هناك عذر يبرر عدم المطالبة هاته، لكن المادة تطرح تساؤلين بحكم أن المشرع لم يبين تاريخ سريان مدة المطالبة بحق الحضانة فمتى يبدأ سريان هذه المدة؟ .

ومتى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟

فحسب أصحاب المذهب المالكي الذي يأخذ به المشرع الجزائري يبدا سريانها بسنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة.

رابعا: الحضانة بالمساكنة .

عند استقراء المادة 70 من قانون الأسرة بقولها" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت يمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "

[1]ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الابناء، المرجع نفسه، ص 234.

فالجدة أو الخالة التي أسندت لها الحضانة إذا سكنت مع أم الطفل المحضون وكانت هذه الأم قد تزوجت بشخص لا تربطه قرابة بالولد المحضون سقط الحق لهذه الجدة أو الخالة وهذا حماية للطفل المحضون وتجنب الإساءات التي قد تصيبه من الشخص الأجنبي عنه الذي ليس له أي صلة قرابة. [1]

خامسا: الاستيطان المحضون في بلد أجنبي

تناولت ذلك المادة 69 من قانون الأسرة بقولها" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن ان يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون" فالمالكية قالوا إن للحاضنة الانتقال إلى بلدة ليس فيها أب المحضون أو وليه لكن بشروط:

–أن تكون المسافة أقل من ستة برود ويصح أن تستوطن فيها ولا يسقط حقها.

–ألا يكون السفر للإقامة و الاستيطان فإن كان للتجارة أو النزهة لا يسقط حقها في الحضانة وأن يكون الطريق مأمونا، سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن لحاجة، [2].

وقد اعتبرت المحكمة العليا أن قرار حضانة الأم تقيم في بلد أجنبي مخالف لأحكام الشرع والقانون لأنه يحول دون ممارسة حق الزيارة،

وقد تساءل بعض الفقه حول ما إذا كان المراد بعبارة "الدولة الأجنبية" أي دولة خارج حدود الجمهورية الجزائرية مسلمة كانت أم غير مسلمة، أم يقصد بها الدولة التي لا تدين بدين الإسلام؟ استنادا إلى اجتهادات المحكمة العليا، فإننا نجد أغلبها تعني بها الدولة غير المسلمة، وكذا بالرجوع إل المادة 62 من قانون الأسرة التي تؤكد على وجوب تربية الطفل على دين أبيه لكن، وبرأينا فإن الهدف من إسقاط الحضانة بالاستيطان في دولة أجنبية، ليس فقط الخوف على المحضون من التخلق بأخلاق الكافرين، بل أيضا فيه مساس بحق الوالد في زيارة ولده نظرا لبعد المسافة التي قد تحول دون ممارسة حقه ذاك. لذا، فالدولة الأجنبية التي تسقط الحضانة بالاستيطان فيها، هيكل دولة خارج الحدود الجزائرية مهما كانت ديانتها مع مراعاة مصلحة المحضون .[3]

فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 25/ 12/ 1989 بحضانة الأولاد إلى الأم الساكنة خارج التراب الوطني فرنسا نقض جزئي –سقوط الحضانة،

---

[1]، ق.م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ1987/02/07 ملف رقم 44858، م.ق،1990،عدد 4،ص 30 اورده باحاج العربي في كتابه ،قانون الأسرة ،المرجع السابق ، ص 353.

[2]ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق واثر قانون الأسرة فيها على حمايه الابناء ,المرجع السابق، ص 235.

[3]. راضية بشير, رؤوف قروج, القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة , مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 7 , العدد 1, سنة 2022 ،ص 164

المبدأ: من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود.[1]

سادسا: بقوة القانون.

بما أن للحضانة مدة محددة نصت عليها المادة 65 بقولها "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج" فهنا يكون سقوط الحضانة بقوه القانون بانتهاء المدة المنصوص عليها قانونا وتكون ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج لكن السؤال المطروح ما هو مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة؟ أو حتى بعد تمديدها؟ فهل يضم إلى الأب، أو يبقى لدى الحاضنة؟ وبالرجوع للفقه واساسا المذهب المالكي فانه لا يجيز التخيير.

وان الغلام يبقى عند أمه مدة الحضانة، وبعد تمامها فالمفترض أن الأب أحق به أما البنت فرأي مالك تبعا لما ورد في المدونة الكبرى هو مدى توافر حرز البنت، فإن كانت في حرز تبقى عند الأم وإن كان غير ذلك ضمت إلى الأب أو من له الحق في ذلك لحمايتها من الفساد والضياع.

وإن المحكمة العليا لم توضح ذلك وبالتالي كان من الضروري على المشرع استحداث نص يبين مصير الطفل المحضون بعد انقضائها لكل من الأنثى والذكر[2].

البند الثاني: رجوع حق الحضانة

بعد تبيان أن الحضانة حق للحاضن وأنه يمكن لهذا الحق أن يسقط وذلك للأسباب المذكورة سابقا بناء على رأي الفقهاء وما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة لكن هناك سؤال يطرح نفسه هو إن سقطت الحضانة لسبب من الأسباب التي ذكرناها هل يمكن أن يعود الحق في ممارستها من جديد؟ وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولا: المالكية

فان الفقه المالكي يرى بأن زواج الأم الحاضنة هو سبب سقوط الحضانة عنها فالمانع هو اختياري من طرف الحاضنة ولا يجوز في نظرهم عودة الحضانة لها بعد سقوطها.[3]

---

[1] كريمة محروق، دور القاضي على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة الجزائر ,ط01، جانفي 2019، ص 148،147، alphadoc.

[2] زياني عبد الله، المرجع السابق، ص 225

[3] هشام الذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء القانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، اطرحوه دكتوراه، قانون خاص، تخصص قانون احوال شخصيه، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه محمد خيصر بسكره، سنه 2019-2020.ص 355

ثانيا: جمهور الفقهاء (الحنفية، الحنابلة، والشافعية)

إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال ذلك المانع عادت الحضانة لصاحب الحق فيها سواء كان هذا المانع اضطراريا كالمرض او اختياريا كالزواج والسفر والفسق فإذا ثبت الحكم بالعلة زال بزوالها لأن علة السقوط في الحضانة بالزواج فإن طلقت أو توفي زوجها زالت العلة وبالتالي زال الحكم.

فرغم اتفاق الجمهور على أن الحضانة تعود بزوال المانع إلا أنهم اختلفوا في عودة الحق في الحضانة بمجرد الطلاق فهل يكفي أن يكون رجعيا أم بائنا؟

فذهب أبو حنيفة على أن الحق في الحضانة يعود في الطلاق البائن حتى مع قيام العدة لكنه في الرجعي يعود بمجرد الطلاق وسنده أن المطلقة رجعيا زوجة فيثبت لها التوارث والنفقة ويحرم عليها الزواج ما دامت في عدة الطلاق أما الحنابلة والشافعية فذهبوا على أنه لا فرق بين الطلاق الرجعي والبائن فكما أن الحق في الحضانة يعود بمجرد الطلاق في البائن كذلك يعود في الطلاق الرجعي دون انتظار انقضاء العدة وسند هذا الرأي أن علة السقوط قد زالت بالطلاق والمطلقة رجعيا تعتبر مطلقة وبالطلاق تعود الحضانة.[1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أن عودة الحضانة مرتبطة بزوال سبب سقوطها وهذا ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري أي بزوال المانع الذي لا دخل فيه لأرادة الحاضن بمعنى ان يكون المانع اجباري اما إذا ان كان ارادي فلا تعودا اما المحكمة العليا فتنص في قرارها الصادر بتاريخ 2021/10/06انه يحق للأم المطالبة بالحضانة من جديد بعد تنازلها عنها اثناء الطلاق بالتراضي متى بررت طلبها وكانت الحضانة الفعلية لها[2].

فالحاضن التي سقطت عنه حضانته عن الطفل المحضون عليه ان يتقدم الى المحكمة المختصة ويقدم عريضة طالبا فيها عوده الحضانة له بذكر نوع الصلة التي تصله بالطفل المحضون وما هي الاسباب التي ادت الى سقوط الحضانة عنه وان يثبت ببيان صريح زوال السبب الذي أدى الى نزع حقه في الحضانة.[3]

---

[1] زياني عبد الله، المرجع السابق، ص 228

[2] ق.م. ع. غرفه شؤون الأسرة والمواريث. الصادر بتاريخ 2021/10/06. ملف رقم1453870.م.م.ع سنة 2021. عدد 02 ص80

[3] هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء القانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، نفس المرجع.ص355.

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما تم تناوله في الفصل الأول يمكن القول إنه يكمن دور الحاضن في تربية الطفل ورعايته والقيام بشؤونه بمعنى الرعاية الشاملة، فيحق للحاضن متى توفرت فيه الشروط المنصوص عليها فقها وقانونا.

أما عن ترتيب مستحقي الحضانة من خلال آخر تعديل فنجد أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة وذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الظاهري الذي خوّل الأب الحضانة بعد الأم .

وقد أكد القضاء على أن رغبة المحضون لا تراعى في منح الحضانة لأنه لا يعرف مصلحته كما أكّد على عدم جواز تجزئة الحضانة .

ومن أجل ممارسة الحضانة على أكمل وجه فلابد من توفير نفقة للمحضون وسكن يأويه طيلة فترة الحضانة التي نصت عليها المادة 65 من قانون الأسرة مع الحكم بحق الزيارة للطرف الآخر ما نصت عليه المادة 64 فقرة 2 ما يعيب عليها أنها لم تذكر فيها معنى الزيارة ولا مكانها ولا مواقيتها لكن ما استقر عليه القضاء في الجزائر فتمنح في العطل والمناسبات الدينية والوطنية.

كما أن المشرع قد عالج أسباب سقوط الحق في الحضانة فيمن المواد 67، 68، 69، والمادة 70 من قانون الأسرة، اضافه للقضاء ها ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما يطرح إشكال حول مصير المحضون بعد انتهاء المدة المحددة للحضانة فالمشرع والقضاء لم يوضح ذلك وبالتالي كان الأجدر بالمشرع استحداث نص يبين مصير الطفل المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لكل من الذكر والأنثى.

زيادة على ذلك فإنه يمكن لحق الحضانة أن يعود لمستحقه إذا زال سبب السقوط الغير اختياري كالمرض أو السفر الاضطراري (الحج) وخوف المكان الغير آمن، أما إذا كان إراديا كالتنازل عنها أو التزوج بغير قريب محرم فلا يعود لها حق الحضانة بتاتًا أخذًا بالمذهب المالكي.

الفصل الثاني

اشكالات الحضانة

مقدمه الفصل الثاني:

بعد المراجعة الأولية التي قمنا باستعراضها في الفصل الأول والقاء نظرة عامة حول مفهوم الحضانة واحكامها يتضح لنا ان اسناد الحضانة وفقا للقوانين الحالية يثير مجموعة من المشاكل التي قد تنشأ نتيجة الممارسات القضائية المتولدة عن الحضانة.

فالحضانة ونظرا للجهود الكبيرة المبذولة التي تطلبها رعاية الطفل المحضون لتأهيله لكي يصبح فردا متكافئا في المجتمع فإنها بالتأكيد تتطلب تكاليف لصالح الطفل المحضون[1]. وهذه الاشكالات هي الاكثر شيوعا على ارض الواقع كامتناع الوالد بالنفقة على أطفاله عند انقضاء فتره الحضانة وكذا مسألة مراعاة مصلحة المحضون واشكالات أخرى عديده والتي قمنا بحصرها وتقسيمها في هذا الفصل على النحو الأتي:

فقط خصصنا في المبحث الأول الاشكاليات القانونية الناتجة عن تطبيق أحكام الحضانة أما المبحث الثاني فقد خصصناه الى اشكالات الزواج المختلط واشكالية مراعاة مصلحة المحضون.

[1]بوجاني عبد الحكيم، الاشكالات المتعلقة بالطلاق في ق .أ ج، المرجع السابق، ص 192

المبحث الأول

الاشكالات الناتجة عن تطبيق احكام الحضانة

تتمثل مشاكل الحضانة في هذه الدراسة بمجموعة من الأثار سواء تعلقت بالشخص الحاضن او الطفل المحضون وبسبب التقدم السريع الذي شهدته البشرية في السنوات الأخيرة فان موضوع الحضانة يواجه مشاكل كبيرة ولعل أبرزها تلك التي تواجه القاضي ما إذا قام المحضون بتصرف غير مشروع والحق الضرر للغير فمن هو المسؤول عن ذلك هل هو الحاضن أم الشخص المحكوم عليه بحق الزيارة؟ وكذا الاشكال الذي تطرحه مسألة النفقة والزيارة والسكن وغيرها لذلك على القاضي أن يكون واعيا في حكمه عند مواجهته لمثل هذا النوع من الاشكالات.

وهذا ما سنتناول معالجته في هذا المبحث بتخصيص المطلب الأول الى الاشكالات القانونية المتعلقة بممارسه الحضانة وفي المطلب الثاني سنتطرق الى اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة والمسؤولية عن افعاله الضارة.

المطلب الأول

الاشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة

إذا كانت الاحتياجات المادية متوفرة للطفل المحضون كالطعام والشراب واللباس والمسكن وغيرها مما يحتاجه كل ذلك يساهم في توفير الراحة النفسية والشعور بالأمان والطمأنينة فهي من اهم النقاط التي يجب مراعاتها ومناقشتها في توفير المصلحة المادية للطفل المحضون والتي تشمل حقه في النفقة والسكن وبروز اشكالات اخرى كإشكالية الانتقال بالمحضون وكذا قصور المشرع الجزائري في مفهومه للزيارة[1] كل هذه الأمور سنتناول بطرحها في هذا المطلب والمفصلة على النحو الاتي:

الفرع الأول

اشكالية النفقة والزيارة

في هذا الفرع سنتطرق الى نقطتين أساسيتين هما في غاية الأهمية بما في ذلك اشكالية النفقة والى قصور المشرع في مفهومه للزيارة.

[1] سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجله العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، عدد 02، جامعه بسكره، الجزائر، سبتمبر 2019، ص 175.

البند الاول: الاشكالات المتعلقة بالنفقة

تظهر مشاكل النفقة من خلال الممارسة القضائية وذلك حسب نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الذي يقضي بانتهاء مده الحضانة بالنسبة للذكر حين بلوغه 16 سنه والانثى ببلوغها سن الزواج لكن الاشكال يقع على ان النفقة لا تنقضي بانقضاء الحضانة بل تبقى ملزمة وواجبة على الأب المنفق لكن في بعض الاحيان ما قد يحدث وان يتعسف الأب في هذا الحق ويتقاعس عن دفع النفقة.[1]

في هذه الحالة لا تتوفر للطفل الأهلية الكاملة للمطالبة بحقوقه أمام القضاء وهو أول اشكال نطرحه من يتولى رفع الدعوى باسم الطفل القاصر المنقضية حضانته للمطالبة بحقه في النفقة؟ إذا وبما ان القاضي قد منح الولاية لمن اسندت له حق الحضانة[2] فعند انتهاء هذه الأخيرة يفقد الشخص الحاضن كلا الصفتين يعني الولاية والحضانة وتعود الولاية الى جذورها الأصلية وهي الاب وهذا ما أغفل عنه المشرع ولابد عليه ان يتخذ اجراءات لتصحيح هذا العيب.

لان مثل هذه الدعاوى التي يرفعها الشخص الحاضن أمام القضاء لا تقبلها جميع المحاكم وتكون بين كفتين اما قبول الدعوى واما رفضها لعدم توفر الصفة القانونية في الشخص الذي يتولى الدعوى مما يسبب الى اهمال وانتهاك حقوق الطفل لكن قانون الاحوال الشخصية المصري قد جعل الولاية للأب وذلك من خلال نص المادة 106 اي في حالة بلوغ الطفل السن القانوني وابقائه في حضانة امه مع اسقاط حق الام في النفقة والمسكن وهو ما سار عليه القانون الاردني الذي فرق بين الحضانة والولاية ولم يجعل هذه الأخيرة مرتبطة بالحضانة بل جعلها حقا للاب.

اما الاشكال الثاني فهو يخص دعوى النفقة ومراجعتها فإذا كانت دعوى النفقة تتميز بطابعها الاستعجالي إذا ما طلب الخصوم من القاضي أن يحكم بها حسب نص المادة 323من قانون الإجراءات المدنية والادارية فهل دعوى مراجعة النفقة تأخذ نفس الطابع الاستعجالي؟ فهناك من يرى بأن دعوى

---

[1].بن مصطفى عيسى، التطبيقات القضائية الحضانة واشكالاتها التشريع الجزائري، مجله العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 8، عدد3، جامعه الجلفة، الجزائر سبتمبر 2023، ص 419.

[2]بومالة نظيره، المرجع السابق، ص32.

مراجعة النفقة لا تتسم بالطابع الاستعجالي وعدم حكمها بالنفاذ المعجل وهناك اتجاه يرى بأن لها علاقة بالنفقة وان يكون الحكم المراجع للنفقة مشمولا بالنفاذ المعجل لأنه في النهاية هو الذي يسري ويطبق.[1]

اما الاشكال الثالث الذي يمكن طرحه وهو يخص صندوق النفقة الذي تم استحداثه بقانون رقم 15-01المتعلق بإنشاء صندوق النفقة والذي اظهر المشرع براعته واجتهاده في استحداثه من أجل صيانة كرامة المرآة المطلقة وتحقيق الحماية القانونية لا سيما الاطفال .

وذلك من خلال الاستفادة منه ولكن بالرغم من كل هذا الا أن هذا الصندوق أثار اشكالات عديدة فيما يخص الفئات المستفيدة منه لذلك فان المشرع لم يتدارك النقائص والفراغات في عدة امور حيث انه خص بالذكر وعلى سبيل الحصر الاطفال المستفيدين من هذا الصندوق فقط اطفال المطلقات لا غير واغفل عن شريحة كبيرة من الاطفال هم بأمس الحاجة الى الدعم الاجتماعي كالمتخلي عنهم "والنساء الارامل المعوزات واطفالهم ومجهولي النسب.

اذ أن المشرع الجزائري لم يكن عادلا في تقديره لذلك هذا وقد جعل المشرع الجزائري لسقوط الحضانة ان يتبعها سقوط الحق للاستفادة من الصندوق وهذا ما اكدته نص المادة 2والماده 6 فقره 2 من القانون01-15 الا أنه بالرغم من انقضاء الحضانة فان الحق في النفقة يبقى وهو أمر لازم من أجل سد احتياجات الطفل خاصة وان كان من ذوي الاحتياجات الخاصة ,[2] لذلك تبقى النفقة من المسائل المهمة للطفل لصيانة كرامته وحفظها بغض النظر عن النفقة و ما تحمله من عوائق هناك اشكال أخر لا يقل أهمية عنها و هو حق الزيارة و ما يتضمنه من اشكالات و الذي سنستعرضه كالاتي:

البند الثاني: قصور المشرع في مفهومه لحق الزيارة

يعتبر الحق في زيارة الطفل المحضون من المسائل المهمة حيث يسهم في تشكيل شخصيه المحضون وتعزز ارتباطه بوالديه غير انها لم تحظى بالعناية الكافية والوضوح من قبل المشرع الجزائري ولقد خصص هذا الحق في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حيث أنه" على القاضي عند الحكم بإسناده للحضانة ان يحكم بحق الزيارة"وكذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16.

---

[1]بومالة نظيره، نفس المرجع، ص32

[2]بلمزياني نور الدين، اتفاقيه القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرآه وانعكاساتها على بعض احكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2020، 2021، ص322

التي أكدت على حق الزيارة على أنه" متى اوجبت احكام المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب ان يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا لما تقضيه حالة الصغار ومن حق الأب أن يرى أبنائه على الاقل مرة كل اسبوع لتعهدهم لما يحتاجون اليه والتعاطف معهم ومن ثم فان القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار[1].

فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد وقت الزيارة ومدتها في حالة بعد المسافة وما هو الزمن الذي تستغرقه الزيارة؟ ولم يحدد مكان ممارسة الزيارة هل هو مأوى المحضون أم مكان أخر؟ وكذلك لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم زيارة المحضون فهل الزيارة تبقى محصورة على الأب والأم؟ ام يمكن ان تتعدى الى غيرهما من الأقارب؟ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/12/15 بإعطاء حق الزيارة للجد[2].

هذا وفي عدم وجود النص القانوني والشرعي لأنه حتى بالرجوع الى الشريعة الإسلامية وما تتضمنه من احكام فهي ايضا لم تضع السبل لتنظيم حق ممارسة الزيارة ولكن يمكن ان يكون قياسا على خروج الزوجة لرؤية أبيها مرة كل اسبوع[3] فالعلاقة واحدة بين الفرع واصله او العكس وبهذا لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تنظيم ممارسة حق الزيارة، وترك كل هذه الفراغات من صلاحيات القاضي التي تخضع الاجتهاد وسلطته التقديرية.

في ذلك فعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما تعارف عليه الناس في ممارستهم لهذا الحق من أجل دفع الضرر وذلك مصلحه للمحضون التي تبقى دائما في المقام الاول ومراعاه صاحب الحق في الزيارة هذا وقد استقر القضاء في الجزائر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والمناسبات الدينية والوطنية[4]بالرغم من حرصه على تطبيق هذا الحق فانه يطرح مسائل واشكالات في تنفيذ احكامه لما فيه من مظاهر الظلم والتعسف.

في استعمال هذا الحق كتأجيل الحاضن في تنفيذ حق الرؤية للقريب الغير الحاضن انتقاما واضرارا به كونه صاحب الحق في الحضانة[5] مما يؤدي الى قطيعة صله الرحم بين الاباء وابنائهم وكذا عدم احترام

---

[1]ق.م. ع ا، غ. أ ش الصادر بتاريخ 1990/4/16،. ملف رقم59784 ا م. ق سنه 1991، عدد 04، صفحه126

[2]قرار رقم 214290، الصادر بتاريخ 15/ 12/ 1998، عدد خاص، سنة 2001، ص 192

[3]بومالة نظيره، المرجع السابق، ص 33

[4]بوجاني عبد الحكيم، الاشكالات المتعلقة بالطلاق في ق أ .ج، المرجع السابق، ص 193

[5]سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، المرجع السابق، ص 178

القرارات القضائية وعدم تنفيذها كعدم ارجاع المحضون الى حاضنة من قبل وليه غير الحاضن أو امتناع هذا الاخير عن ممارسة حق الزيارة وقطع الصلة التي تصله بابنه مما يولد لدى الطفل الكراهية والشحناء اتجاه والده ويبقى الطفل ضحية كل هذه الصراعات الناشئة عن انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

بما في ذألك قضية انتقاله سواء أكان داخل الوطن او خارجه وموضوع سكن الحضانة الذي بدوره اثار عدة مشاكل وهذا ما سنتناول طرحه كإشكالية في الفرع التالي.

الفرع الثاني

اشكالية الانتقال بالمحضون وسكنى الحاضنة

لما كانت مسألة الانتقال بالمحضون من الأمور المهمة والتي غدت تطرح عدة اشكالات على الصعيد العملي والتي من شأنها ان تنطوي على المساس بحقوق اشخاص أخرين كصاحب الحق في الزيارة غير ان المشرع لم يولي أهمية كبيرة لهذا الموضوع وذلك في ظل شحه للنصوص القانونية وهذا الامر بات يؤرق القضاة لما فيه من اعاقات وفتح المجال أمام اجتهاداتهم وسلطتهم التقديرية في ذلك وكذا نفس الشيء لمسألة سكن الحاضنة الذي ترك المشرع فراغا قانونيا واسعا بخصوص هذا الموضوع.

ولمناقشة هاتين المسألتين قمنا بتقسيم هذا الفرع الى اشكاليتين فالأولى تتعلق بإشكالية سفر الحاضن بالمحضون والنقطة الثانية تتعلق بإشكالية سكن الحاضنة.

البند الأول: اشكالية معالجة سفر الحاضن بالمحضون

بالرغم من أن قضية سفر الحاضن بالمحضون أهمية كبيرة ولما له من انعكاسات وخيمة على صاحب الحق في الزيارة والطفل المحضون الا أن المشرع الجزائري قد خصها بالذكر في نص المادة 69 من قانون الأسرة والتي تقضي بما يلي: إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة ان يستوطن في بلد أجنبي رجع الامر للقاضي في اثبات الحضانة له او اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون فالملاحظ من نص المادة ان المشرع الجزائري.

قد فتح كل مره المجال للقضاة في تقديرهم للفصل في مسألة سفر الحاضن بالمحضون من أجل الاستيطان خارج الوطن بدون قيد او شرط لكن القاضي أثناء معالجته لهذه الامور حسب جهوده واجتهاداته فهو يفتقر الى تقنين المعايير المعينة التي تساعده في تنظيم الامور والفصل فيها لمراعاة مصلحة الجميع

في ذلك فالمشرع لم يقم بتوضيح مفهوم هذه المادة على عكس نظيره المغربي الذي أكد قضاته على سقوط الحضانة سقوطا مطلقا في حال الانتقال بالمحضون واستقراره للإقامة هناك.[1]

هذا ولم يشر المشرع الجزائري الى مسألة انتقال الحاضن بالمحضون خارج الوطن لحاجة ولم يرجعها لاجتهاد القاضي ولم يبين موقفه الصريح من ذلك فهي من الامور المعقدة والشائكة ولما تنطوي عليه من خطورة وسوء نية الحاضن من اجل انفراده بالمحضون وحرمان وليه من حق زيارته فقد جعل بذلك فجوة كبيرة بخصوص هذه المسألة بما في ذلك المساواة كل من له الحق في الحضانة بالانتقال بالمحضون الى الخارج والى رمي الثقل على كاهل القضاة في تقديرهم لذلك[2].

أما مسألة الانتقال بالمحضون داخل الوطن لغرض الاستيطان او لحاجه قد صمت عنها المشرع الجزائري ولم يصرح بذلك قانونا مما تضاربت اراء فقهاء القانون في هذا الشأن وكثر الجدال على هذه المسألة بين من يسند هذا الامر لقضاة الموضوع والفصل فيها وفق لاجتهاداتهم وبين من يفسر أن سكوت المشرع هو تعبيرا عن اعطاء الحرية للحاضن بالتنقل بالمحضون دون أية قيود ما دام أنه داخل التراب الوطني[3] وهنا تدخلت المحاكم العليا باجتهاداتها لفك الاشكالات المثارة بشأن هذا الموضوع.

خصوصا في قضية الانتقال بالمحضون داخل الوطن لغرض الاستيطان فهناك من المحاكم تقضي بحرية التنقل وهناك محاكم تقيد وهي بين مؤيد ومعارض فاختلفت الآراء ومثال على ذلك قرار المحكمة العليا التي نصت على حرية التنقل بالمحضون لنصها على أنه من المقرر شرعا ان بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق للرؤية والرعاية لا يعد مبرر سقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع من استعمال حق الزيارة [4] .

ومثال على قرار المحكمة العليا التي قيدت انتقال الحاضن بالمحضون الصادر بتاريخ 1986/9/22 والذي جاء فيه لا يقبل الرد الذي يثير نقص الأساس القانوني والقصور في التسبيب

---

[1]م. ن. قرار الصادر بتاريخ 04 /01/ 2006، عدد01، ملف الشرعية عدد 311/ 02/ 01 /2004.

[2]سلوغة عبد الرحمن. فيلغه نور الدين، احكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية دراسة مقارنه، مجلة العلوم لقانونية والاجتماعية مجلد07، عدد 01، جامعه الزيان عاشور الجلفة، الجزائر، سنه 2022، ص273

[3]. راضيه بشير، المرجع السابق، ص961

[4]ق. م. ع غرفه القانون الخاص، الصادر بتاريخ 9/ 10 /1968، دون رقم ملف ن. ق، عدد02، سنه 1969، صفحه 38،

على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد على أن المقرر في المذهب ان لا تتجاوز المسافة سته برد.....الخ[1]

وبهذا فان صمت المشرع في موضوع الانتقال بالمحضون داخل الاراضي الجزائرية يرجع الى أمرين أساسيين :أولهما مصلحة المحضون وبعدها حق الاب في الزيارة وبشأن قصر مسافة السفر أو طولها فقد احالها الى اجتهاد القاضي وسلطته التقديرية والى ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بالرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية ما لم ينص عليه المشرع في قانون الأسرة.[2]

البند الثاني: اشكالية سكن الحاضنة

بعد فك الرابطة الأسرية وانحلالها بالطلاق تترتب أثارا مادية ومعنوية ومن تلك الأثار هي مسكن الحضانة الذي يكون حاضنا للطفل الصغير وأمه المطلقة من أجل الحد من ظاهرة التشرد ومراعاة لمصلحتهم فمسكن الحضانة هو من أهم المسائل التي يوجهها القاضي وعليه التعامل معها بشكل دقيق مع مراعاة القواعد القانونية في تطبيقها لكن نظرا للفراغ القانوني ونقص الضوابط التي تحكم هذه المسألة ظهرت عدة اشكالات في التنفيذ المتعلقة بسكن الحاضنة وعيوب أخرى ظهرت في الميدان العملي والتي يمكن الإشارة الى بعضها:

فالمشرع الجزائري قد أهمل في تطرقه لموضوع مسكن الحضانة والذي خصه بمادة واحدة في قانون الأسرة الجزائري وهي المادة 72 لذلك كان عليه جعل لهذه المسألة أكثر اهتماما وأن يعالجها في أكثر من مادة هذا وأن الشريعة الإسلامية قد خصصت مواصفات معينة حتى يكون المسكن شرعيا لكي يأوي اليه الحاضن مع محضونه لكن المشرع الجزائري قد ابدى قصوره في ذلك.

ولم يقم بتوضيح نص المادة 72 وضوحا دقيقا فيما يتعلق بمسكن الحضانة فقد اشار الى ذكر عبارة ملائما دون تحديد مواصفات للمسكن، لذلك فقد يقع وأن يتحايل الأب ويوفر مسكنا بعيدا عن موطن الحاضنة حتى يتجرد من مسؤولياته من تسديد المبلغ كونه قد قام بالتزاماته اتجاه الحاضنة واطفالها بتوفير المسكن خصوصا وان كان هذا المسكن في منطقة نائية بعيدا عن المدارس والمرافق العمومية حتى ترفضه

[1]. ق. م. ع الصادر عن غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1986/9/22. الملف رقم43594 م. ق. لسنة 1992عدد 04. ص41

[2]سلوغة عبد الرحمن، فليغه نور الدين، المرجع السابق، ص 266

المطلقة،[1] هذه الاشكالات جاءت نتيجة القصور التشريعي الذي لم يحدد مواصفات المسكن وترك الأمر يعود للقاضي وفقا الاجتهاد.

ذلك وقد جاءت المادة بنصها على أنه في حاله تعذر المطلق بتوفير مسكن للأم الحاضنة أن يلتزم بدفع مبلغ ايجار المسكن لان حق الحاضنة في السكن يدخل ضمن نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري فهو يعد من مشتملات النفقة ففي بعض الحالات ما يقوم المطلق باستئجار مسكن لممارسة الحضانة وإذا لم تقبله الحاضنة المطلقة يقوم بجعل عقد الايجار حجة لتنفيذ ما جاء به منطوق الحكم فالمشرع لم يحدد المعايير والضوابط التي تساعد القاضي اثناء الحكم ببدل الايجار[2].

فعبارة بدل الايجار المنصوص عليها في المادة 72 فقره واحد تعني اجرة السكن فقط وهذا غير منطقي في الواقع العملي لان السكن يتضمن عدة أعباء كالرسوم والضرائب ومصاريف استهلاك الماء والكهرباء والغاز وغيرها، [3]لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري ان ينص على جميع التكاليف المرتبطة بالمسكن بما فيها المستلزمات الضرورية للعيش وهناك اشكالات تكون أثناء تنفيذ الاحكام القضائية المتعلقة بالسكن عندما يكون عقد الايجار مؤقت لا يفي بكل مدة الحضانة مما يوقع اشكال في التنفيذ أو ان يكون عقد الايجار غير رسمي.

ولأن الأصل في الحضانة أنها تسند الى الأم الحاضنة لأنها أولى بتربية ولدها لكن الاشكال يثور إذا كانت الحاضنة ليست أم المحضون بل جدته او خالته او ممن نصت عليهم المادة 64 من ق. أ ج في ترتيب الحواضن.

لكن هذا التناقض الذي يطرح بضمان السكن للأم الحاضنة دون سواها من الحاضنات وهنا اجحاف في حقهن فأين يمارسن حق الحضانة؟

فهذا النقص لابد أن يتداركه المشرع الجزائري لأن استعماله للفظ الحاضنة دون غيرها من النساء غير دقيق وكذلك ما يعاب في تقدير المشرع هو بقاء الحاضنة في مسكن طليقها لحين تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن فهو لم يشترط على الاب الخروج من منزله بل علق خروج الحاضنة منه

---

[1]مقراني جمال، اشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطه القاضي في تقدير ذلك، مجله البحث القانوني والسياسي، مجلد02، عدد01، سنه 2017، ص 89

[2]مناد مسعودي، حق المحضون في مسكن الحضانة، الحقوق والحريات، مجلد09، عدد02، كليه العلوم الإسلامية، جامعه الجزائر، سنه 2021، ص1256

[3]بوجاني عبد الحكيم، الإشكالات المتعلقة بالطلاق في القانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 197.

شريطة تطبيق الحكم القضائي من طرف الأب وتوفير مسكن لها هذا وقد أيده في ذلك القضاء العقاري في القرار المؤرخ في 2012/4/14 بأن تبقى المطلقة الحاضنة في بيت الزوجية الى غاية تنفيذ الحكم الناطق بحقها في السكن[1]

فإبقاء المطلقة الحاضنة في بيت الزوجية دون اشتراط خروج الاب هو منافيا للشرع لأنه قد يتماطل الأب عن تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن وتنتهي عده المطلقة الحاضنة وتصبح أجنبية عن طليقها واجمالا ما يسعنا أن نقول هو أن المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري قد حملت الكثير من الغموض وعدم الدقة في الصياغة التي جاء بها المشرع الجزائري مما يقتضي بإعادة النظر في الاحكام المتعلقة بمسكن الحضانة.

وخصوصا محل الحاضنة من هذه المسألة وصياغة النصوص القانونية بشكل صحيح وأكثر دقة وتفصيلا ذلك لمراعاة مصلحة المحضون التي تأتي دائما في الدرجة الاولى وتتبعها مصلحة الحاضنة بحقها في السكن وأمام كل هذه الاشكالات الناشئة عن ممارسة الحضانة فهناك مشكل أخر وهو اغفال المشرع عن وضعية المحضون بعد انتهاء حضانته وكذا المسؤولية عن تصرفاته الغير الشرعية ومن هو المسؤول عن ذلك؟ كل هذا سنحاول التطرق اليه في المطلب الاتي.

المطلب الثاني

اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة والمسؤولية عن افعالة الضارة

ان للحضانة فترة زمنية محددة حسب نص القانون وراي فقهاء الشريعة الإسلامية لكن إذا ما انتهت هذه المدة المقررة للحضانة ما هو مصير المحضون بعد انقضاء هذه الفترة؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟ وفي حالة ما إذا تسبب المحضون بضرر للغير جراء عمل غير مشروع ما هي شروط قيام هذه المسؤولية؟ ومن هو المسؤول عن ذلك؟ كل هذه الاشكاليات سنتناول دراستها في هذا المطلب بتخصيص الفرع الأول الى اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة وتخصيص الفرع الثاني الى اشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الغير المشروعة.

[1] بوقره ام الخير، حق المحضون في اجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجله العلوم الإنسانية، مجلد19، عدد01، كليه الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق محمد قيصر بسكره، الجزائر، سنه 2019، ص 76

الفرع الأول

اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة

باعتبار أن الحضانة قد أقرها الشرع والقانون وجعلها حقا للمحضون لفترة محددة من حياته فما مصير هذا الطفل وماذا يفعل به بعد انقضاء هذه المدة وزوالها؟ وهذا ما اختلف عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وتباينت آرائهم واجتهاداتهم حول مصير الطفل المحضون المنتهية حضانته فمنهم من اسند حرية المحضون في الاختيار للذكر دون الانثى على أن يبقى مع أمه أو الانتقال للعيش مع أبيه وهو راي الحنابلة.

واستدلالهم على ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم"" هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به" أما الشافعية فقد أخذوا بحريه المحضون في الاختيار بين والديه سواء كان المحضون ذكرا أم انثى أما الحنفية والمالكية فهم يرون انه لا تخيير للغلام او الانثى بين أبويه ودليلهم على ذلك ما صح من الصحابة رضي الله عنهم انهم لم يخيروا المحضون بين والديه عند انتهاء مده الحضانة[1] .

أما المشرع الجزائري حسب نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري فقد جعل للحضانة مدة زمنية مؤقتة تنتهي بانتهائها على أن مدة زوال الحضانة بالنسبة للذكر حين بلوغه 10 سنوات وللأنثى حين بلوغها سن الزواج ويمكن تمديد سن الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنه إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج بعد لكن المشرع أغفل الى التطرق لوضعية المحضون وماله بعد انقضاء فترة الحضانة خاصة وأن رفض المحضون بعد زوال حضانته الانتقال للعيش مع ابيه.

وذلك لتعوده بالمكوث مع أمه الحاضنة طيلة فترة الحضانة وهنا يكون القاضي أمام أمر معقد وهو ما يتطلب منه الفصل بين أمرين تطبيق النص الذي يقضي بإنهاء فتره الحضانة وعودة المحضون للعيش مع أبيه اجبارا عنه ولو رفض ذلك وإما الاخذ بعين الاعتبار رغبه الصغير أما بالبقاء مع أمه او العيش مع أبيه مراعاة لمصلحته[2] فهذا كل ما يمكننا الحديث عنه في هذه المسألة لننتقل الى معالجة

[1] بوصبيعات سوسن، حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي واجتهادات قاضي شؤون الأسرة، مجلة العلوم السياسية، زيان عاشور، المجلد 31، عدد 4، ديسمبر 2020، ص.241.

[2] بوجاني عبد الحكيم، الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 200.

موضوع أخر و هو المسؤولية عن تصرفات المحضون الغير المشروعة و ما هو موقف المشرع الجزائري من هذه القضية و التي سيتم تناولها في الفرع التالي كما يلي:

الفرع الثاني

اشكالية المسؤولية عن افعال المحضون غير المشروعة

عند صدور فعل غير مشروع من طرف شخص ما فالأصل هو انه لا يسأل عن هذا الفعل الضار الا فاعله لكن إذا ما صدر الفعل الغير المشروع من الطفل المحضون الذي يكون تحت رقابة الحاضن فهذا استثناء عن أصل القاعدة المعمول بها وهنا تدخل مسؤولية الحاضن عن تصرفات الطفل المحضون فالمشرع الجزائري لم ينص على هذه الإشكالية في قانون الأسرة ولم يعالج فيها تصرفات المحضون الضارة بالغير في هذه الحالة لابد من الرجوع الى الأحكام العامة في القانون المدني[1].

فمسؤولية متولي الرقابة قد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 134 من ق. م والتي جاء فيها"" من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصر او بسبب حالته العقلية او الجسدية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب على هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز وكذا المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري فهي توقع على عاتق الحاضن مجموعة.

من الالتزامات وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا بما في ذلك رقابة الحاضن على المحضون في تصرفاته وذلك بتوفر جملة من الشروط التي تقوم عليها المسؤولية[2] فأول شرط تتحقق به قيام المسؤولية هو أن يتحقق اصابة الغير بالضرر والشرط الثاني هو ثبوت أن المحضون الخاضع للرقابة قد صدر منه الفعل الغير المشروع فاذا أثبت المضرور حدوث ضرر من المشمول بالرقابة افترض قيام الخطأ في جانب المكلف بالرقابة[3].

ومتى تبين الفعل الضار قد صدر من الشخص المحضون الذي يخضع لرقابة الحاضن تتحقق مسؤولية الحاضن ولابد مراعاة في ذلك الفئات التي حصرتهم نص المادة 134 من القانون المدني

---

[1] بومالة نظيره، المرجع السابق، ص 37

[2] . سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماجستير، القانون الخاص، تخصص احوال شخصيه، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه حمة لخضر، الوادي، سنه 2014-2015، ص 159

[3] حاج شريف خديجة، مسؤوليه متولي الرقابة على الافعال الضارة للمحضون في التشريع الجزائري، مجله الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 66، عدد01، جامعه حسيبة بن بوعلي، الشلف، سنه 2020، ص 77

واعتبرتهم في نظر القانون هم أشخاص غير مسؤولين مسؤولية شخصية عن أفعالهم الضارة الصادرة منهم فالعمل الغير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة لا أن يقع عليه أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية مفترضة [1] .

والشرط الاخير هو أن يكون المحضون تحت رقابة الحاضن فحسب نص المادة 87 من ق. أ. ج التي تنص على أن يكون الأب وليا على القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وبهذا يتضح لنا بأن الأب يبقى مسؤولا مدنيا وجزائيا عن أولاده القصر الى حين بلوغهم بحكم السلطة الأبوية وفي حال وفاته أو غيابه تنتقل السلطة والمسؤولية للام.

أما في حالة الطلاق وعند اسناد الحضانة للأم الحاضنة أو غيرها فقد جعل القاضي الولاية لمن اسندت له الحضانة حسب نص المادة 8 , 7 ونص المادة 62 من ق. أ ج التي تقضي بالتزامات الحاضن اتجاه المحضون وذلك عن طريق رعايته وتربيته.....الخ.

فالحاضن له صفة الولاية والحضانة في نفس الوقت ويكون بذلك متوليا للرقابة على المحضون بموجب نص المادة 134 من ق. م[2] .

فمسؤولية الأم الحاضنة على أولادها تسند اليها حال طلاقها من زوجها وتكون ولية عليهم بحكم نص المادة 87 من ق. أ. ج الكن المشرع الجزائري لم يتطرق الى أحكام الولاية في قانون الاسرة وامام هذا الفراغ القانوني الذي يقودنا الى الرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة بالأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في انعدام النص القانوني والتي تقضي بان لا ولاية للأم على طفلها المحضون في حياة والده لكن المشرع خالف قواعد الشريعة الإسلامية.

وأرجع الولاية للحاضن على محضونه على غرار القانون المصري الذي فرق بين الولاية والحضانة وخص الولاية للاب والحضانة لمن اسندت له الحضانة .اذن إذا أسند المشرع الجزائري الولاية للحاضن فان هذا الاخير يسأل عن أفعال المحضون الضارة على أساس الخطأ المفترض فهناك من يرى ان تقرير حق الزيارة للاب من شأنه أن يقيم مسؤولية الأب حالة وقوع الفعل الضار فواجب الزيارة كاف لقيام واجب الرعاية[3].

---

[1]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظريه الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، الجزء الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 1002

[2]سناء عماري، المرجع السابق، ص 162

[3]حاج شريف خديجة، المرجع السابق، ص80

وهذا ما ذهب اليه مجلس قضاء معسكر الى أنه إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة فانه يكون تحت سلطة هذا الاخير ورعايته ورقابته المباشرة[1] ولرفع المسؤولية عن متولي رقابة المحضون لابد أن تكون بأحد الامرين أما ان ينفي متولي الرقابة الخطأ المفترض فينعدم ركن الخطأ أو اثبات السبب الاجنبي وبالتالي ينعدم ركن السببية وتبقى مسؤولية متولي الرقابة عن افعال المحضون الغير المشروعة راجعة الى القاضي وسلطته التقديرية في اقراره او نفيه لقيام المسؤولية.

المبحث الثاني

الاشكالات المتعلقة بالزواج المختلط ومراعاة مصلحه المحضون

ان مسألة الطلاق من المسائل المهمة التي تنتهي بتفكيك الأسرة وانحلالها مما تؤثر سلبا على اطرافها خصوصا الطفل البريء كونه هو الضحية الأولى والأكثر تضررا نتيجة هذه الظاهرة الاجتماعية الخطيرة لكن إذا كان أحد طرفي العلاقة التي تم انحلالها بالطلاق هو عنصر أجنبي سواء الرجل أم المرأة سيكون الامر أكثر تعقيدا مما يسبب الكثير من الاشكالات والعوائق.

وبالتحديد أثناء تنفيذ القانون الواجب تطبيقه وتنازع القوانين وبما أن القاضي عليه دائما الالتزام بالحفاظ على المحضون عن طريق التقيد بمبدأ مراعاة مصلحته فهذا المبدأ في حد ذاته لم يحدد مفهومه من قبل المشرع الجزائري في قانون الأسرة وانما ترك ذلك يخضع الاجتهاد القاضي لذلك نجد أنفسنا امام اشكاليتين بغايه الأهمية أولهما اشكالية الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط والتي سنتناول دراستها في المطلب الأول أما الثانية فهي اشكالية مراعاة مصلحة المحضون والتي سنتطرق اليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

اشكالية الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط

ان الزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يتم انعقاده بين شخصين من جنسيتين مختلفتين مع أن البعض لا يفرق بين هذا الزواج وبين ما إذا كان الزوجين من جنسية واحدة ثم يتجنس أحدهما بجنسيه اخرى،[2] ولهذا الزواج أسباب تعود الى الأزمات الاقتصادية التي اجتاحت دول العالم الثالث اذ ان هذا النوع

[1] سناء عماري، المرجع السابق، ص 1

[2] شبور نوريه، الزواج المختلط وتأثيره على حاله الزوجين دراسة مقارنه، أطروحة الدكتوراه، في القانون الخاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنه 2016-2017، ص 11

من الزواج في نظر الكثير من الشباب العربي هو السبيل الوحيد لتحقيق طموحاته المستقبلية خصوصا الجانب المادي منه

فهو يعد من المواضيع الهامة في القانون الدولي الخاص فهو ظاهرة لا تنقضي كانت في الماضي وما زالت الى حد الساعة ونظرا لتزايد حدوثها في الوقت الراهن فقط ولدت العديد من الاشكالات نتيجة تدخل العنصر الاجنبي في هذه العلاقة وقد ازدادت حدة وتعقيدا خصوصا وقتا انحلال هذه الرابطة الاسرية والتأثير البالغ الذي توقعه على الاطفال المحضونين فيما يتعلق الامر بكيفيه ممارسة الحضانة وحق الزيارة ولما تطرحه هذه الظاهرة من الناحية القانونية من تنازع القوانين وما هو القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة وما هي الجهود الدولية المبذولة لحل هذه المشاكل.

كل هذه الجزئيات سنتطرق اليها في هذا المطلب بتكريس الفرع الأول الى اشكالية القانون الواجب تطبيقه بعد انحلال الزواج المختلط وتخصيص الفرع الثاني الى الاتفاقيات الدولية المبرمة لحماية المحضون عند انحلال الزواج المختلط.

الفرع الأول

اشكالية القانون الواجب تطبيقه بعد انحلال الزواج المختلط

يعتبر القانون الواجب تطبيقه على الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط من المسائل التي اثارت جدلا واسعا بين تناقض الفقه والتشريع حول القانون الذي يحكم الحضانة وكذا اشكالية تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة.

البند الأول: الاختلاف الفقهي والتشريعي حول القانون الواجب تطبيقه على الحضانة

لقد تباينت الآراء الفقهية واختلفت في تنظيم قضية الحضانة وتكييفها والقوانين التي تحكمها فهناك من يرى بأن الحضانة هي من أثار انعقاد الزواج واخضاعها لقانون جنسيه الأب وقت انعقاد الزواج وخاصة إذا كان النزاع بشأن الحضانة في العلاقة الزوجية غير مرتبط بدعوى التطليق لذلك ليس هناك ما يدعو الى عدم التسليم باختصاص القانون الشخصي الذي يحكم هذه العلاقة.[1]

[1] سناء عماري، المرجع السابق، ص 145

فالزواج وما يتبعه من أثار له علاقة بالتزامات الزوج من حسن المعاشرة والنفقة وغيرها والتزامات الزوجة برعاية اطفالها وتسيير شؤون بيت الزوجية لذلك انتقد هذا الراي الذي جعل الحضانة في مرحلة قيام الرابطة الأسرية لأنه غالبا ما تظهر مشاكل الحضانة الا بعد فك العلاقة الزوجية.[1]

وهناك جانب من الفقه من كيف الحضانة واعتبرها من أثار انحلال الزواج واخضاعها للقانون المطبق على هذه الاثار أي قانون جنسية الأب وقت انحلال الرابطة الزوجية وبالتالي تتحقق وحدة القانون باعتبارها من أثار انحلال الزواج وهو قانون جنسية الأب لكن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقادات التي وجهت اليه لان هذا القانون المطبق على الحضانة لم يراعي مصلحة المحضون لأنه قد يؤدي تغيير القانون المطبق على الحضانة بتغيير القانون الواجب تطبيقه.

على انحلال الزواج في حالة تغيير جنسيه الزوج مما يؤدي ذلك لعدم الاستقرار لدى الطفل،[2] وهناك من الفقه من يرجع في تكييفه للحضانة بأنها من أثار النسب وأن تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون الذي يحكم الأسرة في معظم الدول العربية وهي المرجع الوحيد الواجب تطبيقه في مسائل الاحوال الشخصية لما تتضمن أحكامها ومبادئها من الوضوح والدقة والتبسيط لكن هذا الاتجاه قد انتقد لأنه افتقد عنصر الدقة والتحديد والخلط بين الحضانة والنسب.

فالنسب هو اثبات شرعية الاطفال أما الحضانة فهي متعلقة بالرعاية والتربية.[3]

وهناك اتجاه ضعيف يرجع الحضانة الى مسائل الولاية على المال ولأن تنازع القوانين الذي يكون بعد الطلاق له علاقة أساسية بالقانون الذي يحكم مسألة الولاية على مال الطفل،[4] وقد انتقد هذا الاتجاه بحجة انه لا محل لقياس الولاية على النفس بالولاية على المال،[5] اذ ان احكام كل منهما يبقى على اعتبارات مستقلة عن الأخرى وقد اتجه راي اخر من الفقه باعتبار ان القانون الانسب الذي يحكم مسألة الحضانة هو قانون الموطن المعتاد للطفل المحضون.

---

[1] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 101

[2] عفرة حياه، حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص، شهادة دكتوراه، تخصص قانون، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مولود معمري، تيزي وزوو، سنه 2023، ص 161

[3] احمد موجود فرغلي، المرجع السابق، ص56

[4] سناء عماري، المرجع السابق، ص 146

[5] عفره حياه، المرجع السابق، ص 166

والتي نادت به اتفاقيه لاهاي المنعقدة في 1961/10/05 المتعلقة بحماية القصر حيث أنها اخضعت مسألة الحضانة لموطن الطفل المعتاد التي ترتكز أساسا على مصلحة الطفل المحضون وعلاقته بغيره.[1]

أما جانب من الفقه الحديث فهو يرى بأن القانون الاصلح لحماية الطفل هو الذي يجب ان يطبق على الحضانة وأن كان هذا الاتجاه يحصر مصلحة المحضون بين القانون الذي يحكم أثارا انحلال الزواج وبين القانون الشخصي للطفل فالأشكال هنا يطرح حول مدى التحقق من أن مصلحة الطفل تكمن بين هاذين القانونين فلربما مصلحته تكون في قانون موطنه الاعتيادي مثلا اما عن موقف القوانين العربية حول القانون الواجب تطبيقه على الحضانة.

فقد تباينت الآراء في ذلك فالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص من فصلها ال 50 تنص على أن الحضانة تخضع للقانون الذي وقع بمقتضاها حل الرابطة الزوجية او القانون الشخصي للطفل او قانون مقره ويطبق القاضي القانون الافضل للطفل فيفهم من نص هذه المجلة على ان القاضي له حرية الاختيار في تطبيق القانون الافضل للطفل اما القانون الشخصي او قانون مقره باعتبار الحضانة هي أثر من أثار انحلال الزواج.[2]

اما التشريع الكويتي فقد نصت المادة 43 من قانون سنه 1961 على انه يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة وبهذا يفهم من هذا النص أن الحضانة تخضع لقانون جنسية الأب حسب هذا القانون وقد حذا حذوه المشرع القطري باتباعه نفس النهج وذلك في نص المادة 20 من القانون المدني القطري على انه يسري قانون جنسية الأب في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على النفس والحضانة.[3]

اما القانون الجزائري لم يجعل للحضانة قاعدة اسناد صريحة تبين من خلالها القانون الواجب تطبيقه عليها وقد كيف الحضانة بخضوعها لقانون القاضي حسب نص الماده09 من ق .م باعتبارها من أثار الطلاق فانه ينطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب الفقرة 02 من المادة12 من ق.م لان التنازع فيها لا يثور الا بمناسبة انحلال الزواج وسريان القانون الجزائري وحده اذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج حسب نص المادة13 من ق .م وتطبيق القاضي القانون الجزائري.

---

[1] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 110.

[2] دربة امين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، عدد04، جامعه مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، سنه 2011، ص 248

[3] عفرة حياه، المرجع السابق، ص170

لا سيما نص المادة 69 من قانون الأسرة بأعمال سلطته التقديرية في اسناد الحضانة لصاحبها الذي يريد الانتقال إلى بلد أجنبي أو اسقاطها عنه بمراعاة مصلحة المحضون في ذلك وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها على أنه"" متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الأم التي تسكن ببلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب.

كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[1] لذلك كان على المشرع تدارك النقص بوضع قاعدة اسناد صريحة تحدد القانون الواجب تطبيقه على الحضانة. [2]

البند الثاني: إشكالية تطبيق القانون الأجنبي على الحضانة.

ان عدم رفض امكانية تطبيق القانون الاجنبي على قضية الحضانة لا يعني قبوله واعتماده بشكل نهائي بل أن التسليم به يتطلب ألا يتعارض مع النظام العام في البلد الذي ينظر فيه القاضي في النزاع ويمكن أن يتم استبعاده حتى لو لم يخالف النظام العام إذا أظهر القاضي أن تحديد اختصاصه كان نتيجة غش وتلاعب لأحد الأطراف في النزاع على القانون الواجب التطبيق من أجل التخلص من اثاره القانونية المفروضة والاستفادة من تنفيذ قانون اخر.[3]

كأن يلجا فيها أحد الزوجين المنفصلين الى التغيير بمحض ارادتهم في ضابط الاسناد لأنه لا يكفي الشخص بتغيير ضابط الاسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون و إنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الافلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة ،[4]والركض واللجوء الى قانون اخر يمنحه مثلا الحق في الحضانة.

لذلك اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص استثناء القانون الاجنبي المعني بتنظيم اي علاقة تحتوي على عنصر أجنبي بشكل عام.

---

[1] خديجة حمادي. د كمال مخلوف، تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)، مجلد 17، عدد،02، جامعة البويرة، لجزائر، سنة 2022، ص15.

[2] دربة امين، المرجع السابق، ص 250

[3] عفره حياه، المرجع السابق، ص 187

[4] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2002، الجزائر، ص 191

وحضانة الطفل نتيجة رابطة الزواج المختلط بشكل خاص عندما يتعارض مع المبادئ والاسس الأساسية التي يستند اليها قانون القاضي فالنظام القضائي في مصر هو أيضا يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت احكامه مخالفة مع الاسس العامة التي يقوم عليها هذا النظام لكونه يتضمن عدة نظم خاصة بالطوائف المختلفة للوطنيين،[1] فالشريعة الإسلامية باعتبارها القانون العام الذي يحكم مسألة الأحوال الشخصية في معظم البلدان العربية فهي تسمح.

وتجيز الطلاق في حين هناك شرائع أجنبية تمنعه ففي التشريع الجزائري توجد عدة حالات يتم استبعاد تطبيق القانون الاجنبي عليها مثل مسألة حضانة الطفل الصغير فالقانون الاجنبي يعطي الأفضلية للأب على الأم لممارسة حق الحضانة فيما يخالفه القانون الجزائري الذي يقدم الأم على الأب واعطائها الأولوية في حضانة صغيرها وكذلك حضانة المرأة الأجنبية هو ثابت باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية متى توفرت فيها الشروط وتربية الطفل على دين أبيه.

وهذا ما جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ومكان مزاوله الحضانة طبقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري فهاتان المادتان من أسباب استبعاد هذا القانون الأجنبي وتطبيقه لأنه مخالف للنظام العام،[2] لذلك يجب على القاضي بالتدقيق في معالجة مثل هذه القضايا الشائكة والمعقدة والالتزام دائما لما تفتضيه مصلحة المحضون والحفاظ عليه.

وأمام هذه الاشكالات التي يثيرها موضوع الحضانة لا سيما القانون الواجب تطبيقه عليها وفي هذا الشأن قد لجات العديد من الدول الى عقد اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة من أجل الوصول الى حل إشكالية تنازع القوانين التي يطرحها موضوع الحضانة وهذا ما سنتناول دراسته في هذا الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الدولية المبرمة لحماية المحضون بعد انحلال الزواج المختلط

أن المشاكل التي تطرحها الحضانة في الزواج المختلط عديدة والتي أدت الى ابرام معاهدات دوليه مثل اتفاقيه لاهاي لسنه 1961 المتعلقة بصلاحية السلطات والقوانين الخاصة بحماية القصر

[1] أحمد موجود فرغلي، المرجع السابق، صفحه69

[2] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 378

وكذا الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر وفرنسا بشأن المنازعات التي نشأت بسبب حضانة الاطفال نتيجة الزواج المختلط بين الأبهاء الجزائريين والأمهات الفرنسيات، [1]والتي سنتناول عرضها على النحو الاتي:

البند الأول: الاتفاقيات الدولية الجماعية

ان هذه الاتفاقيات الدولية قد أبرمت من أجل حل النزاع ومعرفه القانون الواجب تطبيقه في العلاقات الناتجة عن الزواج المختلط فنجد من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي المنعقدة سنه 1961 والمتعلقة بحماية القاصر[2] والتي اسندت الحضانة لقانون موطن اقامة الطفل فقد نصت المادة 1 د من الاتفاقية على انه"" تختص السلطات القضائية والإدارية للدولة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للقصر باتخاذ اجراءات الرامية الى حماية شخصة او اموالهه مع مراعاة المواد 3.4.5. فقره3 من الاتفاقية.[3]

فيفهم من نص هذه المادة ان هذه الاتفاقية قد ركزت على مصلحه الطفل المحضون باعتبار أن الوسط الذي يعيش فيه هو المحور الاساسي التي تتركز فيه حياته وقد جاء في نص المادة2 من الاتفاقية على أنه تتخذ السلطات المختصة بموجب المادة 1 من الاتفاقية الاجراءات المنصوص عليها في قانونها الداخلي،[4]

بمعنى الاختصاص التشريعي السلطة القضائية والإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الموطن الاعتيادي للطفل واتخاذ جميع التدابير اللازمة قانون الداخلي لهذه الدولة لتحقيق مصلحه الطفل بينما المادة 3 و4 من نفس الاتفاقية فقد جاءت باستثناء وهو تطبيق قانون جنسية الطفل إذا اقتضت مصلحته في ذلك،[5] وتطبيق سلطات الدولة التي يحمل الطفل جنسيتها مرهون بإخطار دولة الإقامة الاعتيادية وهذا ما جاء في نص المادة 4 من الاتفاقية ""

---

[1]المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي مجلة العلوم الانسانية، مجلد 05، عدد01، المركز الجامعي علي للكافي، تندوف، الجزائر، سنة 2021، ص 178.

[2]اتفاقيه، لاهاي المؤرخة في 05 اكتوبر 1961

[3]المادة. 1 د من نفس الاتفاقية

[4]المادة 2 من نفس الاتفاقية

[5]حاج شريف خديجة، الحماية القانونية المحضون في قانون الدول الخاص، أطروحة دكتوره، تخصص قانون اسره، كليه الحقوق والعلوم السياسية، قانون خاص، سنه 2020 ،2021، ص116

يمكن سلطات الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها اتخاذ اجراءات حماية شخصه او امواله بموجب قانونها الداخلي إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك وذلك بعد اخطار لسلطات الإقامة "[1]

لكن هذه الاتفاقية قد ساوت بين الاطفال الطبيعيين والمتبنيين وهذا ما نصت عليه لمادة 16 من الاتفاقية مما جعل هذا الأمر يتعارض مع النظام العام الجزائري وامتناع الجزائر للانضمام الى الاتفاقية [2]ولأن بنودها وأحكامها جاءت غير واضحة والتي أدت الى إيجاد اتفاقية أخرى وهي اتفاقية لاهاي لسنة 1996فإبرام هذه الاتفاقية جاء من اجل اعاده النظر في اتفاقيه لاهاي لسنه 1961 للتأكيد في مصلحه الطفل بشكل خاص وهذا ما نادت به اتفاقية حقوق الانسان لسنه 1989 بمراعاة مصلحة الطفل والنزاعات المتعلقة به.

باتخاذ جميع الاجراءات الهادفة الى حماية الطفل في شخصه او ماله وهذا ما نصت عليه المادة05 من اتفاقية لاهاي لسنه 1996 على انه تختص كل من السلطات القضائية او الإدارية للدولة المتعاقدة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل باتخاذ الاجراءات الرامية لحماية شخصه او امواله[3] لهذا و قد وضعت هذه الاتفاقية السن المحدد للطفل القاصر واعتبرته انه كل طفلا من ولادته الى بلوغه سن 18 سنه حسب نص المادة ا02 من الاتفاقية.

وقد جعلت كقاعدة عامة في القانون الواجب تطبيقه على الحضانة بإعطاء الاختصاص التشريعي للدولة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل وكاستثناء امكانية تطبيق قانون دولة أخرى كقانون جنسية الطفل المحضون إذا كان مقيم في دولة اخرى غير الدولة التي يتمتع بجنسيتها بطبيعة الحال إذا اقتضت مصلحته في ذلك.[4]

ومن الاتفاقيات التي كان لها الدور الفعال في قضية حقوق الطفل وخدمة مصالحه هي اتفاقية حقوق الطفل المتعقدة سنة 1989و التي أولت للمناخ العائلي أهمية كبيرة لأنه هو الجو الذي يعيش فيه الطفل الصغير ويتربى في حضنه وذلك من خلال ربط الطفل بعائلته من خلال نص المادة 8 من الاتفاقية

---

[1]المادة 4 نفس من الاتفاقية

[2]عفرة حياة، مرجع السابق ص 214

[3]المادة 05 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996

[4]يوبي سعاد , المرجع السابق ص 129

على أنه تتعهد الدول الاطراف باحترام حق الطفل فالحفاظ على هويته في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون.....، الخ.[1]

وكذا المادة 09 فقرة 02 من الاتفاقية تنص على أن تحترم الدول الاطراف حق الطفل المنفصل عن والديه او عن أحدهما فالاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقه شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه الا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل[2]فهذه الاتفاقية قد ألزمت نصوصها الاهتمام بأوضاع الأسرة والمجتمع والدولة باتخاذ كل التدابير لحماية الطفل وحث الدول الاطراف بضرورة اتخاذ كل الاجراءات اللازمة لمكافحة نقل الاطفال الى الخارج بصورة غير شرعية وعودتهم حسب نص المادة 11 من الاتفاقية[3].

كما ان هذه الاتفاقية تتضمن العديد من الحقوق بالنسبة للطفل بشكل خاص كحق الطفل في الحياة ورعاية مصالحة الفضلى وهو ما كرسته هذه الاتفاقية في نص المادة 06 الفقرة 01 بان تعترف الاطراف لان لكل طفل حقا أصيلا في الحياة وكذا ما نصت عليه الفقرة 02 من نفس المادة بتكفل الدولة وقيامها الى أقصى حد تجريم الدول كل المعاملات التي تمس بحياته[4].

كما تضمنت هذه الاتفاقية جهازا للرصد والمراقبة تتمثل في انشاء لجنة مختصة في حقوق الطفل فهي تقوم عند دراستها للتقارير المقدمة من قبل دول الأعضاء بشأن الاجراءات التي اتخذتها لتنفيذ الاتفاقية والتي تبين من خلالها انها اتبعت المبادئ والتوجيهات المنصوص عليها في الاتفاقية ويمكن لها ان تطلب المزيد من المعلومات او ان تصدر التوصيات الملائمة لتنفيذ هذه الاتفاقية[5] وهناك اتفاقيات ثنائية سعت اليها معظم التشريعات.

ومن بينها التشريع الجزائري من أجل معالجة بعض المشاكل التي قد تأتي خاصة بعد انحلال الزواج المختلط من أجل تحقيق أحسن حماية للأطفال من بينها الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في 20 يونيو 1988 [6] والتي سنتناول دراستها على الشكل التالي:

---

[1] المادة 08 من نفس الاتفاقية

[2]المادة 09 من نفس الاتفاقية

[3]سعاد قسيمي، رقيه مسعودي، المرجع السابق، ص98

[4]بوادي مصطفى، اتفاقيه حقوق الطفل 1989 بين الايجابيات والسلبيات، مجله الدراسات والبحوث القانونية، العدد06، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه سعيدة، ص16

[5]عفرة حياه، المرجع السابق، ص226

[6]بوجاني عبد الحكيم، الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، صفحه 249

البند الثاني: الاتفاقيات الثنائية

أن تزايد وانتشار ظاهرة الزواج المختلط بشكل ملحوظ في المجتمعات الحديثة قد يثير عدة اشكالات خاصة بعد فك هذه العلاقة الأسرية ذات العنصر الاجنبي وما ينجم عنها من أطفال مختلطين لا سيما قضية حضانتهم لذلك قد تم ابرام اتفاقيات ثنائيه بين الدولتين الاجنبيتين من أجل الحد من هذه المشاكل ومعالجتها وحماية الاطفال الذين هم ضحية هذه العلاقات.

لذلك فقد تم ابرام اتفاقية بين الجزائر وفرنسا الموقعة بالجزائر فيما يتعلق بالزواج المختلط بتاريخ 21 يونيو 1988 والمصادق عليها بالمرسوم ال رئاسي88/144.[1]

فاذا كان أحد الزوجين الجزائريين يرغب بالاستقرار في دولة أجنبية فعليه الالتزام بأحكام لنص المادة 69 من قانون الأسرة وتطبيقها فيما يتعلق الامر بالحضانة واسنادها ومراعاة مصلحة المحضون ويبقى الأمر راجع الى القاضي وفقا لاجتهاده وذلك باتخاذ القرار بشأن منح حق الحضانة او سحبها نظرا لعدم وجود نصوص قانونية جزائرية تنظم أحكام الزيارة في حاله الزواج المختلط ومع ذلك عندما ينتهي هذا الزواج بالطلاق.

فتطبق أحكام القانون المدني الخاصة بتنازع القوانين وفقا لنصوص المواد 9-12-13 فيما يخص الحضانة أي القانون الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى هذا في حاله غياب ابرام اتفاقية بين الجزائر والدولة الأجنبية[2] لكن بالعودة لأحكام الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا والتي تم توقيعها لحل النزاعات المتعلقة بحضانة الاطفال لا سيما حق الزيارة.

وهذا ما نصت عليه المادة 02 من الاتفاقية على انه" يجب على السلطة المركزية في احدى الدولتين ان تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الاخرى جميع الاجراءات الملائمة يأتي:

- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

-تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية المتعلقة بأجراء قضائي يخصه لا سيما ارسال نسخة من الاحكام القضائية الصادرة في شأنه.

- تسهيل ايجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل او قيامه بزيارة.
- تيسير تنظيم حق الزيارة او ممارسته فعلا.

---

[1] الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال، المؤرخة في 21\06\1988 المصادق عليها بالمرسوم 88\144 المؤرخ في 26-06-1988 الجريدة الرسمية العدد 28-30 لسنة 1988

[2] غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 150. ص 151

– ضمان تسليم الطفلة للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.[1]

ووفقا لهذه لاتفاقية التي يتم تحديد نطاق تطبيقها على الاطفال الشرعيين مما تضمنتها المادة05 و 06 من الاتفاقية بعبارة"" المسكن الزوجي"" والأزواج الذين هم في حالة انفصال"" فاقتصار تطبيق هذه الاتفاقية على الاطفال الشرعيين و استثنائها لباقي الاطفال كالمتبنيين و ذوي النسب الغير المعروف مما يقيد نطاق تنفيذ هذه الاتفاقية.[2]

كما نصت المادة 8 من الاتفاقية على انه يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية الى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدود هما وكما بينت المادة 09 من نفس الاتفاقية انه تعد الاحكام القابلة للتنفيذ ا والتي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

فرغم ما تضمنته الاتفاقية من حلول قانونية للحد من ظاهره نقل لأطفال بطريقة غير مشروعة غير انها لم تعالج اشكالات اخرى مثل غياب لشرط تربية الولد وتعليمه الدين الاسلامي وهو من الاسس التي تقوم عليه مصلحة المحضون فهي تخدم مصلحة الطرف الفرنسي من هذا الجانب.[3]

وكذا فيما يتعلق بالأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم سواء كانت المحاكم جزائرية او فرنسية قد تتصادم اشكالات في تنفيذها مثل اسناد الحضانة الى الام كونها اولى بحضانة الطفل من طرف القاضي الفرنسي على ان تكون مزاولة الحضانة في فرنسا لكن السؤال الذي يطرح هل يمكن لهذه الام ممارسة الحضانة طبقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بتربية الطفل على دين ابيه خاصه وان كانت الام كتابيه.[4]

ان هذه الاتفاقية لم تعالج هذا الجانب ولا توجد حلول في بنودها مما يؤدي الامر بطبيعة الحال الى تنازع الاختصاص بين المحاكم الجزائرية والفرنسية او الى عدم تطبيق الحكم الفرنسي لتعارضه مع النظام العام في الجزائر[5] فهذا ما يمكننا الحديث عنه بشأن هذه الاتفاقيات وعن الجهود المبذولة والنتائج التي حققتها على الصعيد الدولي من أجل حماية الطفل بالمحضون ومراعاة مصلحته لكن هناك اشكال اخر نحن بصدد الحديث عنه وهو اشكالية مراعاة مصلحة المحضون والذي يعتبر من الاشكالات.

---

[1]موكة عبد الكريم، القانون الواجب تطبيقه على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجله طبنه للدراسة العلمية والأكاديمية، مجلد 04، عدد03، مخبر القانون البنكي والمالي، جامعه جيجل، سنه ،2021، ص 971

[2]عفرة حياة ، المرجع السابق ،ص227

[3]بومالة نظيره، المرجع السابق، ص36

[4]بوجاني عبد الحكيم، رسالة ماجيستير، المرجع السابق، ص250

[5]بومالة نظيرة ,المرجع السابق , ص 36

المطلب الثاني

اشكاليه مراعاة مصلحه المحضون

لقد تطرق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في عدة نصوص منه الى ضمان حقوق الطفل المحضون والتكفل به ورعايته وفقا لما تقتاضيه مصلحته غير ان المشرع لم يذكر صراحة ما مفهوم مصلحة المحضون وعدم ضبط المعايير لتقدير هذه المصلحة وانما وضع مسؤولية تحديدها القاضي وفقا الاجتهادات حين تفصل في موضوع الحضانة فما هو الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في تحقيق مصلحة محضون؟ وما هي الاشكالات التي تعترضه؟ وهذا ما سنحاول دراسته بتخصيص الفرع الاول الى دور القاضي في تعزيز مصلحة المحضون وتخصيص الفرع الثاني الى الاشكالات التي قد تعترض القاضي في اسناده للحضانة.

الفرع الأول

دور القاضي في تعزيز مصلحه المحضون

ان المشرع الجزائري لم يبين مفهوم مصلحة المحضون ولم يحدد معايير دقيقة التي على أساسها يستند القاضي في حله للنزاع المتعلق بالحضانة في حين ان الفقه الاسلامي قد حدد معيارين لتقدير هذه المصلحة بما في ذلك المعيار الروحي والمادي والتي قد يلجا اليها القاضي للكشف عن مصلحة المحضون،[1] وكذا المعايير الإجرائية التي يستند اليها القاضي لهذه المصلحة وهذا ما سنتطرق اليه على النحو الاتي:

البند الأول: المعيار الروحي والمادي لتقدير مصلحة المحضون

بناء على الجانب الروحي في حياة الطفل الذي يعاني من الاثار السلبية التي تنجم عن انهيار رابط الزواج وتشتت الحياة الأسرية ومن اجل أن ينمو الطفل طبيعيا سواء من الناحية النفسية والعقلية والجسدية فان القاضي يسعى جاهدا لتوفير الامكانيات اللازمة للمحضون من خلال الاعتماد على هذا المعيار الروحي تحقيقا لمصلحته وتتجلى تأثير الأسرة من خلال الارتباط الوثيق بين الطفل ووالديه حيث يؤثر غياب هذا الارتباط الاسري على تكوين الطفل.

[1] بوبكر خلف، مصلحه المحضون دراسة فقهيه وقانونيه وقضائية مقارنه، مجله العلوم الإنسانية، عدد 44، جامعه محمد خيصر، بسكره، جوان2016، ص527

وخاصة الأم التي تمتلك أقرب صلة بالطفل فهي أكثر الاشخاص تأثيرا على شخصيته منذ الصغر من خلال تربيته ورعايته فهي تحتل مكانة متقدمة في حضانة الطفل وفقا للمصادر القانونية والفقهية[1].

ويعتبر العنصر المعنوي هو أول ما يستند اليه القاضي وذلك من أجل تقدير مصلحة المحضون فهو من العناصر الأساسية وفقا لنص المادة 330 من ق.أ.ج فقرة 03.

بمعاقبة أحد الوالدين الذي يعرض صحة اولاده او سلامتهم او تكوينهم او يسيء معاملتهم او اهمال رعايتهم أو لا يقوم بالأشراف الضروري عليهم بعقوبة الحبس من شهرين الى سنة وبغرامة مالية تتراوح ما بين خمسة وعشرون ألف دينار الى مئة ألف دينار وكل ذلك من أجل الحفاظ على مصلحة المحضون.[2]

وبالمثل يلعب فالاستقرار والأمن دورا هاما في تقدير مصلحة المحضون فالاستقرار ينشأ من الاستقرارية والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة فالأسرة هي من أهم عناصر الأمن ولها فعالية في هذا المجال في حين يؤكد علماء النفس ان عنصر الحب الذي تبديه الام لطفلها وشعوره بأنه مرغوب فيه في عائلته بالإضافة الى الجو الاسري الذي يساعد في تشكيل نموه النفسي ولان حاءه الطفل الى حب الأم ورعايتها ا امرا اساسيا في حياته فهو يشبه في ذلك حاجته للغذاء.[3]

فالأم لها الدور الاساسي في تربية المحضون ونشأته وهذا ما اكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر في 2006/6/4 حيث انه من المستقر قانونا ان الام أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع لما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والرحمة ما لا يمكن ان يتوفر لدى غيرها من اقارب الطفل وان قضاه الموضوع لما راعوا في اسناد الحضانة للطفل ارزقي لامه العناصر المشار اليها يكونون بذلك قد اقاموا قضاءهم على اساس قانوني الامر الذي يتعين معه رفض الطعن.[4]

اما بالنسبة للمعيار المادي بما في ذلك حق المحضون في النفقة والمسكن فالمحضون له حق الحصول على النفقة ما لم يبلغ سن الرشد والانثى حتى تتزوج ونظرا لان حق النفقة مكفولا وفقا لنص المادة 75 من قانون اسره الجزائري فعلى القاضي ان يلتزم عند صدور قراره بشأن النفقة ان يأخذ بعين الاعتبار

---

[1] سناء عماري، المرجع السابق، ص 186. ص 187

[2] بوبكر خلف، المرجع السابق، ص 528

[3] تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 112

[4] ق. م. ع. غ. أ ش. الصادر بتاريخ 2006/6/4، رقم الملف 368395. نقلا عن سناء عماري نفس لمرجع ص 187

حالة الطفل ووالده معا فمتى كان الابن ميسور الحال من أجل تلبية حاجياته فان النفقة تلغى عن الأب ومراعاة ما إذا كان الأب ثريا أو فقيرا.

وهو واجب على الأم في توفير النفقة حالة عجز الأب عن ذلك حسب نص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري في المسكن قد خصه المشرع في نص المادة 72 من قانون الأسرة وذلك بتوفير سكن ملائم للمحضون أو دفع بدل الايجار حالة عجز الأب عن توفير المسكن وذلك لما له من أهمية بالغة في حياة الطفل واعتباره من مشتملات النفقة حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة.

فالمعيار المعنوي وأن كان هو الذي يغلب على المعيار المادي في تقدير مصلحة المحضون غير كافي أن لم ترافقه الرعاية المادية لتلبية الحاجيات الأساسية للطفل وبذلك يكتمل استقراره.

البند الثاني: سلطات ووسائل القاضي في تقدير مصلحة المحضون

القاضي بدور فعال في قضايا الحضانة حيث يقوم بتطبيق النصوص القانونية المحددة ويبدي اجتهاداته الشخصية في تنفيذها مع مراعاة مصلحة المحضون حيث يظهر تفوقه في اتخاذ القرارات المناسبة كإبراز سلطته في مسألة ترتيب الحواضن مثلا فالمشرع قد نص في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على مستحقي الحضانة وترتيبهم لكن هذا لا يعني التقيد بها من قبل القاضي اذ يجوز مخالفتها إذا تبين ان الحاضن الأسبق مرتبة ليس اهلا للقيام بالحضانة.

وذلك لمراعاة مصلحة المحضون، [1] وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر 2011/3/10 على ان تراعى مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة فيخضع تقدير مصلحة المحضون لسلطة التقديرية لقضاه الموضوع.[2]وتظهر سلطة القاضي أيضا في قضية تمديد الحضانة لان المشرع الجزائري قد حدد فترة الحضانة ببلوغ الذكر 10 سنوات والانثى ببلوغها سن الزواج.

وعلى القاضي أن يمددها بالنسبة للذكر الى غاية 16 سنة إذا كانت الحاضنة اما ولم تتزوج بعد ويكون هذا التمديد بناء على طلب الحاضنة والتي يأمر من خلالها القاضي بتمديد الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون بينما حضانة البنت فهي تنقضي بقوة القانون وذلك ببلوغها سن الزواج دون الحاجة لإسقاطها

[1]بومالة نظيره، المرجع السابق، ص 39

[2]ق. م. ع. غ.أ. ش. الصادر بتاريخ 2011/3/10، رقم الملف613469 .مجلة لمحكمة للعليا. سنه 2012 عدد 01، ص285

حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/01/04 بأن تنقضي حضانة البنت بقوةالقانون وذلك ببلوغها سن الزواج دون اللجوء للقضاء لإسقاطها.[1]

كما أعطى المشرع للقاضي سلطة اسقاط الحضانة وعودتها لان المشرع قد حصر الحالات التي تسقط فيها الحضانة أن لم تتوفر الشروط القانونية في الحاضن ولم يكن اهلا لها ومع ذلك وبناء على اعتبار مصلحة الطفل قد يتم الغاء حق الحضانة على الرغم من وجود سبب لها إذا كانت مصلحة الطفل متوفرة في الشخص الذي يتنازل عن الحضانة مثل تنازل الأم عن الحضانة ولا يوجد من يعتني بالطفل في هذه الحالة فان الأم تجبر على الحضانة لعدم الاضرار بالطفل الصغير ومراعاة لمصلحته.[2]

اضافة لذلك فان القاضي من أجل تقديره فهو يتبع اجراءات والتدابير الخاصة في ذلك كقيامه بأجراء الخبرة والذي يهدف من خلالها الى توضيح بعض الامور الضرورية والمبهمة والتي يتعسر عليه فهمها فهذا الاجراء يساعده على فهم المعلومات التي يحتاج اليها لتأسيس رأيه واتخاذ قراره فهو بغض النظر عن الصلاحيات القانونية التي يتمتع بها فهو يحق له ان يصدر أوامر في إطار التحقيق بتعيين أخصائية اجتماعية او طبيب خبير للاستشارة في إطار المقابلات المتعلقة بالأسرة.

فإجراء الخبرة هدفه القيام بدراسة الاحداث والظواهر المادية للقضية متجاوزا في ذلك الجانب القانوني فيها ومن المفترض أن يقوم القاضي بطلب تعيين خبير مختص بدراسة الحالة الصحية والنفسية للطفل الصغير وجمع البيانات المتعلقة به حتى يتمكن من تعيين الحاضن الأنسب له.[3]

وهذا ما أكدت عليه قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/5/17 حيث قضت أنه يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا مرشدة اجتماعية الى من يستحقها حسب مصلحة المحضون،[4]

ومن بين الاجراءات والوسائل التي يتبعها القاضي لتقدير مصلحة المحضون انتقاله للمعاينة للموقع الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالمكان الذي يعيش فيه المحضون وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/5/21 بان الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون

---

[1] دكتور مولاي الهاشمي، بتورعه عبد القادر، المرجع السابق، ص 172

[2] محروق كريمة، اشكاليه تقدير مصلحه المحضون بين احكام القضاء والنصوص القانون، مجله البحث القانوني والسياسي، مجلد 02، عدد01، سنه 2017، ص43

[3] ابو بكر خلف. المرجع السابق. ص 216

[4] ق. م. ع غ. أ. ش الصادر بتاريخ 2006/5/17 رقم الملف 364850 م. ق سنه 2007 عدد02. ص 437

تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف المعيشة للأطفال والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب [1].

وكذا الاستماع الى الشهود حسب نص المادة 150 من قانون اجراءات المدنية والإدارية حيث يجوز للقاضي السماع للشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للأثبات بشهادة الشهود والتحقيق يكون فيها جائزا ومفيدا للقضية[2] وفي هذا السياق فان القاضي يلجأ الى الاستماع الى شهادة الوالدين باعتبارهما طرفي النزاع في القضية او الاستماع الى أقارب الخصوم أو الى أقوال الطفل على سبيل الدلالة من اجل ترجيح راية.[3]فعلى الرغم من سعي القاضي جاهدا لتقدير مصلحة محضون من خلال تحديد ما هو الأجدر للمصلحة عن طريق السلطات ووسائل معينة يختار بينها حسب معطيات القضية المطروحة أمامه الا أنه قد تعترضه اشكالات عند تقديره لهذه المصلحة والتي سنتطرق اليها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الاشكالات التي تعترض القاضي في تقديره لمصلحة المحضون

باعتبار أن الحضانة من المواضيع الدقيقة والحساسة في حياة الطفل وقد ركز عليها المشرع ببنائها على معيار أساسي وهو مصلحة الطفل المحضون حيث نجد هذه العبارة في مواد كثيرة في قانون الأسرة وترك تقدير هذه المصلحة على عاتق القاضي وفقا لاجتهاداته فانه يواجه صعوبة في اختيار الحكم المناسب نظرا للعوائق والمشاكل التي تواجه سلطته ومثال على ذلك حالة عدم المطالبة بحق الحضانة فحسب ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

أن القاضي ملزم عندما يصدر حكمه بمنح حق الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكن إذا لم يتمسك أي طرف بالحضانة ولم يطالب بها كيف يتعامل القاضي في حل هذه المشكلة؟ فالمشرع الجزائري لم يطرح هذه المسألة ولم يعالجها في نصوصه وحتى القضاة فقد تتباين آرائهم في هذا الأمر ولم يتوصلوا الى اتفاق المشترك فهناك من يرى أن القاضي لا يجوز له التطرق الى مسألة المطالبة بالحضانة في حالة سكوت

[1]ق. م. ع غ. أ. ش الصادر بتاريخ 2006/5/17 رقم الملف364850 م. ق سنه 2007 عدد02. ص 437

[2]سناء عماري. المرجع السابق. ص 201

[3]ق.م غ. أ. ش لصادره بتاريخ 2003/5/21، رقم الملف 428 302، م. ق سنه 2006. عدد02. ص285

الوالدين وعدم التمسك بها طالما أن صاحب بالحق لم يطلب حقه فهو غير مسموح للقاضي ان يصدر حكما بشأنه والا فأن ذلك يعتبر انتهاكا لمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم.[1]

أما الفريق الثاني فتتعارض وجهة نظره مع الفريق الأول ويرى بأن القاعدة التي تمسك بها هذا الأخير قد تسبب في الحاق ضررا بمصلحة المحضون فالحضانة بالنسبة لوجهة نظرهم ليست مجرد حق بل هي واجبة أيضا ولابد من مراعاة مصلحة المحضون لأن المشرع أولى اهتمامه بمصلحة الطفل الصغير في نصوصه كما يقع على عاتق النيابة العامة كونها جهة معنية اصلا في تقديم طلبات في حالة عدم التمسك بالحضانة بهدف تمكين القاضي من اتخاذ قرارة بشأن مستقبل الأطفال الناتجين عن انهيار هذه العلاقة الأسرية.

كما هناك أشكال اخر يتعلق بتعدد الأبناء المحضنين في هذه الحالة قد يتصادم القاضي بين أمرين اما القضاء بعدم تجزئة الحضانة والحفاظ على صلة الرابطة التي تجمع الأطفال فيما بينهم أو أن يقدم مصلحة كل محضون على حدا في هذا الشأن قد صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا لعدم قبول تجزئة الحضانة تقريرها الصادر في 1984/04/02 والذي جاء فيه ان الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر كما في قضية الحال فان الأولاد الاربعة هم صغار وضمهم لأمهم أولى وأحق وهذا ملائم لمصلحتهم التي يراعيها الشرع في هذا الباب[2].

فقاعدة مراعاة مصلحة المحضونين في حالة تعددهم هي مسألة شخصية ويختلف تقديرها من طفلا لأخر ومن قاض لأخر ومن قضية لأخرى فهي مسألة قابلة للتغيير فعدم تجزئة الحضانة لا يعني التقيد المطلق بها من قبل القاضي فهي تتغير حسب وقائع وظروف القضية وحسب ظروف الأطفال المحضنين وجنسهم وأعمارهم مع تقديم المصلحة الفضلى للمحضون التي يجب أن تكون فوق كل اعتبار.

[1] عينار فاطمة، مساوي ليدية، احكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكره الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مولود معمري، تيزي وزوو، سنه 2012، ص56

[2] ق.م، غ.أ. ش. الصادر بتاريخ 1984/4/2. رقم الملف 32594. م.ق. سنه 1989. عدد 01. ص79

ملخص الفصل الثاني

ان الحضانة وما تطرح من اشكالات في تطبيق أحكامها بما في ذلك النفقة وخاصة صندوق النفقة الذي يضمن حق الطفل المحضون فقط في فترة الحضانة لكن بانتهائها من ينفق عليه؟ واشكالية السكن والزيارة والانتقال بالمحضون وما هو مصيره بعد انتهاء فتره الحضانة؟ وإذا صدر عمل غير مشروع من طرف المحضون لا سيما وقت زيارة ابيه فمن هو المسؤول عن افعاله؟ وكذا اشكالية الحضانة في الزواج المختلط خاصة في القانون الواجب تطبيقه.

ووضع قاعدة اسناد خاصة بها بما تتناسب مع مصلحة المحضون وفي المقابل نجد دور الاتفاقيات الدولية في حل النزاعات المتعلقة بها كل هذه الاشكاليات وغيرها جاءت نتيجة جملة من الثغرات والنقائص التي تضمنتها نصوص القانون الأسرة وبالرغم من سعي المشرع الى تنظيم الحضانة والتركيز على مصلحة المحضون.

فقد ترك سلطة تقدير هذه المصلحة على عاتق القاضي وفق الاجتهادات ذلك لابد على المشرع من إعادة النظر في مواد القانون الأسرة

وتعديلها وصياغة نصوصها صياغة قانونية دقيقة من اجل حسن تطبيقها قضائيا واجمالا ما يسعنا ان نقول ان المصلحة الحقيقية للمحضون تكمن في أن ينشأ في جو أسري ملؤه المودة والاحترام لكن إذا كانت الاسرة عرضة للانفصال فيجب التعاون والتعاضد بين الوالدين والعمل على ما يخدم مصلحة المحضون.

الخاتمة

بناء على أهمية الحضانة كنتيجة لتفكك العلاقة الزوجية فقد أولى علماء الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا لها ووضعوا قواعد وضوابط لها وقد استفاد المشرع الجزائري من هذه الأحكام وأسس عليها نصوصة القانونية الخاصة بهذا الجانب وذلك من أجل توفير حماية للمحضون والعمل على تحقيق مصلحته لا سيما الجهود المبذولة من قبل القضاء لتعزيزها على أرض الواقع مع التركيز على تحقيق الأفضلية للطفل كضحية رئيسية في بيئته الأسرية خاصة.

في حالات الطلاق التي غالبا ما يتضرر فيها الاطفال ومن المؤسف أن نجد مسألة الطلاق والحضانة هي من أكثر القضايا انتشارا في النظام القضائي.

أثناء دراستي لهذا الموضوع حاولت أن اتناول قضية الحضانة من جميع جوانبها باعتبار أن الشريعة الإسلامية هو المرجع الوحيد الذي يجب تطبيقه في حالة عدم وجود نص قانوني اما من الجانب القانوني فقد قمت بتقييم فعالية هذه النصوص القانونية في معالجة قضايا الحضانة دون ان ننسى أهمية الجانب القضائي الذي تم التركيز عليه في هذه الدراسة من خلال معرفة القانون المطبق ومدى تطبيقه.

والدور الذي يلعبه القضاء في حل الاشكالات التي تنشأ في مسألة الحضانة بسبب الفراغ والنقص التشريعي الذي تركه المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة وفقا لتفسيراته وسلطته التقديرية مع مراعاة مصلحة المحضون التي تكون أولوية قصوى ومع ذلك قد يكون دور القاضي في هذا الشأن صعبا للغاية بسبب وجود العديد من العقبات والصعوبات لأن مفهوم المصلحة المحضون هي مسألة قابلة للتغيير بتغيير الظروف مما يستدعي ذلك الاستعانة بذوي الخبرة من أخصائيين في المجال الاجتماعي والنفسي لذلك يجب أن تكون حماية الطفل المحضون لها نوع من التوافق والتجانس بين النصوص القانونية والواقع القضائي الذي يتعلق بالحضانة.

بعد اجراء هذه الدراسة التحليلية لموضوع الحضانة من الجانب القانوني والفقهي قررنا ادراج بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها لعلها تساهم في تطوير النصوص والاحكام القضائية بتحقيق مصلحة الطفل المحضون التي تكون فوق كل اعتبار وتتمثل هذه النتائج والتوصيات فيما يلي.

النتائج:

1.لم يوضح المشرع الجزائري في نص المادة 62 من قانون الأسرة الشروط الضرورية اللازم توفرها في الحاضن وترك القاضي وفقا لاجتهاداته وسلطته التقديرية في مدى تحقق هذه الشروط.

2. لقد بين المشرع الجزائري في نص المادة 62 من قانون الأسرة اهداف الحضانة الا أنه لم يوضح السبل والاجراءات المطلوبة لتحقيق هذه الأهداف.

3. لقد اعطيت صلاحيات واسعة للقاضي من قبل المشرع الجزائري في اسناد الحضانة والغائها وذلك بالنظر الى الممارسة الفعلية للحضانة من طرف الحاضن مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك قبل البث في موضوع النزاع.

4.المشرع الجزائري لم يبين ما هو مصير الطفل المحضون بعد انتهاء حضانته ولم ينص على مكان ممارسة الحضانة وخص طلب التمديد الحضانة اضافة الى الحق في السكن للأم الحاضنة لا سواها.

5. عدم اعتماد القضاء على رغبة الطفل المحضون في اسناد الحضانة نظرا لعدم قدرته على تحديد مصلحته بشكل صحيح.

6. في غياب الأنظمة القانونية الصارمة التي تحدد قواعد اسناد الحضانة التي توفر لهم الحماية المادية والمعنوية للأطفال لا سيما عندما يتعلق النزاع بالنفقة والزيارة إذا كان المحضون خارج التراب الوطني.

7. الاتفاقية المبرمة ما بين الجزائر وفرنسا هي تخدم مصلحة الطرف الفرنسي وتطغى عليها أحكامه لعدم وجود شرط تربية الابن على دين أبيه باعتبار هذا المبدأ من الاسس الجوهرية التي تقوم عليها مصلحة المحضون.

8. نص المشرع الجزائري على سقوط الحضانة عن الأم المتزوجة بغير محرم دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في ذلك فالأم أرحم في تربيه ابنها على زوجة الأب.

9. لقد أخطأ المشرع الجزائري بربط حق الحضانة بحق الاستفادة من صندوق النفقة فمتى انتهت حضانة الطفل الصغير يسقط حقه في الاستفادة من هذا الصندوق بالرغم أن النفقة تبقى حق وواجب حتى بعد انتهاء الحضانة.

التوصيات:

-يجب تعديل نص المادة 62 القانون الأسرة والتي لم تحدد شروط الحضانة بشكل كاف واقتصار المشرع بقول عبارة أن يكون أهلا لذلك فيجب اعادة صياغة المادة لتوضيح شروط الحضانة والمتطلبات التي يجب توفرها.

-تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة فيما يتعلق الزيارة وذلك من خلال تنظيم كيفية ممارستها وحالات سقوطها وأصحاب الحق في طلبها ومواعيدها ومكان ممارستها والزمن اللازم لها وحق المبيت وطريقة الزيارة في حالة بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة.

-وكذلك معالجة نص المادة 64 من قانون الأسرة في الشق المتعلق بترتيب أصحاب الحق في الحضانة فالمشرع لم يحدد ترتيب هذا الحق في حالة وجود عدة أشخاص مستحقين للحضانة وهم من نفس الدرجة.

-اعادة صياغة نص المادة 65 من قانون الأسرة التي تحدد نهاية الحضانة وتمديدها بالنسبة للذكر الى السن 16 عاما مع اضافة عبارة اذا لم تتزوج بعد في هذه الحالة اذا كانت الحاضنة متزوجة ولم يتعرض المحضون لأي ضرر من زوجها فما يمنع ببقائه عند أمه في حالة التمديد اضافة لذلك فان طلب التمديد يقتصر على الأم في نظر المشرع لكن اذا كانت الحاضنة غير الأم و اقتضت مصلحة المحضون ان يكون في رعايتها يجب على المشرع تصحيح هذه النقائص في نصوصه.

-تعديل نص المادة 72 من قانون الأسرة والمتعلق بضمان السكن للأم الحاضنة دون غيرها من الحواضن مثل العمة والخالة واعادة النظر في سكن الحاضنة الذي ينص على بقاء الحاضنة في منزل الزوجية حتى تنفيذ قرار المحكمة المتعلق بالسكن وهذا منافي للشرع.

-من الضروري فصل مسألة الحضانة عن قضيه الولاية بحيث لا يكون الشخص الحاضن هو الشخص الذي يمتلك الولاية على عكس ما يحدث في عدة دول كمصر و الأردن.

- من الافضـل أن تكون هناك مادة قانونية توضـح المسـؤولية المشـتركة بين الوالدين عن أفعال ابنهما المحضون مع تحميل المسؤولية بشكل اساسي للوالد الذي يكون لديه الطفل المحضون عند ارتكابه الفعل الضار بالغير.

-يجب التركيز على تطوير مهارات قضـــاه الأســـرة في الجانب الفقهي والذي يكون متزامنا مع تكوينهم القانوني بهدف عدم الفصل بين الاجتهاد الفقهي والقانوني.

–تقديم حلول فعالة لمشاكل الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط وذلك بإدراج نصوص قانونية في قانون الأسرة أو من خلال جهود الجزائر في التوصل الى اتفاقيات مع الدول المعنية بقضية الحضانة بهدف تقليل النزاعات ذات الطابع الدولي.

–وضع قاعدة تعريف دقيقة لمبدا مصلحة المحضون وتحديد معايير تقديرها حيث تعتبر هذه القاعدة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في اصدار قراره بشان النزاع المعروض أمامه في قضية الحضانة.

– اعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وتوضيحها وتعديلها وتصحيح الأخطاء فيها بناء على الأهمية البالغة التي تستحقها نظرا لتأثيرها على المحضون وتحقيق مصلحته.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

ثانيا: المراجع

ثالثا: الرسائل والمذكرات

رابعا: المجلات

خامسا: الندوات والمحاضرات

سادسا: النصوص القانونية

سابعا: الاتفاقيات الدولية

ثامنا: الاحكام والقرارات القضائية

أولا المصادر:

أ-القران الكريم برواية حفص

ب-الأحاديث النبوية الشريفة

ج-كتب الفقه الاسلامي:

1-أحكام القران، أبو بكر لإبن العربي، الطبعة 01، دار إحياء الكتب العربية، سنة 1376 هجرية.

2-الرازي محمد بن أبي بكر ابن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، دون سنه نشر.

3-المغني، لإبن قدامة، الجزء 09، الطبعة01 ، دار الهجر، مصر

4-روح المعاني، للألوسي، طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ثانيا المراجع:

أولا الكتب العامة:

1) أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص تنازع القوانين دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع سنة 2002.

2) بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 2010-1996، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 04، سنة 2011-2012.

3) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1989.

4) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب اخر تعديل له، الطبعة 01، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2007.

5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيطة في شرح القانون المدني الجديد (نظريه الالتزام بوجه عام مع مصادر الالتزام) الجزء 01، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان.

6) فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء 01، المؤسسة الوطنية للكتاب والطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1976.

7) فضيل سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1990.

ثانيا: الكتب المتخصصة:

1. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المالفي الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

2. الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، 2007.
3. بوجاني عبد الحكيم، الاشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة01، دار الجودة للنشر والتوزيع، سنة 2023.
4. سليمان بو قندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة، دار الألمية للنشر والتوزيع، سنة 2015.
5. كريمة محروق، دور القاضي على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوريalphadoc ، قسنطينة، الجزائر، الطبعة01، جانفي 2019.
6. محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، الطبعة 01، دار محمود، سنة 2016.

ثالثا: الرسائل والمذكرات:

أ) مذكرات القضاء:

1) سعاد قسيمي، رقيه مسعودي، اشكالية الحضانة في الزواج المختلط، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، المملكة العربية المغربية، سنة 2012.

ب) رسائل الدكتوراه:

2) بلمزياني نور الدين، اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2020 –2021.
3) بن عيسى أحمد، حقوق الطفل الاسرية في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها في قانون الاسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2022–2023.
4) حاج شريف خديجة، الحماية القانونية للمحضون في قانون الاسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه، تخصص قانون الاسرة، كليه الحقوق والعلوم السياسية، قانون خاص، سنة 2020–2021.
5) ذبيح هشام، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه، قانون خاص، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2019 –2020.

6) زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

7) شبور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2016-2017.

8) عفرة حياة، حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، سنة 2023.

9) غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، سنة 2017-2018.

10) مبدوعة حدة، ضوابط رجوع القاضي الى أحكام الشريعة الاسلامية في قضايا الأسرة وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص العقود والأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020 -2021.

11) يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، سنة 2018-2019.

ج رسائل الماجستير:

1) زياني عبد الله، احكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2011-2012.

2) سناء عماري، التطبيقات القضائية واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، سنة 2014 -2015.

3) عبد الحكيم بوجاني، اشكالات وانعقاد انحلال عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013-2014.

4) لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قانون الأسرة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2015.

د. رسائل الماستر:

1. عينار فاطمة، ميساوي ليدية، احكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، سنة 2012.

رابعا المجلات:

1. المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، القوانين في الحضانة بين التشريعات والعربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الانسانية، مجلة 05، عدد01، المركز الجامعي للكافي، تندوف، الجزائر، سنة 2021.
2. بعاكيه كمال، حبار أمال، الحضانة وشروطها بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد06، الطبعة 01.
3. بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد04، عدد02، سنة 2019.
4. بن مصطفى عيسى، التطبيقات القضائية الحضانة واشكالاتها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 08، عدد03، جامعة الجلفة، الجزائر، سبتمبر 2023
5. بوادي مصطفى، اتفاقية حقوق الطفل 1989 بين الإيجابيات والسلبيات، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة.
6. بوبكر خلف، مصلحه المحضون (دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة)، مجلة العلوم الانسانية، عدد44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016.
7. بوصبيعات سوسن، حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي وإجهادات قاضي شؤون الأسرة، مجلة العلوم السياسية، جامعه زيان عاشور، مجلد 31، عدد 04، ديسمبر 2020.
8. بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، مجلد 01.
9. حاجة شريف خديجة، مسؤولية متولي الرقابة على الافعال الضارة بالمحضون في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 66، عدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، سنة 2020.
10. حسن مبارك القحطاني/ راشد سعد الهاجري، ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي (دراسة فقهية مقارنة،) مجلة كلية دار العلوم، الكويت، مجلد 79، العدد03، سنة 2020.

11. حيدرة محمد، زواج الحاضنة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 20، جوان 2018.
12. خديجة حمادي، كمال مخلوف، تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)، مجلد 17، عدد 02، جامعة البويرة، الجزائر، سنة 2022.
13. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، عدد 04، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، سنة 2011.
14. ذبيح هشام أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسة، عدد 09، مجلد 01، جامعة محمد خيصر، بسكرة، مارس 2018.
15. رحاوي أمينة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، مجلة القانون الدولي والتنمية، مجلد 04، عدد 01.
16. راضية بشير، رؤوف قروش، القصور التشريعي في معالجة السفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد07، عدد 01، سنة 2022.
17. سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010.
18. سلوغة عبد الرحمن، فليغة نور الدين أحكام السفر الانتقال بالمحضون في التشريعات العربية، (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 07، عدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2022.
19. سناء عماري/ عبد الرؤوف دبابش، التعسف استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، عدد 02، جامعة بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2019.
20. غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية، للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 55، عدد 01، سنة 2018.
21. غنيمة قنيف، مصلحة المحضون احدى اشكاليات دعوى الحضانة مجلة الحقوق والحريات، مجلد 10، عدد 01، سنة 2022.
22. عادل عوض موسى، حقوق المحضون في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، العدد 62.

23. عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري مجلة العلوم القانونية، الجلفة، مجلد 06، عدد 04، ديسمبر 2021.
24. عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله ال الشيخ، تخيير المحضون بعد انتهاءه مدة الحضانة، مجلة العدل، عدد 59، رجب 1434 هجرية.
25. عبد الموجود محمد فرغلي، الحضانة في القانون الدولي الخاص دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، مجلد 46، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، ديسمبر 2019.
26. محروق كريمة، اشكاليه تقدير مصلحة المحضون بين احكام القضاء ونصوص القانون، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد 02، عدد 01، سنة 2017.
27. مقراني جمال، اشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، مجلد 02، عدد 01، سنة 2017.
28. مناد مسعودي، حق المحضون في مسكن الحضانة، الحقوق الحريات، مجلد09، عدد 02، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، سنة 2021.
29. موكة عبد الكريم، القانون الواجب تطبيقه على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنه للدراسات العلمية و الأكاديمية، مجلد 04، عدد 03، مخبر القانون البنكي والمالي، جامعة جيجل، سنة 2021.
30. مولاي الهاشمي، بوترعة عبد القادر، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ودورها في حماية الطفل، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، مجلة صوت القانون، مجلد 09، عدد خاص، سنة 2023.
31. نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط وممارستها، (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، مجلد 16، عدد 59، جامعة الموصل، العراق.
32. هلتالي أحمد استحقاق الحضانة في النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية، العدد 11، محمد بوضياف، سبتمبر 2011.

خامسا: الندوات والمحاضرات:

أ-الندوات:

1. بومالة نظيرة أحكام الحضانة والاشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية، مركز البحوث القانونية والقضائية، 30 ماي 2023.
2. محمد بن أحمد بن صالح الصالح، مستحق الحضانة، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.
3. محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الاسلامية، الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هجرية.

ب-المحاضرات:

1) بن صغير محفوظ، انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المحاضرة 15، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2022-2023.

سادسا: النصوص القانونية

أ-القوانين الجزائرية:

1. القانون رقم(84/11)، المؤرخ في 09 رمضان 1404 هجري، الموافق ل 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم(05/02) المؤرخ في27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد15، المؤرخة بتاريخ 27/02/2005.
2. القانون رقم(06/23) المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم بالأمر (66-156)، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد84، الصادر في24/12/2006.
3. القانون رقم(05-10) المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 26 هجرية الموافق ل 20 يونيو سنه 2005 م، المعدل والمتمم بالأمر رقم (75-58) المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هجرية، الموافق ل 26 سبتمبر سنه 1975 م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 44، سنة 26 يونيو 2005 م.
4. قانون رقم 15/01 المؤرخ في 13 ربيع الاول عام 1436 هجرية، الموافق ل 04 يناير سنة 2015، المتضمن انشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد، سنة 2015.

سابعا: الاتفاقيات الدولية.

2) إتفاقية لاهاي المؤرخة في05 اكتوبر 1961، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق على مادة حماية القاصرين دخلت حيز التنفيذ في 24 جانفي 1965

3) إتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 نوفمبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة الابوية واجراءات حماية الاطفال.
4) الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط المؤرخة في 21 جوان 1988، والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 88/144، المؤرخة في 26جوان سنة 1988، الجريدة الرسمية، العدد28 ،30، لسنة 1988.

ثامنا: الاحكام والقرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم 889.129، عدد 52.
2. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 0842.551، مجلة المحكمة العليا، عدد01، سنة 2015.
3. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 50011، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1991.
4. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1988/04/21، غرفة الاحوال الشخصية اجتهاد قضائي، عدد خاص، سنة 2001.
5. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/07/03، ملف رقم 274.207، المجلة القضائية، عدد01، سنة 2004.
6. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ماما، الصادر بتاريخ 2002/07/31، ملف رقم 288.072، المجلة القضائية، عدد01، سنة 2004.
7. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الصادر بتاريخ2021/10/06، رقم الملف 453.870، مجلة المحكمة العليا، عدد02، سنة 2021.
8. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/04/16، رقم الملف 59.784، المجلة القضائية، عدد04، سنة 1991.
9. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 15 /12 /1998، رقم الملف 214.290، عدد خاص، سنة 2001.
10. قرار محكمه النقض، الصادر بتاريخ 2006/01/04، عدد01، ملف الشرعية عدد 311، سنة 2004/01/02.
11. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 1986/09/22، رقم الملف 435.94، مجلة قضائية، عدد04، سنة 1992.

12. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 2011/3/10، رقم الملف 613.469، مجلة المحكمة العليا، عدد01، سنة 2012.
13. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 2006/05/17، رقم الملف 364.850، المجلة القضائية، عدد02، سنة 2007.
14. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 2003/05/21، رقم الملف 428.302، المجلة القضائية، عدد02، سنة2006.
15. قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1984/04/02، رقم الملف 325.94، المجلة القضائية، عدد01، سنة 1989.

فهرس المحتويات

الأية .....أ

شكر وعرفان ....ب

اهداء .....ج

قائمة أهم المختصرات .....د

مقدمة.....1

الفصل الأول: مفهوم الحضانة وقواعد تطبيقها 08

المبحث الأول: مفهوم الحضانة ومميزاتها **09**

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....09

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي واللغوي للحضانة 09

البند الاول: التعريف اللغوي للحضانة.....09

البند الثاني: التعريف الشرعي للحضانة.....10

البند الثالث: التعريف القانوني للحضانة.....11

الفرع الثاني: مشروعية الحضانة وحكمها.....12

البند الاول: مشروعية الحضانة.....13

البند الثاني: حكمه.....14

المطلب الثاني: مميزات الحضانة وصفتها القانونية 14

الفرع الاول: مميزات الحضانة.....15

البند الاول: للحضانة مدة محدود.....15

البند الثاني: وجوب الحضانة.....16

البند الثالث: الاعتراف بحق الحضانة لمحرم 17

الفرع الثاني: الصفة القانونية للحضانة.....18

البند الاول: الحضانة من حق الحاضن والمحضون 18

البند الثاني: الحضانة هي نتيجة فسخ عقد الزواج.....19

المبحث الثاني: شروط وأحكام الحضانة.....20

المطلب الاول: شروط منح حق الحضانة ومستحقيها.....20

الفرع الاول: شروط منح حق الحضانة.....21

البند الاول: الشروط العامة.....21

البند الثاني: الشروط الخاصة.....23

الفرع الثاني: مستحقي الحضانة.....25

البند الاول: الأم والأب.....26

البند الثاني: الجدة لأم والجدة لاب.....27

البند الثالث: الخالة وبعدها العمة.....28

المطلب الثاني: آثار الحضانة وسقوطها.....28

الفرع الأول: آثار الحضانة.....28

البند الاول: زمن الحضانة ومكان ممارستها.....28

البند الثاني: نفقة المحضون وسكناه.....30

الفرع الثاني: سقوط الحضانة.....33

البند الاول: اسباب سقوط الحضانة.....34

البند الثاني: رجوع حق الحضانة.....37

الفصل الثاني: اشكالات الحضانة.....41

المبحث الأول: الاشكالات الناتجة عن تطبيق أحكام الحضانة.....42

المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة.....42

الفرع الاول: اشكالات النفقة والزيارة.....43
البند الاول: الاشكالات المتعلقة بالنفقة.....43
البند الثاني: قصور المشرع في مفهومه لحق الزيارة.....44
الفرع الثاني: اشكالية الانتقال بالمحضون وسكنى الحاضنة.....45
البند الاول: اشكالية معالجة سفر الحاضن بالمحضون.....46
البند الثاني: اشكالية سكنى الحاضنة.....48
المطلب الثاني: اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء الحضانة والمسؤولية عن افعاله الضارة 50
الفرع الاول: اشكالية وضعية المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة.....51
الفرع الثاني: اشكالية المسؤولية عن افعال المحضون الضارة.....52
المبحث الثاني: اشكالية الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط ومراعاة مصلحة المحضون.....54
المطلب الأول: اشكالية الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط.....54
الفرع الاول: اشكالية القانون الواجب تطبيقه بعد انحلال الزواج لمختلط.....55
البند الاول: الاختلاف الفقهي والتشريعي حول القانون الواجب تطبيقه على الحضانة.....55
البند الثاني: اشكاليه تطبيق القانون الاجنبي على الحضانة.....58
الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية المبرمة لحماية المحضون بعد انحلال الزواج المختلط.....59
البند الاول: الاتفاقيات الدولية الجماعية. 60
البند الثاني: الاتفاقيات الثنائية.....62
المطلب الثاني: اشكالية مراعاة مصلحة المحضون.....64
الفرع الأول: دور القاضي في تعزيز مصلحة المحضون.....65
البند الاول: المعيار الروحي والمادي لتقدير مصلحة المحضون.....65
البند الثاني: سلطات ووسائل القاضي في تقديره لمصلحة المحضون.....66

الفرع الثاني الاشكالات التي تعترض القاضي في تقديره لمصلحه المحضون 69

الخاتمة **73**

قائمة المراجع **79**

فهرس المحتويات **89**

الملخص:

باعتبار الحضانة من أبرز القضايا في مجال الأسرة فهي موضوع في غاية الحساسية لارتباطه الوثيق بالأسرة وعلى وجه الخصوص الطفل الذي يكون ضحية هذا التفكك الاسري، فقد اولت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري اهميه بالغه لها فقد حاول المشرع الجزائري سن مجموعه من القوانين والنصوص وذلك من خلال نص المواد من 62 الى 72 من قانون الأسرة الجزائري من اجل التركيز وحماية المحضون بناء على مبدا مراعاة مصلحته فالمصلحة.

هي جوهر الحماية التي على ضوئها يؤسس القاضي قراراته غير انها لا تخلو الحضانة من الاشكالات وذلك لعدم وضوح الرؤية في نصوصها لما تتخللها العديد من العيوب والثغرات والنقائص والى اي مدى القاضي يمكنه التقيد بهذه النصوص او تجاوزها وسعيه في ذلك وفقا للصلاحيات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري من اجل تفسير النصوص وفقا الاجتهادات وحسن تطبيقها قضائيا لتحقيق المصلحة الافضل للمحضون.

وتبقى الحضانة من اهم المسائل القانونية والفقهية التي لابد على المشرع الجزائري ان يعيد صياغة القوانين المنظمة لها صياغة قانونيه دقيقه من اجل تحقيق مصلحه المحضون من باب اولى بما في ذلك الاستقرار النفسي والمادي.

الكلمات الافتتاحية: الحضانة، مصلحة المحضون، إشكالات الحضانة.

Résumé:

La garde des enfants est l'une des questions les plus importantes dans le domaine de la famille, car il s'agit d'un sujet très sensible en raison de son lien étroit avec la famille.

La famille et en particulier l'enfant qui est la victime de cette désintégration familiale, la charia islamique et la législation algérienne.

Le législateur algérien a tenté de promulguer un ensemble de lois et de textes à travers le texte d'articles

Le législateur algérien a tenté d'édicter un ensemble de lois et de textes à travers le texte des articles 62 à 72 du code de la famille algérien afin de permettre à l'enfant d'avoir accès à la justice. Cependant, la garde n'est pas exempte de problèmes en raison du manque de clarté de ses textes en raison des nombreux défauts, lacunes et insuffisances, et dans quelle mesure le juge peut adhérer à ces textes ou les dépasser et chercher à le faire conformément aux larges pouvoirs accordés par le législateur algérien afin d'interpréter les textes conformément à la jurisprudence et à l'application judiciaire pour réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant. La garde reste l'une des questions juridiques et jurisprudentielles les plus importantes que le législateur algérien doit réécrire les lois qui la régissent afin de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment sa stabilité psychologique et matérielle.

Mots clés : Garde, Garde, Questions de garde.

قال الله جل وعلا في كتابه العزيز:

﴿بِسمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾

﴿دَعوَىٰهُم فِيهَا سُبحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُم فِيهَا سَلَٰمٌۚ وَءَاخِرُ دَعوَىٰهُم أَنِ ٱلحَمدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلعَٰلَمِينَ﴾ [يُونُسَ 10].

الحمد لله الذي يسر البدايات، وأكمل النهايات، وبلغنا الغايات

الحمد لله الذي ما تم جهدا الا بعونه، وما ختم سعي الا بفضله

فالحمد لله على التمام والكمال وجمال الختام

فالحمد لله الذي بحمده تتم النعم والصالحات

الباحثة : بروان فاطمة الزهراء.