

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الحضانة في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الداخلي

من إعداد الطالبتين:

عينار فاطيمة

مساوي ليديّة

تحت إشراف:

الأستاذة(ة): علي أحمد رشيدة

لجنة المناقشة:

رئيسة

الأستاذة تدريست كريمة، أستاذة مساعدة(أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو

مشرفة ومقررة

الأستاذة علي أحمد رشيدة، أستاذة مساعدة(أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو

ممتحنة

الأستاذة حابت أمل، أستاذة مساعدة(أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو

تاريخ المناقشة: 2012/10/22

إهداء



إلى من كلَّه الله بالوقار، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل إسمه بكل
افتخار إلى أبي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه.

إلى من أرضعتني الحب والحنان إلى رمز الحب والأمان إلى من بها أبصرت دربي إلى أُمِّي
الغالية حفصها الله.

إلى إخوتي مصطفى، أحمد، جمال، سليمان، رابح، مراد، وفريد.

إلى أخواتي ورياحين حياتي، كريمة، ويزة، وحورية.

وإلى جميع أزواجهم وأبنائهم.

إلى أصدقائي علي، ياسين، عمر، ومحمد.

إلى كل صديقاتي خاصة سميرة، لامية، عقيلة، وصونيا.

إلى من شاركتني في هذا العمل أختي وصديقتي فاطيمة.

إلى كل من أعرفهم ويعرفوني، إلى من أتمنى أن تبقى صورهم في عيوني، أهدي لكل

هؤلاء هذا العمل.

ليدية ؟

كلمة شكر



لكل بداية نهاية و لكل بحث خاتمة، فالحمد و الشكر لله سبحانه
و تعالى الذي أحاطنا بنوره، و مهد لنا السبيل لإتمام هذا البحث و هذا
العمل المتواضع، و مد لنا الشجاعة و الصبر على تحمل صغابه .
و وفاء منا بالجميل، نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أشعل
شمعة في دروب علمنا وإلى من وقف على المنابر من أجل تنوير
عقولنا، إلى كل الأساتذة الكرام في كلية الحقوق بجامعة مولود معمري،
و نتوجه بالشكر الخاص إلى الأستاذة المشرفة "علي أحمد رشيدة" التي
عملت على توجيهنا و مؤازرتنا طوال فترة العمل، و لم تبخل علينا
بالمادة العلمية و بالتشجيعات و رفع المعنويات كلما واجهتنا
الصعوبات .

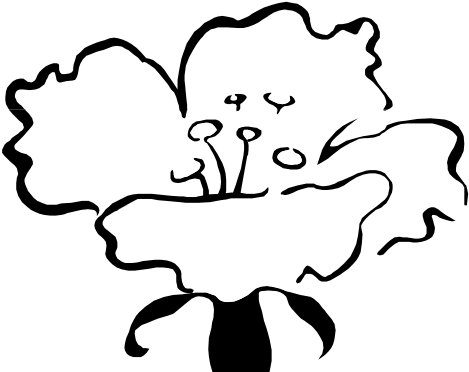
? عinar فاطيمة و مساوي ليدية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ، وَاجْعَلْ لِّي لِسَانَ صِدْقٍ فِي

الْآخِرِينَ، وَاجْعَلْنِي مِنْ وَرَثَةِ جَنَّةِ النَّعِيمِ".

الآيات من 83 إلى 85 من سورة الشعراء.



إهداء



إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من أفقده كثيرا، إلى من يرتعش قلبي لذكره، إلى من أودعني الله، والذي رحمه الله.

إلى أغلى ما أملك في الحياة، إلى معنى الحب و إلى معنى الحنان و التفاني، إلى بسملة الحياة و سر الوجود، أُمي أطل الله في عمرها.

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة و النفوس البريئة، إلى رياحين حياتي، أختي و أخي العزيزين.

إلى من سرنا سويا و نحن نشق الطريق معا نحو النجاح و الإبداع، أصدقائي و زملائي.

إلى من عرفت كيف أجدهم، و علموني ألا أضيعهم، إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات، إلى من سأفقدتهم و أتمنى أن يفتقدوني.

إلى هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

? فاطيمة

قائمة المختصرات

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

د.ج : دينار جزائري

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

د.م.ن : دون مكان النشر

د.ت.ن : دون تاريخ النشر

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ص : صفحة

م.ق : المجلة القضائية

ج.ر : الجريدة الرسمية

مقدمة

إن من أهداف الزواج تحقيق الراحة و الطمأنينة بين الزوجين، و هي الخاصية التي تلازم عقد الزواج لقوله تعالى: « و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »⁽¹⁾.

فتعتبر الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع فإذا صلح أفرادها صلح المجتمع، و منه يعد البيت الركيزة الأساسية للتربية و المؤثر الأول في الطفل باعتباره ينشأ و ينمو في ظله في أول مراحل عمره، فالطفل يتأثر بما يحيط به من أجواء في الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء كما قال النبي صلى الله عليه و سلم: « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه »⁽²⁾.

لذلك يجب تربية هذا المولود تربية حسنة و سوية لأنه يعد رجل المستقبل و على والديه توجيهه و نصحه و إرشاده حتى يجعلان منه رجلا تفتخر به الأمة، لذا فإن حفاظ الوالدين على تمسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم و توافقهم النفسي و العقلي.

لكن نجد أنه في كثير من الحالات تحدث مشاكل بين الزوجين تؤدي إلى التنافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج، و حتى لا تصبح الحياة مستحيلة و لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق، مع أنه يعتبر أبغض الحلال عند الله و ذلك لظروف قاهرة أو ظروف استثنائية ملحة و التي تجعله دواء و علاج للتخلص من شقاء محتم الذي قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعا.

و من أهم و أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، و تعتبر الحضانة واحدة من المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية و القانون عناية خاصة لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد و الأسرة و المجتمع لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة، و بالتالي فإذا كانت الحياة

1- سورة الروم، الآية 21.

2- رواه أبو هريرة.

الزوجية قائمة بين الزوجين فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين مشرفان معا و بشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير.

و لكن في حالة الطلاق بين الزوجين فان مشكل الحضانة يطرح بحدّة و كثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير.

و الحضانة بالإضافة إلى اعتبارها أثرا من آثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين و متكاملتين هما كون الحضانة حقا و كونها واجبا، فهي من جهة حق للمحضون و حق الحاضن، و من جهة أخرى واجب على الحاضن، و لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم لطلب الحكم بحضانة ولدها الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على أمه بشأن حضانتها و ينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد.

و عليه فإن الحضانة تعد من أعقد الأمور التي ينظرها القاضي و عليه أن يتعامل معها بكل دقة مراعيًا في الأساس مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها، إذ لا يحق أن نحمل الطفل تبعات النزاع الحاصل بين والديه و الذي لا ذنب له فيه، و بالتالي هل أفلح المشرع الجزائري في تنظيم موضوع الحضانة بالطريقة التي تؤدي الغاية منها و بشكل يتماشى مع الشرع؟.

و للإجابة عن هذه الإشكالية اخترنا دراسة موضوع « أحكام الحضانة في القانون الجزائري » باعتبارها كآثر للطلاق، و قمنا بتقسيمه إلى فصلين: بحيث تناولنا في الفصل الأول ماهية الحضانة.

أما في الفصل الثاني فتناولنا دعاوى الحضانة و أبرز الإشكالات المتعلقة بها، و هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

الفصل الأول

ماهية الحضارة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أعطتها الشريعة الإسلامية أهمية و كذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية للصغير، و ذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغير، و بالتالي يجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، و كذا من يكفل له التربية الصحيحة و الخلقية السليمة و ذلك حتى يكون فردا صالحا وسط مجتمعه⁽¹⁾.

و قد نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة، و قررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منه فحددت من خلال النصوص و الاجتهادات المقصود بالحضانة، كما حددت من له الحق فيها و مراتب الحاضنين بحسب القرابة، كما أن قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ نظم أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72، وبالتالي نجد أن كل من الإسلام و القانون الجزائري أوليا اهتماما خاصا بالحضانة كونه موضوع ذو حساسية بالغة، فهو يتعلق بنفسية طفل بريء قد تصاب حياته بإعاقة كاملة جراء الصدمات النفسية أو الحرمان والمعاناة.

لتوضيح أكثر المقصود بالحضانة قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحضانة، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا الآثار المترتبة عن الحضانة.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 379.

2- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول مفهوم الحضانة

تقوم الحضانة على العناية بالطفل و حمايته، و ذلك من أجل المحافظة عليه من الانحراف و الانحلال الخلقي حتى يكون فردا صالحا في المجتمع، لذا يجب أن يوضع الطفل عند من هو مؤهل لحمايته، و كذا من له الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة و القانون⁽¹⁾، و لتحديد مفهوم الحضانة قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب بحيث تناولنا في المطلب الأول تعريف الحضانة و حكمها الشرعي، في المطلب الثاني شروط الحضانة و في المطلب الثالث أصحاب الحق في الحضانة و تحديد أولويتهم.

المطلب الأول تعريف الحضانة و حكمها الشرعي

الحضانة - بفتح الحاء - هي ضم الشيء إلى الحضن و هو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أي عمقه، و نقول حضن الطائر بيضه إذا جلس إليها و غطاها بجناحيه، و عند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها و هي تعانقه و تلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء و حفظه و الحنان عليه⁽²⁾.

و نجد أيضا أن الطفل عندما يكون صغيرا يحتاج إلى من يرعاه و يحافظ عليه و يقوم بتربيته و تدبير أموره⁽³⁾، ولهذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث تناولنا في الفرع الأول تعريف الحضانة، و في الفرع الثاني حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها.

1- بوغرة صالح، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 65.

2- نقلا عن سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب و الطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1986، ص 369.

3- بوغرة صالح، مرجع سابق، ص 65.

الفرع الأول تعريف الحضانة

بما أن الحضانة هي محل اهتمام التشريع الإسلامي و كذا مختلف القوانين، فإننا قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى نقطتين بحيث تناولنا في النقطة الأولى التعريف الفقهي للحضانة و في النقطة الثانية تطرقنا إلى تعريف قانون الأسرة الجزائري لها.

أولاً: التعريف الفقهي للحضانة:

الحضانة هي القيام بتربية من لا يستطيع الاعتناء بنفسه لصغر سنه كالطفل أو لمرض أصابه كالجنون، و ذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه و غسل ثيابه⁽¹⁾.

و قد عرفها الشافعية بأنها حفظ من لا يستقل بأموره، و تربيته بما يصلحه و يدفع عنه الضرر، و ذلك بغسل جسده و ثيابه و دهنه و كحله و ربطه في المهد و تحريكه لينام⁽²⁾.

و ما نلاحظه في هذا التعريف أن الشريعة الإسلامية تحرص كثيراً على الاعتناء بالنظافة و التربية الجسدية و الروحية للطفل⁽³⁾.

و عرفها المالكية بأنها صيانة العاجز و القيام بمصالحه.

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، الإسكندرية، 2001، ص 169.
- عبد العظيم بن بدوي الخليفة، الوحيد في فقه السنة و الكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، دار ابن رجب، 2001، ص 3322.

3- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و الطباعة و النشر والتوزيع، لبنان، 1996، ص 305.

أما الحنابلة فقد عرفها بأنها حفظ الولد في نفسه و تأمين طعامه و لباسه و مضجعه وتنظيف جسده.

و عرفها الأحناف بأنها تربية الأم أو غيرها للطفل الصغير⁽¹⁾.

ثانيا: تعريف قانون الأسرة للحضانة:

لقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن : «الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا .

و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»⁽²⁾.

فالحضانة حسب نص المادة 62 هي تربية الولد حتى يبلغ سن يستطيع فيها الاعتناء بنفسه.

و قد بين المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف أهداف الحضانة، كما بين كل ما يحتاج إليه المحضون من رعاية صحية و خلقية و تربوية، لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الخلع أو التطلق، و تفصل في حق الحضانة، أن تراعي كل هذه العناصر التي ذكرها قانون الأسرة الجزائري، و أن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون و مصلحته الحقيقية التي يجب أن توفر له طيلة مدة الحضانة.

و بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع تطرق في الفقرة الثانية من هذه المادة إلى أن الحاضن يجب أن يتوفر فيه شرط الأهلية، و هو الشرط الوحيد الذي ذكره قانون الأسرة

1- إسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار الحامد للطباعة و النشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 442.

2- قانون رقم 84-11 المعدل و المتمم، مرجع سابق.

الجزائري، مما يقتضي علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة الشروط الأخرى، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها

أولاً: حكمها:

الحضانة واجبة على الحاضن لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه و انجاؤه من المهالك.

و اعتبرت الحضانة واجبة، كون أن الصغير يولد و هو أحوج ما يكون إلى من يقوم بشؤونه، و يسهر على تربيته و يعتني به، و ذلك لعجزه عن القيام بما يحتاج إليه في حياته الأولى، فالوالدان بدافع الحنان الأبوي و الشفقة الطبيعية، هما أجدر الناس بالقيام بهذه المهمة، لذلك وزع الشرع عليهما أعباء هذه المهمة، فوكل إلى الأم تربية طفلها و رعاية متطلباته، و وكل إلى الأب التصرف في نفس ولده و ماله⁽²⁾.

ثانياً: أدلة مشروعيتها:

و الأدلة على مشروعية الحضانة من الكتاب و السنة و الإجماع كثيرة:

1 - من الكتاب:

• قوله تعالى: « و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك فإن أرادا فصلا عن تراض منهما و تشاور فلا جناح عليهما و إن

1- بن قوية سامية، « آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري »، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010، ص ص 139 - 140.

2- رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص ص 171 - 172.

أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف
و اتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير»⁽¹⁾.

و في تفسير هذه الآية يقول ابن العربي - رحمه الله - : « قال علماؤنا: الحضانة
بدليل هذه الآية للأم، و النفقة للأب، لأن الحضانة مع الرضاع»⁽²⁾.

و كذلك قال الجصاص⁽³⁾ - رحمه الله - : « في هذه الآية دلالة على أن الأم أحق
بإمسك الولد صغيرا، و إن استغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة،
لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع هي كقبله»⁽⁴⁾.

• و قال تعالى: « و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا»⁽⁵⁾.

فأثبت الله تبارك و تعالى التربية للأبوين حال الصغر.

2- من السنة:

• ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن
امرأة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له
وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن
ينتزعه مني، فقال لها رسول الله (ص): « أنت أحق به ما لم تنكحي »⁽⁶⁾.

3- من الإجماع:

1- سورة البقرة، الآية 233.

3- ابن العربي هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، المشهور بالقاضي أبو بكر الاشبيلي المالكي، ولد في اشبيليا
سنة 468 هـ، و مات في فاس في ربيع الثاني سنة 543 هـ.

3- الجصاص هو أبو بكر بن علي الرازي الجصاص، ولد سنة 305 هـ في مدينة الري و توفي سنة 370 هـ.

4- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع، دار الوعي للطباعة و النشر و التوزيع،
الجزائر، 2009، ص 862.

5- سورة الإسراء، الآية 24.

6- رواه أحمد و أبو داود و صححه الحاكم و حسنه الألباني.

أجمع الصحابة - رضي الله عنهم - على مشروعية الحضانة، و أن أول من يستحق حضانة الطفل أمه⁽¹⁾.

• و نجد ما رواه بن سعيد بن المسيب، و ابن شيبه و عبد الرزاق في مصنفيهما أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم، فأراد أن يأخذها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر فقال: «ريحها و حرها و فراشها خير له منك حتى يشب و يختار لنفسه».

المطلب الثاني

شروط الحضانة

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها و ذلك بتوافر شروطها.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يذكر لنا إلا شرط الأهلية، و لا نقصد بالأهلية هنا بلوغ سن 19 سنة فحسب، بل يقصد بها كذلك القدرة على القيام بمهمة شاقة و صعبة تتعلق بحضانة الطفل و إعدادة إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

أما بالنسبة للشروط التي لم يبينها المشرع الجزائري صراحة فتحديدها يتطلب منا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾، و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية »⁽³⁾.

1- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 862.

2- بوغرة صالح، مرجع سابق، ص 66.

3- قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

فيرى الفقهاء أن هناك شروطاً عامة يجب توافرها في الحاضن، و بعضها يخص النساء فقط، و البعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال، و هذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية.

الفرع الأول

الشروط العامة في الحاضن

كل من الرجال و النساء لهم الحق في الحضانة، و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير، و الأكثر صبراً على توفير احتياجاته المتنوعة، و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة و الواجب توافرها في النساء و الرجال أو في الحاضن ما يأتي

أولاً: العقل:

العقل هو الإدراك و به يستطيع الإنسان أن يميز الأشياء التي تحيط به، و هذا الشرط بديهي إذ لا يمكن لمجنون أن يحضن طفلاً لأنه هو في حد ذاته يحتاج إلى من يتولاه و يرفع شؤونه، و بالتالي لا يمكن له تولي شؤون غيره، لأنه يشكل خطراً على المحضون بدلاً من أن يكون حامياً له⁽¹⁾.

و نشير هنا إلى أنه يستوي أن يكون الجنون دائماً أو متقطعاً، و إن كان المشرع الجزائي لم يشر إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون فكلاهما مانع من الحضانة، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير و لو كان من القلة لا يحدث إلا مرة واحدة في السنة، و ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه، فقد يثور جنونه في أي وقت، و إن كان نادراً أو قصيراً و لو مثلاً يوم واحد في السنة، و ذلك لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له، و عليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته.

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

كما أن المعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، و بالتالي لا يمكنه أن يرعى غيره و لأن ولايتهما تثبت لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون.

ثانيا: البلوغ:

يقصد بالبلوغ أهلية الأداء التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على تولي شؤون نفسه، وبالتالي يمكن له تولي شؤون غيره، و لأن 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 بالغاً⁽¹⁾، و المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني، و هو تمام التاسع عشر (19) سنة حسب المادة 40 من التقنين المدني الجزائري⁽²⁾.

ثالثا: القدرة:

نعني بها سلامة الشخص الحاضن في جسمه، بحيث يستطيع صيانة الصغير و رعايته و تقديم له كل ما يحتاج إليه، و بالتالي يجب ألا يكون الحاضن مصابا بعاقة تمنعه من القيام بشؤون المحضون كالأعمى أو المشلول، كما أن الحضانة لا يمكن إسنادها إلى شخص متقدم في السن لأنه لا يستطيع رعاية غيره⁽³⁾.

و على هذا النهج سار القضاء الجزائري، فاعتبر القدرة على التربية شرط أساسي في ممارسة الحضانة، بحيث جاء في قرار المحكمة العليا «أن فقدان الحاضنة للبصر يحول دون تحقيق الهدف من إسناد الحضانة لها، و هي بذلك تكون عاجزة عن القيام

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 68.

2- أمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم إلى غاية القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

3- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 02-05، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010، ص 07.

بشؤون الأبناء، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية»⁽¹⁾.

رابعاً: الأمانة:

يقصد بالأمانة أن يكون الحاضن أميناً على المحضون، أي أميناً في خلقه و في سلوكه مع المحضون، و أميناً في الاهتمام به و رعاية مصالحه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار و طرفاً من الليل، أو لا يهتم به و لا يرعاه فيهمله و يتركه يخالط قرناء السوء، لا يكون أميناً و لا قادراً على الحضانة، فالمرأة الفاسقة أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، لأن ذلك يؤدي إلى فساد أخلاق المحضون و ذلك عن طريق جلبه إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق و الفجور، مما يؤثر عليه سلباً و يثير شكوك حول سلامة تربيته⁽²⁾.

و لقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطاً جوهرياً في الحاضن، و كرس ذلك في العديد من أحكامه و قراراته، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزناً للأخلاق و لا تراعي حرمة الشرف، لا تكون أهلاً للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل و أدبه و خلقه، فينشأ على طريقته و متخلقا بخلقها، فأسقط القضاء الحضانة على الأم لأنها مرتكبة لجريمة الزنا، فجاء في قرار المحكمة العليا: « من المقرر شرعاً و قانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاث للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون »⁽³⁾.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 76.

2- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996، ص 296.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/09/30، ، ملف رقم 171684، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 169.

الفرع الثاني الشروط الخاصة بالنساء

بالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن، هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء نذكرها فيما يلي:

أولاً: ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم:

و قد تم النص على هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري و جاء فيها ما يلي: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون »⁽¹⁾.

و عليه يفهم من نص هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي، و بالتالي إذا أرادت الاحتفاظ بحضانة ولدها لا بد من زواجها بقريب محرم، و ذلك لأن القريب المحرم سيعتني و يحن على المحضون أكثر من الأجنبي نظراً لوجود صلة الدم التي تربطه به، عكس الزوج الأجنبي الذي نجده في غالب الأحيان لا يعطف على الطفل لأنه لا تربطه به أية صلة⁽²⁾، كما أن الزواج بقريب محرم يجعل الأم تحتفظ بحضانة أولادها و لا يسقط حقها فيها لأن من تزوجته له الحق في الحضانة و بالتالي يتعاونان على رعايته⁽³⁾.

1- القانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

2- محمد كمال إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والطلاق و الفرقة و حقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 492.

3- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 359.

ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير:

أي أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأمه أو أخته أو جدته، فلا يحق لبنات العم و بنات العمة و بنات الخال حضانة الذكور لعدم المحرمية، و لهن الحق في حضانة الإناث، و لا حق لابن الخال و ابن الخالة و ابن العم في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور⁽¹⁾.

ثالثا: عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها:

فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل بعد سقوط حضانتها بسبب الزواج، أما إذا استقلت بالسكنى كان لها حق الحضانة⁽²⁾، و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: « تسقط حضانة الجدة و الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم »⁽³⁾.

أما بالنسبة لشرط الإسلام فهو ليس شرطا لممارسة الحضانة، و ذلك عند المالكية لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين، و هذا ما أخذ به الأحناف لكن اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

فقال الحنفية: « يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة، أو يتضح أنه في بقاءه معها خطر على دينه، كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ».

وقال مالك: « إن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خاف على المحضون من الحاضنة أعطى حق الرقابة لأحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد ».

1- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 114.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 08.

3- القانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

و تجدر الإشارة إلى أن الأحناف و إن رأوا جواز حضانة الكافرة، إلا أنهم اشترطوا ألا تكون مرتدة لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، أما إن تابت عاد لها حق الحضانة⁽¹⁾.

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لم تحدد ديانة الشخص الذي تسند إليه حضانة الطفل، و بالتالي يمكن أن تسند الحضانة إلى غير المسلم.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكد في المادة 62 من قانون الأسرة السالف ذكره على أن يربي الطفل على دين أبيه، و لا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة الحضانة⁽²⁾.

ويتضح من خلال تفحص أحكام و قرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، حيث ساوى بين الأم المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر في 13 مارس 1989 حيث جاء فيه: « من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة إلا إن خيف على دينه، وأن حضانة الذكر بالبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة و القانون »⁽³⁾.

و جاء في قرار آخر لها بتاريخ 1989/12/25: « من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق و لو كانت الأم غير مسلمة... »⁽⁴⁾.

1- بوغرامة صالح، مرجع سابق، ص ص 71 - 72.

2- AIT-ZAI nadia, «territorialité ou religion dans l'attribution du droit de garde des enfants, issus de couple Franco-Algériens», Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Alger, 1991, p 855.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ الصادر 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية لسنة 2004، ص 122.

4- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56597، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03، ص 74.

الفرع الثالث الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى الشروط العامة المذكورة سابقا شروط خاصة بالرجال فقط وهي:

أولاً: أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى:

لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع (07) سنوات تقاديا للخلوة بها لعدم المحرمية، و إن لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه، و أجاز الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم إبقاءها عنده بأمر من القاضي إذا كان مؤمناً عليها الفتنة منه.

ثانياً: شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، و لا توارث بين المسلم و غير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو رحم المحرم مسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضانتها إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، و إذا كان الولد مسلماً و ذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث⁽¹⁾.

1- بوغرة صالح، مرجع سابق، ص 76.

المطلب الثالث

أصحاب الحق في الحضانة و تحديد أولويتهم

إن مسألة حفظ الطفل بعد ولادته و تدبير شؤونه أمر يتعلق بوالديه أولاً، فهما أقرب الناس إليه و هما أكثر شفقه عليه و رعاية لمصالحه، ولذلك نجد الشارع الحكيم جعل لهما أمر الولاية عليه مراعاة لمصلحته، فقسم أمر تربيته على مرحلتين، الأولى جعلها للأمهات لأنهن أقدر و أرفق و أحسن تعهدا في المرحلة الأولى من حياة الصغير، ثم عهد إلى العصابات و أولهم الأب المرحلة التالية من حياة الصغير⁽¹⁾، و على ذلك جاء التعديل الجديد من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة فنصت على أنه: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك »⁽²⁾.

و جاء في عرض أسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب عن الجدة لأم و الخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم و أكثر حرصا على رعاية أبنائه، بحيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل على أن: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة ».

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 08.

2- قانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

الفرع الأول

مراتب المستحقين للحضانة

لقد تم ترتيب المستحقين للحضانة حسب شفقتهم و حنانهم على المحضون، و بالتالي تقديم الأم لأنها هي منبع الحنان و العطف، ثم الأب لأنه أكثر رعاية على أبنائه كما سبق و أن قلنا، ثم تأتي قريبات المحضون من النساء، و بناءا على ذلك سوف نقوم بتبيان أصحاب الحق في الحضانة وفق الترتيب الوارد في التعديل الجديد كما يلي:⁽¹⁾

أولاً: تقديم الأم على غيرها في الحضانة:

كأصل عام يثبت حق الحضانة أولاً للنساء ثم الرجال، و أول النساء التي لها حق الحضانة هي الأم لأنها أقدر النساء على رعاية ولدها و أكثرها حنانا و شفقة عليه⁽²⁾، و يشهد ذلك قوله تعالى: « و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك »⁽³⁾.

كما ورد في هذا الشأن ما أشرنا إليه في السابق و هو ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله (ص): « أنت أحق به ما لم تنكحي »⁽⁴⁾.

1- حداد عيسى، «الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي»، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة باجي

مختار عنابة، عدد 15 ديسمبر 2005، ص 188.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 09.

3- سورة البقرة، الآية 233.

4- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 862.

و جاء في حديث آخر أن سئل الرسول (ص) عن أقرب الناس إليه : « فقال أمي، ثم من قال : أمي، ثم من قال : أمي، ثم من قال : أبي » ، فلا حق في حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا إذا تعذر ضمان ذلك الحق (1).

ثانيا: إسناد الحضانة للأب:

نلاحظ أن المشرع الجزائري بعد التعديل قدم الأب على غيره من النسوة، لأنه أقرب للمحضون و أجدر برعايته.

و بهذا الصدد قال ابن القيم: « إن تقديم المذهب المالكي الخالة و أم الأم على الأب و أمه تقديم في غاية البعد، فكيف تقدم قرابة الأم و إن بعدت على الأب نفسه و قرابته مع أنه أشفق على الطفل و أرى لمصالحه من قرابة الأم، ذلك أنه ينسب إليه وولائه إليه، وبالتالي فهو أولى به ».

و عليه إذا أسندت الحضانة للأب فعليه أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته خاصة إذا كان رضيعا.

و حسنا فعل المشرع في تقديمه للأب على سائر النسوة بعد الأم، و ذلك لكونه أولى بتربية أولاده و الأجدر برعاية مصالحهم.

ثالثا: الجدة لأم:

و لاعتبارها أكثر رافة و شفقة فقد فضلت جهة الأم على جهة الأب، فقط يشترط في الجدة لأم ألا تكون مقيمة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، و هذا بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرناها سابقا.

1- حداد عيسى، مرجع سابق، ص 188.

رابعاً: الجدة لأب:

و لقد جاء ترتيبها مباشرة بعد الجدة لأم، و لقد تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الحنبلي و الشافعي اللذان يقدمان الأب على أمه، و هذا خلاف للمذهبين المالكي و الحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب.

خامساً: الخالة و بعدها العمة:

الخالة سواء كانت شقيقة أو لأم أو لأب تأتي مرتبتها بعد مرتبة الأم و تليها العمة، و يشترط فيهن أن تتوفر لديهن نفس الشروط التي تتوفر في الحاضنة.

و ما نستخلصه أن المشرع الجزائري وضع مبدأ التداول في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، تارة من جهة الأم وتارة أخرى من جهة الأب مع منح الأولوية لجهة الأم.

و ما نلاحظه عند الرجوع إلى نص المادة 64 المعدلة بموجب الأمر 05 - 02 نجدها قد حددت لنا مستحقي الحضانة بالترتيب لكن لم توضح لنا المقصود بالأقربون درجة⁽¹⁾.

لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وجدنا اختلاف كبير بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حق الحضانة، و منهم من ينفي حضانتهم و منهم من يقدم الأشقاء أولاً ثم الإخوة لأم ثم الإخوة لأب، و منهم من يقدم الإخوة لأب على الإخوة لأم؛ فهذا ما يجعل مهمة القاضي جد صعبة في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة و بذلك على القاضي عند نظره لهذه المسألة أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

1- بوغرامة صالح، مرجع سابق، ص 79.

و في الأخير تجدر الإشارة و كما سبق تبيانه أن الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة جاء ترتيبا إلزاميا يقتضي إتباعه في كل الحالات، لكن على القاضي دائما مراعاة مصلحة المحضون في المقام الأول⁽¹⁾.

هذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/02/18 و الذي جاء فيه أنه: « من المستقر عليه قضاء أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، اعتمادا على تقدير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطاتهم التقديرية فقد طبقوا القانون»⁽²⁾.

الفرع الثاني

حكم حضانة المرأة العاملة

كان عمل المرأة محل خلاف في مسألة إسناد الحضانة من عدم إسنادها لها، و هذا الخلاف مصدره غياب النص التشريعي الذي يفصل في هذه الحالة، و كان عمل المرأة لا يطرح إشكالا في المجتمع الجزائري في السنوات الأولى لاسترجاع السيادة الوطنية، لأن هذا المشكل لم يطرح بشدة وإن كان دخول المرأة عالم الشغل مقتصرًا فقط على القطاعات التي لا تكون سببا في بعدها عن محضونها مثل التعليم و الطب...الخ.

ولكن مع تطور المجتمع و التقدم العلمي، أصبحت المرأة تدرس في كل التخصصات إلى جانب الرجل و اقتحمت عالم الشغل في كل المجالات جنبا إلى جنب مع الرجل، و من هنا ظهر عمل المرأة كمشكل لمنع إسناد الحضانة إليها، لأن الحضانة تكون للطفل منذ ولادته و لا نعرف أي وقت يقع الانفصال فيه بين المرأة و الرجل، و نحن نعلم أن المحضون يحتاج إلى أمه بدرجات متفاوتة حسب عمره أو سنه.

ولهذا كان عمل المرأة سببا في منع الأم من الحضانة، و خاصة عند غياب النص لمعالجة هذه النقطة و أضحي محل نزاع في مسألة الحضانة.

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 09 - 10.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 166.

فهل عمل المرأة يعد سببا مانعا للحضانة أم لا ؟، و هذا ما جعل المحكمة العليا تصدر كثيرا من القرارات في هذه المسألة، جميعها يصب في سياق أن عمل المرأة لا يعد سببا لعدم أحقية الأم في الحضانة⁽¹⁾.

و من بين هذه القرارات قرار المحكمة العليا الصادر في 2000/07/18 و الذي جاء فيه أنه: « من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة، أخطئوا في تطبيق القانون، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽²⁾.

و لعل هذا ما دفع بالمشروع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة إلى النص على أن عمل المرأة لا يعد سببا كافيا لسقوط الحضانة ، و هذا من خلال نص المادة 67 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون »⁽³⁾.

و معنى هذا أن عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة، و قد يكون العكس لأن المشروع أعطى السلطة التقديرية للقاضي.

و بالتالي فإذا كانت المرأة تقوم بعمل خارج البيت كامل اليوم، قد يسقط حقها في الحضانة إذا ثبت فعلا تقصيرها في القيام بواجبات الحضانة اتجاه المحضون، لأن غيابها طوال اليوم يعرض المحضون للضياع و هذا مرتبط بسن المحضون، و بمنح القاضي هذه السلطة يكون المشروع قد وضع حدا لهذه المسألة لأن المؤهل الوحيد للفصل هو القاضي.

1- حداد عيسى، مرجع سابق، ص 189.

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

3- قانون رقم 84-11 المعدل و المتمم، مرجع سابق.

المبحث الثاني

آثار الحضانة

إن انحلال عقد الزواج من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو لغيرها، ممن هو أحق بها قانوناً و شرعاً، و لعلها تكون الأم مبدئياً لكونها الأنسب و الأجدر بها ، و ينتج عن ذلك آثار تتطلب ممارسة الحضانة و مراعاة مصلحة المحضون، لينشأ سليماً و يتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون.

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفتها المحضون، و زيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه يفترض ابتعاده عن أحدهما، لذلك اقتضى القانون و الشرع أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة و ذلك خلال مدة الحضانة.

و لتوضيح ذلك أكثر قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، بحيث تطرقنا في المطلب الأول إلى مسكن الحضانة، و المطلب الثاني إلى حق زيارة المحضون و خصصنا المطلب الثالث لانتهاء مدة الحضانة.

المطلب الأول مسكن الحضانة

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي و الوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشاكل حول توفير مسكن لممارسة الحضانة، و الأمر زاد تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة و أولادها.

و أمام هذا الوضع تعددت المنازعات التي تمثل صراعا بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية على السكن، فلا يحق للحاضنة أن تشترط مسكنا لممارسة الحضانة أحسن من الذي عاشت فيه مع زوجها قبل الطلاق، كما أنه لا يحق للزوج أن يقدم لها مسكن لممارسة الحضانة و الذي لا تتوفر فيه أدنى شروط الحياة، بل لا بد من أن يكون لائقا بها مع محضونها⁽¹⁾، و سنرى فيما يلي كل من موقف الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة.

الفرع الأول موقف الشريعة الإسلامية من مسكن الحضانة

سبق القول بأن المشرع الجزائري ينهل من الشريعة الإسلامية في معظم نصوص قانون الأسرة، بل قنن أحاديث نبوية و جعلها صلب نصوصه، لهذا يقتضي منا البحث في الشريعة الإسلامية عن مدى أحقية الحاضنة في السكن.

و كما هو معروف أن أي امرأة تسند لها حضانة الصغير سواء كانت أما أو أي امرأة أخرى من قريباته، تكون بحاجة إلى بيت تمارس فيه واجب الرعاية، و سنرى ذلك من خلال الرجوع إلى مختلف المذاهب الفقهية.

1- حداد عيسى، مرجع سابق، ص 190.

بحيث يرى المالكية أن السكن على الأب للمحضون و الحاضنة ولا اجتهاد فيه، و رأى مالك أن أجره المسكن على الموسر من الأب و الحاضن، و هذا معناه أن الحاضنة أيسرت دون الأب لم يكن على الأب السكن ، وإذا أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء من أجره السكن⁽¹⁾.

كما جاء عند الحنفية أنه على الأب سكن الحاضنة و المحضون، لكن اختلف فقهاء الحنفية فيما يخص أجره المسكن، و تبين من استقرار النصوص عندهم على وجوب دفع أجره المسكن و لو كانت الحاضنة تملك مسكن آخر تسكنه فعلا هي و المحضون ما دام المسكن من النفقات الواجبة للولد، و قال بعضهم: « النفقة و السكن توأمان لا تنفك إحداهما عن الأخرى » .

و هذا يعني وجوب دفع أجره سكن الحاضنة و هي مقررة على من تجب عليه النفقة، و مع ذلك فهناك من الفقهاء الحنفية من يرون عدم لزوم أجره المسكن⁽²⁾.

الفرع الثاني

موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة

بعد تعديل قانون الأسرة وضع المشرع نصا خاصا جاعلا حدا لكل اجتهاد أو تفسير، حيث نص صراحة في نص المادة 72 المعدلة و المتممة بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن»⁽³⁾.

1- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا و فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 252.

2- بن قوية سامية، مرجع سابق، ص 147 - 148.

3- قانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

و معنى ذلك أن الأب أصبح ملزماً بتوفير السكن للحاضنة و بمجرد التفكير في الطلاق عليه التفكير في سكن الحاضنة⁽¹⁾.

و المشرع أعطى حلاً آخر في حالة تعذر توفير المسكن، و هو إمكانية دفع بدل الإيجار، لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أننا نرى في الواقع بأن مسألة بدل الإيجار كثيراً ما لا تخدم المرأة الحاضنة، فالقاضي يحكم للأب بدفع مبلغ إيجار زهيد مقارنة مع الأسعار الحقيقية للإيجار، لذا يتعين على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الواقع المعاش و لا يخفي على أحد غلاء مقابل الإيجار في وقتنا الحالي.

و ما نلاحظه أيضاً على الفقرة الثانية من هذه المادة أنه كان على المشرع ألا ينص على أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية و ذلك لأنها لا تحل له بعد الطلاق.

كما يتعين على القاضي أن يحكم بحق آخر و هو حق زيارة المحضون و هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حق زيارة المحضون

بعد فك الرابطة الزوجية يبقى الابن عند أحد الوالدين أو غيرهما، مما يجعله يشترك إلى أحدهما أو كليهما معاً إذا كان الحاضن شخصاً آخر غير والديه، لذا يجب الحكم لأحدهما أو لكليهما بحق زيارة المحضون عند أي شخص يكون حتى لا يؤثر طلاق والديه عليه⁽²⁾، و هذا ما تحدث عنه فقهاء الشريعة الإسلامية كما نص عليه المشرع الجزائري و هذا ما سيأتي بيانه.

1- حداد عيسى، مرجع سابق، ص 194.

2- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 887.

الفرع الأول

حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية

لا خلاف بين العلماء في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده و زيارته إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، و كما أن للأم حق رؤية ولدها و زيارته إذا كان بيد أبيه أو من يقوم مقامه من العصابة لما في ذلك من الصلة و المودة.

و لأن الطفل يجب أن يربى على دين أبيه، فلا بد من أن يقوم الأب بزيارته حتى يقوم بتأديبه و تعليمه⁽¹⁾.

و يرى المالكية أن لكل من الأم و الأب حق رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيراً، أما إذا كان كبيراً فلها رؤيته كل أسبوع مرة، و نفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ سن التعليم، أما بعد بلوغه هذه السن فله حق الرؤية و الإطلاع عليه من حين لآخر ليتولى تأديبه و تعليمه، كما يرون أن أجره النقل على طالب الزيارة، و إن كانت الأم متزوجة و طلبت من والد المحضون أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعلها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته.

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز و اختياره العيش مع أحد والديه، أما فيما يخص ميعاد الزيارة فيرون أنها تكون مرة كل يومين فأكثر، لا كل يوم إلا في حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله و منزلها قريبة.

أما بالنسبة للأحناف فيرون أن للأب الحق في رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات، و على الأب أن يزور ابنه كل يوم، أما إذا كان الحاضن هو الأم فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوع، أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع.

1- بوغرة صالح، مرجع سابق، ص 85.

أما الحنابلة فقد رأوا أن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهاراً مع أبيه أو مع أمه، أما إذا كان المحضون بنتاً وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها، فلأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب (1).

الفرع الثاني

حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

إن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري نصت بعد ترتيب مستحقي الحضانة على: « و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة » (2).

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن هذه المسألة في الأساس الأصل فيها أن تكون رضائية، ذلك أن الهدف هو مد أواصل المحبة بين الآباء والأبناء و عدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون.

و هذا يعني أنه يتوجب على القاضي عند إسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائياً للأب بحق زيارة المحضون لمرات معينة و في أوقات و أماكن محددة، و إذا حكم بإسناد الحضانة إلى الأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة و في أوقات و أماكن محددة، و في نفس الحكم (3).

و حسب ما رآه الأستاذ عبد العزيز سعد في هذه المسألة، أن القانون أوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتماً لأحد الوالدين أو لهما معا بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك، والقانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

1- بن قوية سامية، مرجع سابق، ص ص 154 - 155.

2- قانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

3- بن قوية سامية، مرجع سابق، ص 155.

و كان على المشرع أيضا عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، و أن يحدد الحالات التي يمكن فيها سقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن، لأن المقصود بالزيارة هو رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الخلقية، في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

كما أن حق الزيارة كما نفهمه من نص القانون لا يمنح بالضرورة أي حق للمحكوم له بنقل المحضون من مسكن حاضنته و التجول به من حي إلى حي، أو من مدينة إلى مدينة، طيلة اليوم كله أو طيلة أيام العطل المدرسية أو الوطنية أو الدينية إلا برضاء الحاضن⁽¹⁾، و إلا فإنه سيعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات و المتعلقة بتحويل المحضون و إبعاده عن مكان حضنته⁽²⁾.

هذا و نلاحظ أن المحكوم له بالحضانة سواء كان أباً أو أما أو غيرهما، سيكون مسؤولاً مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه هذا المحضون بالغير مدة وجوده لديه، و هذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 134 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار »⁽³⁾.

1- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 297.

2- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج.ر عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

3- قانون رقم 75-58، مرجع سابق.

المطلب الثالث

انتهاء مدة الحضانة

كل قضية لها بداية و نهاية و من بينها الحضانة، و التي إذا كانت في بداية الأمر من حق الأم إذا طلبتها و إلزام الأب شرعا و قانونا بتحمل المسؤولية من نفقة و تهيئة و سكن يأوي الأبناء و الحاضنة حسب ظروف الحال، فقد نجدها تنتهي بانتهاء مدة معينة، و بما أن قانون الأسرة ينهل من منابع الشريعة الإسلامية، فعلى أن نبين انتهاء الحضانة من الناحية الشرعية و القانونية.

الفرع الأول

انتهاء مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية

تبدأ هذه السن بمجرد الولادة كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان، ولكن انتهاء هذه السن هو محل خلاف بين الفقهاء، و القاعدة العامة في هذا الشأن أن انتهاء سن الحضانة مرتبط بمدى استغناء الصغير عن خدمة الحاضنة.

و قد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن حضانة الفتى تنتهي ببلوغه سن السابعة، و حضانة الفتاة تنتهي ببلوغها سن التاسعة و هو قول أبو حنيفة⁽¹⁾.

أما عند المالكية فتنتهي بالنسبة للصغير متى بلغ، و بالنسبة للبنات متى تزوجت و دخل بها⁽²⁾.

كما يرى المذهب الشافعي أن المحضون تنتهي حضانتهم ببلوغه سن التمييز، و سن التمييز سبع أو ثمان سنوات، و إذا انتهت حضانتهم فإنه يختار بين أبويه فأيهما اختار ضم إليه⁽³⁾.

1- حداد عيسى، مرجع سابق، ص 197.

2- رمضان علي السيد الشرنباوي، مرجع سابق، ص 184.

3- إسماعيل أبا بكر البامرني، مرجع سابق، ص 449.

الفرع الثاني

انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عند الاطلاع على المادة 65 من قانون الأسرة نجدها نصت على أنه: « تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون »⁽¹⁾.

و عند تحليل هذه المادة نجدها تتضمن قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق بانقضاء مدة الحضانة و انتهائها بحكم القانون، و ثانيهما تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم المحكمة.

و بالنسبة إلى القاعدة الأولى المتعلقة بانقضاء الحضانة بحكم القانون، نلاحظ أن المدة التي يمكن أن يتخاصم خلالها الحاضنون على حق حضانة الطفل الصغير هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره، و المدة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج، و هي السن المحددة في المادة السابعة من قانون الأسرة⁽²⁾ السالف ذكره بتسعة عشر (19) سنة من عمرها، و معنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة و تبلغ الفتاة سن التاسعة عشر من عمرها، لم يعد للأب ولا للأم حق التنازع على حضانة أي واحد منهما، بل و لم يعد يحق لأي واحد من الوالدين أن يلجأ إلى المحكمة، و يطلب منها القضاء له بحق حضانة من هو في عمر مثل هذا الفتى أو من هي في عمر مثل هذه الفتاة، و ذلك لأن كل واحد من الفتى و الفتاة في مثل هذه السن لم يعد يحتاج إلى من يحضنه كطفل صغير، و إنما يبقى فقط يحتاج إلى من يرعاه و يهتم بمستقبله من حيث الإنفاق عليه و تربيته و تعليمه و توجيهه نحو الطريق المستقيم.

1- قانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

2- المادة 01/07 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: « تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ».

أما بالنسبة إلى القاعدة الثانية المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة بناء على طلب الحاضن، فإنه يستثنى من هذه القاعدة أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من 10 سنوات إلى 16 سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة، و طلب الحاضن من المحكمة تمديد لها، و ذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها، و بشرط ألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون، و معنى هذا الكلام بعبارة أكثر وضوحاً، هو أنه إذا كانت المحكمة قد حكمت لأم الطفل بحق الحضانة و عمره مثلاً خمس سنوات ثم بلغ العاشرة من عمره، و انتهت المدة القانونية لحضانتها له، فإن من حقها أن تطلب من المحكمة تمديد مدة الحضانة و إبقاءه عندها إلى أن يبلغ السادسة عشر (16) من عمره و تتمكن من إيصاله إلى ساحل النجاة، و إلى محطة الاعتماد على النفس مع مراقبة بسيطة من الأب أو الأم، أما بشأن الحاضنين من غير الأم فلا يجوز لهم طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة، كما لا يجوز لا للأم و لا لغيرها طلب تمديد أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقاً لأن حضانتها تنتهي عند سن الزواج.

هذا و إذا كان قانون الأسرة قد أغفل أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، فإن اجتهادات الفقهاء المسلمين التي يمكن أن نرجع إليها في مثل هذه الحال قد جاءت مختلفة بين من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع، و ليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى الأم، و بين من يقول بأن المحضون مخير و له الحق في أن يلجأ إلى أي الوالدين يستأنس إليه.

و لكن مهما يكن فإننا نعتقد أنه من حق كل واحد من الفتى أو الفتاة بعد نهاية مدة الحضانة، أن يختار الإقامة في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه و يشعر بأن مصلحته في جانبه⁽¹⁾.

و ما يمكن أن نستخلصه من هذا الفصل أن الحضانة هي تربية الطفل و العناية به و حمايته من الانحراف، و بالتالي يجب أن تمنح الحضانة لمن توافرت فيه الشروط التي

1- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص 298 - 299.

ذكرناها سابقا مع مراعاة مصلحة المحضون، كما يجب توفير سكن لينمو فيه مع حاضنه، و على القاضي أن يحكم بحق الزيارة للطرف الذي لم يسند له حق الحضانة.

لكن نجد أن إسناد الحضانة لأحد الطرفين، يجعل الطرف الآخر يرفع دعاوى عديدة من أجل الحصول على حق الحضانة، و هذا ما يؤدي إلى ظهور مشاكل خاصة أمام القاضي الذي يكون دائما ملزما بإصدار أحكام في القضايا التي تعرض عليه، و هذا ما سنقوم بدراسته في الفصل الثاني من خلال الدعاوى و الإشكالات المتعلقة بالحضانة.

الفصل الثاني

دعاوى الحضانة وإشكالاتها

يطرح إسناد الحضانة لطرف دون الآخر، مشاكل عديدة في الميدان، لاسيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، وتعدد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب من مهمة القاضي، و كثيرا ما لا يحترم الأطراف الأحكام التي يصدرها هذا الأخير، و ذلك بسبب رغبة كل واحد من الوالدين بالحصول على حضانة الأطفال بعد الطلاق، هذا ما يؤدي بهما إلى رفع دعاوى أمام المحاكم إما مدنية أو جزائية للحصول على حضانة الأولاد.

إلا أن ما يجدر ذكره هو أنه في الغالب سواء في التشريع أو في الأحكام الصادرة بمناسبة هذه الدعاوى لابد من مراعاة مصلحة المحضون و حمايته.

و هذه القاعدة تعتبر من أبرز الإشكالات التي تطرح أمام القاضي، إذ أن لكل طفل حالته الخاصة به التي تختلف عن الأطفال الآخرين، لذا عليه أن يأخذ كل طفل حسب ظروفه ويراعي مصلحته.

كما نجد أيضا من الإشكالات الكبيرة التي تقع هي إشكالية الزواج المختلط الذي يقع بين الجزائريين والأجانب، ففي حالة الطلاق يحدث أن يحكم القاضي بالحضانة للأم الأجنبية أو الأب الأجنبي، و هذا ما لا يقبله في الغالب الأب الجزائري أو الأم الجزائرية مما يعقد من هذه الإشكالية.

إضافة إلى هذه نجد إشكالية أخرى و هي إشكالية الانتقال بالمحضون، وهذه هي النقاط التي سنتناولها في المبحث الثاني من هذا الفصل، بعد التطرق إلى أبرز الدعاوى المتعلقة بالحضانة في المبحث الأول.

المبحث الأول دعاوى الحضانة

تختلف هذه الدعاوى باختلاف سببها، فهناك من يرفع دعوى ليسقط الحضانة عن صاحبها إذا رأى أن هناك شرط من شروط الحضانة قد إختل فيه، كالأم التي أسندت لها الحضانة ثم تقوم بالزواج مرة ثانية بأجنبي عن المحضون، فهنا الأم قد أخلت بأحد شروط الحضانة التي تلزمها على عدم الزواج بشخص غير قريب للمحضون، و بالتالي يمكن للأب أو من له الحق في حضانة الأطفال أن يرفع دعوى مدنية يطالب فيها إسقاط الحضانة عن الأم.

إلا أنه إذا زال سبب سقوط الحضانة يمكن رفع دعوى أخرى يطلب فيها صاحبها بعودة الحضانة إليه من جديد كأن تتطلق الأم من الرجل الأجنبي الذي تزوجت به، فهنا لها أن ترجع حضانة ابنها بدعوى عودة الحضانة، كما نجد دعوى أخرى تتعلق بتمديد الحضانة وذلك بالنسبة للذكر.

و زيادة عن ذلك و لحماية مصلحة المحضون فقد نجد دعاوى من نوع آخر يمكن رفعها وهي الدعاوى الجزائية، و ذلك في حالة عدم تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة من طرف أحد الوالدين، منها دعوى عدم تسليم الطفل إلى من وكلت إليه حضائته.

كما نجد دعوى عدم تنفيذ حكم الزيارة، كأن تقوم الأم الحاضنة بإخفاء الولد المحضون عن والده كلما جاء لزيارته، أو إبعاده عن المنزل حتى لا يتمكن الأب من زيارته.

و عليه سنتناول في هذا المبحث الدعاوى المدنية في المطلب الأول، و الدعاوى الجزائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الدعوى المدنية

كلما اختلفت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى رفع دعوى يطلب فيها إسقاط الحضانة، لأن سقوطها لا يكون أمراً تلقائياً بل لابد فيه من حكم قضائي، إلا أنه إذا زال سبب السقوط يمكن رفع دعوى أخرى يطلب فيها المعني عودة الحضانة إليه، كما يحق للأم الحاضنة رفع دعوى أخرى لطلب تمديد حضانة ابنها إذا كان ذكراً⁽¹⁾، هذا ما سنعالجه في الفروع التالية.

الفرع الأول

دعوى إسقاط الحضانة

حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، فإن الحضانة هي رعاية الولد على الوجه المطلوب، إلا أننا نجد بأن هذه الحضانة ليست دائمة بحيث تنتهي بانتهاء مدة معينة أو تسقط لأسباب محددة في القانون⁽²⁾.

و بالتالي فحق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه، وإنما هو أداة أوجبها القانون فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، أما إن أخل بالتزام من التزاماته أو افتقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عنه⁽³⁾.

و انطلاقاً من ذلك نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه و التي تتمثل في

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 89.

2- بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص ص 260-261.

3- سعد فضيل، مرجع سابق، ص 378.

أولاً: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

يعتبر الزواج بغير قريب محرم من أسباب سقوط الحضانة و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 1/66 من قانون الأسرة الجزائري: « يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم »، وبالتالي فبمجرد أن تتزوج الحاضنة مرة أخرى يسقط حقها في الحضانة و يمنح لغيرها، و ذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد⁽¹⁾.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن المشرع الجزائري في رأينا قد أغفل التحدث عن سقوط الحضانة عن الأب إذا تزوج مرة ثانية بامرأة أجنبية عن المحضون، كما فعل لما نص على سقوط الحضانة عن الأم إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، على أساس أن ذلك الرجل الذي تتزوج به الأم لن يكون رحيماً بالطفل المحضون و لن يراعي مصالحه، كما نجد بأن تلك المرأة الأجنبية التي يتزوجها الأب لن تكون أرحم من أمه الحقيقية، التي حتى و إن تزوجت بأجنبي تبقى تحمي ولدها و ترعاه، و تقدم له الحنان و العطف و ذلك عكس زوجة الأب التي ما أن يكون لها أولاد حتى تقوم بالتفرقة بين أولادها و ذلك الطفل المحضون، وهو ما نراه في حياتنا اليومية إذ أن الكثير من الأطفال الذين يعيشون مع زوجات آبائهم يعانون من سوء المعاملة و الضرب خاصة عندما يكون الأب غائبا عن البيت.

كما أن إسقاط الحضانة عن الأم إذا تزوجت بأجنبي و إبقاءها للأب يعتبر إجحاف من المشرع، فكما أن الأب له الحق في أن يتزوج من يشاء، فإن الأم أيضا لا يجب إرغامها على الزواج بقريب محرم للمحضون حتى تحتفظ بحضانة أولادها.

و بالتالي فعلى المشرع الجزائري أن يقوم بمراجعة هذه المسألة و يضع نص يسقط الحضانة عن الأب في حالة تزوجه مرة ثانية بغير قريبة للمحضون و أن يقوم بإسناد الحضانة في هذه الحالة إلى الجدة التي هي أولى بها من غيرها.

1- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 300.

ثانياً: التنازل عن الحق في الحضانة:

نصت على هذه الحالة أيضا المادة 2/66 من قانون الأسرة السالف الذكر : «و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون »، بحيث يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع للأب فهنا لا يمكن للمحكمة الاستجابة لها.

و بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهو ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن « تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا، و القضاء خلافا لهذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة »⁽¹⁾.

كما جاء في قرار آخر لها مؤرخ في 1988/04/21 أنه « من المقرر قانونا لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإستاد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا القانون تطبيقا صحيحا »⁽²⁾.

و حسب رأي الأستاذ عبد العزيز سعد، فإنه لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون⁽³⁾.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/02/07، ملف رقم 44858، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 04، ص 50.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 175.

3- سعد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 295.

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة إذا لم يطالب بها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة دون عذر:

نصت عليها المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري: « إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها »، و مفادها أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر ذلك لأنها تعتبر تنازلا ضمنيا منه.

فإذا وقع طلاق بين الزوجين و بقي الأولاد عند والدهم دون أن تطالب أمهم في مدة تزيد عن سنة حضانتهم، فإنه لن يعود من حقها المطالبة بالحضانة أمام المحكمة.

كذلك إذا بلغ المحضون سن العاشرة، يعتبر قد وصل إلى مرحلة تسمح للأب أو غيره طلب إسقاط الحضانة، ما لم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات، فإذا انتهت السنة الحادية عشر، سقط حق الحاضنة بالاحتفاظ بالمحضون و ذلك لعدم مطالبته بتمديد مدة الحضانة⁽¹⁾.

و قد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في اجتهاداتها، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09: « من المقرر شرعا و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط من مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة و من ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية »⁽²⁾.

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 20.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 01، ص 60.

رابعاً: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة لسبب سكنها مع أم المحضون:

نصت على هذه الحالة المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري: « تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم»، وبالتالي فإذا حكمت المحكمة بإسناد الحضانة للجدة أو الخالة، فلا يجب أن تسكن في بيت واحد مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وإلا سقط حقها في الحضانة، و سر ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوافرة متى سكنت وهي متزوجة ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضرة، و هنا تعود الحضانة إلى من يليهم في الترتيب حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، إذا توافرت فيه الشروط و كان ذلك متفقاً مع مصلحة المحضون.

خامساً: سقوط الحق في الحضانة عند اختلال شروطها:

نصت المادة 01/67 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: « تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ».

وبالتالي تسقط الحضانة إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم تعلقت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة كالتربية و الرعاية الصحية و الخلقية... الخ، و لكن يجب على المحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون⁽¹⁾.

و قد أكدت المحكمة العليا أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة، فجاء في قرارها المؤرخ 1984/07/09 أنه: « من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

1- بوغرامة صالح، مرجع سابق، ص ص 94-95.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال قد خالفوا القواعد الفقهية ⁽¹⁾.

سادسا: سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

نصت المادة 69 قانون الأسرة الجزائري على أنه: « 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 » ⁽²⁾.

فهذه الحالة إذن لا تؤدي دائما إلى سقوط الحق في الحضانة، و هذا على خلاف الحالات السابقة، و إنما ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي في إسقاطها أو عدم إسقاطها و ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون عند اتخاذ القرار.

و لقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه : « لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد » ⁽³⁾.

كما نجد أنها اعتبرت في قرار آخر لها أن « الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها إلى الأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذلك حق الزيارة نظرا لبعد المسافة » ⁽⁴⁾.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 76.

2- قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 02، ص 363.

4- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم 273526، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 01، ص 164.

هذا بصفة عامة عن دعوى سقوط الحضانة، الذي يمكن أن يكون أبدي في حالة ما اختاره المحضون، إلا أنه قد لا يكون أبدي، إذ يمكن أن تعود الحضانة إلى من سقطت عنه، إذا كان السقوط إجباريا قد فرضته الظروف.

الفرع الثاني

دعوى عودة الحضانة

تنص المادة 71 من قانون الأسرة السالف الذكر على أنه: « يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري »⁽¹⁾.

بحيث إذا كان الشخص يتمتع بحق الحضانة ثم سلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه، أو غير قادر على رعايته و ضمان حمايته و العناية بصحته و خلقه و تعليمه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب منه حق الحضانة من أجله⁽²⁾.

وعليه فإذا كان حق الأم في حضانة و لديها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها و لم تتزوج بعده، كما لو كانت أيضا الحاضنة الخالة أو الجدة لأم و سقط حقها في الحضانة بسبب سكنها بالمحضون مع أمه المتزوجة بأجنبي عنه، ثم سقط عنها هذا الحق بموجب حكم من المحكمة فإن حقها في الحضانة سيعود إليها إذا تمكنت من السكن في مسكن مستقل عن مسكن أم المحضون.

لكن لا يمكن لمن تنازل اختياريًا و طوعية عن الحضانة أو لم يطالب بها خلال سنة و ذلك بدون عذر أن يعود إليه الحق في الحضانة، و بالتالي لا يجوز لأي أحد في أي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد إليه حقه في الحضانة إذا قرر التراجع

1- قانون رقم 84-11، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للطباعة و النشر والتوزيع، المغرب، 2010، ص 274.

عن التنازل أو قرر مطالبتها بعد منحها لغيره، ومع ذلك فمهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا يكون إلا بموجب حكم من المحكمة⁽¹⁾.

الفرع الثالث

دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج، وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار مع أي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري : « تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ».

إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل، حيث أضافت « و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ».

وبالتالي يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن « لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة »⁽³⁾.

فشروط التمديد إذا تتمثل في:

- 1- يجب أن يكون للأم
- 2- يجب أن تكون الأم غير متزوجة
- 3- صدور حكم قضائي.

1- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص 303-304.

2- تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 144.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم 123889، نشرة القضاة، عدد 52، ص 111.

و بالإضافة إلى الدعاوى المدنية التي ذكرناها نجد دعاوى جنائية كرسها القانون من أجل حماية مصلحة المحضون و هي التي سنتطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني الدعاوى الجزائية

نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم و التي تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و التي اشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على تنفيذها، و هي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون⁽¹⁾.

و منه سنتناول هذا الموضوع بالتطرق إلى جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته إذا صدر حكم يقضي بذلك، فنجد قانون العقوبات لردع هذا التصرف قام بالنص على عقوبتي الحبس والغرامة المالية لكل من لا يقوم بتسليم قاصر إلى حاضنته و ذلك في المادة 328 من قانون العقوبات، كما نجد أنه هناك من لا يقوم بتنفيذ حكم الزيارة إذا تحصل على حضانة الأطفال لذلك نجد أن هناك متابعات جزائية لمن يقوم بهذه الجريمة، هذا ما سنفصله في الفرعين التاليين.

1- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 124.

الفرع الأول

دعوى عدم تسليم الطفل

و هي الصورة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 328 من قانون العقوبات والتي تنص على: « يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، و بغرامة من 20 000 إلى 100 000 دج، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانتته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل و بحكم نهائي إلى من له الحق بالمطالبة به.

وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانتته أو الأماكن التي وضعه فيها أو أبعدته عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني»⁽¹⁾.

وبالتالي تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و معنوي.

أولاً: الشروط الأولية لقيام الجريمة:

1- القاصر: يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر، و الأصل كما يتبين ذلك من القانون المدني أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد و المتمثلة في 19 سنة⁽²⁾.

ولكن مادام الأمر يتعلق بالحضانة، فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استناداً إلى انقضاء مدة حضانة الذكر ببلوغه 16 سنة كحد أقصى و مدة حضانة الفتاة ببلوغها سن الزواج و الذي هو 19 سنة.

1- أمر رقم 66-156، مرجع سابق

2- تنص المادة 40 من ق.م: «...و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».

2- حكم قضائي : و هذا الحكم قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا، كما هو الشأن بالنسبة إلى الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة في حالة عدم شمول الحكم القضائي بالنفاذ المعجل و عدم صدور حكم نهائي فيه.

ثانيا: الركن المادي للجريمة:

أوضحت المادة 328 من قانون العقوبات أن هذه الجريمة تقوم حتى و لو وقعت بغير تحايل و لا عنف و يأخذ الركن المادي للجريمة أربعة أشكال هي:

- 1- امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي.
- 2- إبعاد القاصر، و يتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فيستغل فرصة وجود القاصر معه لأخذه و احتجازه.
- 3- خطف القاصر، و يتمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيه.
- 4- حمل الغير على خطف القاصر و إبعاده.

ثالثا: الركن المعنوي:

بالإضافة إلى الركن المادي يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضي توفر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نية معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدة إشكالات فكثيرا ما يتمسك من يمتنع تسليم طفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه.⁽¹⁾

1- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 171-173.

ونجد المادة 329 مكرر من قانون العقوبات تنص على أنه: « لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناءً على شكوى الضحية، و إن صفح الضحية يضع حداً للمتابعة الجزائية »⁽¹⁾.

يبدو من النص أن المشرع الجزائري قد قيد هذه الجريمة بشكوى، و باعتبار أن جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه أصبحت جريمة مقيدة بشكوى، فإن النيابة العامة لا يمكن لها أن تتصرف من تلقاء نفسها إذا وصل إلى علمها خبر وقوع الجريمة، بل عليها أن تنتظر أن يتقدم الضحية بشكوى أمامها أو أمام الضبطية القضائية أو أمام قاضي التحقيق، لأن هذه الجريمة تمس بنظام الأسرة وبالتالي لا يجوز لأحد غير أفراد العائلة أن يحركها حتى ولو كانت النيابة العامة.

و بمجرد أن يتقدم المجني عليه بشكوى فإن النيابة العامة تسترد حريتها في المتابعة، و تملك حفظ الدعوى إذا رأت أن أركان الجريمة غير متوفرة.

و يمكن للمجني عليه أن يسحب شكواه متى تراءى له ذلك حفاظاً على الروابط الأسرية و مصلحة المحضون، وإذا تم صفح الضحية عند سير النيابة العامة في الدعوى، فعلى هذه الأخيرة أن تأمر بحفظ الملف، وإذا كان الملف مطروح على مستوى قاضي التحقيق فيصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كان الملف أمام قاضي الحكم فيصدر حكم بانقضاء الدعوى العمومية.

إلا أن الصفح الصادر من المجني عليه يمنعه من إعادة رفع الدعوى على نفس الموضوع حتى لا يتم التلاعب بأحكام القضاء.

غير أنه و إذا قام المتهم من جديد برفضه تسليم المحضون أو أبعده أو خطفه فيكون مرتكباً للجريمة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، ويحق للمجني عليه من جديد تقديم شكوى أخرى على الوقائع الجديدة⁽²⁾.

1- أمر رقم 66-156، مرجع سابق.

2- خلفي عبد الرحمان، "الجرائم الماسة بأحكام الحضانة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2008، ص ص 196-198.

الفرع الثاني

دعوى عدم تنفيذ حكم الزيارة

حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر.

و كذلك من خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيين، نلاحظ أن المادة 07 من الاتفاقية جاء فيها أن: « الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي، و يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر مباشرة المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة »⁽¹⁾.

و منه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان و المكان التي حددها الحكم التام، فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة، المنصوص و المعاقب عليها بموجب المادة 328 من قانون العقوبات.

كما نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر و هي جريمة عدم تسديد النفقة التي تعاقب عليها المادة 331 من قانون العقوبات: « يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة من 50000 إلى 300000 دينار، كل من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل النفقة المقررة

1- مرسوم رقم 144/88 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 26 يوليو سنة 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988، ج.ر عدد 30 مؤرخة في 27 يوليو سنة 1988.

عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم»⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع فعلا وضع أحكاما للحضانة، و بموجب الأمر 02-05 حذف و عدل و أضاف أحكاما أخرى، و ذلك من أجل حماية أفضل للمحضون، إلا أنه بالرغم من ذلك عند الممارسة القضائية اتضح أنه لا يزال فيه ثغرات قانونية أخرى تحول دون ذلك⁽²⁾.

فموضوع الحضانة لا يخلو من المشاكل العملية، و يمكن إرجاع هذه المشاكل إلى التطور السريع الذي شهدته الحياة البشرية في الآونة الأخيرة. وهذا ما أدى بالضرورة إلى ظهور جملة من المشاكل و يمكن حصر أهم الإشكالات التي تصادف القضاة في، إشكالية مراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي و كيفية تقديرها، فكل قاضي عند النطق بحكم الحضانة لأحد الأطراف لابد أن يراعي فيه مصلحة المحضون قبل كل شيء، وكذلك إشكالية الزواج المختلط، إذ أن في الغالب عند النطق بالحضانة لزوج أجنبي دون الجزائري تحصل مشاكل كرفض الأب الجزائري انتقال الأم الأجنبية بالمحضون إلى الخارج، كما نجد إشكالية الانتقال بالمحضون من بلده إلى بلد آخر .

و مهما تكن الإشكالات التي تعترض سبيل القضاة، فإنه عليهم دائما إصدار أحكام وإلا عد ذلك انكارا للعدالة، وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند إسناد أو إسقاط الحضانة مصلحة المحضون، هذا ما سنعالجه في المطلب الأول، على أن نرى في المطلب الثاني إشكالية الزواج المختلط وتأثيره على الحضانة، وفي المطلب الثالث سنرى إشكالية الانتقال بالمحضون.

1- أمر رقم 66-156، مرجع سابق.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 34.

المطلب الأول

إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل و التكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع قواعد و التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل و رعاية مصالحه، و أهم قاعدة وضعتها التشريعات الحديثة هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، و لقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية⁽¹⁾.

و عليه سنحاول في هذا المطلب تحديد المقصود من هذه القاعدة مع تبيان مدى سلطة القاضي في تقديرها.

الفرع الأول

المقصود بمبدأ مراعاة مصلحة المحضون

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة، فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة و كان ساري العمل بها في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و تبعه الصحابة رضي الله عنهم⁽²⁾.

و المشرع الجزائري أخذ أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222⁽³⁾ منه، تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 39.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 37.

3- تنص المادة 222 من ق أعلى « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

ما، و هذا دون التقيد بمذهب معين، و ما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون لكنه لم يضع لها تعريفا عاما⁽¹⁾.

على الرغم من عدم وجود تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون إلا أن هناك مميزات و خصائص تنفرد بها هذه القاعدة يمكن إبرازها فيما يأتي:

- إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية و شخصية: بمعنى تتعلق بكل طفل على حدة، و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه و يحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث الولادة لا يصلح بالضرورة لطفل بلغ السادسة من عمره.

- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة بل هي قابلة للتغيير: فما كان يصلح للمحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر⁽²⁾.

و لقد أورد المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02-05 في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني، فربط كل حكم من أحكام الحضانة أو كل قاعدة بشرط مراعاة مصلحة المحضون، إلا أنه في نفس الوقت أخضعها للسلطة التقديرية للقاضي⁽³⁾.

1- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة (قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 76.

2- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص 104.

3- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 38.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

يتضح لنا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، و لكن هذه المسألة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة⁽¹⁾.

أولاً: السلطات الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة، أعطى له القانون سلطات واسعة تتمثل في:

1- التحقيق: للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع، سواء الأب أو الأم و تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له أن يعتمد على نص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و ذلك بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم.

2- الانتقال للمعاينة: هي إحدى السلطات الممنوحة للقاضي طبقاً للمادة 146 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات و ذلك في المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الوسط الذي يعيش فيه المحضون كضيق المسكن أو اتساعه و مدى قرب السكن من المدرسة و بعده.

3- الاستماع إلى أحد أفراد العائلة: للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم، كل هذا من

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 40.

أجل جمع أكبر قدر من المعلومات لتحديد الأمتل لمصلحة المحضون، و هذا عملا بأحكام المادة 03/153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾.

و يمكن الاستماع إلى الأطفال المحضون لكن على سبيل الاستئناس لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف و تحت تأثير الضغط، و هذا قد يؤثر على الاختيار الموفق للقاضي.

كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب⁽²⁾.

و في هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21، نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة و الذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما، و على رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون⁽³⁾.

و أضاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المادة 425 سلطة أخرى للقاضي في إطار التحقيق و ذلك بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة⁽⁴⁾، و على كل المشرع ترك الباب واسعا للقاضي في اتخاذ أية وسيلة تسهل عليه تقدير مصلحة المحضون.

ثانيا: الإشكالات التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي:

إن هدف الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون، و على الرغم من السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، إلا أنه يصعب

1- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 38.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982/10/21، ملف رقم 32594، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 77.

4- قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب و هذا نظرا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته خصوصا في حالة ما إذا لم يتمسك بها أو لم يطلبها أحد ممن له حق الحضانة⁽¹⁾.

1 - في حالة عدم المطالبة بالحضانة:

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة المعدل و المتمم على أن: « القاضي ملزم عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة »⁽²⁾.

لكن الإشكال يثور في حالة ما إذا لم يثر أحد الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة. ما مصير الأبناء بعد ذلك ؟.

هذه النقطة لم يتطرق إليها قانون الأسرة في تعديله الجديد و بالتالي ليس هناك اتجاه موحد بين القضاة في حل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه و متى سكت الزوجان بمناسبة دعوى الطلاق عن إثارة مسألة الحضانة، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لها ، لأنه متى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا يعد مخلا لمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلبه الخصوم.

و هناك فريق آخر يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة و إن كانت حقا فهي أيضا واجب، و المحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه، و بالتالي يجب ترجيح الرأي الثاني، ذلك أن المهم ليس الفصل فقط أو الطلب في حد ذاته و إنما مصلحة المحضون هي الأهم³. و في هذا الشأن فإن الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، قد دعم أكثر سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون عندما جعل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة، فبصفتها طرفا أصليا يمكنها في حالة عدم تطرق الأطراف للحضانة أن تقدم طلبات بذلك لكي يقرر القاضي مصير الأبناء بعد الطلاق⁽⁴⁾.

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 39.

2 - قانون رقم 84-11، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص ص 42-43.

4- تنص المادة 03 من الامر 02-05 على " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"

2- حالة تعدد الأبناء المحضونين:

الإشكال الثاني الذي يعترض القاضي هو حالة تعدد الأبناء المحضونين، هنا نتتعد أيضا مهمته فيجد نفسه أمام واجبين، المحافظة على العلاقة الأخوية و الروابط العائلية من جهة، و مراعاة مصلحة كل محضون لذاته من جهة أخرى.

لقد جاءت المحكمة العليا فصلا في أحد قراراتها بمبدأ عدم تجزئة الحضانة حيث قضت فيه « بإسناد حضانة البنيتين للأب مع إلحاق الإبن الصغير معهم إعمالا بمبدأ عدم تجزئة الحضانة ذلك أن مصلحة هذا الأخير العيش مع أخته وتحت رعاية الأب »⁽¹⁾.

و من الملاحظ من خلال الأحكام و القرارات الصادرة عن المجالس أن القضاة يأخذون بهذا القرار كمبدأ في حالة تعدد الأطفال المحضونين، في حين يعتبر اجتهدا من اجتهدات المحكمة العليا، فهو غير ملزم للقاضي في جميع الحالات و عليه الفصل في الحضانة حسب ظروف الحاضنين و مصلحة المحضون التي يجب أن تكون فوق كل اعتبار، لأن مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار، فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون كذلك لأخيه البالغ من العمر 09 سنوات، لأن مصلحة الرضيع هي مع أمه إلى غاية بلوغه سن الفطام، في حين أخاه قد تكون مصلحته مع أبيه⁽²⁾.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم

274683، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 02، ص 347.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 40، 41.

المطلب الثاني

إشكالية الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط

إن من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية و إذا كان من السهل توحيد موطن الأسرة فإنه من الصعب في بعض الأحيان توحيد جنسيتها، خاصة إذا كان الزواج مختلطاً⁽¹⁾، و الزواج المختلط هي الرابطة الزوجية القائمة بين رجل و امرأة مختلفي الجنسية⁽²⁾.

لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تثور في إطار الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال، لأنه يكون الأطفال هم الضحايا، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالات التي تحصل بسبب هذا الزواج. من أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر « اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر » و المصادق عليها في الجزائر بتاريخ 26 يوليو 1988.

غير أنه قد يكون زواج بين جزائريين و أجانب لا تكون بين دولتهم و بين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الجزائري لذلك نتناول هذه النقطة في الفرعين الآتيين.

1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين - الجزء الأول، الجزائر، د.ت.ن، ص 127.

2- الفاخوري ادريس، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، دار رقرق للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب، 2010، ص 94.

الفرع الأول

إشكالية أبناء الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر

يتوجه أغلب المهاجرين الجزائريين إلى فرنسا و هذا يرجع إلى أسباب تاريخية و ما نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين، إلا أنها كثيرا ما تنتهي بالطلاق، و حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا اتفاقية تتعلق بأطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية، و من بين ما ورد في هذه الاتفاقية ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 06 منها « **يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين و فيما بين حدودها**»⁽¹⁾، و هو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة.

غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، و من بين المشاكل التي قد نصادفها هي إسناد الحضانة إلى الأم من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو، هل يمكن ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، و هذا بتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت الأم كتابية؟.

عند تصفح بنود الاتفاقية لا نجدها تنص على حل، و هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص، أو على عدم المصادقة على الحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

1- مرسوم رقم 88-144، مرجع سابق.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى هذه المراجعة⁽¹⁾، بالرغم من أنها أشارت في المادة 05 من الاتفاقية على أنه: « إذا كانت هناك ظروف إستثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق و قعا لمصلحة هذا الطفل»⁽²⁾.

و بالتالي يمكننا طرح السؤال التالي :

هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، و هذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟، مستندا على أحكام المادة 62 من قانون الأسرة، مع الأخذ بعين الاعتبار ما ناشدت به المواثيق الدولية، و من بينها الإعلان العالمي لحقوق الانسان⁽³⁾.

فإن كانت الإجابة بنعم على التساؤل، فهنا يطرح سؤال جديد، هل يحكم لصالحه؟. و منه، فإشكالية عدم إمكانية المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها، و عليه يمكن القول أن هذه الإشكالية ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية، لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية، أو العكس صحيح إذا تم عرض القضية في فرنسا و هو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها⁽⁴⁾.

و عليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق القانون الدولي الخاص، و هذا ما يعني أنه تم الرجوع إلى حالة عدم وجود اتفاقية و ذلك ما يتم التطرق إليه في الفرع الثاني.

1- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص 64.

2- مرسوم رقم 88-144، مرجع سابق.

3- المادة 03/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10: « للآباء الحق الأول

في اختيار نوع تربية أولادهم ».

4- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الثاني

إشكالية أبناء الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

قد يحدث في حالة الزواج المختلط تنازع بين القوانين حول أي القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي؟، و قد نص على ذلك المشرع الجزائري في المواد من 09 إلى 14 من القانون المدني الجزائري لحل تنازع القوانين من حيث المكان، و قد تطرق في المواد من 10 إلى 16 من نفس القانون إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

و في النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع المقصود بالأحوال الشخصية لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة، و لكن يفهم من مضمون قانون الأسرة أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة و الأهلية و العلاقة بين أفراد الأسرة كالزواج و آثاره و البنوة و إثبات النسب...الخ.

و تعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، و هذا من خلال آثار انحلال الزواج⁽²⁾، و عند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 02/12 القانون المدني التي تنص على أنه: « يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى »⁽³⁾، أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة و أن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

1- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

2- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 135.

3- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

و بالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري، بل أنه حتى و لو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة، على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة و تخصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة، و أنه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها⁽²⁾.

المطلب الثالث

إشكالية الانتقال بالمحضون

مشكلة الانتقال بالمحضون كثيرا ما تظهر بعد الطلاق، إذ أن في كثير من الأحيان الحاضن، خاصة إذا كانت الأم لا تسكن في المنطقة التي يسكن فيها الأب أو العكس، و لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة و لا في تعديله الأخير الى حكم الانتقال بالمحضون ، إذا كان مسقطا للحضانة أم لا؟، إلا أنه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وجدنا أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة.

1- تنص المادة 13 من ق.م.ع: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11

و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ».

2- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/02/1990، رقم 59013، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04، ص 116.

الفرع الأول الآراء الفقهية

بالنسبة للملكية: فقد سوا بين الحاضنة و الولي في إسقاط حضانتها، إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر يبعد بمسافة تقدر بما يزيد عن ست برد، و هو ما يعادل تقريبا 133 كيلومتر بقصد الإقامة، فإذا سافر الحاضن سواء كان الأب أو الأم بقصد الإقامة، مسافة تبعد بست برد فأكثر تسقط حضانتها.

إلا أن الشافعية: فرقوا بين السفر إذا كان لحاجة، و بين السفر لنقله، فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر، و ذلك لما في السفر من خطورة على المحضون، أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمه⁽¹⁾.

بينما يرى الحنابلة: أنه إذا انتقل أحد الطرفين لمكان آخر، وكان الانتقال بقصد النقلة، وكان الطريق و المكان مأمونين، فهنا الأب أولى بحضانة الطفل، لأن الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم.

في حين يرى الأحناف: أنه إذا كان المحضون في حضانة أم أو غيرها من الحاضنات فإن الأب يمنع من إخراجهم من بلد الحاضنة إلا برضاها لأن فترة الحضانة هذه من حقها إلا إذا سقطت عنها⁽²⁾.

1- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص 37.

2- ستنا ابراهيم الشيخ أحمد بدر، الحضانة في الإسلام، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، السودان، د.ت.ن، ص ص 110-108.

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري

نظرا لعدم تطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة في القانون، حاولنا الرجوع إلى قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، فبتاريخ 1986/09/22 صدر عنها اجتهاد قضائي جاء فيه : « أنه من المستقر فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ست برد، و من ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ هو خطأ في تطبيق القانون، و لما كان ثابتا أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة و ولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون »⁽¹⁾.

و ما تجدر الإشارة إليه أنه لا نغير من واقع هذه المسائل بتغيير وسائل المواصلات و سرعتها، فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحضون من قبل الأب ليس هدفا لذاته لكنه جزء من الهدف لأن المقصود من الرؤية هو الإشراف و التعليم و التأديب، و كل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود، لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه مراعاة كل هذه الاعتبارات مع ترجيحه لمصلحة المحضون⁽²⁾.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/09/22، ملف

رقم 43594، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 04، ص 41.

2- قندوزي دلال، مرجع سابق، ص ص 36-37.

خاتمة

بعدما رأينا أهم المسائل المتعلقة بالحضانة في القانون الجزائري، و أهم تطبيقاته القضائية في المحاكم، وجدنا أن هذه الأخيرة لها أهمية كبرى في رعاية الطفل و حماية الأسرة، فهي تعتبر من أعقد المسائل بالنظر إلى حساسية الموضوع الذي تعالجه وهو مصير الطفل بعد انفصال أبويه، ولأن الأبناء هم شباب المستقبل و ذخيرة الوطن، وضع القانون أحكاما لرعايتهم والمحافظة عليهم حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

و الحضانة من المواضيع الدقيقة أيضا، ذلك أنها قائمة على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون، وهو المصطلح الذي ذكره المشرع في مواد عديدة في القانون، تاركا تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، الذي هو ملزم أن يبحث عن مصلحة المحضون من جهة، ومن جهة أخرى عليه أن يسند الحضانة للأجداد و الأحق بها، إلا أنه نظرا لتفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع، أصبحت قضايا الحضانة كثيرة، مما يجعل القاضي لا يعطي للملفات المعروضة أمامه العناية اللازمة، هذا ما قد يؤثر على مصلحة المحضون.

و نظرا لأهمية الطفل والطفولة، فنجد في البلدان الغربية جمعيات متخصصة يمكن لها أن تنزع الطفل من والديه و وضعه في دور الحضانة، إذا رأت أنه لا يعامل معاملة جيدة، وبما أنه في الجزائر لا نملك مثل هذه الجمعيات فلا بد من دعم القضاة حتى يسهروا على حماية مصلحة المحضون، كأن يوضع تحت تصرفهم أخصائيين نفسانيين و اجتماعيين حتى يساعدوهم في المسائل التي يصعب عليهم معرفتها بأنفسهم.

وقد جاء قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984 بعدة أحكام تنظم الحضانة، إلا أنها كانت تحتوي على كثير من الثغرات، خاصة عند التطبيق القضائي، فكثيرا ما يجد القاضي نفسه أمام وضعيات لا يوجد لها حل في القانون، فجاء تعديل قانون الأسرة، بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وأعطى حولا جديدة، وسد بعض الثغرات، كنصه على أن عمل المرأة لا يكون سببا لسقوط الحضانة عنها، كما أنه عدل في ترتيب مستحقي الحضانة، حيث جعل ترتيب الأب ثانيا مباشرة بعد الأم، ومن جهة أخرى أقر بنص صريح توفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفعه بدل الإيجار، كما نص

خاتمة

أيضا على أنه يجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة بإسناد الحضانة قبل الحكم بالطلاق.

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في تعريف الحضانة، أنه ركز على أهدافها من خلال المادة 62 من قانون الأسرة، ومنه يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريف الحضانة وهي : رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

كما أنه يلاحظ على نفس المادة أنها لم تذكر بصفة دقيقة شروط الحضانة و اكتفت بعبارة « وأن يكون أهلا للقيام بذلك »، و معرفة هذه الشروط من شأنها أن توضح أكثر عبارة مصلحة المحضون.

أيضا نلاحظ أن المشرع في المادة 64، تحدث عن الأقربون درجة دون أن يحدد من هم الأقربون درجة ، وترك أشخاص عديدة في نفس المرتبة لاستحقاق الحضانة، وهذا ما يشكل صعوبة للقاضي في اسناد الحضانة.

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

كما نلاحظ أن المشرع، جعل طلب تمديد حضانة الذكر على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب تمديد الحضانة إذا كان الحاضن هو شخص غير الأم، حتى و لو كانت مصلحة المحضون تقتضي غير ذلك.

لذا نرى أنه يجب على المشرع أن يتدخل ليعدل في القانون مرة أخرى حتى يتدارك النقائص الموجودة في التشريع، وحتى نضمن حماية أكبر للأطفال المحضونين.

وأخيرا، فإن دور المساجد والمراكز الإسلامية يجب أن يحدد في الفصل في قضايا الحضانة التي تعرض على المحاكم، وعلى الأئمة و الجمعيات أن تنير السبيل للمسلمين و تسدي لهم النصح في هذه القضية الحساسة.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

I. القرآن الكريم

II. الكتب و المؤلفات:

1. التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للطباعة و النشر و التوزيع، الأردن، 2004.
2. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.
3. الفاخوري ادريس، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، دار رقرق للطباعة و النشر و التوزيع، الرباط، 2010.
4. إسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار حامد للطباعة و النشر و التوزيع، الأردن، 2009.
5. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
6. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
7. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
8. تقيّة عبد الفتاح ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011.

9. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.م.ن، الإسكندرية، 2001.
10. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - الجزء الأول، الجزائر، د.ت.ن.
11. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996.
12. سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
13. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب و الطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1986.
14. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006.
15. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
16. عبد العظيم بن بدوي الخليفة، الوحيد في فقه السنة و الكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، دار ابن رجب 2001.
17. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
18. محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و الطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 1996.
19. محمد كمال الدين إمام، و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية للطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 2003.

III. الرسائل و المذكرات الجامعية:

1. بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
2. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة (قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000 – 2001.
3. ستنا ابراهيم الشيخ أحمد بدر، الحضانة في الإسلام، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، السودان، د.ت.ن.
4. قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 02-05، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010.

IV. المقالات:

1. بن قوية سامية، «آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010، ص من 137 إلى 157.
2. حداد عيسى، «الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي»، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة باجي مختار عنابة، عدد 15 ديسمبر 2005، ص من 182 إلى 202.
3. خلفي عبد الرحمان، «الجرائم الماسة بأحكام الحضانة»، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 02، 2008، ص من 175 إلى 199.

V. النصوص القانونية:

1. أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج.ر عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.
4. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.
5. مرسوم رقم 144/88، مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988، ج.ر عدد 30 مؤرخة في 27 يوليو 1988.

VI. الأحكام القضائية:

1. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982/10/21، ملف رقم 32594، م.ق لسنة 1989، العدد 01.
2. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق لسنة 1989، العدد 04.
3. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829، م.ق لسنة 1990، العدد 01.
4. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/02/07، ملف رقم 44858، م.ق لسنة 1990، العدد 04.
5. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/19، ملف رقم 59013، م.ق لسنة 1991، العدد 04.
6. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 43594، م.ق لسنة 1992، العدد 04.
7. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم 123889، نشرة القضاة، العدد 52.
8. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1997/02/18، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 153640، م.ق لسنة 2001، عدد خاص.
9. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، م.ق لسنة 2001، عدد خاص.
10. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/04/21، م.ق لسنة 2001، عدد خاص.

قائمة المراجع

11. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 245156، م.ق لسنة 2001، عدد خاص.
12. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم 273526، م.ق لسنة 2004، العدد 01.
13. قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، م.ق لسنة 2004، العدد 01.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Revue:

- **AIT-ZAI nadia**, «Territorialité ou religion dans l'attribution du droit de garde des enfants, issus de couple Franco-Algériens», revus Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Alger, 1991, pages de 851 à 860.

فهرس الموضوعات

01	مقدمة:
04	الفصل الأول: ماهية الحضانة
05	المبحث الأول: مفهوم الحضانة
05	المطلب الأول: تعريف الحضانة و حكمها الشرعي
06	الفرع الأول: تعريف الحضانة
06	أولا: التعريف الفقهي للحضانة
07	ثانيا: تعريف قانون الأسرة للحضانة
08	الفرع الثاني: حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها
08	أولا: حكمها
08	ثانيا: أدلة مشروعيتها
08	1- من الكتاب
09	2- من السنة
09	3- من الإجماع
10	المطلب الثاني: شروط الحضانة
11	الفرع الأول: الشروط العامة في الحاضن
11	أولا: العقل
12	ثانيا: البلوغ
12	ثالثا: القدرة
13	رابعا: الأمانة
14	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء
14	أولا: ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم
15	ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير

15		ثالثا: عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها.
17		الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال.
17		أولا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى.
17		ثانيا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون.
18		المطلب الثالث: أصحاب الحق في الحضانة و تحديد أولويتهم.
19		الفرع الأول: مراتب المستحقين للحضانة.
19		أولا: تقديم الأم على غيرها في الحضانة.
20		ثانيا: إسناد الحضانة للأب.
20		ثالثا: الجدة لأم.
21		رابعا: الجدة لأب.
21		خامسا: الخالة و بعدها العمة.
22		الفرع الثاني: حكم حضانة المرأة العاملة.
24		المبحث الثاني: آثار الحضانة.
25		المطلب الأول: مسكن الحضانة.
25		الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مسكن الحضانة.
26		الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة.
27		المطلب الثاني: حق زيارة المحضون.
28		الفرع الأول: حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية.
29		الفرع الثاني: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.
31		المطلب الثالث: انتهاء مدة الحضانة.
31		الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية.
32		الفرع الثاني: انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

36	 الفصل الثاني: دعاوى الحضانة و إشكالاتها
37	 المبحث الأول: دعاوى الحضانة
38	 المطلب الأول: الدعاوى المدنية
38	 الفرع الأول: دعوى إسقاط الحضانة
39	 أولا: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون
40	 ثانيا: التنازل عن الحق في الحضانة
41	 ثالثا: سقوط الحق في الحضانة إذا لم يطالب من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة
41	 دون عذر
42	 رابعا: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة
42	 خامسا: سقوط الحق في الحضانة عند اختلال شروطها
43	 سادسا: سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي
44	 الفرع الثاني: دعوى عودة الحضانة
45	 الفرع الثالث: دعوى تمديد الحضانة
46	 المطلب الثاني: الدعاوى الجزائية
47	 الفرع الأول: دعوى عدم تسليم الطفل
47	 أولا: الشروط الأولية لقيام الجريمة
47	 1- القاصر
48	 2- حكم قضائي
48	 ثانيا: الركن المادي للجريمة
48	 ثالثا: الركن المعنوي للجريمة
50	 الفرع الثاني: دعوى عدم تنفيذ حكم الزيارة
51	 المبحث الثاني: أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة

52	المطلب الأول: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون.....
52	الفرع الأول: المقصود بمبدأ مراعاة مصلحة المحضون.....
54	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....
54	أولا: السلطات الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.....
54	1- التحقيق.....
54	2- الانتقال للمعاينة.....
54	3- الاستماع إلى أحد أفراد العائلة.....
55	ثانيا: الإشكالات التي تعترض السلطة التقديرية للقاضي.....
56	1- في حالة عدم المطالبة بالحضانة.....
57	2- حالة تعدد الأبناء المحضونين.....
58	المطلب الثاني: إشكالية الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط.....
59	الفرع الأول: إشكالية أبناء الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر.....
61	الفرع الثاني: إشكالية أبناء الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر...
62	المطلب الثالث: إشكالية الانتقال بالمحضون.....
63	الفرع الأول: الآراء الفقهية.....
64	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....
65	خاتمة.....
67	قائمة المراجع.....
73	الفهرس:.....

الملخص

الحضانة هي رعاية الولد و تربيته، و لممارستها لا بد من توافر شروط في الحاضن، و نظرا لكون الأم أكثر عطفًا على أولادها فقد حظيت بأسبقية على غيرها في استحقاقها للحضانة، و لا يشكل عملها عائقًا في ممارستها للحضانة، و ينتج عن هذه الأخيرة آثار عديدة كالمسكن، و النفقة و حق الزيارة.

إلا أن إسناد الحضانة قد يسبب مشاكل كثيرة، تؤدي إلى رفع دعاوى قضائية في بعض الأحيان، منها المدنية و منها الجزائية إذا لم يحترم الحاضن الحكم الصادر من المحكمة، فيتعرض لعقوبات جراء ذلك.

كما أن الحضانة تطرح إشكالات عديدة في الميدان، مما يجعلها من القضايا الصعبة، لكن على العموم لا بد على القاضي عند إسناده للحق في الحضانة، أن يراعي الأنسب و الأفضل للمحضون.

Résumé

Le droit de garde consiste à prendre soin de l'enfant et l'éduquer, et pour l'exercer, le bénéficiaire de ce droit doit remplir certaines conditions, ainsi la mère est la prioritaire pour avoir la garde de ses enfants parce qu'elle a plus de compassion pour eux, et le fait qu'elle travaille ne consiste pas un obstacle pour l'exercice du droit de garde.

Il découle de celui-ci plusieurs conséquences telles que le logement, la pension alimentaire et le droit de visite.

Cependant, l'attribution du droit de garde peut entraîner des problèmes majeurs qui conduisent à de poursuites judiciaires, civiles ou pénales, si le bénéficiaire du droit de garde ne respecte pas le jugement rendu par la justice.

Le droit de garde pose beaucoup de problèmes d'exécutions (sur le terrain), ce qui en fait une affaire des plus difficiles.

Mais, d'une façon générale, lors de l'attribution de ce droit, le juge doit tenir compte de ce qui sera le plus adéquat et le mieux pour l'enfant.