

"أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"
مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث
القانونية والقضائية بتاريخ 30 ماي 2023

من إعداد الباحثة: بومالة نظيرة
قاضية باحثة بمركز البحوث القانونية والقضائية

المقدمة:

قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للائتلاف والوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ونقمة، بعد أن كانت نعمة وسعادة، فشُرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها، فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية وحفظ أعراض الناس، وإثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من هذه العلاقة إذا تبين أن الحياة والعشرة الزوجية مستحيلة نتيجة الشقاق المستمر وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، ولعل من أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال والمشاكل التي تطرحها حول مصيرهم ومن يكفلهم وكيف نحافظ عليهم؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسيم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع، وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا

الغرض، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في المادة الثالثة منها جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، ونحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانه هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها بصرامة ولا يحق أن نحمل الطفل تبعات النزاع الحاصل بين والديه والذي لا ذنب له فيه، وقد اخترنا موضوع: " أحكام الحضانه والإشكالات المتعلقة بها " لأهمية الحضانه في الشريعة والقانون؛ لارتباطها بمصلحة الطفل، فهي تنبني أساسا على الحرص على رعايته وتنشئته تنشئة صالحة في بيئة يشعر فيها بالأمان والاستقرار، وكذا لكثرة الإشكالات العملية التي يطرحها الموضوع لاسيما في ظل تدبب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا خاصة حول مسألة تحديد مسؤولية متولي الرقابة في ظل إسناد الحضانه للأم وكيفية ممارسة مقتضيات السلطة الأبوية وكذا إشكالية الحضانه في الزواج المختلط على الصعيدين الوطني والدولي، والبحث عن مدى توفير الحماية القانونية للمحزون ودور القاضي في تقدير مصلحته وحماية حقوقه وموازنتها ومنع التعسف الواقع فيها.

الإشكالية:

ما مدى توفير الحماية القانونية للمحزون وهل للقاضي السلطة الكاملة في تقدير مصلحته أم أنه مقيد بالنصوص؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عن الحضانه، والمشاكل التي يمكن أن تتولد عنها والحلول الممكنة لها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية وغيرها قسمنا الموضوع وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: أحكام الحضانه.

المطلب الأول: مفهوم الحضانه.

الفرع الأول: تعريف الحضانه.

الفرع الثاني: شروط الحاضنين وترتيبهم.

المطلب الثاني: آثار إسناد الحضانه.

الفرع الأول: الولاية وحق الزيارة.

الفرع الثاني: نفقة المحزون ومسكن الحضانه.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها.
المطلب الأول: التطبيقات القضائية للحضانة.
الفرع الأول: دعوى إسناد وإسقاط الحضانة.
الفرع الثاني: انقضاء الحضانة وتمديدتها.
المطلب الثاني: الإشكالات الناتجة عن أحكام الحضانة.
الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بممارسة حق الحضانة.
أولا . الإشكالات المتعلقة بالنفقة والزيارة.
ثانيا . إشكالية الانتقال بالمحضون.
ثالثا . إشكالية الحضانة في الزواج المختلط.
رابعا . إشكالية مسؤولية متولي الرقابة على المحضون.
الفرع الثاني: إشكالية تقدير مصلحة المحضون.
الخاتمة:

المبحث الأول: أحكام الحضانة.

الحضانة في المبدأ هي القيام بشؤون الطفل وكفالاته، بغرض الحفاظ على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف والجنوح، بحيث يكون أهل لخلافة الله في الأرض وأهلاً حينذاك لخدمة الوطن والمجتمع، لذلك ولأهمية تحقيق هذه الأهداف فقد حرص المشرع الجزائري وقبله الشارع الحكيم بتنظيم موجبات الحضانة وتبيان أحكامها، وعليه يتعين البحث عن مفهوم الحضانة (المطلب الأول) وكذا بيان آثار إسناد الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.

ل للوصول إلى مفهوم الحضانة يتعين تعريفها، وكذا البحث عن شروط اختيار الحاضنين وترتيبهم.

الفرع الأول: تعريف الحضانة.

أولاً. تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً:

تعرف الحضانة لغة بأنها: مصدر حضنت الصغير حضانة، تحمّلت مؤنته وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب، لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها¹. وتعرف اصطلاحاً بأنها تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه². وقد عرف الإمام مالك الحضانة بأنها: " تربية الولد وحفظه وصيانتة حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء".

كما عرفها الشافعية بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره". بالتمعن في التعاريف المذكورة أعلاه نجد أنها جاءت متقاربة وتتشترك في الهدف الرئيسي من الحضانة والمتمثل في مراعاة مصلحة المحضون، وتنشئته تنشئة دينية وعقلية سوية تجعله قادراً على التفريق بين الضار والنافع له³.

¹ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، ط2، 2016، ص 1016.

² تواتي صديق، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، 2021، ص 454.

³ دباغ رقية، الاختيارات الفقهية للملكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة الجزائري (دراسة نماذج)، مجلة صوت القانون، المجلد 8، العدد خاص، الجزائر، فيفري 2022، ص 216.

ثانيا. التعريف التشريعي للحضانة:

عرّف المشرع الجزائري بموجب المادة: 62 من قانون الأسرة الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقا"¹.
والتعريف موفق من حيث شموليته لحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية²،

التعريفان الفقهي والقانوني جمعا في مجملهما كل ما يتعلق بشؤون الطفل من تربية وحفظ ورعاية، مع الأخذ بعين الاعتبار تنشئته الدينية والخلقية، فهما بذلك يتوافقان، فكل الأحكام الفقهية والقواعد القانونية تصب في قالب جلب الصلاح للطفل ودرء الفساد عنه³.

ومما تقدم نستخلص أهداف الحضانة والتي تظهر فيما يلي:

1- تعليم الولد: ويقصد به التمدرس وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وقدراته العقلية.

2- تربية الولد على دين أبيه: لا بد أن تقوم تربية الولد على المبادئ والقيم الإسلامية ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا شرعا وقانونا طبقا للمادة 31 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 فإنه يجوز للقاضي أن يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة فهي كالأُم المسلمة بشرط أن تراعي أحكام الشريعة الإسلامية في تربية الطفل.

3- السهر على حماية المحضون: وذلك من جميع الجوانب فيجب أن لا يكون عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب مثلا أو معنوي كالتخويف والشتم حفاظا على استقراره النفسي والعاطفي.

أما من الناحية الخلقية فلا بد من تنشئة الطفل على حسن الخلق وإعداده لأن يكون فردا صالحا.

¹ الأمر 02-05 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 يونيو 1984.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص 139.

³ دباغ رقية، مرجع سابق، ص 216.

الفرع الثاني: شروط الحاضنين و ترتيبهم.

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع وبأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب.

أولا. الشروط الواجب توافرها في الحاضنين:

حصر المشرع الجزائري شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه: ((ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك))، والمقصود بالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، ويرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء، والبعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال.

1. الشروط العامة:

من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نذكر:

-العقل:

لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مُطلَقًا أو متقطعًا فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، ذلك أن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا¹.

والمعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، وبالتالي فلا يعرَى هو غيره ، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، واشترط المالكية الرشد وقالوا لا حضانة للسفيه المبذر حتى لا يتلف مال المحضون أو ينفق عنه فيما لا يليق².

¹ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي ، ص 235.

² تواتي صديق، المرجع السابق، ص 460.

والمشعر الجزائري يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته¹.

- البلوغ:

يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية، وهو عاجز عن رعاية شؤون نفسه، والحضانة رعاية وتربية ويجب أن تكون الحاضنة في سن يؤهلها لذلك.

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما، فالبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة².

- القدرة على القيام بشؤون المحضون:

يقصد بها الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض، إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرض معدي أو مرض يعجزها أو يمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها.

وعلى هذا النهج سار القضاء الجزائري فاعتبر القدرة على التربية شرط أساسي في ممارسة الحضانة كما اعتبر أن فقدان الجدة للبصر يحول دون تحقيق الهدف من إسناد الحضانة لها وهي بذلك تكون عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء³.

- الأمانة على الأخلاق:

فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امرأة، فلا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا4 والفجور أو اللهمو الحرام.

¹ .العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، الجزء 1.(أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 2017، ص

² .أحمد محمد العساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد 2، دار إحياء العلوم، ص 438.

³ .قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 1984/07/09، م ق لسنة 1989، عدد 4، ص 76.

⁴ .قرار المحكمة العليا رقم 171684 بتاريخ 1997.09.30، م ق لسنة 2001 عدد خاص، ص 169.

- **إتحاد الدين:** لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلاً أو امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد وهو المحكوم عليه بالموت إن أصر على الردة فلا ولاية له على غيره، أما إن كانت المرأة كتابية ففي حقها بالحضانة رأيان:

الرأي الأول: للشافعية والحنابلة إذ قالوا أنه يشترط في الحضانة إتحاد الدين لأن الحضانة ولاية وهي لا تثبت لكافر على مسلم، ثم إن الحضانة منفية عن الفاسق الكافر من باب أولى كما أن الحضانة تثبت لحماية الولد فلا تكون على شكل قد يكون فيها هلاكه وهلاك دينه، كما جاء في الحديث " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، وهذا ما أخذ به المشرع المصري حين اشترط في المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية أن يكون الحاضن متحد مع المحضون في الدين.

الرأي الثاني: للأحناف والمالكية وهو أنه لا يشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين ولكن تمنع الأم الحاضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كأكل لحم الخنزير وشرب الخمر، وتبقى هذه الحضانة إلى أن يبدأ الطفل يعقل ويفهم معنى الدين فعند ذلك تسحب الحضانة من الأم كي لا تلقن الصغير دينها¹.
أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة "62" على أن يربي الطفل على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك الذي لم يشترط الإسلام في الحاضنة².

2. الشروط الخاصة:

أ. الشروط الخاصة بالنساء:

_ ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم: فإن كانت كذلك تسقط حضانتها طبقاً للمادة "66" من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

¹ محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، ساحة الجامع، الأردن د س نشر، ص 392.

² قرار المحكمة العليا رقم 52221 بتاريخ 1989.03.13، م ق لسنة 1993، العدد 1، ص 48.

- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير: كأم المحضون وأخته وجدته فلا حق لبنات العم وبنات الخال بحضانة الذكور لعدم المحرمية ولا حق لأبناء الخال و العم و العمه في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.

- عدم إقامة الحاضن بالصغير في بيت يبغضه: وذلك لأنه يعرض الصغير للأذى والضياع¹.
- عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها: فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل بعد سقوط حضانتها بسبب الزواج فإذا استقلت بالسكنى كان لها حق الحضانة وهو ما أورده المشرع الجزائري في المادة "70" من قانون الأسرة.

ب - الشروط الخاصة بالرجال:

إذا كان الحاضن رجلا يضاف للشروط العامة ما يلي:
. أن يكون محرّمًا من المحضون كأب أو أخ أو عمّ إذا كان المحضون أنثى مشتهة، فإن كان ليس محرّمًا كابن العم فلا يحق له حضانتها.
. أن يكون عنده من يحضن من النساء: كأم أو زوجة أو خالة أو متبرعة لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الصغار كالنساء وهو ما اشترطه الحنابلة والحنفية.

ثانيا . ترتيب الحاضنين:

1 . أصحاب الحق في الحضانة وفق المذاهب الأربعة:

اتفق الفقهاء الأربعة على أن الأولى بالحضانة النساء، لكنهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء بعد الأم وأم الأم².

- أصحاب الحق في الحضانة عند الحنفية: قالوا أن الحضانة تثبت للأقارب من النساء والرجال على الترتيب التالي: فأحق الناس بالحضانة الأم ثم أمها وأم أمها وإن علت، فإن تزوجت بغير محرم انتقل حق الحضانة لأم الأب وإن علت وإن ماتت انتقل الحق إلى الأخت الشقيقة (الخالة) فإن ماتت أو تزوجت انتقل الحق إلى أخت الأب³.

¹. تواتي صديق، المرجع السابق، ص 461.

². هلتالي أحمد، المرجع السابق، ص 379.

³. هلتالي أحمد، المرجع السابق، ص 379.

- أصحاب الحق في الحضانة عند المالكية: قالوا يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث وذكر على الترتيب الآتي ذكره: أمه، ثم أمها (جدة المحضون لأمه) ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم خالة الأم ثم عمه الأم ثم أم الأب ثم أم أمه وأم أبيه والقربى منهن تقدم على البعدي والتي من جهة أمه تقدم على التي من جهة أبيه ثم بعد الجدة من جهة الأب تنتقل الحضانة إلى الأب ثم إلى الأخت ثم إلى عمه الصغير أخت أبيه ثم إلى عمه أبيه . أخت جده. ثم خالة أبيه ثم بنت الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم إلى بنت الأخت وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصح للحضانة¹.

- أصحاب الحق في الحضانة عند الحنابلة: قالوا أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها وهلم جرا، ثم الأب، ثم أمهاته وإن علت ثم الجد ثم أمهاته ثم أخت الأبوين، ثم أخت لأم ثم أخت لأب ثم خالة لأم ثم خالة لأب.

. أصحاب الحضانة لدى الشافعية: قالوا للمستحقين في الحضانة ثلاثة أحوال، فالحالة الأولى أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، والحالة الثانية أن يجتمع الإناث فقط والحالة الثالثة أن يجتمع الذكور فقط وذلك على النحو التالي:

الحالة الأولى: تقدم الأم على الأب ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة فلا حضانة لأم أبي أم لأنها غير وارثة ثم بعدهن الأب ثم أمه ثم أم أمه وإن علت.

الحالة الثانية: وهي اجتماع الإناث فقط، فتقدم، الأم ثم أمهاتها ثم أمهات الأب ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العممة، ثم بنت الخالة ثم بنت العممة ثم بنت العم ثم بنت الخال وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم².

الحالة الثالثة: وهي إذا ما اجتمع الذكور فقط فيقدم الأب، ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم³.

¹. تواتي صديق، المرجع السابق، ص 457.

². تواتي صديق، المرجع نفسه، ص 457.

³. هلتالي أحمد، مرجع سابق، ص 380.

2. موقف المشرع الجزائري:

. تنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 . 02 . 2005 على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 64 قد أثر تحقيق المساواة في توزيع حق الحضانة بين الأم والأب من جهة وبين أهل الأم من جهة وأهل الأب من جهة ثانية، إذ نظر المشرع للحضانة من هذا الترتيب من منظور أنها حق للحاضن قبل أن تكون واجبا عليه وحق للمحضون (حق مشترك)، وخالف المشهور في المذهب المالكي في هذه المسألة (يكون الحضانة حق للحاضن وعليه فلا تجب عليه لو أسقطها لأن كل من له حق يسقط إذا تنازل عنه، وأخذ بالرأي القائل إن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، حين أجاز في نص المادة 66 من قانون الأسرة للحاضن التنازل عن الحضانة، فاعتبرها من هذا الوجه حق له، ومن جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقًا لهذا الأخير¹.

فالمشرع الجزائري في اختياره للرأي القائل أن الحضانة حق مشترك راعى مصلحة المحضون وبنى عليها موقفه لأنه يرى أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ما يؤكد مبدئيًا أن لا مشكل في صدد الإسناد وبأن ترتيب نص المادة 64 ليس من النظام العام ولا إلزام بصدده للقاضي بل تترك له السلطة التقديرية في تقدير مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة².

المطلب الثاني: آثار إسناد الحضانة.

تترتب آثار عن إسناد الحضانة لأحد مستحقيها كالولاية للحاضن وحق الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة (الفرع الأول) وكذا حق المحضون في النفقة وفي سكن يأويه (الفرع الثاني).

¹. دباغ رقية، المرجع السابق، ص 217.

². قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 10 . 03 . 2011 تحت رقم 613469، م ق لسنة 2012، العدد 1، ص 285.

الفرع الأول : الولاية وحق الزيارة.

أولا . الولاية:

الولاية في القانون هي " سلطة يقررها القانون لشخص معين لأجل مباشرة تصرفات قانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية"¹
تنص المادة 87 فقرة 3 من قانون الأسرة " ... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"
وفقا لهذا النص فإنه في حالة الطلاق تنتقل الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد كالأب أو الجدة، وذلك بموجب الحكم القضائي القاضي بالحضانة.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 0987589 الصادر بتاريخ 12 . 11 . 2015 فهرس رقم 01658/15² إلى أن القاصر المشمول بالحضانة تثبت له ولايتان الأولى على النفس والثانية على المال و القاضي بإمكانه الإبقاء على الولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة وتعيين مقدم لإدارة أموال القاصر إذا كان الحاضن عاجزا عن إدارتها وحمايتها، وبإمكان القاضي ممارسة سلطة الرقابة على الولاية من تلقاء نفسه وفقا لنص المادة 465 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يمكن إنهاء الوصاية تلقائيا و انتقالها إلى من أسندت له الحضانة بموجب حكم الحضانة فقط وإنما يجب اتباع الإجراءات المقررة لإنهاء الوصاية.

ثانيا . حق الزيارة:

عند انفصال الزوجين وانضمام الطفل إلى حاضنته يحق لأبيه رؤية طفله وذلك من خلال مواعيد دورية محددة، فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من مصلحة الصغير.³

ولم تبين كتب الفقه مدة الزيارة أو الرؤية على وجه التحديد ولكن من الممكن أن يؤخذ الحكم بطريق القياس على خروج الزوجة لرؤية أبويها ، فقد نص الفقهاء على أن للزوجة الحق في

¹ . بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط 1 ، منشورات بغداددي ، الجزائر، 2009، ص 343.

² . قرار غير منشور ذكره تواتي الصديق، المرجع السابق، ص 801.

³ . بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 4، العدد 2، الجزائر، 2019، ص 243.

الخروج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة، ومنه تحدد الرؤية بمرة كل أسبوع لأن تلك رؤية الفرع لأصله وهذه رؤية الأصل لفرعه فالعلاقة واحدة وهي علاقة الأصل بالفرع.

وإذا كانت المادة 64 من قانون الأسرة قد رتبت أصحاب الحضانة فهي نصت بأنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق الزيارة لمرات معينة على الأقل مرة في الأسبوع¹ وفي أوقات محددة، فالقانون بموقفه هذا، يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

إن زيارة الأب أو الأم لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة و المحكمة العليا كرست هذا المبدأ في اجتهاد قضائي لها بالقول أنه " من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولده حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا. في قضية الحال. أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيّد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع"².

لم يحدد القانون الزمن الذي تستغرقه مدة الزيارة، لأن الزيارة مسألة رضائية بين الأطراف، فلم يحدد المشرع الجزائري إذا كانت المدة ساعة أو يوم أو شهر، وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة، ولقد جرت العادة أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية والوطنية والعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين، على أن يكون الهدف من الزيارة هو بقاء صلة الوصل قائمة بين المحضون ووالده أو والدته، وإخضاعه إلى رقابة ورعاية شؤونه³.

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16. 04. 1990 تحت رقم 59784، م ق لسنة 1991، العدد 4، ص 126.

² اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 30. 04. 1990 تحت رقم 79891، م ق لسنة 1992، العدد 01، ص 55.

³ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دارهومة، الجزائر، سنة 2013، ص 182.

على القاضي أن لا يدّخر جهداً ليحدد طرق الزيارة بما يحقق مصلحة المحضون من جهة ويواكب تطورات ومستجدات العصر من جهة أخرى، فالتقنيات الحديثة سهلت سبل التواصل بين الطفل المحضون ووالديه، وقربت المسافات ونوعت من طرق الزيارة، ولم يعد هناك أي معنى للاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 . 09 . 1986 تحت رقم 43594 القاضي بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضون لا تكون أكثر من ستة برود¹، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت. في قضية الحال . أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضون تزيد على ألف كلم فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون².

وقد سايرت المحكمة العليا في ذلك ما ذهب إليه الفقه المالكي حين اشترط ألا يسافر ولي المحضون أو تسافر الحاضنة سفر نقلة ستة برود فأكثر³.

. تجدر الإشارة إلى أنه يؤول للأجداد حق رؤية الأحفاد ويستمدون هذا الحق من الابن أو البنت في حالة غيابهما أو وفاتهما كون الولد بحاجة إلى رعاية وحنان الجد والجددة⁴، وجاء في قرار المحكمة العليا أنه " يكون الأب ولياً شرعياً بعد وفاة الأم الحاضنة، ويحق للجددة لأم المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم"⁵.

الأصل في الأحكام الصادرة بشأن الزيارة أنها ذات حجية مؤقتة وهي قابلة للتعديل والتغيير بسبب تغير الظروف من الصحة إلى المرض ومن الصغر إلى الكبر، حجية حكم الزيارة تبقى قائمة ما لم تتغير ظروف الحكم بها، لا يصار إلى تعديل وقت الزيارة إلا بقيام مبرر شرعي ثابت تقتضيه مصلحة الزيارة⁶، كأن تصبح مدة الزيارة المحكوم بها تضر بمصلحة الصغير كعامل

¹ . ستة برود ما يعادل 12 ميل فأكثر ما يعادل 123 كلم².

² . اجتهاد قضائي للمحكمة العليا صادر بتاريخ 22 . 09 . 1986 تحت رقم 43594 ، م ق لسنة 1992 ، العدد 4، ص 41.

³ . تواتي صديق، المرجع السابق، ص 461.

⁴ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 06 . 2018.06 تحت رقم 1272554 ، م ق لسنة 2018 ، العدد 2، ص 89.

⁵ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 04 . 2019.12 تحت رقم 1329085 ، م ق لسنة 2019، العدد 2، ص 90.

⁶ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 . 2017.05 تحت رقم 1079422 فهرس رقم 00734/17 (غير منشور)، تواتي صديق، المرجع السابق، ص 522.

المرض أو الدراسة فيمكن للمحكمة مراجعة مدة الزيارة بما يتلاءم ومصحة الصغير بناء على طلب صاحب الصفة مراعاة في ذلك للظروف الطارئة¹.

الفرع الثاني : نفقة المحضون ومسكن ممارسة الحضانة.

أولا . نفقة المحضون:

أ . تعريف النفقة:

النفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير، وجمعها نفقات، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي في الأصل تكون من الأموال.

. إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها وإنما جاء ببعض مشتملاتها و ألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة الجارية بين الناس، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"

المشرع لما أضاف عبارة "... وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون².

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 . 11 . 2006 تحت رقم 372292 إلى أن الوالد يتحمل مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية³

ب . شروط وجوب النفقة:

نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

- أن يكون الابن فقيرا لا مال له.

¹. تواتي صديق، المرجع السابق، ص 470.

². بن داود حنان، المرجع السابق، ص 237.

³. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 . 11 . 2006 تحت رقم 372292 ، م ق لسنة 2007، العدد 01، ص 493.

- أن يكون الابن عاجزا عن الكسب.

- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق، فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب.

- نفقة الولد في حالة عجز الأب عن الكسب أو عدم وجوده بحيث يرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز"، والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاستزاق، لا لكونه فقيرا أو معسرا، وهو بهذه الحالة يعفى من الإنفاق على أولاده، فتنتقل النفقة بقوة القانون إلى الأم وهذا بتحقق شروط معينة، كما أنه في حالة عجز الأب وعدم قدرة الأم على النفقة مع عجزها أو مع وجوده فهنا تنتقل إلى الأصول حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن الأب الملزم بالنفقة إن تم الحجر عليه من قبل والده فإنه ليس بالضرورة الحكم على جد المحضون بدفع نفقة الحضانة¹ فالأصل أن تدفع النفقة من مال المحجور عليه الذي يسيّره المقدم وإن لم يكن له مال فالنفقة تكون على الأم ولا تعفى هذه الأخيرة إلا إن كانت عاجزة عن النفقة فتنتقل النفقة إلى الأصول وفق مقتضيات المادة 77 من قانون الأسرة، والمحكمة العليا كرست هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 09 . 05 . 2007 تحت رقم 390381 بالقول " لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل"²

ج. تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها:

نصت المادة 79 من قانون الأسرة على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"
القاضي وحده له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال حسب حال الطرفين و ظروف المعاش وتستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى طبقا للمادة 80 من قانون الأسرة ، وإذا قدر القاضي النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصانا إلا بمرور سنة من تاريخ الحكم

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 . 09 . 2011 تحت رقم 754961 ، م ق لسنة 2011، العدد 2، ص 308.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09 . 05 . 2007 تحت رقم 390381 ، م ق لسنة 2008، العدد 02، ص 295.

السابق. ولم يحدد المشرع تاريخ بدء سريان مدة السنة لمراجعة النفقة، إن كان تاريخ الحكم الابتدائي أو تاريخ الحكم النهائي الذي تم تنفيذه؟ وفي اعتقادنا أن دعوى مراجعة النفقة لا تكون مقبولة إلا بعد مرور أكثر من سنة من تاريخ آخر حكم أو قرار فاصل فيها. ومقتضى إعادة النظر في النفقة أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقريرها غير ثابتة بل تتغير وتتطور، ولا تكون مراجعة النفقة تلقائيا بل بناء على طلب قضائي¹. إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه، فيمكن للحاضنة أن تلجأ إلى صندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون 01-15 المؤرخ في 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة²، وهذا الإجراء لا يحول دون المتابعة الجزائية للمدين بالنفقة عن جريمة عدم تسديد النفقة وفق المادة 331 من قانون العقوبات.

ثانيا. مسكن ممارسة الحضانة:

لقد جاءت المادة 72 من قانون الأسرة قبل تعديلها سنة 2005، بالنص على أنه: " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يبرئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته"³

وفقا للمادة أعلاه إن تعذر على الأب توفير مسكن الحضانة، فإن القاضي وبما له من سلطة تقديرية يلزمه بدفع أجرته، ذلك أن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يتم عينا أي بمعنى أن يوفر الأب المسكن، فإن تعذر ذلك، التزم بما يقابله من مال وبحسب الأصل الشرعي طالما كانت تلزمه نفقة ابنه، وما أجرة مسكن الحضانة إلا عنصرا من عناصر النفقة الواجبة للولد على الوالد⁴، طبقا لمقتضيات المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على أنه « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة»

¹ .نعيمه تبودوش، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير. جامعة الجزائر، 2000، ص

323.

² .القانون رقم 01. 15. المؤرخ في 04. 01. 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج رعد 1 لسنة 2015.

³ .المادة 72 من قانون رقم 84. 11. مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج رقم 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984.

⁴ .بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، 2019، ص 70.

والجدير بالملاحظة أن المادة 52 من قانون الأسرة، وقبل إلغائها بموجب تعديل 2005، كانت تشترط تعدد الأولاد المشمولين بالحضانة، حتى يقضى للحاضنة المطلقة تعسفاً بالبقاء في مسكن الزوجية، لذلك جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/03/13 تحت رقم 276760، بمبدأ مفاده "السكن حق للمحضون حتى ولو كان وحيداً لأنه من عناصر النفقة"¹ ليحد من تدرع الآباء بها وتنصلهم من مسؤوليتهم إزاء أولادهم بعد وقوع الطلاق².

. نصت المادة 1/72 من قانون الأسرة بعد تعديلها سنة 2005، على أنه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوف، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك، فعليه دفع بدل الإيجار"

نستخلص من النص جملة من الأحكام درج عليها قضاء شؤون الأسرة أهمها:

. يتوقف الحكم للحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية على شرط عدم تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، سواء كان مضمونه توفير مسكن ملائم أو دفع أجره مسكن، على أن هذه الآلية وردت دون تخصيص، ذلك لأن استحداثها عموماً كان بهدف حماية حق المحضون في السكن، وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 . 04 . 2011 تحت رقم 684955 "تبقى المطلقة الحاضنة ببيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم الناطق بحقها في السكن"³

. أنه لم يعتد بتعذر تنفيذ الأب لالتزامه عينا كسبب وحيد للحكم بأجرة مسكن الحضانة، بل ذهب أيضاً إلى الاعتداد بعدم ملائمة المسكن لممارسة الحضانة بموجب القرار الصادر بتاريخ 14/03/2013 تحت رقم 0729230 حيث كرس مبدأ مفاده: "للحاضنة الحق في بدل إيجار، إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة"⁴

. يمكن المطالبة ببديل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجج الشئ المقضي فيه⁵.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 . 03 . 2002 تحت رقم 276760 ، م ق لسنة 2004، العدد 1 ، ص 274.

² بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 71.

³ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 . 04 . 2011 تحت رقم 684955 ، م ق لسنة 2011، العدد 02، ص 176.

⁴ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 . 03 . 2013 تحت رقم 0729230 ، م ق لسنة 2013، العدد 02، ص 276.

⁵ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 . 01 . 2009 تحت رقم 481857 ، م ق لسنة 2009، العدد 02، ص 292.

- لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار¹، ذلك أن توفير السكن يبقى من حق المحضون.

- العبرة بالمكان الذي تحدده الحاضنة لممارسة شؤون الحضانة، فتوفير المسكن مرتبط بمكان ممارسة الحضانة والذي يتحدد إما بمكان تواجد بيت الزوجية أو بمكان تواجد أهل الحاضنة².
درجت المحكمة العليا على العمل بمبدأ " أن الحكم ببديل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر، لا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج التراب الوطني"³.

وهذا المبدأ يناقض في اعتقادنا الحكم الذي جاءت به المادة 69 من قانون الأسرة، والتي منحت القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للشخص الموكول له ممارستها، متى أراد أن يستوطن في بلد أجنبي، على أن يراعي في ذلك مصلحة للمحضون، فكيف يجيز القانون ممارسة الحضانة في بلد أجنبي، في حين يحرم قضاء شؤون الأسرة المحضون من حقه في أجرة مسكن الحضانة؟

المبحث الثاني : التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها.

لقد سعى المشرع الجزائري إلى حماية المحضون ورعايته، وذلك من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة، وبالرغم من وضع الضوابط القانونية وحرص القضاة على تطبيقها، إلا أن مسألة الحضانة تطرح العديد من الإشكالات، وعليه يتعين التطرق في هذا المبحث للتطبيقات القضائية للحضانة (المطلب الأول) وأهم الإشكالات المتعلقة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطبيقات القضائية للحضانة.

نتطرق في هذا المطلب إلى الدعاوى المتعلقة بالحضانة لاسيما إسناد الحضانة وإسقاطها (الفرع الأول) وانقضاء الحضانة وتمديدتها (الفرع الثاني).

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 11.04.2007 تحت رقم 384529، م ق لسنة 2008، العدد 02، ص 291.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 11.11.2010 تحت رقم 581700، م ق لسنة 2011، العدد 01، ص 252.

³ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12.05.2011 تحت رقم 622754، م ق لسنة 2012، العدد 01، ص 304.

الفرع الأول : دعاوى إسناد وإسقاط الحضانة.

أولاً . دعوى إسناد الحضانة:

تقتضي دعوى إسناد الحضانة مجموعة من الإجراءات منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلها مثل سائر الدعاوى المدنية.

يمكن لطالب الحضانة أن يقدم طلبه إما بصفة تبعية مرفقة بدعوى طلاق أو التطليق أو الخلع على اعتبارها من آثاره أو بصفة أصلية بموجب عريضة افتتاحية وبدعوى مستقلة وفي كلتا الحالتين على القاضي التأكد من توافر الشروط والأحكام الواردة في المواد "62" و"64" من قانون الأسرة للفصل في الدعوى وإسناد الحضانة لمن هو أقدر وأحق بها.

وبتطبيق القواعد الشرعية والقانونية تكون الأم دوماً أولى وأحق بإسناد الحضانة لها إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات المسقطة عنها لهذا الامتياز، والمشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي أسى وفوق كل اعتبار طبقاً للمادتين "64" و"65" من قانون الأسرة ولذلك فلقد أعطى القاضي مجموعة من السلطات تمكنه من تحقيق ذلك خصوصاً بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث وسع المشرع من هذه السلطات فلقد نصت المادة "425" منه على أنه: «... يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة بالإضافة للصلاحيات المخولة له قانوناً أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في هذا الموضوع بغرض الاستشارة».

كما نصت المادة "78" منه «على أنه يمكن للقاضي أن يأمر بعدة إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية».

كما أجازت المادة "454" من نفس القانون للقاضي: سواء تلقائياً أو بطلب من أحد الوالدين أو بطلب من ممثل النيابة سماع الأب والأم وكل شخص آخر يرى فائدة من سماعه وكذا سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.

وتجدر الإشارة أن الحضانة لا تجزأ ويراعى فيها مصلحة المحضون¹، والأم أولى بحضانة الأبناء فإذا أسندت الحضانة لشخص آخر يتعين تبرير سبب حرمانها من الحضانة وإثبات عدم قدرتها

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002.07.31 تحت رقم 275990 ، م ق لسنة 2003 ، العدد 2 ، ص 300.

عليها، وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002.02.13 تحت رقم 265727 " إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة"¹

. إسناد الحضانة من مسائل الحالة ولا تطبق في شأنها قاعدة قوة الشيء المقضي فيه وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2019.07.03 تحت رقم 1302053.²

. تجدر الإشارة إلى أنه في حالة وفاة الأم (الزوجة غير مطلقة) يكون الأب (الزوج) الأحق بحضانة ولده ، وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ بالقول " أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس بالرغم من وقوفهم على وفاة الأم التي كانت زوجة للطاعن ، فإنهم أسندوا حضانة البنت للجدة لأم بعد إلغائهم الحكم المستأنف الذي أسندها للجدة لأب اعتماداً على مصلحة المحضون مخالفين بذلك نص المادتين 62 و 64 من قانون الأسرة لأن حق الرعاية والتربية يتكفل به الزوجان حال قيام العلاقة الزوجية وبعد وفاة أحدهما ينتقل تلقائياً إلى الطرف الآخر ودون حاجة إلى الحكم بها وبالتالي فب وفاة الأم يكون الأب الأحق بالحضانة وواجب الرعاية ولا يخرج عنه هذا الحق إلا إذا ثبت أنه غير أهل للقيام بهذا الواجب لأنه لا يمكن أن يجمع الصغير بين يُتمين يتم الوفاة و يُتم الحياة فضلاً عن أن الولاية وفقاً للمادة 3/87 من قانون الأسرة أصبحت مقرونة بالحضانة ولا يمكن أن يفقد الأب الحقين معا لسبب لا يد له فيه"³

وذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى أنه " يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون"⁴

ثانياً . دعوى إسقاط الحضانة:

إن أخل الحاضن بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، أو فقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عنه¹.

¹. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002 . 02.13 تحت رقم 265727 ، م ق لسنة 2002 ، العدد 2، ص 432.

² . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2019.07.03 تحت رقم 1302053 ، م ق لسنة 2019، العدد 2، ص 87.

³ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2015.01.15 تحت رقم 0990050 ، م ق لسنة 2015، العدد 1 ، ص 256.

⁴ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008.02.13 تحت رقم 424292 ، م ق لسنة 2008، العدد 1، ص 267.

ولأنه كلما اختلفت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوطها لا يكون تلقائياً بل لأبد فيه من حكم قضائي. دعوى سقوط الحضانة تكون دائماً دعوى أصلية، بخلاف دعوى إسنادها التي تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن هذه الدعوى لا يكون لها مفعول إذا ما تعارضت مع مصلحة المحضون.²

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع قد نص على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

1. اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة:

نصت المادة 67 من قانون الأسرة في شطرها الأول على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62..."، فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية وتربية المحضون على دين أبيه، وحفظ صحته سقط حقه في الحضانة، وعلى المدعي إثبات اختلال شروط الحضانة.

أكدت المحكمة العليا أنه لا يجوز رفض دعوى إسقاط الحضانة على أساس حق الأم بالأولوية في الحضانة دون التحقق من مدى رعاية المحضون و السهر عليه.³

. أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/9/30 تحت رقم 171684 أن جريمة الزنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة بالقول: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون"⁴، إلا أن المحكمة العليا في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 15 . 07 . 2010 تحت رقم 564787 أكدت أنه "يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"⁵، كما أن المحكمة العليا أكدت بأن اللعان لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عن الأم مراعاة لمصلحة المحضون.⁶

¹ . العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 388.

² . حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001 – 2002، ص 58.

³ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2016/10/05 تحت رقم 1016157 ، م ق لسنة 2016، العدد 2، ص 203.

⁴ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/9/30 تحت رقم 171684، م ق لسنة 2001، عدد خاص، ص 169.

⁵ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 . 07 . 2010 تحت رقم 564787 ، م ق لسنة 2010 ، العدد 2 ، ص 262.

⁶ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 . 07 . 2019 تحت رقم 1291270 ، م ق لسنة 2019، العدد 2، ص 84.

وأخرج المشرع عمل المرأة من مسقطات الحضانة، إلا إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية و غيرهما مما يخل بمصلحة المحضون، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 274207 الصادر بتاريخ 03 . 07 . 2002 القاضي " بأن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"¹

أيضا لا يسقط حق الأم في الحضانة لمجرد السفر و التردد على الخارج لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر، وأنه يمكن للأم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون دون أن تكون ملازمة له لمباشرة شؤونه².

وأكدت المحكمة العليا أنه لا يعتد برغبة الطفل غير المميز في اختيار من يحضنه وأن الحالة الميسورة لطالب إسقاط الحضانة ليست كافية لوحدها لإسنادها له ما لم يثبت أن الطرف المستفيد من الحضانة غير أهل لممارستها³، وحتى وإن رفض المحضون الالتحاق بالحاضن فلا تسقط حضانتها⁴.

2. عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة طبقا للمادة 68 من قانون الأسرة:

تنص المادة 68 من قانون الأسرة على أنه: " إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، فإذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند والدهم دون أن تطالب أمهم بحضانتهم لمدة تزيد عن سنة فإنه لم يعد من حقها أن تطالب بالحضانة أمام المحكمة كون سكوتها عن طلبها لمدة تزيد عن السنة دون عذر يعد تنازلا ضمنيا. والسقوط المنصوص عليه في المادة 68 كجزاء مقرون بعدم المطالبة بالحضانة خلال المدة المقررة بانعدام العذر، وعدم العلم بالزواج أحد الأعدار التي تحول دون تطبيق الجزاء، عبء إثبات العلم يقع على الحاضنة المتزوجة وليس على طالب الحضانة⁵.

¹. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 . 07 . 2002 تحت رقم 274207 ، م ق لسنة 2004 ، العدد 1 ، ص 270.

². قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2018.06.06 تحت رقم 1265504 ، م ق لسنة 2018، العدد 2، ص 85.

³. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2017.05.03 تحت رقم 1072148 ، م ق لسنة 2017، العدد 1، ص 156.

⁴. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2015.10.14 تحت رقم 1038904 ، م ق لسنة 2015، العدد 2، ص 162.

⁵. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012.12.13 تحت رقم 708025 فهرس رقم 01595/12 (قرار غير منشور) ذكره تواتي صديق، المرجع السابق، ص 512.

3. زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وبالتنازل:

تنص المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

أ. زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

أسقط المشرع الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، وعليه دائما أخذها بعين الاعتبار، ولقد اعتمدت كثير من قوانين الأحوال الشخصية العربية على قول ابن عابدين من الحنفية في جعل مسألة حضانة المرأة إذا تزوجت من أجنبي متروكة للسلطة التقديرية للقاضي بما يحقق مصلحة المحضون¹.

فرأي ابن عابدين كان الأقرب لمقصد الشريعة من حق الحضانة وهو مصلحة المحضون، فذهب ابن عابدين إلى أن حق الحضانة لا يسلب من الأم بسبب زواجها، بل إن المسألة قائمة على النظر في علة النص والغاية من الحضانة التي مدارها على نفع الولد ودفع الضرر عنه، ولا يرجح حق الأب مثلا دون النظر في ملابسات المسألة².

إلا أن المحكمة العليا أخذت بمبدأ سقوط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم بقوة القانون³ دون النظر إلى مصلحة المحضون وأكدت ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 13 . 09 . 2012 تحت رقم 693936 بالقول "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، مصلحة المحضون الواجب مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة فقط"⁴

نقول حتى وإن كانت مصلحة المحضون المقصودة في المادة 66 من قانون الأسرة تعود على التنازل فقط إلا أن القاضي دائما يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون في كل الإجراءات

¹ علاء أحمد القضاة، حضانة المرأة المتزوجة : دراسة فقهية مقاصدية مقارنة مع قوانين الأحوال الشخصية العربية ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية ، المجلد 14، العدد 2، السداسي الأول 2022، ص 214.

² حمزة أحمد أبو صليح ، حضانة الأم المتزوجة من أجنبي عن المحضون بين الفقه والقانون، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد 2، جوان 2022، ص 297.

³ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18 . 05 . 2005 تحت رقم 331058 ، م ق لسنة 2005 ، العدد 2، ص 383 و القرار الصادر بتاريخ 14.10.2015 تحت رقم 1024477 فهرس رقم 01483/15

⁴ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13 . 09 . 2012 تحت رقم 693936 ، م ق لسنة 2013 ، العدد 1، ص 253.

القانونية وليس بالضرورة إسقاط الحضانة عن الأم لزوجها بأجنبي غير قريب محرم للمحضون خاصة إذا ثبتت أن مصلحة هذا الأخير في بقاءه مع والدته وهذه المصلحة تكون على أساس المادة 07 من قانون حماية الطفل رقم 15 . 12 المؤرخ في 15 يوليو 2015¹ ، والمادة 03 فقرة 1 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989² المصادق عليها من قبل الجزائر والتي هي تسمو على القانون طبقا للمادة 150 من الدستور.

المشرع المصري في المادة 104 من قانون الأحوال الشخصية أكد أن الزوجة لا يسقط عنها حق الحضانة في حال تزوجت من آخر بالضرورة إذا رأى القاضي غير ذلك بناء على تقرير نفسي واجتماعي للأطفال ولكن يسقط عن الأم حق المسكن.

. تجدر الإشارة إلى أن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات أهمها:

- عدم وجود من يلي الأم في الحضانة أو يكون غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضنته.
 - ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة.
 - أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض.
 - لكن إذا اختارت المرأة الزواج بأجنبي غير محرم عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن الحضانة؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه أو موته عنها؟
- للمذهب المالكي قولين:

القول الأول: أنها لا تعود إليها الحضانة وهو المشهور في مذهب مالك.

قال الخرشي: "الحاضنة إذا سقط حقها من الحضانة بسبب تزويج كما مر وانتقل الحق لمن بعدها، ثم طلقت أو مات زوجها، فإن الحضانة لا تعود لها سواء كانت أما أو غيرها، بل الحق

¹ .تنص المادة 07 من قانون حماية الطفل على أنه " يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه، يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل لاسيما جنسه و سنه و صحته واحتياجاته المعنوية و الفكرية و العاطفية و البدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه".

² .تنص المادة 03 فقرة 1 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال ، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية بولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى..".

فيها باق لمن انتقلت له.. يعني أن المرأة إذا أسقطت حقها من حضانة ولدها من غير مانع قام بها، ثم أرادت أخذه بعد ذلك فليس لها ذلك على المشهور.¹

يتبين أن حق الأم في الحضانة يسقط باختيارها، أما إن كان العارض اضطرارياً مثل: أن تكون الأم مريضة أو مسافرة سفراً لا بد لها منه كالسفر إلى الحج وهي ضرورية، ثم زال ذلك العارض: فإن الحضانة ترجع إليها بلا إشكال، وهو ما كرسته المحكمة العليا بالقول "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب السقوط غير الاختياري، يعد سقوطاً اضطرارياً غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع"².

القول الثاني: أن الحضانة تعود إليها، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب حيث قال: " فإن طلقها أو مات عنها، كان لها أخذه لزوال المانع" وقال ابن رشد: " وقد قيل أن حضانتها إنما تسقط ما دامت مع الزوج، فإن مات عنها أو طلقها، رجعت فأخذت ولدها، وكانت أحق بحضانتها وهو قول المغيرة، وابن دينار، وابن أبي حازم، ووجه هذا القول: أن النكاح مما تدعو إليه الضرورة، فلا يقدر على الصبر دونه فأشبه سقوط حضانتها بمرضها، أو انقطاع لبنها، أنها ترجع فيما إذا ارتفع المانع لها من الحضانة"³.

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

ولم توضح هذه المادة معنى السبب غير الاختياري، كما لم تفرق بينه وبين السبب الاختياري. تذبذبت قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن فهناك قرارات اعتبرت أن زواج الأم بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختياريًا وأن إسناد الحضانة لها بعد أن أسقطت عنها لزواجها بأجنبي يعد مخالفة للقانون⁴، وعلى العكس من ذلك قرارات أخرى اعتبرت أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها

¹ دباغ رقية ، المرجع السابق، ص 218.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2017.04.05 تحت رقم 1067582 ، م ق لسنة 2017، العدد 01، ص 153.

³ دباغ رقية ، المرجع السابق، ص 219.

⁴ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990.02.05 تحت رقم 58812 ، م ق لسنة 1992، العدد 4 ، ص 58.

من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب¹.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا أن إعادة المطلقة الحاضنة للزواج يدخل ضمن السبب غير الاختياري لأن إعادتها للزواج غالبا ما يكون مرده ضغط اجتماعي أو مادي أو معنوي لعدم عندها إرادة الاختيار مما يجعل حقها في استعادة الحضانة قائما إذا كانت هذه الاستعادة تحقق مصلحة المحضون².

وبالتالي أصبح الاجتهاد القضائي يفسر سبب السقوط غير الاختياري تفسيراً مخالفاً للفقهاء المالكي، ويعود سبب تبني المحكمة العليا للرأي القائل بعودة الحضانة للأم بعد خلوها من الزوج، هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، لأن الأم هي الأرقى والأقدر والأصبر على تربية ولدها مقارنة بغيرها من الحواضن، ولقد أوكل الدور إلى القاضي في تقدير مصلحة المحضون فيستعين هذا الأخير بأهل الخبرة في تقديرها.

ب. التنازل عن الحضانة:

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الحاضنة إذا تنازلت عن الحضانة، فإن حقها فيها يسقط، سواء تنازلت بعوض أو بغير عوض، وأنها لو تنازلت لشخص آخر، لا تنتقل الحضانة إليه، وإنما تنتقل لمن يليها في الرتبة، لأن هذا الحق انتقل إليه بمجرد التنازل، فلا تملك أن تعطيه للغير، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة³.

أما التنازل الضمني، فيكون بثبوت حق الحضانة للشخص، ويسكت عن أخذ المحضون أو المطالبة بحقه في الحضانة مدة طويلة قدرها الفقهاء بسنة كاملة، ومثال ذلك أن تتزوج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون، ولا يطالب الأب بأخذ الولد منها، فإنها إذا خلت من زوج بعد ذلك بطلاق أو وفاة، يسقط حق الأب في أخذ الولد، لأنه ترك حقه أول الأمر، فيعد هذا تنازلاً ضمنيا عنه⁴.

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 11. 21. 2000 تحت رقم 252308، م ق لسنة 2001، العدد 2، ص 284.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10. 09. 2015 تحت رقم 0948525 فهرس رقم 01305/15، نواتي صديق، المرجع السابق، ص 516.

³ حيدرة محمد، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، 2018، ص 17.

⁴ حيدرة محمد، المرجع نفسه، ص 17.

. في القانون وردت هذه المسألة في المادة 66 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه " يسقط حق الحاضنة ... وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وحسب هذه المادة فإن الحاضنة إذا تنازلت عن الحضانة، سقط حقها فيها، لكن ذلك مشروط بعدم المساس بمصلحة المحضون، فإن وقع التنازل منها، وكان في انتقال الحضانة إلى من يليها في الرتبة محافظة على مصلحة المحضون، قبل منها التنازل، وإلا تعينت الحضانة في حقها ولم تسقط ، وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 03 . 07 . 1989 تحت رقم 54353 في قضية أم تنازلت عن حضانة ابنتها المريضة للأب، حيث قرر المجلس أن هذا التنازل لا يلتفت إليه لأنه يضر بالبنت، وذلك بناء على المادة 66 من قانون الأسرة واستنادا إلى شهادة طبية تثبت مرض الطفلة مرضا مزمنًا تحتاج فيه إلى رعاية الأم، لاسيما ملازمتها بالمستشفى، وهو ما لا يمكن للأب أن يوفره لها، بالنظر إلى ظروف عمله¹.

فرغم أن المشرع أجاز للحاضنة التنازل عن الحضانة ولكن قيّد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون²، فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون³.

فكل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 14 . 10 . 2010 تحت رقم 581222 بالقول " تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"⁴

يشترط في التنازل عن الحضانة الشروط الآتية:

- استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة.

¹ . سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط 1 ، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 565.

² . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13 . 02 . 2002 تحت رقم 282153 ، م ق لسنة 2004، العدد 01، ص 282.

³ . بن داود حنان، المرجع السابق، ص 247.

⁴ . قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 . 10 . 2010 تحت رقم 581222 ، م ق لسنة 2011، العدد 01، ص 248.

- أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها وهذا شرط بديهي فلا يملك استعمال الحق إلا مستحقه، ولما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بموجب مبرر شرعي كان النزول عنها غير قابل للتجزئة¹.

- أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرًا بمصلحة المحضون.

- لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر.

إمكانية عودة المحضون للمتنازل عن الحضانة/

مع أن الأم تنازلت عن الحضانة بمحض إرادتها، وهو سبب اختياري، ومن المفروض لا يحق لها في هذه الحالة أن تطالب بعودة هذا الحق إليها وفقا لمقتضيات المادة 71 من قانون الأسرة، إلا أن المحكمة العليا أجازت للأم المتنازلة عن الحضانة المطالبة بها من جديد بالقول " يحق للأم المطالبة بالحضانة من جديد، بعد تنازلها عنها أثناء الطلاق بالتراضي متى بررت طلبها وكانت الحضانة الفعلية عندها"².

4. أسباب أخرى لسقوط الحضانة:

هناك أسباب أخرى لسقوط الحضانة واردة في المادتين 69 و 70 من قانون الأسرة.

جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة 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".

المشرع لم يفرق بين البلد الأجنبي المسلم وغير المسلم ذلك أن غايته ممارسة الحاضن حقه في الحضانة في بلد محل إقامة أب المحضون، حتى يتمكن من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته.

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة أي مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نصت عليها المادة 70 من قانون الأسرة: " تسقط حضانة الجدة

أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

¹ .عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 164.

² .قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10.06.2021 تحت رقم 1453870، م ق لسنة 2021، العدد 02، ص 80.

. من استقراء جل الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة وإسقاطها نجد أن المعيار الوحيد المعتد به في اتخاذ الإجراء هو تحقق مصلحة المحضون والتي تستشف بعد التحقيق الذي يجريه القاضي.

الفرع الثاني: انقضاء الحضانة وتمديدتها.

نص قانون الأسرة في المادة 65 منه على ما يلي: "تنقضي حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" يفهم من نص هذه المادة أن الأصل في حضانة الذكر أن تمتد إلى بلوغه العاشرة من العمر، وهي السن التي يستطيع فيها الطفل الاعتماد على نفسه في الشؤون البسيطة، ويمكن للقاضي بناء على طلب أن يحكم بتمديدتها إلى سن السادسة عشرة إذا توافرت شروط هي:

. أن تكون الحاضنة هي الأم فشرط التمديد مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة كالجددة والخالة والعممة فمتى كانت الحاضنة إحداهن فإن الحضانة بالنسبة لهن وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات في مواجهة الأب¹.

. أن لا تكون الأم قد تزوجت ثانية، وأن تكون ثمة مصلحة يراها القاضي في حكمه بتمديد فترة الحضانة²، وأن يكون طلب التمديد خلال سنة حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة، فإن انقضت مدة السنة من نهاية العشر سنوات ولم يُطلب التمديد ولم يكن للأم الحاضنة أي عذر قانوني في تأخرها لطلب التمديد، سقط حقها في المطالبة بذلك³.

لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإنها خرجت عن نص المادة 65 أعلاه وأكدت على أن الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات، وأن الحاضنة تبقى متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون⁴.

¹ .قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15.01.2015 تحت رقم 0842551 ، م ق لسنة 2015، العدد 1، ص 231.

² . حيدرة محمد ، المرجع السابق ، ص 15.

³ . حميدوزمية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، ص 64.

⁴ .قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10.02.2011 تحت رقم 599850 ، م ق لسنة 2012، العدد 1، ص 281.

أما الأنثى فتتقضي حضانتها باكتمال أهليتها للزواج، وذلك ببلوغها سن التاسعة عشرة، الذي حددته المادة 07 من قانون الأسرة، وهذا زيادة في الحرص على تربية البنت وتنشئتها وإعدادها للحياة الزوجية، وهو مظهر آخر من مظاهر مراعاة مصلحة المحضون، فإذا بلغت البنت هذه السن فإن حضانتها تسقط بقوة القانون، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها¹، ولكن يبقى على عاتق الأب نفقتها حتى تتزوج وكذا هو ملزم بتوفير لها سكن أو بدل إيجار في حالة امتناعه عن ضمها إليه ورفضه إقامتها معه في بيته².

المطلب الثاني: الإشكالات الناتجة عن أحكام الحضانة.

موضوع الحضانة لا يخلو من المشاكل العملية، لاسيما أمام انعدام النص القانوني في مسائل معينة مما يصعب من مهمة القاضي، ويمكن حصر هذه الإشكالات في نوعين: إشكالات متعلقة بممارسة حق الحضانة (الفرع الأول) وإشكالات متعلقة بتقدير مصلحة المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الإشكالات المتعلقة بممارسة حق الحضانة.

هناك عدة إشكالات متعلقة بممارسة حق الحضانة نذكر منها:

أولا . الإشكالات المتعلقة بالنفقة والزياة.

أ . إشكالات النفقة/

هناك إشكال إجرائي برز من خلال الممارسة القضائية، فطبقا للمادة 65 من قانون الأسرة المعدل و المتمم فإن الحضانة تنقضي بالنسبة للذكور ببلوغهم سن 16 سنة والإناث ببلوغهن سن الزواج إلا أنه بالرغم من انقضاء الحضانة تبقى نفقتهم واجبة على الأب ويثار الإشكال بالنسبة للذكور البالغين 16 سنة لا تتوافر لديهم الأهلية للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء. ففي حالة تقاعس الأب عن دفع نفقتهم من يتولى رفع دعواهم؟

برجعنا للتطبيقات القضائية وجدنا أن هذه الدعاوى ترفع باسم القاصروبوواسطة الأم كقائمة في حقه وذلك بصفتها ولية أمره بما أنه يعيش عندها وهي من تتكفل بشؤونه وليس بصفتها حاضنة لأن الحضانة أصلا انقضت، والمحكمة العليا أكدت على بقاء الحاضنة متوفرة على

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20060104 تحت رقم 347914 ، م ق لسنة 2006، العدد 01، ص 449.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 201205.17 تحت رقم 686369 ، م ق لسنة 2012، العدد 2، ص 257.

صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون الذكر الذي تجاوز 10 سنوات وهي غير ملزمة بالمطالبة قضائياً بالتمديد¹ ولكن لا توجد قرارات أكدت على بقاء هذه الصفة بعد انقضاء الحضانة للفترة بين 16 سنة وبلوغ الذكر سن 19 سنة.

حسب رأينا الولاية في الطلاق مرتبطة بالحضانة وبانقضاء هذه الأخيرة تفقد الأم صفتها كحاضنة و كوليّة أيضاً، وترجع الولاية لأصلها العام بأن تكون للأب، وعلى المشرع تدارك هذا الفراغ، ذلك أن هناك محاكم تقبل دعوى الأم وأخرى تقضي بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة مما يؤدي إلى هدر حقوق الابن بعد ذلك.

تجدر الإشارة أنه في القانون المصري فرّق المشرع بين الحضانة والولاية ولم يجعل هذه الأخيرة مرتبطة بالحضانة في حالة الطلاق بل تبقى الولاية للأب حتى وإن كانت الحضانة لغيره، وأكدت المادة 106 من قانون الأحوال الشخصية المصري أنه في حالة بلوغ الطفل السن القانوني إنهاء الحضانة من الممكن إبقاء الطفل في حضانة أمه بناء على مصلحة الطفل مع إسقاط حق الأم في النفقة والمسكن.

في القانون الأردني احتفظ أيضاً المشرع بالولاية للأب رغم إسناد الحضانة للأم. إشكال آخر فيما يخص دعوى مراجعة النفقة: فطبقاً للمادة "323" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن دعوى النفقة تكون مشمولة بالنفذ المعجل إذا ما طلب الخصوم من القاضي أن يحكم بها لتوافر عنصر الاستعجال فيها وتنفذ رغم المعارضة والاستئناف.

فهل دعوى مراجعة النفقة تأخذ نفس الحكم أم لا ؟ هنا يوجد رأيين:

الرأي الأول: الذي يقول بعدم الحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل لعدم توافر عنصر الاستعجال ولكون النفقة مضمونة بالحكم محل المراجعة ذلك أنها تسري من يوم النطق بالحكم.

الرأي الثاني: الذي يقول بالحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل إذا طلبه الخصوم على اعتبار أن المراجعة متعلقة بالنفقة وبالتالي سوف تأخذ نفس الحكم كما أن الحكم الجديد المراجع للنفقة هو الذي سوف ينفذ.

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10 . 02 . 2011 تحت رقم 599850 ، م ق لسنة 2012 ، العدد 1 ، ص 281.

ب . اشكالات الزيارة/

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على حق زيارة المحضون، لكن ما يعترض السلطة التقديرية للقاضي أن المشرع لم يحدد مفهوم الزيارة و لا شروطها ولا حتى حالات سقوطها عند الإخلال بها، ولم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون، وكذلك سكت على كيفية تنظيم ممارسة حق الزيارة وعن الضوابط التي تحمي المحضون، ولم يحدد مكان ممارسة الحضانة هل هو المنزل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنه أو حاضنته أو هو مكان آخر؟ كما أنه لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة، ولم يحدد طريقة الزيارة في حالة بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة وترك كل ذلك للسلطة التقديرية للقاضي واجتهاده.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقا لتنظيم حق الرؤية (الزيارة) ولكن من الممكن أن يؤخذ الحكم بطريق القياس على خروج الزوجة لرؤية أبويها فقد نص الفقهاء على أن للزوجة الحق في الخروج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة ومنه تحدد الرؤية بمرة كل أسبوع لأن تلك رؤية الفرع لأصله وهذه رؤية الأصل لفرعه فالعلاقة واحدة وهي علاقة الأصل بالفرع، وعليه في غياب نصوص قانونية أو شرعية يجب على القاضي دفعا للضرر أن يراعي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق وأن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون والاطمئنان على أحواله، كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون التي يجب أن ترجح في كل الأحوال.

وحبذا لو انتهج المشرع نهج المشرع الأردني الذي فصل في الزيارة في المواد من 181 إلى 183 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 حتى تكون مراقبة على مدى أحقية الوالد أو غيره بهذا الحق لما قد ينجر عنه اختلال لمصلحة المحضون، فالزيارة في القانون الأردني جد مفصلة لدرجة التفريق بين عدد ليالي مبيت المحضون بحسب سنه وأعطى الحق للجد في حالة غياب الأب حق الزيارة وفرق بين الزيارة داخل المملكة وخارجها وإمكانية تعديل أوقات الزيارة ومكان ذلك وكذا نصه على جزاء إسقاط الحضانة المؤقت عن الحاضن جراء امتناعه المتكرر عن تمكين المحكوم له بالزيارة وبعد إعدار قاضي التنفيذ له ، وكذا جزاء التخلف عن تنفيذ

حكم الرؤية والمبيت دون عذر بوقف تنفيذ حكم الزيارة لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، وهو ما من شأنه منع التعسف في استعمال حق الحضانة من الطرفين.

ثانيا . إشكالية الانتقال بالمحضون.

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى حكم الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني إذا كان ذلك مسقط للحضانة أم لا؟ إلا أنه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وجدنا أنّ السفر لا يسقط حقّ الحضانة حسب الأحناف، بينما يسقطها في رأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)، إذ أنّه يجب أن لا تزيد المسافة عن ستة برود أي حوالي 133 كلم وأن تتوفر في السفر راحة الصغير ومصالحته وصحّته، فإذا كان هناك مخاطر على المحضون فلا يجوز لأيّ من الأبوين أو غيرهما السّفْر به.

وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يغير من واقع هذه المسافة تغيير وسائل المواصلات وسرعتها فالمقصود من تحديد المسافة هو القرب، ذلك أن رؤية المحضون من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف، وإنما المقصود من الرؤية هو الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير.

. بالنسبة للانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني عالجه المشرع في المادة 69 من قانون الأسرة، وجعل من الانتقال بالمحضون إلى خارج الجزائر راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يمكن إسناد الحضانة للأم المتواجدة خارج التراب الوطني مراعاة لمصلحة المحضون، ولكن يبقى مشكل الحق في الزيارة وما يوفره هذا الحق من توازن عاطفي للطفل محل إشكال ذلك أنه من الطبيعي أن انفصال الزوجين وتواجد كل منهما في بلد بعيد عن البلد الآخر من شأنه أن لا يحقق المصلحة المرجوة للمحضون.

ثالثا . إشكالية الحضانة في الزواج المختلط.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أنه اعتبرها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية وباستقراء أحكام الفقرة 2 من المادة 12 من القانون المدني نجد أن المشرع قد أخضع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى، وبالتالي يمكن القول أن القانون الجزائري قد أخضع الحضانة إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى، كما يطبق

القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج استناداً لنص المادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع القاضي إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة لتحديد من تثبت له الحضانة والوقوف على أسباب انقضائها وسقوطها أو التنازل عنها، وتحديد نفقة المحضون¹.

لقد أدت مشاكل الحضانة في الزواج المختلط، إلى إبرام معاهدات دولية ومنها:

1. اتفاقية لاهاي لسنة 1961 المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 02/04/1969 ولم تصادق عليها الجزائر، وهي تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت أساساً لحماية الطفل ذاته وتحديد الضمانات القانونية لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين دون الاهتمام لشروط الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي تأثر بنفس الاتجاه، الذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل².

2. الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا:

حتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط، أبرم الطرفين معاهدة ثنائية بشأن المنازعات التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبية والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين، بموجب اتفاقية سنة 1988، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال³.

نصت المادة 06 من الاتفاقية على أنه: "يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلاً للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما". وأكدت المادة 08 من الاتفاقية على أنه: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما". وأوضحت أيضاً المادة 09 من

¹ المكي صلوح ، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 1، الجزائر، 2021، ص 177.

² المكي صلوح ، المرجع السابق، ص 179.

³ . الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 14488 المؤرخ في 26 يوليو 1988 ، ج ر عدد 30، صادرة في 27 جويلية 1988.

الاتفاقية بأنه: تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني¹

رغم أن الاتفاقية تضمنت حلولاً قضائية وإدارية فعالة للحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدولية وجعل المحضون في اتصال دائم بين والديه من خلال تقرير حق الزيارة عبر حدود البلدين، إلا أنها لم تعالج الإشكالات الأخرى فهي تخدم مصلحة الطرف الفرنسي وتطغى عليها أحكام القانون الفرنسي بدليل عدم وجود أي إشارة لشرط تربية الابن على الدين الإسلامي الذي يعتبر أبرز الأسس الجوهرية التي تبنى عليها مصلحة المحضون في القانون الجزائري.²

كما أن الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، من بينها مشكلة الحضانة عند إسنادها للأم لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف القضاء الفرنسي، وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، ولكن السؤال المطروح هل ستمارس الأم الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أي تربية الطفل على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية؟ أكيد هذا غير ممكن، مثل هذه المشاكل لا نجد لها حلول في بنود الاتفاقية مما يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين المحاكم الجزائرية والمحاكم الفرنسية، أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام في الجزائر.

رابعا. إشكالية مسؤولية متولي الرقابة على المحضون.

الأصل أن الشخص لا يسأل عن فعل يصدر عن غيره، لكن يسأل استثناء عن الفعل الضار الذي يصدر عن الشخص الخاضع لرقابته، وتدخل مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة، ضمن المسؤولية الناشئة عن فعل الغير.

¹ .موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، الجزائر،

2021، ص 917.

² .عفرة حياة، إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، مجلد 17، العدد

2، الجزائر، 2022، ص 771.

لم يورد المشرع أي نص قانوني في قانون الأسرة يعالج أفعال المحضون الضارة مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

نصت المادة 134 من القانون المدني¹ على أن " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

تنص المادة 87 فقرة 3 من قانون الأسرة " .. وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 جعل المشرع الحاضن متولي الرقابة أي الشخص الذي أسندت له الحضانة والولاية لقيامه بواجب الرقابة للطفل المحضون من تربية وتوجيهه للسلوك حتى لا يرتكب أفعالا ضارة تجاه الغير والتي يحدد على أساسها المسؤولية، غير أن المشرع أغفل نوع الولاية التي تقوم بها الحاضنة على اعتبار أن الولاية أنواع، وهذا ما يكشف الفراغ القانوني حول طبيعة مسؤولية الأب المجرى من الولاية بحكم القضاء حينما يرتكب المحضون القاصر أفعالا تضر بالغير²

فإذا أسندت الحضانة إلى الأم وهو الوضع الغالب فتعتبر وليا على أبنائها القصر وتكون ملزمة برعايتهم من خلال رعايتهم وتعليمهم والقيام بتربيتهم على دين أبيهم والسهرة على حمايتهم وحفظهم صحيا وخلقيا، وهذا يقتضي أيضا أن تُسأل عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيا الأبناء القصر³، وفي هذه الحالة يمكن القول بأن إسناد الحضانة للأم مع تقرير حق الزيارة للأب من شأنه أن يقيم مسؤولية الأب حالة وقوع الفعل الضار من الابن القاصر أثناء تواجده لدى أبيه⁴.

¹ الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 26.09.1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج رعدد 78 الصادرة بتاريخ 30/09/1975.

² دلالي جيلالي، إشكالية ممارسة السلطة الأبوية في ظل إسناد الحضانة للأم، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، العدد 29، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس 2022، ص 151.

³ حمر العين عبد القادر، ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2019، ص 1144.

⁴ دلالي جيلالي، مرجع سابق، ص 153.

إسناد الحضانة للأب لا يعني تخلي الأب عن مسؤولياته الرقابية والتوجيهية وهو ما رُمى إليه قانون الأسرة بتمكين الأب من الزيارة، ذلك أن هذه الأخيرة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونهم و الوقوف على أمورهم.

وإذا أُلزم الأب بمسؤولية متولي الرقابة فيبقى الإشكال قائماً في الإثبات فهو لا يمارس على المحضون ولايته بما فيها سلطته الأبوية فكيف يُحمّل مسؤولية متولي الرقابة خلال فترة انتقاله بالمحضون أثناء الزيارة له وهل ساعات الزيارة المحددة في الحكم كافية ليتحمّل هذه المسؤولية؟

الفرع الثاني : إشكالية تقدير مصلحة المحضون.

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون حتى يستطيع القاضي حمايته ورعاية مصالحه.

والمصلحة في المفهوم اللغوي كالمنفعة، فهي مصدر بمعنى الصالح، كالمنفعة بمعنى النفع أو هي اسم الواحدة من المصالح، على أنها في الاصطلاح تعني المنفعة التي أرادها الشارع الحكيم لعباده في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

والملاحظ أن المواد القانونية المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون"، وهذا يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم وهو " مصلحة المحضون"، وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها، وهذه القاعدة شخصية وذاتية يختلف أمر تقديرها من طفل لآخر ومن قاض لآخر ومن ظروف قضية لأخرى لأنها مسألة قابلة للتغيير فما يصلح للطفل المحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر، وهي قاعدة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي الذي يتعين عليه تغليب المصلحة المعنوية للطفل على المصلحة المادية بما يحقق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

وحتى يكون القاضي قناعته في تحديد ما هو الأجدر للمحضون منحه القانون وسائل وسلطات معينة يختار بينها حسب معطيات القضية المطروحة أمامه سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى كالتحقيق أو عن طريق الخبرة بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو باللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض

الاستشارة والانتقال للمعاينة للمكان الذي تمارس فيه الحضانة وكذا الاستماع إلى الشهود من خلال الاستماع لأطراف النزاع من الأب والأم، أو إلى أحد أطراف العائلة من أقارب الطفل أو الاستماع إلى أقوال الطفل على سبيل الاستدلال¹ وهي كلها معايير إجرائية لتقدير مصلحة المحضون.

ولم يعط المشرع للقاضي بصفة مباشرة معايير موضوعية لتقدير مصلحة المحضون، غير أنها تستشف بطريقة غير مباشرة من تعريف الحضانة ومن شروط ممارستها وهي بذلك تستدعي النظر إلى المحضون ومدى تحقيق الحضانة لأهدافها والنظر إلى الحاضن ومدى توفره على شروط ممارسته للحضانة ذلك أن المغزى من تقرير الحضانة هي حاجة المحضون إليها فصغره وعجزه عن تلبية حاجياته بنفسه أمر يجعله بحاجة للرعاية في ظروف ملائمة تحقق حمايته من كل خطر.

. سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

للقاضي دور فعال ورئيسي في مسألة الحضانة من خلال التكامل ما بين ما سنّه المشرع من جهة و سعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق من جهة أخرى مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون، ومن ذلك إبراز سلطته في ترتيب الحواضن، وتمديد الحضانة، وكذا في حالات إسقاطها.

✓ سلطة القاضي في ترتيب الحواضن: فبالرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة

يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الوارد حصرا في المادة فإنه ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، ويجوز للقاضي مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها مراعاة لمصلحة المحضون،² وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/10 " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في

¹ . نجومون المولودة قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتنياز الأم بحق الحضانة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07 العدد، 01، الجزائر، جوان 2022، ص 908 .909.

² . غريسي جمال، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 2، الجزائر، 2021، ص

المادة 64 من قانون الأسرة، فيخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"¹.

✓ **سلطة القاضي في إجبار الأم أو غيرها على الحضانة:** وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998.04.21 بالقول: "كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون"².

✓ **سلطة القاضي في تمديد الحضانة:**

نظرا لأهمية تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد رأى المشرع إمكانية تمديدها إلى سن 16 سنة بالنسبة للذكر بطلب من الحاضنة، وخص هذا الحكم الذكردون الأنثى بحجة أن هذه الأخيرة مدة حضانتها طويلة – بلوغ سن الزواج- مقارنة مع مدة حضانة الذكر، ولكن التمديد يكون بالشروط القانونية المنوه عنها سابقا.

✓ **سلطة القاضي في إسقاط الحضانة:**

منح المشرع للقاضي سلطة إسقاط الحضانة بقوة القانون في حالة عدم توفر شروط الحضانة في الحاضن وعدم أهليته للقيام بها عند الإخلال بشروط الحضانة الواردة في المادة 62 من قانون الأسرة كإهمال المحضون، وفي الحالات، التي تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق فيها فيعالجها القاضي مراعاة لمصلحة المحضون لاسيما زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم للمحضون وكذا إقامة الحاضنة في بلد أجنبي، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/11/21 "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة وذلك لبعده المسافة"³، والمشرع في مسألة الانتقال بالمحضون لم يفرق بين

¹ . قرار رقم 313469 صادر بتاريخ 2011/03/10 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 285.

² . قرار رقم 189234 صادر بتاريخ 1998/04/21 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهادات القضائية، عدد خاص، 2001، ص 175.

³ . قرار رقم 111048 صادر بتاريخ 1995/11/21 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 102.

البلد الأجنبي المسلم وغير المسلم، مما ترك أمر سقوط الحق في الحضانة أو إسنادها لتقدير القاضي مما يصعب عليه تحديد مصلحة المحضون داخليا وخارجيا¹.
لقد ألزم القانون بمراعاة المصلحة الفضلى للمحضون، وحسنا فعل لأن أعمال القاضي لهذه القاعدة في أحكامه يكفل حماية كافية للطفل، رغم أن المشرع لم يحدد معايير يمكن اتباعها لتحقيق مصلحة المحضون، وهو ما من شأنه أن يجعل القاضي في حرج عند الفصل في الموضوع.

الخاتمة:

تعد الحضانة من أهم الآثار الشرعية والقانونية لانحلال الرابطة الزوجية، لذلك اهتم بها فقهاء المالكية اهتماما بالغا، واجتهدوا في بيان أحكامها وقواعدها ولقد استفاد المشرع الجزائري من هذه الأحكام والقواعد وبنى عليها نصوصا قانونية خاصة بهذا الباب.
يتفق الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في المقصد العام من الحضانة وهو مراعاة مصلحة المحضون والقيام على شؤونه وتنشئته وتنشئة دينية وعقلية سوية، ويحكم قاعدة مصلحة المحضون عنصران: الأول تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، والثاني تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.
استمداد المشرع الجزائري لأحكام الأسرة عامة وأحكام الحضانة خاصة من الشريعة الإسلامية جعل المواد المتضمنة لهذا الباب ثابتة ومستقرة ولا تخضع للتعديل إلا نادرا.
فيما يتعلق بشروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع بعبارة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك " حسب المادة 62 من قانون الأسرة، فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وترك ذلك للقاضي ليجتهد فيها في مصادر الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة، فكان الأحرى به أن يحددها ليضمن التطبيق السليم وكذا ليسهل المهمة على القاضي، وليضمن أفضل تحقيق لمصلحة المحضون.

¹. غريسي جمال ، المرجع السابق، ص 515.

وإذا كان قانون الأسرة في المادة 64 منه قد حدد مراتب الحاضنين فإنه منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الحاضن الأنسب لرعاية المحضون عملاً بمبدأ مصلحة المحضون، وبعد تعدادة لمستحقي الحضانة جاء بعبارة " ثم الأقربون درجة" ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نصوص قانون الأسرة، وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود الأقربين درجة أو عدم كفاءة أي منهم للحضانة فلن تسند الحضانة؟ بما أنه لم يبين أشخاصهم فعلى القاضي تولى ذلك بالرجوع دائماً إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وهو لم يحدد له المذهب الذي يتبعه باختلاف المذاهب في ذلك، كما أنه في هذه المادة ترك العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجري فيه ولا الزمان.

المشرع أضاف في المادة 64 من قانون الأسرة عبارة: "مع مراعاة مصلحة المحضون" فهذا دليل على أن الترتيب الوارد حصراً في المادة 64 ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلاً للقيام بها، على هذا الأساس جعل المشرع ترتيب مستحقي الحضانة موجهاً للقاضي فمتى رأى مصلحة المحضون قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 وله الخروج على هذا الترتيب.

يظهر التناقض في قرارات المحكمة العليا بشأن إسناد الحضانة للأم في حالة تخلف شرط الأمانة أو الدين، أنه بعدما كانت تسقط الحضانة عن الأم الزانية أصبحت تبقيها على اعتبار مراعاة مصلحة المحضون بحجة صغر سن المحضونة واحتياجها لحضانة النساء، أما فيما يتعلق بشرط الدين فقد أعطت الحق للأم الكافرة في حضانة ابنها وهو ما يتعارض مع المبدأ القانوني الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة حول وجوب تربية الابن على دين أبيه والمبدأ الشرعي الذي يجعل الردة من أسباب فسخ عقد الزواج وأثاره ما دامت الأم مرتدة بكفرها على أساس أنه لا يجوز للمسلم الزواج إلا بكتابية، إلا إذا حدثت الردة بعد الطلاق.

وتعد مسألة وفاة الحاضن من بين النزاعات الشائكة التي يتلقها القضاء، حيث نجد أن المشرع لم ينص صراحة لمن يؤول حق الحضانة بعد وفاة الحاضنة بل اكتفى بنص المادة 64 من قانون الأسرة التي جاءت عامة وشاملة، وهذا ما أدى إلى عدم استقرار قرارات المحكمة العليا، حيث ارتكزت فيها على مدى تطبيق قضاة الموضوع للقانون من خلال مراعاتهم لمصلحة

المحزون وتبقى العبرة في مسألة الترتيب بعد وفاة الحاضنة بالمصلحة وليس بالأولوية المنصوص عليها في المادة 64 من قانون الأسرة.

كما أكد الاجتهاد القضائي أن حق المحزون في السكن مرتبط أساسا بقيام الحضانة وينتهي بانتهاء مدة الحضانة، و يبرز الدور الإيجابي للاجتهاد القضائي من خلال دوره الفعال في تنظيم مسألة حق زيارة المحزون والذي أقر على أن تكون الزيارة مرة واحدة في الأسبوع على الأقل، وأن حق الزيارة لا يقتصر فقط على طرفي النزاع حول الحضانة بل يمتد إلى كل شخص له قرابة بالمحزون.

جاء المشرع بنص المادة 72 من قانون الأسرة بعد التعديل بغية حماية المحزون وحفظه ووقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية التي تلحق به بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه، إلا أن هذا النص جاء معيبا وقاصرا من عدة جوانب يمكن تلخيصها في ما يلي:
من خلال هذه المادة منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات، كما أنه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة و اكتفى بعبارة " الملائمة"، ولم يحدد كذلك المكان الذي تمارس فيه الحضانة ولا المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" تطرح مشكل إمكانية الجمع بين أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة وهو أمر غير مقبول شرعا.
السلطة الأبوية وسيلة مهمة لضبط سلوك المحزون والإشراف على تربيته والمساهمة في توجيهه ومراقبة تصرفاته ولكنها سلطة معطلة في ظل إسناد الحضانة والولاية معا للأم، وطالما أن واجبات ومسؤوليات الحاضن هي جزء أساسي من واجبات الولي أو متولي الرقابة فعلى أساسها يتحمل المسؤولية القانونية.

أغفل المشرع ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بالحضانة عند انحلال الزواج المختلط، ولم يحدد شروط الحضانة بالنسبة للطرف الأجنبي رغم أهميتها، كما لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في الزواج المختلط، وهو ما يعتبر فراغا قانونيا، واعتبار خضوع الحضانة لقاعدة آثار

انحلال الرابطة الزوجية المتمثلة في نص المادة 2/12 من القانون المدني والاستثناء الوارد في نص المادة 13 منه لا يتناسب والخصوصية التي يجب أن يحض بها الطفل المحضون من حيث الحماية، ورغم وجود عدة اتفاقيات ثنائية ودولية بخصوص الحضانة إلا أن أحكامها ما تزال ناقصة.

الملاحظ أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون"، وهذا يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم وهو " مصلحة المحضون"، وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي مدار مسائل الحضانة كلها وإن كانت هذه القاعدة هي مسألة شخصية وذاتية يختلف أمر تقديرها من طفل لآخر ومن قاض لآخر ومن ظروف قضية لأخرى لأنها مسألة قابلة للتغيير، إلا أنه على القاضي وفي كل قضية من قضايا الحضانة بمختلف عناصرها تغليب المصلحة المعنوية للطفل على المصلحة المادية بما يحقق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه ما زالت تعترضها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها.

- الاقتراحات:

- ✓ العمل على تكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا فقهيا إضافة إلى التكوين القانوني ربطا بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي.
- ✓ العمل على ملائمة أحكام النيابة الشرعية في قانون الأسرة مع أحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني وأحكام الولاية على القاصر في الفقه الإسلامي.
- ✓ ضرورة فصل الحضانة عن الولاية بأن لا يكون الحاضن بالضرورة هو صاحب حق الولاية على غرار معظم الدول كمصر والأردن.
- ✓ وضع دليل فقهي خاص بشؤون الأسرة للرجوع إليه عند الحاجة.

✓ إدراج نص قانوني يمنع إسناد الحضانة للأم التي ثبتت إدانتها بجريمة الزنا إلا في حالة عدم وجود حاضن آخر تتحقق فيه شروط الحاضن، لأن في المنح تغليب لأولوية الأم في ممارسة الحضانة وفي المنع حفاظ على مصلحة المحضون.

✓ ينبغي توحيد الاجتهاد القضائي حول بعض المسائل المتعلقة بالحضانة كتلك المتعلقة بشرط الدين وتحديد المقصود به خاصة وأن عدم اتحاد الدين يصعب معه تحقق شرط تربية الطفل على دين أبيه المسلم إذا كان الحاضن غير مسلم.

✓ على المشرع الأخذ بمبدأ الأولى بالحماية عند إقراره لقاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة من خلال نصه على تطبيق قانون الجنسية (الأب أو الأم) وفي حالة تعذر ذلك يمكن احتياطياً أن يُخضع الحضانة إلى القانون الأنسب الذي يضيء أكثر حماية بالنسبة للطفل ، وفي هذا الصدد الاستئناس بالموقف الحسن الذي أكدته المشرع التونسي في المادة 50 من مجمع القانون الدولي الخاص التونسي عندما أخضع الحضانة إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره (موطنه) ، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

✓ إعادة النظر في الاتفاقيات الثنائية والدولية بخصوص الحضانة والنص صراحة على القانون الواجب التطبيق عليها.

✓ على المشرع إصدار قانون خاص للعلاقات الدولية الخاصة، لحل مشكل تنازع القوانين وغيرها من الإشكالات.

✓ وضع آليات لرقابة مدى التزام الحاضن بمضمون وأهداف الحضانة كوضع مساعدة اجتماعية لمراقبة الحاضن في أداء دوره على أكمل وجه.

✓ عدم الخروج عن إطار الشريعة الإسلامية أثناء تبني الاجتهادات القضائية، لأن فيها علاجاً لمسائل مستجدة لم يعالجها قانون الأسرة، خاصة أنه أحال على أحكامها في ظل القصور التشريعي وعدم الانسلاخ عن الثوابت القويمة للأم.

✓ ضرورة جعل قضاء شؤون الأسرة قضاء مختلطا بتشكيلة جماعية (كون المنازعات القائمة بين مكونات الأسرة أكثر خصوصية واختلافا وتعقيدا من منازعات القسم الاجتماعي) على أن تضم التشكيلة قاض وممثل عن وزارة الشؤون الدينية في صورة إمام ومختص نفسي أو اجتماعي تابع لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، فالإمام يحضر في جلسات الصلح وهو ما من شأنه استحضار الوازع الديني، الذي له تأثير في تصرفات وسلوكات الأشخاص، والمختص النفسي يساعد في فهم أكثر لحاجات أطراف الدعوى النفسية والاجتماعية وبالتالي التوصل إلى حلول بشأنها من طرف المختص النفسي أو الاجتماعي بمعية الإمام وتحت رقابة وإشراف القاضي، وهو ما يساهم في التخفيف من ظاهرة الطلاق.

✓ ضرورة تفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليه في القانون 12-15 المتعلق بحماية الطفل باعتبارها تهدف إلى حماية الطفل ومنه الطفل المحضون ضمانا للنمو النفسي والعاطفي السليم ومن حيث جعل الرابطة العاطفية بين الطفل المحضون والوالد أو الأم غير الحاضنة قائم بتفعيل حق زيارة المحضون بإلزام غير الحاضن بهذه الزيارات دوريا وفق ما هو محدد في الحكم القضائي لمنع التعسف في استعمال هذا الحق ، وهو ما من شأنه أن يبقي على الرابط العاطفي بين المحضون ووالده ومن ثمة لا يبقى ما يربط بين الوالد وابنه أو ابنته مجرد حوالة بريدية تحمل مبالغ النفقة فقط.

✓ أفراد فصل خاص بالطفل بدل تناول حقوقه في ثنايا مواد قانون الأسرة، مع تخصيص قانون إجرائي للأحوال الشخصية ينظم منازعات الأسرة.

✓ تعزيز الحماية القانونية للمحضون من خلال استحداث آليات فعالة لضمان حقوقه من التعسف لاسيما النص على جزاءات مدنية على غرار المشرع الأردني كإسقاط الحضانة المؤقت عن الحاضن جراء امتناعه المتكرر عن تمكين المحكوم له بالزيارة، وكذا جزاء حرمان من له حق الزيارة من هذا الحق لمدة معينة لا تزيد عن ثلاثة أشهر إذا تخلف عن ممارسة حقه دون عذر كون الزيارة واجب أخلاقي تجاه المحضون.

✓ إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة ورفع اللبس الوارد فيها بضرورة تحديد شروط الحضانة لأهميتها وحتى تكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

✓ تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة في الشق المتعلق بالزيارة بتنظيم كيفية ممارستها وذلك بتحديد شروطها وحالات سقوطها وأصحاب الحق في طلبها و مواعيدها ومكان ممارستها والزمن الذي تستغرقه مدة الزيارة وحق المبيت وطريقة الزيارة في حالة بُعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة ، وكذا النص على جزاء الإخلال بأحكام الزيارة على غرار المشرع الأردني في المادة 181 وما بعدها من قانون الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019.

✓ تعديل نص المادة 66 من قانون الأسرة بإضافة فقرة تنص على حالات عدم سقوط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن الصغير (على غرار المشرع المغربي في المادة 175 من مدونة الأسرة) كما يلي: "... لا تسقط حضانة الأم المتزوجة في الحالات الآتية: - إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سن سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراقها، - إذا كان المحضون يعاني من علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم".

✓ إعادة صياغة المادة 69 من قانون الأسرة، على النحو التالي: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي غير مسلم رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

✓ تعديل نص المادة 222 من قانون الأسرة على النحو التالي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه الإسلامي".

المراجع

المؤلفات

أولا. الكتب/

1. أحمد محمد العساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد 2، دار إحياء العلوم، د سنة نشر.
2. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، الجزء 1، (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2017.
3. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
4. تواتي صديق، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، 2021.
5. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
6. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دارهومة، الجزائر، سنة 2013.
7. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، ط 2، 2016.
8. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- دارهومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.
9. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، مصر، د س نشر.
10. محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1957.
11. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة، ساحة الجامع الأردن، د س نشر.

ثانيا . المقالات/

- 1 . المكي صلوح، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 1، الجزائر، 2021.
- 2 . بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، الجزائر، 2019.
- 3 . بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، 2019.
- 4 . حمزة أحمد أبو صليح، حضانة الأم المتزوجة من أجنبي عن المحضون بين الفقه والقانون، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد 2، جوان 2022.
- 5 . حيدرة محمد، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، 2018.
- 6 . دباغ رقية، الاختيارات الفقهية للملكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة الجزائري (دراسة نماذج)، مجلة صوت القانون، المجلد 8، العدد خاص، الجزائر، فيفري 2022.
- 7 . دلالي جيلالي، إشكالية ممارسة السلطة الأبوية في ظل إسناد الحضانة للأم، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد 14، العدد 29، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر، مارس 2022، ص 151.
- 8 . عفرة حياة، إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، مجلد 17، العدد 2، الجزائر، 2022.

9. علاء أحمد القضاة، حضانة المرأة المتزوجة: دراسة فقهية مقاصدية مقارنة مع قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 14، العدد 2، السداسي الأول 2022.
10. غريسي جمال، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 2، الجزائر، 2021.
11. موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، الجزائر، 2021.
12. نجوم المولودة قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، جوان 2022.
13. هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 11، سبتمبر 2018.

الرسائل الجامعية:

1. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001 – 2002.
2. حميدو زهية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005.
3. عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014.

4. نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2000.

النصوص القانونية:

12. الدستور/ دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 . 438 المؤرخ في 07 .12 .1996. يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 76 مؤرخة في 08/12/1996 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 20 . 442 مؤرخ في 30/12/2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج ر عدد 82 مؤرخة في 30/12/2020.

13. الاتفاقيات الدولية/ اتفاقية لاهاي لسنة 1961 المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04/02/1969. . الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 1488 المؤرخ في 26 يوليو 1988، ج ر عدد 30، صادرة في 27 جويلية 1988. . اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم التشريعي 92. 06 المؤرخ في 17/11/1992، ج ر عدد 83 صادرة في 18/11/1992. 14. التشريع/

. الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 30/09/1975.

. قانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتعلق بشؤون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر عدد 24 صادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

. الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون 84 . 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 15 صادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.

. القانون رقم 15 . 01 المؤرخ في 04 . 01 . 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر عدد 1 لسنة 2015.

. قانون رقم 15 . 12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج ر عدد 39، مؤرخة في 19.07.2015.

. قانون رقم 100 لسنة 1984 المعدل والمتمم للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

. قانون رقم 15 لسنة 2019 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 4.
2. المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 4.
3. المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3 وعدد 4.
4. المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 2 وعدد 4.
5. المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 1.
6. المجلة القضائية لسنة 1995 عدد 1.
7. المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 1.
8. نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 56.
9. المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 1.
10. المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 2.
11. المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الخاص.
12. المجلة القضائية لسنة 2002 عدد 2.

13. المجلة القضائية لسنة 2003 عدد 2.
14. المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1 وعدد 2.
15. المجلة القضائية لسنة 2005 عدد 2.
16. المجلة القضائية لسنة 2006 عدد 1.
17. المجلة القضائية لسنة 2007 عدد 1.
18. المجلة القضائية لسنة 2008 عدد 1 وعدد 2.
19. المجلة القضائية لسنة 2009 عدد 2.
20. المجلة القضائية لسنة 2010 عدد 2.
21. المجلة القضائية لسنة 2011 عدد 1 وعدد 2.
22. المجلة القضائية لسنة 2012 عدد 1 وعدد 2.
23. المجلة القضائية لسنة 2013 عدد 1 وعدد 2.
24. المجلة القضائية لسنة 2015 عدد 1 وعدد 2.
25. المجلة القضائية لسنة 2016 عدد 2.
26. المجلة القضائية لسنة 2017 عدد 1.
27. المجلة القضائية لسنة 2018 عدد 2.
28. المجلة القضائية لسنة 2019 عدد 2.
29. المجلة القضائية لسنة 2021 عدد 2.