القضاء الإستعجالي في المواد المتعلقة بالحضانة المؤقتة

طالبة الدكتوراه: بلبشير إكرام
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران 2 احمد بن احمد.

مقدمة:

منذ إستقلال الجزائر إلى يومنا هذا، عمل المشرع الجزائري ولا زال يعمل إلى رسم ووضع المواد والنصوص القانونية التي بموجبها سيتم التوصل الى تحقيق دولة القانون المثلى، إلا أن هذه المهمة ليست بالسهلة إذ من أجل تحقيق هذه الغاية لا بد من معالجة جميع المشاكل والمنازعات التي تعرفها الحياة الاجتماعية اليوم وكذا وضع الحلول الملائمة لها.

إن النصوص القانونية والإجراءات العادية التي وضعها المشرع الجزائري لم تعد تكفي لحماية حقوق أفراد المجتمع ومصالحهم وذلك لعدة أسباب من بينها تطور الحياة الاجتماعية مقارنة على ما كانت عليه في السنين السابقة مما يؤدي إلى حاجة ماسة إلى إجراءات مستحدثة تتلاءم مع ذلك التطور.

إن الحاجة الماسة إلى إجراءات مستحدثة وفعالة لحماية حقوق الأفراد ومصالحهم بطريقة فعالة كان سبب في ظهور إجراء آخر إلى جانب تلك الإجراءات العادية المعمول بها، تميز بكونه أكثر سرعة وفعالية من الإجراءات التقليدية، الهدف منه الحماية المؤقتة لحقوق الأفراد إلى غاية الفصل في الموضوع، والذي أطلق عليه تسمية القضاء الاستعجالي أو القضاء المستعجل.

تعددت التعريفات والمفاهيم الفقهية للقضاء الإستعجالي ومن بينها ما عرفته على أنه "عبارة عن إجراءات حضورية، يمكن بمقتضاها للخصم في بعض الحالات أن يحصل من القاضي الفرد على حكم على وجه السرعة من دون إشكال جدي أو في حالة المبرر بوجود خلاف."[1]، كما عرف على أنه "قضاء وقتي بطبيعته لا يحسم نزاعا بصفة نهائية ولا يحوز قوة الشيء المقضي به، بل يجوز تعديله او إلغائه حسب مقتضيات الظروف والأحوال فهو ضرورة والضرورة تقدر بقدرها، تلك الطبيعة الوقتية وما تستلزمه من عدم التعرض لأصل الحقوق."[2]

غير القضاء الإستعجالي كل المفاهيم والقواعد التي طويلا ما عمل بها، حيث أنه تم تجسيد مفهوم السرعة لهذا الإجراء في جميع مراحل الدعوى القضائية، من أول إجراء، الذي هو تكليف الخصم بالحضور إلى غاية الفصل في الدعوى الإستعجالية. فمقارنة مع القضاء العادي الذي يحدد آجال تكليف الخصم بالحضور ب20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة[3]، فإن القضاء الإستعجالي قد تميز بتقصيره لهذه الآجال القانونية إلى 24 ساعة في حالات الاستعجالية العادية، إلى غاية ساعة إلى ساعة في حالات الاستعجال القصوى التي

---

[1] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص. 7، فق.3.

[2] حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، 2011، ص. 257، فق.5.

[3] م. 16، فق. 3 من ق.إ.م.إ.ج،" يجب إحترام مهلة 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

تعتبر حالات إستثنـائية تحتاج سرعة الفصل فيها.[4] إلى جانب السرعة في التكليف بالحضور توجب على القـاضي الإستعجـالي السـرعة في الفصل في هـذا النوع من الدعاوى على عكس الدعاوى العادية التي تتميز بطول أمد التقاضي[5]، نظرا لعـدم مسـاس الدعوى الاستعجالية بأصل الحق وكـون أوامـرهـا إلا تدابير تحفظية لا تحوز حجية الشيء المقضي فيـه.

كـان القـانون التجاري سابقا القانون الوحيد الذي يتميز بالإستعجال في مواده القانونية نظـرا لتنوع المعاملات التجارية التي تحتاج الى السرعة، أما حاليا وبعد أن تم تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 أصبح الإستعجال يمس أغلب القوانين الجزائرية بما فيه قانون الأسرة وخاصة النصوص القانونية التي تتناول حقوق الأطفال من حضانة، نفقة والزيارة..الخ.

أصبحت اليوم المنازعات المتعلقة بالحضانة من بين المنازعات الإستعجالية بنص القانون في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه " يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

نظرا للطبيعة الخاصة لموضوع الحضانة وأهميتها، كان من البديهي إسناد هذه المهمة لقـاضـي مختص في المنـازعات الإستعجـالية التي تحتـاج إلى السـرعة في الفصل فيها إلى

---

[4]م. 301 من ق.إ.م.إ.ج. السالف الذكر :" يجوز تخفيض آجـال التكليف بالحضور في مواد الإستعجال إلى أربع وعشرون (24) ساعة.

في حالة الإستعجال القصوى، يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة الى ساعة، بشـرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا أو إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي."

[55]م. 299، فق.2 من ق.إ.م.إ.ج. السالف الذكر: "يجب الفصل في الدعـاوى الإستعجالية في أقرب الآجال".

جانب وضع مواد خاصة بها تعالجها بطريقة إستعجالية وبصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في الموضوع سواء تلك التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري وقانون حماية الطفل تحت رقم15-12، إلى جانب قانون الإجراءات المدنية والادارية الذي ألم بالأحكام العامة. يطرح في هذه الدراسة البعض من التساؤلات حول علاقة الحضانة بعنصر الإستعجال وهل هو عنصر جوهري لقبول الطلب الإستعجالي؟ وما مدى صلاحية القاضي الإستعجالي في موضوع إسناد الحضانة المؤقتة؟

المبحث الاول: طبيعة الدعوى الإستعجالية المتعلقة بإسناد الحضانة المؤقتة

من بين أهم المواضيع التي تطرأ أثناء موضوع الطلاق هي مسألة الحضانة، ونظرا لأهميتها وحرص القوانين المحلية والدولية على إتخاذ القرارات الصحيحة في حق الأطفال الذين يعتبرون أهم طرف في هذه المسالة، فقد كان من البديهي وضع إجراءات وتدابير تحفظية مؤقتة لحماية الأطفال القصر الذين هم ضحية إجراءات الطلاق إلى غاية الفصل في الموضوع، وكذا وضع أحكام ومواد تنظم هذه المسألة من أجل حماية فعالة لمصلحة القاصر المحضون سواء عن طريق أحكام عامة كالتي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والادارية أو أحكام خاصة والتي تطرق إليها قانون الأسرة وقانون حماية الطفل.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

تعتبر الحضانة النتيجة الحتمية لفك الرابطة الزوجية، وقد عرفت لغة على أنها:" مصدر من الفعل حضن، وجمعه هي أحضان وحضن الصبي حضنا، والحاضن إسم فاعل والحضانة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته والحاضنة مصدر الحاضن وهي التربية.

أما إصطلاحا: يراد بحضانة الصغير، تربيته ورعايته وتعهده بتدبير طعامه، وملبسه ونومه، وتنظيفه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعا."[6] أما المشرع الجزائري فقد عرفها في قانون الأسرة على أنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا."[7]

إن موضوع الحضانة من المواضيع الحساسة والمتعلقة بمصير أطفال قصر، فلهذا يتوجب أخذ القرار الصحيح الذي يتم من خلاله مراعاة مصلحة الطفل التي تختلف من واحد إلى آخر نظرا لإختلاف الحالات، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نصوصه القانونية[8]، وقيل في هذا الصدد أن "مصلحة الطفل المحضون قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، فالمشرع أخذ بها دون أن يحدد لها معنى عام أو مجرد وهي في نفس الوقت قاعدة ذاتية تتعلق بكل طفل على حدا، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه، كما ينظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وتعقيدها."[9]

---

[6] **جلطي مريم و قادة محمد إكرام فاطمة، ممارسة السلطة الأبوية بعد الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة وهران 2، ص. 21، فق.4.**

[7] **م. 62، فق.1 من ق.إ.ج.**

[8] **م. 64 من ق.إ.ج السالف الذكر :" الأم أولى بحضانة ولدها، تم الأب، تم الجدة لأم، تم الجدة لأب، تم الخالة، تم العمة، تم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."**

[9] **جلطي مريم و قادة محمد إكرام فاطمة، ممارسة السلطة الابوية بعد الطلاق في التشريع الجزائري المرجع السالف الذكر، ص.26، فق.3.**

نظر جانب من الفقه إلى الحضانة على كونها حق مشترك لا يخص الطفل لوحده وإنما الحاضنة في نفس الوقت بصريح العبارة على أنها" حق الصغير والحاضنة معا، فإذا أسقطت حقها بقي حقه هو، وذلك لأن حق الولد أن يعتني به والده منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه وهذا ما يكون واجبا على الأم في الفترة من حياته، لأنها أقدر على هذا من الأب وحق الصغير في حضانته أقوى من حق الحاضنة نفسها. وينطبق هذا على الأب أيضا بالنسبة لضم الصغير إليه بعد تجاوزه سن الحضانة."[10]

المطلب الثاني: الشروط القانونية التي تقوم عليها دعوى إسناد الحضانة المؤقتة

تعتبر دعوى إسناد الحضانة المؤقتة من بين الدعاوى الاستعجالية التي يعتبر فيها ظرف الاستعجال من أهم مميزاتها، فكل شخص ما توافرت فيه الشروط القانونية من صفة ومصلحة له أن يرفع الطلب الاستعجالي أمام الجهة القضائية المختصة الواقع في دائرة اختصاصها الأشكال أو التدبير المطلوب والذي هو في هذه الحالة مكان ممارسة الحضانة.[11]

لاستجابة القاضي الاستعجالي المختص في دعوى إسناد الحضانة المؤقتة إلى الطلب القضائي الاستعجالي لا بد من توافر مجموعة من الشروط والتي هي كالآتي:

أولا: عنصر الاستعجال

إن عنصر الاستعجال من العناصر الجوهرية التي تتميز بها الدعوى الاستعجالية والتي تخول الاختصاص للقاضي الاستعجالي، ونظرا لأهمية هذا العنصر لم يحصره المشرع في

---

[10] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، 2006، ص. 244، فق. 2.

[11] م.299 ، فق. 1:" في جميع أحوال الإستعجال، أو إذا إقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الأشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة."

مفهوم محدد وإنما أعطى الحرية التامة للقاضي للإستعجالي في تحديده نظرا لكونه يختلف من قضية إلى أخرى ومتغير بتغير الزمان والمكان والظروف.[12]

تعددت التعريفات الفقهية لعنصر الإستعجال ومن بينها التعريف الذي إعتبره" ذلك العنصر الذي يقوم بمجرد وجود وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح، وعرفه البعض الآخر بأنه الحالة التي يكون من شأنها التأخير في وقوع ضرر لا يمكن إزالته، أو حالة الخطر العاجل الذي لا يجدي في إتقائه اللجوء إلى القضاء العادي، وقيل أيضا أنالإستعجال هو ضرورة الحصول على حماية قانونية عاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه أو إصلاحه."[13]

يتجسد الإستعجال في دعوى إسناد الحضانة المؤقتة، في الخطر المحدق بتعرض الأطفال القصر للإهمال لعدة عوامل سواء لمغادرة الأم البيت الزوجية وتركها إياهم أو بقائهم من دون أب طيلة فترة النزاع.[14]

---

[12] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، الجزء الأول، كليك للنشر، 2008، ص.310، فق. 7:" فهو غير محدد من طرف المشرع مما يترك الأمر على مصراعيه للقاضي المختص بنظر الدعوى الإستعجالية، فقد عرف الفقه حالة الإستعجال بأنها تتغير بتغير الظروف والزمان والمكان تبعا للتطور الإجتماعي، إضافة إلى الظروف المحيطة بالخصوم أو إتفاقهم."

[13] غني أمينة، القضاء الإستعجالي في المواد الادارية، دار هومه، 2014، ص.47، فق.3.

[12] سلام حمزة، الدعاوى الإستعجالية، دار هومة، ص. 61، فق. 1:" يتمثل ظرف الإستعجال في المركز القانوني للأبناء القصر أثناء نشوب نزاع بين الأبوين لم يفصل فيه بعد بصفة نهائية، ففي مثل هذه الظروف تغادر الزوجة بيت الزوجية مع الأبناء القصر من دون أن يكون للزوجة حق إدارة شؤون هؤلاء الأبناء والوقوف على تربيتهم بمفردها بعيدا عن الأب طيلة المدة التي قد تستغرقها إجراءات الفصل في الدعوى الرامية لفك الرابطة الزوجية أو للرجوع لبيت الزوجية، وعليه فإن

عرف قانون الطفل هو الآخر حالة الخطر التي من المحتمل أن يقع فيها الطفل وحدد بالتفصيل صفة هذا الأخير حيث نص على أنه" الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر لمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر:

–فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي.

– تعريض الطفل للإهمال والتشرد.

– المساس بحقه في التعليم.

– التسول بالطفل أو تعريضه للتسول.

–عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.

– التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية

–سوء معاملة الطفل، لا سيما بتعريضه للتعذيب والإعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي.

–إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي

– إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص أخر إذا إقتضت مصلحة الطفل حمايته.

–الإستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال إستغلاله لا سيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية.

الأمر برمته يتعلق بمصلحة الأبناء القصر، وهنا يكمن العنصر الأول المشكل لظرف الإستعجال والمتمثل في الخطر المحدق بتعريض شؤون الأبناء القصر للإهمال."

–الاستغلال الاقتصادي للطفل، لا سيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية و/أو المعنوية.

– وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الإضراب وعدم الإستقرار.

–الطفل اللاجئ."[15]

ثانيا: عنصر عدم المساس بأصل الحق

إن الهدف من دعوى إسناد الحضانة المؤقتة إلى إتخاد تدابير تحفظية مؤقتة مفادها حماية الأبناء القصر ومصالحهم إلى غاية الفصل في الموضوع، فمسألة المساس بأصل الحق مسالة جوهرية إلى جانب عنصر الإستعجال إذ لا بد على القاضي المختص عدم المساس به،[16] من أي ناحية كانت سواء من ناحية تفسير أو تأويل الحقوق والإلتزامات نظرا لكونه من المسائل التي تعتبر من اختصاص قاضي الموضوع دون سواه.[17]

ثالثا: إثبات صفة الحاضن والمحضون

تنص الأحكام العامة على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."[18]،فعلى رافع الدعوى الإستعجاليـة إثبـات صفته

---

[15] ق.ر.15–12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل، ع.33، ص. 5.

[16] م. 303، فق. 1 : "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن. كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل."

[17] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري المرجع السالف الذكر، ص. 21، فق. 2:" المقصود بالحق الممنوع على قاضي الإستعجال المساس به، هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق وإلتزامات كل الطرفين قبل الأخر، فلا يجوز له أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل، والذي من شأنه المساس بموضوع النزاع، الواجب عليه أن يترك جوهر النزاع سليما، والذي هو من إختصاص قاضي الموضوع المختص دون غيره."

[18] م.13 من ق.إ.م..إ.ج

على أنه من بين الأشخاص الذين يمنحهم القانون صفة الحاضن، فإذا لم يكن ضمن المجموعة التي حددتها صراحة المادة 64 من قانون الأسرة إلا وهي" الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة، ثم الأقربون درجة"فإنه يترتب عن ذلك رفض طلبه القضائي. إلى جانب إثبات صفة الحاضن لا بد من إثبات صفة المحضون أي على أنه يوجد طفل قاصر محل الحضانة" .[19]

رابعا: وجود دعوى في الموضوع

من أهم الأسباب التي من أجلها أوجد المشرع الجزائري الدعوى الإستعجالية المتعلقة بإسناد الحضانة المؤقتة، هي طول أمد الدعاوى الطلاق والحضانة والتي في كثير من الأحيان سبب في ضياع حقوق الأطفال، مما أدى إلى وضع هذا التدبير المؤقت إلى حين الفصل في دعوى الموضوع.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المختص في دعوى إسناد الحضانة المؤقتة

تنص النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري على أنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"[20]، فبالتالي له كل الصلاحيات والحرية من أجل تقدير صحة الطلب من عدمه بعد أخذه بعين الإعتبار عدة معايير .

---

[19] **سلام حمزة، الدعاوى الإستعجالية المرجع السالف الذكر، ص. 62، فق. 4: " لا بد على المدعى من إثبات أنه من بين الأشخاص الذين يخولهم القانون التمتع بصفة الحاضن، بالإضافة لإثبات وجود أبناء قصر محل للحضانة."**

[20] **م. 57مكرر منق.أ.ج.**

المطلب الأول: قبول القاضي المختص طلب إسناد الحضانة المؤقتة

كون الدعاوى الإستعجالية دعاوى متميزة عن ما هو معمول به في الدعاوى العادية إلا أنها لا تخرج عن قاعدة السلطة التقديرية للقاضي المختص في منطوق الأمر، إذ لا بد قبل الفصل في الأمر الإستعجالي من دراسة الطلب من جميع نواحيه والتأكد من مدى توافر الشروط القانونية التي تثبت صحة الطلب القضائي.

تعتبر السلطة التقديرية للقاضي من بين المسائل المعقدة التي لا يمكن رسمها أو وضع مفهوم محدد لها كونها تتغير من قاضي إلى آخر ومن حالة إلى أخرى مادام ظرف الزمان والمكان والأشخاص متغير.

تعددت التعريفات الفقهية للسلطة التقديرية للقاضي ومن بينها ذلك التعريف الذي وصفها على أنها :"صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة، لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، إبتداءا من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، وإختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعات أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي.

أو هي الأمور المطلوبة من القاضي أعمال نظره وفكره فيها حسب ما تمليه ظروف النازلة المعروضة أمامه إجتهادا وقضاء بما يرى في الأمور التي لم يرد فيها نص أو كانت النصوص ظنية تحتاج إلى إجتهاد."[21]

[21] **شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013–2014، ص. ب، فق.04**

على الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي المختص في دعوى إسناد الحضانة المؤقتة ليست مقيدة إلا أن ذلك لا يمنع من كونه ملزم بإيجاد حل مناسب يراعى من خلاله مصلحة الأسرة بصفة عامة ومصلحة المحضون بصفة خاصة ومن هنا يظهر الجانب الإجتماعي للقاضي المختص مقارنة مع القضاة الأخرين المختصين في المسائل التجارية أو البحرية او غيرها، نظرا لكون هذا النوع من المنازعات مرتبط بالعنصر النفسي والعقيدي الديني والإجتماعي[22]. فمتى توافرت الشروط القانونية السالفة الذكر قضى القاضي الإستعجالي المختص بإسناد الحضانة المؤقتة لطالبها أي للمدعى إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع.

إلى جانب قبول طلب المدعى في الحضانة المؤقتة يمكن للقاضي الإستعجالي منح حق الزيارة للمدعى عليه متى قدم هذا الأخير هذا الطلب المقابل وكلاهما سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة المؤقتة أو إسناد الزيارة المؤقتة فانه يكون اثرها مؤقتا إلى غاية الفصل في الدعوى الأصلية[23].

---

[22] **شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة المرجع السالف الذكر ، ص. د، فق.2:" كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة ، يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والإجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب إجتماعي كبير، بإعتبار أن إصلاح الأسرة هو اصلاح للمجتمع بأكمله، لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الإجتماعي."**

[23] **سلام حمزة، الدعاوى الإستعجالية المرجع السالف الذكر، ص. 63، فق.3:" نشير إلى انه يجوز لقاضي الإستعجال منح حق الزيارة للمدعى عليه متى طلبها كطلب مقابل بالموازاة مع منح حق الحضانة للمدعى بل ومن تلقاء المحكمة عملا بنص المادة 64 من قانون الأسرة، ذلك أن الحق في الزيارة في هاته الحالة سيكون بدوره مؤقتا أي لا يعدوا أن يكون تدبيرا تحفظيا مؤقتا درأ لضرر محتمل قد يصيب المحضون وكذا المدعى عليه في حالة انقطاع الإتصال بينهما طيلة الفترة التي قد تستغرقها المنازعة ي الموضوع، وهو ما سنتطرق إليه عند دراسة الدعوى الرامية لمنح حق الزيارة المؤقتة."**

المطلب الثاني: رفض القاضي المختص طلب إسناد الحضانة المؤقتة

تعتبر الحضانة مجموعة من الحقوق التي لا بد من التوفيق بينها ألا وهي من جهة حق الحاضن وحق المحضون وإلى جانب آخر حق المجتمع، والتي يجب العدل فيما بينها وعدم تسبيق حق على آخر من خلال إيجاد حل وسط يراعى من خلاله حقوق ومصالح كل طرف[24].

للقاضي الإستعجالي المختص صلاحية التأكد من مدى توافر الشروط القانونية التي تقوم عليها الدعوى الإستعجالية المتعلقة بالحضانة المؤقتة، فكل شرط من الشروط السالفة الذكر لها أهميتها في قبول الطلب القضائي من عدمه، وخاصة فيما يتعلق بشرط مصلحة المحضون الذي تعتبر جوهر هذه الدعوى والتي يحددها القاضي، وفقا لمعايير مختلفة تختلف على حسب كل طفل وكل حالة معروضة أمامه والتي تتمثل في جنسه ، سنه، صحته، إحتياجاته المعنوية والفكرية، العاطفية والبدنية إضافة إلى المعايير الأخرى المتعلقة والمرتبطة بوضعه والتي حددتها المواد المتعلقة بقانون حماية الطفل[25].

---

[24]شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة المرجع السالف الذكر، ص. 417، فق. 2:" فالحضانة إذا تتعلق بها ثلاثة حقوق (حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق المجتمع) فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق، وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حق المحضون على غيره، لأنه هو المقصود بتشريع حق الحضانة."

[25]م. 07 من ق.ر. 15-12 السالف الذكر:" يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي او إداري يتخذ بشأنه.

يؤخذ بعين الإعتبار، في تقدير المصلحة الفضلى للطفل، لا سيما جنسه وسنه وصحته وإحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه.".

على الرغم من أن القاضي المختص في مسالة الحضانة المؤقتة له كل الصلاحيات والسلطة المطلقة أثناء دراسته للطلب القضائي وإستصدار منطوق الأمر إلا أنه في الكثير من الأحيان يواجه صعوبات في القضاء بأوامر إيجابية نظرا لعدم توفيق صاحب أو رافع الطلب الإستعجالي لإثبات مصلحة المحضون.[26]

إن قبول القاضي الإستعجالي المختص طلب إسناد الحضانة المؤقتة ليست نتيجة حتمية للدعوى الاستعجالية فقد يقضي برفض الطلب القضائي وبالتالي يأمر بعدم الاختصاص نتيجة عدم توافر أحد الشروط القانونية السالفة الذكر التي تقوم عليها دعوى إسناد الحضانة المؤقتة.

[26]شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة المرجع السالف الذكر، ص. 463، فق. 2:" وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة تحقيق لمصلحة المحضون، وعلى الرغم من السلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات إختيار الحكم الصائب، وهذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية لأنه مجرد من كل الوسائل الضرورية التي تساعده على تحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه."

الخاتمــة:

تعتبر إسناد الحضانة المؤقتة للحاضن من بين التدابير المؤقتة التي يقضي بها القاضي الإستعجالي، يكون أمره مؤقتا لفترة زمنية محددة إلى غاية الفصل في الموضوع وبالتالي فإن اثاره القانونية تكون قائمة بين تلك الفترة المحددة[27].

إن رفض القاضي المختص الطلب وقضائه بعدم الاختصاص لا يمنع كل من يهمه الأمر من رفع الطلـب مرة أخرى مع الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي أخذ بها القاضي الإستعجالي في الأمر الأول والتي كانت سببا في رفض الطلب القضائي.

إن امكانية رفع الطلب للمرة الثانية من بين أهـم الخصائص التي تميز الدعاوى الإستعجالية نظرا لكون الأوامر الإستعجالية لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه وبالتالي لا يدفع ضدها بسبق الفصل في الدعوى.فمتى توافر عنصر الإستعجال جاز اللجوء إلى نفس الجهـة من طـرف نفس الأطـراف من أجل طلب نفس التدبير التحفـظي المؤقت.[28]

---

[27] **لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الطبعة الثانية، 2015، ص.196، فق. 5:" ولكونه أمر مؤقت فإن مفعوله يزول إذا صدر حكم نهائي في الموضوع، غير أن آثاره تبقى قائمة بشأن الفترة الممتدة من صدوره لغاية الفصل في الموضوع وعلى الخصوص بشأن النفقة والحضانة وتوابعهما..."**

[28] **سلام حمزة، الدعاوى الإستعجالية المرجع السالف الذكر، ص. 14، فق. 2: "ومن أهم النتائج التي تترتب على عدم حيازة الأمر الإستعجالي لحجية الشيء المقضي فيه، أنه لا يسمح بالدفع بسبق الفصل في الدعوى، بحيث يجوز إعادة رفع الدعوى عن نفس الأطراف ولنفس التدبير التحفظي المؤقت متى إستمر ظرف الاستعجال قائما أو تكرر بعد زواله."**

الملخص:

الحفاظ على حقوق الأفراد كان دائما الهدف من وراء المبادئ والقوانين التي وضعها المشرع الجزائري.

لقد كانت هذه المهمة النبيلة معقدة وصعبة دائما غير أنها أصعب عندما يتعلق الأمر بحقوق ومصالح الأطفال ضحايا المنازعات الاسرية، إذ أنه كان من اللازم تعديلات جديدة بإستمرار، إلى غاية اليوم الذي وجد المشرع وسيلة مؤقتة، وبالأخص إجراء إستثنائي تحت إسم القضاء الإستعجالي الذي يسمح اليوم المحافظة على هذه الحقوق إلى غاية فصل قاضي الموضوع قراره.