استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري
بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح

Le droit à l'attribution de la garde dans la législation algérienne entre les dispositions des textes de lois et les appréhensions d'attribution

تاريخ إرسال المقال : 2018/03/11 تاريخ قبول المقال للنشر : 2018/04/29

د. هلتالي أحمد / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ملخص:

لقد ألحق التعديل في مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري بموجب أحكام المادة: **64** من الأمر **05-02** المعدل لقانون الأسرة: **84-11**، أثارا تعدت في نتائجها ما هدف إليه المشرع الجزائري لما أقر التعديل، إن على مستوى الأم الحاضنة أو على مستوى الطفل المحضون، لا سيما لما يكون الزواج زواجا مختلطا.

لذلك جاء هذا البحث في إطار تحليل نتائج التغيير في ترتيب مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري ومدى إمكانية التراجع والتعديل في أحكام المادة: **64** من قانون الأسرة الحالي بما يتوافق ومصلحة الطفل الفضلى.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، المصلحة الفضلى للطفل، إسقاط الحضانة، اختطاف المحضون، التحقيق.

Résumé :

La modification ayant touché les ayant-droits à la garde dans la législation algérienne en vertu des dispositions de l'article 64 de l'ordonnance 05-02 modifiant le code de la famille 84-11, a eu des effets allant outre les visées du législateur algérien tant pour la mère bénéficiaire du droit de garde que pour l'enfant gardé notamment lorsqu'il s'agit d'un mariage mixte.

Dans cette perspective, le présent travail de recherche se veut une analyse des conséquences de la modification de l'ordre des ayant-droits à la garde dans la législation algérienne et la possibilité de faire marche arrière ou la modification de

l'article 64 du code de la famille dans sa version actuelle au mieux de l'intérêt de l'enfant.

Mot clés : La garde ; Le mieux de l'intérêt de l'enfant ; déchéance du droit de garde ; Séquestration d'enfant ; Enquête.

مقدمة :

فضلا على كون الحضانة أثر من آثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة و التي تسند مهمة القيام بها عادة للنساء، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في القانون: **84-11** المؤرخ في: **1984/06/09** لكنه تراجع عنه ضمن الأمر: **05-02** المعدل والمتمم للقانون: **84-11** لدواعي وأسباب، لا ترجع في أساسها لموجب شرعي، ذلك أن المشرع قبل وبعد الأمر **05-02** التزم موجبات الشرع. ما يجعل من التغيير في مستحقي الحضانة وبالنظر لما خلفه من آثار على المحضون من جهة وعلى المرأة الحاضنة من جهة ثانية، يطرح عديد الإشكالات إلى حد الوصول إلى البحث في إمكانية التعديل من جديد في أحكام المادة: **64** من قانون الأسرة الجزائري.

إذن وبحثا في موضوع استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح: سنناقش أساس التغيير في ترتيب مستحقي الحضانة بين الموجب الشرعي المؤدي إليه - إنْ وجد- والموجب المتعلق بالتزامات الدولة الجزائرية الدولية، وكذا مناقشة مدى تحقيق أحكام المادة: **64** من قانون الأسرة الحالي لمصلحة المحضون الفضلى، في ظل واقع تطبيق يشير إلى عدم إعمال السادة القضاة لوسائل التحقيق لأجل الكشف عن هذه المصلحة، الأمر الذي أدى إلى عدة إشكالات ومحاذير تتعلق بالتنشئة النفسية والاجتماعية للمحضون من جهة و للأم الحاضنة من جهة ثانية، بل أن من أهم الأخطار المتعلقة بالحضانة هو ما صار يؤدي إليه الزواج المختلط من آثار على الحضانة ومصلحة المحضون، صارت تتعدى المحاذير المحلية إلى مشاكل تتخطى حدود الدولة الوطنية، إلى حد بروز ظاهرة الاختطاف للمحضونين، الأمر الذي يزداد صعوبة في غياب الاتفاقات الثنائية بين الدول الناظمة لأحكام الحضانة، لذلك فإن الإشكال الذي يطرحه الموضوع هو ما مدى جدية البحث في تعديل أحكام المادة: **64** من الأمر **05-02** المعدل والمتمم للقانون: **84-11** بما يتوافق ومصلحة المحضون بالنظر لما خلفه التعديل في مستحقي الحضانة من آثار على الأم الحاضنة من جهة وعلى الطفل المحضون من جهة ثانية وهي الإشكالية التي سنطرقها من خلال ثلاثة محاور:

- المحور الأول: مفهوم وأحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

- المحور الثاني: مصلحة المحضون كمحدد لإسناد الحضانة – المفهوم والتطبيق-

- المحور الثالث: محاذير إسناد الحضانة ورؤى دفعها

المحور الأول : مفهوم وأحكام الحضانة

الحضانة في المبدأ هي القيام بشؤون الطفل وكفالته، بغرض الحفاظ على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف والجنوح، بحيث يكون أهلا لخلافة الله في الأرض وأهلا حينذاك لخدمة الوطن والمجتمع، لذلك ولأهمية تحقيق هذه الأهداف فقد حرص المشرع الجزائري وقبله الشارع الحكيم بتنظيم موجبات الحضانة وتبيان أحكامها، إن في صورة المفاهيم والمحددات أو في صورة تحديد المستحقين للحضانة. فما تعريف الحضانة وما هي أهم أحكامها ؟ وما تأثير تعديل المشرع الجزائري لنص المادة : 64 من قانون الأسرة الجزائري لمستحقي الحضانة على مصلحة المحضون من جهة، وعلى إمكانية المرأة الحاضنة من إعادة تكوين أسرة، من جهة ثانية؟

أولا : تعريف الحضانة وأصحاب الحق فيها - شرعا وقانونا-

01/ تعريف الحضانة ضمن بعض الفقه الإسلامي :

تعرف الحضانة لغة بأنها: مصدر حضنت الصغير حضانة، تحملت مؤنته وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب، لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها.[1] وفي الشرع حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه مما يضره بقدر المستطاع والقيام على تربيته ورعاية مصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته.[2] وقد عرفها الإمام مالك بأنها: ‹‹ تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء.››[3]

كما عرفها الشافعية بأنها: ‹‹ حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره.›› ويرى ابن القيم بأن الولاية علة الطفل نوعان: نوع مقدم الأب فيه على الأم وهي ولاية المال والنكاح ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع.[4]

02/ التعريف التشريعي للحضانة :

عرف المشرع الجزائري بموجب المادة : 62 من قانون الأسرة الحضانة بأنها: ‹‹ رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.››[5] في حين عرفها المشرع المغربي بموجب المادة : 97 من المدونة المغربية بأنها: حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع ، والقيام بتربيته ومصالحه.[6] كما عرفها المشرع التونسي بموجب المادة: 54 بأنها : حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.[7]

ليكون بذلك قانون الأسرة الجزائري أكثر توفيقا من حيث شموليته لحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[8] لذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تنطق بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وأن تراعي كذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية الواجب توافرها طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه، فهل يحتكم القضاء في الجزائر لهذه الموجبات في إسناد الحضانة لأصحاب الحق فيها؟

ثانيا : أصحاب الحق في الحضانة فقها وتشريعا

لا خلاف في أن تحديد مستحقي الحضانة، هي مسألة اجتهادية بالأساس ضابطها الرئيسي هو البحث في مصلحة المحضون، لكن واقع تطبيق إسناد الحضانة يكاد يتجه إلى جعل الترتيب الوارد في نصوص بعض التشريعات العربية ومنها تشريع قانون الأسرة الجزائري، من قبيل اللزوم في التطبيق. لذلك وكلمحة مختصرة عن نظرة الفقه لمستحقي الحضانة، ما أصحاب الحق فيها فقها ومن مستحقوها وأحكامها في التشريع الجزائري؟

01/ أصحاب الحق في الحضانة فقها :

يقول الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين أن من الأمور الواجب مراعاتها في تربية الطفل هي أوائلها، ذلك أن الطفل بجوهره خلق قابلا للخير كما للشر، إنما أبواه من يميلان به إلى أحد الجانبين.[9] لذلك وحتى ينشأ الطفل نشأة سوية فيها صلاحه وخلاصه، وجب اختيار من يتولى رعايته، وفقا لموجب أساسي هو تحقيق مصلحة المحضون، على أن الدارس لموضوع الحضانة في خصوص مستحقيها ضمن أحكام الفقه الإسلامي يصل إلى أنه لا يوجد في النص الشرعي كتابا وسنة تحديدا لأصحاب الحق فيها، عدا الأم، استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: « .....أنت أحق به....» لذلك اتفق الفقهاء على أن الأولوية في الحضانة إنما هي من حق النساء قبل الرجال باعتبار النساء أكثر حنانا وصبرا وشفقة وأهدى إلى التربية وأشد ملازمة للأطفال.[10]

أ/ أصحاب الحق وفق المذاهب الأربعة :

اتفق الفقهاء الأربعة على أن الأولى بالحضانة النساء، لكنهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء بعد الأم وأم الأم.[11]

- 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 الأب.[12]

- أصحاب الحق في الحضانة عند المالكية

قالوا يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث وذكور على الترتيب الآتي ذكره: فأحق الناس به أمه، ثم أمها (جدة المحضون لأمه) ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم خالة الأم ثم عمة الأم ثم أم الأب ثم أم أمه وأم أبيه والقربى منهن تقدم على البعدى 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 عمة الصغير أخت أبيه...[13]

- 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 لأبوين، 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 تجتمع الذكور فقط وذلك على النحو التالي:[14]

-/ **الحالة الأولى**: تقدم الأم على الأب ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة فلا حضانة لأم أبي أم لأنها غيروارثة 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 العمة...

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

- أصحاب الحضانة لدى الحنفية

الأم ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ ثم العمات ثم العصبات بترتيب الإرث.[15]

يظهر مما تقدم أنه وفي محصلة المذاهب الأربعة قد غلبت جانب النساء على جانب الرجال على اعتبار أنهن أحن وأقدر على التربية والعطاء من الرجال، فهل تبنى المشرع الجزائري هذه المرجعية في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ضمن قانون الأسرة:**84-11** قبل تعديله وبعده؟

02/ موقف المشرع الجزائري من أصحاب الحق في الحضانة

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد القانون، أشخاص عديديون، ولهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة والقانون، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة فدرجة، ثم ترك بعضهم الآخر دون ذكر صفاتهم، لذلك فعند تصفح نص المادة: **64** من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر **05-02** لا يتبين لنا موقف المشرع الجزائري من هؤلاء المستحقين في صدد أي المذاهب قد تبنى في إسناد الحضانة، وذلك حين ينص: « ...بأن الأولى بالحضانة الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة...» فهل يستند المشرع الجزائري في هذا الترتيب لمذهب من المذاهب السابق ذكرها؟ أم أنه على سبيل التوفيق مراعاة لمصلحة اجتماعية وحراك اجتماعي معين؟

أ/ أصحاب الحق في الحضانة في القانون:84-11 قبل التعديل

تنص المادة: **64** من قانون: **84-11** على أن: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.»[16]

لذلك ومن تحليل نص المادة: **64** من القانون السابق للأسرة يتبين أن المشرع الجزائري قد انسجم والمذهب المالكي حين غلب جانب النساء على جانب الرجال توافقا واجتهادات بعض الفقهاء المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال اعتمادا على أن النساء أكثر حنانا وشفقة من الرجال وأكثر صبرا وتحملا لمشاكل الأطفال وأكثر قدرة على التأثير فيهم، ويروى في هذا المعنى أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت له: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها:» أنت أحق به ما لم تنكحي.»[17]

على أن المشرع الجزائري لم يجعل من تراتبية أصحاب الحق في الحضانة إلزاميا للمحكمة ولم يجعلها من النظام العام، فالمعيار الضابط لإسناد الحضانة في كل الأحوال، هو النظر في مصلحة المحضون فمتى تبين للقاضي أن مصلحة هذا الأخير مع أبيه تجاوز القاضي درجة الأم وأم الأم والخالة إلى أبيه طالما تأكد من خلال تحقيق اجتماعي يجريه بأنه الأصلح للحضانة. لكن لماذا تخلى المشرع الجزائري عن تراتبية المادة: **64** وأعاد الترتيب بنص المادة: **64** المعدلة بالأمر **05-02** ما دام وأن معيار الإسناد قبل تعديل قانون الأسرة وبعده هو مصلحة الطفل المحضون؟

ب/ أصحاب الحق في الحضانة بحسب الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11

تنص المادة: **64** من قانون الأسرة المعدل بالأمر **05-02** على أن: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...»[18] ما يحيل و بالنظر إلى اتجاه المذاهب الأربعة في ترتيب أصحاب الحق

في الحضانة أن المشرع الجزائري بمزاوجته لهؤلاء المستحقين في صورة النساء مرة والرجال مرة، قد آثر تحقيق المساواة في توزيع حق الحضانة بين الأم والأب من جهة وبين أهل الأم من جهة وأهل الأب من جهة ثانية، تحقيقا لمبدأ المساواة بين الأم والأب في الحضانة، إذ نظر المشرع للحضانة من هذا الترتيب من منظور أنها حق للحاضن قبل أن تكون واجبا عليه وحق للمحضون، وهو ما يترجمه نص المادة: **66** من ق أ ج حين ينص على جواز التنازل على حق الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون.

ورغم ذلك وتحقيقا لكون الحضانة ليست حقا فقط للحاضن، بل واجب عليه وحق للمحضون فإنه يلاحظ ابتداء من أحكام نص المادة: **64** قبل تعديل سنة **2005** أو بعده أن الثابت في النص هو مصلحة المحضون النفسية والاجتماعية والتربوية والمادية، ما يحيل إلى أنه مبدئيا فلا مشكل في صدد الإسناد وبأن ترتيب نص المادة: **64** ليس من النظام العام ولا إلـزام بصدده للقاضي، ولا يقوم على سبب شرعي بقدر ما يتعلق بواقع مجتمعي رأى في فترة التعديل وما سبقها، بأن جانب تغليب الإسناد للنساء فيه نصرة للمرأة على حساب الرجل لا سيما وأن تبعات الحضانة من نفقة وبدل إيجار تلقى على عاتق الأب في ظل وجود المحضون لدى النساء من جهة الأم (أو جدة لأم أو خالة)، ما أثار حينها مسألة و أن الأم بهذا الترتيب لها أن تتزوج، وفي الوقت حينه تحتفظ بحضانة الطفل بطريقة غير مباشرة، ما رأى فيه بعض الرأي أنه إجحاف في حق الأب فكان تعديل نص المادة تحقيقا لهذا « العدل المأمول» .

إن مثل هذا الطرح في اعتقادنا هو مجافي لمصلحة المحضون من جهة، وهو في الوقت ذاته ينطلق من إرادة وضع المرأة بين خيارين أحلاهما مر، فحتى لا تفقد حضانة ابنها وجب عليها ألا تتزوج، في حين يلجأ الزوج المطلق لإعادة الزواج وتكوين أسرة أخرى، يحكم على المرأة بأن تبقى طيلة حياتها أو لفترة ليست بالقصيرة دون أمل أو أفق في تكوين أسرة جديدة، ما يحيل إلى عدم المساواة في هذه النقطة بين فئات المجتمع على الأقل في الواقع العملي والاجتماعي المعاش، لذلك فإنه في اعتقادي وجب أن يكون التحقيق في مسألة إسناد الحضانة وتحديد الأحق بها لمصلحة المحضون من النظام العام وجب على القاضي أن يلتزم بها من تلقاء نفسه.

على أن الرأي الذي يذهب إلى ضرورة تعديل أحكام المادة: **64** لما قبل الأمر **05-02** وإن كنت من المساندين له، إلا أنه يبقى ربما حل غير مجد بحيث من شأنه أن يثير ضجة وشرخا في النسيج الإجتماعي بين أنصار كل فئة، ومن ثمة فالرأي الأسلم هو بقاء نص المادة على ما هو عليه، مع إضافة أن يكون التحقيق في إسناد الحضانة إلزاميا للقاضي بالنظر إلى التأكد من مصلحة المحضون، فما تعريف مصلحة المحضون؟ وهل رصد المشرع الجزائري آليات كشفها والتحقق منها؟ وما مدى لجوء قضاء شؤون أسرة لإعمالها؟

المحور الثاني : مصلحة المحضون كمحدد لإسناد الحضانة – المفهوم والتطبيق

لأن مصلحة المحضون متعلقة بكيان مكون من ملامح و ذاتيات ليست على نسق واحد، فإن اكتشاف هذه المصلحة يتعدى مسطور النص إلى إعمال آليات قانونية وخبرات شخصية وعلمية للقاضي لكشف المصلحة ومن ثمة حسن إسناد الحضانة، مراعاة لهذه المصلحة، فما تعريف المصلحة ابتداء؟ وما المقصود بمصلحة المحضون تحديدا؟ وما أهم آليات كشفها ؟

أولا : تعريف مصلحة المحضون

المصلحة في المفهوم اللغوي كالمنفعة، فهي مصدر بمعنى الصلاح، 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.[19] وفي ذلك يقول الإمام الغزالي، بأن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن يعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، أنفسهم، عقلهم، نسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.»[20] **ليكون تحديد تعريف مصلحة الطفل المحضون** من أصعب المواضيع طرقا، لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات، لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا...فمصلحة الطفل مسألة مستقبل وهو ما يزيد من صعوبتها فالبالغ موجود بحاضره، ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر، لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، وهذا ما يجعل من القاعدة متغيرة وغير ثابتة.

لذلك فمصلحة الطفل في المحصلة تتضمن عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية و لا تعني أبدا أنها مصلحة مالية فقط، بل يجب أن تؤخذ بمعناها الواسع، ما يعني أن قاعدة مصلحة الطفل المحضون مرنة تتأقلم مع الظروف الزمانية والمكانية، إذْ هي تختلف من مكان إلى مكان ومن طفل لآخر ومن زمان إلى آخر، كما أنها تختلف من قاضي إلى آخر حسب قناعات كل قاضي.[21]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجده وإن لم يعرف المصلحة إلا أنه وظفها في عديد المواد أغلبها يتعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر مثل ذلك المواد: **64، 65، 66، 67** أ ج واجتهاد المحكمة العليا يذهب إلى الالتزام بترتيب نص المادة: **64** من قانون الأسرة، ما لم يثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

لذلك فإن مصلحة الطفل المحضون هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد النظام العام والآداب العامة وحسن النية، فهي قواعد متعارف عليها، فعلى القاضي عند البحث بصدد مصلحة المحضون والنظر إليها، أن يتناولها من منظور اختلاف

حاجيات كل حالة طفل، فمصلحة الطفل حديث الولادة تختلف عن مصلحة الطفل البالغ من العمر إثنا عشر سنة، و مصلحة المحضون الأنثى تختلف عن مصلحة المحضون الذكر وهكذا، لذلك فعلى السيد القاضي أن يستعمل آليات التحقيق والبحث القضائي المرصودة في التشريع، فما هي هذه الآليات وهل تثبت إحصائيات العمل القضائي توظيفها؟

ثانيا : آليات التحقيق والبحث في صدد مصلحة المحضون

يلاحظ بتصفح مواد قانون الأسرة في صدد الحضانة أن المشرع الجزائري لم يحدد وسائل تحقيق خاصة يلتجئ إليها القاضي في صدد إسناد الحضانة أو تمديدها تطبيقا للمواد: **64**، **66** أو بصدد إسقاط الحضانة تطبيقا للمواد: **66**، **67**، **68**، **71**، ق أ ج ومن ثمة إسنادها لمستحقيها، بل ولم يلزم القاضي بإجراء أي تحقيق بالرغم من أن أحكام الحضانة من النظام العام، ما يحيل إلى أن المسألة في النهاية متروكة للسيد القاضي وسلطته التقديرية في إجراء التحقيق من عدمه، على أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة في صدد التحقيق نجد أن المشرع قد رصد للسادة القضاة جملة من الوسائل للبحث في القضايا المطروحة أمامهم ومن ضمن ذلك التحقيق والخبرات،[22] وسماع الشهود.[23] والانتقال لأجل المعاينة.

لذلك فإنه وبالرجوع لنص المادة: **75** من ق إ م إ فإنه « يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون.»[24] وهو نفس ما تؤكد عليه المادة: **76** من ق أ م إ حينما تنص بأنه يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة كانت عليها الدعوى» ومن ذلك الأمر بتعيين مرشدة اجتماعية لأجل بحث مدى صلاحية الشخص لممارسة الحضانة وفق مصلحة المحضون.[25] متعديا ترتيب نص المادة: **64** من ق أ ج ويتعلق هذا البحث ليس فقط بالاتصال بالشخص طالب الحضانة، بل وبمعاينة مكان ممارسة الحضانة.[26] ومن ثمة تقدير صلاحية المكان لهذه الممارسة من عدمه، غير أن الملاحظ وفق الممارسة القضائية لسلطة التحقيق أن نسبة لجوء قضاء شؤون أسرة لآليات التحقيق المختلفة هو قليل جدا.[27] ومن ثمة فإن ترك سلطة اللجوء إلى التحقيق في مسائل الحضانة للسلطة التقديرية للقضاة فيه إخلال بطبيعة الحضانة وكونها من النظام العام، لذلك فعلى المشرع الجزائري أن يجعل من اللجوء إلى التحقيق في مسائل الحضانة من النظام العام، مثل الحضانة نفسها، ذلك أن الواقع العملي لتطبيق أحكام الحضانة قد أثبت جملة من المحاذير والمشاكل في صدد إسناد الحضانة فما هي هذه المحاذير؟

المحور الثالث : محاذير إسناد الحضانة ورؤى دفعها

بعد الاستعراض الأول المتعلق بمفهوم وأحكام الحضانة و مصلحة المحضون الفضلى وآليات كشفها، فإن إسناد الحضانة وفق ترتيبات النصوص الحالية، يحيل إلى جملة من المشاكل والمحاذير، إنْ على مستوى المرأة المطلقة الحاضنة ومسألة إمكانية عدم تسليم طفل

قضي نهائيا بتسليمه وعدم إمكانية المرأة من بناء أسرة جديدة، أو من حيث عدم رغبة الطفل المحضون نفسه في الانتقال من حضن إلى حضن.

كذلك يثبت الواقع العملي، أنه و بعد إسناد الحضانة لمستحقها يترك المحضون دون متابعة من المصالح ذات الصلة بحقوق الطفل لا سيما المنصوص عليها في القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، فلا زيارات لمكان ممارسة الحضانة ولا تتبع للمسار الدراسي للمحضون، ولا سؤال حول علاقة المحضون مع غير المسند له الحضانة (أحد الوالدين)، الأمر الذي يجب أن يعالج تحقيقا لمصلحة الطفل الفضلى. فما تفصيل محاذير ومشاكل إسناد الحضانة وما هي الرؤى الكفيلة بمعالجتها؟

أولا: محاذير ومشاكل إسناد الحضانة

تتلخص محاذير إسناد الحضانة بواقع نص المادة: 64 ق أ ج إلى جملة من الآثار إن كان على مستوى الأم الحاضنة المعيدة للزواج، أو على مستوى المحضون نفسه الذي يرفض في أحيان كثيرة الذهاب مع حاضنه الجديد حتى وأن كان أبا بعدما ألف حضنت غير الحاضن المحكوم بها قضاء بعد إسقاط الحضانة، ما يفترض أن يحيل إلى أخذ رأي ونفسية المحضون في مسألة اختيار الحاضن بعين الاعتبار، لذلك ما هي أهم الآثار المتعلقة بإسناد الحضانة؟

01/ جريمة عدم تسليم طفل قضى نهائيا في إسناد حضانته.

أورد المشرع جنحة عدم تسليم طفل قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي بموجب المادة: 328 من قانون العقوبات وهو في ذلك يهدف ابتداء إلى حماية مصلحة الطفل المحضون من زاوية افتراض أن حكم الإسناد قد كان لمصلحة الطفل، ومن ثمة فعدم تنفيذ الحكم القاضي بالإسناد، هو منتهك لهذه المصلحة، وهو كذلك من قبيل واجب تحقيق احترام أحكام القضاء، لذلك فقد حدد المشرع الجزائري عقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج عن كل مرتكب لجنحة عدم تسليم طفل.[28] لكن الملاحظ عند تنفيذ أحكام إسناد الحضانة أو إسقاطها، أن عدم تنفيذ الحكم قد يرجع إلى غير إرادة المسقطة حضانته والتي غالبا ما تكون الأم، بحيث أن المحضون كثيرا ما يرفض الذهاب مع والده، لما لم يألفه من معشر نتيجة الانفصال العاطفي الذي تم بعد فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي ربما لا يكون محلا للإدراك دائما من القائمين بأعمال التنفيذ ويحررون مباشرة محاضر عدم تنفيذ، ومن ثمة ترفع دعاوى جزائية ضد الحاضنة قصد توقيع العقوبة، بموجب أحكام المادة: 328 من ق/ع، لكن ما الحل في حال رفض المحضون، لا سيما إن كان في سن المراهقة تلبية دعوة من أسندت إليه الحضانة؟؟

إن الأمر يحيل إلى مسألتين: فإما أن يعترف المسندة إليه الحضانة عن طريق الإسقاط بواقع هذا الانفصال العاطفي بينه وبين المحضون ويلبي هذا الأخير لرغباته العاطفية، محاولا

التقرب منه وفهم عواطفه ومشاعره، وهو ما سيحقق التوافق العاطفي بين الأب وابنه، وإما الإصرار على أخذ الطفل انطلاقا من حقه كحاضن وهو الأمر الذي لا شك أنه سيؤثر عاطفيا ونفسيا على المحضون وسيناقض المصلحة الفضلى للطفل الذي سيلجأ ربما إلى الانحراف والابتعاد عن جو مشحون بالبغضاء والكراهية بين والديه فيختار المغادرة والهروب، وهو ما يعارض مصلحة الطفل الفضلى.

02/: تخلي المكلف بدفع النفقة غير الحاضن عن الرابط العاطفي مع المحضون

يثبت الواقع العملي في حال فك الرابطة الزوجية، أن الوالد المكلف بدفع النفقة ونتيجة أن الخصومة الأسرية، لما تنتهي بالفك هي تنتهي غالبا بالشحناء والكراهية التي تبث في نفسية الطفل سواء من قبل الوالد الحاضن أو الأم الحاضنة، الأمر الذي يؤدي إلى أن الرابط العاطفي بين الأطفال وأحد الوالدين يكون مفقود ومن ثمة لا يبقى من علاقة بين الوالد وأبنائه إلا ذاك الرابط المتعلق بالجانب المادي ممثلا في دفع موجبات النفقة، ذلك أن الملاحظ أنه حتى في حق الزيارة فإن الوالد المطلق الذي غالبا ما يكون قد أعاد الزواج لا يزور أبناءه إلا نادرا، الأمر الذي يجعل الجفاء العاطفي متمكن من نفسية الطفل ومن ثمة تكون التنشئة النفسية للمحضون ضعيفة، بل أنه يشعر بأنه المتسبب في حالة الطلاق وحالة الضياع بين الوالدين، الأمر الذي يفترض أن تساهم مصالح الشؤون الاجتماعية ومصالح الوسط المفتوح في تداركه من خلال مراقبة ممارسة الأب والأم غير الحاضن لحق الزيارة تحقيقا للإشباع العاطفي للمحضون، ذلك أن حق الزيارة قبل أن يكون حقا للأب أو الأم هو حاجة نفسية وعاطفية وحق ثابت للمحضون.

03/ الزواج العرفي للحاضنة حفاظا على الطفل المحضون

إن من أهم نتائج وآثار التعديل في أحكام المادة: **64** من قانون الأسرة المتعلقة بمستحقي الحضانة، هو كثرة اللجوء إلى أحكام الزواج العرفي حفاظا من المرأة على محضونها من جهة، ورغبة منها في تجديد خلافتها للأرض بالزواج من جديد مثلها مثل طليقها، وهو الأمر الذي يجعل من حقوق المرأة والأولاد الناتجين عن الزواج العرفي في حالة خطر، الأمر الذي يجب معه على المشرع الجزائري التدخل والتعديل في أحكام المادة: **64** ق أ ج بما يتوافق ورعاية مصلحة المحضون من جهة وتحقيق التوازن بين حق الرجل المطلق والمرأة المطلقة في تجديد الحياة الزوجية مع الحفاظ على مصلحة الطفل المحضون في الوقت نفسه، وهو الذي نرى أنه من الممكن أن يتحقق من خلال مجموعة من الرؤى التي سنبديها في خاتمة المقال.

04/ الزواج المختلط وتأثيره على إسناد الحضانة

لا شك أن موجبات إسناد الحضانة وآليات منحها أو إسقاطها، ديناميكية متغيرة غير ثابتة على صورة واحدة، وذلك بالنظر لمحل هذه الحضانة من جهة، وبالنظر لبعض القصور الواضح على موجباتها، لا سيما في مسألة البحث عن المصلحة الفضلى للطفل وإعمال الآليات

المناسبة لذلك، لكن الصعوبة والتعقيد يزدادان إذا كان مستحقوا الحضانة من جنسيات مختلفة والناتج عن الزواج المختلط. فما هي أهم الإشكالات المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط ؟ و ما هي أهم رؤى الحل ؟

- انتقال الحاضن بالمحضون خارج الجزائر

يكاد يكون من تحصيل الحاصل أنه لما يكون هناك زواج مختلط، فإن أحد الزوجين سيغادر إلى بلده خارج التراب الوطني ومن ثمة ما مصير المحضون إذا قضى بحضانته لأمه الأجنبية فهل يغادر معها ما دام حكم لها بالحضانة أم أنه لواقعة السفر خارج التراب الوطني لا تمنح الحضانة حتى يربى المحضون على دين أبيه، ويكون محط توجيه ورقابة في أخلاقه وتربيته، كل ذلك خوفا عليه من أعراف الغرب وسلوكهم.

بحسب المادة: **69** من قانون الأسرة، فإنه إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون، هذه المادة وإن جاءت عامة ولا تخص الزواج المختلط بصفة خاصة، إلا أن تطبيق الأحكام في خصوص الخوف على المحضون من الابتعاد عن تعاليم الدين الإسلامي واحدة، ذلك أنه وبموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: **2005/05/12** فقد جاء فيه بأنه: من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيد عن أبيهم، يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي.[29]

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر صادر لها مؤرخ في:**1995/11/21** أنه متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، يعد قضاء مخالف للشرع والقانون يستوجب نقض القرار.

مهما يكن من أمر فإن محصلة مسألة الانتقال بالمحضون - الناتج عن زواج مختلط- خارج التراب الوطني، تشير إلى أن المشرع الجزائري قد جعل من الانتقال بالمحضون إلى خارج الجزائر راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يمكن إسناد الحضانة للأم المتواجدة خارج التراب الوطني مراعاة لمصلحة المحضون.

لكن 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، لذلك فقد عقدت الدول ومنها الجزائر وفرنسا اتفاقيات ثنائية تنظم مسائل الزيارة والاطمئنان عل المحضون، بحيث تشير الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا الموقعة بمدينة الجزائر في:**1988/06/21** إلى جملة من التدابير المحققة لمصلحة المحضون.[30]

ثانيا : رؤى وحلول لاستحقاق الحضانة بما يتوافق والمصلحة الفضلى للطفل

في نهاية موضوع أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية وموجبات المصلحة الفضلى للطفل يظهر لنا وأن المشرع الجزائري في صدد تعديله لنص المادة: **64** ق أ لم يوفق بحيث أن الترتيبات الجديدة للمادة وإن كانت معلقة على شرط مراعاة مصلحة المحضون، إلا أن واقع العمل القضائي يشير إلى أن السادة القضاة يلتزمون بحرفية النص في شقه الأول فقط ولا يلجأون إلى إجراء التحقيقات اللازمة من أجل التحقق من مصلحة المحضون، ما يجعل من هذه المصلحة آخر اهتمام يحظى بالنظر، ومن أجل معالجة هذه المشاكل فإني أقترح الحلول والرؤى التالية:

01/ ضرورة جعل تشكيلة قضاء شؤون أسرة قضاء مختلطا (قاض + إمام + مختص نفسي أو اجتماعي)

تطبيقا لنصي المواد: **502**، **533** إ م إ تبنى المشرع الجزائري في صدد قضاء القسم الإجتماعي والقضاء التجاري، التشكيلة المختلطة التي تتحدد في قاضي و مستشارين من أصحاب الخبرة والمجال انطلاقا من خصوصية المنازعة وتفردها إن من حيث الطبيعة أو من حيث الأشخاص المعنيين بها، و لأن المنازعة القائمة بين مكونات الأسرة أكثر خصوصية واختلافا بل وتعقيدا، فإنه من الأوجب أن يتميز قضاء شؤون أسرة عن غيره من القضاء، لذلك فإنَّي أقترح أن يتبنى المشرع الجزائري في نظر نزاعات الأسرة المعروضة أمام القضاء، التعديل في تشكيلة قضاء الأسرة بجعله تشكيلا مختلطا بحيث يضاف للسيد القاضي ممثلا عن وزارة الشؤون الدينية في صورة إمام إذْ أن حضرة الإمام في جلسات الصلح من شأنه استحضار الوازع الديني، نظرا ما لهذا الوازع من تأثير في تصرفات وسلوكات الأشخاص لا سيما إذا علمنا أن من القضاة من يكون حديث العهد بالمهمة القضائية فلا يستطيع إدراك كنه وحقيقة النزاعات الأسرية ويكتفي في أكثر الأحوال بعرض الصلح على أطراف الخصومة، ليكون في النهاية القرار لأشخاص الدعوى والذي كثيرا ما يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية، ودليل ذلك أن إحصائيات الصلح في مادة شؤون أسرة تشير إلى أن الإجراء نادرا ما وصل إلى لم شمل الأسرة من جديد ونادرا ما انتهى بالتنازل عن الخصومة أو الصلح.[31]

إن في تعديل تشكيلة قضاء الأسرة بإضافة مختص في علم النفس أو الاجتماع تابع لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، من شأنه كذلك أن يساعد – مثل الإمام- في فهم أكثر لحاجات أطراف الدعوى النفسية والاجتماعية والتي من شأن التوصل إلى حلول بشأنها من طرف شخص المختص النفسي أو الاجتماعي بمعية شخص الإمام وتحت رقابة وإشراف السيد القاضي أن يساهم في التخفيف من ظاهرة الطلاق التي تشير الإحصائيات أن جلها راجع لأسباب غير جدية كثيرا ما تتعلق بعدم الإنصات وغياب الحوار بين الزوجين وتدخل الأهل غير المريدين لإصلاح ذات البين، فضلا على حاجات اجتماعية أخرى ذات صلة بموضوع الطلاق ومن ثمة

فإن التقليل من ظاهرة الطلاق يؤدي حتما إلى الحفاظ على الطفل ومن ثمة من شأن ذلك، أن يضع حدا للمنازعات المتعلقة بالحضانة والتي كثيرا ما يدفع ثمنها الطفل المحضون، كذلك من شأن دمج المساعدين الاجتماعيين التابعين لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة أن يُنْجحَ القانون: **15-01** المؤرخ في: **2015/01/04** الخاص بصندوق النفقة والذي أسسه المشرع الجزائري حفاظا على المرأة والمحضون بعد فك الرابطة الزوجية، على أن إحصاءات وزارة التضامن وقضايا الأسرة تشير إلى قلة لجوء الحاضنات إليه، ما يحيل إلى خلل في آلية تفعيل صندوق النفقة.

02/ ضرورة جعل التحقيق في مسائل إسقاط وإسناد الحضانة إلزاميا و من النظام العام.

لأن القاعدة الفقهية تقول بأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولأن الحضانة من النظام العام، فإنه وجب أن يكون التحقيق بشأنها إسنادا وإسقاطا من النظام العام يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه ومن شأن ذلك أن يحقق المصلحة الفضلى للطفل دون مراعاة كبيرة للترتيب الوارد في نص المادة: **64** من قانون الأسرة، فلو افترضنا أن أمًّا حاضنة قد تزوجت بغير قريب محرم ومن ثمة أسقطت الحضانة عنها وأسندت للأب المتزوج، فمن مصلحة المحضون أن يلتجئ القاضي للتحقيق مع زوجة الأب ويبحث مسألة قبولها واستعدادها العاطفي والنفسي لتكون راعية رفقة الحاضن للمحضون، لا سيما إذا كان الطفل المحضون أنثى وفي سن المراهقة، وهو التحقيق المتروك حاليا وفق تشريع قانون الأسرة الجزائري الحالي لسلطة القاضي التقديرية والتي قد يساهم كثرة القضايا لدى القاضي في تجاهله وإغفاله.

لذلك فإن من شأن جعل المشرع الجزائري للتحقيق إلزاميا في مسائل الحضانة أن يضمن هذه المصلحة ويضمن في الوقت ذاته حال تحقق مصلحة المحضون مع أم الأم –مثلا- إمكانية تجديد المرأة المطلقة الحاضنة لحياتها وتكوين أسرة أخرى، ملؤها المودة والرحمة مثلها مثل الرجل المطلق الذي أعاد الزواج واستمر في خلافة الأرض ملبيا حاجاته العاطفية والنفسية والاجتماعية.

03/ ضرورة تفعيل مصالح الوسط المفتوح المنصوص عليه في القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل:

على مصالح الوسط المفتوح باعتبارها تهدف إلى حماية الطفل ومنهم الطفل المحضون ضمان النمو النفسي والعاطفي السليم ومن حيث جعل الرابطة العاطفية بين الطفل المحضون والوالد أو الأم غير الحاضنة قائم من جهة تفعيل حق زيارة المحضون بإلزام غير الحاضن بهذه الزيارات دوريا وفق ما هو محدد في الحكم القضائي، إذْ من شأن ذلك 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 وفقط، ولن يتأتى ذلك إلا بإنشاء وتفعيل مصالح الوسط المفتوح

وزياراتها المتعددة لمكان حضانة الطفل من خلال الخبراء و المختصين النفسيين والاجتماعيين الذين يعدون بدورهم تقارير حول ممارسة الحضانة وشروطها وتوافقها من عدمه مع مصلحة الحض وهو الغائب تقريبا كليا في الوقت الراهن.

04/ ضرورة دمج التشريع الدولي المتعلق بأحكام الاتفاقيات الثنائية لأحكام الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط ضمن تشريع قانون الأسرة، بحيث يسهل على المشتغلين بشؤون المحضونين الوصول إليه بسرعة و بيسر.

الخاتمة :

ختاما لما تقدم فإنه يظهر أنه وبالرغم من ربط المشرع الجزائري لاستحقاق الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون، إلا أن واقع منح الحضانة يشير إلى أن السادة القضاة قليلا ما يلجأون إلى التحقيق في مستحقيها، ما يجعل من التحقيق في مسألة الإسناد أو الإسقاط مسألة جوهرية وجب أن تكون من النظام العام مثلها مثل الحضانة نفسها.

كذلك وجب ولأجل المحافظة على مصلحة الطفل ابتداء أن يعاد النظر في تشكيلة قضاء قسم شؤون أسرة بحيث تتشكل من مختصين نفسيين واجتماعين ومن إمام يكون أقدر على الوصول إلى الصلح.

وجب أن تمر دعاوى فك الرابطة الزوجية على مكاتب مصالحة خارج أروقة المحاكم، وهو ما يساهم في رفع حظوظ النجاح في إجراءات الصلح وبالتبعية لذلك المحافظة على كيان الأسرة وكيان الأطفال النفسي والاجتماعي.

ضرورة المتابعة المستمرة لموضوع الحضانة من قبل مصالح رعاية الطفولة، ذلك أن من شأن هذه المتابعات أن يحقق أفضل رعاية للمحضون.

الهوامش :

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

2 نفس المرجع، ص 1016.

3 الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، الجزء الثاني، ص 358.

4 ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، ص 123.

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

6 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- دار هومه، الطبعة الثالثة 2011، ص 138.

7 راجع نص المادة: 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية

8 عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 138.

9 أبوحامد الغزالي، إحياء علوم الدين، م، 03، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 73.

10 وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ج 7، ص 718، 719.

وراجع أيضا محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 405.

11 يشار إلى أن المالكية في الترتيب الذي يلي الأم تأتي الخالة تأسيسا على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم القائل فيه" الخالة أم" بينما يقدم الشافعية الأخت من الأب على الأخت من الأم.

راجع في ذلك: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 724.

12 عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، 1016، 1017.

13 نفس المرجع السابق، ص 1017.

14 عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص 1017.

15 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722.

16 راجع نص المادة: 64 من القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02

17 رواه أحمد والترمذي والحاكم عن أبي أيوب وهو صحيح

18 راجع المادة: 64 من الأمر 05-02 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة.

19 محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987، ص 27.

20 بن عصمان إيناس، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستر، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 32.

21 سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2014-2015، ص 181.

22 تنص المادة: 126 من ق إ م إ على أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم بتعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" وطبعا يمكن لبحث وضعية وحالة المحضون من تعيين خبير اجتمعي لمساعدة السيد القاضي في إسناد الحضانة أو في إسقاطها.

23 وفي ذلك تنص المادة: 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: " يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة: سماع الأب أو الأم و كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه، سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.....

24 الأمر 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

25 قرار المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية، رقم ملف:337176 المؤرخ في: 2005/11/16، نشرة القضاة، 2010 العد 65 ص 319، نقلا عن جمال سايس، الاجتهادي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، ص 1527.

26 تنص المادة: 146 من ق إ م إ على أنه: " يجوز للقاضي بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات ....التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك..."

27 يشار في صدد عدم لجوء السادة القضاة إلى التحقيق، أن قرارات المحكمة العليا تكاد تجمع على نقض كل قرار قضائي أسند حضانة لصاحب حق فيها دون أن يكون هناك تحقيق حول مدى توافر مصلحة المحضون مع صاحب الحق فيها لا سيما عندما يكون هناك طلب للتحقيق بصددها، ولا يراعيه السيد القاضي.

راجع في مثال عن ذلك: قرار المحكمة العليا المنشور في نشرة القضاة 2006، عدد 59، ص 236، المتعلق بالملف رقم: 332324 المؤرخ في: 2005/07/13 والمشار إليه في: جمال سايس، الاجتهادي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، ص 1324.

28 الأمر 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم بموجب القانون 16-02 مؤرخ في:2016/06/19

29 جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 03، الطبعة الأولى، منشورات كليك، المحمدية، المحمدية الجزائر، 2013، ص 1467.

30 راجع المادة: 02 و 04 من الاتفاقية الثنائية بين فرنسا والجزائر المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، واللتان تحددان آليات حماية المحضون.

31 تشير احصائيات مجلس قضاء المسيلة لسنة 2015 أن نسبة الصلح قد وصلت إلى 4.68 بالمائة من مجموع القضايا المطروحة المحددة بـ 1600 دعوى فك رابطة زوجية وأن نسبة الحصول على فك الرابطة الزوجية هو: 95.31 بالمائة.

لتكون نسبة الصلح سنة 2016 أقل حيث قدرت بـ 2.75 بالمائة من مجموع 1749 قضية وأن نسبة عدد حالات غك الرابطة الزوجية هو: 95.31 بالمائة.

وفي خصوص نسبة اسناد الحضانة للأم فقد كانت سنة 2015 تشير إلى أنها تساوي 88.39 بالمائة في حين أنها وصلت سنة 2016 إلى 88.63 بالمائة، ما يدلل على غياب التحقيق في مسألة الإسناد.