الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري

صليحة بوجادي [1]

[1] أستاذة محاضرة قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريرج ، 34000 ، برج بوعريريج، الجزائر.

البريد الإلكتروني: salihabdj19@gmail.com

الملخص:

هناك حقوق كثيرة مقررة للطفل منذ ولادته حتى بلوغه، حقوق تتعلق ببقائه ونموه وشخصيته ومستقبله. ومن بين هذه الحقوق؛ حقه في الحضانة؛ التي تعتبر من أهم الأولويات التي نوليها للطفل خاصة أنه صغير عاجز عن تدبير شؤونه المتعلقة بنفسه أو بماله بمفرده، فهو بحاجة إلى من يقف بجانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة، بعد أن كان يحظى بهذه الرعاية في حضن والديه المجتمعين، وقد تناول المشرع الجزائري هذا الحق في المواد المحصورة من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

حق الطفل، الحضانة، الحماية القانونية، التشريع الجزائري.

تاريخ إرسال المقال: 2020/04/22، **تاريخ قبول المقال:** 2021/05/15، **تاريخ نشر المقال:** 2021/06/08.

لتهميش المقال: صليحة بوجادي،" الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 (عدد خاص)، 2021، ص ص. 257-277.

المقال متوفر على الرابط التالي: https: //www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: صليحة بوجادي، salihabdj19@gmail.com

The Legal Protection of The Child's Nursery Right in The Algerian Legislation.

Summary :

There are a lot of rights that are decided for the child since his birth until his puberty, concerning his survival, growth, personality, and future... Among those rights: His right in nursery; which is considered as one of the important child rights especially since he is young and incapable of taking care of his own business, himself and his money; all alone. Therefore he needs someone, instead of his gathered parents; by his side until he reaches a specific age. This right was involved in The Algerian Law of Family in its acts; from act62 to act72.

Keywords: legal protection, child's right, nursery, Algerian legislation

La protection juridique du droit de l'enfant à la garde dans la législation Algérienne.

Résumé :

Il existe de nombreux droits reconnus à l'enfant dès sa naissance jusqu'à l'âge adulte, des droits liés à sa survie, à son développement, à sa personnalité et à son avenir. Outre, il a le droit à la garde qui constitue une priorité, surtout qu'il est mineur et seul, par conséquent ne peut mener sa vie seul, dès lors a besoin d'une autre personne pour l'assister et le soutenir jusqu'à certain âge. Le législateur algérien a abordé ce droit dans les articles de 62 jusqu' à l'article 72 du droit de la famille

Mots clés:

Protection juridique, droit de l'enfant, de la garde, législation algérienne.

مقدمة

تعد الحضانة من أبرز وأهم النتائج المترتبة عن الطلاق، وهي من أعقد المسائل التي ينظرها القاضي وعليه أن يتعامل معها بكل دقة مراعيا فيها مصلحة المحضون عند إصداره الأحكام، فهي تتصل اتصالا مباشرا بمصير الطفل وحق لصيق به منذ ولادته حتى سن البلوغ. هذا ما حرصت على حمايته أحكام الشريعة الإسلامية أولا والنصوص التشريعية ثانيا، ومن بين هذه الأخيرة التشريع الجزائري الذي عمل على سن نصوص قانونية كثيرة يكفل ويحمي بها حق الطفل في الحضانة من خلال معالجته لهذا الموضوع في قانون الأسرة وقانون العقوبات متناولا إياه في مجموعة من المواد.

إذ لا يحق أن نحمل الطفل تبعات النزاع الحاصل بين والديه وهما مجتمعين، ولأن موضوع الحضانة هنا غير مطروح لكونهما يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير. أما لو تم الانفصال بينهما لسبب أو لآخر، فإن مشكل الحضانة يطرح بحدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير، هذا ما سأحاول معالجته في هذا البحث من خلال طرح الإشكالية الآتية: ما مدى كفاية الأحكام المقررة لحماية حق الطفل في الحضانة من خلال نصوص قانون الأسرة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية وتوضيح معالمها في قانون الأسرة الجزائري قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث. تناول المبحث الأول مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فتناول إقرار حق الطفل في الحضانة من خلال قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثالث فتضمن الدعاوى المتعلقة بالحضانة. الخاتمة وقد ضمنتها بعض النتائج والاقتراحات.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

يتناول هذا المبحث التعريف اللغوي والاصطلاحي للحضانة، ثم الحقوق التي يتضمنها حق الحضانة، ثم شروطها، وأخيرا ترتيب أصحاب الحق فيها من النساء والرجال، كل ذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري، وفق المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: تعريف الحضانة

يتناول هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة

إن مصطلح الحضانة في اللغة مأخوذ من الحُضْن، وهو ما دون الإبط أي الكشح أو الصدر أو العضدان وما بينها فيقال: حَضَن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحَضَنَت المرأة ابنها إذا ضمته إلى صدرها وقامت بتربيته[1]، والتصقت به وحنت عليه وعانقته. والحاضن والحاضنة هما اللذان يربيان الولد[2].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا

1- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

عرّف الفقهاء الحضانة بأنها: عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه*، الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه، وذلك بتربيته جسميا ونفسيا وعقليا حتى يقوى على النهوض بتبعات الحياة وتحمل مسؤولياتها[3].

وعرفها الإمام مالك بأنها: "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء"[4].

أما الشيخ محمد أبو زهرة فيرى أنه، تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال: أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول فيها يكون للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الطفل في المدة التي لا يستغني فيها الطفل عن النساء، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة[5].

من هذه التعريفات يتبين لنا أن الحضانة هي تربية الطفل وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه ورعايته وحمايته مما يهلكه والقيام بجميع مسؤولياته حتى يحتلم ويبلغ أشده وبالتالي يقوى على النهوض بالتزاماته وتحمل مسؤولياته.

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ج13،ص ص 122-123. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار القلم، بيروت، لبنان، ص 142.

[2]الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ج3، ص105.

[3]انظر: أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص526. وانظر: سيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية، ص428.

[4] انظر: المرجع نفسه، ج2، ص526.

[5]محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، د.ت، ص474.

2- تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[6].

يتبين لنا من هذا التعريف أن الحضانة هي تربية الطفل على أحسن وجه حتى يبلغ أشده، ممن له الحق فيها، وفي المدة التي لا يستغنى فيها عنه.

فأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته.

فقانون الأسرة الجزائري هنا حاول تعريف الحضانة من زاوية محددة وهي اهتمامه بالتربية العقلية للطفل، ثم اهتمامه بالجانب الروحي والعقائدي له، وأخيرا اهتمامه بالتربية الجسدية له، فنراه يحاول تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي، لذلك ركز في تعريفه لها على أسبابها وأهدافها والمتمثلة في رعاية الطفل، وتعليمه، وتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته خلقيا وصحيا. كما أراد أن يلفت الحاضن إلى رعايته تجاه المحضون وأهليته لذلك، إذ يحتاج إلى ذي أهلية، وعليه فإن المشرع من خلال هذه المادة -62- حدد نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بها بوضعه لجوانب أساسية لتهيئة شخصية المحضون.

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف للحضانة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموله على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية كالقانون المغربي والتونسي والسوري مثلا، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[7]، وهي بطبيعة الحال الأهداف المرجوة من الحضانة.

3- الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لقد حاول كل من الفقه الإسلامي والقانون تعريف الحضانة مراعيين عدة مقاييس منها:

- تربية الطفل.
- العناية بالجانب الروحي له.
- الاهتمام به ورعاية شؤونه.

فهما بذلك - أي الفقه والقانون- متفقين في الأساس ومختلفين في البنية التحتية (أي ما دون الأساس) خاصة في مدة الحضانة، وفي الزاوية التي يمكن أن تنفع الطفل أكثر مما تضره حتى يبلغ أشده.

المطلب الثاني: شروط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

---

[6] الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[7] انظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2009، ص293.

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

وعليه فإن الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها وذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى تخص النساء فقط، وبعضها الآخر يخص الرجال فقط.

أما المشرع الجزائري فقد حصر شروط الحضانة في الأهلية فقط وذلك بعد تعريفه لها في نص المادة 62 من قانون الأسرة، إذ نصت الفقرة الثانية منها:" يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

والمقصود بالأهلية هنا: القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

لتحديد هذه الشروط غير الواردة في قانون الأسرة الجزائري فإن المادة 222 منه تنص على أنه:" كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفرع شروط ممارسة الحضانة في ضوء الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء ما يلي[8]:

1- العقل: ويخرج بهذا الشرط الجنون والعته، فلا يصح للمجنون ولا للمعتوه أن يتولى شؤون غيره ما دام أنه عاجز حتى عن القيام بشؤونه، فغير العاقل هنا لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره، وكل ذلك رعاية لمصلحة المحضون وإلى جانب العقل اشترط المالكية أيضا: الرشد: فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر حتى لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالا يليق به.

أما موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط –العقل– فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد النص عليه في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها، "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه". ويستوي في الجنون أن يكون مستمرا –مطبقا أو متقطعا ولو مرة في كل سنة مثلا، فكلاهما مانع من الحضانة لأنها رعاية للمحضون وحفظ لمصلحته.

2- البلوغ: يخرج بهذا الشرط الصغر، فلا حضانة للصغير على غيره لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية، فبالبلوغ تكتمل الإرادة عادة.

[8] انظر: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص358 وما بعدها. وانظر: العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2014، ص ص135-136.

أما موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط فإنه اعتبر هو الآخر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

3- الأمانة على الأخلاق: فلا حضانة لغير أمين على تربية الطفل وتقويم أخلاقه، ذلك حتى تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير، ومنه فلا حضانة لفاسق أو فاسقة يشتهر كل منهما بالسكر أو الزنا أو اللهو الحرام.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد تشدد قضاؤه في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن أو الحاضنة، فلا حضانة لمن فقدت فيه الثقة والأمانة ولا يقيم وزنا للأخلاق ولا يراعي حرمة الشرف لأن الطفل هنا ينشأ متخلقا بأخلاقه الدنيئة، فنجده في الكثير من أحكامه أسقط الحضانة في مثل هذه الحالات.

4- القدرة على التربية: فلا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض، ولا لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يمنعها من القيام بشؤون الطفل، ولا لمتقدمة في السن ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له. وكل ذلك رعاية لمصلحة المحضون.

أما عن موقف القانون الجزائري فإن قضاءه اعتبر القدرة على التربية شرطا أساسيا لممارسة الحضانة – وذلك من خلال ما يرد في كثير من قرارات المحكمة العليا-.

5- الإسلام: وهو شرط مختلف فيه بين فقهاء المذاهب الأربعة خاصة عندما تكون حاضنة.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط فإنه تمسك بموقف الإمام مالك –ض- حيث ساوى هذا الأخير بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة.

كما أن القضاء الجزائري أسقط الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئها، فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء الحاضنات وتتمثل في:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل أو بقريب غير محرم منه. لقد اتفق الفقهاء الأربعة على سقوط الحضانة مطلقا بالزواج وإن خالفهم في ذلك غيرهم من الفقهاء.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط فإن المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها لأجنبي وبقريب غير محرم للصبي، فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

وعليه خدمة لمصلحة المحضون، فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها:

أ- عدم وجود من يحتضن الطفل غير الأم: فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا عن حصانته.

ب- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة: ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بغير عذر، سقط حقه فيها".

ج- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأنه عن تراض: مع العلم أن أغلبية الفقهاء هنا يرون أن العقد وحده ليس سببا في لإسقاط الحضانة إذ لا بد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط.

2- أن تكون ذات رحم محرم على الطفل: أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته. فلا حق لبنات العم والعمة، وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لبني الخال والخالة وبني العم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[9].

3- عدم إقامة الحاضنة بالطفل في بيت يبغضه (يكرهه) حيث أشار المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" وذلك تكريسا لمصلحة المحضون.

4- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا: لأن إعسار الأب مسقط حق الأم في الحضانة إذا امتنعت عن حضانته مجانا، وعدم امتناعها يعتبر شرطا من شروط استحقاقها الحضانة[10]. ومنه إذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، وقبلت قريبة أخرى بحضانته مجانا سقط حق الحاضنة الأولى في الحضانة.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن خاصة ما يلي:

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون الأنثى وذلك تفاديا للخلوة بها.

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأن حق الحضانة للرجال مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم[11].

---

[9] انظر: المرجع السابق، ص360.

[10] انظر: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142.

[11] انظر: العربي بختي، المرجع السابق، ص136.

المطلب الثالث: ترتيب المستحقون للحضانة من النساء والرجال في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

نستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري قد حصر أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم كما يلي:" الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة، ثم أورد عبارة: " ثم الأقربون درجة" وهي عبارة غامضة لم يثبت لنا المشرع الجزائري المقصود بها، كما لم يثبت لنا ما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كالأخوة أو الأعمام مثلا، وما هو الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة وعدم تقديم أحد المقربين بطلب المحكمة.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري –ربما– أنه قد أحسن صنعا عندما خول للقاضي حق اختيار الأصلح وذلك اعتمادا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون التي ركز عليها في كثير من المواد التي تضمنت الحضانة وأحكامها، وللقاضي هنا السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون دائما.

و أما سكوت قانون الأسرة الجزائري وعدم تحديده لهؤلاء الأقربون درجة، فإنه يرجع في ذلك إلى أحكام المادة 222 والتي تحيلنا على العمل بالشريعة الإسلامية.

كما يلاحظ على المشرع في نص هذه المادة –64– أن ترتيب مستحقي الحضانة فيها، جاء مخالفا لما ورد عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية الأخرى، حيث أنه في التعديل الأخير قدم الأب وأولاه الرتبة الثانية بعد الأم مباشرة بدلا عن النسوة الحاضنات اللواتي كن متقدمات عليه (كالجدة لأم، والجدة لأب،الخالة، والعمة،...) وتبرير المشرع لهذا التعديل والتغيير على اعتبار أن الأب منهم وأكثر حرصا على رعاية طفله. وعليه يستوجب على الأب هنا أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة مثلا أو أي امرأة أخرى تكون أمينة عليه وتتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيما.

المبحث الثاني: إقرار حق الطفل في الحضانة من خلال قانون الأسرة الجزائري

يتناول هذا المبحث أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والتي تتمثل في: إبراز نفقة المحضون وأجرة حضانته، ثم سكنه وحالة الانتقال من بلد إلى آخر، وكذا حق زيارته ومصيره بعد انتهاء مدة الحضانة والأمور المسقطة لها وكل ذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

إن ممارسة الحضانة على المحضون تتطلب نفقة عليه من تغذية وعلاج وسكن وغيرها، وأجرة للقائمة بذلك –الحاضنة– كونها تبذل مجهودات مادية ومعنوية في سبيل ترتيبه والسهر على مصالحه، ونحاول تبيان ذلك في ما يلي:

الفرع الأول: نفقة المحضون

لقد عرفت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري النفقة على أنها:"الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

أما فيما يخص نفقة المحضون فقد نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على أن نفقة الأولاد عموما سواء أكانوا مع والديهم في إطار العلاقة الزوجية قائمة، أو محضونين في حالة حضانة منشدة بعد انحلال علاقة الزواج والفرقة بينهما بقولها:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

يستوجب من نص هذه المادة أن نفقة الولد الذي لا مال له تكون على أبيه، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، أما البنت فإلى زواجها والدخول بها لينتقل واجب النفقة عليها من الأب إلى الزوج، كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية، أو لسبب مزاولتهم الدراسة.

كما بينت لنا هذه المادة أن وجوب نفقة الأب على الأبناء يسقط في حالة الاستغناء عنها بالكسب، فلا تجب نفقة الأب على ابنه الذي أنهى دراسته وأصبح له دخل عمل أو حرفة، كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر غير القادر على توفيرها بأن يكون عاجزا عنها لا متقاعسا عنها ليحل غيره محله، لتنتقل إلى الأم بشرط قدرتها عليها وذلك بأن يكون لها مال وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا قادرة على ذلك".

تقدير قيمة النفقة: أما بالنسبة لتقدير قيمة النفقة فإن الأصل أن الأب ينفق على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناعه عن ذلك فإنه يكون لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه الأخيرة –النفقة–بالحضانة لذلك فقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري على مسألة تقدير النفقة بقولها:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

يستشف من نص هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير نفقة الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون وذلك في إطار تحقيق احتياجاته ورعاية مصلحته.

إذ أن هذه المادة تقرر أن القاضي لما يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج وحاله في اليسر والعسر وأن يراعي المعروف بحسب الأزمنة والأمكنة وبحسب الأحوال والأشخاص.

وما يستشف من هذه المادة أيضا أنه، لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، ويجب على القاضي حينئذ – أي حين إعادة النظر في تقدير النفقة– مراعاة المعايير السابقة المنصوص عليها في المادة. وعليه فإن عدم تسديد النفقة للمحضون يعد جنحة تستحق المتابعة والجزاء بنص المادة 331 عقوبات، وذلك تدعيما لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: أجرة الحضانة

نجد أن المشرع الجزائري في المواد 77، 78، 79 من قانون الأسرة الجزائري قد نص على نفقة المحضون، إلا أنه لم يتطرق في هذه المواد أو في غيرها إلى أجرة الحضانة وعليه يستوجب علينا هنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك حسب المادة 222 من قانون الأسرة.

وبخصوص هذه المسألة –أجرة الحضانة– نجد أن القه لم يثبت على موقف واحد:

أ– فالإمام مالك مثلا يرى أنه: ليست للحاضنة أجرة على حضانتها سواء أكانت أما للطفل أم لا. أما في حالة كون الحاضنة فقيرة ولولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها منه وذلك لفقرها ولقيام واجب نفقة الفرع على الأصل لاحتياج هذا الأخير له ويسر الأول –الولد–، وليس مقابلا عن حضانتها للولد، في حين نجد أن نفقة المحضون على أبيه[12]. (لأن المحضون هنا كان ذا مال لكنه حوله إلى حاضنته من باب إنفاق الفرع على الأصل في حالة عسر الأخير ويسر الأول، فينتقل وجوب نفقته على أبيه وليس على نفسه لأنه لم يعد له مال).

ب– في حين يرى فقهاء الحنفية أنه تجب أجرة الحضانة مطلقا لكل امرأة حاضنة ما لم تكن أما، لأنها إن كانت أما بحكم قيام الزوجية ومعتدة من طلاق رجعي أو بائن فإن لها حق النفقة وليس لها حق أجرة الحضانة وذلك حتى لا تأخذ نفقتين من الأب[13].

مع العلم أن أجرة الحضانة تكون من مال الولد المحضون نفسه إن كان له مال باعتبار هذه الأجرة من النفقة، أما في حالة لم يكن له مال فإن أجرة حضانته تكون على من تجب عليه نفقته.

و في حالة رفض الأم لحضانته إلا بأجرة ووجدت متبرعة فإن الأم هنا هي الأولى بالحضانة وذلك إذا كانت أجرتها على الأب وكان موسرا، أو كانت المتبرعة ليست من الحاضنات.

أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات وكانت أجرة الحاضنة على الأب وكان معسرا، أو كانت الأجرة من مال الولد المحضون فإن المتبرعة هنا هي الأولى وذلك باعتبار الحضانة لمصلحة الولد ومن مصلحته المحافظة على ماله.

ملاحظة: إذا كان الأب معسرا،و الولد لا مال له ولم توجد متبرعة، فإن الأم تحضنه وتقدر لها أجرة وتكون واجبة على من يلي الأب في الإنفاق، وهو الحكم نفسه بالنسبة لباقي الحاضنات إذا تبرعت حاضنة وتمسكت من هي أقرب منها بالأجرة إذ لا فرق بين الأم وغيرها بالنسبة للتبرع والإعسار[14].

وعليه فإن التوفيق بين المذهبين –و الله أعلم– يكون بأنه:

– إذا كانت الحاضنة –أما أو غيرها– معسرة فإن لها أجرة الحضانة مقابل ما حبست نفسها لأجله، فهي ليست نفقة خالصة ولا أجرة حضانة خالصة.

---

[12] انظر: عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص360.

[13] انظر: المرجع نفسه، ص361.

[14] انظر: سيد سابق، المرجع السابق، ص487.

– وإن كانت قادرة على الإنفاق على نفسها أي موسرة وليست معسرة فلا تستحق هنا أجرة الحضانة محافظة على مال الولد ومصلحته وباعتبارها ذات رحم محرم منه أي قريبته.

المطلب الثاني: سكن الحضانة والانتقال بالمحضون من بلد إلى آخر

إن من حق المحضون أن يكون له سكن يعيش فيه ويحضن تحت سقفه وقاية له من حر الصيف وقر الشتاء، وهذا هو مناط معيشة الإنسان بأن يكون له مأوى يؤويه، فمن المكلف يا ترى بتوفير هذا السكن وأجرته؟ وما مكان ممارسة هذه الحضانة؟ فهل هو بلده الأصلي أم يمكن السفر به خارج بلده؟ هذا ما نحاول الإجابة عنه في النقطتين الآتيتين:

الفرع الأول: سكن الحضانة والمكلف بتوفيره وأجرته

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة أن: في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

يستشف من نص هذه المادة:

– وجوب توفير السكن الملائم للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك في حالة الطلاق أو في حالة الفرقة بين الزوجين، إذ من حق الحاضنة الأم المطلقة المكوث في بيت الزوجية حتى توفير السكن من قبل الأب –كما أكدت ذلك الفقرة الثانية من المادة–، لأن السكن هو المكان والحيز الذي ينشأ فيه الطفل ويرعى ويربى فيه.

– أما إذا تعذر توفير السكن من قبل الأب لابنه المحضون فإنه يكون ملزما ومكلفا بدفع أجرة إيجار مسكن لممارسة حضانة ابنه فيه.

إذن المادتان 72 و78 من قانون الأسرة الجزائري تفيدان وجوب توفير مسكن الحضانة أو أجرته ويكون ذلك ملقى على عاتق أب المحضون حسب المادة 72، وأكدت ذلك المادة 78 باعتبارها السكن في المرتبة الرابعة بعد الغذاء والكسوة والعلاج، ويصلح ذلك على الطفل المحضون.

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على مكان ممارسة الحضانة في حالة الطلاق بين الزوجين إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة على أنه:" وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، أي أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون وبالضبط في مقر وسكن الزوجية –سابقا– ويبقى ذلك ساري المفعول إلى غاية توفير الأب لسكن ملائم للحاضنة أما كانت أو غيرها من الحاضنات، وإلا دفع أجرة سكن آخر، وكل ذلك من أجل تمكين الأب من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته وتربيته على دينه.

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو يسقطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة

الجزائري بقولها:" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

ملاحظة: من حق الحاضنة هنا أي الأم المطلقة أن تمكن من مسكن أو أجرته وذلك لممارسة الحضانة.

المطلب الثالث: حق زيارة المحضون ومصيره بعد انتهاء مدة الحضانة

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها،و الذي يكون في الغالب الأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده، وهذا الظرف يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة (إحساسه بوجود والديه)، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، لجذا أو ذاك وجب تمكين الأب –أو الأم إن سقط حقها في الحضانة– من زيارة ورؤية ابنه المحضون، ثم ما وقت هذه الزيارة وما مكانها؟ وما مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة؟ هذا ما يتناول في النقطتين الآتيتين من خلال قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: حق زيارة المحضون

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أنه:" ... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يستنتج من هذه المادة أنه: على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة.

وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة ورعاية دائمة لمصلحة المحضون، بل أن القانون رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق وهذا ما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات بقولها: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000.00 إلى 100.000.00 الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

إلا أنه:" ما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذه المسألة أنه عندما ألزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة، لم يحدد معنى الزيارة، ولا وقتها ومكانها، ولا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن فكان على المشرع وضع مادة قانونية مستقلة تشمل حق الزيارة وما يتعلق بها من تعريف أو وقت، أو مكان أو كيفية أو سقوط الحق فيها أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بها بدلا من أن يلقي عبء ذلك على القاضي.

وعلى هذا الأساس فإن امتناع الحاضن عن تسليم الطفل المحضون إلى من له حق زيارته يعد جنحة تستحق المتابعة والعقاب بنص المادة 2/328 عقوبات السابق ذكرها.

الفرع الثاني: مصير الطفل المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، تسليم الصغير إلى عاصبة:

إذ أنه بعد انتهاء فترة حضانة النساء (الأم) تنتقل الحضانة إلى الرجال (الأب) ثم إلى الأقربون درجة من النساء والرجال. ويكون ذلك بانتهاء مدة الحضانة، إذ أنه بالنسبة للذكر عند بلوغه سن 10 سنوات والأنثى حتى زواجها ويجوز للقاضي تمديدها بالنسبة للذكر عند بلوغه سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دائما وهذا ما تضمنه نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري في قولها:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 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".

المبحث الثالث: الدعاوى المرتبطة بحماية حق الطفل في الحضانة

إن مسألة الحضانة مسألة معقدة خاصة أمام الفراغات والنقائص الموجودة في قانون الأسرة الجزائري، لذلك حري بالقاضي النزيه في هذه المسألة أن يحمل هذه المهمة بكل قواه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون والعمل على حمايتها وذلك بممارسة دعوى مدنية وإتباعها بمتابعات جزائية على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون، وعليه فإن هذا المبحث يتناول دعوى الحضانة والجرائم المتعلقة بمخالفة أحكامها.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية

تتمثل في دعاوى الإسناد والتمديد والإسقاط.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة:

يقتضي اللجوء إليها في الحالات الآتية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق وخلع، حالة الوفاة أو حالة الفقدان.

1- حالة الطلاق وما في حكمه:

إذا كان أمامنا دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى الحالات العشر المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، أو خلعها حسب نص المادة 54 من القانون نفسه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لم يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، ففي جميع الحالات يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الهامة التي تطرح على القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ويجب عليه النظر فيها وفصلها لأنه متى تمت الفرقة بين الزوجين لأحد الأسباب المذكورة في المادتين أعلاه هد بيت الزوجية وكان لزاما على القاضي أن يفصل في أمر الولد أو الأولاد فمن سيكفلهم ويحضنهم؟ مع مراعاة مصلحة المحضون دوما في حكمه.

وتطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية حسب ما ورد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري فإن الأم دوما هي الأولى والأحق بإسناد الحضانة إليها إلا إذا وقعت تحت مسقطات الحضانة عنها والمحددة شرعا وقانونا –كما سوف نرى–.

2– حالة الوفاة أو الفقدان:

تقتضي هذه الحالة أنه توفي من أسندت إليه الحضانة أو فقد فإنه يكون من حق أي شخص آخر من الحاضنات والحاضنون متى توفرت فيه شروط الحضانة –السابق ذكرها– أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، حتى لا يبقى الولد المحضون دون رعاية.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر سن 10 سنوات، والأنثى حتى سن الزواج والدخول بها، وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار من ينتقل إليه ويعيش معه، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى المطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة بقولها:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج..." إلا أن هذه المادة استثنت جزئية من الأصل بقولها:" وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

على هذا الأساس فإن الأم وحدها ما لم تتزوج دون غيرها من الحاضنات والحاضنون من حقها أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 من عمره مع مراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

– الحالة الأولى: وقد نصت عليها المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وعليه فإن هذه المادة تناولت أمرين لسقوط الحضانة عن صاحب الحق فيها.

أ– زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: إذ أنه في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة. ولها حق المطالبة بها من جديد بعد طلاقها من هذا الأخير وذلك تطبيقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

ب– التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة أيضا إذا تنازل عنه صاحبه وذلك بشرط أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون. إذا كان تنازل الأم مثلا عن حضانة طفلها الرضيع لفائدة الأب فإن المحكمة هنا لا يمكن لها أن تحكم بهذا التنازل ولا تستجيب لطلبها، بل لها –المحكمة– أن تجبرها على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها شروط الحضانة ولكنها لا تؤثر على مصلحة المحضون، مع العلم أن الحكم الذي يصدر عن المحكمة

في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناء على من له حق الحضانة يعد حكما مقررا وليس منشئا [15]، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما تبنيت ظروف جديدة تدعو إلى القول بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بحضانة أمه له.

– الحالة الثانية: وقد نصت عليها المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، أي أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه لمدة تزيد عن سنة وذلك من دون عذر مقبول شرعا وقانونا وعقلا، ويرجع تقدير هذا العذر المنصوص عليه في المادة إلى القاضي المختص مع أخذه بعين الاعتبار مصلحة المحضون دائما.

كما نصت المادة 70 من القانون نفسه على أنه :" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بقريب غير محرم". أي أن حق الجدة أو الخالة في الحضانة يسقط بمجرد سكنهما بمحضونهما مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم من المحضون، لكن لماذا حصر المشرع الجزائري هنا سبب سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم فقط دون غيرهما من الحاضنات والحاضنين؟ هذا لم يبينه وسكت عنه.

– الحالة الثالثة: تسقط الحضانة عن صاحب الحق فيها أيضا متى فقد أحد الشروط المرعية شرعا وقانونا في نص المادة 62 من قانون الأسرة السابق ذكرها.

كما يمكن للقاضي أيضا أن يسقط الحق فيها جوازا في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي وذلك مراعاة لمصلحة المحضون طبقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري –السابق ذكرها– وعليه فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة بالنسبة لهذا الشخص أمر موكول للقاضي بناء على قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.

ملاحظة: إن من الإجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام وذلك طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[16]، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة –السابق ذكرها–، أما المصلحة الوحيدة التي يجب مراعاتها هي مصلحة المحضون ويكون الاختصاص لمحكمة مقام ممارسة الحضانة وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده بتكوين قناعته، بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط مع الإشارة إلى أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها للغير.

---

[15] انظر: نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري: دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص186 وما بعدها.

[16] نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: الدعاوى الجزائية

لقد نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة وذلك تكريسا لقاعدة رعاية مصلحة المحضون، وبنصه على هذه الجرائم وتقدير عقوبات عليها يكون بذلك قد أدرج مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.

وعليه يتناول هذا الفرع جريمة عدم تسليم طفل إلى حاضنة، وجريمة اختطاف المحضون من حاضنة، وجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة، على أن يكون ذلك من دون تفصيل لهذه الجرائم.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه (جريمة الامتناع عن تسليم قاصر)

يقصد بها امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من أوكلت إليه حضانته بحكم قضائي، أي من له الحق في المطالبة به.[17] وهو سلوك إجرامي سلبي، يتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي يفصل في إسناد حضانة القاصر إلى من حكم لصالحه، سواء الأب أم الأم أم غيرهما من أصحاب الحق في الحضانة، ورغم أنه موقف سلبي إلا أنه من أهم عناصر الجريمة، وهو أساس التجريم في المادة 328 من قانون العقوبات[18] السابق ذكرها، وعلى هذا الأساس فإنه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين ممن لهم حق الحضانة وكان تحت سلطة أبيه أو جده أو عمه، وأنه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثان كأن تكون أمه مثلا أو خالته أو جدته، وعند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له حق في حضانته دون أن يبرر امتناعه بمبرر شرعي أو قانوني فإنه يقع تحت أحكام نص المادة 328 ويستحق ما ورد فيها من جزاءات.

فيشترط المشرع الجزائري في هذه الجريمة وجود حكم قضائي يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون هذا الحكم مؤقتا أو نهائيا، بشرط أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل أو حائزا لقوة

---

[17] نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص: شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 01/09،دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2009، ص219.

[18] نادية رواحنة، "جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مج 10، العدد 3، ديسمبر 2019، ص618، الرابط:

(www.asjp.cerist.dz/en/article/108506)

الشيء المقضي فيه،[19] وبذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل، وغير نهائي لأنه محل دعوى استئناف.[20]

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

هي جريمة منشقة عن الجريمة السابقة ومشاركة لها في الموضوع والهدف وفي الخضوع للعقوبة الموحدة بينهما بحكم الركن الشرعي المشترك بينهما وهو نص المادة 328 عقوبات، بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون والحاضن.

مع العلم أن الخطف هو السلوك أو النشاط المادي الذي يصدر عن الجاني لتحقيق النتيجة الإجرامية، ويتمثل في هذه الجريمة في أخذ القاصر ممن أوكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها[21]، كما لو انتزع الجاني القاصر المخطوف من منزل أهله أو من مدرسته أو من المحل الذي يتدرب فيه على حرفة معينة، أو من الطريق العام أو من منزل صديق أو قريب يزوره أو أي مكان آخر[22].

تقوم الجريمة كذلك، إذا كان الطفل بعد خطفه قد اختفى بحيث لا يمكن الوقوف على محل وجوده ولا العثور عليه، وهذه أشد خطورة، لأن التنفيذ بالقوة لا يفيد في رد الطفل إلى من حكم له بحضانته وحفظه[23].

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

إن حق زيارة المحضون للزوج غير الحاضن منصوص عليه بمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حقه في زيارة المحضون وفق الزمان والمكان والكيفية التي حددها القاضي في حكمه بناء على سلطته التقديرية في ذلك ومراعاة مصلحة المحضون، فإنه –الشخص الحاضن– يكون قد اقترف جريمة تمس بنظام الأسرة يستحق بناء عليها المتابعة والعقاب.

فالمقصود هنا امتناع الحاضن الذي يوجد لديه المحضون عن السماح للوالد غير الحاضن أو أقارب المحضون الذين حكم لهم بحق الزيارة بزيارة المحضون[24].

---

[19] احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، بعض الجرائم الخاصة، منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة، جزء ، دار هومة، الجزائر، ط15، 2012–2013، ص196.

[20] المحكمة العليا، ملف رقم 132607، قرار بتاريخ 1996/06/16، غير منشور، نقلا عن احسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، بيرتي، الجزائر، 2007–2008، ص147.

[21] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، دار هومة، الجزائر، د.ط، د.ت، ص20.

[22] محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ج1، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005، ص296.

[23] فاطمة الزهراء جزار، جريمة اختطاف الأشخاص، مذكرة ماجيستر في علم الإجرام وعلم العقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013–2014، ص82.

[24] احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص197

وقد اعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أن الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة يشكل جريمة مستقلة مستنبطة من نص المادة 328 من قانون العقوبات، وكذا نص المادة 46 من قانون الأسرة[25]، التي تنص على أنه "على القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها أن يحكم في الحكم نفسه بحق الزيارة للزوج الآخر." ويؤيد هذا التفسير أي الذي يسوي حق الزيارة بحق الحضانة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها أن "عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية"[26]، والإخلال بحق الزيارة فيه اعتداء على مصلحة الطفل المحضون التي هي محل اعتبار، فليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بابنه طيلة سنوات الحضانة ويحرم الثاني من رؤيته في أوقات قليلة، بالإضافة إلى أن عدم التمكين من حق الزيارة فيه انتهاك للحكم القضائي المتضمن إسناد الحضانة ومنح الزيارة.[27]

وبهذه الجرائم الثلاث نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماما خاصا بالمحضون وبالطفل بصفة عامة، خاصة وأن متابعة هذه الجرائم والعقاب عليها من شأنه أن يضمن حماية لأحكام الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وذلك في المواد من 62 إلى 72.

---

[25] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2002، ص128 ومابعدها.

[26] المحكمة العليا، ملف رقم 239135، بتاريخ 2001/03/27، المجلة القضائية، العدد2، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001، ص ص 377، 378.

[27] – حسينة شرون، "جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، العدد07، ص26، الرابط:

(www.asjp.cerist.dz/en/article/10501)

خاتمة

إن الحضانة نتيجة حتمية للطلاق وهي قائمة أساسا على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، هذا المصطلح الذي ذكره المشرع الجزائري في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا، وهي –مصلحة المحضون– ملقاة على عاتق القاضي وهو الوحيد المكلف والملزم بالبحث عنها وتقديرها، وبالتالي إسنادها –الحضانة– للأجدر والأحق بها، وأمام هذا الوضع الحرج للقاضي تجاه حمايته لمصلحة المحضون أن يلقى الدعم الكافي ماديا ومعنويا حتى يقوم بهذه المهمة على أحسن حال ومن بين الاقتراحات التي أراها رعاية لهذا الحق ما يلي:

1– أن يعمل المشرع الجزائري على تكثير القضاة خاصة وأن القضايا في هذا الموضوع –الحضانة– كثيرة جدا بدلا من أن يضطر القاضي بحكم المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري للفصل فيها في أسرع الآجال وبالتالي قد تكون لهذه السرعة نتائج سلبية على المحضون.

2– لقد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه، وقد ساوى الفقه والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، ويقع على عاتق الوالد أو من يحل محله عبء مراقبة ومتابعة ما إذا كانت تربية الطفل تتم فعلا على دين أبيه لكن السؤال الذي يطرح هنا: كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية طفله على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة؟ نلاحظ أنه من الصعوبة بمكان أن يستطيع هذا الأب متابعة ابنه في هذه الحالة، لبعده عنه وعدم التقائه به يوميا.

3– إن القول بأن الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محله، كون المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق مدة غير كافية ولا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة.

ثم إن الزيارة حق، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه؟ وكيف تكون تربية الطفل؟ ومن يراقب ذلك؟

و عليه فمن الواجب هنا على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة وتربية الولد على دين أبيه.

4– كما أنه يلاحظ على المادة نفسها أنها: أهملت الحديث عن تحديد شروط الحضانة، بالرغم من أهميتها واكتفت بعبارة "و أن يكون أهلا للقيام بذلك"، لأن ضبط مثل هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تجديد معالم مصلحة المحضون–بدلا من أن يحال الأمر في ذلك إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة–.

5– أما بخصوص المادة 64 التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فإنها جاءت مختصرة إن لم نقل ناقصة، خاصة عندما نصت في نصها على "الأقربون درجة"، فالمشرع هنا لم يحددهم وترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة، ولم يتبين كذلك ما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة، فكان من الأحسن له أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية ويعددها كما فعلت القوانين العربية الأخرى.

6– كما أن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يحدد معناها والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن.

7– وعندما نص على تمديد حضانة الطفل الذكر الذي أتم 10 سنوات إلى غاية 16 سنة وحصر طلب ذلك على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان

المحضون عند شخص غير الأم، حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد، فهذا الأمر –أظنه قصور من المشرع– يجب تداركه.

8– كما أن المشرع الجزائري لم يبين سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم من الطفل دون غيرها.

9– كما أنه يجب أن يفصل في أي من الأبوين –الأب والأم– الذي تتحد مسؤولياته في رقابة الطفل المحضون، أم أنه يترك وشأنه مع الحاضن أو الحاضنة غير الأم والأب؟

أخيرا؛ فإنه من الضروري أن يتدخل المشرع الجزائري لمراجعة بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة وأكثر تفصيل، وتدارك النقائص الموجودة ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل المحضون، خاصة أنه في تعديله الأخير (أمر رقم 05–02 المتضمن قانون الأسرة) اكتفى بالإشارة إلى تغيير ترتيب الأب فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة، وتطرقه إلى عمل المرأة واعتباره حق لها غير مسقط للحضانة، وما جاء في المادة 57 مكرر من إعطاء صلاحيات لرئيس المحكمة بأن يفصل على وجه السرعة في مسائل الحضانة من مسكن وزيارة ونفقة، وإنشاء صندوق لها وإسناد الولاية على الطفل إلى حاضنه.

و لا شك أنها اقتراحات من شأنها أن تساهم في حماية مصلحة المحضون، في انتظار المزيد نحو الأحسن.