

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة

واشكال التنفيذ في التشريع الجزائري

The Authority Of The Judge To Assess The Right Of Custody And Visitation And The Problems Of Implementation In The ALGERIAN Legislation

بشري عبد الرحمن¹، راضية عيمور²

¹ قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلقة، 017000، الجزائر.

bachiriabd@gmail.com

² مخبر البحث حول: الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي،

الأغواط، 03000، الجزائر.

radiaaimour@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/01

تاريخ القبول: 2021/05/17

تاريخ ارسال المقال: 2021/04/26

* المؤلف المرسل

الملخص:

يعتبر اللجوء للقضاء من أهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد وكذا مراكزهم القانونية وللفضل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه ، ورابطة الزواج من أهم الروابط بين الأشخاص ومع ذلك قد تعترى النزاعات وقد تم منح اختصاص الفصل في هذه المواضيع لقسم شؤون الأسرة والذي يفصل في الإشكالات التي تطرحها باعتبار الأمر لا يتوقف على المطلقة والمطلق وإنما يتعداها إلى طرف ثالث وهو الحلقة الأضعف - الطفل المحضون - ومصلحته ، ونظرا لحساسية الوضع جعل المشرع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار وفي أغلب النصوص قانون الأسرة المتعلقة بإسناد الحضانة وحق الزيارة والإشكالات التي تطرحها وللقاضي السلطة التقديرية في المسائل السابقة و من خلال هذا البحث الكشف عن دور القاضي في هذه المسائل وحدود سلطته التقديرية وفق منهج وصفي تحليلي ومن أهم النتائج المتوصل إليها :

- رفع التعارض الذي كان قائما ما بين المادة 52 والمادة 72 من قانون الأسرة المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة وجمع شتات المادتين في صيغة واحدة ترفع اللبس.

من خلال المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبموجبها فقد عمم الحماية وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون، ويمكن القول إن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية له من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية للقاضي؛ إسناد الحضانة؛ حق الزيارة؛ إشكالات التنفيذ في شؤون الأسرة؛ القاضي.

Abstract :

Resorting to the judiciary is one of the most important guarantees to protect the rights of individuals, as well as their legal status, to settle the dispute and give everyone his right, and the marriage bond is one of the most important bonds between people, and yet it may be subject to disputes. The matter does not depend on the absolute and the absolute, but extends it to a third party, which is the weakest link - the foster child - and his interest Due to the sensitivity of the situation, the legislator has placed the interest of the child in custody above all else and in most of the provisions of the family law related to custody assignment, the right to visit, and the problems that it raises. The most important findings: -

Lifting the contradiction that existed between Article 52 and Article 72 of the Family Code related to the domicile of the practice of custody.

Through Article 424 of the Civil and Administrative Procedures Law, according to which protection was generalized and left the judge with the task of taking into account the interest of the foster child.

Keywords: The judge's discretionary power; custody assignment; visitation right; implementation problems in family affairs; juge.

مقدمة

يلجأ الأشخاص للقضاء من أجل حماية حقوقهم الشخصية أو الموضوعية وكذا مراكزهم القانونية إذا تعرضت إلى أي اعتداء، ومن ثمة فالجوء للقضاء يعتبر من أهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، فإذا ثار نزاع حوله أي حق من هذه الحقوق، يتدخل القضاء للفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه، والنزاع يمكن أن يتعلق بحقوق موضوعية للأشخاص أو بحقوقهم الشخصية أو اللصيقة بشخصيتهم.

و نجد أن النزاع الذي يعتري الروابط بين الأشخاص ومنها رابطة الزواج يمكن أن يثير عدة إشكالات سواء في تكوينها أو انحلالها، ونفس الشيء بالنسبة لمسائل حماية القصر والتركبة و النسب والأهلية وغيرها من المواضيع التي تمس العلاقات بين أفراد العائلة، وقد تم تنظيم هذه المواضيع بسبب ارتباطها ومنح اختصاص الفصل فيها لقسم واحد وهو قسم شؤون الأسرة، أما بخصوص الطلاق فقد شرعه الله كحل أخير إذا تعذر على الزوجين الاستمرار بالعلاقة الزوجية وذلك بإباحته وإن كان أبغض الحلال عند الله حتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يضيع حق لطرف على حساب آخر ومن أبرز آثار الطلاق مسألة الحضانة وإسنادها وحق الزيارة والإشكالات التي تطرحها باعتبار الأمر لا يتوقف على المطلقة والمطلق وإنما يتعداها إلى طرف ثالث وهو الحلقة الأضعف - الطفل المحضون - ومصلحته ونظرا لحساسية الوضع جعل المشرع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار وفي أغلب النصوص قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، و من خلال هذا البحث نهدف للكشف عن دور القاضي في هذه المسائل وحدود سلطته التقديرية، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

تثار عدة نزاعات وخصومات على مستوى المحاكم فيما يتعلق في إسناد الحضانة وما يترتب عليها من حقوق من زيارة وتربية ورقابة، كيف يحافظ قاضي شؤون الأسرة على المصلحة الفضلى للطفل في ظل الإشكاليات التي يثيرها تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحضانة والزيارة في التشريع الجزائري؟

ولمعالجة هاته الإشكالية سوف نستخدم المنهج التحليلي والوصفي والمنهج المقارن في بعض جزئيات الموضوع ونقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: إشكالات الحضانة وحق الزيارة

المبحث الثاني: سلطة القاضي في المسائل ذات الصلة بالحضانة

المبحث الأول: إشكالات الحضانة وحق الزيارة

بالطلاق تسند الحضانة إلى أحد الزوجين مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، إلا أنه أثناء قيام دعوى الطلاق قد يمتنع أحد الزوجين مثلا عن تسليم الطفل المحضون للآخر، وهنا يحق للطرف المضروب وحماية لمصلحة المحضون اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة، من أجل استصدار أمر استعجالي يفصل بموجبه في الحضانة مؤقتا، وعليه الحكم بحق الزيارة للطرف الآخر، بما أن إجراءات دعوى الطلاق تستغرق وقتا طويلا لصدور الحكم فيها وفي هذه الفترة قد يمنع الطرف غير الحاضن من رؤية أولاده ولتفادي كل هذه المشاكل تقرر له الحق في اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لاستصدار أمر مستعجل للحصول على حق الزيارة المؤقت سنتطرق في هذا المطلب إلى التفصيل فيما يخص الاستعجال في الحضانة ضمن (المطلب الأول) ثم الاستعجال في حق الزيارة ضمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاستعجال في الحضانة

يترتب عن فك الرابطة الزوجية جملة من الآثار خاصة منها الحضانة أو التي أساسها مصلحة المحضون وفحواها رعايته، حمايته، تربيته ونشأته وعند إثارة أية منازعة في مسألة الحضانة يتعين اتخاذ ما هو مناسب بصفة مؤقتة كونها من المسائل الاستعجالية، فلا يعقل أن يبقى الطفل الواجب حضائته دون حضانة إلى حين الفصل في الموضوع وهذا ما يكتسبها الطابع الاستعجالي.¹

سنحاول في هذا الفرع تعريف الحضانة (الفرع الأول)، ثم نتعرض لشروط ممارستها (الفرع الثاني)، ترتيب الحاضنين (الفرع الثالث)، وأخير تبيان الطابع الاستعجالي للحضانة.²

الفرع الأول: تعريف الحضانة

الحضانة هي نوع من أنواع الرعاية التي تقدم للطفل بحيث تكفل له كل من التربية الصحيحة والسليمة، إذ تمنح لمن تصان معه مصلحة المحضون من حيث حسن الحماية والرعاية والتربية أو لنشأته.

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة مأخوذة من الحضن، احتضن الشيء: حضنه ويقال: احتضن هذا الأمر: تولى رعايته و الدفاع عنه، والحاضنة هي التي تقوم على تربية الصغير، كما تعني الحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتسيير شؤونه ودور الحضانة: مدارس ينشئ فيها صغار الأطفال.

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

المقصود بالحضانة اصطلاحا هي: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة".

كما تعني: "تربية الطفل وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه ورعايته والقيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته ممن له حق تربيته شرعا¹.

ثالثا: تعريف الحضانة قانونا

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 22 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

بين المشرع الجزائري من خلال المادة المذكورة أعلاه أهداف الحضانة، كما بين كل ما يحتاج إليه المحضون من رعاية صحية وخلقية وتربوية، لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق، أو التطليق، أو الخلع، أن تفصل في حق الحضانة وعليها أن تراعي كل العناصر التي ذكرها قانون الأسرة الجزائري، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون، ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه¹.

الفرع الثاني: شروط الحاضنين

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري أية مادة تحدد شروط ممارسة الحضانة، بل ذكر شرطا واحدا للحضانة في المادة 62 ق.أ.ج في الفقرة 2 منه التي تنص على أنه: "... يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

إن استعمال المشرع لكلمة أهلا فتح المجال لشروط كثيرة فهي على ما يلي:

- ❖ البلوغ والعقل: يشترط أن يكون الحاضن خاليا من الآفات العقلية كالجنون، العته، السفه، الغفلة، ويجب أن يكون بالغاً، أي بلوغه سن 19 سنة.
- ❖ القدرة على القيام بمطالب المحضون، فلا حضانة للمسسن غير القادر على القيام بشؤون المحضون.
- ❖ الخلو من الأمراض المعدية والمضرة، وذلك حفاظا على صحة المحضون.
- ❖ الأمانة والصلح، فلا حضانة لفاسق لأنه ليس أهلا لتحمل الأمانة.
- ❖ أن يكون سكن الحاضن قريبا من سكن ولي المحضون، إلا استثناء على رخصة من القاضي.
- ❖ يشترط في الأم ألا تكون متزوجة بقريب غير محرم للمحضون.

الفرع الثالث: ترتيب الحاضنين

تنص المادة 64 من ق.أ.ج على : "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم جدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويتضح من المادة أعلاه أن المشرع الجزائري جاء بترتيب جديد خلافا للنص القديم، حيث قدم حق الأب على أم الأم، وعلى الخالة أخت الأم، كما أضاف حق العمة في الحضانة، واحتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار أي القاضي غير ملزم بالترتيب الوارد أعلاه، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار الآتي¹ :

الموضوع: حضانة - مصلحة المحضون

المبدأ : مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة يتعين على القاضي عند الحكم بالطلاق أن يفصل في الحضانة بمراعاة كل العناصر المذكورة في المادة 62 من قانون الأسرة، وأن يراعي مصلحة المحضون، إلا أن إجراءات دعوى الطلاق قد تستغرق مدة طويلة، مما يستوجب لكل من له مصلحة في الحضانة اللجوء إلى القضاء الاستعجالي من أجل اتخاذ تدابير مستعجلة عن طريق استصدار أمر استعجالي، لإسناد الحضانة مؤقتا إلى من يراه أهلا لها في انتظار حسم موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع، وفقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

ولابد على المدعي من إثبات أنه من بين الأشخاص الذين يخول لهم القانون التمتع بصفة الحاضن، بالإضافة لإثبات وجود أبناء قصر محل الحضانة، يجب رفع طلب إسناد الحضانة المؤقتة إلى المحكمة المتواجدة بمكان ممارسة الحضانة عملا بنص المادة 426 ف 4 من ق.أ.م.ج.

عنصر الاستعجال يجعل من مسألة الحضانة أمرا مستعجلا يختص به القضاء المستعجل، أي ترفع دعوى إلى القضاء العادي موضوعها قائم على نزاع حول حضانة صغير، وخوفا من إطالة النزاع وتضرر مصلحة الصغير جاز لنفس المحكمة أن تصدر أمرا مفاده إسناد الحضانة مؤقتا إلى من يراه أهلا لها في انتظار حسم موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع، وهذا ما أكدته الأمرين الصادرين عن محكمة أميروز، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 17/00022، وملف رقم 17/00020 بإسناد حضانة الأبناء إلى الأم مؤقتا وذلك إلى حين الفصل في القضية المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة التي موضوعها فك الرابطة الزوجية².

يمكن في بعض الحالات أن يمتنع المدعى عليه عن تنفيذ الأمر بالحضانة المؤقتة، ففي حالة امتناعه يتعرض إلى عقوبات جزائية، بحسب المادة 328 من ق.ع.ج، والتي حددت جزاء من يمتنع عن تسليم الطفل والآتي نصها على ما يلي : "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي

إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضنته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وترفع عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني¹.

المطلب الثاني: الاستعجال في حق الزيارة

الفرع الأول: تعريف حق الزيارة

يقصد بالزيارة رؤية المحضون والاطلاع عن أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية، كما لا تعني الزيارة رؤية المحضون فقط بل تتمثل في متابعة شؤونه والوقوف على أموره وتوطيد علاقة الزائر بالمحضون خاصة إذا كان الزائر هو الأب أو الأم².

الفرع الثاني: مكان وزمان ممارسة حق الزيارة

حق الزيارة هو من حقوق المحضون التي لا يجوز تجنيبها فهو حق محمي قانونا وفي نفس الوقت حق للطرف غير الحاضن وعند النطق بإسناد الحضانة أو الفصل في حق الزيارة يحدد القاضي مكان وزمان الزيارة في نفس الحكم.

أولا: مكان الزيارة: هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر عدة ساعات بشرط أن لا يسبب حرجا للمطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه.

ثانيا : زمان الزيارة

هي المدة التي يستغرقها المستفيد من الزيارة إلا أنها غير محددة في القانون، لكن ما استقر عليه القضاء الجزائري أن حق الزيارة يمنح في العطل الأسبوعية أو الموسمية والأعياد أو المناسبات الدينية و الوطنية، كما تتم الزيارة نهارا أو ليلا مرة في الأسبوع بالنسبة للأم ومرة في كل شهر بالنسبة لغيرها، في حالة التنازع يقوم القاضي بتحديد مدة الزيارة ومكانها، وعليه يمكن القول بأن مدة الزيارة أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يجب عليه مراعاة حالة الأولاد المحضونين إذا كانوا صغارا أو كبارا¹.

الفرع الثالث: حق الزيارة المؤقت

القضايا الموضوعية المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة خاصة ما يتعلق بالطلاق وأثاره كثيرة، و عادة ما تطول إجراءاتها وتستغرق فترة طويلة الأمر الذي يحول معه دون رؤية الأبناء، إلا أنه بإدراج نص المادة 57 مكرر ق.أ.ج أصبح يحق لمستحقي الحضانة بما فيهم الأم أو الأب بعد إيداع عريضة كتابية موقعة ومسببة لدى أمانة ضبط المحكمة التي ستنظر في الموضوع، أن يطلب بصفة استعجالية الحكم له بحق زيارة أبنائه بصفة مؤقتة طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع الدعوى فك الرابطة الزوجية أو الرجوع وتاريخ صدور حكم نهائي في الموضوع يؤول

الاختصاص الإقليمي بخصوص منح الزيارة المؤقتة إلى مكان تواجد الأبناء محل حق الزيارة، وللاستجابة للطلب يجب توافر بعض الشروط تتمثل في :

- وجوب إثبات المدعي علاقته بالأولاد القصر محل طلب حق الزيارة.
- إثبات المدعي وجود دعوى في الموضوع قائمة بينه وبين المدعي عليها، تهدف إلى فك الرابطة الزوجية أو الرجوع لبيت الزوجة أو إلى إسناد حضانة الأبناء القصر أو حق زيارتهم حسب الحالة.
- أن يكون سبب رفع الطلب من المدعي هو الخطر المحدق به، كحرمان الأب من الاتصال بأبنائه ورؤيتهم والاطمئنان عليهم.
- أن يكون الهدف من رفع الطلب أمام القاضي الاستعجالي، هو منح حق الزيارة بصفة مؤقتة إلى حين الفصل في دعوى الموضوع².

بتوفر الشروط السابقة الذكر يتأكد القاضي من تحقق ظرف الاستعجال حتى يصدر أمرا استعجالي يمنح بموجبه للمدعي حق الزيارة المؤقتة للأبناء القصر مع تحديد أيام الزيارة وأوقاتها، أما إذا انتفى الاستعجال يكون القاضي الاستعجالي غير مختص، وفي حالة الامتناع عن تنفيذ الأمر بزيارة يكون تحت طائلة العقوبات الجزائية المتمثلة بحبس الممتنع من سنتين إلى خمس سنوات وهذا ما أكدته المادة 327 من ق.ع.ج¹.

لقد صدر أمر استعجالي عن قاضي شؤون الأسرة بمحكمة طولقة تحت رقم 18/00003 الذي يقضي بتمكين المدعي من حقه في زيارة ابنته مؤقتا كل يوم جمعة والسبت من الساعة التاسعة والنصف صباحا 09:30 إلى غاية الحادي عشر والنصف 11:30، مع جعل واجب الأخذ والرد على عاتق الأب، وذلك إلى غاية الفصل نهائيا في الدعوى المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة طولقة تحت ملف رقم 17²/01047.

المطلب الثالث: المتابعة والجزاء

إن المحكمة المختصة بمسائل النفقة هي محكمة موطن أو مسكن الشخص المقرر له قبض النفقة وأن الإدانة تقوم على توافر أركان الجريمة الأساسية لا سيما وجود العلاقة الشرعية ما إن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة والأجل المحدد بأكثر من شهرين لقيامها، ومن المعلوم أن جريمة عدم تسديد النفقة هي جريمة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة على المتهم كما أن سحب الشكوى أو التنازل عنها لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة.

أما بالنسبة لصفح الضحية على المتابعة نصت الفقرة الأخيرة المستحدثة في نص المادة 331 من قانون العقوبات أثر تعديلها في 2009 على أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائية، ويكون الحكم في مثل هذه الحالة بانقضاء الدعوى العمومية بالصفح.

ويتوقف مثل هذا الحكم على توافر شرطين: دفع المبالغ المستحقة كاملة وصفح الضحية وإن كان للقاضي أن يتأكد من توافر الشرطين بكل الطرق فلا غنى عن محضر يحرره ضابط عمومي¹ يثبت ذلك.

أما بالنسبة للعقوبة المقررة لجريمة عدم تسديد النفقة فتتضمن المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري على يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى الزوجة أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك والكسل عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال، وهذا دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37-329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، بالإضافة إلى أنه يمكن الحكم على مرتكب جريمة عدم تسديد النفقة بالعقوبات التكميلية المذكورة في نص المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري وذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات².

المبحث الثاني: سلطة القاضي في المسائل ذات الصلة بالحضانة

تعتبر مصلحة المحضون من أهم الأسس التي يعتمد عليها القاضي في إسناد الحضانة ولذلك منحه المشرع سلطة واسعة في ذلك، وسنحاول في هذا المبحث توضيح سلطة القاضي ودوره في ترتيب الحواضن وكذا سلطته في إسقاط الحضانة وتمديدتها وفق التالي:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

الفرع الأول: دور القاضي في ترتيب الحواضن

نص المشرع في المادة 64 ق.أ. على: أن الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وهذا الترتيب يقوم على أساس سليم، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، عند إتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق¹.

ويتضح من هذه المادة كذلك أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به غير أن هذا الترتيب غير ملزم للقاضي بمعنى أن يراعي مصلحة المحضون بحيث يمكنه أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون².

فالقاضي يملك سلطة تقديرية مطلقة في منح الحضانة لمن يراه أهلا لها ويحقق مصلحة المحضون ومن هنا فلقد أحسن المشرع صنعا عندما حول للقاضي حق اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا، وعليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون وقد اسند المشرع فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلى ما قضت به المحكمة العليا في 12-01-2001³.

الفرع الثاني: دور القاضي في إسقاط الحضانة

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك، بقي له إلا أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وأن أحل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرط من شروط الحضانة، وجب إسقاطها عليه.

وقد تناول المشرع أسباب سقوط الحضانة في المواد من 65 إلى 71، إذ نصت المادة 66 على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، ومعنى ذلك أن الزوجة إذا وقع طلاقها من زوجها وأسندت لها حضانة أولادها وتزوجت سقط حقها في الحضانة، وفي هذه الحالة يسند القاضي الحضانة لشخص من الأشخاص المذكورين في المادة 64 مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال¹.

كما يسقط حقها في الحضانة بالتنازل عنها، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة، وألا يضر ذلك بمصلحة المحضون، كما يسقط حق الحضانة طبقا للمادة 67 باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة غير أن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

أما إذا كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة كمبدأ عام فإنه كاستثناء من ذلك يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يجرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون، كما أنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي سقط حقه في الحضانة إذ ذهب المشرع في المادة 69 أنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة، فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة، وعلى هذا لم يفرق المشرع في الاستيطان بين الحاضن و الحاضنة، وبقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها للقاضي².

كما نصت المادة 68 على أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، وبناء على ما سبق فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية¹.

الفرع الثالث: دور القاضي في تمديد الحضانة

نصت المادة 65 من ق.أ. على "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"، ويتضح من هذه المادة أن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، أما للأنثى فتنتهي ببلوغها أهلية الزواج، غير أنه إذا بلغ الولد سن العاشرة وتبين أنه ما زال يحتاج إلى رعاية حاضنه جاز للقاضي وأعمالا لسلطته التقديرية أن يمددها من عشر سنوات إلى ستة عشر سنة بالنسبة للذكر وذلك من خلال استصداره أمرا على عريضة يقضي بذلك.

ويشترط في التمديد: أن يكون طالب التمديد هو الأم نفسها وألا تكون متزوجة ثانية، أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا انقضت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخيرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد².

وفي كل الأحوال على القاضي مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة³، وتجدد الملاحظة أن المادة 71 نصت على أن حق الحضانة يعود لصاحبه إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، بمعنى أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه لسبب من الأسباب القانونية، سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه، فإذا سقطت الحضانة لسبب غير اختياري وزال هذا السبب تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما إذا كان سبب زوالها هو تصرف الحاضن نفسه كتزوج الأم بأجنبي عن المحضون، ففي هذه الحالة يعود حقها إذا طلقت أو توفي زوجها، وعودة الحضانة إلى من كان أهلا لها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي⁴.

كما أنه ومراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ألزم المشرع القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، كما نصت المادة 72 على ضرورة توفير مسكن للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزمه بدفع بدل الإيجار، كما نصت المادة نفسها على بقاء المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين، وفي الأخير نخلص أن المشرع من خلال قانون الأسرة منح القاضي سلطة واسعة في مجال الحضانة فمنحه سلطة تقدير الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وكذا تقدير أسباب سقوط الحضانة وتمديدها¹.

المطلب الثاني: تكريس مصلحة المحضون لإسناد الحضانة في الزواج المختلطة

يشكل انحلال الزواج ظاهرة اجتماعية خطيرة نتيجة لما يترتب عليه من آثار وخيمة على أطراف العلاقة المنحلة خاصة إذا كان أحد طرفي العلاقة المنحلة عنصرا أجنبيا أو كلاهما، إذ يطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة بحكم المسألة محل النزاع، ويزداد الأمر تعقيدا حول مسألة حضانة الأولاد التي لا تثور غالبا إلا عند وقوع الفرقة بين الوالدين و انعدام الحياة الزوجية بينهما³ وستعرض في هذا المطلب للقانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في الفرع الأول، والحضانة باعتبارها أثرا من آثار انحلاله من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

نتناول من خلال هذا الفرع حالات انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق في حالة الانحلال ضمن زواج مختلط.

أولاً: حالات انحلال الزواج

تختلف طرق إنهاء الرابطة الزوجية وانحلالها من قانون لآخر ففي القانون الإسباني سابقا قبل تعديل

1989 وبعض قوانين أمريكا اللاتينية لا ينتهي الزواج إلا بالوفاة، وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاءه بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالات معينة بناء على طلب الزوجة.

وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات نظاما آخر لا تعرفه التشريعات العربية يسمى "بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني" "séparation de corps"⁴

وهو نظام تقره القوانين الغربية كما في فرنسا وإنجلترا وألمانيا وأمريكا ويؤدي إلى انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة بين الزوجين دون أن يترتب على ذلك انتهاء العلاقة الزوجية في الحال إلا بعد مضي مدة على الانفصال، وصدر قرار قضائي بذلك فمثلا يعتبر الانفصال الجسماني المستمر لخمس سنوات مبررا للطلاق النهائي بحكم يصدر من المحكمة⁵

أما انحلال الزواج في القانون الجزائري فحسب نص المادة 47 من قانون الأسرة "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" وتنص المادة 48 من ذات القانون "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

أسند المشرع الجزائري مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق والانفصال الجسماني وذلك حسب نص المادة 12 الفقرة 2 منه "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

غير أن المشرع قد أورد استثناء في المادة 13 من نفس القانون متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي يكون فيها أحد أطرافها جزائريا، يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده بدلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة وقت النطق به أو قانون جنسية الزوج بالتطليق أو التفرقة الجسمانية عند رفع الدعوى، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ 1992/10/27 بقولها: "من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه

الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي، ولما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائريين وجزائرية يقيمان مؤقتاً في بلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه⁶

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 بقولها "لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية"⁷

الفرع الثاني: الحضانة كأثر من آثار الزواج المختلط

يخض المحضون باهتمام كبير بدأ من الأسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها على المستوى المحلي⁸

وانتهاء بالاتفاقيات الدولية المبرمة بهدف التقليل من الإشكالات العملية المطروحة أثناء ممارسة حق الحضانة خاصة بالتحلل الرابطة الزوجية في حالة الزواج المختلط وذلك بوضع تدابير فعالة ووسائل كفيلة لحماية المحضون ووضع ضمانات لممارسة حق الحضانة.

ونظراً لأهمية الحضانة ومكانتها في حياة المحضون سعت الدول جاهدة لتنظيمها بموجب قوانين داخلية، بل ومن خلال إبرام اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها، وفي هذا سنحاول التطرق للحلول على الصعيد الوطني ثم الحلول على الصعيد الدولي.

1: الحلول على الصعيد الوطني

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤون، ومن هنا عدت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية للطفل وهو ما أثر إيجاباً على التشريعات الوضعية⁹، باعتبارها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية واهتمام¹⁰، لهد أولتها التشريعات بالاهتمام فنظمها المشرع الجزائري من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة، والحضانة كغيرها من علاقات الأحوال الشخصية تتعلق بحالة الإنسان ومن ثم فإن أطرافها هم محورها فإذا ثار النزاع حولها بين طرفين مختلفي الجنسية¹¹، فهنا تثار الكثير من التساؤلات عن طبيعتها القانونية وعن القانون الذي يحكمها وأهم المسائل التي تطرح أمام القاضي المختص المتعلقة بانتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني.

أ - التكييف القانوني للحضانة

غالباً لا تثار مشكلة الحضانة بين والدين وطنيين كانت تربطهما علاقة الزوجية وانحلت، إذ تكون المسؤولية مشتركة بين الوالدين إلا أن الحضانة قد تكون سبباً للخلاف والتقاضى عند وقوع الطلاق أو الانفصال ما بين الأبوين، وتزداد المشكلة صعوبة إذا ما اختلفت مواطن الأطراف وجنسياتهم إذا يلزم عندئذ الرجوع إلى قاعدة من قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا بعد وصف هذه العلاقة التي تباينت حولها التكييفات، وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

* - إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الزواج: اتجه أنصار تكييف الحضانة كأثر من آثار الزواج إلى أنه يتعين إخضاع حضانة الصغار للقانون الذي يحكم هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزوج الأب، رب الأسرة وقت إبرام عقد زواجه، لاسيما إذا ما كنا بصدد نزاع بشأن الحضانة غير مرتبط بدعوى التطليق أو الانفصال¹²، ومن ثم فليس هناك ما يدعوا إلى عدم التسليم باختصاص القانون الشخصي الذي يحكم من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية.

* إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزوجية: اتجه أنصاره القول بأن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج الرابط بين الحضانة وآثار الطلاق والتطليق و الانفصال على النحو الذي يبرر إخضاعها لقانون واحد هو القانون الشخصي للزوج، الأب أي قانون الجنسية وقت رفع الدعوى، ويذهب اتجاه رائج في القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري والإنجليزي والأمريكي إلى إخضاع الحضانة للقانون واجب التطبيق على آثار التطليق باعتبار أن مشكلة الحضانة لا تثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية فهي أثر من آثار التطليق، وهذا القانون حسب قاعدة التنازع المصرية المادة 2/13 من قانون دولة الزوج الأب وقت الطلاق أو رفع دعوى التطليق¹³.

*. إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب: إذ اتجهت آراء غالبية الفقهاء إلى أن الحضانة

التزام ناشئ عن النسب، باعتبار أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه بصرف النظر عن العلاقات القائمة ما بين الوالدين، فقد اتجهت آرائهم إلى إخضاع تنظيم الحضانة للقانون الشخصي للأب وقت ميلاد الولد بالنظر إلى أن الأب هو الذي أوجد الابن وإلى أن إثبات البنوة يهم الأب أكثر من الابن سواء كان هذا القانون هو قانون الموطن على نحو ما هو معروف في الدول الأنجلو أمريكية أم هو قانون الجنسية على نحو ما هو معروف في مصر والبلاد الأوربية¹⁴

* - إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على المال: إذ ذهب رأي قديم في الفقه إلى أن تنازع القوانين الذي قد ينشأ بعد الطلاق بشأن الأطفال يتصل أساساً بالقانون الذي يحكم مسألة الولاية على مال الصغير انتهى غلى إخضاع كل من المسألتين لقانون واحد، ولم تخلوا أحكام القضاء من أثر لهذا الرأي¹⁵

إعمالاً لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها أنه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص التي تجب حمايته"¹⁶

* - إخضاع الحضانة لقانون الموطن الفعلي والعادي للطفل: بالنظر إلى أن تحقيق مصلحة المحضون من المبادئ الأساسية التي تتعلق بالنظام العام، وجد اتجاه في الفقه والتشريع إلى أن القانون الذي يحكم مسائل الحضانة ذات العنصر الأجنبي هو قانون "الموطن المؤلف

"The law of the Childs habit Val residence"

لإقامة الطفل المحضون أي قانون المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وتتركز فيه علاقاته¹⁷، ونجد اتفاقية "لاهاي" المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة اتفاقية "لاهاي" جاءت تعني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي أيضاً تأثر بنفس الاتجاه التي أخذت به اتفاقية "لاهاي" وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل¹⁸

* - إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمينه: على عكس الآراء السابقة ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته وينحصر البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار التطبيق وهو في مصر قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، والقانون الشخصي للطفل أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وقد حكم القضاء المصري أن الاتفاق الذي يعقده الزوجان المتنازعان على إسناد حضانة الأطفال إلى أحدهما لا يقيد المحكمة بقبوله، إذ أن واجبها هو البحث عن صالح الأولاد وتعين أي الوالدين الأكثر لياقة لحمايتهم ورعايتهم وهنا لا محل للنظر إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج خصوصاً بعد أن زال الزواج أو النسب، فتلك مسألة أولية مفروغ من جوهرها "شرعية الأولاد" أو "ثبوت نسبهم" وليس من له الحق في رعايتهم وتربيتهم¹⁹

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية من القانون واجب التطبيق على الحضانة فقد خص التشريع التونسي مسألة الحضانة بقاعدة إسناد، حيث نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في الفصل 50 منها بقولها "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل" وبالتالي تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويعتبر ضابط إسناد أصلي، أو يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل.

ومما سبق بيانه، اتجه الرأي الغالب في التشريع المقارن إلى أن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية²⁰

وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج الحضانة في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج في الفصل الثاني آثار الطلاق من المادة (01) (إلى المادة) 01 (من قانون الأسرة الجزائري، أما القانون المدني الجزائري فلم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقاً للمادة (68) (من القانون المدني الجزائري، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق

2- انتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني

وهو ما عالج المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يتوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون" وهكذا يكون من اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل والمحافظة على مصلحته وبمعنى آخر سيعطي القاضي ترخيصه مراعاة في ذلك لمصلحة المحضون كما يلاحظ من نص هاته المادة أنها قد ساوت ما بين الرجال والنساء في الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده، ولكي يبقى الطفل خاضعاً للرقابة الأبوية²¹ وهذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 بقوله "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيداً عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي، لأن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون للقيام بتربيته على دين أبيه، وبما أنه تم إسنادها للأم التي ثبت أنها تقيم بعيداً عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من قانون الأسرة خاصة الجانب الديني والخلقي.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 1995/11/21 إن إقامة الأم بالخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة²².

وعليه فالمشرع جعل الانتقال بالمحضون لبلد أجنبي يقع تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعى فيه مصلحة المحضون من حيث دينه وسلوكه وزعزعة استقراره، وهذا ما أكدته القرار الصادر في 2001/12/26 عن المحكمة العليا بقوله "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر"²³

خاتمة

نظرا للأهمية التي يحظى بها المحضون في قانون الأسرة الجزائري والتي يعمل القضاء على تكريسها في الواقع بما لا يتعارض وظروفه، حرص المشرع على توفير حماية للمحضون والعمل على تحقيق مصلحته ساعيا في ذلك إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل باعتباره المتضرر الأول في محيطه الأسري خاصة إذا حصل للأسرة تصدع بالطلاق الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال، ومن المؤسف أن قضايا الطلاق هي القضايا الأكثر تداولاً على مستوى القضاء، ومنها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها مسائل تبعية لدعوى الطلاق.

فحماية الطفل المحضون عند طلاق أبويه هي في نفس الوقت حماية ملازمة لقضية الطلاق ومستقلة عنها لأن جميع وسائل هذه الحماية تصدر بمناسبة النظر في هذه القضية والفصل فيها والمشرع حول للقاضي صلاحية الفصل في المسائل التي بدورها تضمن حماية الأطفال وتحقيق استقرارهم من خلال:

1- وضع المحضون عند من يحقق له الرعاية والعناية و القدرة على تربيته و القيام بشؤونه، فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط و التأكد من توافرها للقاضي.

2- وضع المحضون عند الحاضن الذي ثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها وأن غيره ممن طالبوا بها ليسوا أحق بالحضانة منه، و بالتالي فمسألة إثبات الأجدار للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

3- تمديد للمحضون الذكر بحسب مقتضيات مصلحته، و بالتالي فللقاضي سلطة تقديرية غير مطلقة بل إنها مقيدة بشروط القانونية.

4- إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال تحقق سبب من أسباب إسقاط الحضانة، سواء اختلال أحد الشروط أو الإخلال بواجبات عليه، وتسليم المحضون إلى من طلبه إذا كان أهلا لذلك.

ولأهمية الحضانة وأثارها، وحماية للمحضون، تدخل المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الذي أقر ضمانات تكفل رعاية مصلحة المحضون، فاشتمل هذا التعديل على ما يلي:

أ- تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم والأب، وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، من خلال إعادته لترتيب الحاضنين وجعل الأب في مرتبة الثانية بعد الأم وإلزام الأب بالنفقة و توفير السكن.

ب- التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في حضانة أبنائها وحققها في العمل.

ج- رفع التعارض الذي كان قائما ما بين المادة 52 والمادة 72 من قانون الأسرة المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة، واستدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين 52 و72 في صيغة واحدة ترفع اللبس.

د- تأكيدا من المشرع على الاهتمام بمصال المحضون وفرضها في الواقع من خلال القضايا المعروضة، وذلك بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أين أكد على مراعاة مصلحة الطفل المحضون وهذا من خلال المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على ما يلي "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر" فموجب هذه المادة فقد عمم الحماية وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، يمكن القول إن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل ما بينا سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية للقاضي من جهة أخرى في سعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق، مراعيًا في ذلك مصلحة الطفل المحضون.

ولعل دوره في هذا الشأن صعب نظرا لأن مفهوم المصلحة مرنة تتغير بتغير الظروف والزمان والمكان مما يستوجب الاستعانة بأهل الخبرة في المجال الاجتماعي والنفسي. بحيث تكون حماية الطفل منسجمة ما بين النصوص القانونية المنظمة للحضانة والواقع القضائي الفاصل في مسألة الحضانة.

قائمة المراجع:

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 2- أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله) دراسة مقارنة (، مذكرة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2007-2008.
- 3- باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية) تعويض - نفقة - عدة - حضانة - متاع (، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2002.
- 4- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013
- 5- خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2013.

- 6- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب) دراسة مقارنة (، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 88.
- 7- طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، طبعة 2005.
- 8- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزارة، ندوة ينظمها الجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هـ.
- 9- غالب علي داودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان.
- 10- كمال لدرع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية
- 11- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، سنة 2005.
- 12- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
- 13- ولد خصال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، شركة الأصالة، الجزائر، 2012.
- 14- باكري صونية، عيساني نسرين، الاستعجال في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.
- 15- صالح خيضر وفارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016.
- 16- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج2، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.

الهوامش:

¹ باكري صونية، عيساني نسرين، الاستعجال في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 21.

² باكري صونية، عيساني نسرين، المرجع السابق، ص 21.

- ¹ شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 301.
- ¹ بن قوية سامية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، ع1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 140.
- ¹ بكار صونية، عيساني نسرين، المرجع السابق، ص 50.
- ² انظر الملحق رقم 01 ص
- ¹ الأمر رقم 66-165، مؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ح، ع 49، صدارة في 21/06/1966، معدل ومتمم.
- ² صالح خبضر وفارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016، ص 78.
- ¹ بكار صونية، عيساني نسرين، المرجع السابق، ص 53.
- ² بكار صونية، عيساني نسرين، المرجع السابق، ص 54.
- ¹ تنص المادة 327 من قانون العقوبات على ما يلي : "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات".
- ² انظر: الملحق رقم 3، ص 72.
- ¹ محضر قضائي أو موثق
- ² سوالات حمزة، المرجع السابق، ص 29.
- ¹ عزوز هناء، المرجع السابق، ص 66.
- ² عزوز هناء، لمرجع نفسه، ص 67.
- ³ م.ع.غ.أ.ش، قرار بتاريخ 12/01/2001، ملف رقم 256629، المجلة القضائية، ع2، نقلا عن عزوز هناء، المرجع نفسه، ص 66.
- ¹ عزوز هناء، المرجع السابق، ص 66.
- ² بن صغير محفوظ، احكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2013، ص 294.
- ¹ عزوز هناء، المرجع السابق، ص 67.
- ² المرجع السابق، ص 68.
- ³ المادة 2/65.
- ⁴ إيناس بو عصيد، سقوط الحضانة وعودتها، نشرة المحامي، ع12، 2013، ص ص 25-26.
- ¹ عزوز هناء، المرجع السابق، ص 60.
- ³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الجنسية و الوطن ومعاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات
- ⁴ أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله) دراسة مقارنة (مذكرة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2007-2008 ، ص 244 .
- ⁵ غالب علي داودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان ، ص. 26
- ⁶ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/10/27، في الملف رقم 86305 ، المجلة القضائية ، 1995، العدد 1، ص123 .
نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق ص 795 .
- ⁷ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/03/12 ، في الملف رقم 402333، مجلة المحكمة العليا ، 2008 العدد 1 ، ص 257 .
نقلا عن: جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1440.
- ⁸ خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2013، ص 09.
- ⁹ باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية) تعويض - نفقة - عدة - حضانة - متاع(، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2002، ص 49 .
- ¹⁰ كمال لدراع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، الجزء 38، العدد رقم 2001 ، ص 44.

- ¹¹ جمال الدين صلاح الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب) دراسة مقارنة (، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 268.
- ¹² صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب) دراسة مقارنة (، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 88
- ¹³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، ص 872-873.
- ¹⁴ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 355-356.
- ¹⁵ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص 100.
- ¹⁶ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 385.
- ¹⁷ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 358.
- ¹⁸ أمين درية، "تنازع القوانين في مجال الزواج وتحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاثر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، العدد الرابع، 2011، ص 247.
- ¹⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 873.
- ²⁰ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص 33.
- ²¹ حميدو زكية، "مصلحة المخفضون في القوانين المغاربية للأسرة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص 566.
- ²² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1995/11/21 في الملف رقم 408248، المجلة، المحكمة العليا 2011، العدد الأول، ص 244 نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، منشورات كليك، المحمدية. الجزائر، 2013، ص 860.
- ²³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2001/12/26 في الملف رقم 273526 نقلا عن باديس دياي، المرجع السابق، ص 213.