جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الحضانة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالب(ة):

- بردودي هاجر
- حلاجة نسرين

تحت إشراف:

الأستاذ: صليلع سعد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ بشير حفيظة	أستاذ محاضر	رئيسا
أ/ صليلع سعد	أستاذ مساعد	مشرفا ومقررا
د/ رواق أمال	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان2024

شكر وعرفان

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي والذي ألهمنا الصحة والعافية والعزيمة، فالحمد لله حمدا كثيرا، نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف سعد صليلع على كل ما قدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إطراء موضوع دراستنا في جوانبه المختلفة كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة، ولا ننسى تقديم الشكر الجزيل لكل الأساتذة المحترمين والأستاذات بجامعة 20 أوث 1955، نقول لكم شكرا جزيلا على كل مجهوداتكم.

إهــداء

أحمد الله عز وجل على منّه وعونه لإتمام هذا البحث.

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها ووقَّرها في كتابه العزيز، الى السند الدائم لي، والداعم الأول ويدي اليمنى في هذه المرحلة، إلى أعظم أسباب نجاحي فبدعواتك انتصرت

إلى أمي الغالية

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة والدي العزيز.

إلى أخواتي اللواتي كنّ دائمًا بمثابة العضد والسند حتى أستطيع أن استكمل البحث.

كما أنني أقدم أسمى آيات الشكر والعرفان إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير الأستاذ بوشيخ حسين.

إلى عزي واعتزازي إلى خطيبي وزوجي المستقبلي إلى من جاد علي بوقته وأكرمني بفضله إقرارا مني بفضله واعترافا بحقه.

نسرين

إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، اهدي هذا العمل إلى:

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فلقد ضحت من أجلي، ولم تدخر جهداً في سبيل إسعادي على الدوام (أمي الحبيبة)

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه.

صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة، فلم يبخل علي طيلة حياته (والدي سندي العزيز).

إلى وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون وفي أصعدة كثيرة.

أقدم لكم هذا البحث وأتمنى أن يحوز على رضاكم.

إلى أخوتي وأخواتي نوال، خديجة، محمد، سمية، علاء الدين أنتم دعمي الحقيقي وقوتي الدافعة حفظكم الباري.

وإلى من كان في مثابة الأخ الأكبر أخي العزيز بدرو.

إلى كتاكيت قلبي: ضحى، سجى، منذر، هالة، جنى، محمد لمين.

إلى صديقات العمر حبيبة القلب زينب، صديقة الروح كاميليا، مؤنستي وتوأمي ميساء.

إلى صديقات المسار الجامعي، نسرين، عايدة، نسرين.

إلى روح خالتي الطاهرة، رحمة الله عليها وأسكنها فسيح جنانه.

هاجر

مقدمة

يراعى في ممارسة الحضانة تحقق مصلحة المحضون على اعتبار أنها الهدف الأساس من سن المواد الناظمة لها، والتي جاءت صياغتها مشتملة دائما على ضرورة تحقق هذه المصلحة بصرف النظر عمن يتولاها.

غير أن النص القانوني برغم صراحته في بعض المواضع، إلا أنه بالمقابل جاء فضفاضا ومحتملا للتأويل.

لكن المشرع الجزائري خول السلطة التقديرية للقاضي ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون النص القانوني فيها دلالته قطعية، فالقاضي له حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه وما يترك له فرصة التحرك في مساحة واسعة، فسلطته هنا لصيقة بممارسته لنشاطه.

ومن أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية الزواج والطلاق، ومن الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، وتعتبر الحضانة واحدة من المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية والقانون عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة والمجتمع، وهي من الأولويات التي يجب الأخذ بها، لأنها تقوم من يوم ميلاد الطفل ولا تظهر بشكل ملفت إلا بعد التفرقة بين الزوجين، وهذا من أجل توفير حماية الطفل وعدم تركه عرضة للأخطار، واستجابة لمصالح هذه الفئة الحساسة من المجتمع فقد ظهرت العديد من التشريعات الإسلامي، خاصة في الدول الإسلامية ومن بينها الجزائر التي حاولت من خلال قانون الأسرة حماية هذه الفئة بعد فك الرابطة الزوجية، و ضمان حقوقها وذلك بالنص على الحضانة.

وباعتبار الحضانة نابعة من عمق الواقع الاجتماعي ومن أعقد الأمور التي تطرح اشكالات تمس مصلحة الطفل واللجوء إلى القضاء لحل هذه المسائل، والقاضي يتعامل معها بكل دقة لمراعاة المحضون في أحكامه، فهذا ما يدفعنا إلى معالجتها من خلال طرح الاشكال الآتي:

كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية مسائل الحضانة؟

وانطلاقا مما تقدم فإن الدراسة تثير عدة تساؤلات تسعى للإجابة عليها أهمها:

1-ما هي أحكام إسناد الحضانة ومسقطاتها؟

2-كيف تم تكريس مصلحة المحضون من قبل المشرع الجزائري؟

3-ما هي معايير تقدير مصلحة المحضون التي يمكن للقاضي الرجوع إليها كلما أحاله المشرع لذلك؟ ومدى تأثيرها على إسناد واسقاط الحضانة؟

4-هل كان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بخصوص تبيين معالم السلطة التقديرية كافيا للحفاظ على مصلحة المحضون؟

أولا: أهمية الموضوع:

الوقوف على دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون باعتباره جزء لا يتجزأ من الحاضر والمستقبل.

- تعد الحضانة أمر ضروري للطفل وحماية مصالحه ولذلك أولاه القانون والقضاء وكذا الفقه الاسلامي أهمية بالغة.

- أن الطفل هو أساس المجتمع يجب أن ينشأ نشأة صحيحة حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع.

- كما أن مصلحة المحضون في كل من الشريعة والقانون تسعى إلى تأمين حاجات الطفل الأساسية التي تساعده في العيش حياة سعيدة وكريمة.

ثانيا: أهداف الدراسة:

1-تهدف الدراسة إلى التعرف على الإشكالات التي تثيرها الحضانة ومعالجتها من خلال إبراز دور القاضي في هذه المعالجة ومدى توفيقه في ذلك.

2-إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للمحضون، وتوضيح النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة الجزائري مع تبيان الأصلح للمحضون فيما يخص الحضانة.

3-معرفة الوضعية الصعبة التي يعيشها بعض الأطفال بسبب افتراق والديهم والصراع والصراع فيما بينهم على الحضانة وما يسود هذا النزاع من جو متوتر وسلبي على حياتهم.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع: من ضمن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع ما يلي:

- **الأسباب الذاتية:**

إنّ تزايد ظاهرة الطلاق بشكل ملحوظ في مجتمعنا حاليا، وما نتج عنه من انعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة على الأولاد المحضونين، لذلك جاء سبب اختيار هذا الموضوع لمعالجة نصوص مواد الحضانة، وبيان ما إذا كانت تلبي احتياجات المحضون وتحقق مصلحته أم لا، ولتبيان سلطة القاضي في تقدير هذه المصلحة، ولعل أبرز سبب ذاتي الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الحضانة.

الأسباب الموضوعية:

– قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل ومعمق، فأغلب الدراسات تناولت موضوع الحضانة، لكن لم تفصل في سلطة القاضي في تقديرها ولا في مصلحة المحضون.

– تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في تقرير مصلحة المحضون.

– اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد وإسقاط الحضانة ومدى سلطته في مراعاة وتقدير مصلحة المحضون.

– محاولة معرفة مدى إلمام المشرع بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة المحضون.

رابعا: المنهج المتبع: وذلك من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى إعطاء الصورة الفعلية للحضانة، وكذا التعرف على موقف المشرع الجزائري من بعض المسائل القانونية، وإثارة مواقف القضاء ودور القضاة من تقدير مصلحة المحضون، وكذا المبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي التي صدرت على أساسها قرارات المحكمة العليا.

كما أننا استخدمنا المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتمادا عند دراسة وتحاليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف دور القضاء ومدى تناسب القرارات القضائية مع مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري مع أحكام الفقه الجزائري من جهة والقضاء من جهة أخرى.

خامسا: الدراسات السابقة:

لعل أهم الدراسات السابقة التي اطلعنا عليها والتي لها صلة ولو بصفة جزئية بموضوع الدراسة:

– أطروحة دكتوراه الباحثة زكية حميدو بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2004–2005.

– مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير للباحثة بن عصمان نسرين إيناس بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2008–2009.

– مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير للباحثة سناء عماري بعنوان التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، والتي تمت مناقشتها بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي سنة 2014–2015.

سادسا: صعوبات الدراسة:

تكمن صعوبات الدراسة في قلة المراجع المتخصصة التي عالجت الموضوع، كون موضوع دراستنا لا يتعلق بالحضانة ككل، فهذا الموضوع أثري بالكثير من المراجع، على خلاف موضوع دراستنا الذي يتعلق بجزئية من موضوع الحضانة إلى وهو سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، فمعظم الذين تعرضوا للموضوع لم يعطوه حقه من الدراسة والبحث والتمحيص والتدقيق، إنما تطرقوا له في نقاط ثانوية بدراساتهم.

– تقسيم الخطة:

مقدمة: تضمنت اشكالية البحث، أهمية الموضوع، أهدافه، أسباب اختياره، المنهج المتبع في دراسته، الدراسات السابقة له، صعوباته.

وبناء على ما تقدم وللإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين وعلى النحو التالي:

الفصل الأول: جاء فيه السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة في مطلبين:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لإسناد الحضانة في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة

المطلب الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة

المبحث الثاني: درسنا فيه مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون.

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: الاشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسناد الحضانة.

الفصل الثاني: جاء فيه السلطة التقديرية للقاضي في اسقاط الحضانة وذلك من خلال:

المبحث الأول: حالات اسقاط الحضانة في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الحالات الاختيارية.

المطلب الثاني: الحالات الغير اختيارية.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن اسقاط الحضانة.

المبحث الثاني: تقدير القاضي حقوق الحاضنة والمحضون المترتبة عن اسقاط الحضانة في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تقدير القاضي أجرة الحاضنة ونفقة المحضون.

المطلب الثاني: تقدير القاضي حق السكن وبدل الايجار.

المطلب الثالث: الاشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسقاط الحضانة.

الخاتمة: قمنا بتوضيح أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة، وبعض التوصيات والمقترحات التي يمكن الخروج بها للدارسين والباحثين فيما يتعلق بموضوع الدراسة.

الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة

السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة

على الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلّمات المفروضة في العمل القضائي[1]، إلا أننا نختص بالذكر هنا سلطته في قضايا اسناد الحضانة.

حيث جعل المشرع الجزائري موضوع اسناد الحضانة تحت تصرف القاضي، ففتح له بابا واسعا لإعمال سلطته في هذا الموضوع، والمعيار الوحيد الذي يساعده في ذلك هو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، الذي تكلم عنه المشرع الجزائري في كل المواد الخاصة بالحضانة، باعتبارها مرجع القاضي في كل حكم يصدره أثناء اسناده لها.

ويتجلى أيضا اجتهاد القاضي في أغلب الأحكام المتعلقة بالحضانة، والتي لم يتكبد المشرع عناء في التفصيل فيها، فتركها اجتهادا للقاضي بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر المَلاذ الأول والشامل لهذا الموضوع.

وهذا ما سيتم تناوله من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين،(المبحث الأول) سنتناول فيه الإطار المفاهيمي لإسناد الحضانة، أما (المبحث الثاني) سنخصصه لمصلحة المحضون كـمعيار لإسناد الحضانة.

[1]– محمد شمروك ومراد مصمودي وعدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2005 –2008، ص1.

المبحث الأول الإطار المفاهيمي لإسناد الحضانة

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار القانونية وأهمها، والتي تنجم عن انحلال الرابطة الزوجية، حيث أ ولت الشريعة الاسلامية اهتماما خاصا بها وكذا القانون الجزائري لكونها موضوعا حساسا، فهي من جهة حق للمحضون فـي الاهتمام بها ورعايته، وحق للحاضن في أن تسند الحضانة له إذا كان أحق بها[1].

سنتناول في هذا المبحث ثلاث مطالب، نتطرق من خلالهم تعريف الحضانة في (المطلب الأول) ثم شروط اسناد الحضانة في (المطلب الثاني)، ثم ترتيب مستحقو الحضانة في (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

تعريف الحضانة

الحضانة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح[2]، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في شقيها، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، وحضن الصبي يحضنه حُضنا أي جعله

[1]– كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 2، 31 ديسمبر 2017، ص345.

[2]– الكشح: هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي، وهو من لَدُن السّرّة إلى المتن، انظر: ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، 1981، ص3880.

في حضنه وربّاه والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، لأن المُربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه[1].

حيث أن الحضانة ليست إلا جزء من الولاية على النفس، إذ هي في الحقيقة مقتطفة منها[2].

وقبل التعمق في هذا الموضوع، سنرى تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول)، ثم تعريف الحضانة قانونا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

قد أحاطت الشريعة الإسلامية حق الحضانة بسياج منيع من الحماية بما يكفل للطفل العيش الكريم والتربية الحسنة والحقوق المستحقة[3]، فقد أورد الفقه تعاريف كثيرة للحضانة، فنجد أنها تصب في معنى واحد وهو رعاية المحضون والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

فقد كان تعريف الحضانة عند الحنفية بأنها: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له حق الحضانة"[4].

ثمّ عرفها المالكية على أنها: "حفظ الولد في مبيته ومُؤنَته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[1].

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، باب النور، فصل الحاء، دار صادر، بيروت، ص122.

[2]"La garde n'est rien d'autre qu'une des modalités de la tutelle sur la personne, dont elle constitue, en réalité, un démembrement " . Voir, Rachid SABBAGH , L'évolution de Droit de Gard dans les pays du Maghreb, R. T. D.69-70,p.50

[3]– أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، مصر،2019، ص11.

[4]– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، مطبعة دار الفكر، بيروت،1421هـ، ص560.

فكان تعريف الشافعية بعدها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه لعدم تمييزه كالصغير أو الكبير المجنون"[2]

ثم بعد ذلك جاء تعريف الحنابلة على أن الحضانة: "ضم المحضون وتربيته وكفالته والقيام بمصالحه كغسل رأس الطفل، ويديه، وثيابه، ودهنه، وتكحيله، والإنفاق عليه، وكل ما يتعلق بمصالحه"[3].

ومن خلال استعراض تعاريف الفقه الإسلامي يتضح لنا أنّ معاني الحضانة تدور حول معنى واحد، وهو الاهتمام بالطفل والتكفل به وبكل مصالحه التي هو بدوره يعجز عن تدبيرها بنفسه، إلّا الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة، في حين ذهب معظم الفقهاء إلى تسميتها كفالة[4].

الفرع الثاني:

تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عرّف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

فالملاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري للحضانة أنه جاء شامل بكل ما يتعلق بمصالح الطفل الصحية والتعليمية والتربوية والدينية والخلقية.

---

[1]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة (بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري) ، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر،2006، ص236.

[2]- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، المطبعة البهية المصرية، 1317هـ، ص255.

[3]- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج3، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، دون سنة نشر، ص324_325.

[4]- وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000، ص472.

لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الخلع أو التطليق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر بعين الاعتبار[1].

كما لاحظنا أن، المشرع لم يخرج كثيرا عن تعاريف الفقهاء، فجمعها وحاصر الأساسيات المتمثلة في حاجيات الطفل ليخرج أخيرا بتعريف مُحكم.

وأخيرا ومما تقدّم من تعريف المشرع، كان مركّز بالأكثرية على أهداف الحضانة والتي تظهر فيما يلي:

– **تعليم الولد:** لكل طفل له الحق في التمدرس، مادام التعليم إجباري ومجاني فلا يمكن أن يغفل أي حاضن على تعليم محضونه.

– **تربية الولد على دين أبيه:** فالطفل يجب أن يربى على مبادئ الدين الإسلامي منذ النشأة، ويتعلم قيم دينه فالمشرع في هذا الصدد قد نوّه في المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05 /02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 عندما نص على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا ما يثبت قوله أن الولد يربى على دين أبيه لكنه أجاز العكس في أن يتزوج المسلم بغير المسلمة إلا إذا خيف على تربية الأبناء في أن تكون أخلاقها منحلة أو لا تتمتع بالمسؤولية فهنا يجيز القاضي أن سند الحضانة لمن يكون أحق وأجدر بها، و هذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في إحدى قراراته "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف –في قضية الحال–قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

[1]– فاطيمة عينار، ليدية مساوي، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/10/22، ص 07.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[1].

أما بخصوص إسقاط الحضانة عن الأم إذا تجاوزت هذا الشرط ولم تحقق تربية ولدها على دين أبيه وعمدت تربيتهم على دين آخر، فهنا نرى قرار المحكمة العليا في هذا الشأن الذي صدر في 1979/04/16 حيث ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح أولادها كما ثبت كذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك لهذا استوجب النقض[2].

فمن خلال شرط تربية الولد على دين أبيه يكون المشرع قد تفادى المخاطر الناجمة عن تطبيق مبدأ حرية دين الطفل المحضون[3]، التي أشارت إليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 عندما نصت المادة 14 منها على أنه:

"تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين". حيث أصدرت الجزائر اعلانا تفسيريا خاصا بهذه المادة مؤكدة أن الجزائر تحترم حق الطفل في الدين.

- **السهر على حماية المحضون:** يجب أن تشمل حماية الحاضن لمحضونه جميع أشكالها حتى لا يكون عرضة لأي خطر أو اعتداء مادي كان او معنوي فيؤثر على نفسيته أو عقله أو انضباطه، وان حدث عكس ذلك ولم تتوفر الحماية اللازمة له من طرف المحضون سيرى القاضي مجرى آخر للقضية ويسند الحضانة لمن هو أجدر بها، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في احدى قراراتها: " إن الشريعة التي منحت الأم الرتبة الأولى في ترتيب الحضانة لم تحصر اهتمامها في ضرورة الحنان على الأولاد فقط بل انها أرادت أيضا ان توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها.

---

[1]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 52221، بتاريخ 1998/03/13، المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص48، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، إصدار منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013، ص644.

[2]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287، بتاريخ 1979/04/16، نشرة القضاة، العدد 2، 1981، ص108، نقلا عن: جمال سايس، المرجع نفسه، ج1، ص137.

[3]- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص 298.

فإن القرار المطعون فيه متى شاهد أنّ الوظيفة التي تشغلها الأم بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار، فصرّح المجلس سقوط حق الأم في الحضانة وقضى بتسليمهم لأبيهم الذي أثبت وجود شخص في بيته وهي أمه التي هي جديرة بتوفير العناية المطلوبة لهم[1].

– **حماية الطفل من الناحية الخلقية:** مهمة الحاضن هنا الانتباه الى تصرفات وأخلاق محضونه وذلك بتهذيبه وتنشئته على مكارم الأخلاق لكي يكون فردا صالحا وهذا يكتمل بالمحيط الذي تتم فيه ممارسة الحضانة حيث لا يمكن أن يكون الأب أو الأم منحلي الأخلاق ويتوعدون إلى حماية خلقية سليمة للطفل فهذا منافي للمنطق، لهذا وجب التحلي بحسن الأخلاق من ممارس الحضانة أولا ثم وحدها تنتقل للمحضون، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في احدى قراراتها والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يُسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا" [2].

فهنا نرى مجهود القاضي نحو تحقيق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى بعيدا عمن له الأولوية في استحقاق الحضانة

– **حماية الولد صحيا:** الطفل لا يقوى على الاهتمام بصحته وحده، يجب أن يكون هناك من يراقب صحته في البيت وخارجه وإن مرض يستعمل الإمكانيات اللازمة ليضمن شفاءه ولا يستهين أبدا بصحته خاصة في السنوات الأولى من عمره لأنه يكون أكثر عرضة للأمراض.

المطلب الثاني:

شروط اسناد الحضانة

[1]–المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف غير موجود، بتاريخ 1969/05/29، نشرة القضاة، أكتوبر/ ديسمبر، 1970، ص 50، نقلا عن: جمال سايس، المرجع السابق، ص 68.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 31997، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 73.

بالرجوع للفقرة الثانية من المادة 62 المذكورة سابقا من قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ المشرع حدد شرطا واحدا لإسناد الحضانة ألا وهو أهلية الحاضن دون التفصيل فيها بقوله: "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فاستعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة[1]، وللتفصيل أكثر في هذه الشروط كان ينبغي على القاضي الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي وهذا عملا بنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري[2].

ولمعرفة هذه الشروط سنتناول في هذا المطلب ثلاث فروع نتطرق من خلالهم إلى الشروط العامة لإسناد الحضانة في (الفرع الأول)، ثم الشروط الخاصة بالنساء في (الفرع الثاني)، وأخيرا الشروط الخاصة بالرجال

في (الفرع الثالث) مع الاستشهاد بموقف القضاء الجزائري وتدعيما ببعض قرارات المحكمة العليا لنرى مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

الفرع الأول:

الشروط العامة لإسناد الحضانة

وهي شروط تجتمع في النساء والرجال معا ولا تختص بأحد منهما، والتي يمكن اجمالها في:

– **العقل:** فلا حضانة لغير عاقل، ولا يمكن شرعا ولا قانونا اسنادها إلى مجنون أو معتوه ولو كان ممن يستحقونها ويطلبونها[3]، لأن العقل هو من يضمن الوعي والقدرة على فهم حاجيات الطفل

[1]– نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر،2013، ص104.

[2]– تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

[3]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر،1989، ص296.

وبالتالي فاقد العقل هو بدوره يحتاج لمن يرعى شؤونه، وهذا ما نجده في المادة 81 ق أ ج والتي جاء فيها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

فنرى أن كل هذا له هدف واحد، وهو توفير الحماية بشموليتها للمحضون.

وإلى جانب العقل قام المالكية باشتراط الرشد وقالوا لا حضانة للسفيه المبذر حتى لا يتلف مال المحضون أو ينفق عنه فيما لا يليق[1].

– **البلوغ:** من غير المنطق أن تسند الحضانة لغير البالغ، والبلوغ هنا هو بلوغ سن 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري[2]، فيشترط في الحاضن البلوغ، لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية، وهذا شرط متفق عليه بين سائر الفقهاء، أما سن البلوغ فقد اختلفت بشأنه الآراء[3].

– **القدرة على تربية المحضون:** وتعني بالقدرة هنا القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفضه صحة وخلقا، وضمان السهر على تربيته وتعليمه[4]، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض او عاهة أو شيخوخة او انشغال بحرفة تحول بينها بين رعاية الصغير لم تكن أهلا للحضانة[5]، لأن الكفاية الصحية مهمة كشرط في الحاضن، ومن تطبيقات هذا المبدأ نذكر نقض وإبطال القرار الصادر بتاريخ 09/07/ 1984 الرامي لإسناد الحضانة إلى أم فاقدة البصر حيث جاء في القرار أنه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون،

[1]– صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، 2021، ص460.

[2]– تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 75–11 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

[3]– جمال مقراني، إشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، العدد 1، 2017، ص 85.

[4]–عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص296.

[5]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص383.

ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[1].

– **الأمانة:** المقصود بالأمانة في باب الحضانة أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه، وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه[2]، فالاختلاف الواقع هنا بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى كون الفاسق أهلا للحضانة وهل تسقط الحضانة عن الأم الفاسقة أم لا.

فنرى اتفاق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، إلّا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق الأقل حدة،

حيث يقول الشيخ ابن عابدين من فقهاء هذا المذهب: " أنّ الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقا يُلزم منه ضياع الولد، عندها سقط حقها، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فجور أمه فيُنزع منها صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد

أما الرجل الفاسق فلا حضانة له[3].

أيّد المالكية الحنفية في كون الحضانة لا تُنسب للفاسق، فاتفقوا على أنّ الفسق مانع من الموانع المطلقة[4].

حيث جاء في قول الدردير من فقهاء المالكية: " شرط الحاضن الذكر أو الأنثى الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بالزنا ولهو محرّم[5].

---

[1]–المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص76.

[2]–عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص296.

[3]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص228.

[4]– أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 999.

[5]– أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص106.

وانطبق ذلك أيضا على رأي الشافعية بقولهم: "لا حضانة لفاسق"، كما ذهب أيضا الحنابلة إلى أنّ الفسق مانع من الحضانة مطلقا لكونه غير موثوق به في أداء واجب الحضانة[1]، وهذا كله مصلحة للمحضون، لأن الطفل سيطبع في ذهنه صور ما يراه فينشأ بذلك على أخلاق سيئة[2].

واعترض ابن القيّم رحمه الله على هذا المانع واختلف فيه عن رأي جمهور الفقهاء مسببا في رأيه ما يلي:

" لو اشترط في الحاضن العدالة، لضاع أطفال العالم، ولَعظُمت المشقة على الأمة، واشتد العنت، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم، لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم الأكثرين، ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ ولم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه وحضانته له ولا من تزويجه مولّيته"[3].

فوقوفا عند قول ابن القيم رحمه الله نجد أن الاجتهاد القضائي ساير رأيه في أحد قراراته بحيث قد تسند الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون وهذا ما قضت به المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 2010/07/15 وكان هذا بحجة أن المحضون بنت صغيرة لا تستغني عن خدمة النساء رغم أنه كان من الممكن اسنادها لحاضنة أخرى تتسم بالاستقامة أو اسناد حضانتها لأبيها[4].

لكن نرى قرار آخر للمحكمة العليا والذي صدر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعات مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم

[1]– فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 4، العدد 1، 2018، ص164.

[2]– العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، 48.

[3]– ابن القيّم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ، ص 412.

[4]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 564787، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010، ص262.

عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق أ ج، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[1].

وهنا الاجتهاد القضائي ساير رأي جمهور الفقهاء.

فبالنظر إلى القرارين، نجد القرار الأول يحمل تناقضا في تسبيبه من خلال عبارة أن الطفلة الصغيرة لا تستغني عن خدمة النساء، فالأولوية تسقط بتخلف أحد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، بحيث كان بإمكان أن يسند حضانتها لمن هي أحق من الأم وتتسم بالاستقامة، لأن الخوف على المحضونة هنا وارد مادامت الأم زانية، وأنّ العادة تشهد أنّ البنت ترافق أمها في سلوكياتها، وتصرفاتها تنعكس تماما على البنت طيلة فترة تربيتها لها، عكس الأب الذي يكون محتاطا أكثر من هذا الجانب.

وعلى كل حال فالمرشد الأول للقاضي هو مصلحة المحضون، والقاضي آنذاك رأى في اجتهاده هذا مصلحة له من دون شك.

الفرع الثاني:

الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء وضعها الفقهاء واستنبطها القضاء في أحكامه وعمل بها، والتي يجب توفرها فيهنّ حتى يكُنّ أهلا للحضانة ويمكن سردها فيما يلي:

-ألاّ تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة إلى أنّ الحضانة تسقط إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن الصغير والصغيرة، فإن الزواج بأجنبي وبقريب غير محرم كابن العم، وبمحرم غير قريب كعم الطفل من الرضاعة يُسقط الحضانة[2].

[1]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 171684، بتاريخ 1997/09/30، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص169.

[2]- زكية حميدو، مرجع سابق، ص 226.

واستندوا في حجتهم على ما رواه عبد الله بن عمرو: "أنّ امرأة قالت: يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وِعاء، وثديي له سِقاء، وحِجري له حِواء، وإن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنتِ أحق به مالم تَنكحي "[1].

ولقد سار المشرع الجزائري على نفس نهج الشريعة الإسلامية حيث نص على ذلك في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون".

وعليه فإن الحاضنة هنا مقيدة بسقوط الحضانة منها في حال زواجها بأجنبي او بقريب غير محرم، والحكمة من هذا أنّ الزوج يمقت ولد زوجته من غيره، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الزوج محرما للصغير لأنه يعطف عليه ولا يتضرر منه لوجود القرابة الباعثة على الشفقة[2].

حيث كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، منها ما جاء في أحدها أنّه "متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أُمًا، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج.

أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة.

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[3].

وبالتالي نرى حسب هذا القرار، أنّ حضانة أم الأم مقيدة بنفس الشروط التي لابد أن تتوفر في الأم تجاه محضونها، ويرجع القرار دائما للقاضي الفاصل في الموضوع.

- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

[1]- سنن أبي داود، رقم الحديث أو الصفحة 2276، أخرجه أحمد (6707)، والحاكم(2830)، والبهيقي(16181).

[2]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 272.

[3]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 40438، بتاريخ 1986/05/05، المجلة القضائية، العدد 2، 1989، ص 75.

معظم الفقهاء يعتبرون أنّ سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه[1].

فباعتبار الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون وحق له، وحيث أن القاضي يعتمد في حكمه على مصلحته بدرجة أولى، فمن حق هذا الصغير أن يتمتع بمسكن لائق بحيث لا يمكن أن يسكن مع من يكرهه أو يبغضه لأن في ذلك خوف عليه من الضياع، كأن يترك المنزل مثلا أو يصبح لديه مشاكل نفسية كما نرى الحال مع معظم الأطفال الآن وحساسيتهم تجاه أوضاعهم الغير مستقرة في البيت.

وهذا تماما ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في نص المادة 72 المعدلة والمتممة بالأمر رقم 05-02 [2]والذي قضى بها على الأب أن يوفر السكن الملائم لممارسة الحضانة، حيث نرى أن كلمة ملائم هنا تحمل عدة معايير منها ألاّ يسكن المحضون في بيت يبغضه.

وأيضا ما احتوَت عليه المادة 70 من نفس القانون أنه "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" وعلى هذا الأساس جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1988/06/20 "من المقرر شرعا أنّه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس"[3].

- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:

[1]- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 138.

[2]- تنص المادة 72 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والمتضمن قانون الاسرة على أنه: في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

ونرى أيضا في نفس المادة قبل التعديل من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 نصت على: نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيّئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.

[3]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 50011، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، العدد 2، 1991، ص57.

كأمه، أخته، جدّته، خالته، وعمته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية[1].

وذلك لأن الحضانة فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون، لذا اشترط الحنفية والمالكية المحرمية، أما الشافعية والظاهرية والزيدية فقد ذهبوا إلى أنه لا يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للصغير إذا كان دون السن الذي يشتهي فيه، وهو الصحيح في المذهب، وعليه تثبت الحضانة لابنة الخال وابنة العم عندهم[2].

- **ألاّ تمتنع عن حضانة ولدها والأب معسرا:**

يعتبر امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند اعسار الأب، مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرط من الشروط الازمة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[3].

الفرع الثالث:

الشروط الخاصة بالرجال

- **أن يكون ذا رحم محرم إذا كان المحضون أنثى:**

والمراد بالمحرمية هي التي تكون من جهة الرحم، لا من جهة المصاهرة، فابن العم المتزوج من أم المطلوب ضمها بعد دخوله بها لا يجوز له أن يطلب ضم البنت إليه[4]

فالأنثى إذا بلغت سنا معينة يجب أن يكون حاضنها محرما لها، حيث قام الحنابلة والحنفية بتحديد سنها لسبع سنين حذرا من الخلوة لانتفاء المحرمية بينهما.

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، رؤية المحضون، ط 01، الإسكندرية، 2011، ص 360.

[2]– محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ص 372.

[3]– باديس ديابي، مرجع سابق، ص 139.

[4]– عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، ط 9، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2001، ص 512.

وإن لم تبلغ هذا السن، أعطيت له بالاتفاق، فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه[1].

كما أنه يشترط في الحاضن الذكر إذا كانت المحضونة أنثى تطبيق الوطئ، أن يكون محرما لها ولو في زمن الحضانة، بأن يتزوج أم المحضونة في زمن طاقتها، وإلا فلا حضانة له في زمنها ولو كان مأمونا[2].

- **أن يكون متحد الدين مع المحضون:**

وقد رأينا هذا الشرط سابقا في المادة 64 من قانون الأسرة السابق ذكرها ألا وهو تربية الطفل على دين أبيه.

يقوم هذا المبدأ على الميراث، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه.

وإذا كان المحضون مسلما وذا رحمه دون ذلك، فلا حضانة إليه، لأنه لا توارث بينهما[3].

-أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة:

فلو أسندت الحضانة للأب، وجب هناك من يصلح لرعاية المحضون من النساء كالزوجة أو الجدة أو العمة مثلا، كون الرجال بطبيعتهم غير متفرغون لاحتياجات الصغير المستمرة، والمعلوم أيضا أن ليس لديهم صبر على الصغير مثل ما هو الحال عند النساء[4].

---

[1]- نذير عبد الكريم، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021، ص 474.

[2]- أمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2011، ص97-97.

[3]- باديس ديابي، مرجع سابق، ص 1 39.

[4]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، بدون طبعة، دار البصائر، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص 206.

فلا يهم المرأة التي معه في البيت إذا كانت زوجته، أو مستأجرة للخدمة، أو متطوعة، لأنه عدم ذلك لا يحق له الحضانة.

المطلب الثالث:

ترتيب مستحقي الحضانة

الأصل في حضانة الصغار ذكورا أو إناثا أنها للنساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، فإذا لم توجد النساء فالحضانة للرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[1].

قال الزعيلي رحمه الله: "إنَّ الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع الولاية إلى غيرهم، فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الآباء لأنهم أقوى رأيا مع الشفقة الكاملة، وأوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها، وجعل الحضانة إلى الأمهات لأنهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمّل المشاق بسبب الولد على طول الأعصار، وأفرغُ للقيام بخِدمته "[2].

وهذا الترتيب الأولي بالنسبة للأب والأم، فإن لم تتحقق فيهما الشروط كان لزاما على القاضي اسنادها وترتيبها على أشخاص آخرين، وهم الذين نصّت عليهم الشريعة الإسلامية والقانون، وبناء على هذا سنفصّل في هذه المسألة تحت عنوان ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري في (الفرع الثاني).

[1]– أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 04، ط 01، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 41.

[2]–عثمان الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ط 01، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ص 46.

الفرع الأول:

ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث رعى الإنسان جنينا، ووليدا، وصغيرا، وشابا، وكهلا، وشيخا، ولمّا كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجياتهم، جعل الشرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق ووزّع بينهم المهام[1].

فحتى ينشأ الطفل نشأة سوية سليمة فيها صلاحه وخلاصه وجب اختيار من يتولى رعايته وفقا لموجب أساسي، هو تحقيق مصلحة المحضون[2].

وعلى هذا الأساس أوْلى الفقهاء عناية لهذا الموضوع، وكانوا السّباقين في الخضوع إلى أمر مستحقي الحضانة، لكنّهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء بعد الأم، فنرى آراءهم حول هذا الشأن.

قال **الحنفية:** أنّ أحقّ الناس بالحضانة الأم، سواء كانت متزوجة بالأب أو مطلقة، ثمّ من بعدها أمها وأم أمها وهكذا، ولابدّ أن تكون أم الأم صالحة للحضانة وليس لها أن تحتضن ابن ابنتها المتزوجة في بيت زوجها لأنّه عدوّ له، فللأب في هذه الحالة أن يأخذه منها.

فإذا ماتت أم الأم، أو تزوّجت بغير محرم للصغير، انتقل حق الحضانة لأم الأب وإن علت، أمّا إذا كانت متزوجة بمحرمه كما إذا كانت الجدّة متزوجة بجدّه، فإنّ حضانتها لا تسقط، فإن ماتت أو تزوجت انتقل الحق للأخت الشقيقة فإن ماتت أو تزوجت انتقل للأخت لأب، ثمّ من بعدها الأخت الشقيقة، ثمّ من بعدها بنت الأخت لأم[3].

---

[1]– منير تيطراوي، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المسيلة، 2019/2018، ص28.

[2]– أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الاستاد الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر، 2018، ص 379.

[3]– عبد الرّحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 520. انظر الرابط: http://shamela.ws/book/9849

وفي حال عدم وجود حاضنات من النساء لرعاية الصغير تنتقل الحضانة مباشرة إلى العصبات من الرجال حسب ترتيبهم في الإرث[1]، والذي يكون ترتيبهم كالآتي:

الأب، الجد، الأخ الشقيق، ابن العم لأب، عم الأب الشقيق، عم الأب لأب، ويرى أبو حنيفة أنّ غير المحارم من العصبات ليس لهم حق حضانة الأنثى ولهم حضانة الذكر[2].

أمّا **المالكية** فجاء في قولهم أنّه: يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث وذكور على الترتيب الآتي: فأحق الناس به بعد أمه جدّته لأم وإن علت، ثمّ الخالة الشقيقة، ثمّ الخالة لأم، ثمّ خالة الأم، ثمّ عمّة الأم، ثمّ أم الأب، ثمّ أم أمه، وأم أبيه، والقربى منهم تقدّم على البُعدي والتي من جهة أمّه تُقدّم على التي من جهة أبيه، ثمّ بعد الجدة من جهة الأب تنتقل الحضانة إلى الأب، ثمّ إلى الأخت، ثمّ إلى عمّة الصغير أخت أبيه، ثمّ إلى عمّة أبيه ـ أخت جدّه ـ، ثمّ إلى خالة أبيه، ثمّ بنت الأخ الشقيق، ثمّ لأم، ثمّ لأب، ثمّ إلى بنت الأخت، كذلك إن اجتمع هؤلاء، يقدّم منهن الأصلح للحضانة[3].

فتنتقل الحضانة أيضا إلى الرّجال العصبات في حال انعدام النساء كالآتي: فأولى الحاضنين الوصي، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ الجد الأدنى، ولا يتقدّم الجد الأعلى رغم أنّه أولى من الأخ في مرتبة الميراث[4].

بعدها **الشافعية** قالو: للمستحقين في الحضانة ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، فيقدّم الأقرب فالأقرب من الإناث، ثمّ الإخوة الذكور، فمثلا: إذا اجتمع إخوة وأخوات، وخالة وعمة، قُدِّمَت الأخوات الإناث، ثمّ الإخوة الذكور لأنّهم

[1]– أمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2012/2011، ص 102.

[2]– ايناس داود، صورية بوفنش، إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2020/2019، ص 39.

[3]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 521.

[4]– ايناس داود، صورية بوفنش، مرجع سابق، ص 40.

أقرب من الخالة والعمّة، ثمّ الخالة، ثم العمة، وعند الاستواء في القرابة والذكورة والأنوثة فإنّه يُقرع بين البنات[1].

الحالة الثانية: ويجتمع فيها الإناث فقط، فتقدّم الأم ثمّ أمّهاتها، ثمّ أمهات الأب، ثمّ الأخت، ثمّ الخالة، ثمّ بنت الأخت، ثمّ بنت الأخ، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الخالة، ثمّ بنت العمّة، ثمّ بنت العم، ثمّ بنت الخال، وتقدّم الشقيقات على غير الشقيقات، وتُقَدَّم من كانت لأب على من كانت لأم[2].

الحالة الثالثة: وهي ما إذا اجتمع الذكور فقط، فيقدّم الأب، ثمّ الجد، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ الأخ لأم، ثمّ ابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب، ثمّ ابن الأخ لأم، ثمّ العم الشقيق، ثمّ العم لأب، ثمّ العم لأم، فإذا اجتمع الأب، والجد، والأخ، وابن الأخ، والعم، قُدِّم الأقرب فالأقرب[3].

ثمّ **الحنابلة** قالوا: بأن أحق الناس بالحضانة الأم، ثمّ أمها وهلمّ جرّا، ثم الأب، ثمّ أمّهاته وإن علت، ثمّ الجد، ثمّ أمهاته، ثمّ أخت لأبوين، ثمّ أخت لأب، ثمّ أخت لأم، ثمّ الخالة لأم، ثمّ الخالة لأب، ثمّ العمّة الشقيقة، ثمّ العمّة لأب، ثمّ العمّة لأم، ثمّ بنات اخوته، وبنات أخواته، وتقدّم بنات الأخ على غيرهن ثمّ بنات أخواته، ثمّ بنات أعمامه وبنات عمّاته، ثمّ بنات أعمام أبيه، ثمّ بنات عمّات أبيه[4].

فنرى **المذهب الظاهري** أيضا: أعطى هذا المذهب الأسبقية للأم في حضانة الصغير أو الصغيرة، واشترط أن تكون مأمونة في دينها ودنياها، فإن لم تكن كذلك نظر لابنها بالأحوط في دينها ثمّ دنياها، فحيث كانت الحِياطة لهما في كلا الوجهين، وجبت هنالك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو

[1]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص521.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة الحصول على شهادة الماجيستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 1424هـ/2003م، ص 38_39.

[4]– المرجع نفسه، ص 33_34.

العمّة، أو الخالة، أو العمّ أو الخال، وذو الرّحم أولى من غيرهم بكل حال، والدّين مغلب على الدنيا، فإن استووا في صلاح الحال، فالأم والجدة، ثمّ الأب والجد، ثمّ الأخ والأخت، ثمّ الأقرب فالأقرب[1].

فبعد استعراض مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص ترتيبهم للحاضنين، نجد أنهم عاهدوا الاتفاق على أنّ الأم أولى الناس بحضانة ولدها مالم يكن هنالك مانع وتليها أمها جدّة الصغير لأم.

ويتضح لنا أيضا أنّ ترتيبهم مرفوق بضمان مصلحة الصغير ومنفعته، حيث اختاروا الأقرب لأنهم الأشفق فأبقوا على صلة القرابة واتفقوا على أنّ الإناث أليق بالحضانة أولا لأنهم أهدى للتربية وأصبر عليها واختلفوا فقط في ترتيبهم بعد أم الأم بحسب ملاحظة المصلحة.

إلا أننا نرى أن المذاهب الأربعة (الحنفي، المالكي، الشافعي والحنبلي) كان ترتيبهم موسع جدا لأنّهم شملوا تقريبا كل أقارب المحضون، وهذا ما يصعب تحقيقه في مجتمعنا الحالي حيث لا يمكن أن تمتد الحضانة إلى خالة أم الصغير وعمّة أبيه لأنهم لا يشغلن بالهم إلى حضانته[2].

عكس المذهب الظاهري الذي كان مضيقا في ترتيبه للحاضنين، دون أن يحصر كل مستحقي الحضانة[3].

الفرع الثاني:

ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري

[1]– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 27.

[2]– ايمان بوقرة، ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2015، ص 57.

[3]– المرجع نفسه.

بعد توضيحنا لآراء الفقهاء حول ترتيبهم لأصحاب الحق في الحضانة، سنرى موقف المشرع الجزائري حول هذا الشأن في المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري، فنميز ترتيب مستحقي الحضانة في قانون 84_11 وكيف عدلها بعد ذلك بالأمر 05_02 وما الدافع من تعديلها.

- **ترتيب الحاضنين في قانون 84-11 قبل التعديل**

تنص المادة 64 من قانون 84-11 على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثمّ أمها ثمّ الخالة ثمّ الأب ثمّ أم الأب ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

فأول ملاحظة قد نلاحظها هي أنّ المشرع الجزائري أعطى الحق للأم في حضانة ابنها كون أنّ مصلحته لا تتحقق إلا بوجوده معها، فهي التي حملته في بطنها وتعبت عليه فلا الشرع ولا القانون يحرمها من هذا الحق إلا إذا وقع مانع يسقطها حقها فيها وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/06/14 الذي جاء فيه:

"من المستقر عليه قانونا أنّ الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع **لمّا** راعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه، فإنهم أقاموا قضاءَهُم على أساس قانوني الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطعن"[1].

إلا أن هذه ليست قاعدة ثابتة بالنسبة للقاضي فالثابت هو مصلحة المحضون، فهذه الأخيرة تمنح له حق تغيير هذا الترتيب، حيث يمكن للمحكمة أن تسند حق حضانة الولد لغير الأم، مثلما جاء في احدى قرارات المحكمة العليا: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تسند حسب مصلحة المحضون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض النقض"[2].

[1]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم540، بتاريخ 2006/06/14، قرار غير منشور، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط 02، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 213.

[2]- قرار رقم 15364، الصادر بتاريخ 1997/02/18، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، ص 37.

ومن ناحية باقي الأقرباء، ساير المشرع الفقه الإسلامي في ترتيب الجدة لأم بعد الأم مباشرة، كما أنّه أعطى الحق في الحضانة للنساء أولا كونهم على الرعاية للصغير أفضل وأنسب.

فنراه تأثر بالمذهب المالكي حيث غلب جهة الأم على جهة الأب في ترتيبه، ولعلّ ذلك راجع إلى إدراك المشرع بأن مصلحة الصغير كما تتحقق عند أمه تتحقق عند قرابتها أيضا لأنهم أحن مثلها.

فرتّب الخالة بعد الجدة لأم مباشرة لأنّ شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه، وفي ذلك روى البراء بن عازب أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال:" **الخالة أم** "[1].

فيأخّر المشرع الأب إلى المرتبة الرابعة، اقرارا منه أن النساء أفضل منه في تأدية مهام الحضانة والقيام على أمور الصغير.

- **ترتيب الحاضنين في الأمر 02/05 بعد التعديل:**

حيث نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بعد تعديلها بالأمر 02/05 بقولها: الأم أولى بحضانة ولدها ثمّ الأب، ثمّ الجدة لأم ثمّ الجدة لأب، ثمّ الخالة ثمّ العمة ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

فنلاحظ أنّ الأم حافظت على أحقيتها في صدارة مستحقي الحضانة حتى بعد التعديل، ثمّ قدّم حضانة الأب للمرتبة الثانية، بعدما كانت في المرتبة الرابعة وهذا حتما تغيير سيلقى انتقاد كبير كيف لا وأنّ الصغير سيصبح في أيدي زوجة أبيه بعد ما كان مصونا آمنا عند خالته، والعادة تقول أنّ زوجة الأب لا تكفل الحنان اللازم لابن زوجها وخاصة لو كانت تملك أبناءً غيره.

إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يحدّ منها، بل يقضي عليها متى رأى أنّ مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه لأنّ القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها[2].

[1]– مريم معنصري، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة استكمال متطلبات نيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012، ص 13-14.

[2]– المرجع نفسه، ص 12.

وحسب رأي الدكتورة كريمة محروق أن "المشرع أخذ بالمذهب الجعفري في ترتيب الحاضنين حيث يسند الحضانة للأم والأب، مخالفا رأي جمهور الفقهاء الذين يغلبون جانب النساء على جانب الرجال في مسائل الحضانة"[1].

بالمقابل المشرع لا يمثل خروجا عن أحكام الشريعة الاسلامية بجعل الأب في المرتبة الثانية، وتفضيله عن غيره، بل لِما له من دور فعال في تربية المحضون، وكونه أكثر شخص يثق فيه الصغير ويحتاج إلى عطفه بعد أمه.

ثم نرى أنّ البحث عن المصلحة الفضلى للصغير هي أول وأهم قاعدة ثابتة يسعى القضاء والقانون رد الأولوية لها، بغض النظر عن هذا الترتيب الذي يمكن أن يتجاوزه القاضي إذا ثبت بالدليل أنه لم يرى مصلحة الصغير في ذلك، وهذا تماما ما جاء به القرار رقم 364371 الصادر عن مجلة المحكمة العليا على أنه: " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج. يخضع تقدير مصلحة المحضون، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع "[2].

فنرى آراء كثيرة وفرضيات مختلفة جاءت مرة تبريرا للمشرع ومرة انتقادا لهذا التعديل القائم على تقديم الأب بعد الأم.

فافترض بعض الباحثين مبررين لهذا التقديم، حيث يمكن أن يرجع ذلك إلى التغيرات الطارئة على المجتمع الجزائري، خاصة بما يتعلّق بخروج المرأة إلى ميادين العمل[3].

وأيضا صياغة مبرر آخر، أنه بإسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها بغير قريب محرم، فالحكم القاضي بعد ذلك بإسناد الحضانة إلى أم الأم يكون شكليا، أما واقعيا فالمحضون يبقى مع أمه

[1]– كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 02، ص 357.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 285.

[3]– أنيسة لشهب، الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 13، 2018/05/24، ص 285.

(باتفاق يتم بين الأم والجدّة)، ونفس الشيء مع منح الحضانة للخالة، لذلك رأى المشرع اسنادها للأب بعد الأم أفضل من اسنادها إلى قريبات الأم لأن هذا أمر لا يُنَفّذ في الواقع[1].

فنرى أيضا رأي الدكتورة حميدو زكية، أن هذا التعديل الذي طرأ على المادة 64 ق أج مفهوم وله حكمته إذ يهدف إلى رعاية ما أصاب المجتمع المغاربي من "تطور" و"انفكاك" للأسرة الكبيرة[2].

ومن الانتقادات التي وُجهت إلى المشرع أنه عند ذِكره لكلمة "**الأقربون درجة**" مع عدم تحديده لهم، مما جعل النص غامضا نوعا ما، وهذا ما يقود القاضي لإعمال سلطته التقديرية الكاملة، والذي يعتبر بزيادة مجهود له كان بإمكان المشرع تحديدهم لإنقاص العبئ على القاضي.

أيضا اغفال المشرع في تعديله لهذه المادة عن تقييد اسناد الحضانة للأب بسن المحضون، أو بوجود امرأة حاضنة معه – أي الأب – وإن كان المشرع يجد في اشتراطه مراعاة مصلحة المحضون التي أكّد عليها في كل مواد الحضانة[3]. كحال الطفل المولود الذي يحتاج إلى أمه أو امرأة بالخصوص تتكفل برعايته.

المبحث الثاني

مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة

لقد حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية من الفقه، التشريع، والقضاء، ولما يمثله هذا المبدأ من أهمية كبيرة في حياة الفرد والمجتمع، وعليه فإن تعريف مصلحة المحضون من جهة بإعتبار الحضانة أهم طرف تقوم عليه الحضانة ومن جهة أخرى البحث في تعريف مصلحة المحضون وبيان أهم المفاهيم.

[1]– أنيسة لشهب، مرجع سابق، ص285.

[2]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص349.

[3]– أنيسة لشهب، مرجع سابق، ص284.

المطلب الأول:

مفهوم مصلحة المحضون

إن الحكمة من الحضانة هي عجز وعدم قدرة الصغير عن إقامة مصالحه وتدبير شؤونه، واحتياجه إلى من يقوم له بهذه الأمور ويهتم برعايته حتى يشب ويصبح قادرا على نفسه وذلك حفاظا عليه من الضياع والتشرد، حيث تتحدد مدتها بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقا لمصلحته لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى فرعين، تعريف مصلحة المحضون **(الفرع الأول)**، وضوابط ومعايير مصلحة المحضون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

تعريف مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون أو الطفل قاعدة فقهية اخذ بها المشرع يصعب إفراغها في مادة قانونية أخذ بها المشرع لكنه لم يضع لها تعريف عاما ومجردا ويمكن إرجاع عدم وضع تعريفا لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا"[1]. لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء وأوجب كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة"[2].

فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه. وكما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث تطور الزمان، فقد أدى إلى تطور الحياة ومتطلباتها وإلى تعقيدها أيضا فالحياة في المناطق النائية تختلف عن المدن الكبرى. فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن هذه المناطق لا تهتم

[1]– صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007، ص 108.

[2]– طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص 60.

بالدراسة فان ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المناطق الشمالية (المدن الكبرى). باعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة تعليمه[1].

ومع إن قاعدة مصلحة الطفل لم يضبط لها تعريفا يمكن النظر اليها من عدة نواحي تميزها. فهي قاعدة متغيرة ومستمرة غير ثابتة ذلك لان حاضر الطفل ليس له أهمية كبيرة مقارنة بمستقبله[2].

ويتضح أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية والمكانية فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، وخاصة من طفل إلى آخر وأيضا من قاضي إلى آخر حسب فكره وطريقته في التربية[3].

وحسب رأيي أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم قاعدة مصلحة المحضون بدقة ولم يوضح معالمها مما جعلها فكرة مرنة قد تقبل التوسيع أو التضييق، مما ترك المجال مفتوحا أمام القاضي في تقديره لهذه المصلحة.

[1]– دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2008، ص 49.

[2]– عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2000، ص 77.

[3]– عزيزة حسيني، مرجع سابق، ص80.

الفرع الثاني:

ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

إن المشرع الجزائري لم يحدد في نصوص قانون الأسرة الضوابط والمعايير القانونية لإسناد الحضانة تاركا تقديرها للقاضي، ولذلك سنخص دراستنا في هذا الفرع عن الضوابط والمعايير القانونية.

أولا: المعيار المعنوي

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الأثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتفككها الأسري، المشرع الجزائري لم يحددها تاركا تقديرها. فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والدهني والعاطفي والنفسي، إلى المعالجة كاسرة واحدة ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي بل يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس وليس للقضاة في هذا الموضوع، إلا ان يصغ وإلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكون القانون[1].

فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما ومن الأم على الخصوص لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية[2].

ولا شك أن الطلاق يشكل صدمة نفسية قوية للطفل تهز كيانه وتحبط معنوياته، فلا يجد اهتماما من أبويه ويفقد بالتالي المادة الضرورية لنموه نموا سليما. وذلك راجع لتفكك وتشتت أسرته فتنشا لديه عقد وأمراض نفسية ولهذا فقد دعا الإسلام إلى الرفق بالصغار ورحمتهم والشفقة والحنان عليهم والاعتناء بهم. وشنع على من يحرمهم وتشنيعه دلالة على عظم وخطر الفقر المقترف في حق هذا الطفل[3].

---

[1]– أحمد شامي، "السلطة التقديرية القاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة تلمسان .2014، ص 418.

[2]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص 105.

[3]– عز الدين حواس، رابط مراعاة مصلحة المحضون بين قوانين العمل والتشريعات الأسرية، ص 05.

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها /06/04/ 2006 حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[1].

ثانيا: المعيار المادي

إن الهدف الرئيسي والأساسي للحضانة هو حماية المحضون نفسيا ومعنويا وتربويا ورعايته ماديا لضمان توفير ما يلزمه وتغطية حاجاته اللازمة تحقيقا لمصلحة المحضون.

لأن المصلحة المادية للمحضون تتحقق أساسا بتوفير النفقة للطفل بكل مشتملاتها المتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن. ونظرا للدور الذي تلعبه النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر ذلك إلى ما بعد الطلاق. ولابد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله لكن بشرط أن يكون الابن المستحق فقيرا ولا مال له. أو ذا عاهة مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالمكسب، فيما تظل البنت محل نفقة إلى غاية زواجها لتصبح نفقتها بعد ذلك واجبة على الزوج.[2]

فعلى القاضي إن يحكم بالنفقة للمحضون إذا لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز مراعاة لمصلحته وتحقيقا لأمنه المادي، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19 بقولها " من المقرر انه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة بان المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته. طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[3]".

---

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 368395 بتاريخ 2006/06/04، نقلا عن حسين طاهري، الأوسط في شرح القانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2009، مرجع سابق ص 187.

[2]- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض-عدة- حضانة- متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط ، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 84.

[3]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/02/17، عدد خاص، 2001، ص198.

أما فيما يخص تقدير مبلغ النفقة فيعود للسلطة التقديرية للقاضي وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/11/15.

"يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية" وجاء في معرض تأسيسه حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع فان القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون. مما يجعل النفقة الغذائية الشهرية للبنت المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دج. ضمن القرار محل الطعن لا يعتبر قصورا في التسبب حسب زعم الطاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران، كما هو ثابت في سجله التجاري وكذا امتلاكه لنشاطات تجارية أخرى. حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى حكم الطاعن بمصاريف علاج البنت المحضونة، فبذلك لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية تثبت تعرض البنت المحضونة لأمراض مختلفة الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين[1].

وفي قرار آخر لها بتاريخ 1991/05/21 قضت بأن " تحديد نفقة العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحضانة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[2]. والملاحظ أن إسهام العنصر المعنوي والمادي في حضانة الطفل شيء ضروري ومهم جدا فهو بحاجة إلى شخص يعتني به ويحسن تربيته، أما من الناحية المادية فيتطلب الاهتمام والعناية بكل طفل فيستدعي حتما تغطية حاجياته الضرورية سواء من ناحية المأكل والملبس والمسكن وغير ذلك ما يحتاجه، لدى على القاضي أن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 372292، بتاريخ 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2007، ص 493.

[2]– المحكمة العليا، غ.ا.ش. ملف رقم 726002، بتاريخ 1991/05/21، نشرة القضاة، العدد 47،1995، ص 149، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966–2010، مرجع سابق، ص 390.

المطلب الثاني:

دور القاضي في تحديد مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون المبدأ الأعلى والأسمى وفوق كل اعتبار، غير أن مراعاة هذه المصلحة منحت للقاضي كل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون. غير أن هذه السلطة تختلف من قضية إلى أخرى حيث أن كل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعته في تقدير المصلحة. ولابد له من اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى التحقيق والمعاينة في(**الفرع الأول**)، ودور النيابة العامة في (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:

التحقيق والمعاينة

للقاضي ضمن سلطة التحقيق لا أن يقوم بكل إجراء يساعده على تكوين قناعته.

- الاستماع إلى أطراف النزاع:

لقد خول القانون للقاضي بعض الحقوق التي يستند إليها أثناء النزاع من بينها الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لحماية المحضون أو تقديم وثيقة وهو ما أكد عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادتين 27 و28[1].

حيث بإمكان القاضي الاستماع إلى أطراف النزاع والاطلاع على الوثائق المعروضة وهو ما يسمح له بأخذ فكرة من سيتولى حضانة الطفل كما يستنتج من خلالها طريقة حياة الوالدين والحالة الصحية للطفل[2].

ولقاضي شؤون الأسرة الاعتماد على نص المادة 27 (ق إ م إ)، وهذا بطلب حضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لتحقيق مصلحة المحضون، كما له أن يأمر شفهيا بإحضار أي وثيقة لنفس الغرض، وحسب المادة 28(ق إ م إ ج) يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ إي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا.

أما المشرع الجزائري لم يعبر صراحة عن وجوب سماع المحضون في مسائل حضانة، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتحديد نص المادة 450 التي تنص على أنه يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
2- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
3- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي."

[1]- عزيزة حسيني، مرجع سابق، ص 82.

[2]- عزيزة حسيني، مرجع سابق، ص82.

كذلك نص المادة 2/463 من نفس القانون التي تقرر أنه: " يتلقى القاضي في جلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأم الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا. ويمكن إعفاء القاصر من الحضور".

وبموجب المواد السابقة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل من سماع المحضون أمرا جوازيا للقاضي وهذا حسب سلطته التقديرية، كما أن القاضي في حالة سماعه للمحضون له أن يأخذ برأيه أو يستبعده فالمسألة جوازية تخول القاضي سلطة تقدير مصلحة المحضون[1]. وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 01/11/ 1982 بقوله "من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن، ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه"[2].

وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12/14/ 1981 بأنه "يظهر من تحريات قضاة الموضوع وتقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم أي حين المواجهة أمام المجلس وبحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى المصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض[3]".

ومنه يتضح لنا أن المشرع الجزائري خول للقاضي وفي إطار سلطته التقديرية المعروض عليه دعوى تتعلق بالحضانة، أن يأمر بإجراء التحقيق والمعاينة لإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يستحيل عليه فهمها والوصول إليها بدون هذا الإجراء.

---

[1]– بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، جامعة أبو بكر بالقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2008–2005، ص 169.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 26503، بتاريخ 1982/01/11، ن ق، 1982، عدد خاص، ص236. نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص 145.

[3]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 26225، بتاريخ 1981/12/14، غير منشور. نقلا عن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 166.

الفرع الثاني:

دور النيابة العامة

لقد أوجب المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون، إذ جاء في نص المادة 03 مكرر إنه" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

فالنيابة العامة لها الحق في تحقيق الدعوة العمومية، لكن دورها في القضايا المدنية يختلف فهي إما تعمل كطرف منظم، بمعنى إن يكون لها حق إبداء الرأي وهذا الانضمام إما إن يكون إجباريا أو اختياريا وهذا ما كان منصوص عليه في المادة 144 من (ق إ م إ) قبل إلغائها بالقانون رقم08 – 09، حيث أن النيابة العامة كانت لا تستطيع الادعاء مدنيا وأن يكون طرفا أصليا.[1] إلا إذا وجد نص خاص كما هو الحال عليه الذي جاء في المادة 102 من قانون الأسرة بالأمر 05-02 جاء نص المادة 3 مكرر باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، وبالتالي أصبحت المادة 102 بدون جدوى[2].

واعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة له أثر مهم، خاصة من ناحية تقديم الطلبات والادعاء مدنيا، بالإضافة إلى ممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية[3]، ومن الواجب أيضا تكليف ممثل النيابة العامة بالحضور للجلسات وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا وهو ما جاء في نصوص المواد 15 و438 من القانون رقم 08-09 المتضمن (ق إ م إ)

[1]– صالح حمليل، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة النفقة والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، عدد 19،2014، ص 11.

[2]– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص121.

[3]– صالح حمليل، مرجع سابق، ص 11.

ولأن النيابة العامة تعد طرفا أصليا في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لزم حضورها جلسات المحاكمة وتقديم الطلبات تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة، وهنا هو المعمول بها ميدانيا.[1]

وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/15 "إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص التي أوجب القانون فيها إشراك النيابة العامة، وأخذ رأيها حول ذلك بإرسال ملفاتها إليها، وإلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال وبالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه، فإنه ليس هناك ما يثبت من اطلاع النيابة العامة على الملف مما يعد خرقا لإجراء جوهري يتعلق بالنظام العام، ما يترتب عنه نقض وإبطال القرار المذكور[2].

وبعد استعراضنا لهذا نجد أن تدخل النيابة العامة في شؤون الأسرة أمر ضروري ومهم جدا في حياة الأطفال فهي تساعد القاضي في الوصول للحقيقة حتى ولو لم يصب في حكمه، ولما لها من سلطة في التحري والبحث، كما أنها تسعى دائما لتطبيق القانون تطبيقا صحيحا.

المطلب الثالث:

الإشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسناد الحضانة

إن الحضانة تتعلق بثلاثة حقوق، أولا هي حق الأم وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه، فحماية المحضون هو حق أساسي للطفل ولا يتم إسناد الحضانة إلا في حدود مصلحته المادية والمعنوية، إذ سنتطرق في هذا المطلب رفض المحضون للانتقال من أسندت إليه الحضانة **(الفرع الأول)**، وموقف اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفل من رفض المحضون لانتقال العيش لمن أسندت إليه الحضانة في **(الفرع الثاني)**.

---

[1]– مرجع سابق، ص 11.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39381 بتاريخ 1986/01/15، م ع، قرار غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع وأربعين سنة 1966–2010، مرجع سابق، ص 329.

الفرع الأول

رفض المحضون للانتقال إلى من أسندت إليه الحضانة

إن القاضي لا يأخذ ولا يعتد برأي المحضون من ناحية رفضه لمن أسندت إليه الحضانة ولخياره البقاء مع أبيه لنزع الحضانة عن أمه، فلا طائل لسماع المحضون مادامت مصلحته تقتضي بقاءه مع الأم وهو ما أكده القرار الصادر بتاريخ 2007/12/12 والذي جاء فيه:"...إن سماع الأولاد المحضونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد، لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية. كما أنه ليس هناك نص يلزم القاضي بسماع الأولاد في هذا الموضوع[1]".

وكما أنه يعتبر الاستماع للقصر أمر جوازي للقاضي لأنه غير قادر رغم أن المحكمة على تقدير ما هو أصلح له[2]، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1982/02/11: "من المقرر أن رغبة المحضون لا تأخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن"[3]، العليا كانت في وقت سابق قد أخذت برأي الأبناء وقامت بتخييرهم بين البقاء مع أمهم أو أبيهم وهو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ1981/12/14 الذي جاء فيه: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع، ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة ومراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس، وبحسبهم فإنهم استندوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[4].

---

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 1180، صادر بتاريخ 2007/12/12، قرار غير منشور، نقلا عن: لحسين بن شيخ ملويا، مرجع سابق، ص 215.

[2]– بوبكر خلف، مصلحة المحضون: دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جوان 2016، ص 530.

[3]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 26225، صادر بتاريخ 1981/12/14، قرار غير منشور، نقلا عن: الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، ص 197–198.

[4]– عيساوي عادل، السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 04، 2020، ص 166.

الفرع الثاني

موقف اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفل من رفض المحضون لانتقال العيش لمن اسندت إليه الحضانة

إن الاستثمار في إعمال حق الطفل في الاستماع إليه في جميع المسائل التي تمسه وفي إيلاء الاعتبار الواجب لآرائه التزام قانوني واضح وفوري على الدول الأطراف أن توفى به بموجب الاتفاقية. وهو حق كل طفل دون أي تمييز، ويقتضى تحقيق الفرص الهادفة لتنفيذ المادة 12 تذليل العقبات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعرقل حاليا فرصة الأطفال في الاستماع إليهم وفي تمكنهم من المشاركة في جميع المسائل التي تمسهم. ويقتضى ذلك الاستعداد لمقاومة الفرضيات السائدة بشأن قدرات الأطفال، وتشجيع تهيئة الظروف التي يمكن فيها للأطفال أن يبنوا قدراتهم.

ولهذا نرى أن جميع القوانين المتعلقة بالانفصال والطلاق أن تشمل حق الطفل في الاستماع إليه من قبل متخذي القرارات وفي عمليات الوساطة. وتفضل سلطات قضائية إما من باب السياسة العامة أو في إطار القانون، أن تحدد سنا يكون الطفل فيه قادرا على التعبير عن آرائه.

ملخص الفصل الأول

يعد موضوع حضانة الطفل بعد فك الرابطة الزوجية من المواضيع الهامة، التي تمت دراستها في الوقت الراهن، نظرا للمشاكل والنزاعات الحاصلة فيها والآثار الناجمة عنها، مما نرى أن المعيار الأساسي في إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون. وإسهام القاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة والمؤهلين لها، مع وجوب إمكانية تحقق مصلحة المحضون من خلال ما هو معروض على القاضي من أدلة ومعطيات، وأن تقدير تلك المصلحة تعد من المسائل الموضوعية التي تعود لتقدير القاضي والأساس الذي يجب عليه تعليل قراره تعليلا واضحا، فالمصلحة هنا تعتبر المعيار الأساسي لإسناد الحضانة وتبقى صلاحية تقدير ذلك للقاضي.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في اسقاط الحضانة

الفصل الثاني:

بعد التطرق في الفصل السابق إلى شروط ممارسة الحضانة العامة التي تجمع النساء والرجال والخاصة بالنساء لوحدهم وكذلك للرجال، كما وضحنا أصحاب الحق فيها وصولا إلى ترتيبهم حسب الأولوية من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وللقاضي السلطة التقديرية في إثبات هذا الحق أو إسقاطه عن الحاضن.

فالغاية من الحضانة هو رعاية المحضون لمن له الحق في حضانته، إلا أن هذا الحق ليس مؤبدا قد يختل ويسقط باختلال الشروط الواجبة فيه، إذن متى تسقط الحضانة؟ وما هي حالات سقوطها؟

المبحث الأول:

حالات إسقاط الحضانة

تعتبر الحضانة من الحقوق المزدوجة أي يعني تمس الطرفين، لأنها حق للحاضن وكذلك للمحضون، كما أنه قد يسقط هذا الحق في بعض الحالات الاختيارية التي يستطيع فيها الحاضن التنازل عن الحضانة.

المطلب الأول:

الحالات الاختيارية

لقد حدد المشرع الجزائري حالات سقوط حق الحضانة من الحاضن، إذ يتنازل عليها بإرادته أو باتفاق الأطراف، لهذا سنتناول في هذا المطلب التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة **(الفرع الأول)**، والتنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة

يسقط حق الحضانة بتنازل عنها، وذلك حسب نص المادة 66 من (ق أ ج)، يتبن أن المشرع الجزائري قيده بمصلحة مصلحة المحضون، فمثلا إذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأن في ذلك إضرارا بمصلحة المحضون[1]، وأيضا إن كان التنازل عن الحضانة ناتج عن تصرف الحاضن وبرغبته وإرادته الاختيارية، فحقه في الحضانة لا يعود له مطلقا وخاصة إذا كان الأب يمارس الحضانة الفعلية للأولاد لمدة أكثر من سنة وتمدرس الأولاد عنده، فنظرا لمصلحتهم سقطت الحضانة عن الأم[2].

فالتنازل لا يكون خارج دائرة القضاء، إذ لابد من الحصول على حكم بإسقاط الحضانة عن المتنازل عنها، وهذا بتوافر الشروط المطلوبة وإسنادها إلى غيره، وترفع الدعوى وفقا للإجراءات العادية المقررة في (ق إ م إ)، حيث ترفع من المدعي الذي يطالب بإسقاط الحضانة عنه وإسنادها لغيره في مواجهة هذا الأخير الذي قد يطالب هو أيضا بإسناد الحضانة له أو رفضها، أي يعني دعوى التنازل عن الحضانة هي ذات وجهين، فالحاضن لما يطالب بإسقاط الحضانة عنه بالتنازل عنها يطالب من جهة أخرى بإسنادها لشخص آخر، فالحكم الصادر قد يكون مضمونه إسقاط الحضانة عن المدعي وإسنادها للمدعى عليه[3]، أو إلى شخص آخر يدخل في الخصام من مستحقي الحضانة وقد ترفض دعوى المدعي الرامية لإسقاط الحضانة عنه، فلا يتصور صدور حكم بإسقاط الحضانة عن المدعي مع عدم إسنادها لأي شخص آخر[3].

كما أن جمهور الفقهاء استقروا على أن الحضانة فيها ثلاثة حقوق: حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب، وأنه في حالة التعارض بين هذه الحقوق يقدم حق المحضون لمصلحته، حيث أنهم أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة إذا كان هناك بديل لها أما إذا وجدت حاضنة غيرها

---

[1]– نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص146.

[2]– مبروكة غضبان، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، 2017–2018، ص 116.

[3]– سليمان مانع وسمير العايب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الصديق بن يحي، جيجل،2017–2018، ص 33–34.

لكنها رفضت أو كان الأب فقيرا لا يستطيع دفع أجرة الحاضنة غير الأم هنا راعى فقهاء مصلحة المحضون حتى لا يتضرر بعدم الحضانة[1].

الفرع الثاني:

التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف

ويكون هذا التنازل كما يأتي بيانه:

أ- اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين:

يمكن أن يكون هذا الاتفاق بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية، أو بين أحد هؤلاء في مواجهة الآخر، كالخالة في مواجهة العمة، أو الأب الحاضن في مواجهة الجدة لأم، ليكون هذا الاتفاق مراعيا لمصلحة المحضون، فحسب ما ينص عليه القضاء الجزائري من خلال قضاء المحكمة العليا الذي جاء بأنه "يجوز لهم الاتفاق والقاضي يصادق على الشروط ولا يجوز الرجوع فيه، كما أيده مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1994/06/08".

ب- التنازل عن الحضانة مقابل الخلع:

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة من (ق أ ج)، إذ أنه لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطهما بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق، ولأن كلمة " **مال**" الواردة في المادة أعلاه تؤكد وتبين أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا، ومن ثم فكل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل للخلع، وللتأكد من ذلك فقد جاء في نص المادة 57 من (ق أج) على عدم إجازة الاستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية، مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين على الأولاد، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها، ولكن على حساب وكذا إهدار لمصلحة المحضون، وإجحافا لحقوقه لذلك كان من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق

[1]- أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، 2009، ص 50.

الطفل[1]. وبالتالي فإنه من غير المقبول أن يكون مقابل الخلع هو التنازل عن الحضانة، وذلك درءا للتلاعب بمصلحة المحضون التي تبنى عليه جميع الأحكام المتعلقة بالحضانة.

ج- الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

إن الاتفاق على التنازل عن الحضانة في حالة الطلاق بالتراضي يجب ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون، إذ لا يجب تغليب الاتفاق على مصلحة المحضون، وهنا نطبق نص المادة 106 من القانون الجزائري الذي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقده ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

كما أن قضاة المحكمة العليا أجازوا استئناف الحكم الناطق بالطلاق بالتراضي في جانبه المخل بالاتفاق الحاصل بين طرفي الطلاق، إذا كان الاتفاق على التنازل عن الحضانة في حالة الطلاق بالتراضي تثير نوعا ما إشكالا قبل التعديل الذي مس المادة 64 من (ق أ ج)، بموجب الأمر 05-02 كون الاتفاق يمس حقوق من لهم الأولوية في الحضانة على الأب، فإن هذا الإشكال لم يعد مطروحا بعد تعديل المادة حيث أصبح الأب يحتل مباشرة بعد الأم، لكن بطبيعة الحال مع مراعاة مصلحة المحضون، والتي قد تتعارض مع الاتفاق الحاصل بين الزوجين، وبالتالي لا يستجاب له[2].

المطلب الثاني:

الحالات الغير اختيارية

ونقصد بالسقوط في هذه الحالات الغير اختيارية هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة، والمنصوص عليها في المواد 66 وما يليها من (ق أ ج) والتي أدت إلى إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي. وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع (**الفرع الأول**)زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون، ومساكنة الحاضنة بالمحضون مع من

[1]- إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 177.

[2]- سليمان مانع وسمير العايب، مرجع سابق ص 41.

سقطت حضانتها **(الفرع الثاني)**، وفيما يخص **(الفرع الثالث)** انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

الفرع الأول:

زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون

تنص المادة 66 من (ق أ ج) على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..."، فزواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الاسلام، إذ منهم يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذا جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، واستندوا إليه لحديث روي عن أبي سلمه بن عبد الرحمان قال: "كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: "أنكحت فلانا فلانة"؟

" فقال: " نعم، فقال: "أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي وانكحي عم ولدك"، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو توجت بالغير، بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم[1].

أما الشافعية فقد وسعوا في السبب المسقط للحضانة وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، وقد ذهبوا واستندوا فيما إليه إلى الحديث الذي رواه أبو داوود في سنه، لقوله صلى

[1]– بلقاسم أعراب، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المقارن: دراسة تأصيلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد 04، ص 144.

الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[1]، فيقول الشافعي أن هذا الدليل لم يفصل وهو الظاهر."[2] أي لم يفصل بين الزواج بمحرم أو بغيره.

أما الظاهرية، فلم يأخذوا بهذا السبب أي الزواج الأم بغير قريب محرم مطلقا، ومن بين الحجج التي استندوا إليها ما روي عن أم سلمه أنها تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها[3].

كما أن هناك فريق آخر من الفقهاء قال بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، في بقائه مع أمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون، والقاضي هو من يقرر ذلك[4].

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال نص المادة 66 من (ق أ ج) أنه أخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم للمحضون، إلا أن المشرع الجزائري قيد هذا السقوط بمصلحة المحضون وترك السلطة للقاضي في تقدير هذه المصلحة[5].

ومن الاستثناءات الموجودة على سقوط الحضانة عن الأم بزواجها بغير قريب محرم وهي[6]:

1-عدم وجود من يحض المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون فيدار من ديار الحضانة، فتكون أمه أولى المحضون به رغم زواجها.

2-إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل، وعاجزا عن حضانته.

3-ألا ينزع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة.

4-أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض.

---

[1]- جمال الدين الزعيلي ويوسف عبد الله، نص الراية في أحاديث الهداية، ج3، ط1، الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 174.

[2]- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 148.

[3]- المرجع نفسه، ص147.

[4]- المرجع نفسه، ص 147.

[5]- المرجع نفسه، ص 104.

[6] محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 113.

الفرع الثاني:

مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها

لا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل بعد سقوط حضانتها بسبب الزواج، أما إذا استقلت بالسكنى كان لها حق الحضانة[1]، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من (ق أ ج) التي نصت على أنه: " تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "[2]. ذلك أن بقاء الصغير في بيت من يبغضه وينظر إليه شزرا، أو لا يعطف عليه يعرضه إلى الخوف والضرر، فينشأ في جو غير مرتاح وكذلك يؤثر هذا على أخلاقه وسلوكياته.

أما بالنسبة لشرط الإسلام فهو ليس شرطا لممارسة الحضانة، وذلك عند المالكية لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، وهذا ما أخذ به الأحناف لكن اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

فقال الحنفية: "يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة، أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه، كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير".

وقال الإمام مالك: " إن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خاف على المحضون من الحاضنة أعطى حق الرقابة لأحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد".

إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة، إلا أنهم اشترطوا ألا تكون مرتدة لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب أو تعود غلى الإسلام أو تموت في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، أما إن تابت عاد لها حق الحضانة[3].

---

[1]– فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون طبعة، جامعة السليمانية، العراق، 2003، ص 273، 274.

[2] – بدران أبو العينين بدران:"الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت 1976، ص 542–545.

[3]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014–2015، ص37.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكد في المادة 62 من (ق.أ.ج) السالف ذكره على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة[1].

ويتبين من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، حيث ساوى بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر في 13 مارس 1989 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إن خيف على دينه، وأن حضانة الذكر البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون"[2] .

الفرع الثالث:

انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي

اختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضن بالمحضون إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

التفريق بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسكن في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، فإذا كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت الحضانة.

وقد ذهبوا إلا أنها في سفر الانقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، في السفر لحاجة يشترط أن يكون الطريق آمنا والمكان المنتقل مأمونا بالنسبة للصغير[3].

وكما اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

- **الرأي الأول:** بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين وهو تحديد المالكية.
- **الرأي الثاني:** أنه لا فريق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 60.

[2]– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية، عدد1، 1994، ص72.

[3]– نور الدين أبو كية، مرجع سابق، ص 122.

- **الرأي الثالث:** تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.
- **الرأي الرابع:** إذا كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها. وهو قول الإمام أحمد[1].

فأغلب الفقهاء يرون أن التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن (ستة) برد ما يعادل

كلم مسقط للحضانة[2].

كما ورد في نص المادة 69 من (ق أ ج) على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عه، ومن هذا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"[3]، إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحضانة بالخارج كذا الزيارة وذلك لبعد المسافة، حيث نص القرار على أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه".

---

[1]– مرجع سابق، ص 122.

[2]– المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 5221، بتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1993، ص 48.

[3]–المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 210598، 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2008.

المطلب الثالث:

الآثار المترتبة عن اسقاط الحضانة

تعتبر مراعاة مصلحة المحضون إحدى صور حماية الطفل التي كرسها القانون الجزائري، فحتى في حالة سقوط الحضانة تبقى حقوقه قائمة ومضمونة. فإذن سنتطرق في مطلبنا هذا الآثار المترتبة عن اسقاط الحضانة بالنسبة للمحضون **(الفرع الأول)** والآثار المترتبة عن اسقاط بالنسبة للحاضن الحضانة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

بالنسبة للمحضون

- الحق المحضون في النفقة:

إن حق الطفل في النفقة يشتمل توفير الاحتياجات الأساسية التي تضمن نموه السليم، مع مراعاة التوازن بين مقدرة المنفق المالية واحتياجات الطفل الأساسية[1].

إذ يجب نفقة الطفل، وتوفير احتياجاته المتمثلة في الطعام والشراب واللباس والسكن، وهذا ما جاءت به المادة 78(ق، أ، ج)، ومن خلالها يتبين أن النفقة تشمل الأنواع التالية:

1-الطعام والشراب والغداء.

2-اللباس والكسوة.

3-المسكن الصالح أو أجرته على حسب يسار المنفق.

4-العلاج بالقدر المعروف.

5-الضروريات في العرف والعادة.

وهذه مشتملات النفقة الواجبة على من كان مسؤولا بالإنفاق، فجاءت المادة 75(ق أ ج): " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى السن الرشد والإناث إلى الدخول

[1]- سفيان محمود الخوالدة، الحماية الجزائرية للطفل في قانون العقوبات، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن- عمان- ، 2013م، ص 11.

وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

إذا فعلى الأب نفقة أولاده، إن لم يكن لهم مال، وإن كان غير قادر على النفقة وكان ذو عسرة، فإنه يكون من واجب الأم نفقتهم، إن كانت لها ذمة مالية وقادرة على النفقة فعليها ذلك، وهذا ما جاءت له المادة 76(ق أ ج)، إذ تكون نفقة الأب أو الأم على أولادهم بحسب القدرة والاستطاعة.

- حق المحضون في الزيارة:

لا يجوز لمن بيده حق الحضانة أن يتعسف في استعمال هذا الحق فنجد المشرع يقر بحق الزيارة مع الحضانة، ويراعي في ذلك مصلحة المحضون لاحتياجه لهذا الحق الذي يرفع في معنوياته ويحسن نفسيته.

فحق الزيارة ذو وجهين فهو حق الصغير في رؤية والديه سواء كانت الحاضنة للأم، فيحق له رؤية أباه وإذا كانت الحضانة في يد امرأة أخرى فيحق للصغير رؤية أمه وأباه، والوجه الآخر حق لحق الرؤية هو حق العاصب سواء كان الأب (أو الجد في حالة عدم وجود الأب) في رؤية الصغير[1].

- حق المحضون في الولاية:

جاء في نص المادة 134 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري أنه:" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار".

ومنه فقد عمد مشرعنا غلى تحليل الالتزام بالرقابة فبين علته ومصدره، فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره أو إما بسبب حالته العقلية أو الجسمية وبهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على إبنه القاصر ما بقي الإبن محتاجا إلى الرقابة، وكذلك هو نفس الشيء مع الطفل المحضون.

- حق المحضون في السكن:

[1]- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 50-51.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 72 من (ق أ ج) على أنه: في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

والملاحظ على نص المادة أعلاه أن المشرع لم ينص على مواصفات محددة في المسكن وقد اكتفى بالقول بأن يكون " **سكنا ملائما** " أي أن يكون مأوى يأوي كل من الحاضنة والمحضون.

- الحق في إسناد الحضانة:

إن إسقاط حق الحاضن في الحضانة وجب أن يرد من أصحاب الدرجات الأخرى فإذا قضت المحكمة بإسقاط حق الحضانة وجب أن تسندها إلى من رفع دعوى إسقاطها وفي كل الأحوال يراعي القاضي مصلحة المحضون[1].

الفرع الثاني:

بالنسبة للحاضن

- ضرورة رفع دعوى إسقاط الحضانة :

تعتبر الدعوى القضائية من بين أحد الوسائل التي يلجأ إليها الشخص من أجل المطالبة بحقه، وبما أن دعوى إسقاط الحضانة هي دعوى أصلية منفصلة عن دعوى الطلاق، لذا ترفع الدعوى بعد أن يستند حق حضانة الولد الأحد مستحقي الحضانة الواردين في المادة 64 من (ق أ ج)، حيث يمارس الحاضن مهنته على الوجه الذي أوجبه القانون إلى غاية الانقضاء الطبيعي حسب ما نصت عليه المادة 65 من (ق أ ج)، أما إذا خالف الحاضن التزاماته المتفق عليها أو توفر سفر سبب من أسباب سقوط الحضانة فإنه يفقد حقه في الحضانة مما يستوجب رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة، وهذا يرفع عريضة من صاحب المصلحة مبين أسباب دفع الطلب[2].

[1]– معنصري مريم، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، مذكرة ليسانس،2013/2012، ورقلة، ص 18.

[2]– عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأبحاث الإجتهادات القضائية والتشريعية، –دراسة مقارنة–، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012، ص 248.

- إسناد الولاية:

تنص المادة 87 من ق أ ج على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

المبحث الثاني:

تقدير القاضي حقوق الحاضنة والمحضون المترتبة عن اسقاط الحضانة

بعد انفصال الزوجين واسناد الحضانة لأحد الطرفين، وسقوطها عن الطرف الآخر، يترتب على ذلك آثار والتي بدورها هي حقوق للحاضنة والمحضون، والتزام للأب في أداء هذه الحقوق لهما، تحت ما يسمى بتوفير العنصر المادي الذي يتطلب تغطية الحاجات الضرورية التي تستدعيها ممارسة الحضانة على أكمل وجه، والتي تتم وفقا لتقدير القاضي الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف المادية والاجتماعية للأب.

فكان من الضروري التفصيل في هاته الحقوق من خلال ثلاثة مطالب مستقلة، فنخصص المطلب الأول في (تقدير القاضي أجرة الحاضنة ونفقة المحضون)، ثمّ المطلب الثاني في (تقدير القاضي حق السكن وبدل الايجار)، وأخيرا المطلب الثالث تحت عنوان (الإشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسقاط الحضانة).

المطلب الأول:

تقدير القاضي أجرة الحاضنة ونفقة المحضون

حدد الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة للمطلقة الحاضنة وابنها المحضون حقوقا ومستحقات مالية. ألا وهي أجرة الحاضنة ونفقة المحضون.

وتختلف أجرة الحاضنة عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدَّدُ لتغطية حاجيات الصغير، أما الأولى فتقدّم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طلبت ذلك[1].

فوفقا لتقدير قاضي المحكمة أجرة الحاضنة تَأخذها كمقابل لهذا العمل الشاق في رعاية ولدها، وتعبها عليه طيلة فترة الحضانة، ويقدمها لها الأب بعد اصدار القاضي حكم بقيمة المبلغ، بالمقابل أيضا يمتد واجب الأب نحو ابنه إلى تقديم النفقة له.

وبناءً على هذا سنتناول أجرة الحاضنة في (الفرع الأول)، تليها نفقة المحضون في (الفرع الثاني) مع الاستشهاد بالاجتهادات القضائية الخاصة بهذا الموضوع[2].

الفرع الأول:

أجـرة الحـاضنـة

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري، قبل وبعد التعديل لم نجد ما نص عليه المشرع حول أجرة الحاضنة، وبالتالي مما يتعين على القاضي ولزاما عليه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج، وبعد اجتهاده في هذا الامر يقدّر حينها الأجرة لها.

فكقاعدة عامة أجرة الحاضنة لا تتم في فترة العدة لأنها مازالت في حكم الزوجية، لذلك ينفق طليقها عليها وعلى ابناءها منها، وتتم فقط إذا وقع الطلاق بائنا، هناك يصبح الاب ملزم على دفع أجرة الحضانة للأم إذا طالبته بها امام القاضي عِوَضًا على عملها المتمثل في رعاية صغيرها المحضون.

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص 125.

فلقد عَرفَ الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحضانة، وفرق فيها بينما إذا كانت الدائنة بها هي الأم، او غير الأم.

فإذا كانت الحاضنة غير الام، فالمجمع عليه هنا انها تستحق اجرة الحضانة، أمّا إذا كانت الحاضنة هي الأم، فهذه الحالة لها أهميتها في الجانب القانوني أكثر من العملي القضائي؛ لأنه نادرا ما تطلب الأمهات أجرة على العناية بأولادهن، وهنا ثار الخلاف[1].

ذهب الحنفية إلى قول أنّ "أجرة الحضانة ثابتة للحاضنة، سواء كانت أمّا أو غيرها"[2]، لكن لها طلبها إلا بعد الطلاق وبعد انتهاء العدّة[3].

أما الشافعية والحنابلة أقرّوا للأم أجرة مقابل حضانة أولادها في جميع الحالات، وهذه الأجرة تُؤخذ من مال المحضون إن كان له مال، أو تقع على عاتق المكلف بنفقته[4].

إلّا أنّ المالكية اختلفوا وكان لهم رأي آخر فقالوا: "ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أمّا أو غيرها"[5]، لأنّ المقرر عندهم أنّ الحضانة حق للحاضن، ولهذا لا تستحق أجرا نظير الحضانة[6]، فإنها لو كانت فقيرة ولولدها مال، فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها لا للحضانة[7].

وعليه نجد أنّ الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في هذه المسألة.

إلا أنّنا يمكن أن نرجّح أنه أخذ برأي الحنفية في أنها يقدرها لها القاضي بناءً على طلب منها، وبعد طلاقها وانتهاء عدّتها.

لأن أجرة الحضانة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة، بل أيضا للمحضون، لأنّ حصول الحاضنة على مقابل ما تقدّمه فيه تحفيز على القيام بهده المهمة على أحسن وجه، وبالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي، خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل ينفعه إلى

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص 125.

[2]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 527.

[3]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص 126.

[4]–المرجع نفسه، ص 125.

[5]–عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 126.

[6]– أحمد نصر الجندي، النفقات...، مرجع سابق، ص 160.

[7]– سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، 2010/03/15، ص 151.

الاحجام عن القيام بهذا العمل[1]، وفي هذا ضرر بالمحضون، والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره[2].

وبالتالي يؤدي أجرة الحضانة المكلف بنفقة المحضون، وفقا لتقدير قاضي المحكمة الذي يُؤخذ بعين الاعتبار الظروف المادية والاجتماعية لكل حالة[3].

إضافة إلى أجرة الحاضنة، تستحق الأم أجرة الرضاع، والتي بدورها أيضا لم ينص عليها المشرع الجزائري، لكنها جاءت في قول الله تعالى: (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فآتوهُنّ أجورهُنَّ)[4].

واتفق أيضا الفقهاء على استحقاق المطلقة الأجر على رضاع ولدها مدّة عامين كاملين، سواء كان الطلاق بائنا او رجعيا[5].

فبناءً على هذا، إذا حدث وطلبت الأم أجرة الرضاع، فإنّ القاضي عليه أن يستجيب لطلبها[6]، اعتمادا على نص الآية الكريمة السابق، وأيضا قوله تعالى: (والوَالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)[7].

وهذا تماما ما عمل به القضاء في القرار الصادر بتاريخ 1991/04/23:" من المقرر شرعا أنّ مدّة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ومن ثمّ فإنّ النعي عن القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه "[8].

---

[1]– مباركة حشود، الحقوق المالية للزوجة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2022/2021، ص 127.

[2]– زكية حميدو، مرجع سابق، 127.

[3]– بهية زغبة، ضمانات حق الحاضنة فقها وقانونا، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016، ص 07.

[4]– سورة الطلاق، الآية 06.

[5]– مباركة حشود، مرجع سابق، ص 51.

[6]– المرجع نفسه، ص 50.

[7]– سورة البقرة، الآية 237.

[8]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 71727، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 47.

الفرع الثاني:

نفقة المحضون

من بين أهم الحقوق الثابتة للولد حق النفقة[1]، فقد ورد في المادة 75 من ق أ ج ما يفيد نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال، وتستمر بالنسبة للذكر سن الرشد وبالنسبة للأنثى إلى الدخول بها، كما تبقى مستمرة في حالة ما إذا كان الولد عاجز عن الكسب لآفة عقلية، أو بدنية، أو كان يزاول الدراسة، وتسقط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب[2].

في حين أكد الاجتهاد القضائي في احدى قراراته على أنه "يقصد بالدراسة التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية حسب التنظيم المعمول به في كل طور، والمرتبط بسن التمدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد "[3].

أما بخصوص البنت كما هو مذكور أنّ نفقتها الواجبة على أباها، تبقى مستمرة إلى غاية زواجها والدخول بها، وهذا الذي ذهب إليه القضاء في اجتهاده والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنّ الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ القضاة لمّا قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه فيحكمهم، مع أنّ نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة"[4].

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حس آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 380.

[2]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

[3]– قرار رقم 0997381، الصادر بتاريخ 2016/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2016، ص232.

[4]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 218736، بتاريخ 1999/12/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، وهذا نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، ج 3، ص 1101.

نرى أيضا اجتهاد آخر من المحكمة العليا بخصوص نفقة الولد العاجز عن الكسب والذي يعاني من آفة عقلية وبدنية، والذي بدوره يتقاضى منحة المعوقين، فقضى له القاضي بحقه في النفقة أيضا لأن المنحة التي يتقاضها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته[1].

وفي حال كان الأب غير قادر على الإنفاق فإنّ النفقة تنتقل إلى الأم بشرط أن تكون قادرة على ذلك، وأن يكون لها كسب خاص، حسب ما جاء في المادة 76[2] من ق أ ج، لكن قبل هذا يجب على القاضي مراعاة حال الطرفين، وهذا ما نراه في اجتهاد آخر للمحكمة العليا حيث جاء في مبدأه: "من المقرر قانونا أنّه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش.

ولمّا كان ثابتا في قضية الحال، أنّ القرار المطعون فيه أيّد الحكم المستأنف الذي قدّر النفقة حسب حال الطرفين، وأجاب على أنّ النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون، وأنّ عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن امضاء الشاهدين، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون"[3].

ويلاحظ من مضمون المادة 76 ق أ، أنّه في حال عجز الأب عن تسديد النفقة لابنه أو كان فقيرا لا يكسب شيئ للإنفاق عليه، تأتي الأم بدورها إذا كانت عاملة ولديها دخل مادي فيصبح الانفاق على عاتقها، وتأخذ مكان الأب سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة، ذلك حسب تقدير القاضي.

إلا أنّه في حال تماطل أو امتناع الأب عن الانفاق، يجوز لمن له حضانة الحق في المطالبة بنفقته أمام القضاء، ويصدر في حقه حكم قضائي يجبره على دفع النفقة لأبنائه، وهذا راجع إلى ارتباط هذا الحق بالحضانة، حيث لا تستطيع الحاضنة ممارسة مهامها دون التزام الأب بتوفير ما يحتاج إليه المحضون[4].

---

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/01/17، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 198.

[2]– تنص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، في حال عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك.

[3]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 216886، بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 203.

[4]– حياة مغاري، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2021، ص157.

ما يُؤخذ على هذا القانون، أنّه لم يبين في هذه الحالة ما إذا كانت نفقة الأم تصير دينا على الزوج يجب الوفاء به لاحقا عندما يتيسر ذلك، فعبارة العجز غير واضحة، فربما أصابه إفلاس أو مرض أو نحو ذلك[1].

هذا ونصت المادة 77 من نفس القانون على أنه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث "، لنجد قرار المحكمة العليا حول هذا الخصوص والذي جاء فيه:

" لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما لها دخل "[2].

بمعنى أنّه لا تنتقل نفقة الأم على الأولاد إلى الجد ما دامت الأم أقرب درجة من الجد.

لينتقل القاضي إلى تقدير مشتملات النفقة للأولاد والذي نصّ عليها المشرع في المادة 78 ق أ على أنّه:

" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"

وإذا كان هذا النص واضحا ولا يحتاج إلى شرح أو تحليل، فإنه يجب على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للولد، أن يضع نصب عينيه كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة[3].

فجاء في القرار الصادر بتاريخ 1991/05/21 ما يلي: " إنّ تحديد نفقات العدّة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خوّلها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك".

[1]– حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، جانفي 2022، ص 27.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 390381، بتاريخ 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 295.

[3]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 227.

حيث وبالوقوف عند كلمة " من الضروريات في العرف والعادة " هنا تبرز لنا مدى السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات كل منطقة وأعرافها.

وهذا يفرض على القاضي أن يكون باحثا اجتماعيا واقتصاديا، بمعنى أن يكون على اطّلاع لمعرفة المتغيرات الواقعة، بالإضافة إلى احترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة خاصة المواد 74 إلى 80، وكذا بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري طبقا لما نصت عليه المادة 222 منه، وهذا بقصد الوصول إلى تقدير سوي وفق ميزان عادل[1].

كما تبرز سلطة القاضي أيضا في الحكم الخاص بالمادة 80 من قانون الأسرة، التي نصت على:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

وبناءً على هذا نجد القرار الصادر بتاريخ 1990/04/16 الذي قضى بما يلي:" من المقرر أنّه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية "[2].

أما بالنسبة لمسألة إعادة النظر في النفقة، فالأسس التي يعتمد عليها القاضي غير ثابتة، فهي تتغيّر حسب الظروف المعيشية للطرفين، ولا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها[3].

[1]– حفيظة فضلة، مرجع سابق، ص 28.

[2]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 59967، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 428.

[3]– حياة مغاري، مرجع سابق، ص 158.

المطلب الثاني:

تقدير القاضي حق السكن وبدل الإيجار

تظهر سلطة القاضي في تأكدّه من أن تتم الحضانة في أحسن الظروف، ويتحقق ذلك بتوفير سكن لممارستها، حتى يكون المحضون في مكان يقيه من التشرّد والضياع[1].

لذلك يعتبر الحق في السكن حقا مضمونا دستوريا، وحتى الولد المسندة حضانته للمرأة الحاضنة يتمتع أيضا بهذا الحق، لكن بمقتضى نص خاص وهو نص المادة 72 من قانون الاسرة[2]، النص الوحيد الذي جاء منظما لمسألة مسكن ممارسة الحضانة، وفي مقابل ذلك في حال عجز الأب عن توفير المسكن، كان لزاما عليه بدفع بدل الإيجار.

وحسب هذا سيتم التطرق في (الفرع الأول) لـ سكن ممارسة الحضانة، ثم في (الفرع الثاني) أجرة السكن.

الفرع الأول:

سكن ممارسة الحضانة

إنّ للقاضي السلطة التقديرية في الفصل في مسألة مسكن ممارسة الحضانة عند المطالبة به من حيث وضعيته، والاستعجال في الحكم به، وكذا تقديره[3].

ليتدخّل القاضي في تحديد مسؤولية توفير السكن الخاص بالحضانة على الأب، كما أشارت المادة 72 من ق أ على: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضانة سكنا ملائما

[1]– عادل عيساوي، مرجع سابق، ص 175.

[2]– أم الخير بوقرة، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 1، 2019، ص 68.

[3]– مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 416.

للحضانة ..."، حيث جاءت هذه المادة كتعديل للمادة السابقة والتي كانت تنص على: " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلّا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذّر فعليه أجرته".

وأيضا لإزالة الغموض الذي كان يتعلق بشرط المحضونين[1] في المادة 52 من نفس القانون قبل التعديل:" وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقّها في السّكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا "

ولإمكانية الحكم للحاضنة بمسكن، لابدّ من توفير جملة من الشروط حددها المشرع الجزائري بما يلي:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها مع إسناد الحضانة لها.
- أن تكون الحاضنة أم المحضون.
- أن يملك الأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لممارسة حضانة الأولاد، وإذا لم يكن له مسكن فما عليه إلّا بدفع إيجاره[2]، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/11/25.

لينتقل تقدير القاضي في مدى ملاءمة هذا المسكن لكي تستطيع الحاضنة ممارسة حضانة ابنها فيه دون أي مشاكل، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا حيث جاء في احدى قراراتها الصادرة بتاريخ 2022/01/05 ما يلي:" يخضع تقدير ملاءمة المسكن المخصص لممارسة الحضانة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[3].

والمقصود بكلمة ملائما التي جاء بها المشرع في المادة 72 السالفة الذكر، عدم الإضرار بالمحضون كأن يتواجد في مكان معزول، أو تكون البناية غير صحيحة[4]. وأن يكون مهيأ لكافة اللوازم الضرورية لظروف العيش[1].

---

[1]– فاطمة وضّاح وقماري نضرة بن ددوش، دراسة تحليلية لنص المادة 72 من قانون الأسرة، مجلة الأسرة والمجتمع، العدد 1، 2019، ص 136.

[2]– حياة مغاري، مرجع سابق، ص 159.

[3]–المحكمة العليا، غ ش أ، ملف رقم 1476011، بتاريخ 2022/01/05، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2022، ص 57.

[4]– فوزية زكري ومريم عميور، مرجع سابق، ص 95.

حيث احتوى هذا المصطلح على الكثير من الغموض، إذ أنه يفتح المجال للأم الحاضنة في مدى ملاءمة مسكن ممارسة الحضانة تحت رقابة القضاء، خاصة وأنه يحتاج إلى العديد من المستلزمات والنفقات التي تلحقه، وبالتالي فإن المشرع لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في مسكن ممارسة الحضانة[2].

ويكون سكنا مناسبا للحضانة إذا زُوّد بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استفاء الغرض المرصود له، ولا يتصور إلزام الحاضنة ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة، وإلّا كانت الحضانة عبئا كبيرا على بعض الحاضنات.

وللحاضنة إذا رفض الأب القيام بهذا الالتزام، أن تقوم هي بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة واستفاء الثمن من الأب عملا بالقواعد العامة، وإقامة دعوى ضدّه لطلب إلزامه بتنفيذ التزامه عينا[3].

وأيضا تقدير القاضي في أن يكون مسكن ممارسة الحضانة مستقلا، ويترك له تقدير مدى استقلاليته ومناسبته للمحضون والحاضنة، ويراد من استقلالية المسكن، مراعاة مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه اسكانه في مكان آمن، وبين جيران صالحين.

وفي حال رفض الحاضنة المسكن المهيأ لها، لابدّ أن يكون لهذا الرفض ما يبرّره، وعليه إذا قام الأب بتوفير بدل الإيجار فهل يجب عليه أن يتقيّد بشروط السكن؟ ليس في نص المادة 72 إجابة على هذا التساؤل، وعليه فالمشرع مطالب باستدراك هذا النقص[4].

الفرع الثاني:

أجـرة السـكن

[1]– حياة مغاري، مرجع سابق، ص 159.

[2]– فاطمة وضّاح وقماري نضرة بن ددوش، مرجع سابق، ص 134.

[3]– جمال مقراني، مرجع سابق، ص88

[4]– المرجع نفسه، ص 89.

ذهب قضاء شؤون الأسرة إلى تكريس مبدأ مفاده:" للحاضنة الحق في بدل الإيجار، إذا كان السكن الموفّر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة "[1].

وهذا حرصا منه على مصلحة المحضون، فمن التزامات الأب نحو المحضون أن يوفر له المسكن، وهذا هو الأصل إذ يقع عليه تنفيذ الالتزام عينا، غير أنّه إذا تعذّر ذلك بأن أصبح في توفير المسكن إرهاقا له، التزم بأجرة مسكن الحضانة باعتبارها من عناصر النفقة الواجبة للولد[2].

بغض النظر عمّا إذا لم يبد الأب أي استعداد طيلة إجراءات الدعوى بتوفير لسكن الملائم لممارسة الحضانة فهنا يمكن للقاضي أن يحكم له ببدل الإيجار دون الحكم بتوفير مسكن لممارسة الحضانة"[3] وهذا ما اتخذته المحكمة العليا كمبدأ في أحد قراراتها.

فينسحب نفس المبدأ ليصل إلى بقاء الأب ملزما بتوفير السكن أو دفع بدل إيجاره حتى لو كان للأم سكن[4] وهذا ما تم الاعتماد عليه في احدى قرارات المحكمة العليا:" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن "[5].

ويبقى هذا الواجب ملقى على عاتق الأب حتى لو كانت الأم عاملة[6]، وهو ما تبناه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/04/21 بقوله:" ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدّها رغم أنّها عاملة لكون أنّ أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من ق أ طبّقوا صحيح القانون"[7]

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0729230، بتاريخ 2013/03/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013، ص 276.

[2]– أم الخير بوقرّة، مرجع سابق، ص69.

[3]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0937015، بتاريخ 2016/01/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2016،

[4]– عادل عيساوي، مرجع سابق، ص 176.

[5]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 278072، بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، العدد 1، ص 278.

[6]– عيساوي عادل، مرجع سابق

[7]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 189260، بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 213.

فنظرا للطابع الاستعجالي لأجرة مسكن الحضانة، فإن القاضي المختص يكون ملزما بالبث وبموجب أمر ولائي، في طلب الحاضنة خلال أجل أقصاه خمسة أيام، تسري من خلال تلقيه الطلب، على أن يبلغه عن طريق أمانة الضبط، إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة لوزارة التضامن الوطني، وذلك خلال أجل أقصاه 48 ساعة، تسري من تاريخ صدوره.

فيفصل نفس القاضي في هذا الاشكال بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه 3 أيام بحيث لا يقبل الطعن أبدا[1].

المطلب الثالث:

الإشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسقاط الحضانة

إنّ القاضي من خلال قانون الأسرة الذي يشكل الإطار القانوني المنظّم للمسائل المتعلقة بالحضانة، قد أوجد إشكالات عملية، نتيجة الثغرات والفراغات التشريعية في تنظيم بعض المسائل ومنها مسألة زيارة المحضون، وهو ما يظهر عند تنفيذ الأحكام المتعلقة بهذا الشأن، ليحدث ما يسمّى باختلالات بين النص القانوني والحكم القضائي، والتنفيذ الميداني للأحكام القانونية[2].

ومن خلال هذا تم التطرق في (الفرع الأول) إلى رفض الحضون مقابلة المحضون له.

[1]– أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 80.

[2]– فواز لجلط، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 8، جوان 2017، ص 112–113

الفرع الأوّل:

رفض المحضون مقابلة المحضون له

أقرَّ المشرّع الجزائري بحق الزيارة في المادة 64 ق أ ج بقوله:" ... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

فلا يجوز لمن بيده حق الحضانة أن يتعسّف في استعمال هذا الحق، لأن كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد، فإذا أسندت الحضانة للأم تجدها كثيرا ما تتعسّف في منع الأب من زيارة أبناءه بصورة اعتيادية فتمنعهم من رؤيته، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[1].

خاصة وأن الأهميّة البالغة للزيارة في توطيد علاقة المحضون بزائره كبيرة جدّا، وأنّ عكس هذا فيه إضرار بمصلحة المحضون.

فزيارة الأب أو الأم لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق، أو تقيد، أو مراقبة[2].

فنجد تكريس هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا الصادر ب 1990/04/30 والذي ذهب إلى:" من المستقر عليه فقها وقضاءً أنّ حق الشخص لا يقيد إلّا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكلّ منهما وعلى من كان عنده الولد أن يُسَهِّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقيّد أو مراقبة فالشرع القانون لا يبني الأشياء على التخوّف بل على الحق وحده، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون.

[1]– سليمة بجقينة ومريم بوجملين، مرجع سابق، ص 34.

[2]– نظيرة بومالة، مداخلة بعنوان " أحكام الحضانة والاشكالات المتعلقة بها "، مركز البحوث القانونية والقضائية، 2023/05/30، ص 13.

ولمّا كان من الثابت–في قضية الحال–أنّ المجلس القضائي لمّا قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط ألّا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيّد حريّة الأشخاص وخالف القانون والشرع.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

والمعلوم أنّ الأم هي غالبا من تفوز بحضانة ولدها كونها الأولى درجة في الترتيب، لذلك نجد هذا الاشكال يحدث مع الأمهات بالأكثر وعلى الأب اثبات هذه الواقعة بالاستعانة بمحضر قضائي، لكن الاشكال الذي يثور دائما هو أنّ حق الزيارة غالبا كما يكون في أيام العطل[2]، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري أنّ حق الزيارة يُمنح في العطل الأسبوعية أو الموسمية والأعياد أو المناسبات الدينية والوطنية[3]، وعليه يتعيّن من المطلّق احضار أمر قضائي لأن المسألة متعلقة بالعمل خارج أوقات العمل، وهذا قبل يوم العطلة، فالمطلقة تلتزم بطبيعة الحال لأنّ الأمر متعلّق بمتابعة قضائية، إلّا أنّها تعاود الكرّة في حالة عدم وجود أمر، ويبقى الحال كما هو عليه، وما ينجر عليه من ارهاق للمطلّق ناهيك عن عدم ذهاب الأولاد مع أبيهم وهذا بإيعاز من أمّهم[4].

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد 1، ص 55،

[2]– فؤاد لجلط، مرجع سابق، ص 114.

[3]– عبد الرحمان بشيري وراضية عميور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، عدد 2، جوان 2021، ص 866.

[4]– فؤاد لجلط، مرجع سابق، ص 114.

ملخص الفصل الثاني

نستخلص مما سبق عرضه أن لسقوط الحضانة حالتين : سقوط اختياري وسقوط غير اختياري، فالسقوط الاختياري يكون بإرادة الحاضن وبدون سبب يستحق ذلك، والذي هو بدوره ينجم عنه صورتان: التنازل بالإرادة المنفردة أي الصريح والذي يكون برغبته لذلك حقه لا يعود إليه حتى ولو طلبه قضائيا أما الصورة الثانية للتنازل تتمثل في التنازل باتفاق الأطراف أي ذلك التنازل الذي يكون ضمنيا بحيث يكون إما بالتنازل عنها مقابل الخلع أو في الطلاق بالتراضي ، فتقوم بفعل يوحي أنها لا تريد حضانة الصغير كأن تتزوج بغير قريب محرم عن المحضون، أو مساكنة المحضون مع من سقطت حضانته.

ثم نرى بعد أن يحكم القاضي بسقوط الحضانة عن أحد الطرفين وإسنادها للطرف الآخر، كأن تسقط عن الأب في أغلب الأحيان فيترتب عليه إلزاما أداء بعض الحقوق لطليقته وابنه فيحكم القاضي بالنفقة للمحضون وللحاضنة أجرة لحضانتها إذا طلبت ذلك كمقابل لأعباء رعايتها لابنها

ثم يقدر القاضي حق السكن لممارسة الحضانة أو في حال تعذر ذلك يلزم الأب بدفع أجرته.

ورأينا أنه يمكن أن تعترض بعض الإشكالات تنفيذ الحكم المتعلق بإسقاط الحضانة تحت مسمى رفض المحضون للمحضون له والتي يمكن أن تكون في تعسف المرأة في استعمال حق الزيارة وترفض زيارة الأب لابنه ورؤيته.

الخاتمة

الخاتمة

تعتبر قضايا الحضانة أكثر المواضيع مواجهة أمام القضاء، وهذا باعتبارها مسائل تبعية لدعاوى الطلاق، وعلى هذا الشأن قمنا بالدراسة والتعمّق لنصل بأن الاجتهاد القضائي كان دائما يحاول في تبيين مصلحة المحضون وفقا لما جاء في النص التشريعي الذي خوّل من خلاله المشرع للقاضي السلطة الواسعة في هذه المسألة، وبالتالي يقع العبئ الكبير على القضاء للفصل في القضايا المثارة حوله والاجتهاد فيها للوصول إلى حلول مناسبة مسايرة لتطورات المجتمع.

ومن هذا المنطلق نستخلص مجموعة من النتائج وهي:

1- إحالة قاضي شؤون الاسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى قواعد الشريعة الإسلامية، يسهّل المهمة على القاضي.

2- اهمال المشرع لشروط الحاضنين وعدم ضبطها لتحديد من يستحقها، وترك السلطة التقديرية للقاضي في ذلك بالرغم من عدم إعطائه معايير يمكن اتباعها لتحقيق مصلحة المحضون، مما يجعله في حرج عند الفصل في الموضوع.

3- يظهر التناقض في قرارات المحكمة العليا بشأن الأمانة أو الدين، حيث كانت الحضانة تسقط عن الأم الزانية، إلّا أنّها أصبحت تبقيها على اعتبار مصلحة المحضون.

4- المشرع لم يجعل من تراتبية أصحاب الحق في الحضانة الزاميا للقاضي، ولم يجعلها من النظام العام، وجعل المعيار الضابط لإسناد الحضانة في كل الأحوال هو النظر في مصلحة المحضون.

5- نص المشرع الجزائري على أنه يجب أن يكون مسكن ممارسة الحضانة ملائما، لكنه لم يوضح المقصود بملائمته أو شروط أو معايير تحدد مدى ملائمته.

ومن خلال النتائج المتوصّل إليها أعلاه نذهب إلى التوصيات المتمثلة في:

- إقامة دورات تكوينية خاصّة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.
- إعادة النّظر في أحكام قانون الأسرة، وخاصة المواد الخاصة بالحضانة لجعلها أكثر وضوحا وشمولا، وسد الثغرات الموجودة فيه.

- تقييد سلطة القاضي في اسناد الحضانة للأم في حال ارتكابها لجريمة الزنا، واسقاطها عنها مباشرة متى ثبت عليها ارتكاب هذه الجريمة، لأن مصلحة المحضون الأسمى تقتضي تربيته بعيدا عن أمه الزانية.
- تحديد معايير وشروط خاصة بمدى ملاءمة مسكن ممارسة الحضانة، لسد النقص والفراغ

القانوني في هذا الامر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1- قائمة المصادر

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: القوانين

قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-08 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فيفري 2005.

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق ل 25 فيفري 2008.

2- قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، مطبعة دار الفكر، بيروت،1421هـ.
2. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، باب النور، فصل الحاء، دار صادر، بيروت.
3. أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 04، ط 01، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
4. أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات

الحضانة الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، مصر،2019.

5. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
6. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
7. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
8. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت 1976.
9. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج3، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، دون سنة نشر.
10. جمال الدين الزعيلي ويوسف عبد الله، نص الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج3، ط1، الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، مؤسسة الريان، لبنان،1999.
11. سفيان محمود الخوالدة، الحماية الجزائية للطفل في قانون العقوبات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ط1، 2013.
12. شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، المطبعة البهية المصرية، 1317هـ.
13. صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، 2021.
14. عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، ط 9، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2001.
15. عبد الرّحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
16. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر،1989.

17. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأبحاث الإجتهادات القضائية والتشريعية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012.
18. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حس آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
19. عبد القادر بن حرز الله، رؤية المحضون، ط 01، دون دار نشر، الإسكندرية، 2011.
20. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة (بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر،2006.
21. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
22. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
23. عثمان الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ط 01، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، دون سنة نشر.
24. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
25. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية، ج1 (الزواج والطلاق)، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
26. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون طبعة، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السليمانية، العراق، 2003.
27. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
28. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

29. ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، 1997.
30. منير تيطراوي، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المسيلة، 2019/2018.
31. نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر،2013.
32. وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000.

ثانيا: المذكرات والرسائل

- **مذكرات الماجستير**

1. أمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2012/2011.
2. إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015
3. دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008.
4. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.

5. صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
6. طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2011.
7. عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2000.

- **أطروحات الدكتوراه**

1. أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
2. إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج الطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
3. مبروكة غضبان، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، 2017-2018.

- **مذكرات الماستر**

1. أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014-2015، ص 37.

2. ايمان بوقرة، ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2015.
3. ايناس داود، صورية بوفنش، إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، 2020/2019.
4. بهية زغبة، ضمانات حق الحاضنة فقها وقانونا، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016.
5. حورية عزايز وفاطمة باهي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017.
6. سليمان مانع وسمير العايب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الصديق بن يحي، جيجل،2017-2018.
7. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة الحصول على شهادة الماجيستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 1424هـ/2003م.
8. فاطمة عينار وليدية مساوي، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمر، تيزي وزو، 2012/10/22.
9. مباركة حشود، الحقوق المالية للزوجة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2022/2021.

10. محمد شمروك، مراد مصمودي وعدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008.

11. مريم معنصري، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة استكمال متطلبات نيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012.

12. منير تيطراوي، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المسيلة، 2019/2018.

المجلات

1. أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الاستاد الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر، 2018.
2. أم الخير بوقرة، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 1، 2019.
3. بلقاسم أعراب، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1994.
4. بوبكر خلف، مصلحة المحضون: دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جوان 2016.
5. جمال مقراني، إشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، العدد 1، 2017.

6. حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، جانفي 2022.
7. حياة مغاري، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2021.
8. سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، 2010/03/15.
9. صالح حمليل، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة النفقة والقانون، عدد 19، 2014.
10. عادل عيساوي، السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 4، 2020.
11. فاطمة وضّاح وقماري نضرة بن ددوش، دراسة تحليلية لنص المادة 72 من قانون الأسرة، مجلة الأسرة والمجتمع، العدد 1، 2019.
12. كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد2، 31 ديسمبر 2017.
13. نذير عبد الكريم، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 4، ديسمبر 2021.

المداخلات

01. بومالة نظيرة، أحكام الحضانة والشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية، 30 ماي 2023، ص13.

قرارات المحكمة العليا

1. المحكمةالعليا، غ أ ش، رقم الملف غير موجود، بتاريخ 1969/05/29، نشرة القضاة، أكتوبر/ ديسمبر، 1970.
2. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287، بتاريخ 1979/04/16، نشرة القضاة، العدد 2، 1981.
3. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 26225 بتاريخ 1981/12/14، غير منشور.
4. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 26503 بتاريخ 1982/01/11، نشرة القضاة،1982، عدد خاص
5. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 31997، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، العدد 1، 1989.
6. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 1، 1989.
7. المحكمة العليا، غ أ ش، ملفرقم 40438، بتاريخ 1986/05/05، المجلة القضائية، العدد 2، 1989.
8. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 50011، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، العدد 2، 1991.
9. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 5221، بتاريخ 13-03-1989، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 1993.
10. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 71727، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 2، 1993.
11. المحكمة العليا، غ أ ش. ملف رقم، 726002، بتاريخ 1991/05/21، نشرة القضاة، 1995.
12. المحكمة العليا غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية، عدد1، 1994.
13. قرار رقم 15364، الصادر بتاريخ 1997/02/18، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 1997.

14. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 171684، بتاريخ 1997/09/30، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.
15. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/02/17، عدد خاص، 2001.
16. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 52221، بتاريخ 1998/03/13، المجلة القضائية، العدد 1، 1993.
17. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 189260، بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.
18. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 216886، بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.
19. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 218736، بتاريخ 1999/12/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.
20. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 278072، بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، العدد 1.
21. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 368395، بتاريخ 2006/06/04.
22. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم540، بتاريخ 2006/06/14، قرار غير منشور
23. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 372292، بتاريخ 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2007.
24. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 390381، بتاريخ 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008.
25. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 564787، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010.
26. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012.

27. قرار رقم 0997381، الصادر بتاريخ 2016/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2016.
28. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/01/17، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.
29. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 59967، غير منشور.
30. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1476011، بتاريخ 2022/01/05، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2022.
31. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0729230، بتاريخ 2013/03/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013.
32. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0937015، بتاريخ 2016/01/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2016.

الروابط الالكترونية

1. shamela.ws/book/9849://http

المراجع الأجنبية

1. La garde n’est rien d’autre qu’une des modalités de la tutelle sur la personne, dont elle constitue, en réalité, un démembrement " . Voir, Rachid SABBAGH, L’évolution de Droit de Gard dans les pays du Maghreb, R. T. D.

الفهرس

الشكر والعرفان

الإهداء

مقدمة .....أ، ب، ت، ث، ج، ح

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة

المبحث الأول:الإطار المفاهيمي لإسناد الحضانة..... 10

المطلب الأول:تعريف الحضانة 10

الفرع الأول:تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي 11

الفرع الثاني:تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 12

المطلب الثاني:شروط اسناد الحضانة..... 15

الفرع الأول:الشروط العامة لإسناد الحضانة..... 16

الفرع الثاني:الشروط الخاصة بالنساء 19

الفرع الثالث:الشروط الخاصة بالرجال 22

المطلب الثالث:ترتيب مستحقي الحضانة 24

الفرع الأول:ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي..... 25

الفرع الثاني:ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري 28

المبحث الثاني: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة 31

المطلب الأول:مفهوم مصلحة المحضون 32

الفرع الأول:تعريف مصلحة المحضون 32

الفرع الثاني:ضوابط ومعايير مصلحة المحضون 34

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد مصلحة المحضون 36
الفرع الأول: التحقيق والمعاينة 37
الفرع الثاني:دور النيابة العامة:..... 38
المطلب الثالث:الإشكالات العملية التي تعترض تنفيد الحكم المتعلق بإسناد الحضانة..... 40
الفرع الأول: رفض المحضون للانتقال إلى من أسندت إليه الحضانة 40
الفرع الثاني: موقف اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفل من رفض المحضون لانتقال العيش لمن اسندت إليه الحضانة 41
ملخص الفصل الأول..... 42

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في اسقاط الحضانة

المبحث الأول:حالات إسقاط الحضانة..... 44
المطلب الأول:الحالات الاختيارية 44
الفرع الأول:التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة 44
الفرع الثاني:التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف..... 45
المطلب الثاني:الحالات الغير اختيارية..... 47
الفرع الأول:زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون 47
الفرع الثاني:مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها..... 49
الفرع الثالث:انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي..... 50
المطلب الثالث:الآثار المترتبة عن اسقاط الحضانة 51
الفرع الأول:بالنسبة للمحضون..... 52
الفرع الثاني:بالنسبة للحاضن 54

المبحث الثاني:تقدير القاضي حقوق الحاضنة والمحضون المترتبة عن اسقاط الحضانة 54
المطلب الأول:تقدير القاضي أجرة الحاضنة ونفقة المحضون..... 55
الفرع الأول:أجرة الحاضنة 55
الفرع الثاني:نفقة المحضون..... 58
المطلب الثاني:تقدير القاضي حق السكن وبدل الإيجار 61
الفرع الأول:سكن ممارسة الحضانة..... 62
الفرع الثاني:أجرة السكن 64
المطلب الثالث:الإشكالات العملية التي تعترض تنفيذ الحكم المتعلق بإسقاط الحضانة 65
الفرع الأوّل:رفض المحضون مقابلة المحضون له..... 66
ملخص الفصل الثاني..... 68

الخاتمة..... 70