

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

الدكتورة: عتيق نظيرة

من تقديم الطالب(ة):

\* بوسحابة مريم

\* بولخصايم هدى

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ مناجلي أحمد الأمين	استاذ محاضر	رئيسا
د/ عتيق نظيرة	استاذ محاضر	مشرفا ومقررا
د/ مجدوب كوثر	استاذ محاضر	مناقشا

دورة سبتمبر 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ  
الرَّحِيمِ

فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ

الْحَقُّ ۖ وَلَا تَعْجَلْ

بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ

يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۗ

وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

# شكر وتقدير

أحمد الله عزوجل لمنحي فضل العلم وجعلني بعد انقطاع عن الدراسة مدة ثلاثة عشر سنة رجعت من جديد في كراسي المدرجات ودرست مع الاستاد كيفاجي رحمه الله مرة ثانية ودرست مع استاد رحمانى وفقهم الله في النظام الكلاسيكي ونظام الجديد ودرست مع أساتذة آخرون وفقهم الله وسدد خطاهم والدكتورة المرأة المسؤولة عتيق نضيرة العادلة اعتبرها شعلة نور العلم والدين اوجه الشكر للأستاذين بوالطين وعبادة سيف الاسلام زملائي المحامين المحترمين

إلى زميلي في الدراسة المتفوق مناجلي وعضو لجنة المناقشة

كما أتوجه بفائق الشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتي وعلى ما أمضوه من وقت وما بدلوه من جهد لقراءة هذه المدكرة

كما أدعو كل من ساهم في تشجيعي منهم زميلتي هدى بوالخصايم المثابرة على النجاح وأذكرهم سرا في قلبي فيأرب يحميهم من كل شر ويسدد خطاهم وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين

شكر

إهداء

إهداء إلى اللدين تعباً من أجلي وغمراي بحبها وحنانها لأخوض معركة الحياة  
إلى من سهر على تربيتي وتعليمي وإرشادي حتى هذه المرحلة حفظها الله ورعاها وألهمها الصحة  
والعافية إلى الوالدين الكريمين  
إلى من أثار في الطموح إلى المعرفة ودفع بي إلى درب العلم والتحصيل نازعا على التردد باعثا في  
الأمل

إلى روح جدي المرحومة التي جاهدت من أجل أولادها التي قطفت عنبا من أجل كسب قوة  
الحلال التي قصدوها كخطبة وهي تقطف عنبا التي علمتني القوة والتواضع وأن الحياة هي عطاء  
وليس أخذ التي درستني قيمة الشكر والحمد والقناعة

يامن علمتني أن المرض هو مرض النفوس وليس الأجساد كون القلب المفحم بالعمل والأمل  
أهدي هذا الأرشيف العلمي إلى كافة الزملاء الأكارم وإلى معالي أستاذتنا الأكارم وإلى كل من  
أثرى رصيدنا العلمي ولو بمعلومة صغيرة عبر هذا المنبر العلمي المحترم كلية الحقوق والعلوم  
السياسية بجامعة 20 أوت 1955 ثم إلى روح أمي الغالية السيدة المجاهدة بن جامع نوارة والتي  
زرعت فيا روح النضال والتحدي من عرقها ودمها النضالي صاحبة الأناقة والصمود والتي وهبت  
شبابها كلها بين صفوف جيش التحرير الوطني من أجل استقلال الجزائر ، وإلى كافة أفراد عائلتي  
العالين وإلى جيراني الدين فرحوا عندما تحصلت على شهادة البكالوريا من القلب حيث زرعت  
البسمة والدهشة بينهم

قائمة المختصرات:

ط: طبعة

ع: عدد

ج: جزء

ص: صفحة

ن.ق: نشرة القضاة

جرر: جريدة رسمية

أق: اجتهاد قضائي

ع.خ: عدد خاص

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

م.ق: مجلة قضائية

م.ع: محكمة عليا

م. م. ع : مجلة المحكمة العليا

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

# المقدمة

تعاني الأمة الإسلامية في الأون الأخير والمعاصرة مشكلة التفكك الأسري، والتي نتج عنها مشاكل كثيرة على المستويين الفردي والجماعي، ومما لا شك فيه أن العلاقة الزوجية معرضة لبعض المشاكل والعديد من العراقيل الاجتماعية التي تؤدي حتما و في أغلب الحالات إلى حل الرابطة الزوجية .

إن اللجوء إلى القضاء لفك هاته الرابطة سواء بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج، يدفع بالقاضي بالتدخل في حل النزاع المعروض أمامه وفقا للوقائع المعروضة أمامه، بتطبيق النصوص القانونية على هذه الأخيرة و بذلك يتم حل الرابطة. إلا أنه في بعض الحالات لا يوجد نص يحكم الواقعة المعروضة على القضاء لحل الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة يقوم القاضي بالاجتهاد بقواعد العدالة و الإنصاف لإيجاد حل يحقق العدل لجميع الأطراف في إطار ما يعرف بالسلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة.

ومن بين المشاكل الكثيرة المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم أي مشكلة الحضانة، حيث أن المشرع الجزائري فتح مجالا واسعا للقاضي شؤون الأسرة لحل كل نزاع قد يطرح أمامه من خلال سلطته التقديرية الواسعة، بالإضافة إلى مرونة نصوص قانون الأسرة، وعدم تبني المشرع مذهب محدد من المذاهب الفقهية وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب.

فلا بد من الشعور بالمسؤولية الحتمية عند الأب والأم لأن هذه المسؤولية ترتبط ارتباطا وثيقا بالطفل الغير واعي ولذلك لا يتحمل مسؤولية الحضانة إلا الإنسان البالغ، العاقل، الوافي بأهدافها وهي قضية حيوية لارتباطهما بمهمة تحديد الأفعال والممارسات وحالة الاستعداد، وما يترتب على أفعال الإنسان هذه من نتائج إيجابية داخل الكيان الاجتماعي.

ولهذا فإن تربية الإنسان على تحمل مسؤولياته تجاه ما يصدر عنه من أقوال وأفعال خاصة بأسرته، يعد مسألة في غاية الأهمية لكي تسود الطمأنينة فيما بينهم فيستمتعون بالعدل، ويشعرون بالأمن النفسي والاجتماعي في حياتهم الخاصة والعام، فالمسؤولية الاجتماعية إلزام اجتماعي فضلا عن كونها إلزام نحو عمل اجتماعي يترتب عليه فعل أو أثر من أثاره الاجتماعية وتنمية هذه المسؤولية حاجة اجتماعية بقدر ما هي حاجة فردية وخاصة الأب والأم.

ولما كان الطفل المحضون صغير السن لا يعرف مصلحته فقد منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير من هو الأصلح لحضانة المحضون، وفي غياب النص القانوني الذي يحدد معنى مصلحة المحضون وجد قاضي شؤون الأسرة المجال مفتوحا للتعبير عنها بما يضمن الاستقرار النفسي والعاطفي والاجتماعي للطفل المحضون.

والطفل مصدر اهتمام القانون الداخلي وكذا المواثيق الدولية كون أعمال السلطة التقديرية للقاضي لم يكن كافي لحماية مصلحة المحضون في ظل الفراغ القانوني التي تعانيه بعض المسائل فقد منح للطفل حقوقا في ظل القانون الدولي العام فاتفاقية حقوق طفل حثت على متطلبات الطفل وصادقت عليها معظم الدول وقد نصت عليها المادة 14 من الاتفاقية على واجبات الدول والوالدين في تربية الطفل في ظل النظام العام والصحة العامة والآداب العامة وغيرها من الحقوق التي تجعل من الطفل مستقبلا للرجل المثقف الواثق من نفسه الذي يتحمل المسؤوليات الملقاة على عاتقه ويساهم في تقدم ورقي مجتمعه ودولته.

ويتوافق مصطلح الحضانة مع الطفل كونها لا يستطيع الاستقلال بنفسه وله الحق في ذلك من الاقارب كالأم والاب وغيرهما، فكل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة وإن كان هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله.

كما تنص المادة 39 من الاتفاقية تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن الطفل الحماية والرعاية اللازمين ومراعاة حقوق وواجبات والديه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه فتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية.

حيث انه الأهم هو مصلحة الطفل المحضون الفضلى هذا هو موضوع نقاشنا حيث انه ما تم تشريعه من نصوص يتم إسقاطه على حالات التي تشهد تمزق عاطفي وابوي وحرمان عائلي ومرحلة الطفولة اهم مرحلة فيه يتكون البنية الشخصية الولد.

إن رعاية الطفل لا تقتصر على الابوين فقط بل للسلطات الادارية أو الهيئات التشريعية دور هام، فقد نصت المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل على انه في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الاول لمصالح الطفل الفضلى.

ونص المادة من الاتفاقية " تتعهد الدول الاطراف بأن تضمن الطفل الحماية والرعاية اللازمين مراعية حقوق وواجبات والديه أو صيانتها أو غيرهم من الافراد المسؤولين قانونا عنه فتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية.

حيث انه ما يدل على اهمية موضوع الحضانة أن اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلا ثابت لا جدل فيه بحسب ان قرابتهم منه مفترض ووصلها محرم قطعها بالإجماع ولأن نفقتهم من قبيل الصلة بل هي من أبوابها باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم

مفض إلى تفويتها فكان الاتفاق عليهم واجبا فلا تسقط نفقتهم بفقر أباءهم لا يتحللون منها حيث أن تربية الصغير مسألة لها خطر وأن تطرق الخل إليها ولو في بعض جوانبها مرعاه لضياح الولد وعليه فإن رعاية المحضون مقدمة على أية مصلحة لغيره .

- كما أن الشريعة الإسلامية حثت على أن من أساسيات الحضانة هي جلب النفع للمحضون ودفع الضرر أو رفع الحرج عنهم باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم.

- أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم وعليه فقد بات حقا أن يتدخل المشرع ليعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبينا طرق اقتضائها والأحق أن الضرر كيف يزال فلا يتفاقم. و الاهتمام بمصلحة المحضون هو أكفل لدعم الترابط والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة بما يرضى جوهر علاقتهم ببعضهم البعض.

وعليه فالحضانة تستلزم القيام بالنهوض بتبعات الحياة والاطلاع بمسؤولية الحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لان الإهمال فيها يعرض للطفل الهلاك والضياح ويتشابه ذات الأمر على المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك.

ولهذا الموضوع اهمية بالغة كونه يتعلق بالطفل وهو أحد المقاصد السامية للزواج والحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل لان الامر لا يتوقف عن هذا الحد بل أنه حتى عند اللجوء إلى القضاء يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها وتعود أسباب اختيار الموضوع إلى ما يلي:

- الميل الشخصي للاهتمام بالطفل كونه برئ ومخلوق ضعيف يحتاج إلى الرعاية والاهتمام بهذه الفئة يعد خطوة مهمة في تكوين فرد سليما يخدم مجتمعه وبيئته وينفع بلده.
- الإحصائيات التي توصل إليها في الفترة الاخيرة التي وصلت بنا إلى دق ناقوس الخطر وإعادة النظر في التمزق والتشتت الأسري.
- ارتفاع نسبة الطلاق منذ تعديل قانون 2005 وفرض بدل الايجار كأثر من آثار الطلاق كون قبل 2005 المرأة عند طلاقها تبقى لدى أوليائها مما يعطي للمحضون دفيء عائلي أكثر من انفرادها ببيت مؤجر .
- تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في اسناد الحضانة.

محاولة معرفة مدى إمام المشرع بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة الطفل المحضون.

أغلبية احكام القضاية تسند الحضانة إلى الام عل الرغم من أن قد تكون هذه الاخيرة مخفوضة الجناح غير قادرة على حضانة وحسن رعايته لعدم توفرها على ظروف الصحية والمادية وقد تصادفها عقبات اجتماعية من الأهل وعليه يتدخل القاضي لفرض رقابته على مصلحة المحضون وفتح تحقيق معمق والتوصل إلى حل نهائي.

إن القاضي له دور بارز في مراقبة مصلحة المحضون من المفروض أن يكون دوري على مدار هذه الحضانة ومن الضروري مراقبة تطور اوضاع المحضون وحمايته من أي تقصير ومحاولة تدارك الخطأ قبل تفاقمه.

كما يطرح هذا الموضوع عدة إشكالات منها ماهي المعايير التي يعتمد عليها القاضي في إسناد الحضانة وما هو المقصود بمصلحة المحضون وما مدى مراقبة القاضي لمصلحة المحضون التي تمتد لفترة اكتمال الحضانة وما نقترحه كباحثين هو تأكيد على استمرارية البحث من مصلحة المحضون طيلة فترة الحضانة فموضوع الحال يستحق أن يحظى باهتمام بالغ وان يستمر المشرع بإيجاد حل قانوني دائم وماهي أهم مشاكل الحضانة هي رؤية الصغير إد لابد من عين فاحصة تلمح أبعادها وتدرک دور الأسباب الجديدة والمتجددة.

ويهدف هذا البحث إلى إظهار أهمية الاهتمام بالموضوع وما ينتج عنه من اضرار بالغة تمس الأسرة والمجتمع عند التقصير خصوصا أن نسبة الطلاق زادت وان تكوين الطفل السليم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.

كما ان البحث يهدف إلى توضيح الاحكام القضاية واجتهادات المحكمة العليا التي أثرت موضوع الحضانة ولا شك أن الاستعانة بالمنهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن الاستغناء عنها من طرف الباحث إد ما أردنا إيصاله أفكاره بسهولة، ومثل هذه الدراسة التي نقوم بها لا شك فإننا نعتمد فيها على أكثر من منهج، فإن استخدامنا للمنهج الوصفي فكان ذلك لإعطاء الصورة الفعلية للحضانة كما هي مقررة في قانون الأسرة الجزائري مع تبيان المبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي أي أنني ربطت بين الجانب النظري والتطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضاية للمحكمة العليا.

كما اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة، ومدى تناسب القرارات القضاية في هذا الجانب مع الاستناد لمصلحة المحضون وبعض الآراء القانونية.

انطلاقاً من هنا، فقد حاولنا الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال تقسيم بحثنا إلى فصلين. حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة إسناد الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، وذلك من خلال التطرق مفاهيم إسناد الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي وسقوطها في المبحث الأول والذي بدوره قسمناه إلى مطلبين حيث عالج المطلب الأول السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة والمطلب الثاني فتناولنا فيه دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون كما تناولنا في المبحث الثاني مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة حيث يتناول المطلب الأول مفهوم مصلحة المحضون أما المطلب الثاني ترتيب الأولوية في الحضانة.

أما الفصل الثاني فعالجنا تقدير القاضي مصلحة المحضون بالتحقيق والمعينة حيث تم تخصيص المبحث الأول يعالج سلطة القاضي في تقدير حقوق الحاضنة والذي بدوره قسمناه إلى مطلبين، حيث يتناول المطلب الأول أجر الحاضنة ونفقة المحضون، أما المطلب الثاني حق السكن وبدل الإيجار، وخصصنا المبحث الثاني دور القاضي في حماية الأسرة والمطلب الأول تنظيم صندوق النفقة في ظل التشريع الجزائري ونختم بحثنا بالمطلب الثاني دور القاضي في تسوية النزاعات الأسرية.

# الفصل الأول

إسناد الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري

## الفصل الأول: إسناد الحضانة في ظل قانون الاسرة الجزائري.

إن الفقه والقضاء متفقون على أن الأم أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضانة مالم تتزوج فالأم أرفق بالابن والاحسن للقيام بشؤونه وإن كان الابن في حضانة أمه لا يسمح ذلك باستغناء عن الأب الذي يلعب دور مهم في تعليم وتأديب وتسليمه إلى من يعلمه القراءة والكتابة والصنائع والتصرف، فكان الأب أولى بالابن في الأوقات التي يحتاج فيها إلى التعلم، و لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس والعون على ذلك كله، والمطالعة لمن يباشره والصغير بصفة عامة لا يستغني عن من يتولى ذلك فكل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي والقيام بأمره<sup>1</sup>.

فالمشرع الجزائري منح للقضاء وماله من سلطة تقديرية في تقدير مصلحة المحضون وحل مسألة تخاصم بين الزوجين فيما يخص منح الحضانة فالمسؤولية الملقاة على القضاء في الفصل في منازعة إسناد الحضانة تلزمنا في البحث عن مفهوم الحضانة وشروطها فالحضانة من أهم الأمور التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة وكذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار فالمشرع لم يضع تعريفا لمصلحة المحضون ليستعين به القضاة، بل ترك أمرها كلياً لسلطتهم التقديرية لكن ذلك لم يمنع من وضع معايير يمكن الاعتماد عليها وهي في مجملها معياران: معيار معنوي روحي يشمل تعليم الولد وتربيته الدينية وحفظه خلقاً ومعيار مادي يتمثل في السهر على حماية الولد وصحته ورعايته مادياً<sup>2</sup>.

إلا أنه نستنتج أن الأهم في الحضانة لا تقتصر على التربية والتكفل بل لا بد من الاهتمام بالحالة النفسية للطفل وبناء شخصيته كون يوجد أمهات يعانون من أمراض وضغوطات عصبية يعرضون الطفل للعنف اللفظي والجسدي مما يؤثر سلباً على المحضون ويخلق له عقد نفسية وامراض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، لحسين بن الشيخ أث ملويا الجزء الأول الطبعة الثانية 2006، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ص 465-464.

<sup>2</sup> -حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص 105.

<sup>3</sup> -مقال علوم الأطفال محررة بأفلام الأطفال جامعة الملك عبد الله للعلوم والتقنية.

كما ان الاب هو الحاضن الذي لا يمكن الاستغناء عنه في حالة وفاة الام وهذا ما نصت عليه اجتهادات المحكمة العليا<sup>1</sup> فالواجب الملقى المتعلق بالإنفاق لا يمكن التنازل عنه.

ولأجل تحديد مضمون فكرة الحضانة لابد من الوقوف على عدة مسائل مهمة، هي أساسية لفهم موضوع الحضانة، تتمثل في بعض المفاهيم الأولية من خلال التطرق إلى تعريفها ثم تحديد خصائصها وذلك إلى جانب تبيان المقصود بمصلحة المحضون الذي يعد معيار مهم في إسناد الحضانة والشروط الواجب توافرها في الحاضن، ودليل مشروعية الحضانة من الكتاب قوله تعالى " **وَإِخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا** سورة الإسراء الآية 24<sup>2</sup> و كذلك قوله تعالى **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا سَوْرَةَ آلِ عِمْرَانَ الآية 37**<sup>3</sup>.

وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفصل بحيث يقسم إلى مبحثين:

يتناول المبحث الأول مفاهيم إسناد الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي وسقوطها، أما المبحث الثاني فيدرس سلطة القاضي في تقدير حقوق الحضانة.

<sup>1</sup>- قرار رقم: 256629 صادر بتاريخ 2001/02/12 المجلة القضائية , 2002 , العدد 2 , ص: 421 إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الام كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون.

<sup>2</sup>-سورة الإسراء الآية 24.

<sup>3</sup>-سورة ال عمران الآية 37.

## المبحث الأول: مفاهيم إسناد الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي وسقوطها.

أوجد الفقه القانوني صمام أمان لضمان حق الطفل المحضون يلجا له اصحاب المصلحة القانوني كلما كان الطفل محل منازعة او عرض لخطر محقق فمصلحة المحضون قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية.

وقد أورد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة وهذا في المواد المعالجة للحضانة حيث أعطها أهمية بالغة وعناية شديدة،

من النتائج المترتبة عن الطلاق نجد مسألة الحضانة التي تعد مظهرا من مظاهر عناية التشريع الاسلامي والتشريعات بالطفل<sup>1</sup>.

لذا سنتناول في هذا المبحث الذي نقسمه لمطلبين المطلب الأول مفهوم الحضانة والمطلب الثاني دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

### المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق وموضوع البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وشؤونه الإسلامية بالطفل وهو مصدر اهتمام على التشريعات الوضعية.

### الفرع الأول: مفهوم الحضانة.

الحضانة لغة مستمدة من الحضن وهو المعروف ما دون الغبط إلى الكشح وحضنا الشيء جانباه فيقال حضن الطائر بيضه إلى نفسه تحت جناحيه وكذا المرأة حينما تضم ولدها وتحضنه.

من الناحية الفقهية وجدت عديد التعاريف ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أن جلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا واخلاقيا

<sup>1</sup> - الدكتور كريمة محروق دور القاضي في حماية الأسرة ص 131-132219 الطبعة الأولى الناشر ألفادوك.ذ

أما اصطلاحاً الحضانة هي رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايتة ولباسه وتنظيفه ونومه.

أما فقها فقد عرفه الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايتة مما يؤديه أو يضره وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوي على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها<sup>1</sup>.

وفي كتاب الله عز وجل نذكر الآية الكريمة " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِتَضَيَّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَأَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۗ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَشْرُوعٌ لَهُ أُخْرَىٰ "2.

ودليل مشروعية الحضانة من الكتاب قوله تعالى " وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا " سورة الإسراء الآية 24<sup>3</sup> وكذلك قوله تعالى: فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا سَورَة آل عمران الآية 437<sup>4</sup>.

والإمام مالك يعرف الحضانة بتربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء، أما الشافعية عرفوها بأنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره.

فمن التعاريف السابقة صار واضحاً أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد وذلك مقصود في حد ذاته كون انه لا بد من الصغر والعته في الحضانة ذلك أن البالغ الرشيد لا حضانة عليه وله الخيار في الإقامة عند من يشاء عند والديه فإن كان ذكراً له الاستغناء عنهما والانفراد بنفسه وإن كانت انثى لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها لأنه لا يأمن من فساد أخلاقها وبالتالي إلحاق العار بأهلها فإن لم يكن لها أبا فلاهلها ووليها منعها من ذلك.

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه أستعمل لفظ الولد بدل عن الصغير ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا- بعد ذلك ان

<sup>1</sup> السيد سابق سيد فقه السنة الطبعة الثانية دار الكتاب العربي بيروت ص 351

<sup>2</sup> سورة الطلاق الآية 6

<sup>3</sup> سورة الإسراء الآية 24.

<sup>4</sup> سورة آل عمران الآية 37.

قانون الاسرة في مادته 165<sup>1</sup> أجاز للقاضي أن يحدد الحضانة إلى ستة عشر سنة 16 بالنسبة للذكر والانثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا ب 19 سنة طبقا للمادة 7<sup>2</sup> من نفس القانون والمعقول أن الولد في سن 16 سنة والبنت في سن 18 يكونان بالغين من الناحية الشرعية.

واعتمادا على ما سبق نقول إن المشرع أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المرادف لسن التمييز.

### أولا: تعريف الحضانة قانونا

وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

**1 - تعليم الولد:** ويقصد به تحفيز الطفل على التعليم الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاد طاقته واكتشاف مواهبه استطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته

**2- تربيته على دين أبيه:** ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه بمفهوم المخالفة في المادة 30<sup>3</sup> من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 25 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعا وقانونا

<sup>1</sup>-تنص المادة 65 من قانون الاسرة على: "تتقضي مدة حضانة النكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

<sup>2</sup>-تنص المادة 07 من قانون الاسرة على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

<sup>3</sup>- تنص المادة 30 من قانون الاسرة على: "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا. كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم. المادة السابقة: يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا، والتي تريد عن العدد المرخص به شرعا. ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع.

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62<sup>1</sup> بقوله إن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ..... أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي. وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية ولما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال- قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإن بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 67<sup>2</sup> من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت<sup>3</sup>.

كما ان القضاء حث على ضرورة حماية حضانة الأم لولدها إد نص كالاتي لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيا على عدم صحة صلاحية الأم لممارسة الحضانة وعليه فمحاضر مصالح الأمن لا تعتبر سبب من اسباب سقوط حضانة الأم<sup>4</sup>.

**3- السهر على حمايته:** تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته أو عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا. كما ان حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدي في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا عن أي خطأ أو سوء معاملة يبيدها اتجاه الغير

**4- حمايته خلقيا:** الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له ان يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء

1- تنص المادة 62 من قانون الأسرة على: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

2- تنص المادة 67 من قانون الأسرة على: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

3- قرار المحكمة العليا ملف رقم 52221 بتاريخ 13 مارس 1989.

4- رقم القرار: 249196 تاريخ القرار: 2000/11/12 المجلة القضائية , 2004 العدد 1 ص: 250.

**5- حمايته صحيا:** التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن. ذلك ان عافية البدن هي الضامن الاساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الاشهر الأولى للطفل كالرضاعة الطبيعية لتقوية جسد المحضون لقوله تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>1</sup> و كذلك قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۗ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِن أَرَادَا فِصَالًا عَنِ تِرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِن أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"<sup>2</sup> والحرص على كشف مبكر لأعراض قد تصيب الطفل واحترام التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك.

وتدعيما لحقوق المحضون وصونا لها من أي تهديد. أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي ان تتوفر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية. وذلك ثابت من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 90 / 01 / 1984 والحامل لرقم 31997 والذي جاء فيه ما يلي : ( متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا<sup>3</sup>، والحكم بخلاف هذا المبدأ و استوجب نقض القرار الذي قضى بأسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها، وجاء في تأسيس القرار أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق امهما في الحضانة . كذلك لان الام لا تقدر.

<sup>1</sup>- سورة النساء الآية 23.

<sup>2</sup>- سورة البقرة الآية 233

<sup>3</sup>- قرار المحكمة العليا بتاريخ 90/01/1984 رقم 31997. المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الاول صفحة 73.

## ثانيا: شروط الحضانة.

كان المشرع الجزائري مقتضبا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن بشكل عام. إذا لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62<sup>1</sup> من قانون الأسرة بقوله: (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك).

ويثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري. وهل تتحد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني والإجراءات المدنية.

يبدو ان ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة 62 من قانون الأسرة. إنما تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه. والكفاءة للاطلاع على هاته المهمة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222<sup>2</sup> منه على أنه: (كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء. وشروط أخرى تخص النساء. بمفردهن. وشروط تخص الرجال لوحدهم.

**1- الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء والرجال:** قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل. لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والاكثرتحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجياته. والشروط العامة هي:

**أ- العقل:** ان يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير وملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة. فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه

<sup>1</sup>- تنص المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

<sup>2</sup>- تنص المادة 222 من قانون الأسرة على ما يلي: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعاً في منصب المتولي لشؤون غيره. ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله<sup>1</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون. سواء جنونا متواصلًا أو منقطعاً. فكلاهما يعد من موانع الحضانة، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون ولو جنونا منقطعاً يحمل الضرر الكبير للمحضون على اعتبار أن الهدف من الحضانة الملخص في توفير الحماية بشموليتها ينعدم لدى المجنون، وجنون الحاضن ولو كان منقطعاً فيه ضرر جسيم وخشية علا سلامة المحضون<sup>2</sup> ويتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه، وبالتالي فعجزه منطقي على تدبير شؤون غيره.

وإضافة إلى العقل اشترط المالكية الرشد، وقالوا ألا حضانة عندهم لسفيه مبدّر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق، واشترط المالكية والحنبلة أيضاً في الحاضن ألا يكون مريضاً مرضاً منفراً، كالجدام والبرص، فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات المنغصات.

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقاً لما ورد في المادة 87<sup>3</sup> من قانون الأسرة المعدلة والتي نصت في فقرتها الأخيرة على: ".... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

فالحضانة حسب المادة هي ولاية النفس لمن أسندت له الحضانة وإن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه طبقاً لما أكدت عليه المادة 85<sup>4</sup> من قانون الأسرة، معنى ذلك أن المشرع الجزائري قال بألا حضانة لغير العاقل ولا للمعتوه ولا للسفيه كون من تعطي

1- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007، ص 149.

2- نظيرة عتيق دكتورا، النفقة والحضانة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2013-1014، ص 04.

3- المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.

4- المادة 85 من قانون الأسر الجزائري.

له الحضانة لا ينبغي ان تكون تصرفاته غير نافذة. وهذا ما نصت عليه اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص سقوط حضانة الام المصابة بمرض عقلي<sup>1</sup>.

**ب- البلوغ:** الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار وليس المراهقين، فالصغير ولو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى امره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره<sup>2</sup>.

وتدق التفرقة هنا بين البالغ بلوغا حكما، كان تدعي المراهقة مثلا البلوغ وتظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية، فالبعض ذهب بالقول انها بالغة مادام الضاهر يشهد على ذلك ويصدق ادعاءها

والمشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعليقه الاخير. بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/2/27. حيث ان المشرع حاول خلق نوع من المساواة بين الزوجين بتقييده لحق الزوج في التعدد وإعادة تنظيم الوظائف الزوجين داخل الأسرة ولقد هدف المشرع من جراء التعديل إلى تجسيد المساواة بين الجنسين استنادا للدستور الذي نص في المادة 29 منه على: " أن كل المواطنين سواسية أمام القانون<sup>3</sup>

فالمادة السابعة نصت على ما يلي: " تكتمل اهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ..... "

فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الاهلية. بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وأثاره، او بالطلاق وما ينجم عنه.

لكن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى اهليته ذلك أثار الزواج وانحلاله ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم.

<sup>1</sup>- قرار رقم: 265727 بتاريخ: 2002/02/13 المجلة القضائية , 2002 , العدد 2 , ص: 432 إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنها النقص دون إحالة.

<sup>2</sup>- بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت , 1976 ص 550.

<sup>3</sup>- الكاتبة جمعي ليلي مقال طبيعة التعديلات التي مست المركز القانوني للمرأة بمقتضى الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة مجلة العلوم الإنسانية.

فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق تطبيق هذه المادة، سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني، فكيف الحال بالنسبة للدعاوي التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونها القصر مادامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، وهي ليست بالغة سن الرشد بعد.

من هنا نقول أن المشرع الجزائري الذي حاول أن يعالج إشكالا عمليا متمثلا في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة وما سبب ذلك من معاناة للحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق ، وذلك ما كان مجسدا في المادة 63 من قانون الأسرة قبل التعديل<sup>1</sup> والتي كانت تنص على ما يلي : " في حالة إهمال العائلة من طرف الاب او فقدانه يجوز للقاضي قبل ان يصدر حكمه ان يسمح للام بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب " .

غير ان هذه المادة الغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون وتمارس في ذلك كافة الاثار المنجزة عنها دون اللجوء إلى طلب الإذن.

لكن المعالجة خلقت إشكالا عمليا آخرًا يتمثل في سؤال، كيف نولي قاصرا على قاصر؟ بالمثال العملي المذكور سابقا.

الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الاهلية دونما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونا للمحضون<sup>2</sup> والذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد.

**ج-القدرة على التربية:** لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن او مرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على ادائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا، خلقيا واجتماعيا<sup>2</sup>، ويرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمریضة مرضا معديا او مرضا يقف بينها

<sup>1</sup>- المادة 63 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1999-2000 ص 285.

وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وابنائها. ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها.

غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ، وأكد في عديد قرارات المحكمة العليا ان عمل الام الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة اولادها.

ويكاد الامر يكون مطلقا دونما ورود أي استثناء والقائل أساسا انه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما اكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/7/18 تحت رقم 245156 والذي جاء فيه ما يلي: (من المستقر عليه قضاء ان عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الاساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه)<sup>1</sup>

وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على ان العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة. واضح وجلي ان القرار المذكور سابقا وضع المبدأ، وهو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة، ولم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بالا حضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون وتدبير شؤونه. غير ان المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر لاحق للأول وقالت بالاستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية.

ومسألة الحاضن الأعمى اختلف عليها الفقهاء لكن المحكمة العليا فصلت بأن فاقدة البصر في الحاضنة يسقط عليها حضانة<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية قرارات محكمة عليا الجزء 3 الطبعة الأولى 2013.

<sup>2</sup>- حسن بسام أحكام الأعمى في الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة غزة الإسلامية 1430هـ 2009م، ص 67.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بالذات تعد عاجزة وعليه فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بحضانة الأولاد قد حادوا الصواب وخالفوا القواعد الفقهية<sup>1</sup> وجاء القرار المؤرخ في 2002/07/50 تحت رقم 702472 يتضمن ما يلي: (عمل الام الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة اولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية).

وتأسيسا لما ذكر أكد قضاة المحكمة العليا أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على ان هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، وهو تأكيد على ان القاعدة لابد لها من استثناء ولا بد لهذا الاستثناء من دليل وإثبات، كون المسألة موضوعية.

**د-الامانة على الاخلاق:** أعظم صفة ينبغي عل الحاضن الاتصاف بها هي الامانة، يجب أن يكون امينا على المحضون من اجل تربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحرافا من شأنه ان يعرض أخلاق المحضون للخطر فالتربية في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، حتى ان بعض الفقهاء قالو: " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة واستولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد ولزم ضياعه، نزع منها وسقطت الحضانة عنها ".

وعليه فالفاسق او السكير او الزاني او الاهي باللهو والحرام سواء كان امرأة او رجل تسقط عنه الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم اخلاقا سيئة وهم من اجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون، ومن بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد ذلك القرار<sup>2</sup> المؤرخ في 1997/09/30 تحت رقم 171684 والذي جاء فيه ما يلي: (من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. 2ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الابناء الثلاثة للام المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة احكام المادة 62 من قانون الاسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الاولاد الثلاثة). وفي معرض تأسيسه اكد قرار المحكمة العليا ان المادة

<sup>1</sup> المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/7/9 ملف رقم 33921 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش مجلة قضائية عدد (4) 1999 ص 76.

<sup>2</sup> المحكمة العليا قرار بتاريخ، 1997/09/30 تحت رقم 171684 الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا عدد 2، 1997 ص

62 من قانون الاسرة قد عرفت الحضانة بانها رعاية المحضون من تربية وتعليم , والسهر على حمايته وحفضه صحة وخلقا , كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الاخيرة على ان يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر , وأضاف القرار أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه , فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحاضنة في ممارسة الحضانة, لكن استطرد القرار وخص المبدأ باستثناء عام أولي له أهمية قصوى وهو مصلحة المحضون , لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الام الزانية , فإن ذلك يقف حائلا ان تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها , إذ ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال.

وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الام لكون الجدة لا تستطيع حضانة ابنتها لفساد أخلاقها وخلص على أنه لا الام تستحق الحضانة ولا امها كذلك لفقدان الثقة والامانة فيهما معا<sup>1</sup>.

**ي-الإسلام:** اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة.

فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد الحضانة عندهم لغير المسلمة، لان الحضانة ولاية ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز مستشهدين بقوله تعالى: ( الَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فِتْحٌ مِّنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُم مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ۗ قَالَهُ اللَّهُ بِئِنَّكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ۗ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)<sup>2</sup>, واعتبروا الحضانة ولاية وهي الكفار والنصارى , وذلك أعظم ضرر يلحق بالمحضون.

اما المالكية والأحناف فلا يرون ان إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة، فيجوز ان تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أما أو غيرها، وتبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته، وذلك يجوز للمسلمة ولغيرها، ومناطها الشفقة.

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 تحت رقم 31997 , المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 01 , ص 73.

<sup>2</sup>- سورة النساء، الآية 141.

## 2- الشروط المتعلقة بالنساء :

وبالرجوع لقانون الأسرة نلاحظ أنه لم يفرد مادة بعينها للحديث عن شروط الحضانة لا بشكل مفصل ولا بصورة موجزة بل إنما اكتفى بالإشارة فقط في الفقرة الثانية من المادة 62 من ق الأسرة بالقول " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك<sup>1</sup>.

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة والمتمثلة في العقل، البلوغ الأمانة في الاخلاق والقدرة على التربية، نجد ان فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة " ونذكرها كالآتي:

أ- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير او بقريب غير محرم منه:<sup>2</sup> أراء الفقهاء في هذا الشرط لم تكن واحدة، فالأئمة الاربعة مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد بن حنبل قالوا إن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى واستدلوا في ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عما رواه عبد الله بن عمرو (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه يترعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به مالم تنكحي)<sup>3</sup>.

فالحديث جعل للام حق الحضانة لصغيرها مالم تتزوج، وعلى ذلك سار الصحابة. فيما ذهب الظاهرية والحسن البصري إلى أن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا , سواء كان المحضون ذكر أو أنثى , واستدلوا بحديث رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس خادم , فأخذ , فأخذ أبو طلحة بيدي وانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إن أنس غلام كيس فليخدمك , قال فخدمته في السفر والحضر ... , وإن أنسا كان في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم , وهو لم ينكر ذلك , واستدلوا أيضا بواقعة أم سلمة التي تزوجت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تسقط حضانتها لابنيها . وإن تزوجت الحضانة بقريب محرم من الصغير مثل عمه

<sup>1</sup>المادة 62 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> راجع المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/05/05 ، ملف رقم 40438 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد 02 ، 1989 ، ص 75.

<sup>3</sup> - الألباني المصدر :صحيح أبي داود الصفحة 2276 :خلاصة حكم المحدث :حسن التخریح :أخرجه أبو داود (2276) واللفظ له، وأحمد (6707).

, فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة , وقرابته للطفل كابن الأخ تجعله ذو شفقة عليه ورعاية له .

وإن تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فقد لا يعطف عليه ولا يمكنها هي من رعايته والسهر على حمايته والتكفل بشؤونه، وقد لا يجد المحضون الجو الملائم ولا الظرف المناسب لحسن تربيته صحيا وأخلاقيا واجتماعيا. وعلى مستوى التشريع في الجزائر، فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير محرم مالم يضر بمصلحة المحضون. فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحضانة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة. لكن المشرع أردف في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ماكنت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيب

الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون، وعلى هذا المبدأ سارت عديد قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: (من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين. فإنهم طبقوا القانون صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)<sup>1</sup>.

وأكد القرار في تأسيسه أنه وحيث أن المادة 66 من قانون الأسرة تقضي بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون.

وتأكيدا لهذا المسار، صدر قرار ثان جاء فيه ما يلي: (من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم.

ومتى تبين -في القضية الحال- أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرّمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة.

وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه).

<sup>1</sup>- قرار رقم 189234 مؤرخ في 1999/4/20 , الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 181.

وأكد القرار أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لنص المادتين 66 و 67 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، لأن مسألة إسناد الحضانة، يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص، وبالتالي فإن القضاة حينما اعتمدوا فقط على تنازل الأم الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد جانبهم الصواب في تطبيق القانون.

فالملاحظ من خلال القرارين أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي واسع الصلاحيات والسلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون.

إضافة إلى ذلك فالاستثناء الوارد عن شرط الزواج بغير قريب محرم يتمثل أيضا في:

1- إذا كان المحضون في دار من ديار الحضانة، فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها.

2- إلا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة،

3- إذا كان من يلي الأم في الحضانة، غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضنته.

4- أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه والأم في ترك المحضون لها. معنى ذلك أن تكون الحضانة رحما محرما على المحضون كأمه أو أخته أو لعدم وجود المحرم،

ب- ان تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون ان 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 ذلك مانوه عنه المشرع الجزائري في مادته 272<sup>2</sup> من قانون الاسرة عندما نص على انه في حالة الطلاق يجب على الأب ان يوفر لممارسة الحضانة نص على انه في حال الطلاق يجب على الأب ان يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعدر ذلك فعليه بدل الإيجار<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 66-67 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري .

<sup>3</sup> - رحايل سارة، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1988 ،

سكيكدة ، 2013 ، ص 27.

وتنص المادة 170 من نفس القانون على أنه تسقط الحضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم. والملاحظ ان لفظ الملائم في المادة 72 وما جاءت به المادة 70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التاثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.

ج- ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجانا والاب معسرا: فمتناع الام عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الاب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الاب معسرا لا يستطيع دفع الاجرة الحاضنة وقبلت قريبة اخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الأول في الحضانة<sup>2</sup>.

### 3- الشروط الخاصة بالرجال:

زيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل، الامانة والاستقامة، فغن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطا خاصة به، يتعلق الشرط الاول في أن يكون الحاضن محرما للمحضون غدا كانت انثى، والثاني يخص اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

أ- ان يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت انثى: أجمع الفقهاء على ان الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها، وقال الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي ان يتعدى سبع سنين تفاديا او حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية، أما في حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها، لأنه في حال البلوغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها، لأنه في حال البلوغ لا يكون لأبن العم حضانة ابنة عمه البالغة، غير ان الحنفية اجاز حضانة أبن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها احدا.

ب- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذا لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل

<sup>1</sup> - المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - د محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية دار الجامعة، الإسكندرية 2007، ص 151.

حضانته إلى نوي رحمة من اهل دينه وإذا كان المحضون مسلما وذا رحمه دون ذلك، فلا حضانة عليه، لأنها اتوارث بينهما.

### الفرع الثاني: خصائص الحضانة

تم استنتاج خصائص الحضانة من خلال المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ويبقى السؤال مطروح فهل الحضانة من النظام العام بمعنى هل للأم الحق في التنازل عن دورها هذا أم هي ملزمة بذلك.

للإجابة على ذلك سوف يتم التطرق للنقاط التالية:

#### أولا - الحضانة من النظام العام:

يرى جانب أن الحضانة من النظام العام، فليس للأبوين الحق في إهمال قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت تتوفر فيها مؤهلات لممارسة الحضانة، وقد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى وإن لم تتوفر فيها الشروط كاملة ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقه<sup>1</sup> التي تشكل خطر مباشر على المحضون إلا انه السؤال المطروح اين مصير المحضونة إن كانت الام غير كفا من سيتولى حضانتها في حالة انعدام الحاضنين

وقد يكون تنازل الأم عن حضانة طفلها مقابل خلع نفسها , والخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض , وهذا ما قضى به المجلس الأعلى<sup>2</sup> 2, ومقابل الخلع قد يكون قيميا أو منفعة مقدرة بمال , فكل ما صح أن يكون مهر صح أن يكون بدلا في الخلع , فإذا خلعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها فإن الخلع يظل صحيحا وتبقى حضانتها مستمرة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل هي حق للطفل فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق قائما حتى وان كان مقابل التنازل عن الحضانة صلحا وليس خلعا , كأن تتصلح الزوجة مع زوجها على أن تترك له الطفل فإن هذا لا يصح , لأن الصلح يكون على ما تملكه والحضانة حق لغيرها , أي هو حق خالص للطفل.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط1 , دار الهومة، الجزائر 996 , ص 295.

<sup>2</sup> - المجلس الاعلى ملف رقم 26709 نشرة القضاة، عدد خاص، 1982 , ص 260.

**ثانيا: الحضانة لا تلزم الحاضنة.**

مقابل ذلك، هناك رأي آخر يرى أن الحضانة حق للحاضنة لها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت، وهذا دليل على أن الحضانة حق للأُم فلها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت، وهذا دليل على أن الحضانة حق للأُم فلها أن تتنازل عنه في أي وقت شاء<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 من قانون الأسرة 05-02 حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها، لكنه قيد ممارسة هذا الحق مع مراعاة مصلحة المحضون، وقد اصاب المشرع في ذلك أي أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة فلا يحق لها ان تتنازل عنها والتنازل قد يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، وقد يكون التنازل ضمنيا وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة، ومن قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته<sup>2</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الشخص المتنازل عن الحضانة لا يمكنه استرجاعها لأن التنازل من الاسباب الاختيارية للسقوط<sup>3</sup>.

**ثالثا: الحضانة حق مشترك.**

تعتبر الحضانة حق مشتركا، أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، وكذا لأمه حق الاحتفاظ به واحتضانه أي أن للأُم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته، وإن إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها فإن ذلك لا يسقط إلا حقها ويبقى حق الطفل قائما، وبناء على ذلك فإنها تجبر على حضانتها إن كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها، وتنازلها هذا لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، مصر ، 1950 ، ص 404.

<sup>2</sup>- المجلس الأعلى، ملف رقم 26549 المرجع السابق ص 243.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، غ، ش، ملف رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05.

<sup>4</sup>- المجلس الأعلى، ملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19.

والسؤال المطروح ما هو جزء الام الراشد العاقلة التي تتخلى عن ولدها الرضيع منذ الولادة وهل تتحمل مسؤولية العقاب

#### رابعاً: الاصلاح وفقاً لمصلحة المحضون:

تمتد حق ممارسة الحضانة إلى من يراه صاحب الامر أهلاً للقيام بها أي حال عدم وجود الاقارب المنوه عنهم في ترتيب الحاضنين، ويحرص القاضي في سبيل ذلك مراعاة مصلحة المحضون.

من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون<sup>1</sup>.

وفي قرار اخر للمحكمة العليا منح الأب حق الحضانة بدلاً عن الجدة لأم التي كانت الأحق بحضانة من الأب على ضوء المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل، والمشرع قبل وبعد تعديل أتفق على مكانة الام وجعلها اولى حاضنات<sup>2</sup>.

إن الحديث عن مصلحة المحضون يقودنا صفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصراً في المادة 64 ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلاً للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه .

فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي<sup>3</sup>: (إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد المحضون بعد وفاة الزوجة الأم، أعمال المبدأ عدم تجزئة الحضانة).

واكد القرار في معرض تأسيسه أنه لما كان النزاع مطروحاً بين الجدة لام والاب على حضانة الاولاد (س) تبلغ من العمر 16 سنة ، و(س) 11 سنة و(ي) 4 سنوات ، وغن قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى المدعية الرامية على طلب الحضانة ، فإنهم يكونون قد فصلوا في النزاع المطروح عليهم ، وبالنظر على سن البننتين ، فإنه من مصلحتهما يكون ببقائهما تحت رعاية ولدهما ، ولما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير من مصلحته العيش بين أخته (س) و(س) وتحت رعاية الاب ، وهو ما يجعل الاوجه غير مؤسسة وما قضى به قضاة الموضوع قضاء سليم، الامر الذي يتعين معه رفض الطعن.

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 89672 مؤرخ في 1993/02/23.

<sup>2</sup>- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009 ص 153.

<sup>3</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 274683 مؤرخ في 2001/12/26 ، المجلة القضائية لسنة 2004 العدد 2 ، ص 347.

كما أنه نصت عديد من الاجتهادات محكمة عليا على دور الأم وأهميتها في حياة المحضون وأن إسقاط الحضانة عليها يكون بناء على أسباب قوية تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون. إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الام كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون<sup>1</sup>.

كما ان إسناد الحضانة للأب دون توضيح الاسباب المتعلقة بالمرض الام يعد مخالفة للقانون إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنها النقص دون إحالة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

إن المشرع الجزائري قدر مصلحة الطفل وبصدور القانون رقم 84/11 الصادر في 9 جوان 1984 عمل على تنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة بما فيها مسائل النسب والحضانة مستندا في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا القانون لم يخلو من النقائص خاصة عند التطبيق طالما كان الأمر يتعلق بالطفل وحقوقه الشيء الذي دفع المشرع إلى إدخال بعض التعديلات عليه وذلك بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 15 فبراير 2005 فالسؤال المطروح هل المشرع الجزائري وفق في تنظيم مسألة الحضانة بما يتماشى مع مصلحة الطفل.

### الفرع الأول: تقدير القاضي لإسقاط الحضانة.

كما سلف القول، باستيفاء الشخص لشروط الحضانة، العامة منها والخاصة، فإنه يكون جدير بأن تسند إليه. لكن وأثناء حضانتها للولد، يمكن أن يعرض على أهلية هذا الحاضن ما قد يؤدي إلى اختلال أحد شروطها، وبالتالي سقوطها، ومن ثم تسقط الحضانة بالتبعية.

ومن ناحية أخرى، وفي ضل الأوضاع الاجتماعية السائدة، ونخص بالذكر هنا أزمة السكن، قد تصادف الحاضنة (الجددة أو الخالة) ظروف تضطرها إلى الانتقال بالمحضون للسكن مع أمه المتزوجة بالأجنبي عنه، وهو بدوره أمر يقتضي إسقاط الحضانة مراعاة لمصلحة الصغير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>قرار رقم: 282153 صادر بتاريخ: 2002/02/13 المجلة القضائية، 2004، العدد 1 ص: 275.

<sup>2</sup>قرار رقم: 256629 صادر بتاريخ 2001/02/12 المجلة القضائية، 2002، العدد 2، ص، 421.

<sup>3</sup>سلمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى، السنة 2010، ص 155.

والجدير بالذكر كذلك ان الحضانة تسقط ولو دون إخلال من الحاضن، وذلك متى انقضت مدتها القانونية، وفيما يلي نتطرق لإسقاط القاضي للحضانة بناء على تقديره لمصلحة المحضون في حالات اختلال شروطها، الإقامة بالمحضون مع الأجنبي، وانقضاء مدتها.

### أولاً: إسقاط الحضانة لاختلال شروط الأهلية.

تسقط الحضانة تبعاً لسقوط أحد شروط استحقاقها التي سبق بيانها في المطلب السابق. ويقع على القاضي أن يقدر هذا السقوط بحرص شديد حفظاً لمصلحة المحضون، فقد قررت المحكمة العليا أنه: " من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته"<sup>1</sup>. وأهم شروط الحضانة التي نريد هنا هي شروطها العامة التي تقبل السقوط ونوردها كالآتي:

#### 1- سقوط شرط العقل:

إذا طرأ على أهلية الحاضن ونقصت هنا الأهلية بمعناها المدني، عارض أدى إلى اختلال شرط العقل، فغنه يكون لزاماً على القاضي عندها إسقاط الحضانة عن الحاضن خشية على مصلحة المحضون، فكما سبق ذكره، لا يؤمن على سلامة المحضون من جنون حاضنه أياً كانت حاله، مطبقاً أو متقطعاً، ولو كان متقطعاً فيستوي أن يكون كثير الورد أو نادراً<sup>2</sup>. وتكون واقعة فقدان العقل خاضعة لتقدير القاضي عن طريق اللجوء إلى الخبرة الطبية، كما نصت عليه المادتان 425 و125 ق.م.إ، باعتبار الخبرة لازمة في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية والتقنية للقاضي<sup>3</sup>، وهو ما يتحقق في واقعة فقدان العقل، وهذا لتبين صدق المدعى فيما يدعيه على الحاضن من كذبه. وليس للقاضي أن يقضي مباشرة بصحة الادعاء بذهاب عقل الحاضن وإلا كان حكمه عرضة للطعن فيه بالنقض، حيث قررت المحكمة العليا أنه: " إن إسناد الحضانة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/11/07، ملف رقم 50270، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (3)، 1991، ص 48. نقلاً عن: حميدو زكية، مرجع سابق، ص 393.

<sup>2</sup> عتيق نظيرة، النفقة والحضانة، المرجع السابق، ص 04.

<sup>3</sup> د. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط 1، 2009، ص 131.

للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات، هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون وينجر عنه النقص دون إحالة<sup>1</sup>.

لكن متى تبين صدق الادعاء بسقوط شرط العقل عن الحاضن بالدليل الطبي المثبت لذلك، فإن مصلحة المحضون تستوجب الحكم هنا بإسقاط الحضانة عن الحاضن.

## 2- سقوط شرط القدرة:

يعد شرط القدرة البدنية والصحية على حضانة الصغير شرطا أساسيا لاكتمال أهلية الحاضن، ومتى سقط أنجر عن ذلك سقوط الحضانة تباعا. وهذا لأن العناية بالمحضون بما يكفل تحقيق جميع أهداف الحضانة المبينة في المادة 62 ق. أسرة تستوجب في الحاضن أن يكون على أتم الاستعداد الجسدي والصحي لها. فتقصير الحاضن بواجباته تجاه المحضون سواء من حيث صحته أو نظافته أو تعليمه أو تأديبه، فيه ضرر بالمحضون يستلزم رفعه بإسقاط الحضانة عن من كانت بيده<sup>2</sup>.

ويسقط شرط القدرة بعجز الحاضن لكبر سنه أو بإصابته بمرض خطير أو مقعد، أو بفقده لحاسة البصر، باعتبارها أهم الحواس التي تمكنه من القيام بالإشراف على المحضون وحفظه. هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09<sup>3</sup>.

وكالحال بالنسبة لشرط العقل، فإن تقدير القاضي لسقوط شرط القدرة لا بد فيه أن يكون مستندا إلى خبرة طبية مؤكدة لحالة العجز المدعى بها على الحاضن.

كما تجدر الإشارة إلى أن القدرة على تربية المحضون لا يقصد بها الحالة الصحية للحاضن فقط، بل يدخل ضمنها كذلك الفرع للمحضون وعدم الانشغال عنه. وهنا لا بد من الحديث عن مسألة عمل الحاضنة ومدى اعتبار مسقطا للحضانة.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 265727، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (2)، 2004، ص 432. نقلا عن: شمروك محمد، مصمودي مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 46.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري توبة الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 107.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، قرار مذكور سابقا.

نصت المادة 67 فقرة 2 من قانون الأسرة على: " ولا يمكن لعمل الحاضنة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة ". ولعل المشرع قد نص على هذه المادة ضمن مسقطات الحضانة كنتيجة للوضع الاجتماعي الراهن، أين أصبحت المرأة مثقفة متعلمة واقتحمت ميدان الشغل بقوة متحدية موقعها التقليدي كربة بيت. والمرأة العاملة حتى قبل انحلال العلاقة الزوجية، فإنها تلجأ عند خروجها للعمل إلى وضع طفلها بدار من دور الحضانة أو تأجير إمرأه تقوم على تربيته، وبذلك لا يكون عملها سببا لإهمال صغيرها أثناء الحياة الزوجية<sup>1</sup>، فلماذا يعتبر عملها سببا لإهمال صغيرها بعد انحلالها؟

وقد أخذت المحكمة العليا بهذا الرأي حين قررت أنه: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "<sup>2</sup>.

لكن احتراف الحاضنة وعملها مقيد بأن لا يؤدي إلى المساس بحقوق الطفل المحضون عليها أو أن يكون فيه مضارة له، لأنه إن كان كذلك كان مانعا من القيام بالصغير خاصة وأن من أهم حقوق على حاضنته، حقه في حفظه وأن لا يترك حتى يهلك أو يضيع<sup>3</sup>. ومعنى ما تقدم أن عمل الحضانة يحدده الاستثناء الذي هو في حقيقته الأصل في الحضانة، وهو تحري مصلحة المحضون أولا وأخيرا. هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقراها المؤرخ في 2002//07/05، وجاء فيه: " عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"<sup>4</sup>. فيستشف من هذا القرار أن عمل الحاضنة مشروع ومباح لها ولا يتنافى مع شرط القدرة على الحضانة، لكن على شرط واقف هو رعاية مصلحة المحضون.

<sup>1</sup>- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، عدد تجريبي، أفريل 2004، ص 336.

<sup>2</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2000/7/18، ملف رقم 245156، قرار غير منشور. نقلا عن: باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup>- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004، ص 259، 260.

<sup>4</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/07/05، ملف رقم 274207، قرار غير منشور. نقلا عن: باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 59.

## 3- سقوط شرط الأمانة على الاخلاق:

إذا ثبت للقاضي أن الحاضن بعد إسناد الحضانة إليه سقط عنه شرط الامانة على الاخلاق، فإنه ينظر الامر ويقدر فيه ويقضي غالبا بإسقاط الحضانة عنه، فكون الحاضن غير مأمون على الولد لفسق او سوء سيرة وسلوك، يشكل خطرا على أخلاق المحضون، ويخشى عليه ان يتأثر بفسقه وسلوكه السيء<sup>1</sup> ، ذلك انه أصبح من الثابت والمعلوم ان جنوح الولدين او فساد أخلاقهما له أثر مباشر على الأبناء باعتبار هؤلاء يتأثرون بسلوك مربيهم، فينشئون إما على طاعة القانون والدين والأخلاق، أو على الاستهتار بهذه القيم<sup>2</sup> .

ومراعاة لمصلحة المحضون، تعد جريمة الزنا أهم مسقط لحضانة الأم لصغيرها، وهذا مخافة أن ينشأ المحضون - خاصة لو كانت أنثى - على مثل هذا الفسوق والفساد. جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"<sup>3</sup>.

ولم تكتف المحكمة العليا بهذا الحكم، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، رعاية لمصلحة المحضون دائما حيث قررت سقوط الحضانة حتى عن الجدة لأم لانعدام الثقة فيها بسبب عجزها عن الحلول دون فساد أخلاق ابنتها، فقررت أنه: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا"، والحكم بخلاف هذا المبدأ،

<sup>1</sup> ملكية قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر ، 1424 هـ - 2003م، ص 221.

<sup>2</sup> د.مكي دردوس ، الموجز في علم الإجرام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، قسنطينة ، د ت ن ، ص 179 ، 180.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/9/30، ملف رقم 171684 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد خاص ، 2001 ، ص 169.

استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغم زوجها على طلاقها<sup>1</sup>.

مما سبق، يمكن القول إن القاضي في تقريره لسقوط الحضانة بسقوط أهليتها، يكون المعيار الذي يعتمد في الفصل في النزاع هو مصلحة المحضون، مع وجوب التأكد من فعالية سقوط شرط الحضانة عن مستحقها. هذا ونشير إلى من بين الشروط أيضا التي يؤدي اختلالها إلى سقوط الحضانة هو شرط إسلام الحاضنة. فإذا ارتدت الحاضنة بعد إسلامها فعلى القاضي إسقاط الحضانة عنها لحكم المرتدة الذي سبق بيانه، كذلك لو تبين له أن كفر الحاضنة قد أصبح يتهدد المحضون بأن بلغ سنا يعقل فيها<sup>2</sup>، أو ثبت يقينا أنها لا تربية على دين أبيه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها، أو تقوم بها أمامه أو تأخذه إلى معابدها أو تعوده على المحرم من المأكل والمشرب<sup>3</sup>، فقد تدعو مصلحة المحضون أن يكون الحاضن أن يكون الحاضن غير الام إذا خيف على تربية الأبناء هذا جاء في قرار المحكمة العليا «تراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة . يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع 2 فهنا لا بد على القاضي تقرير سقوط الحضانة لتخلف شرط أمانة الحاضنة على دين المحضون مراعاة لمصلحته وهي الخوف أن يألف دينا غير دين أبيه بسبب معاشرته تلك الحاضنة<sup>4</sup>، قررت المحكمة العليا أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".

في حالة الاستئناف 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

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/01/09 ، ملف رقم 31997 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (01) ، 1989 ، ص 73. نقلا عن: باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، ص 160.

<sup>2</sup> - والمتفق عليه عند الفقهاء أن السن التي يتأثر فيها دين المحضون ويخشى عليه من كفر الحاضنة هي سبع سنين. أنظر: نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص 289.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 497457 ، بتاريخ 2009/5/13 ، المجلة القضائية العدد الأول 2009 ، ص 297.

<sup>4</sup> - هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2013 ، ص 118.

أخطئوا بخصوص البنات، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص البنات دون إحالة<sup>1</sup>.

### ثانياً : السكن مع اجنبي

يشترط في الحاضنة من النساء ألا تقيم بالمحزون في بيت من يبغضه ولو كان قريباً<sup>2</sup>، وقد كرس المشرع هذا الشرط بأن نص عليه صراحة لكن بتخصيص الحاضنة بالجدّة أو الخالة.

حيث نصت المادة 70 ق. أسرة على: " تسقط حضانة الجدّة أو الخالة إذا سكنت بمحزونها مع أم المحزون المتزوجة بغير قريب محرم"<sup>3</sup>.

من تحليلنا لنص المادة 70 أعلاه، يتبين أن سقوط الحضانة عن الجدّة أو الخالة لا بد فيه من تحقق شروط ثلاثة وهي:

1- أن تكون الحاضنة جدّة المحزون لأمه أو خالته، وهنا قد يتبادر إلى الذهن التساؤل عن الحال لو كانت الحاضنة التي انتقلت للعيش مع أم المحزون المتزوجة بالأجنبي هي عمته أو جدته لأبيه. لكن هذا التساؤل يجيب عنه الشرط الخاص بالنساء المتقدم ذكره، والمتمثل في عدم الإقامة بالمحزون في بيت الكاره له الذي لا يؤمن على المحزون من ضغينته<sup>4</sup> وللقاضي أن يسند الحضانة بالنظر لمصلحة المحزون دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة فإذا تنازع في حضانة الطفل أمه وخالته وأباه وجدته، فللقاضي أن يحكم للأب دون غيره بحضانة أبنائه إذا وجد أن يحقق الرعاية الخلقية والتربوية.

<sup>1</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/3/13 ، ملف رقم 52221 ، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (1) ، 1993 ، ص 48. نقلا عن: باديس ديلبي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup>- بوسنة ياسمين، الحماية المدنية لحقوق القصر، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة، جوان 2014 ، ص 40.

<sup>3</sup>-المادة 70 من قانون الاسرة الجزائري.

<sup>4</sup>- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، دم ، 2008 ، ط1 ، ص 60

2- أن يكون سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه محققا لمعنى المساكنة، بأن تتخذ من ذلك البيت موطنًا وتقيم فيه إقامة مستمرة. وعلى ذلك، فلو كانت الحاضنة مقيمة مع أم الصغير بهدف الزيارة أو قضاء عطلة، فإن هذا الشرط يكون غير محقق، وبالتالي لا تسقط الحضانة<sup>1</sup>.

3- أن تكون أم المحضون متزوجة، وزوجها من غير أقارب المحضون المحارم، وبذلك فلا مجال لأعمال المادة 70 لو كان زوج الأم عما للمحضون.

الملاحظ في نص هذه المادة 70 ق. أسرة أنه جعل السقوط مطلقا غير مقيد بمراعاة مصلحة المحضون، كما هو متضمن في بقية النصوص المتعلقة بأسناد وإسقاط الحضانة. ولعل السبب وراء ذلك أن السكن بالمحضون مع أمه، يجعل الأخيرة هي من تقوم بحضانتها الفعلية رغم تفويتها هذا الحق على نفسها بزواجها بالأجنبي<sup>2</sup> (كما سيأتي بيانه).

وعن سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، قررت المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الام أن تكون غير متزوجة والّا تسكن مع غبنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير مؤسس....."<sup>3</sup>.

### ثالثا: عودة الحق في الحضانة.

نصت على هذه المسألة ق أسرة: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" مؤدى هذه المادة أن للحاضن أن يرفع أمره للقاضي، ويطلب إعادة الحضانة إليه بزوال سقوطها غير الاختياري عنه<sup>4</sup>. غير أنه يشترط أن يكون سقوط الحضانة راجعا لسبب مستقل عن الحاضن واختياره. بمفهوم المخالفة، فإذا كان السبب المسقط للحضانة يتصرف حر وعن رغبة واختيار من الحاضن فلا حق

<sup>1</sup>- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كمية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص 545.

<sup>2</sup>- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 154.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/6/20، ملف رقم 50011، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (2)، 1991، ص 57.

<sup>4</sup>- رحايل سارة، مرجع سابق، ص 67.

له في عودة الحضانة إليه<sup>1</sup>. فلو أسقطت الحضانة عن الحضانة لمرض حل بها أو جنون نزل بعقلها، ثم تتحى سبب السقوط هذا، عاد لها الحق في حضانة الصغير<sup>2</sup>. لاستقلال هذا العارض عن إرادتها.

#### رابعاً: سقوط الحضانة لانقضاء مدتها.

تبدأ الحضانة من حين ولادة الصغير، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى<sup>3</sup>. ومن البديهي أن يأتي يوم يستغنى فيه كل منهما عن حاجته لخدمات الحاضن، لكن بتفريق بين الذكر والأنثى لاختلاف التكوين النفسي والعقلي والفسولوجي لكل واحد منهما<sup>4</sup>. ومدة الحضانة قررتها المادة 65 ق. أسرة إذا نصت على: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمام لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

انطلاقاً من تحليل نص المادة 65 أعلاه، يمكن الخروج ببعض الملاحظات: سقوط الحضانة في هذه الحالة لا يكون مصدره تقدير القاضي، كما أنه مستقل عن شخص الحاضن، فالمعيار فيه موضوعي بحت، حيث تسقط الحضانة بقوة القانون، ببلوغ الحاضن السن المقدرة حسب جنسه<sup>5</sup>.

قرر القانون سقوط الحضانة الذكر ببلوغه عشر سنين، وهي السن التقريبية التي يوافق بها المشرع ما قال به جمهور الفقهاء من أن انتهاء حضانة الغلام تنتهي ببلوغه سناً يستقل فيها بخدمة نفسه ورعايتها بأن يأكل وحده ويلبس وحده ويهتم بنظافته وحده<sup>6</sup>. أما حضانة الأنثى فقد قرر المشرع انتهاءها ببلوغها سن الزواج، وهي محددة قانوناً ب 19 سنة حسب المادة 07 من قانون الأسرة.

#### خامساً: تمديد حضانة الذكر

<sup>1</sup>- سليمان ولد خصال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2012، ص 155.

<sup>2</sup>- د عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والطباعة، 2022 ص 155.

<sup>3</sup>- د.بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 568.

<sup>4</sup>- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 52.

<sup>5</sup>- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 65.

<sup>6</sup>- مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، ص 257.

يكون بناء على سلطة تقديرية محضة للقاضي، إن مصلحة المحضون تقتضي إبقائه في يد حاضنته. والمصلحة التي تبرر هذا التمديد هي العمل على استقرار الصغير حتى يتوفر له الامان والاطمئنان وتهدا نفسه ولا تقع عليه مضرة انتزاعه من أمه<sup>1</sup>.

التمديد يكون موقوفا على شرطين في الحضانة، أولهما أن تكون أما للولد، وثانيهما ان تكون خالية من الزواج على إطلاقه. وهنا تجر على انتقاد المشرع ، ذلك ان مصلحة المحضون واستقراره لا يتحقق حصرا مع أمه ، بل حتى مع جدته أو خالته ، فالجدة أم ، والخالدة بمنزلة الأم<sup>2</sup> ، كما أن اشترط خلو أم الصغير من الزواج على النحو المطلق فيه نوع من الإجحاف في حقها ، باعتبار أن الزواج بالقرب المحرم للصغير لا مضرة فيه عليه ولا يسقط الحضانة كأصل حتى، فهل المشرع يناقض نفسه بعدم الانسجام التشريعي هدا؟ وفي هذا الشرط قررت المحكمة العليا أنه : " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضون .

ومتى تبين - من القرار قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون.

وتبين من القرار المطعون فيه، أن الحاضنة للطفل (...) ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول إن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض<sup>3</sup>.

طلب التمديد لأبد أن يكون خلال سنة من نهاية العشر سنوات تحت طائلة سقوط الحق فيه<sup>4</sup>.

يكون الحكم بانتهاء الحضانة وعدم تمديدها خاضعا لسلطة القاضي التقديرية بناء على ما تقتضيه مصلحة المحضون، لكن في حدود الشركة المذكورة أعلاه.

<sup>1</sup>- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت 1998 ص 301.

<sup>2</sup>- حديث سبق تخريجه.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/12/10 ، ملف رقم 66552 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (2) ، 955 ص 89.

<sup>4</sup>- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ط1 ، دار جامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010 ، ص 499.

وبانقضاء الحضانة، يضم الصغير أو الصغيرة إلى الولي على نفسه من أب أو جد<sup>1</sup>، أما لو بلغت مدة الحضانة أجلها وكان المحضون مجنوناً أو معتوهاً، لا قدرة له على صيانة نفسه وحفظها من الهلاك، وجب إبقاؤه عند أمه، لأنه بالجنون أو العته يلحق بالصغير في الاحتياج إلى خدمة النساء<sup>2</sup>.

والملاحظ بالنسبة إلى موضوع ضم المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، أن المشرع أغفل نقطة مهمة تتعلق برغبة الولد في بقاءه مع أمه وعدم الانتقال إلى الجهة التي يضم إليها. وهنا يكون القاضي أمام إشكال الموازنة بين تطبيق النص القانوني المتعلق بانتهاء الحضانة وجوب ضم المحضون إلى أبيه من جهة، ومراعاة مصلحة الولد من جهة أخرى ورغبته في المكوث عند أمه<sup>3</sup>، وهي مسألة ذات صلة وثيقة صلة وثيقة باستقراره النفسي.

### الفرع الثاني: التنازل عن الحضانة.

باستيفاء شروطها العامة والخاصة، تصبح الحضانة سلطة أبوية للحاضن، بحيث يكون مسؤولاً عن تصرفات المحضون تجاه الغير، ومسؤولاً عن تربيته وتعليمه وحراسته<sup>4</sup>. فجميع هذه الالتزامات

تقع على عاتق الحاضن، فإما أن يكون أهلاً لها. أو يتملص منها إن رأى في نفسه قلة أهيبته لتحمل تبعاتها ومواجهة مسؤولياتها، وبهذا يقدم على التنازل عن حقه في الحضانة.

والتنازل إما أن يكون صريحاً بأن يعبر الحاضن عن إرادته في التخلي عن الحضانة والتنازل عنها تعبيراً صريحاً، أو يتنازل عنها ضمناً بأن يتخذ موقفاً لا يدع شكاً في توجه إرادته على التنازل عن الحضانة.

وفيما يلي نتناول بالدراسة موضوع التنازل عن الحضانة بشكلية، الصريح والضمني.

<sup>1</sup> بن صغير محفوظ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009.

<sup>2</sup> د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 305.

<sup>3</sup> د. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ط01 دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 258.

<sup>4</sup> عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006 - 2007، ص 199.

## أولاً: التنازل الصريح عن الحضانة.

كون الحضانة حقا للحاضنة<sup>1</sup>، فقد أجاز لها القانون التنازل عنها واعتبر هذا الأمر أحد مسقطات الحضانة. حيث نصت المادة 66 ق. أسرة على: "يسقط حق الحاضنة ..... وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون". فهذا التنازل كما تبينه المادة محدود بمصلحة الصغير حصرا والتي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

ويكون التنازل عادة لإحدى حالتين: فإما أن يكون نتيجة لاتفاق بين الزوجين، كأن يكون مقابلا للخلع<sup>2</sup>، أو كاتفاق للطلاق بالتراضي<sup>3</sup>، أو لتمكين الزوجة من الطلاق دون عراقيل (فهو هنا كأنه مساومة لها). وإما أن يكون نتيجة لعدم استعداد الأم نفسيا أو ماديا لحضانة الأولاد<sup>4</sup>.

ومن هذا المنطلق، يتوجب على القاضي أن يتحقق من السبب الحقيقي وراء التنازل، ويتأكد من أن لا مساومة فيه لأحد من الطرفين. كما ينبغي للاعتداد بالتنازل أن يتم أمام الجهة المختصة<sup>5</sup>.

فإذا ما استوفى التنازل شروطه وتحقق لدى القاضي أنه عن رغبة حرة وإرادة مستبصره من الحضانة، وأن مصلحة المحضون تحتمله ولا تتأثر به، فإنه يحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة ومنحها لمن يليها في الترتيب حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير.

ولأنه تنازل عن اختيار، فلا يكون للحاضنة بعده الحق في المطالبة باستعادة الحضانة، ولا يولي طلبها أدنى اعتبار. هذا ما قرره المحكمة العليا: " من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية".

<sup>1</sup>- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup>- إذا خالع الرجل امرأته على أن تتنازل عن حقها في حضانة الصغير، فإن هـد الشرط لا يصبح، لأن الحضانة حق للصغير لا يجوز التنازل عنه. أما المخالعة فإنها تقع صحيحة. أنظر: د. محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 381. وأنظر في الفكرة نفسها: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 667. عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup>- المادة 431 فقرة (2) من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup>- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 61.

<sup>5</sup>- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 467.

لما كان من الثابت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن تزعم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة .

ونظرا لأن التنازل عن الحضانة غير مطلق وتحده مصلحة المحضون كما سلف القول، فإنه لا يقبل ولا يعتد به متى كان يلحق المحضون من ورائه مضرة. ويكون الضرر في الغالب الأعم لحالتين:

- 1- عدم وجود حاضن - غير أم الصغير - مستوف لشروط أهلية الحضانة.
- 2- فيكون إضرارا بالمحضون قبول تنازل حاضنته عن حضانتها متى لم يوجد من يحل محلها، فيخشى عليه ضياعه وهلاكه. وفي هذه النقطة تحديدا قررت المحكمة العليا أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم.

## المبحث الثاني: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة.

تعتبر قاعدة مصلحة الطفل المحضون القاعدة الوحيدة التي ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة، لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في المطلب الأول، وإلى ضوابط ومعايير مصلحة المحضون في الفرع الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون.

إن القاعدة المتعلقة بمصلحة المحضون التي أوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وهذا في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني وهاته القاعدة يستند إليها القاضي في إسناد وإسقاط الحضانة<sup>1</sup> هي قاعدة فقهية قديمة في الشريعة الإسلامية، وهي من القواعد المتعارف عليها عند كل الفقهاء والمشرعين رغم عدم تحديد محتواها، وقد أخذ بها كل مشرعي الأسرة دون أن يحددوا لها معنى معيناً، إلا أنه يمكن أن نستشف لها معنى عاماً من خلال تناول المصلحة بشكل عام.

ونطرح الإشكالية الأتية ما مدى تطبيق القاضي لسلطته التقديرية في احكامه التي يصدرها لمصلحة المحضون؟ ما السبل والطرق التي يعتمد عليها القاضي حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصح؟

### الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون.

الحضانة هي ضم الشيء إلى الحضان، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

### أولاً: تعريف مصلحة المحضون اصطلاحاً.

وقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الطفل أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها.

وتعددت تعريفات الفقهاء للمصلحة إلا أنها تتفق جميعها بإعطاء معنى واحد لها وهي أنها المحافظة على حقوق المحضون.

<sup>1</sup>- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعماً بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب طبعة أولى 2008 ص 60.

حيث عرفها أبو حامد الغزالي بقوله "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة. ولسنا نعني به ذلك. فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن تعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع. ومقصود الشارع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ هم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم. وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه - أي المفسدة - مصلحة.

وعرفها أيضا الخوارزمي بقوله: " المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفسد عن الخلق". أما الطوقى بقوله: " هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة".

وعرفها من المعاصرين محمد سعيد رمضان البوطي (ت 1434هـ) بقوله: " والمصلحة فيها اصطلاح عليه علماء الشريعة الاسلامية يمكن أن تعرف بما يلي: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم طبق ترتيب معين لها، والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه.

### ثانيا: تعريف مصلحة المحضون قانونا.

المشروع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بان الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، لكون هذه الاخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون، ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 من قانون الاسرة التي نصت على ما يلي: **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً** .

فعبارة (القيام بتربيته على دين ابيه) تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن ان يتزوج بامرأة غير مسلمة وأن هذه الاخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها ان تربي الأبناء على دين أبيهم، وهو الإسلام، ولا يمكن تصور الامر معكوسا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض -نفقة - عدة -حضانة -متاع دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة - الجزائر، صفحة من 49 إلى 51.

وقد اكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 13 مارس 1989 تحت رقم 52221 والدي جاء فيه ما يلي<sup>1</sup>

من المقرر شرعا وقانونا أن الام أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الانثى حتى سن الزواج، ومن ثم فغن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الاب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبغا يافعين إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بدبك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الاسرة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة).

ونلاحظ أن المشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر، مثال ذلك مواد قانون الأسرة الجزائري التالية: 64.7.65.66.67.69.84.89.90.96، فحسب نص المادة 64<sup>2</sup> فإن المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/13.

## الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

### أولا: المعيار المعنوي

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتفكك الأسري الناتج عنها، فإن القاضي إلى توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والدهني والعاطفي والروحي والاجتماعي، حيث يحتاج إلى المعالجة كاسرة واحدة وذلك من خلال الاعتماد على هذا المعيار لمعرفة موقع ومكان تحقيق مصلحة

<sup>1</sup>- قرار محكمة عليا في 13 مارس 1989 تحت رقم 52221 غرفة الأحوال الشخصية سنة 1989.

<sup>2</sup>- المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

المحضون لأن المصلحة هي الأساس في إسناد الحضانة، ولتوضيح ذلك لابد من معرفة مدى تأثير هذا المعيار على المحضون.

تمثل الأسرة في الدراسات التربوية والنفسية والاجتماعية في مجال الطفولة والتنشئة الاجتماعية دورا مهما، ذلك أن جهاز الضبط الاجتماعي هو أحد مكونات الجهاز النفسي في الإنسان وما هو إلا مركب اجتماعي يكتسبه الطفل من خلال علاقته مع البيئة الاجتماعية والمادية<sup>1</sup>، ومن هنا تظهر أهمية دور الأسرة في التنشئة الاجتماعية للطفل.

ويبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الأم والطفل وهذا ما قضت به المحكمة العليا التي حثت على دور المرأة حيث أن ذهب مجلس قضاء المدية إلى إلغاء حكم المحكمة الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من سكن الوالد، وحتى لا يقع له ارتباك في الدراسة، إلا أن غرفة الأحوال الشخصية رأت أن هذا الترتيب غير مقنع، ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس<sup>2</sup>، ثم العلاقة بين الأب والطفل في مرحلة لاحقة ولاشك أن غياب أحد الأبوين خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره، لأنها تتعلق بالولد من أول فترة في حياته وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال لأن المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية الصيانة أقدر، وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي<sup>3</sup>.

كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها 2006/06/04 حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة مالم يقه بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة مالا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن

<sup>1</sup> رشدي شحاتة أبو زيد، شرط ثبوت حق الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2012 ص 22.

<sup>2</sup> قرار مجلس قضاء المدية، غ أ ش، رقم الجدول 01/115 فهرس: 2002/48 في 2002/04/06.

<sup>3</sup> أحمد شامي، مرجع سابق، ص 303.

قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة الطفل أزرقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

وبما أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة والأمر أوفر الناس شفقة على الولد فيكون الولد مستفادا من جهتها وهذا ما أكدته المحكمة العليا، حيث أنه من المقرر شرعا أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق المحضون من جهة أخرى، ذلك لا تجزأ بين الأبوين كما يراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

ولما كان كذلك كان قضاة القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب سائغة مادام مخالفا لأحكام المادة 63 من قانون الأسرة وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين معه نقض القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن.

لأن أهمية الحضانة تقوم على أساس أن محورها الطفل الذي يمثل الأهمية الكبرى في تقرير سلامة المجتمع أو عدمها أو السلوك الفاضل أو الفاسد إنما ينبني على بناء الخلفيات التي تنشأ في أدوار الطفولة إذ أن شخصية الطفل تتكون خلال السنوات الأولى من عمره وأن الطفل في هذه المرحلة يكون محل تأثير تام بما يحيط به من أجواء ومن الصعب إزاحة سلوكه في المستقبل سواء كان سويا أو غير سوي ، إذ يجب علينا أن نمنح أطفالنا الإحساس والشعور بالسلام والأمان والطمأنينة في هذه المرحلة المميزة والحساسة في حياتهم ، حيث يؤكد الخبراء

أن المرحلة الأولى من الطفولة خاصة في السنوات الخمس الأولى هي المرحلة الأكثر أهمية على مستوى نمو الطفل الفيزيولوجي والانفعالي والاجتماعي والمعرفي ، ولهذا يحرص القضاة على الكشف على موقع تحقيق مصلحة المحضون بالاعتماد على العنصر المعنوي نظرا لتأثير المحضون بالبيئة التي ينشأ بها ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/07/13 " إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب "

حيث جاء في معرض تأسيسه بدعوى أن القرار المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق المادة 64 من قانون الأسرة عندما قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم دون مراعاة مصلحة المحضون مع أن الخبير الطبي المعين بموجب أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة توصل إلى أن المحضون يشتكى معانات نفسية عبر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة كما أن التحقيق

الذي أجرته المساعدة القضائية المعينة من طرف قاضي الأحداث ذكرت في تقريرها أنخال الولد الساكن مع الجدة لأم قد حكم عليه جزئياً من جريمة استهلاك المخدرات.

بالإضافة إلى أهمية هذا المعيار في التوافق النفسي للمحضون وتكوينه فإنه يهدف إلى التقليل من الأثر الناتج عن تقصير الأسرة في رعاية الحدث والذي يؤدي به إلى الانحراف، حيث يعتبر السبب الرئيسي في انحراف الأحداث هو الأسرة التي لا تقوم برعاية الطفل ومتابعته ولا تعلمه أمور دينه التي تنهى عن الانحراف، بالإضافة إلى الاضطرابات نفسية أو اضطرابات النمو والقلق التي يمكن أن تكون مرتبطة بالانفصال بصورة خاصة، وهنا تظهر مسؤولية الوالدين والأسرة والمجتمع في توجيه هذا الطفل ومدى رعايته والاهتمام به وحمايته

من الاضطرابات النفسية ومن الانحراف، إذ نص المشرع على عقوبة تسلط على أحد الوالدين في حالة إهمالهم معنوياً للأولاد وذلك في نص المادة 03/330 من قانون العقوبات.

كما يعتبر الأمن والاستقرار والاعتقاد كعامل من عوامل تقدير مصلحة المحضون، فالعجز عن توفير ما يحتاجه الطفل من استقرار وحب يمكن أن يكون عاملاً مهماً في تفسير جنوح الأحداث، وقد وجد بأن آثار انفصال الطفل عن والديه في سن مبكرة وخاصة في السنوات الثلاثة أو الأربعة الأولى من حياتهم غالباً ما يكونون أشخاصاً بلا عطف أو حنان وبالتالي قابلين لأن يكونوا سارقين.

كما أن النظرية التعليمية الاجتماعية المقدمة من طرف "تريسler" في سنة 1962 " تنبأ بأن الصغار الذين يتعرضون في حياتهم للانفصال بين الأم والأب يؤثر على عملية التربية.

وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيًا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنة أو حاضنته في جو يسوده الأمن المعنوي، ومن خلال القيام بالواجبات التي تهدف إلى الفائدة للطفل وعليه فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا حق الأولوية على الأب، وإن اعتبار الأم حاضنة مثالية لأبنائها لا يغني الطفل عن حقه في ولاية والده لتربيته وإعداده للحياة ورعاية مصالحه المعنوية.

وهو حق زيارة المحضون أي الاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية و الخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون، والحكمة من ذلك هو مراعاة الجانب النفسي والمعنوي للمحضون، فمصلحته تقتضي أن يبقى على علاقة بكلا والديه فمن غير العدل أن يحرم من أحدهما إذا افترقا والهدف

من ذلك هو الحفاظ على الروابط الأسرية و ضمان التوازن النفسي للمحضون , إلى جانب دوره في متن الروابط العائلية يعتبر أداة للرقابة.

مصلحة المحضون، أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19/02/1990 " متى كان من المقرر شرعا وقانونا إسناد الحضانة يجب أن تراعى بها مصلحة المحضون في القيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تكون في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه " .

كما صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16/04/1990 جاء فيه " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق ما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم ما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. "

فحق الزيارة المنصوص عليه في المادة 64 لا يقتصر على الأب أو الأم أو ممن تسند لهم الحضانة ليتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة , وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ بتاريخ 08/10/1969 " من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزم من محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل", وقضت به كذلك المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 23/01/2001 بقولها " للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة , ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل المطعون فيه قد وفق فيما قضى له".

ومن ثم فإن مصلحة المحضون تقتضي العمل على استقراره وتوفير الأمن له ورعايته رعاية اجتماعية ونفسية وصحية يشعر فيها بالراحة والأمان والاطمئنان، مما يؤدي إلى التكامل النفسي والاجتماعي في حياته داخل أسرته وفي مجتمعه الذي ينتمي إليه، فهي أساس لمراحل الحياة القادمة، ولهذا فإن الحضانة تسند للأصلح من الأبوين أو لغيرهما مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي هي المعيار الوحيد في ذلك.

## ثانيا: المعيار المادي

إن الهدف الأساسي للحضانة هو حماية المحضون نفسيا ومعنويا وتربويا ورعايته ماديا لضمان توفير ما يلزمه وتغطية حاجاته الضرورية تحقيقا لمصلحة المحضون , ونظرا للدور الذي تلعبه النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق , ولا بد من أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله , لكن بشرط أن يكون الابن المستحق فقيرا ولا مال له , أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب , فيما تظل البنت محل نفقة إلى غاية زواجها لتصبح نفقتها بعد ذلك واجبة على الزوج.

فعلى القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذا لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم مراعاة لمصلحته وتحقيقا لأمنه المادي، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19/02/1998 بقولها " من المقرر قانونا أنه 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 لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " .

وفي قرار آخر لها بتاريخ 16/02/1999 قضت " من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب، ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضاوا بحرمان البننتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعل وخالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة " ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة".

وقضت في قرار آخر لها بتاريخ 12/02/2001 " بأن قضاة المجلس بقضائهم إسقاط الحضانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفة التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة ويكونوا قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث أنه بالرجوع إلى مستندات الملف والقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد الاطلاع على هذه الأخيرة يتبين أن قضاة المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإنفاق على محضونين أحدهما أثبت قاض أول درجة بأنه لا يزال قاصرا والأخر معوقا إعاقة كاملة، والهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحاضنة بالإضافة إلى أن البنات دون سن الزواج حسب المادة 07 من قانون الأسرة ملزم بإتفاقهن حتى الدخول بهن وذلك طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وحيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما، الأمر الذي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحاضنة إلى حين سقوطها فعلا ومادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون ."

وقد حدد قانون الأسرة شمولية النفقة بوضوح والتي تتمثل في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته مراعاة لمصلحة المادية للمحزون ، أما تقدير مبلغ النفقة فيعود للسلطة التقديرية للقاضي وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15 /11/ 2006 " يتحمل الوالد مصاريف علاج المحزون الثابت بشهادة طبية " وجاء في معرض تأسيسه " حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع فإن القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون مما يجعل النفقة الغذائية الشهرية للبنات المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار 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 من سجله التجاري ، وكذا امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدار البيضاء في المغرب حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى حكم الطاعن بمصاريف علاج البنات المحضونة فبذلك لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية تثبت تعرض البنات المحضونة لأمراض مختلفة الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين .

وفي قرار آخر لها بتاريخ 1991/5/21 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"، وهكذا فإن تدخل القاضي يحكمه مبدأ أساسي وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحزون.

ويعتبر كذلك السكن أهم عنصر من عناصر النفقة، فمن أجل ذلك أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكن لحضانة ولده حيث يجب أن يكون المسكن ملائماً لممارسة الحضانة وهذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي، وإذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن وهو دفع بدل إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/31 بقولها " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو توفير بدل الإيجار لاعتبارهما من مشتريات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن " .

كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2010/09/16 بقولها " توفير مسكن ملائم للأم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببديل الإيجار " . ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل، عمل المشرع الجزائري على إنشاء صندوق بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل في حال طلاق والديه وضمان العيش الكريم له، فيستفيد من المستحقات المالية وتتولى قبض هذه النفقة لصالحه المرأة الحاضنة. ويستخلص مما سبق أن الرعاية المعنوية والنفسية والتربوية للمحزون غير كافية إذ لم ترافقها رعاية مادية لضمان توفير حاجاته الأساسية وتحقيق استقراره المادي والعاطفي.

### المطلب الثاني: ترتيب الأولوية في الحضانة.

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما اجمع عليه المذاهب الأربعة، المالكي الحنفي، الحنبلي والشافعي وذلك وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة، لكن قبل التعديل الوارد في 05/02 المؤرخ في 2005/2/27.

حيث نصت المادة 64 من قانون الاسرة قبل التعديل على ما يلي " الأم اولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة ثم الاب ثم أم الأب ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحزون في كل ذلك"، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة. فالمادة 64<sup>1</sup> تحدثت عن الولاية بتلفظها لمصطلح اولى، والمعروف ان الولاية نوعان، ولاية على النفس، ولاية على المال فالولاية على النفس تشمل الإشراف على شؤون المحزون العامة من صحة واخلاق وتأديب ورعاية وتعليم وتمدرس وكل ما يشمل ذلك، اما الولاية على المال فهي الإشراف على شؤون المحزون المالية في حدود التصرفات المالية كالبيع والإيجار والرهن وغيرها.

<sup>1</sup> - المادة 64 من قانون الاسرة الجزائري.

كانت الأولوية في الحضانة طبقا لقانون الاسرة ممنوحة للام، فإن لم توجد او تنازلت عنها فللجدة وإلا فالخالدة، وهو ترتيب يرد اساسا إلى الخوف على مصلحة المحضون والحرص على ضمانها<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: التبريرات الشرعية لتقدم الام في المرتبة الاولى.

حسم الإجماع على ان الام أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق او الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع، ولما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان

ومن الادلة الشرعية ما روى عن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وزعم ابوه أنه يترعه مني: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: انت أحق به مالم تنكحي."<sup>2</sup> وقال صلى الله عليه وسلم: " من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة " وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذها منها، فتجادباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال أبو بكر: " مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه ".

### أولا: الأم ومن يليها من قريباتها.

#### 1- الأم:

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، و دليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني " ، فقال : " أنت أحق به ما لم تنكحي . "

وقال صلى الله عليه وسلم : " من فرق بين والدة و ولدها ، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة . " وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذها

<sup>1</sup>- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار الهومة الجزائر، ط2004 ، ص114.

<sup>2</sup>- حديث من السنة أنظر شمس الدين أبو عبد الله محمد بن الشيخ أبو بكر ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية جزء الرابع ص 360, 361 نقلا عن أحمد شامي السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2013-2014 ص 413.

منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما ، فقال ابو بكر : " مسحها و حجرها و ريحها خير له منك ، حتى يشبّ الصبي فيختار لنفسه. " و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : (( الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير و أعرف بتربيته ، و حمله ، و تنويمه ، و أصبر عليه ، و أرحم ، فهي أقدر و أصبر في هذا الموضوع ، فتعيتت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع .

مما ذكره السابقون وأجمع عليه الفقهاء، فإن درجة الام الممتازة في احقيتها لحضانة اولادها لا ينازعها فيها أحد لعظمة دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحيا واجتماعيا واخلاقيا، وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الام في ممارسة حقها في الحضانة بل واعتبر حتى تنازل الام عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وان إسناد حضانتها لشخص اخر يجعل من القرار جانبا للصواب.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: (أن تأييد الحكم الذي اسند حضانة الولد للجدّة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقارير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعابر قصورا في التسبيب)<sup>1</sup>.

وجاء في القرار أن الام تنازلت عن حضانة ابنها وتم الإشهاد بذلك بموجب حكم صادر عن محكمة وهران، مما جعل هذه الاخيرة تسند الحضانة لصاحبة المرتبة الثانية، الجدة لام.

فكان جواب قضاة المحكمة العليا أن عدم مناقشة الدفوع المثارة من طرف الطاعن حول الحالة النفسية للولد المقدمة من الطاعن حول وضعية الولد والمحيط الغير لائق الذي يعيش فيه، كما اشارت إليه المساعدة الاجتماعية، وعدم مراعاة مصلحة المحضون يعد قصورا في التسبيب، مما جعل القرار مطعون فيه بالنقض.

وفي قرار أكثر قوة ووضوح يؤكد أهمية الام في إعطائها أحقية حضانة أولادها وإسنادها لها حتى وإن تنازلت عنها جاء فيه ما يلي<sup>2</sup>: من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد الحضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون.

<sup>1</sup>- قرار رقم 332324 مؤرخ في 2005/07/13 ، نشرة القضاة، العدد 59 ، صفحة 236.

<sup>2</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 220470 مؤرخ في 1999/04/20، نفس المرجع صفحة 181.

بل إن تنازل الام عن الحضانة وتراجعها عن ذلك لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، كما جاء في قرار اخر للمحكمة العليا تبنى ما يلي<sup>1</sup>: (من المستقر عليه ان مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الاشخاص ومصالحهم.

ومتى تبين أن تنازل الام عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة.

وان قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط عل تنازل الام عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه).

وفي تكريسه للمبدأ أكد القرار أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة، كون هذه الاخيرة تخص حالة الأشخاص، وان مصلحة المحضون تبقى المعيار الأسمى في تحديد احقية الجهة المسند إليها الحضانة، والواضح أن هذا الاجتهاد عاكس ما كان قبلة من القول بان تنازل الام عن الحضانة لا يقبل طلب استرجاعها، كما جاء في قرار المحكمة العليا، ملف رقم 53340 مؤرخ في 1989/3/27 والذي جاء فيه ما يلي: (من المقرر فقها وقانونا ان المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الاولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية .

من الثابت ان الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون ان ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الدين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها ام الاولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة، والام أولى بحضانة ولدها المسلم حتى ولو كان كافرة، كما دافع عن ذلك قضاة المحكمة العليا في قرار سبقت الإشارة إليه، انه من المقرر شرعا وقانونا أن الام أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه.

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية صفحة 175.

## 2- أم الام (الجدة).

رتب سابقا المشرع الجزائري الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال سقوط الحضانة عن ام المحضون لأي سبب كان، سواء تعلق الامر بالوفاة او الزواج بأجنبي أو أي سبب آخر.

وعلى منواله سارت غالبية التشريعات العربية، ويبقى الاعتبار في ذلك أن أم الأم مشاركة للأم في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رافة وشفقة على المحضون من غيرها.

## 3- الخالة.

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، هذا ما اتفق عليه في الأثر، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال: " الخالة أم ".

وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختا للأم أو أخت لأب أو أخت لأم، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق جمهور الفقهاء أيضا وصدقته المادة 64 من قانون الأسرة قبل تعديلها، وكرسها اجتهاد المحكمة العليا في عديد قراراته.

فقد تقدمت الخالة على الأب في إعطائها حق ممارسة الحضانة، إذا في قرار المحكمة العليا في عديد قراراته.

فقد تقدمت الخالة على الأب في إعطائها حق ممارسة الحضانة، إذا جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

ولما كان ثابتا أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كإسناد يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة، مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

وتقدمت الخالة أيضا عن الأخت لأب كما جاء في قرار ثان للمحكمة العليا أكد على<sup>1</sup>: (من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الاسرة، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة).

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 89672 مؤرخ في 23 /02/ 1993 , الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية صفحة 166-167.

ان قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه). ويجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها الواجب توفرها في الحاضنة.

## ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه.

**1- الأب:** العبرة في الحضانة ان جانب الانثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها والهدف من وجودها، ذلك أن الانثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك.

لكن المشرع الجزائري الذي غلب جانب الانثى من الأم في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل، خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للاب على ام الاب خلافا لما قال به الإمامان مالك أبو حنيفة، تقديم الأب على الام الأب وترتيبها يعني ان المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له.

**2- أم الأب:** تأتي مرتبة الجدة لاب مباشرة بعد الأب، وهذا قبل تعديل 2005/02/27 , وان المشرع الجزائري سبق الاب عن امه في ترتيب الحاضنين خلافا للمذهب المالكي، وأخذ بالمبدأ الشافعي.

وكما تكون الحاضنة لام الأب، تكون لأمها وجدتها أخذا بمبدأ الام وإن علت مع مراعاة توافره على الشروط المذكورة سلفا في ممارسة حق الحضانة.

## الفرع الثاني: الأقرب درجة

سكت المشرع الجزائري عن تعريف الاقرب درجة أثناء ترتيبه للحاضنين، وقد صت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، فإنها حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمه، ولما سمح لنا بالرجوع على احكام الشريعة الإسلامية عند وجودنا لنص مبهم وغير واضح تطبيقا سليما للمادة 222 من قانون الأسرة، فقد تباينت الآراء الفقهية في تحديد الأقربين درجة غير أنهم اتفقوا على التصنيف الاتي ذكره.

## أولا: القريبات من المحارم.

حيث صنفت في المذاهب الاربع وفق الترتيب التالي:

1-**المالكية:** يقولون إن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن: الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم العمة أخت أبيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت للأم ثم بنت الأخت لأب، وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة، وغن تساوت الحاضنات جميعهن تقدمت أكبرهن سنا، فإن تساوين من كل وجه، تقدم دوما الشقيقة ثم التي لأم ثم اللاتي لأب.

2-**الشافعية:** يقولون القريبات من المحارم حسب الترتيب هن:

الاخت ثم الخالة، ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة، ثم بنت العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال، ويقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم

يقولون إن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن:

أخوات المحضون ثم بنات الأخوات، ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي.

3-**الاحناف:** يقولون إن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن:

أخوات المحضون ثم بنات الأخوات، ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي.

د-**الحنابلة:** يقولون إن القريبات من المحارم ترتيبا هن: الأخت الشقيقة ثم أخت لأم ثم أخت لأب فالخالة فالعمة ثم خالات الأم ثم خالات الأب ثم عمات أبيه ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته، ثم أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه<sup>1</sup>.

## ثانيا: العصابات من المحارم من الرجال.

ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.

<sup>1</sup>- باديس ديابي، المرجع السابق، صفحة من 49 إلى 51.

فالمالكية قالو إن الجدة ثم الاخ ثم ابن أخ المحضون ثم عم المحضون الشقيق ثم عم المحضون لأب وعم الاب يكون بمرتبة عم المحضون لاب وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، ثم أبناء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور كونهم من العصابات غير المحارم، ولا حضانة لهم للأنثى.

ولا تتوقف القرابة عند الحد المذكور، بل تتعدها على محارم المحضون من غير العصابة إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد وليس أهلا للحضانة، وهم على الترتيب التالي: الجد لام ثم الأخ لام ثم الأخ لام، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب ثم الخال لأم.

### ثالثا: المحارم من الرجال غير العصابة

لا تتوقف القرابة عند القربيات من المحارم، أو العصابات من المحارم من الرجال، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد وليس أهلا للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصابة وهم على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

## ملخص الفصل الأول

حيث انه ما درسناه في الفصل الأول ينحصر في مفهوم الحضانة وركزنا على المعايير المتوفرة للقاضي في حسن اختيار إسناد الحضانة للشخص الاهل لتوفير الحماية الاجتماعية والنفسية للطفل المحضون وله ان يستعين بالخبراء النفسيين المعتمدين لدى القضاء ولابد من السهر على أداء مهامهم بضمير واعي والموضوعية وعدم الانحياز لطرف من الأطراف دون الاخر لأن الامر يتعلق بمصلحة المحضون الوحيدة والتي لابد من السهر على توفيرها لتكوين الطفل تكوين نفسي وفيزيولوجي سليم وكما انه درسنا ترتيب المشرع للأشخاص التي تسند لهم الحضانة فالتعديل الأخير الذي جاء به المشرع هو تسبيق الاب على الجدة لام وغاية منه هو الحفاظ على الطفل وتقريب الأبوين من المحضون كونهما الاحق و الاثمن دون غيرهما كما ان الجدة قد تكون متوفية أو تتعدم فيها شروط إسناد الحضانة التي ركزنا عليها في الفصل الأول من بحثنا كما درسنا التنازل عن الحضانة سواء من الام التي يفتح القاضي تحقيق من أجل القبول بالتنازل بشرط تحقق من مسألة المحضون وغلا ترفض طلب التنازل سواء من الام او الاب إن لم تتوفر مصلحة المحضون في غياب احد الابوين

# الفصل الثاني

أثار الحضارة وسلطة القاضي في تقدير حقوق  
المحضون

## الفصل الثاني: أثار الحضانة وسلطة القاضي في تقدير حقوق المحضون

إن انحلال الرابطة الزوجية، من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانوناً وشرعاً، ولعلها تكون الأم مبدئياً لكونها الأنسب والأجدر بها، وينتج عن ذلك أثر تتطلبها ممارسة الحضانة، ومراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليماً، ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون، وإضافة إلى ذلك وكون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية مضمّنة في سبيل تربية المحضون، والسهر على مصالحه.

فهل يتطلب ذلك مقابلاً لها بما يعبر عنه بـ "أجرة الحضانة"؟، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت، ينمو في دفئه المحضون، تحت رعاية الحاضنة له.

وزيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه، يفترض ابتعاده عن أحدهما، ولمجابهة ذلك اقتضى القانون والشرع، من أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة. تلك هي الآثار المترتبة عن الحضانة والتي سنتناولها في هذا الفصل الثاني.

### المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير حقوق الحاضنة.

الحضانة كما عرفت المادة 62 ق. الأسرة، تهدف إلى حماية الولد والسهر على تربيته على دين أبيه وتعليمه ورعايته صحة وادباً وخلقاً، حتى ينشأ المحضون نشأة صالحة صحيحة تهيؤه ليكون مستقبلاً فرداً فاعلاً إيجابياً ومؤثراً في مجتمعه. هذا الجانب من الرعاية الجسدية الخلقية للصغير، هو ما سبق وذكرنا أنه يمثل المعيار الروحي لمصلحة المحضون، والتي ينشدها القاضي ويتحراها ما أمكن، عند إسناد الحضانة لمستحقها<sup>1</sup>. فالمشرع الجزائري نص على مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة<sup>2</sup>

لكن مصلحة المحضون لا يمكن أن تتحقق بتحقيق معيارها الروحي فقط، بل لابد لها من معيارها المادي الذي تتجسد به فعلاً فهو والمعيار الروحي يكملان بعضهما ولا معنى لأحدهما دون الآخر، فهما فعلاً وجهان لعملة واحدة هي مصلحة المحضون. ويقصد بالمعيار المادي الحقوق المالية المادية التي تستلزمها الحضانة، لأن العناية بالصغير تتطلب حتماً تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها.

<sup>1</sup> - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - القانون رقم 84/11 المتضمن قانون الأسرة، ص 914.

هذه التكاليف رغم أن الأصل فيها أن تكون من مال المحضون إن كان له مال كما أجمع عليه الفقه ، إلا أنها وقياسا على الغالب الأعم تعد حقوق المحضون واقعة على عاتق المحضون له ، أبا كان أو غيره . فإذا وقع الطلاق بين الزوجين وما بينهما أبناء فالقاضي يسعى جاهدا لحماية المحضونين من التشرد والضياع وعلى هذا الأساس فالاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير حول توسيع دور القاضي في تسيير الدعوى والوصول إلى العدالة بإعطائه دور إيجابيا سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون وذلك بتوسيع سلطته التقديرية وهذا ما سايره المشرع الجزائري في مسائل الحضانة<sup>1</sup> .

رجوعا إلى نصوص قانون الاسرة، نجد ان المشرع قد نص على أثريين ماليين رئيسيين للحضانة، وهما نفقة المحضون، وقبلها سكن الحضانة وأجرته، فما مدى تقدير قاضي شؤون الاسرة لمختلف الأحكام التي قررها المشرع لكل من هذين الاثريين الماليين، من حيث المقصود بهما، شروط استحقاقهما وكذا اسباب سقوطهما؟

### المطلب الأول: أجره الحاضنة ونفقة المحضون.

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة، وعلاج، وتربية وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، وتتجلى في نفقة المحضون، لكن هل نفقة المحضون من شأنها أن تنطوي على مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات مضية، في سبيل رعاية المحضون وحسن تنشئته؟ أم أن هذه الجهود تتطلب لها مقابلا مستقلا عن نفقة المحضون، بما يسمى بأجرة الحاضنة؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: أجره الحاضنة.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فالمالكية قالو بانه للحاضنة اجرة على حضانتها سواء كانت أم أم غيرها وبغض النظر عن حالتها المادية إذا كانت موسرة او معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال، أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس كونها تمارس حضانتها، وللمحضون على ابيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء، والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتتفقهها على الولد.

<sup>1</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، ص143.

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجره للحاضنة عن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين الولد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجره الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من اب الطفل، ذلك ان الأجرة - حسب الاحناف - ليست عوض خالصا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة وبما ان النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فغنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب وماعدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجره الحاضنة.

على مستوى التشريع في الجزائر فإنه لم يقل بأجرة الحضانة بالتمتع في المواد 75-76-77-78 ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، سيما وان المادة 222 من قانون الأسرة تحلينا على مبادئ الشريعة الإسلامية، وان فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة.

### الفرع الثاني: النفقة في التشريع الجزائري.

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على (شمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة). وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة، وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس، وحسب وسع الزوج.

والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج، والأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما: الزواج والقرباة.

### أولا: المكلف بأداء النفقة.

الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، ذلك رغم أن الأصل هو نفقة الولد وسكنه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده. وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب." ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو < عاهة أو مزاولا لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب.

فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج. ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة الآتية:

- 1- إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة، ويرى بعض الفقهاء القانونيين إن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس.
- 2- يجب ان يقوم بالدليل عجز الاب وقدره الأم على الإنفاق.

وعلى ذلك سار القضاء في الجزائر إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم ما يلي<sup>1</sup>: (من المقرر شرعا أن يسار الزوج ولا يسقط حقها وحق اولادها في النفقة دون مبرر شرعي).

إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده اخطوا في تطبيق القانون.

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق البننتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة لنفقة الزوجية الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا أو بالنسبة لنفقة البننتين الفقيرتين، وإن الحكم المستأنف لم يذكر المطعون ضده الإعسار، وإنما ذكر ذلك امام المجلس وإن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد 37-61-72-75-78 من قانون الاسرة التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

وفي قرار اخر صادر في 21/1/2004 جاء فيه ما يلي<sup>2</sup>: (لا يحق للام الحاضنة التنازل عن نفقة الاولاد مادامت النفقة حقا للمحضون).

وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى ان الاولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فان الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله وان شهادة عدم العمل بأجر التي يتدرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على اولاده، هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن الام الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الاولاد.

**ثانيا: معايير تقدير النفقة ومراجعتها**

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 237148 مؤرخ في 2000/2/22. المجلة القضائية لسنة 2001.

<sup>2</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 311458 بتاريخ 2004/01/21 , المجلة القضائية لسنة 2004 , العدد الثاني صفحة 379.

يعد تقدير قيمة مبلغ النفقة المحكوم بها سلطة تقديرية خالصة لقاضي شؤون الأسرة، فلا يقبل مطالبة الحاضنة المحضون له بمبلغ محدد، كما ليس للمحضون له أن يدفع المبلغ الذي يراه هو نفسه مناسباً ولا يكون للقاضي مقيداً في تقريره لقيمة النفقة إلا باعتبارين، يعدان الأساس في تقديرها.

ونصت على هذين الاعتبارين المادة 79 من قانون الأسرة بالقول: (يراعى قاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم).

وبذلك فهذان المعياران يتعلقان بطرفي الدعوى والظروف المحيطة بها زماناً ومكاناً، فليس الأساس فيهما موضوعاً ثابتاً، وإنما معياران ذاتيان مرنان يختلفان بين قضية وأخرى.

**1- حال الطرفين:** والطرفان هنا هما المحضون له المكلف بالنفقة وهو غالباً الأب، والمحضون المحتاج للإنفاق عليه. حيث تقدر النفقة بمراعاة لحال كل منهما، ويكون ذلك بناء على ما يسمى بمقدار الكفاية وهو يتحقق بأن يسد حاجة المحتاج للنفقة من جهة، ويتفق مع قدرة المكلف بها من غير إرهاق له من جهة أخرى<sup>1</sup>.

فحال المكلف تكون بالنظر إلى يسره وقدرته على التكسب وحالته المدنية، كالنظر إلى ما يزاوله من عمل ومقدار كسبه وما عليه من التزامات .... وغير ذلك. وبهذا الصدد قررت المحكمة العليا أنه: " على قضاة الموضوع مناقشة الحالة المادية للأب عند تحديدهم النفقة الغذائية الخاصة بالابن المحضون، خاصة وأن النفقة الغذائية للمحضون تبقى مستمرة إلى أمد بعيد ولا تزال بالسقوط الشرعي للحضانة"<sup>2</sup>.

كذلك ينظر إلى حال المحضون، والتي يقصد بها وضعيته المعيشية والتعليمية ومدى ما يحتاجه من مصاريف بالنظر خصوصاً إلى سنه وصحته.

## 2- ظروف المعاش:

وهي الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في مكان وزمان الحضانة، ويظهر أهم تطبيق لها في حالة الأسعار، خاصة وأنها في ارتفاع مطرد وتزايد مستمر<sup>3</sup>، ما يفرض على القاضي مراعاة هذا الواقع عند تقديره لقيمة نفقة المحضون.

<sup>1</sup>- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى مصر ص 247.

<sup>2</sup>- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 343907، قرار غير منشور، نقلاً عن قندوزي دلال مرجع سابق ص 15.

<sup>3</sup>- سلامي دليلة المرجع السابق ص 79.

## ثالثا: مراجعة القاضي لنفقة المحضون.

طبقا لنص المادة 79 من قانون الأسرة فإن القاضي وبمرور سنة يمكن أن يرفع إليه طلب مراجعة مبلغ النفقة ، وقد أحسن المشرع صنعا بنصه على أن النفقة تحتاج إلى المراجعة ، ذلك أن الأسس الذي يعتمد عليه القاضي عند تقريره لمبلغ النفقة تعد متغيرة غير ثابتة بتغير ظروف المجتمع والمستوى المعيشي فيه<sup>1</sup> كما ترتبط بحال الطرفين ، وهي ليست ثابتة على الدوام ، ف جاء في قرار المحكمة العليا أنه مادام أن النفقة الغذائية تتغير كلما زاد سن مستحقيها وكلما زادت متطلبات الحياة الاجتماعية ، فإن رفع النفقة بعد مراجعتها يخضع تقديرها للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع<sup>2</sup> .

من ناحية ثانية، فإنه ومن تحليل المادة 79 نجد انها لم تحصر مراجعة النفقة في زيادتها فقط (أي لصالح المحضون)، بل جاء نصها عاما مما يجعلنا نقول بأنه يمكن حتى أن يكون طلب المراجعة مرفوعا من قبل المكلف بالنفقة للمطالبة بإنقاص قيمتها، وهذا كما لو اعترضته ظروف تؤثر على وضعيته المادية. ولا تكون مراجعة النفقة مقبولة إلا بتحقق شرط متعلق بفوات مدة معينة وقد حددتها المادة 79 من قانون الأسرة بمفهوم المخالفة بسنة من تاريخ صدور الحكم المقرر للنفقة. فلا يقبل طلب مراجعة قبل فوات هذا الأجل أي كان السبب وراءها والقاضي ملزم بمراعاة معياري حال الطرفين وظروف المعاش في الحكم بتسديد النفقة إلا أنه حقيقة فالنفقة المحكوم بها من المحاكم لا تكفي كامل متطلبات الطفل مما جعل المشرع جواز مراجعة النفقة كل سنة حسب تغير احوال المحضون كدخوله للتدريس او حاجته للرعاية الصحية.

وتظل المسألة في غياب الحسم اجتهاديه على ضوء ما ادلى به الفقهاء، كما ان بدل الإيجار لا علاقة له بعدد الاولاد وهذا ما نصت عليه اجتهادات المحكمة العليا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا قرار بتاريخ 2005/03/23 ، ملف رقم 327208 ، قرار غير منشور، نقلا -عن: عمار فرطاس، الاجتهاد القضائي في مواد النفقة، مذكرة ماستر، تخصص قانون احوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة جوان 2014 ص 61.

<sup>2</sup> بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2008-2009 م ص 119.

<sup>3</sup> يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الاب للمحضون ولا يمكن أن يقترن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين.

ويسري الحكم ببطل الإيجار من تاريخ صدور الحكم<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حق السكن وبدل الإيجار.

نصت المادة 2/52 من قانون الأسرة على أنه: "إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، كما نصت المادة 2/ 467 من القانون المدني على أنه: "و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة."»

كما نصت المادة 2/12 من المرسوم رقم 76-147 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحلّ معدّ للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري على أنه : " و في حالة الطلاق ، يؤول حق الإيجار و حقّ البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعين من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 2/467 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني. "

### الفرع الأول: سكن الحاضنة.

حيث أنه نستهل دراستنا لهذا الموضوع بقول الله تعالى في كتابه بعد بسم الله الرحمن الرحيم " **وَاللّٰهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ ۗ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ** " <sup>2</sup>.

إذا كانت الام هي الحاضنة كان من الأنصاف منح مسكن الزوجية لها حتى تمارس الحضانة على وجه سليم، وحفاظا على راحة وصحة الاطفال وتوازنهم العقلي والنفسي وكذا على استمرارية تربيتهم في الوسط الذي نشؤوا فيه.

فالأب غير الحاضن لا يخشى عليه من التشرد، بل يخشى ذلك على الاطفال المحضونين من طرف الام، وباستطاعة الاب البحث عن سكن اخر، او اللجوء إلى الاستئجار، فالمشرع الجزائري لا بد عليه أن يراعي مصلحة الاطفال المحضونين ومنع عرضهم للخطر الجسيم، وتبعا لذلك نرى من الضروري تعديل

<sup>1</sup> - قرار رقم: 331833 تاريخ: 2005/06/15 مجلة المحكمة العليا , 2005 , العدد 1 ص: 315 بدل إيجار سكن المحضون، يسري من

تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة

<sup>2</sup> - الآية رقم 8 من سورة النحل

المادة 52 أعلاه بحذف الفترتين الثانية والثالثة وتعويضهما بفقرة وحيدة تصاغ كما يلي: " يمنح مسكن الزوجية لمن له حضانة الاولاد من الزوجين".

وما يلاحظ على قضاء المحكمة العليا، هو تطبيقه للمادة 52 من قانون الأسرة من جهة اخرى تطبيقا سليما، والتي تعطي الحق للزوجة المطلقة الحاضنة في البقاء في مسكن الزوجية إذا ثبت بان الزوج يملك مسكنا اخر فمن مصلحة المحضونين البقاء في مسكن الزوجية والذي ازدادوا فيه، كما تعودوا على الإقامة فيه وخصوصا عن كانوا يزاولوا، فما على الزوج إلا مغادرته والانتقال إلى مسكن اخر وتبعاً لذلك يلتزم الزوج بما يلي: عدم تجريد المسكن الزوجي من الوسائل المساعدة للعيش والمتواجدة فيه، والتي تعبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ والفرش، وكذا جهاز التلفزيون الذي يعتبر من الضروريات، وكذا ما يوجد بالمسكن من خزانات وأفرشة، فالزوج المطلق لا يأخذ غلا حاجياته الشخصية من مستندات ووثائق وكتب ومجلات، وكذا ادوات العمل الخاصة به والبسته.

وإن كان منزل الزوجية مستأجرا، فعلى الاب التكفل بدفع الاجرة وليس على الحاضن القيام بذلك، وكذا بالنسبة للمستحقات الاخرى من ضرائب، كهرباء وغاز، وكذا المياه وكذا القيام بالترميمات الضرورية للمسكن، بحيث يبقى صالحا لإيواء الحاضنة والمحضونين<sup>1</sup>.

حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص سكن الحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب، جاء في تعديل 27 فبراير 2005 ، وفي المادة 72 منه والتي نصت على ما يلي: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل أجرته".

الألفاظ والمفردات التي خطت هذه المادة جعلت القضاة يحددون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل أيجاره مستشعدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني للقيام به.

<sup>1</sup> فاطمة حداد حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري الطبعة الأولى الإسكندرية 2017 ص 102.

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا يؤكدون على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل إيجار<sup>1</sup>، (السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة)<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 355 من قانون العقوبات على أنه: "يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقلا متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السوار العمومي"<sup>3</sup>

إلا أنه حسب استنتاجي فإنه بعد تعديل 2005 حسب الإحصائيات زادت نسبة الطلاق فتوفير سكن أو بدل الإيجار للحاضنة المطلقة بالرغم من أن هذا التعديل جاء ينصف المرأة لما قد تتعرض له من مضايقات في بيت أهلها أو حتى الطرد إلا أنه زادت نسبة الطلاق والخلع وقد يكون نتيجة لرغبة المرأة في التحرر دون أسباب جدية تستدعي الخلع، وأسس قراره بقوله إن القرار المنتقد خرق فعلا نص المادة 72 من قانون الأسرة، وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا حتى اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة.

أن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقا إلى عدد المحضونين. وفي قرار آخر عن نفس الجهة القضائية جاء فيه ما يلي: (لا يعفي الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضن سكن)<sup>4</sup>.

تأسيما له اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على

<sup>1</sup>- لحسين الشيخ أث ملويا المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية الجزء الأول الطبعة الثانية 2006 ص 443-444-445 دار هومه للطباعة والنشر.

<sup>2</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 276760 بتاريخ 2002/3/13، المجلة القضائية لسنة 2004/01، صفحة 274.

<sup>3</sup>- الأمر رقم (66/156) المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، العدد 49 ص 739.

<sup>4</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 2002/07/31، المجلة القضائية لسنة 2004/01، صفحة 285.

عاق الزوج، طبقا للمادتين 72/52 من قانون الاسرة، فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الاب من هذا الواجب.

جدير بالذكر أن القرارين المذكورين صدر قبل التعديل في سنة 2002 وكان بمثابة المحفز للمشرع الجزائري كي يعدل المادة 72 باختيار الألفاظ المناسبة، والتأكيد على وجوب توفير السكن الملائم من طرف الأب أو بدل الإيجار.

غير أن المادة 72 من قانون الاسرة المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص: ".... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

المشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

1- في معنى الفقرة حزم المشرع الجزائري الحاضنة في الأم المطلقة، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أما أو خالة أو أم أو أي حاضنة أخرى فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق

2- لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم بيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها. لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.

والثابت أيضا أن قرار المحكمة العليا قبل هذا التعديل فصل في مثل هذا الموضوع، واعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابعا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق قانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تقدير القاضي لأجرة المسكن

إذا تبين للقاضي المرفوع إليه النزاع بشأن مسكن الحضانة ان المطلقة المسندة إليها الحضانة مستوفية لكافة شروط استحقاق المسكن، فإنه كأصل يحكم لها به. لكن إذا أثبت الزوج تعذر توفير السكن الملائم

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا رقم 446843 مؤرخ في 2005/12/14، نشرة القضاة، العدد 53، صفحة 244.

لإعساره غالبا فإنه يتحمل مسؤولية دفع مبلغ أجرة السكن ولا يعفي الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن.

كون المكلف بكل من الالتزامين ولا يعفى المحضون له من هذا الالتزام حتى لو ثبت للقاضي يسر الحاضنة بأن يكون لها مسكن، أو ان تكون عاملة.

ويكون الالتزام ببديل الإيجار بمثابة الاستثناء على الأصل (الذي هو توفير المسكن)، لكن إذا تبين للقاضي ان المسكن الذي وفره المحضون ولو كان ملائما لا يحقق مصلحة المحضون، فإنه يجوز للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية صرف النظر عن المسكن والحكم مباشرة ببديل الإيجار، هذا ما قرره المحكمة العليا

### أولاً: معايير تقدير بدل الإيجار

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمة الأجرة أما الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقديره لمبلغ بدل الإيجار وفانة يقوم على معايير محددة وتكون تتناسب مع أطراف النزاع نتطرق إليها كالاتي:

**1-المعيار المادي:** يقصد به مراعاة الحالة المادية عسرا ويسرا. فيجب أن تكون قيمة بدل الإيجار متناسبة معها (أي مع حال المحضون له) حتى لا يكلف فوق ما يستطيع، ويكون التقدير دون نظر لراتب الأب، لأنه لا يعكس حقيقة يسره أو إعساره<sup>1</sup>.

هذا المعيار مستمد من الشرع وفي كتاب الله تعالى قوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسرا يسرا<sup>2</sup>).

**2-المعيار المكاني:** يجب عند تقريره أجرة مسكن الحضانة، مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد فيه مسكن الحضانة

**3-المعيار الزمني:** ويسري الحكم بالإيجار من تاريخ صدور الحكم بإسناد الحضانة حتى لا تقع الحاضنة في أي حرج لإيواء الصغير ولا يعرض لمصلحته أي مساس وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا " بدل الإيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة " (3)

<sup>1</sup>- قرار صادر عن المحكمة العليا رقم: 288072 تاريخ القرار 2002/07/31 المجلة القضائية ، 2004 ، العدد 1 ، ص: 278.

<sup>2</sup>- قرار رقم: 282052 تاريخ القرار : 2002/05/08 المجلة القضائية 2004 ، العدد 1 ، ص: 272.

ويسري الحكم بالإيجار من تاريخ صدور الحكم بإسناد الحضانة، حتى لا تقع الحاضنة في أي حرج لإيواء الصغير ولا يعرض لمصلحته أي مساس، وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العلي: " بدل الإيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة وتظهر سلطة قاضي شؤون الاسرة إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو أجرته".

### المبحث الثاني دور القاضي في حماية الأسرة.

#### المطلب الأول: تنظيم صندوق النفقة في ظل التشريع الجزائري

##### الفرع الأول: مفهوم صندوق النفقة.

قبل أن يكون للدولة حقوق على مواطنيها، تلزم بتوفير الظروف الكفيلة بتكوين مواطنين صالحين وعلى رأسهم أطفال أسوياء، ومن أبرز أدوارها الإنفاق على من ليس له قريب ينفق عليه على هذا الأساس، فقد سعى المشرع الجزائري إلى ضمان استفادة المحضون من النفقة الواجبة له، نظرا لأهميتها في رعايته، فتقرر بذلك إنشاء صندوق نفقة خاص بالنساء المطلقات الحاضنات. وجاء في نص مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة -في عرض أسباب إنشائه - أنه موجه للمطلقات الحاضنات اللواتي يواجهن مشاكل في تحصيل النفقة لإعالة محضونهم بسبب رفض الوالد دفعها أو عجزه عن ذلك<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المعني<sup>2</sup>، يمكن الخروج بجملة من القواعد المتعلقة باستفادة المحضون ومن مخصصاته المالية نعرضها كالآتي: يمثل المحضون في صرف المبالغ المستحقة الممنوحة من الصندوق، المرأة الحاضنة طبقا المادة 2 فقرة (5) من القانون. وهنا نلاحظ عدم الانسجام والتناسق بين النصوص القانون، فهو من جهة موجه للمطلقة الحاضنة بالتخصيص، ومن جهة أخرى تنص المادة 2 منه على أن المستفيد منه هو الطفل، يمثله في ذلك المرأة الحاضنة بمفهوم قانون الأسرة " دون اشتراط أن تكون الأم المطلقة أو غيرها.

<sup>1</sup> - مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة راجع موقع الاستشارات القانونية.

<sup>2</sup> - قانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 4 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية

الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 7 يناير 2015 عدد 1 ، ص 07.

## الفرع الثاني: شروط استحقاق النفقة

قبل تقريره لاستفادة المحضون من النفقة فعلى القاضي مراقبة شروط معينة لا بد من توافرها للقول بوجود النفقة له. ويكون نضر القاضي في هذه الشروط بناء على سلطته التقديرية حيث أن الأمر متروك للقاضي وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالاً للمادة 222 منه

هذه الشروط يمكن إجمالها في ثلاث نقاط، أجمع عليها فقهاء المذاهب الفقهية المشهورة، حيث أنه ما نستخلصه أن مشروع صندوق النفقة لقا استحسان من الرأي العام ويساعد الملزمين بالنفقة بتسديدها إلا أنه يبقى منتقدا خاصة لإحالاته المتكررة على قوانين تنظيمية لم تصدر لحد الساعة<sup>1</sup>.

1- إيسار المحضون طبقاً للمادة 75 ق أسرة ان نفقة المحضون تكون من ماله ولو كان أبو غنيا فلو كان للولد الصغير مال لم تجب نفقته عل أحد ولو كان أباه بل تكون واجبة عليه من ماله الخاص وعليه يشترط في المحضون أن يكون فقيراً معسراً لا مال له ولا كسب

2- عجز المحضون عن الكسب ويقصد به ألا يكون باستطاعته كسب عيشه بوسيلة مشروعة فإن كان قادراً على الكسب فنفقته في كسبه لاستغنائه به عن الحاجة

3- العجز البدني أو العقلي وقد عبرت عنه المادة 75 بالعجز لأفة عقلية أو بدنية وهذا العجز لا يعد سبباً للإففاق في حد ذاته، وإنما يعتبر سبباً لوجوب استمرار النفقة على الولد بعد بلوغه السن الذي يفترض فيها سقوط النفقة عنه ومثال العاهة الموجبة لاستمرار النفقة أن يصاب الولد بمرض يقعه كالشلل أو فقد أطرافه أو إصابته بالعمى أو الجنون أو العته<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني: دور القاضي في تسوية النزاعات الأسرية

### الفرع الأول: التحكيم الأسري ودوره في حماية الأسرة

<sup>1</sup> - محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، نفقة الصغار، الغرضاع، الحضانة، مسكن الحضانة، رؤية الصغير نفقة الاقارب، النسب، اللقيط، المفقود، دالر محمود، دم ن ص335.

<sup>2</sup> - د.نضيره عتيق، صندوق النفقة وماله عليه، دراسة نقدية تقويمية مداخلة مقدمة خلال يوم دراسي حول صندوق النفقة بعنوان صندوق النفقة، الواقع والأفاق، منظم بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة 3 مارس 2015.

حيث ان ما نلاحظه في الآونة الاخيرة حسب الإحصائيات ارتفاع رهيب لحالات الطلاق مما يستدعي الامر دق ناقوس الخطر والبحث في أصل المشكلة التي تنجم عنها الانفصال الأسري والتشتت للقصر الحضونين وعليه يتعين معالجة الموضوع منذ البداية وإذا توافرت الأسباب والشروط اللازمة للجوء إلى مبدأ التحكيم , فغنه يجب على القاضي المختص في الفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين ان يؤجل الفصل في الدعوى , وأن يعين الحكيم ينظر تقديم تقريرهما خلال المهلة القانونية المحددة وعندها يستطيع الزوجان او أحدهما أو المطلقين ان يطلع على هذا التقرير الذي ستوضع نسخة منه في مكتبة الضبط تحت تصرف الزوجين ونسخة ثانية توضع في الملف ويستطيع احد الزوجين د ما كان مستعجل ان يطلب استرداد الدعوى وإعادة السير فيها من جديد بعد تأجيلها وتوقف السير فيها.

أن تقرير الحكيم مثل أي وثقة تستعمل للإثبات التي يمكن ان تساعد القاضي على إصدار حكم سليم عندما يتصدى للفصل في موضوع النزاع وتخضع لتقديره، والقاضي غير ملزم بما تضمنه التقرير غدا فشلت إجراءات التحكيم وتصدى للفصل في موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

وعلى الحكيم القيام بإجراء تحقيق في موضوع نزاع الزوجين وتحديد الناشز أو المتخلي عن واجباته وتحديد الضرر والمتسبب به ان وجد وان وجد صعوبات فعليهما ان يطلعا القاضي بما يعترض مهمتهما من إشكاليات اثناء تنفيذ المهمة مادة 474 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإذا ما نجح الحكمان في محاولات الصلح، عليهما إثبات ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن م 448 قانون إجراءات مدنية وإدارية<sup>2</sup> وهذا في أجل شهرين

وهذا إن عجز الحكمان عن إجراء الصلح فعن للقاضي إنهاء مهامها تلقائياً، إذا ما وجد صعوبة في تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القاضي القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة م 449 من قانون (إ.م.إ)<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري طبعة 3 دار الهومة الجزائر، 1996 ص 227.

<sup>2</sup>- المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup>- المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا واد قضت المحكمة برفض الدعوى لعجز المدعي عن إثبات الضرر فإن ذلك لا يمنعها من تجديد رفع الدعوى مرة ثانية إذا كانت ستمكن من إثبات الضرر في وقت لاحق<sup>1</sup> , ذلك ان الاحكام الصادرة في مسائل الحالة لها حجية مؤقتة هذا ما أقرته المحكمة العليا

" لا تكسب الاحكام الفاصلة في حالة الأشخاص حجية الشيء المقضي به."<sup>2</sup> وفي قرار اخر أكدت ذات المبدأ " عدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي به"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه أعمال الصلح القضائي والتحكيم

إن كثرة الملفات لدى القضاء إثر سلبا على مستقبل الأسرة وهو التعاطف والتسامح والتضحيات وعليه فالصلح والتحكيم لم يقدم عمليا خدمات وذلك للأسباب التي ذكرتها سابقا وهي كثرة الملفات بما لا يسمح للقضاء بإفراد الوقت الكافي لكل ملف ومحاولة التعرف على اسباب الخلاف الحقيقية وإيجاد الحلول والنظر لعدم توفر الأجهزة والاطر الكافية القادرة على ردم الخلاف وإيجاد الحلول بطريقة عملية متينة نجد مهمة القضاء في هذا الشأن محدودة جدا وبالتالي تحصر محاولة الصلح في أحيان كثيرة في محاولة سطحية

فما لا شك فيه فإن آلية الصلح في قضايا الأسرة تعترضها عدة معوقات تحول دون تحقيق الغاية المبتغاة منها، حيث ثبت من خلال الواقع المعاش أن أغلبية محاولات الصلح تكفل بالفشل وذلك راجع إما لفشل العناصر الأساسية التي تكونها، وإما لكون المؤسسات المرتبطة بالصلح لا تقوم بدورها على أكمل وجه.

عدم نجاح آلية الصلح، ترجع تجليات فشل آلية الصلح في المنظومة القانونية بالدرجة الأولى إلى أسباب قانونية وقضائية وأخرى تتعلق بالدفاع والمتخصصين.

الأسباب القانونية والقضائية تكمن أولى هذه الصعوبات في إسناد مهمة القيام بالصلح للقاضي الحكم، حيث يقوم نفس القاضي بعملية التصالح ومتابعة القضية لإصدار الحكم فيها فإسناد الصلح للقاضي ذو اختصاص

<sup>1</sup> - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 350.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 473962 قرار بتاريخ 2009/1/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005 ص 425.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 342470 قرار بتاريخ 2005/9/14 المجلة القضائية، العدد الأول، 2007 ص 521.

مزدوج يؤدي إلى نتائج تنبئ بفشله وبالتالي عدم نجاحه، كما قد يتخلى عن دوره الرائد في دفع الطرفين للتصالح والتقريب ويكتفي بالإشارة إلى مقتضيات الصلح بمجرد الإشارة العابرة كإجراء روتيني

كما تعرف مؤسسة الحكمين على المستوى العلمي معيقات ذلك أن التحكيم بين أفراد الأسرة في حالة الشقاق تعرض ولازال يتعرض إلى نوع من التعطيل والهجر<sup>1</sup>، وفي تعطيله وهجره تعطيل لكتاب الله الأمر يبعث

الحكمين، مصدقا لقوله تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا " <sup>2</sup>

حيث أن النصوص القانونية وهي تشير إلى بعث الحكمين لم تأخذ بعين الاعتبار التحولات الجدرية التي تعرفها الأسرة بشكل خاص والمجتمع بشكل عام الذي يصعب معه سلوك هذه الآلية بالإضافة إلى قلة الأطر التي يمكنها تتبع عملية الصلح وتحضير القضية في أن واحد أمام كثرة الملفات.

### الحلول البديلة لتسوية المنازعات الأسرية:

وعن الحلول البديلة لتسوية المنازعات الأسرية يتمثل في اقتراح إنشاء مجلس الإرشاد والإصلاح الأسري كإجراء وقائي لحماية الأسرة ووسيلة فعالة ولينة لإنجاح الصلح بين الزوجين.

فلما كانت الأسرة لها دور مهم في صيانة المجتمع وحفظه من الضياع ولما كان حرص الإسلام على قيام أسرة متماسكة قوية لحفظ المجتمع وإنجاب أبناء صالحين، ونظرا لانتشار الطلاق والمشاكل الأسرية مما ينعكس سلبا على المجتمع بشكل عام، كان لا بد من إنشاء مجلس الإرشاد والإصلاح الأسري مهمته تقديم الإرشاد للزوجين ومساعدتهما على حل الخلافات الأسرية.

ولعل أهم مسوغ لإنشاء هذا المجلس هي الظروف والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تعيشها الأسرة الجزائرية والتي كانت وراء انتشار الطلاق وتصدع الأسرة مما بات له الأثر الواضح على الحياة الاجتماعية والأسرية بشكل سلبي، فكان الهدف من إنشاء المجلس هو التقليل قدر الإمكان من الطلاق وتخفيف العبء على القضاء.

<sup>1</sup>- كريمة محروق دور لقاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة. ص 232.

<sup>2</sup>- الآية رقم 35، سورة النساء.

تتمثل أهمية ترك الصلح للمجلس أن يعد الخصومة من نفوس الزوجين وكذلك الأحقاد وهذه الأمور لا ينهيها القضاء عادة بل قد يشعل نار الفتنة ويظل كل من الطرفين يتربص بخصمه، وقد يدفع ذلك إلى ارتكاب الجريمة من أجل استرداد حقه الذي يعتقد به يكون الصلح أفضل طريق لحل الخلافات الزوجية. وبالتالي يستحب أن يحيل القاضي المتنازعين إلى المجلس من أجل التصالح لأن مهمة القاضي هي الفصل بين الخصوم قضائياً<sup>1</sup>.

ومن مهام وأهداف المجلس، تهدئة النفوس والتخفيف من حدة الغضب والتوتر التي يعاني منها المشتكون والمساعدة على إطفاء نار الحقد المشتعلة بين الزوجين والتخفيف من النزاعات داخل الأسرة والسعي في حلها بطرق ودية بعيدا عن المحاكم وإجراءاتها، وتقديم الاستشارات القانونية المجانية لكل من يطلبها سواء كان ذلك بالحضور إلى المجلس أو بالاتصال.

### خاتمة الفصل الثاني

حيث انه من خلال دراستنا لموضوع الحال نتشرف ان نطرح التوصيات الاتية إنه من الاساسي ان يكون القضاء في الجانب الفقهي للشريعة الإسلامية وان يخضعوا لتكوين خاص ومعمق في تعاليم الدين والفقهاء ويجب ان يتوفر للقضاة المعايير الاساسية التي تظهر مصلحة المحضون فالمسؤولية الملقاة على عاتقه كبيرة ومن الضروري أن يوفر المشرع الإمكانيات المادية والبشرية للقاضي وأن توفر الدولة مساعدين اجتماعيين يسهرون على إعانة الحاضنين نفسياً وأن يساعدهم على ابتكار مواهبهم كون العامل الأساسي لنجاح المحضونين في حياتهم المستقبلية هو القدرة على استكشاف مواهبهم وابتكاراتهم وقد تكون في الفن في الحرف في دراسة العلوم.

<sup>1</sup>- أبو هشيش (أحمد محمود)، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ط1، ص246.

# الخاتمة

من خلال ما سبق توضيحه بخصوص إسناد حضانة المحضون للأصلح، وتأكيد على أهمية دور الام في رعاية ولدها بالرغم من عدم تفرغها للطفل كلياً بحكم عملها بالإضافة إلى محاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في هذه القضايا من جهة، ومن جهة ومدى ضبط قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا من جهة أخرى، تم التوصل إلى النتائج التالية:

لقد أحسن المشرع عندما ركز في مجمل المواد والاجتهادات القضائية على مصلحة المحضون، إذ أكد من خلالها أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وحده.

توحيد استقرار الاحكام القضائية على رعايا الدولة الجزائرية وتجسيد المادة 152 من الدستور الجزائري التي تنص على ان المحكمة العليا تسهر على احترام القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي في جميع انحاء البلاد.

لم يبين المشرع الجزائري الوسائل المادية للدولة التي تساعد على تحقيق مصلحة المحضون، التي تتمثل في هياكل رعاية المحضونين الذين يفتقدون اوليائهم بل ركز على الوسائل البشرية ترك الأمر للقاضي بأن منحه سلطة واسعة في التكفل بالصغير حسب ما تميله عليه خبرته، وتقديره للظروف المحيطة بالمحضون.

كان على المشرع أن يثرينا أكثر بالضوابط والمعايير التي تبنى عليها مصلحة المحضون، والتي يعتمد عليها القاضي حين الفصل مسألة الحضانة.

مراعاة مصلحة المحضون تختلف من محضون لآخر، لكن قاضي شؤون الأسرة يستدل عليها من خلال ظروف ووقائع كل قضية، ولذلك قد نجد اختلافا في الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع.

ينظر إلى مصلحة المحضون من خلال معيارين، معيار مادي يتمثل في الرعاية المادية والصحية من مأكّل ومشرب ولباس وغيرها ومعيار معنوي يتمثل في الحنان ورعاية الجوانب النفسية.

ترك المشرع الجزائري تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، حيث أنه يصدر أحكامه وفق ما تقتضيه هذه المصلحة. وعليه حبذا لو ان يتضاف إلى تشكيلة قسم الاحوال الشخصية مساعدين إثنين في سبيل تسهيل الوصول إلى الحقيقة.

تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم والاب، وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون.

بعد التأكيد بان عمل المرأة لا يمكن أن يشكل عائقا بينها وبين محضونها مالم تخل بالتزاماتها نحو محضونها ولم تقصر بمصلحة المحضون، مساعدتها اجتماعيا بتوفير مرافق وخدمات لدمج المحضونين ثقافيا وتربويا وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في حضانة أبنائها وحققها في العمل.

تنظيم الحضانة في 11 مادة من مواد قانون الاسرة والتأكيد على مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منها مع ترك تقدير هاته المصلحة إلى القاضي بناء على الوقائع المطروحة أمامه.

إقرار المشرع الجزائري لحق الزيارة والنص على أنه يحكم القاضي بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة، غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينظم المسائل التطبيقية المتعلقة بهذا الحق ولا بكيفية ممارستها من حيث الزمان والمكان. إهمال المادة 62 من قانون الاسرة الحديث عن تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، أي عدم تحديدها للشروط الواجب توافرها في الحاضن، مما يؤدي للتضارب بين النصوص والقرارات القضائية، وهذا لا يخدم مصلحة المحضون

حيث ان الأمة الإسلامية في وقتنا الحاضر تعيش مرحلة عصبية وحرجة من تاريخها المديد، حيث تواجه عدد كبير من المشكلات على المستويين الفردي والجماعي -تحتاج إلى تضافر جهود أبنائها لتجاوزها، وتقديم الحلول المقترحة لها خلال مناظير تقوم في غالبها على تصور إسلامي صحيح للمشكلة ومعالجة صحيحة مأخوذة من نصوص الكتاب السنة ممن فتح الله عليهم من شحد للعقول التي درست الواقع وفهمت ملبساته وتحدياته المتجددة

حيث أن الأسرة تشكل اللبنة الأولى في بناء المجتمع وبالتالي إذا نظمت القواعد التي تسير عليها الأسرة على أسس ومبادئ وقيم دينية رفيعة ظل بناء الأسرة شامخا متماسكا لا تؤثر فيه عوامل التعرية، يحمي كل من يأوي بداخله من كل تيارات الفكر المتطرفة والمتصارعة والسلوك الشاد والمنحرف عن الطريق السوي

أثبتت التجارب في عصرنا الحاضر مدى تأثير حضانة الأم على الطفل في مراحل في مراحل نموه ، وكيف أن الطفل الذي تتناوب تربيته عدة حاضنات تختل شخصيته وتتفكك ، ولا تنمو فيه مشاعر الحب والتعاون ،كما أن الطفل الذي لا والد له يعاني مركب النقص ، ويهرب من هذا الواقع يتخيل شخصيته وتتفكك و لا تنمو فيه مشاعر الحب والتعاون و كما ان الطفل الذي لا والد له يعاني مركب النقص ، ويهرب من هذا الواقع يتخيل والد لاوجود له ، يتصل به في الخيال ويصوره في شتى الصور والأشكال و لا يقتصر فقد الوالد على الوفاة بل يتعداه إلى الأب الحاضر الغائب ، أي الأب المنشغل عن أبنائه سواء قبل الطلاق أو بعده بالجرى والسعي في الحياة الدنيا.

دور الأبوين مع في تربية الولد هو ضروري للقيام بواجبات الحضانة لكن إحد حدث الطلاق فدور الأم الحضانة يزداد أهمية والأم الجيدة هنا يجب ألا تبقى طفلها صغيرا وذلك عن طريق الحيلولة بينه وبين النمو الطبيعي السوي

أظهرت كثير الدراسات أهمية تواجد الأم في حياة الطفل، وأن حرمان الطفل من أمه لفترة تصل إلى أسبوعين يفقده المناعة الطبيعية ويصاب بعدد من الأمراض إذا كان في سن الرضاعة وإذا زادت فترة الحرمان لتصل إلى حوالي أربعة أشهر يصاب الطفل بالاكتئاب النفسي ويفقد شهيته فإنه يعيش في حالة من المعاناة من المرض النفسي والعقلي، وأظهرت الدراسات كذلك أن الحرمان من الأب لا يكاد يقل خطورة عن الحرمان من الأم، فكثير من الأطفال الذين حرموا من أبنائهم ساءت حالاتهم النفسية وفقدوا السيطرة على أنفسهم فمنهم من يعاني من حالات الانطواء والاكتئاب النفسي ومنهم من انحرافا إلى عالم المخدرات و الهالوس، ومنهم من بدأ يمارس الجريمة كنوع من عقاب المجتمع وعقاب الذات.

ظاهرة كثرة الطلاق تعد ثمرة طبيعية للزواج الذي لم يستوفي شروطه وعدم وجود أهل الإصلاح للتوفيق بين الزوجين عند خوف الشقاق.

أكبر مأسى الطلاق هو انتشار ظاهرة مقايضة الأطفال بالطلاق أو بحقوق ما بعد الطلاق كالمتمتع والحضانة. وأصبح من الطبيعي جدا أن تحدث تنازلات ومقايضات لا ترى في الأطفال سوى ورقة للضغط على الطرف الآخر أو مجرد وسيلة للابتزاز دون مراعاة لمشاعرهم وكرامتهم بل دون اعتبار لإنسانيتهم.

ومن أهم التوصيات التي نقترحها انه يجب على الأئمة في المساجد والمرشدين في الوزارات والمؤسسات المختلفة إظهار خطورة الطلاق على مصير ومستقبل الأولاد.

يجب على وزارة الشؤون الاجتماعية رعاية أولاد المطلقة ومنحهم مرتبا شهريا للإنفاق منه على دراستهم وتتولى الوزارة مع بنك تحصيل هذه الأموال من الزوج المطلق منعا لانحراف الأولاد أو تركهم لدراسهم لعدم وجود من ينفق عليهم.

بالنسبة للأسر الفقيرة يجب دعمها ماليا حتى يتمكن أولادها من تكملة مراحل التعليم المختلفة وحتى لا يؤدي بهم الفقر إلى سلوك منحرف مع قرناء السوء والعمل على استيعاب كل الأطفال بجميع المدارس الابتدائية حتى لا يكون هناك أمي واحد مع النص على توقيع العقاب على كل ولي أمر يرضى بانقطاع ولده عن الدراسة وذلك بسبب ما نعلمه جميعا من المشاكل الكثيرة المترتبة على الأمية.

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الحديث النبوي الشريف

ثالثاً: المعاجم

رابعاً: الكتب

- 1- أبوهشيش (أحمد محمود)، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ط1.
- 2- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ط1، دار جامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.
- 3- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى مصر.
- 4- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004.
- 5- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
- 6- الدكتورة كريمة محروق دور القاضي في حماية الأسرة ص 131-132219 الطبعة الأولى الناشر ألفادوك.ذ.
- 7- بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، 1976 ص 550.
- 8- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية قرارات محكمة عليا الجزء 3 الطبعة الأولى 2013.
- 9- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، ص 83.
- 10- حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المغرب، عدد 19، 2014.
- 11- د محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية دار الجامعة، الإسكندرية 2007.

- 12-د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت 1998.
- 13-د. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط1 , 2009 , ص 131.
- 14-د. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- 15-د. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ط01 دار الخلدونية للنشر والتوزيع , الجزائر , 2008.
- 16-د. مكي دردوس , الموجز في علم الإجرام , ديوان المطبوعات الجامعية , قسنطينة , د ت ن.
- 17-رشدي شحاتة أبو زيد، شرط ثبوت حق الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2012.
- 18-سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري طبعة 3 دار الهومة الجزائر , 1996.
- 20-سلامي دليلة المرجع السابق ص 79.
- 21-سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2012.
- 22-عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط1 , دار الهومة، الجزائر.
- 23-فاطمة حداد حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري الطبعة الأولى الإسكندرية 2017.
- 24-فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب طبعة أولى 2008.
- 25-كريمة محروق دور لقاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة.
- 26-لحسين الشيخ أث ملويا المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية الجزء الأول الطبعة الثانية 2006، دار هومه للطباعة والنشر.
- 27-لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار الهومة الجزائر، ط2004،

- 28- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، مصر ، 1950.
- 29- محمد عزمي البكري، الاحوال الشخصية، الجزء الثالث، نفقة الصغار، الغرضاع، الحضانة، مسكن الحضانة، رؤية الصغير نفقة الاقارب، النسب، اللقيط، المفقود، دالر محمود، دم ن.
- 30- محمد كمال الدين إمام، احكام الاسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007.
- 31- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر , 2013.
- 32- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض -نفقة - عدة -حضانة -متاع دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة - الجزائر.
- 33- د عثمان التكروري، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والطباعة، 2022.
- 34- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام.
- 35- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري توبة الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 36- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، دم , 2008 , ط1.
- الاجتهادات وقرارات المحكمة العليا.**
- 1-قرارات مجلس قضاء المدينة، غرفة الأحوال الشخصية، ففي القرار رقم: 2002/15 الصادر بتاريخ 2002/01/26
- 2-قرار مجلس قضاء المدينة، غ أ ش، رقم الجدول 01/115 فهرس: 2002/48 في 2002/04/06.
- 3-قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 تحت رقم 31997 , المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 01.
- 4-قرار المحكمة العليا ملف رقم 52221 بتاريخ 13 مارس 1989.
- 5-قرار محكمة عليا في 13 مارس 1989 تحت رقم 52221 غرفة الأحوال الشخصية سنة 1989.
- 6-قرار المحكمة العليا رقم 89672 مؤرخ في 23 /02/ 1993 , الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية.

- 7-قرار المحكمة العليا رقم 89672 مؤرخ في 1993/02/23.
- 8-قرار المحكمة العليا رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21 , الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية.
- 9-قرار المحكمة العليا رقم 220470 مؤرخ في 1999/04/20.
- 10-قرار رقم 189234 مؤرخ في 1999/4/20 , الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.
- 11-قرار المحكمة العليا رقم 237148 مؤرخ في 2000/2/22.المجلة القضائية لسنة 2001.
- 12-رقم القرار: 249196 تاريخ القرار: 2000/11/12 المجلة القضائية , 2004 العدد 1.
- 13-قرار رقم: 256629 صادر بتاريخ 2001/02/12 المجلة القضائية, 2002 , العدد 2 .
- 14-قرار رقم: 256629 صادر بتاريخ 2001/02/12 المجلة القضائية , 2002 , العدد 2.
- 15-قرار المحكمة العليا رقم 274683 مؤرخ في 2001/12/26 , المجلة القضائية لسنة 2004 العدد 2 ,
- 16-قرار رقم: 282153 صادر بتاريخ: 2002/02/13 المجلة القضائية , 2004 , العدد 1.
- 17-قرار رقم: 265727 بتاريخ: 2002/02/13 المجلة القضائية , 2002 , العدد 2.
- 18-قرار المحكمة العليا رقم 276760 بتاريخ 2002/3/13 , المجلة القضائية لسنة 2004.
- 19-قرار رقم: 282052 تاريخ القرار: 2002/05/08 المجلة القضائية 2004 , العدد 1.
- 20-قرار مجلس قضاء المدينة - غرفة الأحوال الشخصية - بتاريخ: 2002/06/08 تحت رقم: 2002/101
- 21-قرار المحكمة العليا رقم 2002/07/31 , المجلة القضائية لسنة 2004 /01/
- 22-قرار صادر عن المحكمة العليا رقم: 288072 تاريخ القرار 2002/07/31 المجلة القضائية , 2004 , العدد 1.
- 23-قرار المحكمة العليا رقم 311458 بتاريخ 2004/01/21 , المجلة القضائية لسنة 2004 , العدد الثاني.
- 24-قرار رقم: 331833 تاريخ: 2005/06/15 مجلة المحكمة العليا , 2005 , العدد 1.
- 25-قرار رقم 332324 مؤرخ في 2005/07/13 , نشرة القضاة، العدد 59.

- 26-قرار المحكمة العليا رقم 446843 مؤرخ في 2005/12/14 , نشرة القضاة، العدد 53.
- 27-قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 497457 , بتاريخ 2009/5/13 , المجلة القضائية العدد الأول 2009.
- 28-قرار رقم 332324 صادر بتاريخ 2005//07/13 نشرة القضاة العدد 59.
- 29-المجلس الاعلى ملف رقم 26709 نشرة القضاة، عدد خاص, 1982.
- 30-المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 473962 قرار بتاريخ 2009/1/14 , مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني , 2005.
- 31-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 342470 قرار بتاريخ 2005/9/14 المجلة القضائية، العدد الأول , 2007.
- 32-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/01/09 , ملف رقم 31997 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01) , 1989.
- 33-المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/7/9 ملف رقم 33921 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش مجلة قضائية عدد (4) 1999.
- 34-المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39381 بتاريخ 1986/1/15.
- 35-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/05/05 , ملف رقم 40438 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد 02 , 1989.
- 36-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/6/20 , ملف رقم 50011 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (2) , 1991.
- 37-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/11/07 , ملف رقم 50270 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (3) , 1991..
- 38-المجلس الأعلى، ملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19.
- 39-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/3/13 , ملف رقم 52221 , الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (1) , 1993.
- 40-المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05.

## قائمة المصادر والمراجع

- 41- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 10/12/1990 ، ملف رقم 66552 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (2) ، 955 ،
- 42- المحكمة العليا قرار بتاريخ 30/09/1997 تحت رقم 171684 الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة المحكمة العليا عدد 2 ، 1997.
- 43- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 30/09/1997، ملف رقم 171684 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد خاص ، 2001.
- 44- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 18/07/2000 ، ملف رقم 245156.
- 45- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 13/02/2002 ، ملف رقم 265727 ، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (2) ، 2004.
- 46- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 05/07/2002 ، ملف رقم 274207.
- 47- المحكمة العليا، غ أش ملف رقم 302428 ، بتاريخ 21/05/2003 ، نشرة القضاة، ص 202 ،
- 48- المحكمة العليا قرار بتاريخ 23/03/2005 ، ملف رقم 327208 ، قرار غير منشور
- 49- المحكمة العليا غ أش، ملف 330566 بتاريخ 18/05/2005 ، م/، ع 1 ، ص 301 ،
- 50- المحكمة العليا. غ أش ملف رقم 337176 بتاريخ 16/11/2005 ، ع 65 ، 2010.
- 51- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 14/06/2006 ، ملف رقم 343907.
- 58- المحكمة العليا، غ، أ، ش ، ملف رقم 650014 بتاريخ 13/10/2011 ، م . م . ع ، ع 1 ، 2012.
- 23- قانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 4 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجديدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 7 يناير 2015 عدد 1.
- 24- الأمر رقم (66/156) المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 ، الجريدة الرسمية.
- 25- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21.

26- مواد 15-438 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

27- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

28- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

29- القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

### المواقع الإلكترونية:

1- مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة. عن موقع مجموعة الاستشارات العقارية  
[www.facebook.com/groups/elqkqreyq/](http://www.facebook.com/groups/elqkqreyq/)

2- الحماية القانونية للحياة الخاصة، صحيفة الوسط البحرينية، صادرة يوم السبت 22 أكتوبر 2008 الموافق ل 23 دي القعدة 1429 هـ عدد 2269. عن موقع: [www.alasatnes.co, /2269 /nes /read/05151/1](http://www.alasatnes.co, /2269 /nes /read/05151/1)

### التقارير والملتقيات العلمية

1-رقية أحمد داود مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري ومعاودة حقوق الطفل لسنة 1989 يوم دراسي حول الحقوق الاساسية للطفل، جامعة وهران 2004

2- نظيرة عنيق، النفقة والحضانة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2013-2014

### المقالات والمجالات:

1- الكاتبة جمعي ليلي مقال طبعة التعديلات التي مست المركز القانوني للمرأة بمقتضى الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة مجلة العلوم الإنسانية.

2- الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، لحسين بن الشيخ أث ملويا الجزء الأول الطبعة الثانية 2006، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ص 464-465.

3- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، عدد تجريبي، أبريل 2004، ص 336.

4- مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، ص 257.

### الأطروحات والرسائل الجامعية

1- ابن صغير محفوظ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009،

2- ابن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.

3- بوسنة ياسمين، الحماية المدنية لحقوق القصر، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.

4- حسن بسام أحكام الأعمى في الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة غزة الإسلامية 1430 هـ 2009م، ص 67.

5- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

6- دنظيرة عتيق، صندوق النفقة وماله عليه، دراسة نقدية تقويمية مداخله مقدمة خلال يوم دراسي حول صندوق النفقة بعنوان صندوق النفقة، الواقع والأفاق، منظم بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة 3 مارس 2015.

7- رحايل سارة، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1988، سكيكدة، 2013، ص 27.

8- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006-2007، ص 199.

9- ملكية قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، 1424 هـ -2003م، ص 221.

10- نظيرة عتيق دكتوراه، النفقة والحضانة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون احوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2013-2014، ص 04.

- 11-نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1999-2000 ص 285.
- 12-حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كمية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005.
- 13-بن صغير محفوظ، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 في تزكية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع1، 2014.

# الفهرس

الصفحة	العنوان
05	المقدمة
13	القصل الأول: إسناد الحضانة في ظل قانون الاسرة الجزائري
15	المبحث الأول: مفاهيم إسناد الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي وسقوطها
15	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة
15	الفرع الأول: مفهوم الحضانة
31	الفرع الثاني: خصائص الحضانة
34	المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون
34	الفرع الأول: تقدير القاضي لإسقاط الحضانة
44	الفرع الثاني: التنازل عن الحضانة
47	المبحث الثاني: مصلحة المحضون كمييار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة
47	المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون
47	الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون
49	الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون
56	المطلب الثاني: ترتيب الأولوية في الحضانة
57	الفرع الأول: التبريرات الشرعية لتقدم الام في المرتبة الاولى
61	الفرع الثاني: الأقرب درجة
64	ملخص الفصل الأول
66	الفصل الثاني: آثار الحضانة وسلطة القاضي في تقدير المحضون
67	المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير حقوق الحاضنة
68	المطلب الأول: أجرة الحاضنة ونفقة المحضون
68	الفرع الأول: أجرة الحاضنة
68	الفرع الثاني: النفقة في التشريع الجزائري
72	المطلب الثاني: حق السكن وبدل الإيجار
73	الفرع الأول: سكن الحاضنة
76	الفرع الثاني: تقدير القاضي لأجرة المسكن
78	المبحث الثاني دور القاضي في حماية الأسرة
78	المطلب الأول: تنظيم صندوق النفقة في ظل التشريع الجزائري
78	الفرع الأول: مفهوم صندوق النفقة
78	الفرع الثاني: شروط استحقاق النفقة
79	المطلب الثاني: دور القاضي في تسوية النزاعات الأسرية
79	الفرع الأول: التحكيم الأسري ودوره في حماية الأسرة
81	الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه أعمال الصلح القضائي والتحكيم
84	ملخص الفصل الثاني
86	الختامة
99	قائمة المصادر والمراجع

الحمد لله الذي

بنعمته تتم

الصالحات، الحمد لله