جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

منازعات الحضانة في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:

*** مفيدة بوصبيعة**

تحت إشراف الأستاذ:

د/ علي بودفع

*** أ. عبد الرزاق باخالد**

أعضاء لجنة المناقشة	
الاسم واللقب	**الصفة**
أ/ فارس بوحديد	**رئيسا**
د. مبروك ليندة	**مناقشا**
د. بودفع علي	**مشرفا ومقررا**
أ . عبد الرزاق باخالد	**مشرفا مساعدا**
أ . ميلود بن عجمية	**مناقشا**

السنة الجامعية 2013/2012

مقدمـــــة :

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وسخره لحفظ النوع البشري وفطره على حب الولد وشرع له الزواج كطريق وحيد مباح للوصول إلى هذه الغاية السامية ، وجعل من هذه الرابطة علاقة مقدسة تتصف بالديمومة ، وتقوم على روابط المودة والتعاون والاحترام المتبادل ، وجعل رعاية الأولاد الناتجين عنها من حق الوالدين معا حيث يمارس كلاهما حضانة أطفالهما الصغار جنبا إلى جنب ، حتى يستوفي هؤلاء حقهم في أن تتم رعايتهم كما يجب وعليه ولما كان طرفا الحق هما الأولاد اتجاه والديهم ، فقد حرص المشرع الجزائري على وضع أحكام لممارسة الحضانة ونظمها في قانون الأسرة الجزائري. والحضانة عموما هي رعاية الطفل وتربيته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته .

غير أنه قد يحدث أ ن تنحل العلاقة التي تربط بين الزوجين وينفصلا ولكن حق الأطفال في الحضانة يبقى قائما لأنهم عاجزون عن رعاية أنفسهم بأنفسهم فيظهر النزاع بين الوالدين حول حضانتهم أو غير الوالدين ممن يستحق الحضانة من الأقارب تحدث نزاعات كثيرة حول الحضانة حيث إذا لم يتم الاتفاق بينهم يصبح من الضروري اللجوء لحلها أمام القضاء وهو موضوع بحثي هذا فما هي أسباب النزاع حول الحضانة ؟ وماهي أشكال هذه النزاعات ؟ وكيف عالجها المشرع الجزائري ؟ وهل نجح في ذلك ؟

أهمية الموضوع :

إن موضوع منازعات الحضانة موضوع يكتسي اهمية بالغة من حيت كون هذه النزاعات تؤثر بالدرجة الاولى على حياة الاطفال الصغار التي تثور بشان حضانتهم وضرورة حل هذه النزاعات بطريقة سليمة تضمن عدم ايداء الطفل وتضمن كذلك تسليمه الى من هو اقدر واكفا على حضانته اذ لا يتصور ان يسلم الطفل الى شخص غير كفء لرعايته واستبعاد شخص اخر قد يكون احسن للقيام بهذه المهمة العظيمة كما انه لابد من الاهتمام عند إسناد الحضانة لشخص ما بالفصل في موضوع الزيارة حتى لا يحرم الطفل من أي أحبائه وبالإضافة إلى كل ذلك فإن المنازعات المتعلقة بالحضانة اصبحت كثيرة ومتعددة الأمر الدي يستدعي الاهتمام بها والبحت عن حلول تكون ناجعة وتخدم مصلحة الطفل بالدرجة الأولى وعدم أديته .

أسباب اختيار الموضوع :

تعددت اسباب اختياري لهدا الموضوع –منازعات الحضانة –بين أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

1– الدافع الذاتي :

–حبي الشديد لفئة الاطفال الصغار وخاصة الذين يتعرضون منهم إلى التشتيت بسبب حدوث الطلاق وانفصال ابويهما أو سبب فقدانهم لأحد منهما

–وحرصي على أن يستوفي كل طفل حقه في الرعاية والتربية كبقية الأطفال بسبب البراءة التي يولد عليها ونموه البطيء وتدرجه في معرفة ما يدور حوله وكذلك عجزه عن القيام بشؤونه وحاجته الدائمة إلى من يعتني به وأن اثارت النزاعات حوله تؤدي إلى اضطرابه نفسيا.

2- الدافع الموضوعي :

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

-لأن هذا الموضوع لايمس الطفل أو الوالدين أو أي شخص يتنازع حول الحضانة فحسب وإنما يمس المجتمع ككل لأن المجتمع عبارة عن مجموعة من الأفراد وبما أن الأطفال افراد من المجتمع بل مستقبله وعماده فإن كونهم مضطربين نفسيا ومعقدين من جراء الجو المتازم والمليء بالنزاعات الذي يعيشون فيه ونشأتهم غير السوية تنشأ بذلك مجتمعا غير سوي وفاشل ومحطم .

أهداف البحث:

أهدف من خلال البحث في هذا الموضوع إلى ما يلي :

- تسليط الضوء على النزاعات في مجال الحضانة بقصد تحديدها وبيان اسبابها واشكالها بصفة مفصلة وكيف عالجها المشرع الجزائري .

- دعوة الاولياء الى ضرورة التفكير مليا قبل اتخاد أي خطوة في الانفصال في مصير الأبناء والأحسن أن يتفقا بداية على من يحضنهم وتخلي منلا يقدر منهما على الحضانة الى ما هو اقدر وأحسن للقيام بها دون اللجوء الى التنازع أمام القضاء لاحقا والإضرار بالأولاد.

- إبراز الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لهذا النوع من النزاعات.

الدراسات السابقة :

إن موضوع منازعات الحضانة لم يسبق دراسته بصفة شاملة ومفصلة كموضوع مستقل بداته لكن هناك من الباحثين من تناول الحضانة عامة.

كل حسب وجهة نظره والزاوية التي نظر منها الى الموضوع فهناك من تناول الحضانة واحكامها كاثر من اثار فك الرابطة الزوجية وهناك منتناول الحضانة كمقارنة بين القانون والشريعة ولكن لم يثم تناول منازعات الحضانة كموضوع بذاته .

ومن بين الدراسات التي تطرقت الى موضوع الحضانة :

1- رسائل ما جستير:

- حسيني عزيزة الحضانة في قانون الأسرة الجزائرية وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الاسلامي 2001.

- محمد علي ناصري الحضانة بين الشريعة والقانون عمان 2002.

2- كتب ومؤلفات:

- احمد ابراهيم عطية نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة الطبعة الثانية ،دار الفكر القانوني ، ط 32 ش عثمان بن عفان ,مصر 2009

- باديس ديابي، اثار فك الرابطة الزوجية :عدة- نفقة- حضانة- متاع، دار الهدى، الجزائر،2008.

المنهج المتبع في الدراسة :

المنهج التحليلي الاستنتاجي:

لقد استعملت المنهج التحليلي الإستنتاجي بغرض تحليل بعض المواد القانونية ،الوارد النص عليها في قانون الأسرة الجزائري بالدرجة الأولى والمتعلقة على الخصوص بتعريف الحضانة وأحكامها وشروط الحاضنين وترتيبهم والمواد الوارد النص عليها في قانون الحالة المدنية والمتعلقة، بتسجيل الوفاة والمواد الوارد النص عليها في قانون العقوبات والمتعلقة بالجرائم المترتبة على الاخلال بدفع المبالغ المستحقة في النفقة ,وكذلكالمواد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بسريان الدعاوي واجراءاتها فاستعمالي لهدا المنهج راجع لقدرته التحليليةوالتفسيرية.

صعوبات البحث :

بالنسبة للصعوبات والعراقيل واجهتني اثناء مسيرة بحثي فتتمثل فيما يلي :

– صعوبة ايجاد تقسيم وخطة مناسبة يتم من خلالها استعراض منازعات الحضانةبصورة مفصلة ومنهجية.

–صعوبة الحصول على المصادر الفقهية والقيام بتصويرها بسبب الاجراءات المعمول بها على مستوى المكتبات الجامعية فهي وبالنظر لقيمتها،يسمح باستعمالها على مستوى مكتبة الجامعة ولا يسمح بإخراجها وتصويرها مما يجعل المهمة شاقة بسبب بعد المسافة مما يتعذر معه

الانتقال.

كل مرة الى المكتبة من اجل الاطلاع على مصدر من المصادر .

-عدم وجود مراجع متخصصة تناولت منازعات الحضانة بشكل كامل ومفصل يمكن الاعتماد عليها والاستعانة بها.

- ضيق الوقت .

قلة المراجع في قانون الاسرة الجزائري وعدم تعرضها لمثل هده الموضوعات وعليه وللإجابة على التساؤلات التي تقدم طرحها قسمت بحثي :

كالأتي: جعلت من القسم الأول مقسما إلى مبحثين حيث خصصت المبحث الأول منه كتمهيد للموضوع حيث تطرقت فيه إلى تعريف الحضانة

في كل من الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري باعتبار أنه لايمكن الدخول في الحديث عن منازعات الحضانة دون التعريف بهذه الأخيرة

لذلك وضعت للمبحث الاول عنوان مفهوم الحضانة وأما المبحث الثاني فقد تناولت فيه أسباب النزاع حول الحضانة وترتيب الحاضنين في القانون الاسرة الجزائري أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه الى اشكال النزاع في مجال الحضانة والذي قسمته بدوره الى مبحثين خصصت، الاول للحديث عن النزاعات في استحقاق الحضانة واسقاطها واما المبحث الثاني فقد تطرقت فيه الى النزاع حول تكاليف الحضانة وحق الزيارة.

وما سارت عليه المحكمة العليا في حل هذه النزاعات وكذا جزاء مخالفة الأحكام المتعلقة بنفقة الحضانة ومخالفة حكم الزيارة.

الفصل الأول : ماهية الحضانة:

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل في حالة وجوده–أو وجود عدة أطفال–في يد من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه و الحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة حيث تكفل للطفل التربية الصحيحة و الأخلاق السليمة ،و من هنا، فإن تشريع الحضانة هو مظهر من مظاهر عناية التشريع الجزائري بالطفولة، و نظرا لذلك فإنه ينبغي التطرق إلى مفهوم الحضانة.[1]

المبحث الأول: مفهوم الحضانة:

لقد عمد الكثير من الفقهاء و رجال القانون إلى التعريف بالحضانة تعريفات مختلفة و من خلال هذا المبحث سأتعرض إلى بعضها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة:لغة: عرفها لسان العرب : الحضانة في اللغة «بفتح الحاء و كسرها معناها الحضن وهو الجنب أو الصدر، و العضدان و ما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه حضنة الأم وليها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها وقامت بتربيته و تسمى حينئذ حاضنته»[2].

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، الجزء الأول، ص379

[2]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ت، الجزء الأول ، ص(543).

و عرفها ابن منظور بقوله «الحضانة بفتح الحاء و كسرها مأخوذة من الحضن وهو الجنب، و ضم الولد إلى الصدر»[1].

كما عرفها محمد محي الدين عبد الحميد بقوله: الحضانة بفتح الحاء أو كسرها في اللغة مأخوذة من حضن الإنسان – بكسر الحاء – و هو صدر الإنسان ،أو عضداه و ما بينهما ،أو ما دون الإبط منه إلى الكشح، و نقول :حضنت و نحوه حضنا و حضانة إد جعلته في هذا الموضوع[2].

كما عرفت الحضانة لغة بالفتح، مصدر حضنت الصبي حضانة و حضنا إذا ربيته، فالحضانة هي التربية و الاحتضان أي احتمال الشيء، و جعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها و بذلك يقل لمن تولى تربية الطفل حاضن لأنه المربي، و الكافل الذي يضم الطفل إلى حضنه، و الحضن ما بين الإبط إلى الكشح(ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي)[3].

و الحضانة لغة مستمدة من الحضن، و هو المعروف ما بين الإبط إلى الكشح و حاضنا الشيء هما جانباه : حضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحه، كذلك المرأة حين تضم ولدها أو تحضنه.[4]

[1]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر،2010، ص(149)

[2]– محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، مصر،2003، ص(393).

[3]– باسل محمود الحافي، فقه الطفولة، أحكام النفس دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار النوادر ، د.م،1429هـ،2008،ص290.

[4] باديس دبابي، آثار فك الرابطة الزوجية:عدة _نفقة _حضانة_ متاع، دار الهدى، الجزائر،2008، ص(49).

و الحضانة هي الحضن بكسر الحاء، و هو ما دون الإبط، و حضن الصغير حضنا بالفتح، و حضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه و هذا المعنى هو أحد معاني الحضانة في اللغة يقترب بها من مفهومها في الشرع[1].

و الحضانة بفتح الحاء أو كسرها لغة ضم الشيء إلى الحضن، و هو الجنب أو الصدر أو العضدان و ما بينهم، نقول: حضنت الشيء واحتضنته إذ ضممته إلى جنبك، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها[2].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة شرعا و قانونا.

أولا: تعريف الحضانة شرعا: أورد الفقه تعاريف للحضانة ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أنها تصب في معنى واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤديه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها[3].

---

[1]– محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية،مصر ، 2005،ص307.

[2]– محمد مصطفى شبلي، احكام الاسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، (1394هـ، 1977م)، ص(733).

[3]– باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(49).

ومن أبرز التعريفات الفقهية الواردة في مجال الحضانة:

1) **تعريف الإمام مالك:** يعرفها بأنها تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء[1].

إلاً أن ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد السن الذي يكون فيه الولد قد احتلم كما أنه اقتصر الحضانة على الذكر دونما التطرق إلى حضانة الأنثى.

2) **تعريف الشافعية:** الحضانة هي تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه و يقيه عما يضره كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه و دهنه و كحله، و ربط الصغير إلى المهد و تحريه لينام و **زاد السادة الحنابلة:** التكفل بمؤونته[2]

والحضانة في إصلاح الشرعيين تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه و ملبسه و نومه، و الإهتمام بنظافته في سن معينة، ممن له حق تربيته شرعا من الأقارب المحارم.

وفي سبل الإسلام: الحضانة في الشرع: حفظ من لا يستقل بأمره و تربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره.[3]

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص (50).

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء الأول ، ص(543).

[3]– أحمد محمد علي داود، القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، (1427هـ،2006) ، الجزء الأول، ص (365).

والحضانة شرعا في رأي الأستاذ محمد مصطفى شلبي هي: القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه، ملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره[1].

كما أن من الفقهاء من عرف الحضانة كونها: إلزام بتربية الطفل و القيام بحفظه و إصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة، ووقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا، كي يقوم على النهوض بنفسه و الحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك و الضياع، وينسحب ذات الأمر على المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره[2].

و الراجح من خلال التعريفات السابقة هو تعريف الحضانة بأنها تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع شؤونه في سن معينة مما له الحق في ذلك من أقارب المحارم فقد جعل الشارع أمر تربية الولد في المرحلة الأولى من حياته إلى الأم و فوض حضانته إليها لأنها أشفق و أرحم به من غيرها[3].

فالحضانة معناها إمساك الولد و تربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أو لغيرها ممن يقوم مقامها.

و هي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل و فقهيا هي تربية الولد ممن له حق الحضانة[4].

---

[1]– محمد مصطفى شبلي، احكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص733.

[2]– أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار امام محكمة الأسرة، الطبعة الأول، دار الفكر القانوني، مصر، 2008، ص124.

[3]– فؤاد يوسف نهرا، وخليل أنطوان صفير، احكام الأحوال الشخصية، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، د.ت، ص(204).

[4]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصًا وفقها وتطبيقًا، دار الهدى، الجزائر،2006،ص(244).

ثانيا: تعريف الحضانة قانونا:

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 في قانون الأسرة و لم يتركها للاجتهاد الفقهي أو القضائي وذلك بنصه على ما يلي «الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير و الصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، ذلك إن قانون الأسرة في مادته65 أجاز للقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكر، والأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا ب 19 سنة طبقا للمادة(07) من نفس القانون، و المعقول أن الولد في سن 16 سنة و البنت في سن 18 سنة يكونان بالغين من الناحية الشرعية.

واعتمادا على ما سبق، نقول أن المشرع أخذ في تعريفه بأسباب و أهداف الحضانة لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر و عدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المراد لسن التمييز.[1]

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

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(50).

1)-تعليم الولد: ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا و إجباريا إلى غاية استنفاد طاقته و استطاعته في تحديد مستواه بناءا على ملكاته و كفاءته.

2)- تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء والقائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم.

المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وأن العكس جائز شرعا و قانونا، وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 بقوله إن "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه..."

أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة و لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الذين الإسلامي، و هو دين الأب في تنشئة الطفل[1] .

وهذا ما جسده القضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته:(من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه و إن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج[2].

و من تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية ولما كان قضاة الاستئناف-في قضية الحال-قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد

[1] – باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص51.

[2] باديس ديابي ، المرجع نفسه، ص51.

الثلاثة و من جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين باعتبارهما أصبحا يافعين،إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 67 من قانون الأسرة.

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

3-السهر على حمايته:

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المادية والمعنوية، فلا يكون عرضه لأي عنف جسدي كالضرب والتعليل والاستغلال برمته أو عنف لفضي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير[1].

4-حمايته خلقيا:

الحماية الخلقية ذات ارتباط وتيق بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا و سويا و حمايته من مخاطر الشارع و رفقاء السوء[2].

[1] باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص(51)

[2] باديس ديابي ، المرجع نفسه ، ص(53).

5-حمايته صحبا:

التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن ،ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا و دراسيا و الاعتناء به، و بقي على الحاضن واجب الحماية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التلقيحات الدورية في وقتها و عرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك و تدعيما لحقوق المحضون و صونا لها من أي تهديد أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية و القانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن و مدى تحمله للمسؤولية و الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيه لا سيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية و ذلك ثابت من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منذ القرار المؤرخ في 1984/01/09والحامل لرقم 31997[1] و الذي جاء فيه ما يلي:

(متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة من الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

والحكم بخلاف هذا المبدأ، يستوجب نقص القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهم لأم بعد اسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها و إقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها).

[1] باديس دياني ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص(53-54)

وجاء في تأسيس القرار أن إسقاط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق أمها كذلك لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون و تربيته النظيفة، و عليه لا الأم تستحق الحضانة و لا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة و الأمانة فيهما.

فالحضانة من الولاية على النفس تتبت للحاضن صيانة للصغير وتربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره وهي كذلك تربية الولد حتى يبلغ أشده ممن له حق الحضانة وهي المدة التي لا يستغني فيها عن النساء وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته[1].

المطلب الثاني : تكييف الحضانة:

الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و حفظه صحة وخلقا ، ومن ثم فإذا كانت الحضانة في مجملها تدور حول رعاية الولد و نفعه ، وقوامها حفظه.

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول مرجع سابق، ص 380

–عرفت المادة 67 من المدونة المغربية للأقوال الشخصية الحضانة بأنها فذ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه كما عرفتها المادة 54من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته، انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ن.ج، ص397.

و رعايته وتربيته ، فهل تعتبر الحضانة بذلك حقا للمحضون وواجب على الحضن ، ولكن من جهة أخرى نجد المشرع قد اعطى حق الحضانة للأم و فضلها على غيرها، الأمر الذي يجعل من الحضانة حق للحاضنة تتخلى عنه متى تشاء والسؤال المطروح هو :

هل الحضانة حق للمحضون وواجب على الحاضن ام هي حق للحاضنين ؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التطرق على ما يلي :

الفرع الأول : الحضانة كحق :

لقد اختلف الفقهاء حول صاحب الحق في الحضانة حيث انقسموا إلى ثلاث فرق:

أولا : الحضانة حق للحاضن :

وقد جاء بهذا الراي كل من الحنفية ، والمالكية على المشهور ، وكذلك الجعفرية و غيرهم ، لأن له أن يسقط حقه و لو بغير عوض ، ولو كانت الحضانة حقا لغيره لما سقطت بإسقاطها[1].

إلا أن القول بهذا الرأي يؤدي إلى أن الحاضنة تستطيع أن تمتنع عن الحضانة ولا تلتزم بها لأنها بإمتناعها أسقطت حقها ، ولا يلزم صاحب الحق بإستيفاء حقه و بالتالي تخرج الحضانة عن المبدأ الذي وضعت من أجله وهو رعاية الطفل و تربيته ، الأمر الذي يجعل الطفل ينحرف و يضيع و يرجع الأمر سلبا على المجتمع لأن المجتمع بدوره هو مجموعة من الأفراد.[2]

[1]– عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في احكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص357.

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص(358)

ثانيا : الحضانة حق للمحضون :

اتجه بعض الفقهاء إلى عكس ما ذهب إليه الحنفية و المالكية و الجعفرية و رأوا بأن الحضانة حق للمحضون و ليست حقا للحاضن ،أي حقه في أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ، وبسبب نموه البطيء ، وتدرجه في معرفة ما يدور حوله ، كذلك عجزه عن القيام بشؤون نفسه دون مساعدة من غيره، ومن أجل ذلك إذا تعين من يقوم بالحضانة و امتنع عن القيام بها أجبر عليها قضاء رعاية للمحضون[1].

ولكن في بعض الأحيان تكون من مصلحة المحضون ألا تقوم بحضانته الأم، و ذلك لأن ظروفها قد لا تكون مناسبة لرعايته أي قد تكون عاجزة عن الاعتناء به وبالتالي تتنازل عن حضانته ولا يمكن إجبارها بذلك، و إلا فإننا بإجبارها قد نحيل عن الهدف التي تحققه الحضانة، كما أن الشارع قد أعطى حق الحضانة و جعله للأم أولا ثم من يأتي بعدها من الحاضنين و دليل ذلك ما جاء في السنة عن قوله (صلى) لامرأة طلقها زوجها و لها ولد: «أنت أولى به ما لم تنكحي»حسن رواه أبو داود وحسنه الألباني في الإرواء.

كما وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 64 من قانون السرة الجزائري.

ثالثا : الحضانة حق للمحضون والحاضنين :

إن المحققين من العلماء يرون أن الراجح في من له الحق في الحضانة الذي ينبغي أن يكون عليه الحكم و القضاء هو أن الحضانة حق للحاضن و المحضون جمعا و بهذا القول يمكن

[1] أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص388.

التوفيق بين القولين المتقابلين ، ويؤيده ما جاء في بعض الكتب المختصة من أن الحضانة حق للحاضن و المحضون و ما أفتى به بعض المفتين من فقهاء المذهب الجعفري و رجع به أن الحضانة للحاضن و المحضون ، و أن حق المحضون أقوى من حق الحاضن.

وتبعا لذلك يكون القول بأن الحضانة للحاضنة حق فلا تجبر محمولة عليها إذا تتعين لها بان المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ويكون القول بأنها حق للمحضون فتجبر محمولة عليها ما إذا تعينت للحاضنة لعدم وجود من يحضنه غيرها.

وقد أكد هذا المعنى كل من صاحبي رد المحتار والفتح فنصا على أن الحاضنة إذا لم يوجد غيرها اجبرت بلا خلاف، وإذا وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف، و بناءا على ذلك غذا تعينت الحاضنة للأم أو غيرها بان كان لا يوجد سواها من ذوي الرحم المحرم أو كان يوجد من يليها في الاستحقاق، ولكنه يرغب عنها أو أن مصلحة الصغير لا تقتضيه، أو لم يكن للولد مال و لا أب ولم توجد من تتبرع بحضانته من دوات الرحم المحرم أجبرت على الحضانة[1].

أما إذا لم تتعين على هذا النحو فإن وجد غيرها؛ ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لأن فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون في حضانة من هو أهل لها [2].

الرأي الراجح بين الأراء الثلاثة السابقة هو الرأي الأخير الذي يرى بأن الحضانة حق للحاضن و المحضون؛ لأنه يحفظ للصغير حقه في الرعاية و التربية ويحفظ للحاضن حقه في القيام على

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الإسلام، الدار الجامعية ، بيروت، 1998، ص(276).

[2]– أحمد فراج حسين ، المرجع نفسه، ص(277).

محضونه و رعايته ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري ويبرز ذلك من خلال المواد (62-65) من قانون الأسرة الجزائري .

رابعا : ما يترتب على كون حق الحضانة حق مزدوج

1- ما يتفرع على كونها حقا للصغير:

أ – إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم، أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت عل الصغير حقه.

ب-إذا خالعت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها و تتركه لأبيه صح الخلع و بطل الشرط لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي و إن ملكت إبطال حقها فيها ولا تملك إبطال حق الصغير .

ج-إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابل دين عليها له كان صلحا باطلا، لأنه يترتب عنه إسقاط حق الصغير ، و لذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة مقابل الدين صح ذلك الصلح لأن الأجرة حق خالص لها[1] .

2-ما يتفرع على كونها حق للحاضن :

أ-ليست للأب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانته ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي، لأن نزعه منها في هذه الحالة تفويت لحقها في الحضانة.

[1]- أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 277.

ب–إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحاضنة بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى الحاضنة.

ج–لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا أمتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت عل الصغير حقه[1].

الفرع الثاني :الحضانة واجب.

الحضانة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع وهي كذلك في القانون الجزائري.

أولا: في الكتاب.

الحضانة واجبة ودليل وجودها قوله تعالى:«يا ايها الذين آمنوا قو أنفسكم وأهاليكم نارا»[2].

فإن وقاية الأهلين من النار تكون بحفظهم والقيام بمصالحهم وصونهم عما يضرهم. والتعليل أيضا هو أن ترك هؤلاء القصر بدون حاضن يكون سببا لفسادهم، وبالتالي لفساد المجتمع كله، لأن فساد الفرد يؤدي إلى فساد المجتمع.

[1]– محمد مصطفى شبلي، أحكام الاسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(734–735).

[2]– الأية(6) من سورة التحريم

ثانيا: في السنة.

يمكن أن نستدل على وجوبها في السنة من خلال قوله (صلى الله عليه وسلم) "مروا أبناءكم بالصلاة لسبع و أضربوهم لعشر"، صحيح رواه أبو داود وصححه الألباني في صحيح الجامع ، و هذا نوع من الحضانة .لأن الحضانة تشمل تربية الطفل على دين ابيه[1].

ثالثا : عند الفقهاء.

لقد أتفق فقهاء الحنفية على أن الأب يجب عليه إمساك الولد ، وحفظه و صيانته و يجبر على ذلك إذا أستغنى عن النساء لأن ذلك حق الصغير عليه ، و لكنهم اختلفوا في وجوب حضانته على الأم و نحوها من النساء في المرحلة التي يكون فيها محتاجا لخدمة النساء وفي جبرها إذا امتنعت ، فذهب بعضهم إلى أنه بما أن الحضانة حق للحاضنة فلا يجب على الأم و نحوها على حضانة الولد ولا تجبر عليه إذا امتنعت لأن صاحب الحق لا يجبر على استيفائه.

و ذهب بعضهم إلى أنه و بما أن الحضانة حق للمحضون و من ثم يجب على الأم و نحوها حضانة الولد و تجبر على القيام بها[2] .

و مذهب الجعفرية في كون الحضانة حقا و واجبا قريب من مذهب الحنفية ، يقول العاملي في الروضة البهية ، لا شبهة في كون الحضانة حقا للأب و الأم و سائر الأقارب مع عدمها ، و لكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها ؟

[1]– أبو الفضل عادل سعد، فتاوى المرأة المسلمة، دار نور الكتاب، الجزائر،(1428هـ،2007م)، ص(327).

[2]– أحمد فراج حسين، احكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(276).

الأصل في الحقوق جواز الإسقاط، لذلك قالوا: «لو امتنعت الأم عن الحضانة صار الأب أولى بها، ولو امتنعا معا فالظاهر إجبار الأب، و نقل بعض الأصحاب و جوبها و هو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد، إلا أن حضانته تجب كفاية كغيره من المضطرين»[1].

إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلا نقول: إنها أحق الناس بحضانة طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع، فإذا تمسكت به أجيبت إليه، و إذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ، هذا يعني أنه حق لها ، و إذا لم يوجد من يصلح له صح أجبرت عليه ، و إذا استعاضت عنه بشيء لا يصح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إنه حق لكل من الحاضنة و المحضون ، و إن كان في جانب المحضون أقوى ، لأنه يجب توفيره له في كل حال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات ، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجبا لا مجرد حق، و إن تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى فلا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة [2].

وعلى هذا نرى الخلاف بين فقهاء الحنفية من أنها حق للصغير فقط ، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بحاضن و محضون ، لأن الحق ثابت لكل

[1]– محمد مصطفى شلبي، احكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(735–736).

[2]– محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه ، ص(733).

منهما وإن كان حقه أقوى ، لأنه محض حق لا يسقط بحال ، أما في جانبها فهو حق يقبل الإسقاط و التنازل عنه ، و قد يكون واجبا لا يقبل الإسقاط إذا تعينت له[1].

وقد جاء في "المهذب" للشيرازي في فقه الشافعية : (إذا افترق الزوجان فإن كان لهما ولد صغير لا يميز وجبت حضانته)[2].

رابعا : في قانون الأسرة الجزائري.

يحتاج الولد في حياته الأولى إلى تربيته و رعايته ، و الحضانة هي ضرب بين هاتين الوظيفتين ، وقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة على أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته عل دين أبيه و حفظه صحة و خلقا . ومن ثم فالحضانة هي حق من حقوق الأولاد و شرعت للمصلحة الولد[3].

ولقد نقضت المحكمة العليا في 1979/04/16 بقرارها رقم 19287 حكما كان قد أسند الحضانة للأم تدين بالمسيحية وثبت أنها تربي الولد على دينها [4].

[1]– محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص(734).

[2]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص(247).

[3]– الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، د.ت ص131.

[4]– بلحاج العربي قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، طبعة2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000 ص117.

ويتضح من خلال قرار المحكمة أن حق المحضون أولى من حق الحاضن، و بالتالي فإن الحضانة يحددها القضاء وهو الذي يعين الحاضن بناءا على مصلحة المحضون ، إلا أن الأم أحق من غيرها بحضانة ولدها.

وتكون الحضانة واجبة عليها إذا لم يوجد غيرها يتكفل بالولد . ومن هنا أستنتج ما يلي:

1-الصحيح أن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير و الحاضنة ، فليس حقا خالصا للصغير ، وليس حقا خالصا للأم ، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى ، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه ، و أنه يجب العمل بما هو أنفع و أصلح للصغير في باب الحضانة .

فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق صغيرها ، ذلك لأن من حق الولد يعتني به والداه منذ ولادته ، ومن هذه العناية حفظه و القيام بشؤونه ، وهذا يكون في الفترة الأولى من من حياته واجبا على الأم لأنها أقدر على هذا من الأب .

وعلى هذا ما يتقبل من الخلاف في حق الحضانة ، وذهاب البعض إلى أن الحضانة حق للحاضنة و لهذا لا تجبر عليها ، لأن الإنسان لا يجبر على حقه، وذهاب آخرين إلى أن الحضانة حق للصغير، و لهذا رأوا أنها تجبر على الحضانة ، فهو من قبيل الخلاف اللفظي الذي لا يرتب أثارا شرعية في الأحكام[1] .

2-الحضانة من الفروض الكفائية ، إذا قام بها قائم سقطت عن الناس جميعا ومن أدلة مشروعيتها ما جاء في الحديث : «أن امرأة قالت يا رسول الله إن إبني كان بطني له وعاء، و ثدي له سقاء،

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء الأول، ص(543-544)

وحجري له حواء ، و إن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"أنت أحق به ما لم تنكحي»[1].

وأما الإجماع فقد قال إبن رشد : «و أما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار ، لأن الإنسان خلق ضعيفا ، مفتقر إلى من يكفله و يربيه حتى ينفع نفسه ، ويستغني بذاته».

3-يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : الولاية الأولى ولاية التربية و الولاية الثانية هي الولاية على النفس ، و الولاية الثالثة هي الولاية عل ماله إذا كان له مال ، أما الولاية الأولى ، وهي ولاية التربية ، فالدور الأول منها يكون للنساء ، وهو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي يستغني فيها عن النساء ، ممن لها الحق في تربيته شرعا ، وهي حق الأم ، ثم لمحارمه من النساء .

وثبت وجوبها عليهن : أولا : لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعيتهن . ثانيا : لن الأثار الصحيحة قد وردت بأن النساء احق بالحضانة[2] .

[1]- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص(149-150)

[2]- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت،1957 ص(405-406).

4- تجب حضانة الصغار عل الأبوين ، فإن فقدا فعلى الأقرب فالأقرب فإذا انعدمت القرابة فعلى الحكومة أو جماعة المسلمين[1] .

المطلب الثاني : مدة الحضانة وشروطها في التشريع الجزائري.

الولادة هي الواقعة المنشئة للحضانة[2] ، وهذا باتفاق الفقهاء وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري أما نهايتها ففيها اختلاف بين الفقهاء ، وحددها المشرع الجزائري ب 10 سنوات للذكر و الأنثى حتى بلوغها سن الزواج كما أعطى للقاضي الحق في تمديد مدة الحضانة للذكر غلى سن السادس عشر إذا كان ذلك في مصلحة المحضون ، ولكن قبل التفصيل في موقف المشرع و مدى توفيقه فيما ذهب إليه لا بد من استعراض بسيط لأراء الفقهاء في هذا الشأن .

الفرع الأول : مدة الحصانة.

أولا : مدة الحضانة في الفقه.

في الفقه خلاف حول الحد الأقصى للحضانة ، فالأحناف يرون أن غير المميز يظل في حضانة المستحق حتى يتم السابعة ، وبعدها تستمر الفتاة في رعاية الحاضنة الأم حتى تبلغ فتنقل الحضانة للأب ، أما الذكور فالأب أولى بهم فور بلوغ سن السابعة و في المذهب الملكي فإن الحضانة تستمر في الغلام إلى البلوغ ، و الأنثى حتى تتزوج و يدخل بها ، ويرى الشافعية أن

---

[1]- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الرواق، عمان، الأردن،2000، ص199.

- الحضانة حق للحاضن والمحضون وغن الحاضنة لا تقدر على إبطال حق المحضون(القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية) القانون الأردني.

[2]- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص297.

الحضانة عند مستحقها حتى سن التمييز ثم يخير الصبي بين احد الأبوين الصالحين للحضانة و الذكر و الأنثى في التخيير سواء[1].

أما الحنابلة فيقصرون التخيير على الذكور أما الأنثى فترغم على حضانة أبيها حتى تتزوج[2].

1-المذهب الحنفي :

وضع متقدموا العلماء من الحنفية ضابطة للسن التي تجب للصغير أو الصغيرة فيها الحضانة، وذلك بأن قالوا :"تجب الحضانة للصغير أو الصغيرة حتى يستغني كل واحد منهما عن خدمة النساء، و يقدم ان يقوم بنفسه بحاجاته الأولية : من أكل و لبس ونظافة ، ولم يقدروا لذلك سن معينة، وهم في ذلك يوافقون مقتضى السبب الذي من أجله و جبت الحضانة للصغير و الصغيرة.

وبيان ذلك أن الحضانة إنما وجبت لكل واحد منهما لأنه عاجز عن القيام بحاجيات نفسه الأولية من أكل ولبس ، ونظافة ، فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي أنبنى عليه .

ولما جاءت طائفة أخرى من علماء المذهب بعد الرعيل الأول رأوا أن ذلك أمر غير منضبط تمام الإنضباط ، وأنه محتاج لتقدير يدفع التردد و اللبس ، و رأوا بحسب اجتهادهم ، وبما عاينوه في صبية زمانهم ، ان الصبي يزول عنه العجز سبع سنين ، وأن الفتاة يزول عنها العجز ببلوغها تسع سنين فحددوا سن الحضانة بسبع في الغلام ، وتسع في الفتاة ، وعلى هذا سارت فتوى علماء

[1] -أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق، ص298.

[2]- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة، مرجع سابق، ص(314).

المذهب الأحقاب الطويلة ، وكان العمل عليه في محاكم مصر الشرعية فلا تمتد حضانة الغلام اكثر من سبع ، ولا تمتد حضانة الفتاة بعد التسع [1].

فقال الحنيفة : "الحاضنة أما أو غيرها أحق بالغلام حتي يستغني عن خدمة النساء ، ويستقل بنفسه في الأكل و الشرب و اللباس و الاستنجاء ، وقدر زمن استقلاله بسبع سنين ، لأنه الغالب لقوله– صلى الله عليه وسلم– : "مروا اولادكم بالصلاة لسبع".

و الأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة ، وقيل بتسع سنين .

و الأم والجدة أحق بالفتاة الصغيرة حتى تبلغ بالحيض و الإنزال و السن لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، والمرأة على ذلك أقدر ، و أما بعد البلوغ فتحتاج إلى التحصين والحفظ ، والأب فيه أقوى و أهدى ، وبلوغ الصغيرة إما بتسع سنين أو إحدى عشر سنة[2] .

و السبب في اختلاف الغلام و الفتاة ، هو أن القياس او الأصل أن تتوقف الحضانة بالبلوغ فيها جميعا ، ولكن ترك القياس أو الأصل في الغلام بإجماع الصحابة ، لما روي أن أبا بكر – رضي الله عنه – قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم ، أو تتزوج أمه فبقي الحكم في الفتاة على أصل القياس ، لأن الغلام إذا أستغنى يحتاج إلى التأديب و التخلق بأخلاق الرجال و اكتساب العلوم ، والأب على ذلك أقدر و أقوم . والفتاة أحوج إلى تعلم آداب النساء و التخلق

[1]–محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص(397).

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر دمشق، سوريا، 1989، ، الجزء السابع، ص742.

بأخلاقهن وخدمة البيت ، والأم اقدر على ذلك بعدما تبلغ و تحيض ، فإذا بلغت احتاجت إلى الحماية و الصيانة و الحفظ عمن يطمع بها من الرجال عل ما ذكر اقدر[1].

و قد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء بسبع سنين ، وقدرها غيرهم بتسع سنين ، والفتوى في المذهب على التقدير الأول ، لأن الغالب أن الغلام يستغني عن خدمة النساء في حاجاته الخاصة بعد هذه السن .

وقال محمد بن الحسن :"إن حضانة الأنثى تستمر سن المراهقة ، وهي السن التي تشتهي فيها، ولا فرق بين ان تكون الحاضنة الأم و الجدة أو غيرهما ، والفتوى في المذهب على هذا القول، لأن البنت إذا بلغت مبلغ الاشتهاء احتاجت إلى الحفظ و الصيانة ، و الرجال أقدر أقدر على على ذلك من النساء فالذي عليه في المذهب الحنفي هو ان حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سبع سنين ، وحضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها تسع سنوات ، و العبرة في ذلك بالسنين القمرية ، لأنها المعهودة في التقديرات الشرعية[2].

2-المذهب المالكي.

تستمر الحضانة في الغلام إلى البلوغ ، على المشهور ، و لو مجنونا أو مريضا ، وفي الأنثى إلى الزواج ودخول الزوج بها ، و إن مجرد عقد زواج الفتاة لا يعتد به و إنما يعتد بالدخول

[1]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ص(742).

[2] - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(761-762).

الحقيقي بها ، و لو كانت الأم كافرة و هذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها ، وأما من في عصمة زوجها فهي حق للزوجين معا[1] .

ولا يخير الولد في رأي الحنفية و المالكية، لأنه لا قول له، و لا يعرف حظه ، وقد يختار من يلعب عنده . فقد يختار البقاء عند أمه لأنها أشفق عليه و لا تضربه إذا ما أخطأ و لذلك يعتد برأيه.

ولا يخفى أنه ليس من المصلحة اعتماد رأي الطفل بحيث يعقل حسن تقدير القضاء للأمور، و تلغى آراء الآباء ، و حجج الحاضنات ، ثم نحتكم إلى رأي الطفل بتخييره و نلقي إليه بالزمام وهو في هذه السن الغضة لا يتصور منه وزن صحيح لحاضره ، ولا مستقبله ، ولا تقدير سليم للعواقب.

فتخييره في الإقامة حيث يشاء ينتهي به إلى ما لا خير فيه لنفسه و لوالديه و للمجتمع . وما أصدق نظرة الحنفية ومن معهم إذ يقولون : " إن الطفل لقصور عقله يختار من عنده الدعة ، لتخليته بينه و بين اللعب ، فلا يتحقق النظر له بالخيار".

و يقول ابن القيم : «إن الصبي ضعيف العقل يؤثر البطالة و اللعب ، فإذا اختار من يساعده على ذلك لم يلتفت إلى اختياره ، وكان عند من هو أنفع له أخير ولا تحتمل الشريعة غير هذا....».

جاء في الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية : " وحضانة الذكر للبلوغ فإن بلغ زمنا أو مجنونا سقطت عن الأم و استمرت نفقته على الأب و عليه القيام بحقه ، أما مدة حضانة الأنثى و

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص(743).

المشكل فقالوا : «ولا تسقط الحضانة عن المشكل و ما دام مشكلا و حضانة الأنثى للأم حتى يدخل بها الزوج»[1].

3-الشافعية.

إن افترق الزوجان ولهما ولد مميز ، ذكر أو أنثى ، وله سبع أو ثمان سنوات ، و صلح الزوجان للحضانة ، ولو فضل أحدهما على الآخر دينا أو مالا أو محبة، وتنازعا في الحضانة ، خير بينهما ، وكان عند من اختار منهما :لأنه –صلى الله عليه وسلم–:"خير غلاما بين أبيه وأمه " و الفتاة كالغلام في الانتساب ، ولأن القصد بالحضانة حفظ الولد ، والمميز أعرف بحظه و مصلحته ، فيرجع إليه، و الولد يتخير ، ولو اسقط أحد الزوجين حقه قبل التخيير .

و لو أختار الولد أحد الوالدين ، فأمتنع من كفالته ، كفله الآخر ، فإن رجع و أمتنع أعيد التخيير و إن أمتنع الأبوين و بعدهما مستحقان للحضانة كجد وجدة خير بينهما و إلا أجبر بالحضانة من تلزمه نفقته ، لأنها من جملة الكفالة و إن صلح أحد الأبوين للحضانة دون الآخر بسبب الجنون أو كفر أو فسق أو زواج [2].

وجاء في المذهب حضانة الطفل غير المميز للنساء، فإن وصل إلى سن التمييز، ذكرا أو أنثى، كان عند من يختاره من أبويه، وسن التمييز قد تتقدم أو تتأخر عن السبع، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي.

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ص(743).

[2]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ن . ص.

4-الحنابلة.

تنتهي الحضانة في سن السابعة ، و يخير الصبي بعدها ، وأما البنت فأبوها أحق بها بعد هذا السن و استدلوا بأنه عليه السلام :" خير غلام بين ابيه و أمه[1].

5-المذهب الجعفري.

المشهور فيه أن مدة الحضانة للأم بالنسبة للغلام سنتان وهي أقصى مدة للرضاع و بعدها يضم إلى الأب إن كان موجودا، فإن لم يكن موجودا أو غير أهل بقي مع أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة و عندها أهلية للحضانة ، أما الأنثى فمدة حضانة أمها لها تمتد إلى سبع سنين في المشهور ، وفي قول غير مشهور (إن حضانتها للفتى تمتد إلى سبع سنين ، و الفتاة إلى تسع(9) سنين)[2]. وقال الإمامية الجعفرية: مدة الحضانة للأم على الصغير الذكر مدة الرضاع إلى سنتان وعلى الصغير البنت إلى سبع سنين، وبعد ذلك يكون الأب أحق بها إلى أن تتم الأنثى تسع سنين، والذكر خمس عشرة سنة فيكون لهما حق اختيار أحد الأبوين، وقال الحلي في الأحكام الجعفرية ولا شك أن قول الإمامية ذلك مقيد بعدم الضرر على الطفل بأخذه من الأم بعد السنتين أو السبع، وعلى كل حال إن لم يطلبها الأب بعد مدة يجبر على أخدها إذا أبت الأم بقاءها عندها أو كان في بقائها ضرر عليهما[3].

[1]- محمود محمد حمودة ومطلق عساف ، فقه الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص201.

[2]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص724.

[3]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء الأول ، ص(569-570).

ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري رقم 84/ 11 " تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) ستة عشر سنة، إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" والملاحظ ان هذا الحكم مستمد من الاجتهاد المالكي.[1]

واضح من هذه المادة ان مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات وبلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي تسع عشر (19) سنة وفقا للمادة (7) من الأمر 05 / 02، غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر (10) سنوات إلى ستة عشر (16) سنة وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم المحضون، على أن المشرع الجزائري في المادة 65 الفقرة (2) من قانون السرة، نص بأنه يجب أن يراعي في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية والحماية وهذا ما يحمد عليه المشرع الجزائري.[2]

والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الولد هذا السن واستغنى عن خدمة النساء أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة، والأب أقدر من الأم على ذلك أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في

[1]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص153.

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص385.

المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة مدة أطول من مدة الصغير سواء كانت الحاضنة الأم أم غيرها.[1]

ثالثا: مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة.

لم يوضح المشرع الجزائري في قانون الأسرة مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء فقد اكتفى بتحديد سن حضانة الذكر بسن البلوغ والأنثى بسن الزواج ولذلك سأتطرق إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا الموضوع.

1) مصير المحضون بعد الحضانة في الفقه الإسلامي:

أ/ المذهب الحنفي:

عندما تنتهي مدة حضانة النساء تبدأ مرحلة أخرى هي ضم الولد إلى الولي على النفس ويثبت الحق في هذا لعصبة الولد من الرجال، يقوم الأقوى عصوبة على غيره على حسب الترتيب السابق في حضانة الرجال[2].

[1]– نبيل صقر، قانون الأسرة، نصًا فقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص(245–246).

[2] – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص(572).

وهذا الأمر حق للولد غلاما كان أو بنتا ولهذا يجبر العاصب عليه بعد انتهاء مدة حضانتهما، ومن لا يتبث له حق الحضانة كابن العم بالنظر إلى بنت عمه لا يكون كذلك له حق ضمها لأنه غير محرم لها[1].

وتبدأ مرحلة الضم من حين انتهاء حضانة النساء، وتنتهي ببلوغ الولد عاقلا مستغنيا عن النساء ولا خيار للولد عند الحنفية غلاما كان أو أنثى فينزع من الأم ويأخذه إلى الأب لأن الصغير قاصر العقل، فربما يختار من عنده يتمكن من اللعب وقد صح ان الصحابة لم يخيروا[2].

فإذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون "الغلام أو البنت" أحد من العصبة الذين لهم حق الضم او أهليته ولم يكن هناك وصي يمكن ان يسلم إليه الغلام فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو أصلح له، وكذلك الأنثى إذا كان العاصب غير محرم لها، للقاضي أن يبقيها لدى الحاضنة حتى يختار لها شخصا أمينا ليضعها عنده، وفي مرحلة الضم يبقى الغلام عند ابيه أو جده، أو عند من عنده حق الضم بعدهما إن لم يكونا موجدين أو لم يكونا أهلا لذلك، فيقوم برعايته وتأديبه وتعليمه، ويحق له أن يدفع الغلام لمن يعلمه صناعة يتكسب منها وينفق عليه من كسبه اما الأنثى فإنها تبقى عند صاحب حق الضم، لكنه ليس له أن يدفعها للكسب من صناعة او خدمة بحيث تختلط فيها بالرجال لأن ذلك يخل بواجب حفظها وصيانتها ولأن المستأجر يخلو بها وذلك سيء في الشرع، ويصح أن يسلمها لأمينة تعلمها ما يلزم المرأة من شؤون المنزل وتدبير

[1] – بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، مرجع سابق، الجزء الأول ، ص(573).

[2] – بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص(573)

أموره، وتعلمها حرفة كتطريز وخياطة. فإذا بلغ الغلام مبلغ الرجال ببلوغه خمسة عشر سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية، وكان عاقلا مأمونا على نفسه، ولم يكن لأبيه أو لغيره ممن لهم حق الضم سبيل عليه بل يكون مخيرا في الإقامة مع أبيه أو مع أمه والإقامة بعيدا عنهما فإن لم يكن مأمونا على نفسه فإنه يبقى في حالة الضم كما كان جبرا عليه.[1]

أما البنت إذا بلغت مبلغ النساء، فإن كانت بكرا فإنها تستمر في مرحلة الضم ولو كانت مأمونة عل نفسها ما دامت شابة يخشى عليها من فتنة الرجال فإن كبرت سنها وعهد فيها حسن الرأي والعفة فليس لأبيها وغيره أن يجبرها على البقاء عنده، فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها وتنتهي مرحلة الضم بالنسبة إليها.

هذا ولم يحدد الحنفية سن الكبر، والذي يبدو من كلامهم ومن تعريف المسن لغة أن المرأة تكون مسنة إذا صارت عجوزا لا يرغب فيها الرجال.

فإن كانت الأنثى تيبا فإنها لا تجبر على البقاء عند أبيها أو غيره من الأولياء إلا إن كانت غير مأمونة على نفسها والجد كالأب فيما ذكر في أحكام البكر والثيب والغلام وإن لم يكن للأنثى أب ولا جد ولكن لها عم أو أخ فله ضمها إليه إن لم يكن مفسدا، فإن كان مفسدا لا يمكن من ذلك، وكذلك الحكم مع كل عصبة ذي رحم محرم منها.

[1]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص(574).

فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات او كان لها عصبة مفسد فالنظر فيها إلى الحاكم فإن كانت مأمونة مكنها من الانفراد بالسكنى وإلا وضعها عند امرأة أمينة قادرة على الحفظ بكرا كانت أو ثيبا.

وإذا بلغ الصغير او الصغيرة معتوها وانتهت مدة حضانته يكون الحق للأب أو غيره من العصبات المحارم في ضمه إليه باعتباره وليا على نفسه أما إذا بلغ عاقلا ثم أصيب بالعته فإن الولاية لا تعود إلى الولي العاصب قياسا بل تعود إلى القاضي في الاستحسان تعود إلى الولي العاصب، كما تعود الولاية على ماله إلى ما كانت له.[1]

ب/ المذهب الجعفري:

إذا بلغت الأنثى سبعا على القول المشهور كان الأب أحق بحضانتها من الأم، ما دام على قيد الحياة وأهلا للحضانة، وتجبر على البقاء معه إلى أن تصير مأمونة على نفسها بكرا كانت أو ثيبا ثم بعدها يكون لها الخيار وإن كان يكره لها مفارقة وليها حتى تتزوج، وإذا مات الأب او زالت أهليته بقيت مع أمها[2].

[1]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص(574).

[2] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(307)

اما إذا كان المحضون ذكر فهو مع أبيه بعد بلوغه سن السنتين، ما دام موجودا وأهلا فإن لم يكن بقي مع امه، ويجبر على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ عاقلا فإذا بلغ كان بالخيار في البقاء او الانفراد بنفسه.[1]

جـ/ الشافعية والحنابلة:

إذا بلغ الصغير أو الصغيرة السابعة وانتهت حضانته فإن إتفق الأب والحاضنة على إقامته عند واحد منهما أمضى هذا الاتفاق، وأن اختلفا أو تنازعا خير الصغير بينهما ، فمن اختاره منهما فهو أولى به . لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه حيث قال: " جاءت امرأة غلى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله : إن زوجي يريد أن يذهب بابني ساقني من بثر (بث بعيدة عن المدينة نحو ميل) أبى عنبة ، وقد نفعني ، فقال رسول الله(صلى) هذا أبوك وهذه أمك ، فخد بيد أيهما شأت فأخد بيد أمه فانطلقت به ." رواه أبو داود.

و قضى بذلك عمر وعلي و شريح ، و هو مذهب الحنابلة فإن اختارهما أولم يختر واحد منهما ، قدم أحد منهما بالقرعة.

و عند الحنابلة الحق بالفتاة من غير تخيير إذا بلغت تسعا والأم أحق بها قبل التاسعة.

وقال الشافعية ليست للحضانة مدة معلومة ، بل يبقى الطفل عند أمه ، حتى يميز و يمكنه أن يختار أحد أبويه ، فإذا وصل غلى هذه المرحلة يخير بين أمه و ابيه ، فإن أختار الولد الذكر أمه مكث عندها في الليل ، وعند أبيه في النهار كي يقوم بتعليمه ، وإذا اختارتها الأنثى تستمر عندها

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص(307).

ليلا ونهارا ، وإن اختار الطفل الأب و الأم معا أقرع بينهما ، وإذا سكت ولم يختر بينهما كان للأم و هو راي حسن [1].

د/ المالكية:

مدة حضانة الأم للغلام هي حتى بلوغه و الفتاة حتى تتزوج ، و لا يخير الولد بعد هذا السن مع من يبقى لأنه لا يعرف صلاحه و بالتالي فإن اختياره غير ملزم للقاضي.

2) موقف المشرع الجزائري:

من خلال المادة 65من قانون الأسرة يتبين أن المشرع الجزائري اخد برأي المالكية في استمرار الحضانة بالنسبة للأنثى حتى الزواج لدى الأم إذا حبست نفسها على تربية و حضانة أولادها.

وموقف القانون بالنسبة للأنثى مقبولا ، لأن الأنثى تحتاج تعلم عادات النساء كما سبق القول، وشؤون البيت ، والأم اقدر على ذلك شريطة أن تكون الم مأمونة عليها و قادرة على حفظها و صونها ، أما بالنسبة للصبي فإنه يستغني عن خدمة النساء ويستطيع أن يقوم بشؤونه وحده من مأكل ولبس و تنظيف جسمه إذا بلغ العاشرة وهو يحتاج في هذه السن إلى التأديب والتعليم و التخلق بأخلاق الرجال و آدابهم و الب اقدر على ذلك لذلك لا نرى من الحكمة استمراره في حضانة أمه[2].

[1] أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار، مرجع سابق ، ص (169-170).

[2]- الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة ، د. م، 2009، ص277.

غير انه يتضح ان المشرع عندما اعطى القاضي سلطة تمديد فترة الحضانة بالنسبة للغلام إلى16 سنة ، قد قيده بشرط وهو أن تكون من طلبت تمديد الحضانة هي أم لم تتزوج ثانية وهذا يؤخذ عليه ، غير أن ما يجري عليه القضاء في هذا الخصوص ، فإن القضاة لا يتقيدوا دائما بنص المادة 65 من قانون الأسرة و إنما يراعى في الحكم بالحضانة مصلحة المحضون ، كما جاء آخر المادة ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة العليا قسم الأحوال الشخصية ملف رقم52221 قرار بتاريخ 1989/03/13 حيث جاء في الحكم ما يلي :« ...ولما كان قضاة الإستئناف – في قضية الحال – قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا انهم أخطأوا بخصوص البنت ....»[1]

الفرع الثاني : شروط الحضانة .

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الحاضنة أو الحاضن حيث اكتفى في الفقرة الثانية من المادة 62 بالقول"....و يشترط في الحاضن أن يكون اهلا للقيام بذلك" و يتضح من خلالها الشروط العامة . غير أنه من الناحية الفقهية هناك شروط عامة لا بد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت أهليتهم في الحضانة ، بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال ، والحاضنة من النساء .

[1]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2003،ص69.

أولاً: الشروط العامة في الحاضنة.

1)الشروط المتفق عليها:

أ- **البلوغ:** الحضانة مهمة شاقة ، لا يحتمل تبعاتاتها إلا الكبار بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا الكبار، و غايتها لا تتحقق بغير ذلك، ولا اختلاف بين الفقهاء على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة، و سن البلوغ في القانون الجزائري 19 سنة ، وهذا حسب المادة 40من القانون المدني.

ب- العقل : الحضانة ولاية على النفس ، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره. وهذا حسب المادة 81 من القانون رقم 11/84(قانون الأسرة) ، وعليه فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما ، وهذا حسب المادة 42 إلى 44 من القانون المدني الجزائري .

جـ- الأمانة :و الامانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة فالحضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه ، كالفاسق رجلا أوامرا من سكير مشتهر بالزنا ،أو اللهو أو الحرام، واشترط المالكية أمن المكان : فالحضانة لمن بيته مأوى للفساق و المارقين من الدين أو غير الملتزمين بأحكامه[1].

د- القدرة : وهي استطاعته على صيانة الصغير في خلقه و صحته فلا يسلم للعاجز عن ذلك كالمريض أو المسن ، وفي الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية:« و الكفاية أي القدرة على القيام

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص359.

بشؤون المحضون ، فلا حضانة لعاجز عن ذلك كمسنة أي ذات مسنة من ذكر و انثى أقعدها السن عن القيام بشؤون المحضون إلا ان يكون عندها من تحضن" ومثل السن المسبب للعجز العمى والصم و الخرس والمرض المقعد عن العمل»[1]

2-الشروط المختلف فيها:

أ- الإسلام:

الإسلام شرط عند الشافعية و الحنابلة : فلا حضانة لكافر على مسلم ، إذ لا ولاية عليه ، لأنه ربما فتنه على دينه ، فلا حضانة للكافر في حضانة المسلم إن وجدت المسلمة ، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي (صلى) قال:« ما من مولد إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » وفي تربية ونشأة غير المسلمة له تغير له هذه الفطرة التي يرى كثير من اهل العلم أنها إما بمعنى الإسلام أو بمعنى القابلية للإسلام ، وتلقي مبادئ الدين الحق.

ولا يرى الأحناف و المالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلما لأن الشفقة هي أساس رعاية الطفل وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان وقد جاء في الشرح الكبير للدردير " الإسلام ليس شرطا في الحضن ذكرا كان أو أنثى فضمت الحاضنة غير المسلمة للمسلمين إن

[1]- نبيل صقر، قانون الأسرة نصافقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص249.

خيف على المحضون منها فساد كأن تغديه بلحم الخنزير أو تشربه خمرا ليكونوا رقباء عليها ولا ينزع منها و لا يشترط الجمع ، بل المسلم الواحد كاف في ذلك[1].

ثانيا: الشروط الخاصة في الحضانة :

1/ شروط خاصة بالنساء:

زيادة على الشروط الغامة يشترط في النساء عدة شروط وهي:

أ- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير ، أو بقريب غير محرم ، فغن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه و أبن عمه و أبن أخيه فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له حق في الحضانة ، وشفقته تحمله على رعايته ، فيتعاونان على كفالته . وجاء في قانون السرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في المادة " :66 سقط حق الحاضنة بالتزوج بغير المحرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

ب- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه و أخته وجدته ، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية[2].

[1]-نبيل صقر، قانون الأسرة، نصا فقها وتطبيقا، مرجع سابق ، ص249.

[2]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، مرجع سابق، ص359.

جـ- ألا تقيم بالصغير عند من يبغضه ولو كان قريبا له ، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون و سكناها عند من يبغضه يعرضه للأذى و إلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها[1].

2/ شروط خاصة بالرجال:

أ -أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، فليس لابن العم حضانة غبنة عمه لعدم محرميته لها ، ولأن الحق لو تبث له قد يقضي إلى فتنة وفساد فقال الفقهاء لا يثبت ذلك سدا للدريعة ، غاية في المر أنه غذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ، فالقاضي أن يبقيها عنده ، إذا كان مأمونا عليها لا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده[2] و هذا ما يقتضه مبدا مصلحة المحضون في التشريع الجزائري.

ب -أن يكون عند الحاضن من اب او غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو ام أو خالة او عمة ، غذ صبر ولا قدرة للرجال على أحوال الأطفال كما النساء ، فغن لم يكن عند الرجل من يحضن الصغير من النساء فلا حق له في الحضانة ، وهذا شرط عند المالكية[3].

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام ، مرجع سابق، ص745.

[2]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص555.

[3]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص360.

المبحث الثاني : أسباب الحضانة و ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري

الأصل أن الزوجين يعيشان معا ويمارسان حضانة أولادهما سوية دونما حاجة إلى التنازع ، إلا انه قد تطرا أمور تجعل من المستحيل ممارسة الحضانة من طرف كلا الزوجين و هذه السباب تتمثل أساسا في فك الرابطة الزوجية من جهة و التي تكون إما عن طريق الطلاق بكل انواعه او جراء وفاة احد الزوجين ، ومن ثم خشية ان يضيع الطفل او الأطفال الصغار نتيجة هاتين الحادثتين من جهة أخرى فإنه يسعى كل من الزوجين إلى إبقاء الأولاد معه وبالتالي اللجوء للقضاء و حتى قد يتقدم غيرهما من الأقارب في حالة الوفاة – وفاة أحد الزوجين– ويطلب الحضانة لنفسه و لهذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول أتناول فيه أسباب النزاع ، في المطلب الثاني ترتيب المستحقين للحضانة في التشريع الجزائري . واما هذا المطلب سأقسمه إلى فرعين الأول أتناول فيه الأسباب المتعلقة بفك الرابطة الزوجية و الثاني الأسباب المتعلقة بالمحضون[1] .

المطلب الأول : أسباب الحضانة :

الفرع الأول : الأسباب التي تتعلق بفك الرابطة الزوجية:

وهي تنقسم بدورها إلى قسمين أسباب قانونية و تتمثل في الطلاق و أسباب واقعية و تتمثل في وفاة احد الزوجين.

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص(207).

أولا : الطلاق:

يعد الطلاق سببا مباشرا من أسباب ظهور مسألة الحضانة، فبمجرد حصول الطلاق بين الزوجين، تتبع دعوى الطلاق عدة دعاوى أخرى ومن أهمها ما يعرف بدعوى الحضانة الشرعية[1].

1- دعوى الحضانة الشرعية:

هي من الدعاوى المدنية المعقدة، وهي إمَّا أن تكون أصلية ترفع وحدها أمام المحكمة المختصة من طرف أحد الزوجين أو من غيرهم ممن منعهم القانون حق الحضانة، وإمَّا أن تكون دعوى تبعية تتار تبعا لدعوى الطلاق، بطريقة شفهية او كتابية أثناء إجراءات المرافعات، ويقع فيها مع الفصل في دعوى الطلاق وبحكم واحد.

إن الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق سيكون فصلاً في دعوى تبعية، اما في حالة وفاة الحاضن أو سقوط الحضانة عن بحكم لسبب من الأسباب، فإنه يتعين على من يرغب في استصدار حكم له بالحضانة، أن يقدم تصريحا شفهيًا أو عريضة كتابية موقعة منه إلى رئيس كتابة الضبط يوضح فيها تراتبه من المحضون يبين فيها الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة.

[1] الطلاق لغة : اسم مصدر طلق، ومصدر طلق تطليق، وهو في اللغة صد تقييد ، واصطلاحا: هو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة، انظر أبو الفضل عادل سعد، فتاوى المرأة المسلمة، مرجع سابق، ص269.

ويمكن إقامة دعوى الحضانة أيضا أمام قاضي الأمور المستعجلة، وخاصة إذا كانت هناك دعوى متعلقة بالطلاق مطروحة أمام قاضي الموضوع، وتأخر الفضل فيها لوقت طويل يحتمل معه إلحاق الضرر بالمحضونين من حيث رقابة مصالحهم، وتربيتهم والحرص على حماية اخلاقهم[1].

ولقد جاء في قرار قضائي للمحكمة العليا[2] ما يلي : حيث أن الطاعن بالنقض يعيب على القرار خرق القانون بسبب حكمة بالموافقة على الطلاق وهو ما لم يطلبه الطرفان إذا وقع الاتفاق عليه أمام موظف رسمي وهي الموثق في عقد 1965/12/21 ، ولكن حيث أن مسألة الحضانة لا يمكن أن تثار إلا في حالات محددة منها حالة الطلاق، وبما ان الزوج وافق على حضانة بنته من طرف امهما فقد أقر ضمنيا مبدأ الطلاق وعليه القاضي إذا أمر الاتفاق على هذه المسألة التي تتبني عليها مسالة الحضانة بصفة ضرورية، هذا زيادة على ان الحكم بما لم يطلب لا يفتح وحده بابًا للنقض إلاَّ إذا كان مصحوبا بمخالفة قانونية وهذا ما لم يستطيع الطاعن إظهاره، وعليه فإن هذا الوجه غير سديد ويتعين رده[3].

2- صور الطلاق وأثرها على الحضانة:

وقد عرف المشرع الجزائري le divorce في المادة 48ق.أ. بقوله «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون، واستعمال المشروع كمنة (حل) التي تشمل طرق الخلال الزواج أو حور الطلاق

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص(351-352)

[2]- قرار المحكمة العليا،غ.ق.خ، في 1971/03/07، نشرة القضاة، 1972، عدد2، ص58.

[3]- بلحاج العربي، قانون الاسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص113.

سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي او بواسطة الحكم القضائي»، وهو (حل عقد) ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 44 من المدونة بقوله « الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج او وكيله أو من فوض له في ذلك او الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي» ويقع الطلاق حسب المادة 46 من نفس القانون باللفظ المفهوم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة، كما أن المادة45 من القانون المغربي توضح بأن محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من الطلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا[1].

أ- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد انعقاد عقد الزواج الصحيح وكان الطلاق من طرف الزوج أو من رسوله أو وكيله القانوني[2].

وكما يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يكون الزواج صحيحًا، وكذلك أن يكون الزوج بالغًا وعاقلاً، وان يكون قاصدًا الطلاق ومختارًان وغير متعسف.

ب- الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين:

وهو إنهاء الرَّابطة الزوجية باتفاق من الزوجين وبناءًا على رغبتهما المشتركة وينقسم إلى حالتين وهما:

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص(208).

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص209.

1) الطلاق بالتراضي:

نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة ويكون عن طريق عريضة مشتركة مقدمة لكتابة ضبط المحكمة المختصة موقعة وممضاة من الزوجين معًا، ولا يشترط تسبيب الطلاق وإن تدخل القاضي يقتصر فقط على مراقبة حالات عدم الإنصاف ن وأن تلك التي لا تتفق مع مبادئ العدالة والإنصاف.

2) الخلع:

لقد نص المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: «يجوز للزوجة أن تخالع زوجها نفسها منه مقابل مبلغ مالي يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء بحكم القاضي بما لا يجاوز مهر المثل وقت الحكم»[1].

ويشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، كما يشترط أن يكون مقابل الخلع مالاً مقبولاً، أي بكل ما يصح للالتزام شرعًا[2].

ولا يجوز أن يكون مقابل الخلع تخلي الزوجة على حضانة أولادها وإن حصل ذلك صح الخلع وبطل الشرط لأن الحضانة حق للولد كما هي حق للأم[3].

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ص 210.

[2]– بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص(261–269)

[3]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(277)

ج- التطليق: (الطلاق بطلب من الزوجة)

وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وقد ذكرت المادة10 حالات يجوز في حال تحققها للزوجة أن تطلب الطلاق وهي مذكورة على سبيل الحصر ويقع على الزوجة عبُ إثبات نسب طلب الطلاق.

وفي كل الطلاق السابقة الذكر يبقى حق للحضانة للأم أوّلاً ولا يؤثر ذلك في مراتب الحضانة ما دامت الأم متوفيه لشروطها.

إلا أنه في حالة الطلاق بسبب نشوز الزوجة فإنها تفقد حقوقها الزوجية م نفقة وحضانة وهذا ما أكده قرار للمحكمة العليا[1].

ويشترط لطلب الحضانة أن يكون حكم الطلاق نهائيا (طلاق بائن بينونة كبرى)

ثانيا : الوفاة

الوفاة قانونا هي انتهاء الشخصية القانونية للشخص، والوفاة في التشريع الجزائري نوعان : وفاة طبيعية وفيها يكون الشخص قد توفي حقيقة ويمكن التحقيق من وفاته ن وهي بدورها تنقسم إلى قسمين وفاة طبيعية تتم في ظروف عادية وفيها يمكن التعرف على هوية الشخص المتوفي ونسبه وتاريخ ومكان وفاته.

[1]- قرار المحكمة العليا رقم 41718. الصادر في 5ماي 1986، المجلة القضائية ،1989، العدد4، ص119.

ووفاة طبيعية تتم في ظروف خاصة أو غامضة لا يمكن معها التعرف على هوية الشخص المتوفي أو نسبه أو تاريخ ومكان وفاته والنوع الثاني وهو الوفاة الحكمي، فهو ليس موتا حقيقيا ولكنها وفاة حكمية تقررها المحكمة حيث يصدر حكمًا بالفقدان أوّلا ثم يصدر حكم بالوفاة.

وفي كلتا الحالتين يمكن أن تتار مشكلة التنازع حول الحضانة إذا ما توفي أحد الزوجين أو كلاهما سواء كان موتا حقيقيا فعليا أو موتًّا حكميًّا.

الفرع الثاني : الأسباب المتعلقة بالمحضون:

أولا : حفظ الصغير:

إن من أسباب الحضانة عجز الصغير في أول حياته عن القيام بأمور نفسه وعدم إدراكه لما ينفعه وما يضره...وقد أناط المشرع أمر حضانة الصغير ورعايته لوالديه باعتبارهما أقرب الناس إليه عادة و أوفرهما شفقة وحنانًا عليه، فوزع أمر رعاية الصغير وتربيته بين والديه، فجعل الأم أحق بحضانته في حياته الأولى لأنه بحاجة لخدمتها، وعدم استغنائه بنفسه عنها والأم أقدر فهما لصغيرها في أول مراحل حياته وأعظم صبرًا عليه فيها، وفي ذلك يقول صاحب المبسوط « إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل المشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعى قوة الرأي، وجعل إلى الأمهات لرفقهن فتحضنه حتى يستغني عنها»[1].

[1]– أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص(109-110)

فالصبي إذا فطم من الرضاع بدئ بتأديبه ورياضة أخلاقه، وعلى مربيه أن يجنبه مقابح الأخلاق وكل الوسائل التي تكسبه ذلك.

فإذا وضع الطفل في بيئته صالحة تطبع بالصلاح بسرعة، واما إذا وضع في بيئة فاسدة تطبع بالفساد.

ثانيا: وجود مجموعة من أصحاب الحق في الحضانة:

سواء كان هؤلاء الأشخاص متساوين في درجة قرابتهم للصغير أو متفاوتين فيهان ورغبة كل واحد منهم برعاية الصغير، وادعاء لكل منهم بقدرته واحقيته بالحضانة من غيره.

المطلب الثاني :ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري:

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، شرعا ومعاوضة بإذن الشرع أو بأمر القاضي، أنثى او ذكر، حيث يتساوى النساء والرجال في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب، غير أن ما لم الاتفاق عليه فقها وقانونا وما عمد أليه المشرع الجزائري بصفة خاصة، هو أولوية الام في حضانة صغارها، وهذا ما يقره مبدا العدل ويقبله العقل السليم[1] .

وقد سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة: المالكية، الحنفي الحنبلي والشافعي، وذلك وفق المادة 64من قانون الاسرة، لكن ذلك قبل التعديل الوارد في 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[1] باديس دياببي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص68.

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005:

نصت المادة 64 من قانون الاسرة قبل التعديل على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة، ثم الاب، ثم أم الاب، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بأسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة ، وعلى ذلك فقد رتب المشرع أصحاب الحق في الحضانة كما يلي :

أولا :الأم.

1) التبريرات الشرعية بتقدم الأم إلى المرتبة الأولى:

حسم الاجماع على ان الام أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصرا جماع، ولما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاذ المجيد للمحضون[1].

ومن الأدلة الشرعية على ذلك ما روي عن عمر عن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنه قال أن امرأة أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وجحري له جواء ن وثديي له سقاء، وزعم ابوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به مالم تنكحي»[2]

[1]– باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص69.

[2]– عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها رسول الله (صلى)، د.م، د.ت، ص151.

وقال صلى الله عليه وسلم: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه مسلم .

وقال ابن القيم : (دل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فإلام أحق به من الاب مالم يقم بالأم ما يمتع تقديمها ، او بالولد وصف يقتضي تخييره، وهذا ملا يفرق فيه نزاع)[1] .

وعن البراء بن عازب رضي الله عنه أن ابنه حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي أنا احق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر ابنة عمي وخالتها تحتي (زوجتي) وقال زيد ابنة أخي ، ففقي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام[2] .

وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، وأراد أن يأخذ ولده عاصما منها ن فأبت عليه ذلك، وتخاصما الى ابي بكر رضي الله تعالى عنه وهو خليفة ، فقال لعمر ، خل بينه وبينها، ريحها ومسها ومسحها وريقها خيرا له من الشهد عندك ، وكان هذا القضاء بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحدا منهم، فكان أجماعا منهم على تقديم الام على غيرها ولو كان أبا[3].

مما ذكر السابقون وأجمع عليه الفقهاء، فان الام الممتازة في أحقيتها لحصانة أولادها لا ينازعها فيها أحد لعظمة دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحيا واجتماعيا وأخلاقيا.

2) وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكان الام في ممارسة حقها في الحضانة وأعتبر تنازل الام عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حالة المحضون

[1]– باسل محمود الحافي، فقه الطفولة، مرجع سابق، ص307.

[2]– باسل محمود الحافي، المرجع نفسه ، ص308.

[3]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، مرجع سابق، الجزء الأول ، ص546.

النفسية ، وأن اسناد حضانته لشخص أخر يجعل من القرار مخالفا للصواب ، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا تحث رقم 220470 مؤرخ في 1999 ما يلي: (من القرار قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة اذا اضر هذا التنازل بمصلحة المحضون ومن تمة فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فانهم طبقوا بذلك صحيح القانون)[1].

بل أن تنازل الأم عن الحضانة وتراجعها عنها لا يحرمها نهائيا من إعادة اسناد الحضانة اليها ان كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ن كما جاء في قرار اخر للمحكمة العليا تحث رقم 53340 مؤرخ في 1989/03/27 تبني ما يلي: (من المستقر عليه أن مسالة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم.

ومتى تبين في – قضية الحال – أن تنازل الام عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة اليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا للمادتين :66و67ومن قانون الاسرة.

و أن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأ و في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص71.

و الواضح أن هذا الاجتهاد عاكس ما كان قبله من القول بأن تنازل الأم عن الحضانة لا يقبل طلب استرجاعها كما جاء في قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 53340 مؤرخ في 1989/03/27 و الأم أولى بحضانة ولدها المسلم حت لو كانت كافرة [1].

وقد ورد حق الحضانة للأم في الاتفاقيات الدولية وذلك في إعلان حقوق الطفل لعام 1909 في المبدأ السادس ،وميثاق الطفل في الإسلام المادة 16 منه[2]

ثانيا : أم الأم (الجدة لأم) :

رتب المشرع سابقا الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال إسقاط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان ، سوآءا تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج بأجنبي أو اي سبب آخر . وعلى هذا المنوال سارت غالبية التشريعات العربية ، ويبقى الاعتبار في ذلك أن أم الأم مشاركة للأم في الإرث و الولادة ، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة و شفقة على المحضون من غيرها[3].

ثالثا : الخالة:

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه ، هذا ما اتفق عليه في الأثر ، و خالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة للأم أو اخت أو اخت من الأب و اخت من الأم ، وجاء ترتيب الخالة عموما في المرتبة الثالثة بعد الأم و أم الأم ، وهذا ما أتفق عليه جمهور الفقهاء

[1] – بلحاج العربي ، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص124.

[2] – غالية رياض، وشركائها، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، د.ت،ص48.

[3] – باديس دياني ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص72.

أيضا و صدقته المادة 64 من قانون السرة الجزائري قبل تعديلها ، وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في عديد قرارته[1].

رابعا : الأب :

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى أغلب على جانب الذكور لخصوصيتها والهدف من وجودها ، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير و حمايته و الصبر على مشاق ذلك. لكن المشرع الجزائري الذي غلب جانب الأنثى من الأم في الحضانة في المادة 64من قانون الأسرة. قبل التعديل ، قد خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للأب على أم الأب لما قال به الإمام مالك إذا ماتت الأم ، كانت رفيقة او كافرة ، وأنكحت فأم الأم وان علت أولى من الأب ما لم تنكح، فإن نكحت سقط حقها إلا أن تنكح جد الصبي فلا يسقط حقها ، فإن لم يكن أحد من أمهات الأم فالأب أولى ، ثم بعده أمهات الأب و إن علون أولى من الجد ولا حق لأحد من نساء القرابة مع الأب إلا ملأم الأم ، وأمهاتها ، ولا مع جد ألب إلا لأم الأم و أمهاتها ، أوأم الأب و أمهاتها [2].

و بتقديم المشرع للأب على أم الأب إقرار منه بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له[3].

[1]– باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص73.

[2]– حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر، 1996، ص292.

[3]– باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص73

خامسا: أم الأب :

تأتي الجدة لاب مباشرة بعد الاب، وهدا قبل تعديل 2005/02/27 وان المشرع الجزائري سبق الاب على امه في ترتيب الحاضنين، وكما تكون الحضانة لام الاب ، تكون لأمها وجدتها أخد بمبدأ الام وان علت مع مراعاة توافرهن على الشروط [1].

سادسا: الأقربون درجة :

سكت المشرع الجزائري عن تعريف الاقرب درجة اثناء ترتيبه للحاضنين ، ولما سمح لنا بالرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية عند وجودنا لنص مبهم وغير واضح تطبيقا سلميا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

فقد تباينت الآراء الفقهية في تحديد الاقربين درجة غير انهم اتفقوا على التصنيف الاتي ذكره :

1) المرتبة الأولى: مرتبة النساء و المحارم:

وتشمل : الأم ،و أم الأم وإن علت ، وأم الأب وإن علت ، والأخت الشقيقة وأخت الأم ،والأخت لأب ، وبنت الأخت الشقيقة ، وبنت الأخت لأم ، الخالة الشقيقة ،والخالة الأم ، والخالة الأب ،وبنت الأخ الشقيق ، وبنت الأخ لأم ، وبنت الأخ لأب ، والعمة الشقيقة ، والعمة لأم ، والعمة لأب ، وخالة الأب الشقيقة فلأم فلأب ، وعمة الأب الشقيقة ، فالأم ، فالأب.

[1]– باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص74.

[2]– باديس ديابي ، المرجع نفسه، ص75.

2) المرتبة الثانية: مرتبة الرجال العصبات:

يشتمل العصبة من الرجل على ترتيب الميراث ، وهم : الأب ، ثم أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم إبن الأخ الشقيق ، ثم إبن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب [1].

3) المرتبة الثالثة : مرتبة الرجال المحارم غير العصبة:

تشتمل المحارم غير العصبة الرجال وهم: الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم إبن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ،ثم الخال لأم .

ولا ينتقل الى مرتبة من المراتب إلا بعد التأكد من عدم وجود في المرتبة التي قبلها احد مستحق للحضانة بألّا يوجد أحد أصلا، أو يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة، واذا وجدت واحدة تستحق الحصانة فهي لها[2] .

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فيفري2005:

أحدث المشرع الجزائري تغييرا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الامر رقم 27 فيفري 2005 اذ نصت على ما يلي «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب، ثم الجدة لام ثم الجدة لاب ثم

[1] باديس ديابي ، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص74.

[2] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص397.

الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة»[1].

فالتعديل جاء مخالفا لمل سبق تبيانه في السابق وجاء معاكسا لما ادلى به فقهاء الشريعة الاسلامية، ويظل البحث عن السبب في تعديل المادة متواصلا طالما ان الاعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل الى القانونيين والمتتبعين في هذا المجال، ومع ذلك يمكن ان نقول ان تعديل المادة 64 من قانون الاسرة جاء معالجا للواقع الذي تعيشه العائلات الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة[2].

ويذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن احصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الام والاب ودويهما فيما يتعلق بحق الحضانة، كما ان الاب يعتبر أن حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل 2005/02/27 وأن خرج عن المذهب المالكي وبقيت المذاهب في ترتيب الحاضنين ، فانه حاول أن يساوي بين الأم و الأب وأن أبقى الاولوية لجهة الأم على جهة الأب ، إلا أنه أقر بمبدأ التداول،[3] وفي اعتقادي انه حسن ما ذهب اليه المشرع الجزائري.

1- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص397

[2] باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص78

[3]- باديس ديابي ، المرجع نفسه ، ص79

الفصل الثاني :أشكال النزاعات في مجال الحضانة :

لقد تناولت في الفصل الأول من هذا البحث مفهوم الحصانة كما عرفها الفقه و القانون وطبيعتها القانونية من حيث كونها حق للحاضن فلا يجبر على القيام به ومن كونها حق للمحضون لا يمكن حرمانه منها ومن حيث كونها واجب على الحاضن و الحاضنة في حال لم يوجد غيرها – حاضن آخر – وخيف على المحضون من الضياع وكذا من حيث أسبابها و مدتها وترتيب الحاضنين و شروطهم غير أن الإشكال الحقيقي و المطروح لا يثور حول الحضانة أساسا و إنما حول إشكالاتها التي تثور حول استحقاق الحضانة و سقوطها وما يترتب عن ممارستها من أمور فالحضانة لما تتطلب من مجهود كبير في تربية المحضون و نشأتهالنشأة السوية تحتاج بالمقابل نفقة ومسكن و كما يظل السؤال كذلك مطروحا حول اجرة الحضانة و نزاعاتها بالإضافة الى الزيارة وكيفية ممارستها و كل هذه المواضيع تثير نزاعات لا حصر لها فماهي هذه النزاعات و كيف عالجها التشريع الجزائري ؟

المبحث الأول: النزاعات في استحقاق الحضانة و سقوطها في التشريع الجزائري.

لقد تعددت النزاعات في مجال الحضانة و فيمايأتي بيان لها.

المطلب الأول: النزاعات في استحقاق الحضانة

الفرع الأول: تساوي المتنازعين في درجة القرابة

قد يثور النزاع حول حق الحضانة بين شخصين من نفس درجة القرابة بالنسبة للمحضون و في هذه الحالة لدينا صورتان الاولى تتمثل في كون المتنازعين هما الولدان – والدا المحضون– و الصورة الثانية تتمثل في كون المتنازعين غير الوالدين و التفصيل فيما يلي :

اولا:المتنازعان والدا المحضون:

ويمكن ان يثار هذا النزاع في مرحلتين من مراحل الحضانة:

1)ان يثور النزاع بين الوالدين قبل انتهاء سن الحضانة :

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة بأن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ...)[1]

ومن هنا يتضح أنه إذا ثار النزاع بين أب المحضون و أمه في مرحلة حضانة النساء اي قبل بلوغ المحضون الذكر سن البلوغ المقدر ب 10 سنوات و الأنثى ببلوغ سن الزواج فإن الأم أحق بالحضانة في هذه الحالة ما دامت تتمتع بأهلية الحضانة القانونية (البلوغ, العقل و القدرة طبقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

وهذا ما اكده قرار للمحكمة العليا – قرار 1988/12/19 ملف رقم 51894 بخصوص إسناد الحضانة و أولوية الأم في حضانة ابنتها حتى بلوغ سن الزواج حيث جاء فيه : من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا أن خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ

[1]– المادة 64 من الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري2005.

يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية و لما كان قضاة الاستئناف – في قضية الحال – قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد اسنادها الى الأب فإنهم بقضائهم هذا كما فعلوا اصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة والمادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[1].

هذا ويجب مراعاة سن الأولاد في إسناد الحضانة فإذا ما تجاوز الأولاد الذكور سن البلوغ المحدد بـ 10 سنوات مع إمكانية تمديده من طرف القاضي إذا رأى في ذلك مصلحة للمحضون وعلى القاضي الذي يصدر الحكم بإسناد الحضانة أن يوضح في قراره سن الأولاد الذين شملتهم الحضانة وإلا عرض قراره للرفض[2] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 256629 بتاريخ 2001/02/12 حيث جاء في حيثياته ما يلي : " من المقرر قانونا انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى لبلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انعداما للأساس القانوني .

ولما كان ثابتا:–في قضية الحال – أن المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالفالقانون [3].

[1]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصّا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص(251).

[2]–نبيل صقر، المرجع نفسه ، ص(252).

[3]– نبيل صقر، المرجع نفسه، ص(252).

وطلب إبقاء المحضون في يد حاضنته إما أن تطلبه الحاضنة بدعوى مستقلة ترفع أمام المحكمة المختصة تطلب فيها إبقاء الصغير في حضانتها وعدم ضمه إلى أبيه أو أقرب عاصب له لوجود مصلحة المحضون في ذلك .

وإما أن تتمهل حتى يطلب الأب أو أقرب عاصب ضم المحضون إليه ببلوغه سن الـ 10 سنوات وانتهاء حضانة النساء له لاستغنائه عنهن فتطلب هي رفض دعواه استنادا إلى وجود المصلحة للمحضون في إبقائه في يدها أو تبدي طلبا عارضا[1] بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية بإبقاء المحضون في يدها .

فإذا أتبتث الحاضنة أن مصلحة المحضون بإبقائه في يدها حكم القاضي بذلك وإلا برفض دعواها بحسب الأحوال[2].

غير أنه يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه القضاء بإبقاء المحضون في يد حاضنته بعد بلوغ المحضون الذكر سن الـ 10 سنوات وذلك إذا ما رأى مصلحة في ذلك طبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 123889 الصادر بتاريخ 1995/10/24 والذي جاء فيهمايلي : " إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن الـ 16 إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الاسرة الجزائري".

[1]– الطلبات العارضة هي الأدوات الفنية التي يكن إدخال بواسطتها تفاعلات الى الطلب الأصلي والطلبات العارضة التي تقدم من المدعي تسمى إضافية أما التي تقدم من المدعى عليه تسمى المقابلة وأما التي يقدمها الغير فتسمى تدخل وإذا قدمها الخصوم في مواجهة الغير تسمى الإدخال.

[2]– أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص(146–147).

هذا وإن المحكمة المختصة بقضايا الحضانة هي المحكمة التي يقع فيها مكان ممارسة الحضانة.

وترفع الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بقضايا الحضانة إلى قاضي الاستعجال بموجب عريضة ، ويفصل فيها القاضي على جناح السرعة على ألا يمس بأصل الحق أي لا يناقش مدى ثبوت الحق من عدمه وذلك خوفا من ضياع الصغير وهذا ما أكدته المادة 57 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري حيث جاء فيها " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة كالنفقة ، الحضانة ، الزيادة والمسكن " ويفصل في هذه الدعاوى في أقرب الآجال المادة 209 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، «إن القاضي هو الذي يحدد تاريخ الجلسة وساعتها ولا يمس الطلب الاستعجاليالمتعلق بقضايا الحضانة بأصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كونه حكما مؤقتا لكنه ينفذ»[1].ومن المقرر قضاءً[2] في مسألة الحضانة انه في حالة وجود احد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ، ومن المقرر قانونا ان الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ، ومن تم فإنه لا يجوز إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم أو قرار أجنبيين أسندا حضانة بنتين إلى امهما المقيمة بفرنسا لكون بقاء البنتي

[1] – ومن صور المنازعات المستعجلة طلب استلام طفل في يد حاضنته إذا كان في وجوده لديها خطر يهدد حياته أو صحته. أنظر أنور العمروسي ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين : النصوص والفقه ومبادئ النقد ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 ، الجزء الثاني ، ص(641).

[2]- قرار المحكمة العليا رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية،1989العدد4، مرجع سابق، ص(114)

في فرنسا يغير من إعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضلا عن أن الأب له الحق في الرقابة عليهما وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق ومن تم فإنه إذا كان أحد أطراف النزاع في قضايا الحضانة اجنبيا وكان الطرف الآخر جزائريا أثناء انعقاد الزواج فإنه يسرى عليها القانون الجزائري ، وذلك لاعتبار أن الحضانة أثر من آثار الزواج[1] وذلك طبقا لنص المادة (10) من القانون المدني الجزائري.

وحتى يتأكد القاضي من أن مصلحة المحضون تكمن في إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين دون الآخر لابد من إجراء تحريات عنهما و كذا الانتقال إلى مقر تواجدهما و المعاينة و يجوز له اتخاذ أي إجراء يراه مناسبا و من بين هذه الإجراءات الاعتماد على تقرير مرشد اجتماعي أو شهادة طبية و هذا ما جاء التأكيد عليه في قرار المحكمة العليا حيث جاء فيه (من المستقرعليه قضاء ان الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحضانة اسندت الى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد دلك فإن قضاة الموضوع اعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن)[2].

كما أن حكم الحضانة غير نهائي، وإن دعوى الحضانة دعوى مستقلة بدائها لا يجوز جمعها مع دعوى الزيادة في نفقة المحضون أو المحضونين.

[1]– أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ،مرجع سابق، ص(150) .

[2]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصّافقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص253.

مما سبق يتضح أن المشروع الجزائري قد اعطى للأم أولوية كبيرة في حضانة أولادها ما دامت مستوفية للشروط اللازمة قانونا ودلك اعتمادا على مبدأ مصلحة المحضون وصاحبته الى أمه في المرحلة الأولى من حياته, كما يتضح انه قد أعطى للقاضي صلاحيات وسلطات واسعة في حل قضايا الحضانة وقد أحسن في جعل أحكام الحضانة غير نهائية مراعيا في دلك تغيير الظروف التي أثرت على إصدار الحكم بإسناد الحصانة لأحد الوالدين دون الأخر[1]

2)أن يتور النزاع بين الوالدين بعد نهاية سن الحضانة:

كما سبقت الاشارة فإن المشرع الجزائري لم يقسم مدة الحضانة الى مرحلتين كما فعل الفقهاء – مرحلة حضانة النساء ومرحلة حضانة الرجال– ولكن المشرع قد احالنا الى العمل بما جاء به الفقهاء في حال انعدام النص القانوني في مسألة معينة إلا أن الفقهاء

بدورهم قدر اختلفوا في تحديد هذه السن مع وجود إجماع بينهم أنها تنتهي بالبلوغ على اختلاف بين الذكر و الأنثى و بعد هذه الرحلة هناك من قال منهم بتخبير الولد[2] فإن شاء بقي مع والدته و إن شاء ذهب مع والده كالإمام الشافعي و الذي استدل على قوله هذا بأن النبي (صلى) قد خير غلاما بين والديه،هذا الرأي ليس معمولا به في محاكمنا اليوم لأنه يتقاضى مع مبدأ مصلحة المحضون الذي اعتمده المشرع الجزائري ذلك أن الصبي في العادة يختار ما يضره لأنه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوتهو الحديث الذي استند إليه الشافعي فقد روي في

[1]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصّافقها وتطبيقا ، مرجع سابق ، ص381.

[2] – القضاء الجزائري لا يأخذ بتخيير الولد في الحضانة ، المحكمة العليا في 21 /1970/10 ، نشرة القضاة ، 1972 ، عدد 1 ، ص(58) .

الأثر أن النبي (صلى الله عليه و سلم)دعا للغلام فقال "اللهم سدده" فببركته دعاء النبي اختار الغلام ماهو أنفع له و لا يوجد مثله في وقتنا هذا[1].

و قال الشافعية:إن اختيار الولد الذكر أمه أنه مكث عندها في الليل و عند أبيه في النهار لكي يعلمه،و إذا اختارتها الأنثى تستمر عندها ليلا و نهارا،و إن اختار الطفل الأب و الأم معا أقرع بينهما ،و إذا سكت ولم يختر أحذا منهما كان للأم ،قال الحنابلة كذلك يخير الطفل بعد سبع سنين للذكر و الأنثى بين أبويه و يكون مع من اختار منهما[2] .

و أما الحنفية و المالكية مع اختلافهما في تقرير السن للفتى و البنت إلا أنهما اتفقا أن الحضانة للأب بعد سن البلوغ إن كان أهلا ،فإن لم يكن أهلا لها فجده لأبيه و إن لم يوجد فلم يقوم مقامهما من العصبات و لا خير الولد في ذلك بل يجبر أن يكون عند أبيه[3].

أما الفتاة فيرى المالكية ضرورة بقائها عند أمها حتى بلوغها سن الزواج .

أما الحنفية فيروز أن الفتات إذا بلغت تسعة سنين أو إحدى عشرة سنة كان حق إمساكها لأبيها.

وقد اتجه القضاة في الجزائر الى ما دهب اليه الفقه المالكي , في اسناد حضانة الولد بعد البلوغ – بلوغ 10 سنوات –الى ابيه , مع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في اسناد الحضانة.[1]

[1]– أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص(161).

[2]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص(569).

[3]– محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص(406–407).

ثانيا : تنازع غير الوالدين من الأقارب:

قد يثور النزاع بين أقارب المحضون من نفس الدرجة ودلك إذا كان سبب فك الرابطة الزوجية هو الوفاة أي وفاة أحد الوالدين ، وفي هده الحالة لم يبين المشرعفي قانون الأسرة الحل أما فقهيا فأرجح ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية حيث فرق بين حالتين :

1)_ أن يكون كلا المتنازعين ذكورا أو إناثا :

إدا كان المتنازعان كل منهما ذكرا أو كل منهما أنثى يقول (فأقرع بينهما في جهة)

ومثال دلك أخوان تنازعا في أخ لهما كل واحد يريد أن يأخذه فإننا نقرع بينهما والقرعة جائزة لقوله تعالى :« و ما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم و ما كنت لديهم إذ يختصمون »آل عمران الآية 44 .

ونأخذ بالقرعة إدا ما لم نجد ما نرجح به بينهما من حيث صلاحها أي إدا كان متكافئين في قدرتهما على الحضانة .

و أما إذا كان المتنازعين ذكورا من جهتين مختلفين قال : (و قدم الأبوة إدا كانا من جهات تنتمي) . أي إدا كانا من جهتين مختلفتين كخال و عم , فهما بالنسبة للمحضون في درجة واحدة لكنهما في جهتين مختلفتين , و عليه فلا قرعة بينهما بل نقدم جهة الأب فيأخذ العم دون الخال[2]

2)_ أن يكون المتنازعين ذكرا و أنثى :

[1]– أحمد لعور ونبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص223.

[2]أبو الفضل عادل سعد، فتاوي المرأة المسلمة ،مرجع سابق ، ص.328

أما إدا كان النزاع بين ذكر و أنثى فإننا يقول الشيخ ابن تيمية نقدم الأنثى , لأن النبي (صلى) : قدم الأم على الأب لدلك فلو تنازع خال و خالة فإننا نقدم الخالة , إلا إدا تبت عدم صلاحها للحضانة[1] .

و اعتمادا على مبدأ حرية القاضي في اختيار الأصلح للمحضون الذي أقره المشرع في قانون الأسرة الجزائري فإنه إدا تعدد مستحقو الحضانة و من نفس الدرجة تنازعوا فإن للقاضي أن يختار أصلحهم للحضانة قدرة و خلقا فإذا تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا [2] .

الفرع الثاني : تفاوت المتنازعتين في درجة القرابة:

لقد جاءت المادة 64 بعد التعديل واضحة المعالم بشأن المراكز القانونية التي تعرضت لها بعد صدور القانون الجديد ، كما أن القضاء قد سار بالالتزام بالترتيب الذي جاء في المادة وإلا في حالة وجود مسقط من مسقطات الحضانة في مستحقها تنتقل في هذه الحالة إلى الذي يليه ولكن مادام مستحقها متوفر على الشروط اللازمة للحضانة فلا تؤخذ منه لأي سبب آخر وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 179471 الصادر بتاريخ 1999/03/17 الذي جاء في (..المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاء الموضوع قد أسند حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم لأب مع وجود خالتهم التي هي اولى من الاخت التي كانت على عداوة مع أمهم قبل وفاتها بسبب الميراث.

[1] أبو الفضل عادل سعد ،المرجع نفسه ص 329.
[2] بلحاج العربي، الوجيزفي شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ص382.

حيث انه بالفعل فقضاة الموضوع عندما اسندوا حضانة الأولاد إلى اختهم للأب الموجود مع الخالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إضافة إلى انهم لم يستعينوا بمرشدة ... وعليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعين معه نقص القرار الطعون فيه وإحالة القضية لنفس المجلس[1]، إلا انه يظل الإشكال قائماً حول المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولا تكتمل إلا بصدور القانون الجديد[2].

فإذا ما نازع الأب الجدة لأم من أجل إسناد حضانة ولده أثناء سريان القانون القديم ، وحكم لصالح الجدة لأم في ممارسة الحضانة ، وبعدها بأيام صدر القانون الجديد الذي يمنح للأب مرتبة أسبق من الدة الأم ، وأعاد الأب تأسيسا على ذلك رفع دعوى للمطالبة بإسناد حضانة الابن له ، فهل يخضع النزاع للقانون القديم أم انه يخضع للقانون الجديد؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على معرفة القواعد العامة المنظمة لتنازع القوانين من حيث الزمان ، ثم التطرق غلى مدى انسجام القانون الجديد في هذه القواعد[3].

أولاً: مسالة تنازع القوانين.

تخضع مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان إلى مبدأين يتمثل الاول في مبدأ عدم رجعية القوانين الجديد على الماضي ، والثاني يقوم على الأثر الفوري للقانون الجديد.

1-عدم رجعية القانون الجديد على الماضي :

[1]- نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2006، ص(123).

[2]- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(79).

[3]-باديس ديابي، المرجع نفسه ، ص(81).

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت وليس له اثر رجعي على الآثار القانونية التي ترتبت في ظل القانون القديم وهذا ما اكدته المادة (02) من القانون المدني التي نصت على : « لا يسري القانون إلا على مايقع في المستقبل ، ولا يكون له أثر رجعي.» وتطبيقا لذلك فإن أصحاب الحق في الحضانة طبقا للقانون القديم يكونون قد اكتسبوا مركزا قانونيا مكتملا إذا انقضت المدة المحددة للحضانة قبل صدور القانون القديم ، وبالتالي فالآثار المنجرة عن ممارسة الحضانة تبقى خاضعة للقانون القديم ولا يسري عليها القانون الجديد.

2- الأثر الفوري للقانون الجديد:

ومعنى ذلك هو سريان القانون الجديد على جميع الوقائع التي حصلت بعد سريانه إذ تكون المراكز القانونية التي تكونت وانقضت وكذا آثارها التي ترتبت في ظله خاضعة له ، وذلك تطبيقا لنص المادة 07 من القانون المدني والتي تنص على : « تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً» إلا أنه يوجد صنف ثالث من المراكز القانونية التي تبدأ في التشكيل أو الانقضاء في ظل القانون القديم ، ولكن تمام التشكيل والانقضاء لا يتم إلا في ظل القانون الجديد فكيف الحل إلى ذلك ؟[1]

ثانيا: مدى انسجام القانون الجديد مع القواعد العامة :

لو فرضنا أنه بتاريخ 2005/01/01 قضت محكمة .. بإسناد حضانة الطفل ... إلى أمه ... بعد ما قام .....وهو أب الطفل بمرافعة الجدة الأم من أجل إسقاط الحضانة عنها وإسنادها له ،

[1]- باديس ديابي،أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(81).

وكان حكم المحكمة (...) مبنيا على المادة 64 من قانون الأسرة القديمة والتي تضع أم الأم في مرتبة أولى من أب المحضون.

فمركز الجدة الأم نشا في ظل القانون القديم غير انه لم يكتمل طالما أن ممارسة الحضانة مستمر ، لبلوغ المحضون سن العاشرة أو السادسة عشر وسن الزواج بالنسبة للأنثى . ثم يصدر قانون جديد كالذي صدر في 2005/02/27 وينص بأولوية الأب من الجدة الأم بحضانة ولده . فإذا رافع الجدة الأم فهل نطبق القانون القديم أم الجديد ؟ للإجابة على هذا السؤال علينا التوقف على المبدأين المذكورين سالفاً . فإذا أجبنا بالقول إن تمام تشكل هذا المركز يخضع للقانون القديم الذي نشأ في ظله ، فإن معنى ذلك أن دعوى الأب ترفض وبالتالي قد جعلنا للقانون القديم أثراً مستمراً يصطدم مع الأثر الفوري للقانون الجدي ، وفي نفس الوقت يتناقض هذا الحل مع الهدف الذي قصده المشرع من إعطاء الأب فرصة ممارسة حقه في الحضانة.

وأما إذا أجبنا على السؤال بالقول إن تمام تشكل أو انقضاء المركز القانوني المستمر يخضع للقانون الجديد ، وهو الجواب الصحيح[1].

ومن ثمة وجب على القاضي ان يسقط حق الحضانة عن الجدة الأم ويسندها للأب لأنه مركز الجدة الأم الذي تشكل في ظل القانون القديم لم يكتمل إلاَّ في ظل القانون الجديد والاكتمال الذي نقصده هو انقضاء الحضانة ببلوغ المحضون السن المحددة قانونا[1].

[1]– باديس ديابي،أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(82).

المطلب الثاني : النزاع حول إسقاط الحضانة:

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤيدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما امره المشرع بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، ولكن إذا ما اخلهالالتزامات المتعلقة بهذه الأخيرة، او فقد شرط من شروط أهليتها وجب إسقاطها عليه[2].

وقد تحدث المشرع الجزائري عن مسقطات الحضانة في(05) مواد ابتداء من المادة (66) وصولاً إلى المادة (70) من قانون الأسرة،[3]، لذلك يمكن إجمال النزاعات التي تتور حول طلب إسقاط الحضانة انطلاقا من هذا المبدأ[4].

الفرع الأول :الدفعبإسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة(67) من قانون الأسرة الجزائري، أن الحضانة تسقط عند اختلال أحد الشروط التي ثم ورودها في المادة(62) من نفس القانون وعليه تسقط حضانة المحضون عن الحاضن المتعين لها، إذا تأكدت عدم أهليته للحضانة، أو عدم قدرته على رعايته وتعليمه، وتربيته،

[1]– باديس ديابي المرجع نفسه، ص(83).

[2]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص(388).

[3]– جدع أمال، الحقوق المعنوية للأولاد، رسالة ماجيستير، س.ج(2011–2012)، ص107.

[4]– ولا تسقط الحضانة عن الأم إلا للأسباب جوهرية ، انظر علي نذيم الحمصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشرعية والقانونية التي طبقتها محاكم الشرعية السنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبى الحقوقية، سوريا،1432هـ2003م، ص58.

وحفظه صحة وخلقا، وبالتالي الحياد عن الأهداف التي قررت من اجلها الحضانة، لما قد يسببه للمحضون من ضرر وفساد[1].

ومن ثم فإنه يتصور أن يكون النزاع حول إسقاط الحضانة في هذه الحالة إمَّا لعدم أهلية الحاضن للحضانة، وإمَّا للإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة.

أولا: الدفعبإسقاط الحضانة لعدم أهلية الحاضن لها:

وتنعدم الأهلية للحضانة بالصغر أو الجنون أو العته.

1) إسقاط الحضانة لعدم بلوغ الحاضن:

البلوغ شرط من شروط الحضانة كما سبق القول والصغير ولو كان مميزًا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره وتجب التفرقة هنا بين البالغ بلوغًا طبيعيا من حيث السن والعلامات المميزة لذلك وبين البالغ حكمًا[2].

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،2010 ،ص(142).

[2]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(56).

لأنه إذا كانت الحاضنة بالغة بلوغًا طبيعيا، فلا مجال لمنازعتها حول الحضانة إذا توفرت فيها باقي الشروط، كما أنه للصغير حضانة وهذا مقرَّرُ قانونًا، وإنما تكمن المشكلة في البلوغ الحكمي،وذلك كأن تدعى المراهقة مثلا البلوغ وتظهرعلامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية ، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك ويصدق ادعاءها.

وقد سار المشرع الجزائري على هذا المنوال في تعديله الأخير.[1]

فالمادة السابعة (07) نصت عل مايلي :«تكمل اهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...».

فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي أهلية بمفهوم القانون المدني رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره، أو بالطلاق وما ينجم عنه لكن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته تلك آثار الزواج وانحلاله ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم، غير أن المشرع الجزائري الذي أكد في المادة (87) من قانون الأسرة وفيما يتعلق بالولاية مايلي : «... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد»، محاولا بذلك تجاوز الإشكال المتمثل في بقاء ولاية الأب على

[1]– المادة 7 من الامر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة وما يسبب ذلك من معاناة للحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق[1].

قد خلق بهذه المعالجة إشكالا عمليًّا آخر يتمثل في سؤال : كيف نولي قاصرًا على قاصر؟

قالوا مع أن التعديل حول هذه النقطة أبرز عدة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق المادة (87) من قانون الأسرة، سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانونية، فكيف الحال بالنسبة للدعاوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، وهي ليست بالغة لسن الرشد بعد[2].

من الواضح أن المشرع قد أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكمًا أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية دوما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونًا للمحضون، والذي يبقى إشكالاً قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد[3].

2) الدفعبإسقاط الحضانة للجنون أو العته:

الحضانة حسب المادة (87) من قانون الأسرة هي ولاية على النفس لمن أسندت إليه، وأن تصرفات المجنون والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا اصدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه

[1]– وذلك ما كان مجسدًا في المادة (63) من قانون الأسرة قبل التعديل، غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون وتمارس في ذلك كافة الأثار المنجرة عنها دون للجوء إلى طلب الإذن، أنظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص(57).

[2]– باديس ديابي، المرجعنفسه، ص(57).

[3]– باديس ديابي،آثار فك الرابطة الزوجية،مرجع سابق، ص(56).

طبعا لما أكدته المادة (85) من قانون الاسرة ومعنى ذلك أن المشرع قال بألاَّ حضانة لغير العاقل ولا للمعتوه ولا للسفيه كون من تعطى له الحضانة ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة[1].

ومن ثم فإنه إذا ما وقع نزاع بين أحد الحاضنين، حول إسقاط الحضانة قدم أحدهما دعوى إسقاط الحضانة لمرض الحاضن عقليا فلا بدعليه إثبات ما يدعيه عن طريق وثيقة طبية ويمكن للقاضي الاستعانة بخبرة للتأكد من صحة ادعائه وهذا ما يجرى عليه القضاء في الجزائر، وقضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 265727،الصادر بتاريخ 2002/02/13[2].

في قرارها رقم 265727 الصادر بتاريخ 2002/02/13، حيث جاء في القرار : « إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة».

ويشترط أن تكون الشهادة الطبية صادرة عن اختصاص، أي عن طبيبعقلي بسيكا تري وليس من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب والذي لا يمكنه أن يصدر حكمًا على القدرة العقلية لفرد ما طالما أنه غير مختص بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم الإكلينيكي فيما يتعلق بتحديد الأمراض العقلية النفسية، وان مجرد إدخال الزوج زوجته قبل الطلاق إلى مستشفى قسم الأمراض العقلية للتشخيص وإخراجها منه بعد مدة لاتتجاوز الشهر مثلا، دون البقاء به لا يعتبر دليلا في حد ذاته على انها متأخرة عقليا وقت الحكم بالطلاق لاحقا، وإذا ثم

[1]– باديس ديابي، المرجع نفسه، ص(58).

[2]– أحمد لعور ونبيل صقر ،الدليل القانوني للأسرة مرجع سابق، ص223.

إسناد الحضانة للأب بناءًا على هذا الأساس رغم عدم تبوث المرض العقلي فإنه يكون هذا الحكم مخالفا للقانون، فضلاً عن انطوائه على فساد في الأساس[1].

ومن ثم إذا دفع الزوج دعوى الحضانة بمرض أم الصغير نفسيا، أو أي شخص آخر، او انها بحالة نفسية سيئة، تكون البينة المقبولة على هذا الدفع هي البنية الطبية الصادرة عن اختصاصي[2].

ثانيا : الدفع بعدم قدرة الحاضن على الحضانة:

قد يثور النزاع حول إسقاط الحضانة، ويدفع رافع الدعوى بعدم قدرة الحاضن على تربية الوالد وحفظه، كأن تكون الحاضنة طاعنة في السن أو مريضة[3] من المقرر قانونا أن لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض ،ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيًا، خلقيا واجتماعيا.

ويرى غالبية الفقهاء أنه لاحضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديًا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلاً عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها.

[1]– نبيل صقر و قمراوي عزالدين، قانون الأسرة، نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق ،ص(118) .

[2]– أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ،مرجع سابق، الجزء الأول ، ص(372)

[3]– أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، مرجع سابق، ص(380)

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 خلافا لهذا المبدأ، وأكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ويكاد يكون الأمر مطلقا دونما ورود أَيّ استثناء يسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما أكده قرار المحكمة .

المؤرخ في 2000/07/18 تحث رقم 245156 والذي جاء فيه من المستقر عليه قضاءًا أن 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 وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام في الأساس القانوني مَّما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة[1].

واضح أن القرار المذكور سابقا، أخد بالمبدأ الذي كرسته المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري، وهو أن عمل المرأة غير مسقط للحضانة، والذي لم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة حقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بألاَّ حضانة للمرأة المحترفة وتدبير شؤونه غير أن

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(58).

المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر لاحق تحث رقم 274207 صادر في 2002/07/05 وقالت بالاستثناء في قيما الدليل الثابت أن حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية وعلى المدعي بذلك إثبات إدعاءه هذا بأدلة الإثبات المتاحة والمقبولة قانونًا[1].

واما بالنسبة لمرض الحاضنةمرض يجعلها عاجزة عن تلبية حاجات الصغير فقد قضى القضاء في الجزائر بأنه مسقط للحضانة وذلك ما أقرته المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 1989/07/09 تحث رقم 33921 والذي جاء فيه(من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فغن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر شرط القدرة يعد طرقا لقواعد لفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أنبائها، ومن ثم فإن قضاء الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد.

الفقهية، ومن كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسًا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ[2].

غير أنه في قضية أخرى سابقة لهذه القضية ، قد خالف القضاء في الجزائر ما ذهب إليه الفقهاء ولم يجعل من التقدم في السن أو المرض مسقطا للحضانة، ويتجلى ذلك من خلال قرار للمحكمة العليا رقم 178086 صادر في 1997/12/23 جاء فيه مايلي : المصادقة على

[1]– باديس ديابي المرجع نفسه ، ص(59).

[2]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص(113).

الحكم المستأنف القاضي بإسناد الحضانة إلى الجدة للأم، طعن بالنقض، لأن الجدة للأم كبيرة في السن ومريضة ومصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيه لأن فك الرابطة الزوجية كان بوفاة الزوجة وليس بالطلاق.

إن القول بعدم أحقية الحاضن للحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي، إن إسناد حضانة الطفل لجدته للأم يعتبر تطبيقا للقانون[1].

ولعل حكم المحكمة العليا في هذه القضية بهذا الشكل يرجع إلى خطأ المدعي في التأسيس القانوني، حيث ركز على سبب الحضانة وهو الوفاة مهملا إثبات عجز الجدة لأم وضياع المحضون أو المحضونين من جراء ذلك العجز، وذلك ما أكده قرار أخر للمحكمة العليا تحث رقم 39559 في 1980/01/13 والذي جاء فيه (إن الجدير بالملاحظة أنه في قضية الحضانة فالشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى إلى مصلحة المحضونين وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن...ترجع للأب إذن فإن قضاة الموضوع طبقوا الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحًا[2].

ثالثا: طلب إسقاط الحضانة لسوء خلق الحاضنة:

[1]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص(65).

[2]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهادالقضائي ،مرجع سابق، ص(123).

1) قد يثور النزاع حول إسقاط الحضانة، ويرفع المتنازع دعوى إسقاط الحضانة مؤسسا دعواه بعدم أمانة الحاضنة على المطلوب حضانة في نفسه وأدبه وخلقه،كأن تكون الحاضنة فاجرة فجورًا يضيع الولد به كزنا أو سرقة، أو كأن يكون الحاضن فاسقا مستهترًا، لايؤمن على أخلاق المطلوب حضانته وأدبه ونفسه، ويمكن إثارة دفع عدم الأمانة سواء كان الدفع الذي أثير بخصوص حضانة ذكر أو أنثى[1].

وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل تسقط عنه الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدَّد فيمن تثبت عليهم أخلاقًا سيئة وهمَّ من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على المحضون، تربية سيئة ومنحرفة، من بين عديد القراران التي خاضت في هذا المجال نجد القرار رقم 31997 المؤرخ في 1997/09/30 والذي جاء فيه (من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة ومن كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة[2].

[1]– أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، مرجع سابق، ص(380).

[2]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق،ص(60).

وأضاف القرار أن جريمة الزنا من اهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه).

فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا من اهم مسقطات الحضانة، لكنه استطرد القرار وخص هذا المبدأ باستثناء عام وهو مصلحة المحضون لأن هذه المصلحة التي ركز عليها المشرع الجزائري إذا ما توافرت في بقاء المحضون مع أمه الزانية، فإن ذلك يقف حائلا من حرمان هذه الأخيرة من حضانته[1] وليس هذا فحسب بل وتعدل سقوط الحضانة عن الأم الفاسقة، إلى امها كذلك، فتسقط الحضانة عن أم الحاضنة وذلك لفقد الثقة فيهما معًا[2].

2) إثبات جريمة الزنا:

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : (من المقرر شرعا بأنه عندما تعترف الأم دون تفسير ولا تعليل بزناها، فإنه يجوز لقضاة الموضوع الحكم بأنها صارت غير جديرة بحضانة الولدين)[3].

وجاء في قرار آخر تحث رقم 39437 في 1986/02/14صادر عن نفس الجهة : (حيث أنه من الثابت فقها وقضاءًا لأن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبة أو بحلم جزاءي أصبح نهائيا، أو بشهادة أربعة (04) شهود شاهدوا في آن واحد ومباشر الزنا، وبما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال، لأن الزوجة قد صدر في حقها حكم بالبراءة المؤيد أمام المجلس ومن ثم فغن

[1]–باديس ديابي،آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص(61).

[2]– بلحاج العربي، الوجيز، الجزء الأول، مرجع سابق، ص(389).

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1968/05/15، المجلة القضائية، 1968،ص(109).

الزوجة عند صدور الطلاق أولى بحضانة أولادها حتى يسقط حقها شرعا وتنفتح بجميع حقوقها الزوجية من نفقة لها ولأولادها[1].

ومن خلال ما سبق يتضح انه على المدعى أن يثبت زنا المدعى عليها عن طريق وسائل الإثبات القانونية والمتمثلة في الإقرار، او شهادة أربع شهود أو بحكم جزائي.

وقد ورد في نص المادة (341) من قانون العقوبات النص على (3) ثلاث وسائل لإثبات الزنا لايقبل غيرها وهي[2]، محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس،إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادر عن المتهم بأنه قام فعلاً بارتكاب جريمة الزنا، إقرار قضائي أي اعتراف أمام القاضي بأنه قام بالزنا فعلاً، فإذا لم يتوفر أحد هذه الأدلة فإن القاضي ملزم بالحكم بالبراءة)، ويتضح من خلال نص المادة أعلاه لم تنشر إلى الإثبات بشهادة الشهود، وهو عكس ما ذهب إليه القضاء في الجزائر والذي سار على أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني : الدفع بزواج الحاضنة بغير قريب محرم وتنازلها عن الحضانة

أولا : زواج الحاضنة الأم بغير قريب محرم:

[1]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص128.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توبه الجديد، مرجع سابق، ص(300).

نص المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون الأسرة، أن من حق المحضون أن تسقط حضانته عن الحاضنة، إذا تزوجت بغير محرم له، وتنتقل لمن يليها، لأن القريب غير المحرم، قد يسئ إلى المحضون، ويمنع أمه من رعايته على أكمل وجه[1].

وقد لا يحد المحضون الجو الملائم ولا الظرف المناسب حسن تربيته صحيا وخلقيا واجتماعيا.

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير أو الصغيرة يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع قد أدرج في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون[2]، فإذا ما رأى القاضي مصلحة المحضون في البقاء مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإنه يحكم برفضالطعن و ببقاء الحضانة للحاضنة ، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في عديد من القرارات أذكر منها ما يلي :(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين ، فإنهم طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[3].

وجاء في قرارآخر تحث رقم 54353 في 1989/07/03 وهو أكثر وضوحا : (من المقرر قانون أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، و لما كان تابتا في قضية

[1]–جدع آمال، الحقوق المعنوية للأولاد، مرجع سابق، ص(107).

[2]– باديس دياني، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(64).

[3]– قرار رقم 189234، الصادر في 1998/04/21، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية، سنة 1998،عدد 2 ،ص (175).

الحال ، ان قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم لتنازلها عنها و إسنادها للأب رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحصانة ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

فالملاحظ من خلال القرارين أن المشرع الجزائري أعطى القاضي واسع الصلاحيات و السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون في كل النزاعات المتعلقة بالحضانة و إسقاطها ، إضافة إلى ذلك فالاستثناء الوارد على شرط الزواج بغير قريب محرم يتمثل أيضا فيما يلي:

1-إذا كان المحضون في دار من ديار الحضانة ، فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها، أي عدم وجود من ينازعها في حضانة الصغير قبل زواجها .

2-ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضان.

3-إذا تبث أن من يلي الم في الحضانة غير مأمون أوعاجز.

4-أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه وبين الأم في ترك المحضون لها .

ومعنى ذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأمه أو أخته أو جدته فلا يحق لبنات العم أو العمة أو بنات الخال أو الخالة التنازع من اجل حضانة الذكور لعدم وجود المحرمية ، ولكن لهن الحق في حضانةالإناث .

[1]- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص(71).

كذلك الشأن بالنسبة لأبناء الخال و الخالة و العم و العمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[1].

ثانيا : زواج الحاضنة غير الأم وسكناها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

1- من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه يتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ و أسند حضانة البنت لجدته لأن المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[2] وهذا ينطبق على الجدة لأم و الخالة كذلك . بالإضافة لذلك فإنه تسقط الحصانة عن الجدة و الخالة إذا سكنتا بمحضونهما مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70 ق.أ.ج)[3] .

2- إثبات زواج الحاضنة:

[1]- باديس ديابي ،آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص(66).

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 40438، الصادر في 1986/05/05، المجلة القضائية، لسنة 1989، عدد 2، ص(75).

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، الجزء الأول ، ص(389).

إذا رفع الأب أو غيره من أصحاب الحق في الحضانة دعوى إسقاط الحضانة مدعيا زواج الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها ، فلا بد أن يثبت ادعاءه هذا بوسيلة الإثبات المباحة في هذه القضية و التي ورد النص عليه في قرار المحكمة العليا و الذي جاء فيه :(' إن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقدزواج محرر طبقا لنص المادة 66 من قانون، الأسرة)[1] يتضح من خلال القرار المذكور اعلاه أن وسيلة الإثبات الوحيدة المقبولة في حالة التنازع حول إسقاط الحاضنة لزواج الحاضنة أو غيرها بغير قريب محرم، هي عقد زواج محرر بطريقة قانونية ، أمام ضابط الحالة المدنية وعند سقوط الحضانة عنها تقرر المحكمة منح المحضون إلى الغير كالأب أو غيره ممن لهم الحق في الحضانة [2].

ثالثا : عدم مطالبة من له حق في الحضانةمدة تزيد عن سنه دون عدر:

نصت المادة 68 من قانون الأسرةالجزائري بأن الحضانة تسقط بقوة القانون إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن السنة بدون عذر ، بالرغم من ان المادة 68 جاءت غامضة وغير صحيحة الصياغة كما رأى ذلك الدكتور علي سليمان – وصحة النص هي كما ذكرت أعلاه–

غير ان قرارات المحكمة العليا كثيرةفي هذا الشأن أذكر منها القرار رقم 38825، المؤرخ في 1985/12/02 ، والذي جاء فيه ما يلي : (حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في

[1]– العيش فوضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 ،ص(64).

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق، الجزء الأول ص(388).

الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها و من ثم فإن القضاء بغير ذلك يعد مخالف للقانون)[1] .

أما إذا لم تكتمل السنة فإنه لا يجوز إسنادها لغير مستحقها وهذا ما قضت به و أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 58220 جاء فيه: (من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له حق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها... ولما كان في الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من وقبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها فإن قضاء مجلس بحرمانهم الأم حق الحضانة وإسنادها لجة الب يكون خالف القانون)[2].

من المقررقضاء أنه يرفض الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة ومن المقرر ايضا أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم أدلة و أبدى من طلبات ودفوع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب من ثم فلا بد من الرد على الدفوع التي يقدمها الأب في شأن إسقاط الحضانة عن الأم التي لم تطالب به لأكثر من سنة وإلا تعرض القرار للنقص[3].

الفرع الثالث : الدفع بإسقاط الحصانة لسفر الحاضن لبلد أجنبي :

لا تسقط الحضانة كما سبق القول بسفر الحاضنة إلى بلد اجنبي قطعا ، بل يرجع الأمر في إسقاطها أو عدم إسقاطها إلى السلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون.

[1]- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحد مبادئ الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص(76).

[2]– أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة ، مرجع سابق،ص224.

[3]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحد مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص(73–74).

فإذا تبين له من معطيات القضية أن استيطان الحاضن بالمحضون في بلد أجنبي لن يضر به ، بل هو أصلح له يسمح له بأخذه ، أما إذا تبث لديه العكس ، منعه من أخده و أسقط الحصانة عنه.

فالمشرع هنا اوحى برغبته في ممارسة الحاضن للحضانة في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لا سيما أبيه أو أمه[1].

ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن بلدا أجنبيا ،وقد جاء في القرار : (تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر)[2].

وذلك لأن السفر بالمحضون بعيدا عن الأب يؤدي إلى فقدان حق الأب في الزيارة ، كذلك حق المحضون و حرمانه من عطف أبيه وحنانه.

غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان بلدا أجنبيا واحدا فلا تسقط الحضانة[3].

الفرع الرابع: التنازع حول عودة حق الحضانة:

أولا : طلب عودة الحضانة لزوال سبب سقوطها غير الاختياري:

[1]- المسافة المسموح بها بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة مقدرة فقهياً بستة برود وهو ما يقابلها حالياً 120 كلم المحكمة العليا ،غ.أ.ش ، ملف رقم 39941 ن مؤرخ في 1986/02/24 غير منشور ، أنظر بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص(119).

[2]–قرارالمحكمة العليا ، رقم 273526، الصادر في 2001/12/26، المجلة القضائية، 2004، العدد1، ص264 .

[3]– قرارالمحكمة العليا ،رقم 282033، الصادر في 2002/05/08المجلة القضائية ، 2004، العدد 2، ص(363).

تقضي المادة71من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " و يتضح من خلال المادة اعلاه أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية ، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته و ضمان العناية به صحيا وخلقيا ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأتبت ذلك للمحكمة[1].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة في قرارها رقم252308 الصادر 2000/11/21[2]

ثانيا : طلب عودة الحضانة لزوال سبب سقوطها الاختياري :

بالنظر إلى ما نصت عليه المادة71 من قانون الأسرة –السالفة الذكر – وبمفهوم المخالفة يتضح لي بأن حق الحضانة لا يعود للحاضن الذي يتنازل عنها باختيار هو هذا ما تأكد من خلال قرار للمحكمة العليا تحث رقم 58812 مؤرخ في 1990/05/02و الذي جاء فيه ما يلي من المقدر قانونا.. .....ولما كان تابتا– في قضية الحال– أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون[3]. غير انها في قرار آخر برقم 235456 الصادر في 2000/02/22 قضت المحكمة العليا بعودة الحضانة للأم التي تنازلت عنها وذلك اعتبارا لمصلحة المحضون حيث جاء فيه(إن تنازل الم عن الحضانة

[1]–تسقط حضانة البنت ببلوغها سن الزواج ، بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها المحكمة العليا، قرار رقم 347914، الصادر في 2006/01/04.أنظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص95.

[2]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص(155).

[3] نبيل صقر و قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص(141).

لايعتبر نهائيا لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري[1].

مما سبق يتضح أن الدفوع التي يمكن إثارتها حول إسناد الحضانة هي:

1) الدفع بعدم أمانة الحاضن.

2) الدفع بمخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة.

3) الدفع بزواج الحاضنة بغير قريب محرم.

4) الدفع بعدم قدرة الحاضن على الحضانة.

5) الدفع بسفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي وإبعاده عمن له حق الرقابة عليه.

6) الدفع بعدم مطالبة من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة.

7) الدفع بتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة.

ويتضح كذلك أن كل هذه الدفوع قد أوجب القانون الإجابة عنها من طرف الجهة القضائية المختصة، وإغفالها يعرض القرار المنتقد للنقض، عملا بالمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية وذلك لتركيز المشرع على مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.[2]

[1]– نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع نفسه ،ص(141).

[2]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص(121).

غير أنه يمكن أن يعود الحق في الحضانة عند زوال سبب سقوطها غيرالاختياري أو عند اقتضاء مصلحة المحضون ذلك،لأن أحكام الحضانة غير نهائية كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

المبحث الثاني: النزاع حول تكاليف الحضانة وحق الزيارة:

تشمل النفقة الغذاء والكساء والعلاج، وما يعتبر من الضروريات، وإذا كان المؤكد أن المحضون لا بد له من نفقة كما سيأتي بيانه لاحقا، فإن الإشكال والتنازع يقع حولأجرة الحاضنة، فهل لها مقابل ما تبذله من رعاية وتربية للمحضون[1]؟ ويلاحظ أن النفقات المحكوم بها للأولاد هي مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا، وأنه لا يجوز طلب إدخال قيمة إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها وذلك لأن نفقة السكن هو حق

مستقل عن النفقات الأخرى المقرة قانونا المطلقة الحاضنة[2]، وإن هذه المواضيع لطالما أثقلت كاهل القضاء من كثرة النزاعات المثارة حولها. فما هي هذه النزاعات؟ وكيف حلها المشرع الجزائري؟ أو أنه تركها للقضاء مثلها مثل غيرها من النزاعات المتعلقة بالحضانة؟

وعلى ذلك سأقسم هذا المبحث إلى 3 مطالب.

أتناول في الأول نفقة المحضون وأجرة الحضانة والنزاعات المتعلقة بها وأما المطلب الثاني سوف أخصصه للنزاع حول مسكن الحضانة والمطلب الثالث للنزاع حول ممارسة حق الزيارة.

[1]– باديس دياني ، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(84).

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص(393).

المطلب الأول: النزاع حول نفقة المحضون وأجرة الحاضنة:

الفرع الأول: نفقة المحضون.

أوَّلاً : المكلف بنفقة المحضون.

من المقرر قانونا أنه تجب نفقة الأولاد على أبيهم سواء كانت الزوجة قائمة أو في إطار الحضانة وهذا ما نصت عليه المادة (75) من قانون الأسرة الجزائري والتي ورد فيها: «تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، فبالنسبة إلى الذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب».

وأضافت المادة (72) من قانون الأسرة: «نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده ...»

فنفقة المحضون قانونا من ماله كأن يكونا وارثا أو موهوبا له أو موصى له، فإن لم يكن للمحضون مال، أمر القاضي والده بالنفقة عليه، بأن إلى الحاضنة في شكل مبالغ مالية يقدمها

إليها، وفي هذه الحالة تكون النفقة على أبيه، ويجب أن يراعى في النفقة المحكوم بها للمحضون مستوى معيشة الأب[1].

ثانيا انتقال واجب نفقة المحضون من شخص لآخر:

وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة توفر شرطين وهما:

1) – إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة، ويرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس.

2)– يجب ان يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الانفاق، وعلى ذلك سار القضاء في الجزائر إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم: (من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي)[2].

وفي قرار آخر صادر في 2004/01/21: (لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد ما دامت النفقة حقا للمحضون)[3].

[1]–هذا ما قضى به مجلس قضاء سيدي بلعباس في 25ماي 1983، أنظر نشرة القضاة، 1986، عدد 2، ص (87).
[2]– قرار رقم 237148، المؤرخ في 2000/02/22، أنظر المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 2 ، ص325.
[3]– قرار رقم 311458، الصادر في 2004/01/21، المجلة القضائية، 2004، العدد 2، ص(379) .

ومن ثم فان الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة المحضونين بالإضافة إلى أنه يجب إثبات عجز الأب، ولا يقبل الدفع بعدم العمل بأجر، فلا شهادة عدم العمل بأجر كذريعة للإعفاء من النفقة.

ثالثا: دعوى النفقة للمحضون:

إن دعوى الحضانة هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها، لا يجوز جمعها مع دعوى النفقة المقامة قصد الزيادة في نفقة المحضونين.

وذلك لأن الجمع بين دعوتين في دعوى واحدة غير جائز لما فيه من أضرار بأحد الطرفين والتهرب من أداء مصاريف التقاضي وتعد على قواعد المرافعات وعلى النظام العام، وذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 25055 مؤرخ في 1981/03/09 جاء فيه ما يلي: (إن دعوى الحضانة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا يجوز جمعها مع دعوى الحضانة التي أقامتها قصد الزيادة في نفقة المحضونين لديها فدعوى الزيادة رفعت قصد الزيادة وإن لم ترفع تكون سلاحا في يد الخصم الآخر يتغلب به على من وضعه في يده. فللأب أن يبادر إلى طلب الحضانة لو ثأتر من سلوكها له رغبة فيها، لا أن ينتظر حتى تقام دعوى الزيادة ويقابلها بطلب إسقاط الحضانة، وعليه فالجمع لا يمكن أن يكون دعويين في دعوى واحدة غير جائز قانونا لما فيه من إضرار بأحد الطرفين والتهرب من أداء مصاريف التقاضي وتعد على قواعد

المرافعات وعلى النظام العام المتمثل أكثر ما يكون في ضياع مصاريف الدولة، ومن ثم جاء القرار معيبا مما يستوجب نقضه في الحضانة دون إحالة)[1].

غير أنه من المقرر قضاء أن طلب الأم نفقة محضونها في المرحلة الاستئنافية دون أن تطالب بحضانتها وسكوت الأب المطلق عن إثارة موضوع الحضانة، فيعد الطلب الأول متضمنا للثاني والحكم به لا يعتبر حكما بدون طلب[2].

فمن المستقر عليه فقها وقضاء أنه يحق للمدعي تقديم طلب قضائي وضمه إلى أكثر من طلب ما دام يوجد هناك ارتباط بين الطلبات، وهو ما نص عليه المشرع عندما تعلق الأمر بارتباط الطلبات القضائية وقد اشترط أن ترفع تلك الطلبات التي يوجد بينها ارتباط في دعوى واحدة لتفصل فيها المحكمة بحكم واحد هي التي نصت عليها المادة 25 ق الإجراءات المدنية والإدارية.

وكذلك بالنسبة للطلب المقابل والذي يقدمه المدعى عليه وعرفته المادة 25 فقرة أخيرة «وهو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلب رفض مزاعم الخصم» ويشترط فيه كذلك أن يرتبط مع الطلب الأصلي وإلا فإننا نكون أمام دعوى أخرى وبالتالي لا

[1]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهادالقضائي ، مرجع سابق، ص(134).

[2]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهادالقضائي ، مرجع سابق ، ص(134).

يمكن الجمع بين دعوتين مختلفتين، فدعوى الحضانة تختلف عن دعوى النفقة ولا يمكن الجمع بينهما[1].

رابعا: تنفيذ حكم نفقة المحضون:

من المقرر قانونا بأن مفعول نفقة المحضون هو من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة[2].

وبالتالي فإذا ما قام النزاع بين الحاضنة والمكلف بنفقة المحضونين لديها وحكم القاضي بالنفقة للحاضنة، فإن احتساب مبلغ النفقة يسري بأثر رجعي هو من تاريخ رفع الدعوى وإلى غاية انتهاء مدة الحضانة.

هذا وإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى نفقة الحضانة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الدائن بالنفقة ولا يمكن للمحكمة رفض الفصل في هذه الدعوى وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها معتبرة مبلغ النفقة دينا في ذمة المطعون ضده وهو ملزم بدفعها وجوبا للأم الحاضنة[3].

[1] قرار رقم 24148 ، مؤرخ في 1980/12/02 ، نشرة القضاة ، 1981 عدد4 ، ص(83).

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص(122).

[3]– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص(117).

خامسا: جزاء عدم تنفيذ حكم نفقة الحضانة:

لقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الحامل لرقم 144741 في 1998/02/17 (من المقرر قانونا أنه يعاقب جزائيا كل من امتنع عن دفع المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته عمدا ولمدة لم تتجاوز الشهرين وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه. وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم).

وجاء في العرض التأسيس للقرار: (ولما ثبت –في قضية الحال– أن الطاعن امتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أبنائه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته قدم محضرا يثبت فيه ذلك، وأن قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة لا زالت في ذمة الطعون ضدها وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون)[1].

ومن ثم فإن المكلف بنفقة الحضانة إذا ما امتنع (ودون عذر) عن تنفيذ الحكم الصادر ضده بتقديمها للحاضنة يعاقب بعقوبة جزائية.

الفرع الثاني: النزاع حول أجرة الحضانة:

أولا: موقف المشرع الجزائري من أجرة الحضانة للحاضنة:

لم يقل المشرع الجزائري بأجرة الحضانة بالتمعن في المواد 75، 76، 77، 78 ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، سيما وأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى

[1]– نبيل صقر و قمراوي عزالدين، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص(151).

مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على اتفاق في المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء[1].

أ/ .آراء الفقهاء حول استحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحاضنة من عدمها إذا كانت أما.

1)المذهب الحنفي:

الحاضنة إما أن تكون أما وإما أن تكون غيرها من سائر الحاضنات، فإذا كانت أما وكانت زوجيتها قائمة مع أبي المحضون، أو كانت معتدة له من طلاق رجعي أو بائن فلا تستحق أجرة على الحضانة، لأن النفقة ثابتة لها فلا تجمع بين النفقة والأجرة[2].

فإذا انقضت العدة استحقت أجرة الحضانة على حبسها لنفسها عن التزوج لأجل الحضانة[3]، ولأنها بذلك أصبحت أجنبية عن والد الصغير، وتقوم بأداء عمل لصغيره، فتستحق الأجر على هذا العمل من وقت اعتبارها أجنبية عن والد الصغير وهذا الوقت هو تاريخ بينونتها منه[4].

2) المذهب المالكي:

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(86–87).

[2]– يقول بعض الفقهاء إذا كانت الحاضنة منكوحة أو معتدة لأبي الصغير لا تستحق أجرة حضانة لوجوبها عليها ديانة.

[3]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ،مرجع سابق، ص292.

[4]– أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص(218).

والجعفري في قول حكاه صاحب المسالك إلى أنه لا أجرة للأم الحاضنة، لعدم ورود نص على الوجوب، ولم تجر العادة على الأجرة، ولم تكن أجرة الحضانة من النفقة في شيء. حتى تجب على الأب، كما وجبت عليه أجرة الرضاع.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة، لأن المعنى الذي أوجب الأجرة للأم في حال عدم قيام النكاح وهو أن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها وهو أمر موجود في غير الأم[1].

وأجرة الحضانة غير أجرة الإرضاع، وغير نفقة المحضون وعلى هذا فتجب على الأب ثلاث أنواع للنفقة: أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد.

ب/ مقدار أجرة الحضانة وتاريخ استحقاقها:

تقدر أجرة الحضانة بأجرة مثل الحاضنة، على أن يراعى في ذلك حالة المنفق بحيث لا تزيد على قدرته، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والحنبلية والشافعية[2].

وتصير أجرة الحضانة حقا للحاضنة الأم بمجرد قيامها بها، بغير أن تتوقف على قضاء القاضي، وذلك لأنها جزاء على العمل، ومع صيرورتها حقا لمن تقوم به تصبح دينا صحيحا لا يسقط إلا بأحد الأمرين: الأداء أو الإبراء، ويترتب على هذا أن يكون للحاضنة الحق في أن

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام،مرجع سابق، ص(292).

[2]– عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص(279).

تصالح أب الصغير على أن تأخذ منه شيئا معينا بدلا من أجرتها، ومتى تصالحا على ذلك لم الأب بدفع البدل[1].

وأما غير الأم فلا تستحق الأجرة إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها، فلو قامت من قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجرة على تلك المدة، لأنها كسائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق عليها أو القضاء فإقدامها على العمل قبلهما دليل على تبرعها. بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء[2]. –فقه المذاهب السنية– غير أنه ليس هناك ما يمنع شرعا فرض أجرة الحضانة عن مدة سابقة سواء أكانت قبل أو بعد رفع الدعوى[3].

ج)– التفضيل بين الأم والمتبرعة بالحضانة:

إذا امتنعت أم الصبي عن تربية محضونها إلا بأجرة فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين: ألا توجد متبرعة من محارمه وهذا الأمر ينطوي على أربعة أحوال وهي كما يلي:

*أن يكون الأب موسرا والولد معسرا وفي هذه الحالة يلزم الأب بدفع الأجرة لها لتربيته وذلك طبقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة فنفقة المحضون قانونا من ماله فإن لم يكن له مال فعلى والده والأجرة نوع من أنواع النفقة.

[1]– محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص(399).

[2]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص(748).

[3]– المستشار أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، الجزء الأول ، ص (357).

*أن يكون الصبي موسرا وأبوه فقيرا فمن مال الصبي.

*أن يكونا موسرين معا وهنا كذلك تكون من مال المحضون.

*أن يكونا فقيرين وفي هذه الحالة تجبر الأم على تربية المحضون دون أجر وذلك استنادا إلى مبدأ مصلحة المحضون حق لا يضيع ...

وأما الأمر الثاني أن توجد متبرعة من أقاربه من أصحاب الحضانة، أو أجنبية وهذا الأمر فيه بدوره أربع حالات أخرى وهي:

1) أن يكون الأب والابن معسرين وحكمه أن تخير الأم بين تربية محضونها مجانا بدون أجرة وإما أن تسلمه للمتبرعة لأن الأب معسر فلا يضار، فامتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة لأن عدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع اجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا سقط حق الأولى في الحضانة[1].

2) أن يكون الأب موسرا والولد فقيرا وحكم ذلك أن يسلم للأم بأجر المثل لأن في تسليمه لها مصلحة له ولا ضرر على الأب في دفع الأجرة ليساره.

3)أن يكون له مال وأبوه معسرا.

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(67).

4) أو أن يكون لهما مال –للولد وأبيه– معا[1].

والحكم في هاتين الحالتين أن تخير الأم بين إمساكه مجانا وبين إعطائه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة لأن الأجرة في هذين الأمرين لازمة من مال المحضون وبما أن من مصلحة المحضون وبما أنه من مصلحة المحضون المحافظة على ماله ولا يصرف إلا لحاجة والحاجة إلى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا تأخذ الأم شيئا من مال الولد. والأم وإن كانت أشفق وأحن عليه من غيرها إلا أن تطلعها إلى مال المحضون يوجب سوء الظن بها والشك في شفقتها على أن المتبرعة هي أيضا شفوقة عليه بما أنها رحم محرم، وقال بعض الفقهاء يسلم للأم بأجر المثل ولو من مال الصبي لأن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها واصبرهم على خدمته ولذا أعطتها الشريعة هذا الحق وفضلتها عن غيرها[2].

والرأي الذي أرجعه هو أن يترك الأمر لتقدير القاضي فإن رأى بأن أم المحضون فقيرة محتاجة إلى المال عمل بالقول الثاني لأن مصلحة المحضون الصحية أهم من مصلحته المالية، وأما إذا علم بأنها موسرة وإنما طامعة في مال ابنها حكم بالقول الأول، وإذا سلم للمتبرعة فلا تمنع أمه من رؤيته لقوله (صلى الله عليه وسلم): «لا والدة عن ولدها هذا كله إذا كانت المتبرعة من

[1]– محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2006، الجزء الثاني، ص(561–562).

[2]– محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص(562).

المحارم كما سبق، أما إذا كانت أجنبية فالأم أحق بها ولها الأجرة ولو من مال الصغير» وهو متفق عليه[1].

ثانيا: قضاء المحكمة العليا في مسألة أجرة الحاضنة:

لقد ذهبت المحكمة العليا إلى غير ما ذهب إليه المشرع في سكوته عن أجرة الحضانة، وذلك لإقرارها باستحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة ويتضح من خلال قرارها رقم 355718 الصادر في: 2006/04/12 والذي جاء فيه ما يلي: «لا يعد مخالفة للقانون، منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي، قضى بنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي». وجاء في المعرض التأسيسي للقرار: (حيث أن القرار –المنتقد–لم يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات، كما أنه لم يخالف القانون الوطني، وذلك لأن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها. لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات، لأن قيام الحاضنة بمهمة الحضانة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة وتعقيداتها، ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في وطنها وموطنها، فتخصيص نفقة أو أجرة للحاضنة مقابل قيامها بحضانة أولادها في بلد أجنبي لا يعد مخالفة لقاعدة جوهرية حتى وإن القانون الجزائري لا ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجع وتدفع الحاضنة للقيام بمحضونها بكل ما

[1]– محمدزيد الأبياني، المرجع نفسه ،ص(562).

تملك من جهد، مما يجعل القرار الأجنبي محل خلاف لا يتعارض والسيادة الوطنية أو القيم الوطنية)[1].

يتضح من خلال القرار أعلاه بأن المحكمة العليا قضت بمنح أجرة الحاضنة للحاضنة الأم في بلد أجنبي وذلك لصعوبة ظروفها. ومن ثم فإن الحاضنة متى تبث حاجتها إلى المال لممارسة الحضانة فإنها تستحق الأجرة، وأن أجرة الحاضنة تجب على أب المحضون. ويتضح كذلك بأن قضاء المحكمة العليا قد اعتبر أجرة الحاضنة نوع من النفقة، كما اعتبروها دافع لقيام الحاضنة بالحضانة على أكمل وجه ومن تم فيمكن الحكم بها لمصلحة المحضون.

المطلب الثاني: النزاع حول مسكن الحضانة:

الفرع الأول: شروط إسكان المطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري:

إذا كان كل من العدة والحضانة يعتبران من آثار الطلاق، فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا أثرا من آثار الطلاق، ويشكل جزءا من الحضانة، وفي هذا الإطار نصت المادة 72 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 5-2 لسنة 2005 على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب

[1]- نبيل صقر وقمراوي عزالدين، قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص(117).

أن يوفر بم حكم لها القضاء بحق الحضانة سكنا ملائما لتمارس فيه حق الحضانة مع المحضون، وإن تعذر عليه توفير السكن فعليه دفع بدل الإيجار[1].

ومعنى هذا الكلام هو أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها أو محضونيها يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

أولا: أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بقطع النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر، حيث قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 ديسمبر 1980 بأن الحكم في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة[2].

وفي مثال آخر: (إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة)[3].

وفي مثال ثالث: (من المقرر قانونا أنه يجب مناقشة الطلبات المتعلقة بتوابع العصمة، بما فيها تخصيص مسكن لحضانة الأولاد)[4].

ثانيا: أن تكون الحاضنة هي الأم المطلقة وهي أم المحضون، وذلك أنه لو كان من أسندت إليها الحضانة، هي الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة. بالإضافة إلى جعل المشرع للمسكن كأثر من آثار الطلاق والحضانة معا.

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص(145).

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص(387).

[3]– بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهادالقضائي ، مرجع سابق، ص(135).

[4]– قرارالمحكمة العليا رقم 44852، الصادر في 1987/04/05، المجلة القضائية، 1991، عدد4، ص(91).

ثالثا: أن يكون للأب مسكنا ملائما يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة الإيجار.

الفرع الثاني: حكم مسكن الحضانة في التشريع الجزائري:

لقد أثارت مسألة السكن جدلا كبيرا، حول حكمه حيث تضمن القانون المدني وقبل صدور قانون الأسرة حكما في المادة (467) يقضي بجواز تعيين القاضي من الزوجين من يمكنه الانتفاع بالمسكن من أجل حضانة الأولاد[1].

ثم جاءت بعده المادة 72 من قانون الأسرة والتي كانت قبل التعديل بألفاظ ومفردات خطتها وجعلت من القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به[2].

وهناك اجتهاد للمحكمة العليا يقول بأن تخصيص السكن للحاضن لا يترتب إلا إذا كان عدد المحضونين ثلاثة فأكثر[3].

الأمر الذي جعل المشرع يحسم مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب التي أدخلها في التعديل 2005/02/27 على المادة السالفة الذكر والتي بدأها بـ: (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار).

[1]– الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص(135).

[2]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(87).

[3]– الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،مرجع سابق، ص(135).

وجاء قرار للمحكمة العليا قبل ذلك يقول: (السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة)[1].

وأسس قراره بقوله أن القرار المنتقد خرق أحكام المادة 72 من قانون الأسرةودلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أجرته لممارسة الحضانة فيه، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة.

وأن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير السكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقا إلى عدد المحضونين.

في قرار آخر عن نفس الجهة القضائية جاء ما يلي: (لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان لحاضنة سكن)[2].

جذير بالذكر أن القرارين المذكورين صدرا قبل تعديل 2005 وقد كان بمثابة حافز للمشرع الجزائري كي يعدل المادة 72 باختيار الألفاظ المناسبة.

غير أن المادة 72 لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية والتي تنص على: (... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن) حيث أن المشرع لم يوفق في هذه الفقرة على اعتبارات عدة أذكر منها: 1- تقزيمه الحاضنة في الأم

[1]- قرار رقم 276760، الصادر في 2002/03/13، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد1، ص 274 .

[2]- قرار رقم 288072، الصادر في 2002/07/31، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد1، ص(585) .

المطلقة رغم أنه قد تكون الحاضنة غير الأم فيبقى السؤال هل المسكن من حق الحاضنة الأم دون سواها[1]؟

2- لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في مسكن الزوجية رغم أنها أصبحت أجنبية عنه بعد طلاقها البائن منه، فكيف لأجنبية البقاء مع أجنبي عنها في منزل واحد في الوقت الذي لم يلزمه المشرع مغادرة المنزل وقت وجودها فيه، بالإضافة إلى كونهما متنازعان وحاقدان على بعضهما البعض[2].

والثابت أن قرار المحكمة العليا قبل التعديل قضى بأن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون[3].

مما سبق يتضح أن المشرع قد أجبر الزوج على توفير سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار، ولا يهم إذا كان فقيرا أو معدما، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/11/07 والذي جاء في حيثياته: (إن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا وأنه لا يجوز إدخال طلب قيمة إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها، فالسكن حر مستقل عن النفقات الأخرى بنص قانوني، ومن ثم

[1]- لقد أفتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأن المبثوثة لها النفقة والسكن . أنظر مناع القطان تاريخ التشريع الإسلامي ، الطبعة 25 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1418هـ -1997 م ،ص(149).

[2] – غنية قري ، شرح قانون الأسرة دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، الطبعة الأولى ، دار طليطلة ، الجزائر ، 1432هـ – 2011م ، ص(151،152).

[3]– قرار رقم 348644، الصادر في 2005/12/14، نشرة القضاة لسنة 2005 ،العدد59، ص(244) .

فإنه لا يمكن الاحتجاج بعدم التقدير الصحيح للنفقات حتى ولو كان الزوج فلاحا بسيطا، كما أن الاحتجاج ببطاقة مهنة فلاح، لا تعفى المطلقة من حقها في السكن لممارسة الحضانة[1].

وكان على المشرع أن يراعي قدرة الزوج، خاصة وقد أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في منازعات الأسرة كما نصت بذلك المادة 3 مكرر من الأمر 02/05،[2] وأكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 86/01/15 والذي جاء فيه: (إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالة الأشخاص التي أوجب القانون فيها إشراك النيابة العامة وأخذ رأيها حولها، وذلك بإرسال ملفاتها إليها وإذا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال ولا يغني عن عملية الإرسال المذكور ما يقع التخصيص عليه في القرار من حضور النائب العام وتقديم طلباته، بالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه، فإنه ليس في أي منها ما يثبت من اطلاع النيابة العامة على الملف ضمن مقتضيات المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، مما يعد خرقا لإجراء جوهري يتعلق بالنظام العام يترتب عنه نقض وإبطال القرار المذكور[3].

الفرع الثالث: النزاع حول مسكن الزوجية:

[1]– قرار رقم 51596، الصادر في 1988/11/07، نشرة القضاة لسنة 1988، عدد45، ص(58).

[2]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص(156).

[3]– بلحاج العربي ، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص(136).

من المقرر قضاءً أن طلب الحاضنة لمسكن الحضانة سواء كان مسكن الزوجية أو مسكن آخر، لا بد أن يكون أمام المحكمة الابتدائية.[1] وهذا ما قضت به المحكمة العليا في عديد من قراراتها أذكر منها[2]: (حيث أن الطاعنة لم تطلب على مستوى المحكمة الأولى الانتفاع بالمسكن واكتفت بطلب الرجوع واحتياطيا إسناد حضانة أطفالها إليها مع الإنفاق عليهم من طرف والدهم، وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي وهو أن مسألة السكن يحكم بها عندما يحكم بالطلاق وبالحضانة، حيث من جهة أخرى أن طلب الانتفاع بالسكن الزوجي المشار إليه جاء إذا متأخرا عن أوانه.

وفي قرار آخر صادر عن نفس الجهة: (من المقرر قانونا أن مسألة السكن الزوجي يحكم بها عندما يحكم بالطلاق وبالحضانة ولا يجوز طلب الانتفاع بالسكن الزوجي لأول مرة أمام المحكمة العليا)[3].

ومن ثم فإنه يجوز للحاضنة طلب الحصول على مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فيه[4].

وبالتالي إذا تنازع الزوجان –المطلقان–حول مسكن الزوجية وقضى القاضي بمنحه للزوجة الحاضنة فإنه يجب أن يراعي الشرط المتمثل في كون السكن الزوجي مؤجرا باسم أحد الزوجين، وليس باسم شخص آخر.

---

[1] تنص المادة 4 من قانون 44 (مصري) لسنة 1979 على اختصاص المكمة الابتدائية بالفصل في منازعات مسكن الزوجية أنظر أنور العمروسي ، موسوعة الأحوال الشخصية ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر،2005 ، الجزء3 ، ص(383).

[2] بلحاج العربي ،قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص(114).

[3] – قرار رقم 26997، الصادر في 1982/02/22، نشرة القضاء لسنة 1982،عدد خاص ، ص(277) .

[4] – والحضانة التي تخول للحاضنة حق شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق هي الحضانة التي تقوم بها النساء لزوماً ، أنظر سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقد في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص219.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1982/02/22:(من المقرر قانونا بأنه لا يعد خرقا لأحكام المادة 467 من القانون المدني إذا حكم القضاة بتخصيص السكن الزوجي معلقين على ذلك شرط عدم ملكية الزوج للمحل المتنازع عليه ولا يعد ذلك مسا بالملكية[1].

وفي قرار آخر: (لما كان أحكام المادة 467 من القانون المدني التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر وأن تأجيره باسم أحدهما، أما إذا كان باسم غيرهما فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجر باسم أم الزوج، للزوجة المطلقة، فإنه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ المتقدم، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ[2].

هذا وإن القاضي الذي يختص بالفصل في دعوى الطلاق، هو المختص كذلك بالفصل في دعوى مسكن الحضانة[3].

الفرع الرابع: النزاع حول إسقاط حق السكن عن الحاضنة:

إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة (52) القديمة –قانون الأسرة–تنص على أنه تفقد المطلقة الحاضنة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر أو ثبت انحرافها، فإن المادة 72 المعدلة

[1]– قرار المحكمة العليا، غ .أ .شرقم 34397في 1984/12/03، المجلة القضائية، 1989، عدد4،ص104.

[2]–قرار المحكمة العليا، ، رقم 34849، في1984/12/31المجلة القضائية ،1989، عدد4، ص(111) .

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص(146).

بموجب الأمر 5-2 لسنة 2005 أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، لذلك يمكن القول إنه من العدل أن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت تزوجها من جديد وانتقلت إلى مسكن زوجها الجديد. أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى بيت للدعارة –عافانا الله–[1].

كما يمكن القول إنه يسقط حق المسكن عن الحاضنة إجمالا إذا زال سبب استحقاقها لها بان تنتهي مدة حضانتها للمحضون، أو تتنازل عن الحضانة بإرادتها أو يسقط حقها في الحضانة لسبب يرجع إليها.

المطلب الثالث: النزاع حول حق ممارسة الزيارة:

حق الزيارة هو حق مقرر قانونا كرسه المشرع في المادة (65) في فقرتها الأخيرة، وهو ما يقابله في الشريعة بحق الرؤية، وحق رؤية الصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الرحم التي أمر الله بها في قوله عز وجل: «وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله» الآية 75 من سورة الأنفال[2].

الفرع الأول: حكم الزيارة في التشريع الجزائري:

[1]– معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، دار الفكر الجامعي ،د.م ، 2000،الجزء الثاني ، ص(561).

[2]حق الزيارة يقابله في الفقه حق الرؤية ، أنظر، أنور العمروسي ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين : النصوص الفقه ومبادئ القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 ، الجزء الرابع ، ص(15).

المحضون حضانة من طلاق لا بد له أن يعيش مع أحد الوالدين ويغادره الثاني لكون الزوجية القائمة بينهما انفكت وانحلت.

ولئن أسندت الحضانة لأحدهما، فإن الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون وذلك لمنع حرمان المحضون من والديه حتى ولو كانا مطلقين.

ومن خلال التمعن في الفقرة الأخيرة من المادة (64) السابقة الذكر والتي جاء فيها: (وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة) ألاحظ أن المشرع قد خول حق زيارة المحضون لمن لم تسند له الحضانة على سبيل الوجوب، ويتضح ذلك من خلال عبارة (وعلى القاضي) أي يجب على القاضي[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1968/09/25 والذي جاء فيه: (من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون، إن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الخالة ثم الأب ... ومن المقرر أيضا أن الحكم بالحضانة يقابله الحكم بحق الزيارة)[2].

ويتضح كذلك من خلال المادة أن المشرع لم يحصر حق الزيارة المنوه عنه على الأب والأم ممن لم تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة

[1]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهادالقضائي ، مرجع سابق، ص(115).

[2]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص(91).

المحضون، فقد تقرر للجد، أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به[1].

فإعطاء حق الزيارة لجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها تحث رقم 258479 الصادرة في 2001/01/23 والذي جاء فيه ما يلي: (من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)[2].

فالمحمة العليا وإن بررت أحقية الجد لأب في زيارة المحضون بالنفقة، إلا أنها توصلت في الأخير إلى أن الجد أصل، وما يحق للفرع يحق للأصل وأن المادة 64 حينما أعطت حق الزيارة لم تحصر ذلك في أب المحضون أو أمه فحسب بل تركت اللفظ عام ومن يحق له شرعا الزيارة كان له ذلك.

غير أنه في الشرع هناك اختلاف حول هذه المسألة حيث ذهب رأي إلى القول بأن حق الزيارة يثبت للأب ومن يقوم مقامه فقط وللأم فقط. ورأي آخر قال بأن يثبت للأب والأم والأقارب، والرأي الأول هو الذي عليه الإجماع. غير أن قضاء المحكمة العليا سار إلى غير هذا حيث

[1]– نبيل صقر وقمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً ،مرجع سابق، ص(125).

[2]– نبيل صقر وقمراوي عز الدين،المرجع نفسه، ص(125).

قضى بحق الزيارة للخالة في القرار الصادر في: 2001/01/23 والذي تضمن: (المبدأ: للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ومتى كان فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى به)[1].

الفرع الثاني: النزاع حول مكان الزيارة:

لم يحدد المشرع مكان لزيارة المحضون، إلا أنه ينبغي أن يكون هذا المكان مكان يتمتع فيه المحضون برعاية زائدة ول تطلب الأمر ساعات معدودات ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة مكانا يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه[2].

وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في قرار رقم 350942 في 2006/01/04 جاء فيه: (من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجية المطلقة، ومتى كان –في قضية الحال–أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات معدودة) ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة[3].

[1]– باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ،مرجع سابق، ص(91).

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 214290، الصادر في 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص(194).

[3]– نبيل صقر وقمراوي عزالدين، قانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص(126).

هذا وأن حق الزيارة لا يقيد بسن معين فيحكم للأب بحضانة ابنه أو ابنته مهما كان سنها[1].

أولا: عدم تنفيذ الحكم المقرر لحق زيارة الأب:

لا ينتج عنه بالضرورة سقوط حق الأم في الحضانة[2]، ولا تتم –الرؤية–الزيارة قهرا، وعند امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم أنذره القاضي، فإن تكرر ذلك منه جاز للقاضي أن يحكم بنقل الصغير إلى من يليه في الحضانة لمدة مؤقتة أي تحويل الحضانة، وتحويل الحضانة هو انتقالها من حاضنة لأخرى تليها في الترتيب[3].

وفي حالة الحكم بانتقال الحضانة من شخص إلى آخر فإنه يجب على قضاة الموضوع ذكر الأسباب التي أدت إلى هذا الانتقال ومراعاة أسباب سقوط الحضانة وكذا الترتيب المقرر شرعًا

ثانيا: جزاء الامتناع عن تسليم قاصر للحضانة:

لقد نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أن عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته إلى من أسندت له الحضانة جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبة جزائية واشترطت لقيام الجريمة أن يصدر حكم مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا، أما إذا كان الحكم محل استئناف

[1]–قرار المحكمة العليا، 1965/02/08، المجلة القضائية 1968،1، عدد4، ص(1231) .

[2]– أحمد نصر الجندي الحضانة والنفقات في الشرع وللقانون، مرجع سابق، ص(222).

[3]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي،مرجع سابق، ص(128).

فلا تقوم الجريمة في حق الفاعل وتشمل الحضانة حق الزيارة مما يترتب عليه تطبيق نص المادة 328 حتى على عدم احترام حكم يتعلق بحق الزيارة.[1]

وتقوم الجريمة في حق الأب أو غيره ممن يستفيد من حق الزيارة إذا استغل فرصة كون القاصر معه لاحتجازه، أو يقوم بإبعاده، أو يحمل الغير على خطفه وتقتضي هذه الجريمة أيضا توفر القصد الجنائي والمتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم، وتطرح مسألة القصد الجنائي عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه، وإن كنا نجهل موقف المشرع الجزائري من المسألة، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على رفض هذه الحجة مبررا أو عذرا قانونيا.[2]

وهكذا قضي بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم علىعدم قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائي يقضي له بحق الزيارة.[3]

الفرع الثالث: مدة الزيارة في التشريع الجزائري:

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة 15، دار هومة، الجزائر،2012، الجزء الأول ،ص(196-197).

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص(92).

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 59784، الصادر في 1990/04/16، المجلة القضائية، لسنة1991، العدد4، ص (180).

لم يحدد المشرع المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا، والسؤال المطروح كيف تكون مدة الزيارة هل تكون يوميا أو أسبوعيا، أم شهريا؟

إن ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.

ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبين من طرف القضاء.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها القاضي بقبول الطعن في المقدم في حكم قضائي قضى بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه ما يلي: (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 وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)[1].

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 59784، الصادر في 1990/04/16، المجلة القضائية، لسنة1991، العدد 4.

الخاتمـــة :

من خلال دراستي وبحثي في هذا الموضوع المتقدم , من حيث بيان أسباب النزاعات في مجال الحضانة واستعراض أشكالها ، كل شكل على حدى وكيف عالجه المشرف المشرع ، على ضوء ماورد في قانون الأسرة الجزائري وما قضت به قضاء المحكمة العليا من أحكام في هذا المجال وما أورده الفقهاء توصلت إلى النتائج التالية :

– الأصل أن حضانة الأولاد تكون بين الوالدين مجتمعين غير أنه قد يحدث أن تحل الرابطة الزوجية وينفصل الزوجين إما عن طريق الطلاق أو بوفاة أحدهما أو كلاهما وفي كلتا الحالتين قد تترتب عليها منازعات حول الحضانة ، وبالتالي فإن أسباب النزاع حول الحضانة تنحصر عموما في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو الوفاة مع وجود طفل صغير أو عدة أطفال

– وأما عن أشكال النزاعات في مجال الحضانة فهي متعددة وتتمثل خاصة في النزاع حول استحقاق الحضانة ، أو إسقاطها لضياع أهدافها ،أو لوجود أحد مسقطات الحضانة في الشخص الحاضن وكذلك النزاع حول عودة الحضانة لزوال سبب السقوط وكذلك من النزاعات نجد النزاع حول تكاليف الحضانة من أجرة الحاضنة ونفقة المحضون أو المحضونين أو مسكن الحضانة وكذا ما يعرف بالنزاع حول ممارسة حق الزيارة ممن خوله القانون هذا الحق .

– هذا ولم يعالج المشرع الجزائري كل هذه الإشكالات في قانون الأسرة بشكل جدري وإنما تعتبر الاحكام المتعلقة بالحضانة والمذكورة في قانون الأسرة قليلة وغير كافية لعلاج كل تلك

النزاعات وبالتالي ترك حلها للقضاء حيث أعطى المشرع السلطة الواسعة للقاضي المختص في حل منازعات الحضانة إلا أنه قد قيده دوما بمراعاة مصلحة المحضون عند حلها ومن هنا فقد أحسن المشرع عندما خول للقاضي حق اختيار الاصلح انطلاقا من تلك المصلحة ، ولكن تحقيق ذلك يتوقف على سعي القضاة لمعرفة ما هو أصلح للمحضون وعلى هذا فقد حاول المشرع أن يعالج مشاكل الحضانة بشكل مرن يتوافق مع كل زمان حيث لم يلزم القاضي بالترتيب المنصوص عليه في قانون الاسرة لأنه ومع تقديم الأم على الأب إلا أنه قد يكون في بعض الأحيان الأب أصلح للحضانة من الأم .

كما قد أعطى القاضي الحق في الحكم بالزيارة حتى وإن لم يطلبها صاحب الحق فيها وذلك بالنظر إلى أن حق الزيارة مهم جدا للطفل حتى لا يحرم من أبيه وجده مثلا ، ولأنه يوجد الكثير من الآباء من لا يهتم بطلب زيارة ولده ، كما أنه جعل النفقات المقررة للحضانة من تقدير القاضي والذي يقدرها حسب قدرة الزوج المكلف بها وقد جعل حق الحضانة غير مستمر بل يزول عن الحاضن إذا حاد عن أهداف الحضانة التي ركز عليها المشرع في تعريفه لها .

وبالتالي يعتبر المشرع الجزائري وبالرغم من وجود بعض الثغرات والنقائص في أحكام الحضانة والتي يمكن تداركها قد أحسن في علاج منازعات الحضانة إلى حد لابأس به .

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم

المؤلفات القانونية:

1- أبو الفضل عادل، فتاوي المرأة المسلمة، دار الكتاب، الجزائر، (1428هـ،2007م).

2- أحسنبوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة 15، دار هومة الجزائر، 2012، الجزء الأول .

3- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2008.

4- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الدار الجامعية ، بيروت، 1998.

5- أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

6- أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

7- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، الجزء الأول .

8- أحمد لعور نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار المهدي، الجزائر،2005.

9-أحمد محمد داوود ، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة عمان الأردن، 1427هـ-2006م الجزء الأول.

10- أنورالعمروس، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص، الفقه ومبادئ النقض،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005 الجزء الأول .

11- أنورالعمروس، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص، الفقه ومبادئ النقض،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005 الجزء الثاني .

12- أنورالعمروسى، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر،2005، الجزء الثالث .

13- أنورالعمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين النصوص والفقه زمبادئ القضاء، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر 2005، الجزء الرابع.

14- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت، 1957

15- العيشفوضيل، قانون الأسرة مدعمًا باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2007.

16-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،د.ت.

17- باديسديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى، الجزائر، 2008.

18-باسل محمود الحافي، فقه الطفولة ، أحكام النفس دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النوادر،د.م، 1429هـ-2008م.

19- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الخصية بين المذاهب الأربعة والقانون، بيروت، الجزء الأول،د.ت.

20- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999، الجزء الأول.

21- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، طبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2000 .

22-جدع آمال، رسالة ماجستير ، الحقوق، الحقوق المعنوية لأولاد، السنة الجامعية 2011 – 2012.

23- حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، دار التوزيع الإسلامية، مصر،1419هـ-1999م.

24- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة ، الجزائر،2003 .

25- سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010.

26- سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، منشأة المعارف، الأسكندرية. مصر ، 2005.

27- فؤاد يوسف نهرا وخليل أنطوان، احكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف اللبنانية، المنشورات الحقوقية، بيروت ، لبنان ، د-ت.

28- قدري الفتاح الشهاوي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، في التشريع المصري والمقارن، إجراءات التقاضي، صيغ الدعاوى، منشأة المعارف ، 44 ش، الإسكندرية، مصر ، 2001.

29- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007.

30- عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها رسول الله (صلي الله عليه وسلم)د.د.ن، د.م، د.ت.

31- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في التوجه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة الجزائر، 2011.

32- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة، د.م ، 2009.

33- علي نديم الحمصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشرعية والقانونية التي طبقتها المحاكم السنية،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا 1423 هـ ، 2003 .

34- غالية رياض وسمير فرنان ومحمود مرشحة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ، سوريا، د. ت .

35- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين اشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر ، (1432 هـ - 2011) .

36- نبيل صقر قانون الأسرة نصا، فقها ، وتطبيقا ، دار الهدى الجزائر، 2006.

37- نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نص وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2006.

38- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة ، دار المعرفة الجامعية،مصر، 2005.

39- محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية مؤسسة الرواق، عمان الأردن ،2000.

40- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي، مصر ، 2003.

41- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، بيروت، لبنان، 1394هـ-1977م.

42- محمد زيد الإبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، الجزء الثاني،2006 .

43- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة 2000،د.م، الجزء الثاني.

44- مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الخامسة والعشرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، 1417 هـ - 1997م .

45- وهبةالزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989 ، الجزء السابع .

القوانين:

1- قانون الأسرة الجزائري معدل بالأمر 05-02- المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2- قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

3- قانون العقوبات الجزائري

4- قانون الحالة المدنية

القرارات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا رقم 52207، مؤرخ في 1989/01/02، المجلة القضائية ، 1989، العدد42- قرار المحكمة العليا رقم 189234 في 1998/04/21، المجلة القضائية ، غ،أ،ش لسنة 1998، عدد2

3- قرار المحكمة العليا رقم 640438 في 1986/05/05، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد2

4- قرار المحكمة العليا ، رقم 282033 في 2002/05/08، المجلة القضائية، لسنة 2004، عدد2.

5- قرار المحكمة العليا رقم 273526 في 2001/12/26، المجلة القضائية، لسنة 2004، العدد1.

6- قرار المحكمة العليا في 25ماي 1983، نشرة القضاة، لسنة 1986، عدد2.

7- قرار المحكمة العليا رقم 237148 في 2000/02/22، المجلة القضائية، لسنة 2001.

8- قرار المحكمة العليا رقم 311458 في 2004/01/21، المجلة القضائية ، لسنة 2004، العدد2.

9- قرار رقم 29148 في 1980/12/02، نشرة القضاة، لسنة 1981، عدد4.

10- قرار المحكمة العليا رقم 94852 في 1987/04/05، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد4.

11- قرار المحكمة العليا رقم 276760 في 2002/03/13، المجلة القضائية ، لسنة 2004، عدد1.

12- قرار رقم 288072 في 2002/07/31، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد1.

13- قرار رقم 348644 في 2005/12/14، نشرة القضاة،لسنة 2005،عدد59.

14- قرار رقم 51596 في 1988/11/07، نشرة القضاة، لسنة 1988،عدد45.

15- قرار رقم 26997في 1982/02/22، نشرة القضاة،1982،عددخاص.

16- قرار رقم 34397في 1984/12/03، في المجلة القضائية، 1989، عدد4.

17- قرار رقم 34849في 1989/12/31، المجلة القضائية، لسنة 1989، عدد4.

18- قرار رقم 214290 لافي 1998/12/15، المجلة القضائية لسنة 2001،عدد خاص.

19- قرار رقم 59784 في 1990/04/16، المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد4.

20- قرار رقم 59784 في 1990/04/16، المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد4.

الفهرس

الصفحة

مقدمة.....أ

الفصل الأول : ماهية الحضانة.....**01**

المبحث الأول : مفهوم الحضانة **01**

المطلب الأول : تعريف الحضانة **01**

الفرع الأول : تعريف الحضانة لغة.....**01**

الفرع الثاني : تعريف الحضانة شرعا وقانونا **03**

المطلب الثاني : تكييف الحضانة **10**

الفرع الأول : الحضانة كحق **11**

الفرع الثاني : الحضانة كواجب **15**

المطلب الثالث : مدة الحضانة وشروطها في التشريع الجزائري **21**

الفرع الأول :مدة الحضانة في التشريع الجزائري **21**

الفرع الثاني : شروط الحضانة **35**

المبحث الثاني : أسباب الحضانة وترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري **39**

المطلب الأول :أسباب الحضانة.....**40**

الفرع الأول :أسباب تتعلق بفك الرابطة الزوجية.....**40**

الفرع الثاني : أسباب تتعلق بالمحضون **46**

الفهرس

المطلب الثاني : ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري **47**

الفرع الأول : قبل تعديل 2005.....**47**

الفرع الثاني : بعد التعديل 2005.....**54**

الفصل الثاني : أشكال النزاعات في مجال الحضانة **56**

المبحث الأول : النزاعات في استحقاق الحضانة وسقوطها.....**57**

المطلب الأول : النزاعات حول استحقاق الحضانة **57**

الفرع الأول : تساوي المتنازعين في درجة القرابة **57**

الفرع الثاني : تفاوت المتنازعين في درجة القرابة **66**

المطلب الثالث : النزاع حول إسقاط الحضانة.....**69**

الفرع الأول : الدفع بإسقاط الحضانة لاختلاف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة **70**

الفرع الثاني : الدفع بإسقاط الحضانة لزواج الحاضنة لغير قريب محرم وتنازلها عن الحضانة **81**

الفرع الثالث : الدفع بإسقاط الحضانة لسفر الحاضنة إلى بلد أجنبي **86**

الفرع الرابع : النزاع حول عودة حق الحضانة لانتقاء الحضانة وحق الزيارة **87**

المبحث الثاني : النزاع حول تكاليف الحضانة وحق الزيارة **90**

المطلب الأول : النزاع حول نفقة المحضون وأجرة الحاضنة **91**

الفرع الأول : نفقة المحضون **91**

الفهرس

الفرع الثاني: أجرة الحاضنة **96**

المطلب الثاني : النزاع حول مسكن الحضانة **102**

الفرع الأول : شروط إسكان المطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائرية..... **102**

الفرع الثاني : حكم إسكان المطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائرية..... **104**

الفرع الثالث : النزاع حول مسكن الزوجية **108**

الفرع الرابع: لنزاع حول اسقاط حق السكن عن الحاضنة..... **110**

المطلب الثالث : النزاع حول ممارسة حق الزيارة **111**

الفرع الأول : حكم الزيارة في التشريع الجزائري..... **111**

الفرع الثاني: النزاع حول مكان الزيارة..... **114**

الفرع الثالث: مدة الزيارة في التشريع الجزائري. **117**

الخـــــاتمة:..... **119**

قائمة المراجع:..... **121**

الفهرس:..... **126**