جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

اشكالات التنفيذ في أحكام قضاء شؤون الأسرة في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب: إشراف الدكتور:

بن عيسى محمد الأمين ضيفي النعاس

لجنة المناقشة:

أ. ..... رئيسا

د. ضيفي النعاس..... مقررا

د..... مناقشا

الموسم الجامعي 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

نتوجه بأول شكر إلى المولى عزوجل و نحمده على أن منحنا العقل و القرار السليم و ألهمنا الصبر و مكننا من انجاز هذا العمل المتواضع و الذي ما كنا لنتمه لولا القوة و المقدرة التي أعطانا للوصول إلى هذا المستوى .

و ننتهز هذه الفرصة لنتقدم بالشكر و التقدير إلى الأستاذ المشرف ضيفي النعاس على نصائحه و دعمه لنا في إعداد هذه المذكرة .

و في الأخير نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد على انجاز هذا البحث

اهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا: إلى نور القلوب وسيد الوجود، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

-إلى أنبع زهرة تفتحت لي في هذا الوجود، إلى ألمع ذرة تحدق لها العيون إلى أحن وأرق أم في الدنيا...أمي العزيزة.

-إلى أعظم أب أعتز به في حياتي، إلى من كان دائما سندا لي في كل عمل أقوم به، إلى أنبل وأحن أب في الدنيا ...حفظه الله

إلى كل أفراد أسرتي كبيرا و صغيرا

إلى كل أصدقاء العمل و الدراسة

إلى كل من سعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

مقدمة

مقدمة

تكمن وظيفة الجهاز القضائي في فض المنازعات القائمة بين الأفراد إلا أن الأمر لا يقف عند هذا الحد لأن الغاية المنشودة من اللجوء إلى القضاء لا يقف عند حد إصدار الأحكام، بل إن تقرير الحق لا يكتمل إلا بتنفيذه ، إذا أنه كما قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه "لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له" فعدم التنفيذ أو التراخي فيه قد يدفع المحكوم له إلى الإحساس بظلم العدالة.

لتبرز الأهمية القصوى التي يكتسيها موضوع تنفيذ الأحكام على اعتباره مقياسا تقاس به مصداقية العدالة داخل كل دولة وامتحان لمدى فعالية الحكم نفسه.

فالتنفيذ هو أهم مرحلة من مراحل التقاضي والذي ينقل الحق المقرر من حالة التجريد إلى الواقعية ويكرس مبدأ العدالة ويقوي الثقة في نفوس المتقاضين.

ويتسم موضوع التنفيذ بالطبيعة القانونية والقضائية معا، على اعتبار أن النصوص القانونية أصدرت لتجد طريقا إلى التنفيذ وللقضاء الدور الفاعل لإحياءها.

فإن كان تأطير الموضوع يفرض إبراز أهمية التنفيذ فإنه بالمقابل لابد من إبراز إشكالاته، وهذا ما يعايش يوميا في الحياة العملية للمحاكم، فقد أصبح التنفيذ يشكل العقبة الكبرى أمام المتقاضين ويحسب له ألف حساب لدرجة أنه أفقدهم الثقة في عدالة القضاء، ويمكن إيعاز الأمر إلى الرفوف المليئة بالأحكام التي تنتظر التنفيذ.

وبالرجوع إلى الجزئية الموضوعية والتي اتخذتها محل الدراسة، فإننا نجد أن التنفيذ في إطار قضايا الأسرة يكتسي أهمية خاصة، نظرا لطابعها وحساسية المواضيع التي تثيرها، هذا ما يفسر اتجاه المشرع إلى النص على قواعد خاصة لتنفيذ أحاكمها في إطار قانون مدونة الأسرة على الرغم من اعتباره قانون موضوعي ويتدعم الأمر كذلك بالقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وحتى هذه الأخيرة لم تخرج عن أفراد بعض القواعد فتنفيذ الأحكام في المادة الأسرية يجب أن تتسم بالسرعة حتى تتحقق الأهداف

المعلنة من سن مدونة الأسرة، والتي تتركز حول حق جامع شامل ألا وهو حماية جميع أفراد الأسرة طفلا وزوجة وزوجه، وإن كان الحكم القابل للتنفيذ هو الحكم الإلزامي والذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء وعين. فإنه بإسقاط هذا الضابط على مدونة الأسرة يجعلنا نحصر الأحكام القابلة للتنفيذ في مجموعة محددة، ترتبط أساسا بالأحكام القاضية بالنفقة والحضانة بالإضافة على الأحكام المرتبطة بإنهاء العلاقة الزوجية كما هو الشان بالنسبة للمستحقات وتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

لتبقى هذه أهم النماذج التي تتخذ وصف الإلزام في إطار قانون مدونة الأسرة والتي تكتسي نوعا من الخصوصية فيما يتعلق بشق تنفيذها وتخلق نوعا من الإستثناء عن القواعد العامة.

-دواعي وأهداف اختيار الموضوع

1- الأهمية التي يكتسيها التنفيذ باعتباره آخر المراحل القضائية في عمر المنازعات وما يترتب عند مباشرته من إجراءات وإشكالات .
2- توضيح النصوص الموضوعية في مدونة الأسرة والتي تعالج إجراءات التنفيذ وربطها بقانون المسطرة المدنية لإبراز التقارب والخصوصية.
3- قلة المراجع الفقهية والتي تهم الشق التنفيذي في المادة الأسرية،اللهم بعض الإشارات المتناثرة في بعض المقالات والمراجع الفقهية وهو ما يجعل الباحث يتشتت بين مجموعة كبيرة من المراجع لحوصلة مميزات التنفيذ في المادة الأسرية .
4- محاولة تأطير الموضوع والخروج بمجموعة من الحلول للإشكالات المطروحة.

هذه بعض الدواعي والأهداف التي جعلتني أنكب على هذا الموضوع بالدراسة مسترشدا أساسا بنصوص المدونة ومدعما بقانون المسطرة المدنية ومستنيرا بالعمل القضائي والآراء الفقهية.

أهم إشكالات الموضوع

أن التطرق إلى دراسة هذا الموضوع يوجه العقول مباشرة إلى طرح مجموعة من التساؤلات والتي محطها إشكالات يمكن أن تواجه عملية التنفيذ ويمكن طرح بعضها في التالي:

-إن كان المشرع قد نص على مجموعة من الإجراءات التنفيذية لتحصيل النفقة المحكوم بها في مدونة الأسرة فهل كان هدفه تميز التنفيذ في مادة النفقة أو الإحالة إلى القواعد الإجرائية؟ أم أنه استحدث إجراءات خاصة تمتاز عن ما هو وارد في إطار القانون المسطرة المدنية؟

وبتخصيص أكثر هل إشارة المشرع إلى الاقتطاع من المنبع لإستخلاص دين النفقة يمكن اعتباره استحداثا لمسطرة خاصة؟ أم أن الأمر لا يخرج عن كونه تطبيق من تطبيقات مسطرة الحجز لدى الغير؟

من الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية إيقاف النفقة، فهل حافظ المشرع على نفس الإجراءات التي كانت سارية المفعول ، أم أنه جاء بمقتضيات جديدة في إطار مدونة الأسرة؟ وإن كان الأمر كذلك فإلى أي حد كان المشرع حكيما؟ .

-هل يمكن اعتبار الإشارات التي أوردها المشرع في باب الحضانة لتنفيذ الأحكام في إطارها كافية؟ أم أنها تبقى قاصرة عن معالجة إشكالات التنفيذ في هذا الباب؟.

-إذا كانت التدابير المؤقتة تمتاز بخصوصية في تنفيذها فهل تم موازنتها بإجراءات تنظم تنفيذها؟ أم أن الإشارة المقتضبة لدور النيابة العامة في عملية التنفيذ تبقى قاصرة عن توضيح المدلول وتعرقل تفعيل هذه التدابير؟

-هل يمكن اعتبار أن المشرع قد حقق شيئا من إبداع مؤسسة قاضي التنفيذ؟ أما أنه أوجدها وغيابها في الوقت نفسه؟

-ويبقى التساؤل الجامع والشامل أما زال الوقت لم يحن لإبداعه قواعد إجرائية خاصة توازي إبداع القضاء الأسرى لتفادي كل نزاعات التأويل؟ أما زال الوقت لم يحن لإبراز خصوصية تنفيذ الأحكام في المادة الأسرية من خلال قواعد خاصة؟

-منهجية الدراسة:

سأنهج لتحليل موضوع الدراسة نهجا يتسم بتحليل النصوص ومحاولة استقراء المضامين بشكل يوازي الجانب العملي، لتتجلي مكامن الخلل والقصور ومكامن الصواب والحكمة. وفي سبيل ذلك ولتوضيح معالم الموضوع سأقسمه وفق الشكل التالي:

الفصل الأول: اشكالات التنفيذية في أحكام قضايا الأسرة المتعلقة بالمسائل المادية

الفصل الثاني: اشكالات التنفيذية في أحكام قضايا الأسرة المتعلقة بالمسائل غير المادية

الفصل الأول

اشكالات النتفيذية في أحكام قضايا الأسرة المتعلقة بالمسائل المادية

المبحث الأول : نفقة المحضون وأجرة الرضاع

إن نفقة الولد واجبة على الأب كمبدأ عام ، ولا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد مالا يمكن أن ينفق منه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال " ونجد نفس الحكم كذلك في نص المادة 72 من نفس القانون التي تنص على أن " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده " ، وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة ، وذلك وفق نص المادة 76 من نفس القانون التي نصت على انه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " ويستشف من نص هذه المادة انه إذا كان الأب عاجز على الكسب وكان فقيرا فإنه يعتبر في حكم المعدوم وحينئذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير بعد الأب وهي الأم ولها أن تعود على الأب أن ظهر يسره لأنه يعتبر مدينا لها بها [1]

بعد أن وضحنا مدى أهمية النفقة وأحقية الصغير لها وجب علينا أن نتطرق أولا إلى شروط استحقاقها ثم إلى كيفية تقديرها وأخيرا مدة وجوبها وسقوطها وفق مايلي :

المطلب الأول : شروط إستحقاق النفقة

الطلاق يحدث نظاما جديدا تتحدد فيه علاقة الطفل بوالديه وتتضح فيه واجبات كل من الطرفين ، فإن كان للأم حضانة الطفل و ما يتعلق من إلتزامات معنوية ، فإن على الأب واجبات كذلك ومن بين هذه الواجبات النفقة على الطفل المحضون ، ولكن لإستحقاق هذه النفقة يشترط في المنفق والمنفق عليه شروط إرتئينا أن نوضحها فيما يلي :

الفرع الأول: أن يكون المحضون محتاجا

نصت المادة 72 من قانون الأسرة علي أن " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وأن تعذر فعليه أجرته " .

من خلال تحليلنا لنص المادة 72 السالفة الذكر نلاحظ أن المشرع قيد مسألة إنفاق الأب عن إبنه المحضون بعدم إمكانية هذا الأخير القيام بنفسه ماديا ، بمعنى عدم توفر لدى المحضون أموال تمكنه من التكفل بإحتياجاته ، فإذا كان لديه مال أعفي الأب من الإنفاق

[1]- عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة 2009.، ص 225

على إبنه [2]وهذا ماذهب إليه المشرع في نص المادة 75 من قانون الأسرة بقوله " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ..... "

فالشرط الأول إذن لإستحقاق النفقة هو عدم وجود لدى المحضون مال يمكنه من إقتناء حاجيته المادية وتوفير سكن له .

الفرع الثاني : أن يكون المنفق ميسورا

بمعنى أن يكون للأب مال يمكنه من التكفل باحتياجات المحضون اليومية وبمفهوم المخالفة ، إذا تعذر على الأب الإنفاق على المحضون وكان معسرا فهنا في هذه الحالة يعفى من هذا الإلتزام وينتقل إلى من تجب عليه نفقة الأولاد في حالة عجز الأب وهي الأم وذلك وفق ما نص عليه المشرع في نص المادة 76 من قانون الأسرة بقوله " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" .

فإذا كان الأب عاجزا على الكسب وكان فقيرا فإنه يعتبر في حكم المعدوم وحينئذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير من بعده وهي الأم ، ولكن لها أن تعود عليه إن ظهر يسره لأنه يعتبر مدنيا لها بها وذلك لأن مسؤولية الإنفاق على الأولاد تعود إليه بالدرجة الأولى . [3]

الفرع الثالث : أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب .

نصت المادة 75 من قانون الأسرة " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب .

يستشف من نص هذه المادة أن الوالد ملزما على الإنفاق على المحضون إذا كان ذكرا إلى غاية بلوغه سن الرشد وبالرجوع إلى نص المادة 40 من قانون المدني فإن سن الرشد محدد بـ 19 سنة ، وتستمر في حالة الذكر حتى إنهاء دراسته إذا كان يزاول دراسات عليا وذلك لعدم إمكانية مزاولة الدراسة والعمل لكسب القوت من جهة أخرى ، وتستمر أيضا في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية وهنا يأخذ حكم عديم الأهلية أو ناقص الأهلية ، أو آفة بدنية وهنا يأخذ حكم المعوق ووجب التكفل به لعدم إمكانيته على القيام بشؤونه المادية .

[2]- أحمد فراج حسين ، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية،الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1988 ، ص 263

[3]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 225 .

أما بالنسبة للفتاة ، فقد نصت المادة المذكورة أعلاه على أنها تستحق النفقة إلى أن تتزوج ويدخل بها ، فإذا كانت حضانة الفتاة تسقط ببلوغها سن الزواج فإن نفقتها لا تسقط إلا إذا تزوجت ودخل بها ، فهذه الحالة الوحيدة التي تسقط فيها نفقتها وذلك لأن ذلك الإلتزام ينتقل من عاتق أبوها إلى زوجها ويلتزم بها هذا الأخير .

أما إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي فنلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بما جاء به الإمام مالك وكذا الإمام أبو حنيفة ، إذا يرى الإمام مالك أن نفقة الطفل واجبة على الأب بالنسبة للذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب وبالنسبة للأنثى حتى يدخل بها زوجها .

أما الإمام الشافعي فيرى على أنه " ينفق الأب على ولده حتى يبلغ المحيض والحلم ، ثم لا نفقة له عليه ويستوى في ذلك الذكر والأنثى " .

أما في الفقه الحنبلي فإنه لم ينص على مدة معينة ، وإنما اقتصر على ذلك " بقوله إن الولد الضعيف يلزم أباه الغني أن ينفق عليه "

المطلب الثاني : تقدير النفقة

نصت المادة 79من قانون الأسرة: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " .

معنى ذلك أن المشرع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كأجر للنفقة ولم يقيده المشرع أو يلزمه بشيء إلا مراعاة حال كل واحد من الطرفين ، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا السياق حينما نصت على أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج " [4]

أي أن القاضي عندما يقدر النفقة يقدرها بحسب حال الزوج عند الحكم ، فإن كان فقيرا تكون النفقة تتماشى وظروفه المعيشية وإذا كان غنيا كانت النفقة حسب قدرته المعيشية كذلك [5]وللقاضي عنصرين أساسين لتقدير قيمة النفقة إذا أخذ بهما كانت مهمته سهلة فالعنصر الأول هو حال الزوج أثناء الحكم بالنفقة أما العنصر الثاني فهو الظروف المعيشية وعلى كل

[4]- المحكمة العليا ، قرار رقم 51715 الصادر بتاريخ 1989/01/16 ، المجلة القضائية ، سنة 1992 عدد 2 ص 55

[5]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 227 .

فإن النفقة الذي يحكم بها القاضي ويمنحها لطالبها لايقبل منه مراجعتها إلا بعد مرور سنة كاملة ابتداء من تاريخ تقريرها والحكم بها وهذا ما جاءت به المادة المذكورة أعلاه.

المطلب الثالث : تاريخ إستحقاق النفقة وسقوطها

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى تاريخ إستحقاق النفقة أي بداية سريانها ثم تنتقل إلى دراسة أسباب سقوطها سواء بقوة القانون أو لسبب أخر وفق ما يلي :

الفرع الأول : تاريخ إستحقاق النفقة

نصت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

يتبين من خلال دراسة نص هذه المادة أن قانون الأسرة قد وضع حدا لكل التعجيزات التي كانت تطرأ بشأن تاريخ بداية إستحقاق النفقة المطلوب الحكم بها ، فاليوم أصبح من الواجب على القاضي كقاعدة عامة ألا بحكم للزوجة بكل ولا بعض ما تستحقه وتطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل يجب عليه أن يحكم لها بما تستحقه هي أو أولادها الذين أخذتهم معها دون إرادة زوجها في حدود ما بعد رفع الدعوى، و ابتداءا من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى ولا لما بعد صدور الحكم إلا في حالة التي يتضمن فيها الحكم القاضي بالطلاق وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة حيث يجوز في مثل هذا الحال الحكم بنفقة مستقبلية للأولاد كما يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو للأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة والمحاكمة ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع .

لكن إستثناءا من هذه القاعدة العامة التي لا تسمح بإستحقاق النفقة إلا من تاريخ طلبها تبعا لرفع الدعوى بشأنها أمام القضاء ، فإن المادة 80 المذكورة أعلاه التي أقامت هذه القاعدة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة وإستحقتها شرعا ، وذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى من أجل طلب النفقة

وليس من أجل سبب أخر ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة لمدة تتجاوز السنة وإلا اعتبر حكمه مخالف للقانون [6]

الفرع الثاني : سقوط حق النفقة .

لقد نصت المادة75 من قانون الأسرة على أنه " تجب نفقة الولد على أبيه مالم يكن له مال" ومعنى هذا النص هو أنه إذا أصبح للولد سواء ذكر أو أنثى مال عن طريق هبة أو غيرها ، وكانت هذه الأموال كافية وحدها لتوفير حاجياته ومتطلباته فإن حقه في النفقة من مال أبيه يسقط ، ويصبح من واجبه هو أن ينفق على نفسه من المال الذي دخل في ذمته ، ولقد جاء كذلك في نص نفس المادة 75 قانون الأسرة على وجوب إستمرار حق النفقة إلى غاية بلوغ الذكر سن الرشد وبلوغ الفتاة سن الزواج والدخول بها ، بإعتبار أن حق الأولاد في النفقة من مال أبائهم لايمكن أن يستمر إلى مالا نهاية له ، بل يجب أن يقف هذا الحق عند حد معين من عمر الولد .

وتطبيقا لنص هذه المادة فإن الولد الذي يبلغ سن الرشد وهو 19 سنة ، ويكون قادرا على الكسب وغير مريض ولا مزاول للتعليم يسقط حقه في النفقة من مال أبيه ، وكذلك الحال بالنسبة إلى البنت التي تتزوج حيث يسقط حقها في النفقة من مال أبيها وينتقل إلى مال زوجها من يوم زفافها والدخول بها إلى بيت الزوجية .

وإذا ظل الأب ينفق على أولاده بعد بلوغهم سن الرشد ، أو بعد تزوج البنات منهم رغم إنقضاء حقهم فيها فإن ذلك يعتبر تبرأ منه ، ولا يجوز له الرجوع عليهم بما كان قد انفقه وتبرع به .

المطلب الرابع : أجرة الرضاع

بتفحصنا لقانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم ينص على أجرة الرضاع ، وعليه وطبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه" كل مالم يرد النص عليه في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ، وفي هذا الصدد نجد قوله

[6]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 229

سبحانه وتعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين "[7] وقال أيضا " فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن .... " [8]

وعليه واستناد إلى ما جاءت به هاتين الآتيتين الكريمتين إذا ما حدث وطلبت الأم بأجرة الرضاع فإن القاضي عليه أن يستجيب لطلبها هذا ا حتى وإن لم ينص المشرع صراحتا في قانون الأسرة على ذلك ويستند في ذلك إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة ، وعند الحكم لها بأجرة الرضاع يكون ذلك لمدة سنتين فقط وذلك طبقا للآية الكريمة ، أما بعد تجاوز الطفل الحولين فإن أجرة الرضاع تسقط .

وحسب رأينا وبالقياس على النفقة فإن أجرة الرضاع تكون من مال الصبي إذا كان له مال ، وإلا فمن مال الأب إذا كان موسرا أما إذا كان معسرا فيجب على الأم إرضاعه مجانا .

[7]- الآية 223 من سورة البقرة .

[8]- الآية 6 من سورة الطلاق .

المبحث الثاني : مسكن الزوجية و حق الزيارة

المطلب الثاني: سكن الحضانة

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه و يحتمي تحت سقفه من حرّ الصيف و برد الشتاء ، و يجد فيه الدفء و الحنان

و الألفة ، فالطفل يتلقّى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ، من مأكل و مشرب و ملبس و غذاء لجسده و روحه ، و يحضن تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة .

الفرع الأول: المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته

1-لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنّ : ((نفقة المحضون

و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلاّ فعلى والده أن يهيّئ له سكنا

و إن تعذر فعليه أجرته)) .

- و نستشف من هذه المادة أنّ توفير سكن لممارسة الحضانة لازم و لصيق بها ، إذ هو المجال و الإطار الذي ينشأ فيه الطفل و يُرعى و يُربّى

و هو المكان الذي يُتَطَلَّبْ لتحقيق مضمون الحضانة ممّا نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة .

- جعلت المادة 72 من قانون الأسرة مسكن الحضانة من مال المحضون ، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أن يوفّر له سكنا ليُحضن فيه و إلا فإنّه (الأب) يُكلَّف بدفع أجرة مسكن لممارسة حضانة ابنة فيه.

- إلاّ أنّه يجدر بنا أن نذكِّر هنا بما جاءت به الفقرة الثانية و ما بعدها من المادة 52 من قانون الأسرة ، بما يُفيد أنّه : " و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها وليٌّ يقبل إيواءها يضمن حقّها في السكن مع محضونيهاحسب وسع الزوج ، و يُستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها " .

- و ما يهمنا من هذه المادة هنا هو أنّ التزام الأب المطلِّق بتوفير سكن لحضانة ابنه لا يقوم إلاّ بعد عدم وجود أب للمطلقة يقبل إيواءها مع محضونيها .

و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنّه : ((يجب على القضاة أن لا يرفضوا طلب الأم الحاضنة – التي

يقوم احتمال عدم وجود وليّ يقبل إيواءها مع محضونيها بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه ، ضدّ الزوج الذي له مسكنان ، و هو معترف بذلك)) .[1]

ما لاحظناه أنّ المادة 52 من قانون الأسرة تتوافق و تكمل ما جاءت به المادة 72 من نفس القانون ، إلاّ في كلمة " محضونيها " و التي تفترض وجود تناقض بين المادتين ، إذ حسب المادة 52 فقرة 2 لا نتصور قيام واجب الأب بتوفير سكن لابنه المحضون الوحيد لدى الأم المطلقة .

أكدّت على ذلك المحكمة العليا في قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية .

لكن سجّلنا تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف و صارت بعد ذلك تعتبر أن اشتراط أن يكون للحاضنة التي تطلب سكنا للحضانة أكثر من ولدين ، تطبيقا للمعنى الحرفي للمادة 52 فقرة 2 من قانون الأسرة – لا سيما لفظ " محضونيها " – صارت تعتبره تطبيقا سيئا للقانون .

و هذا ما أكدت عليه في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنّ : ((قضاة المجلس لمّا أسّسوا قرارهم على أنّ الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته ،إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين.

فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون ، و كان يتوجّب عليهم إلزام المطعون ضدهم بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته)) .[1]

كما أكّدت المبدأ الوارد في المادة 72 من قانون الأسرة بإلزام الأب بتوفير سكن للحضانة أو دفع أجرته ، و ذلك بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الذي مفاده أنّ : " عدم الإستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل لإيجار سكن ، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة العدّة و نفقة إهمال و تعويضها عن الطلاق و الحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين ، إلا أنّه و حسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنّه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته ، ممّا كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته " .[2]

---

[1]– المحكمة العليا – غ . أ . ش – ملف رقم 105366 المؤرخ في 27 أفريل 1993 ، م . ق عدد 2 لسنة 1994م ، ص 88 .

[1]– المحكمة العليا – غ . أ . ش – ملف رقم 112705 قرار مؤرخ في 29/نوفمبر 1994 م . ق عدد 1 لسنة 1994 .ص 140 .

[2]– المحكمة العليا – غ . أ .ش – ملف رقم 175646 قرار مؤرخ في25 نوفمبر 1997 . نشرة القضاة العدد 56 ص 30 .

2- سكن الحضانة و الزوجية قائمة :

- إنّ المادّتين 72 و 78 من قانون الأسرة تفيدان بواجب توفير مسكن الحضانة أو أجرته ، فالمادة 72 تعتبره كذلك سواء في مال المحضون إن كان له مال ، أو في مال أبيه أو من ينوب عنه في هذا الواجب حسب القانون و الشرع إن كان عاجزا .

و تزكي ذلك المادة 78 باعتبارها السكن في المرتبة الرابعة بعد الغذاء و الكسوة و العلاج، ويصلح ذلك على الطفل المحضون .

فإذا كانت الزوجية قائمة بين الأب و الأم ، فإنها (أي الأم) تحضن الأبناء في مكان الزوجية ، و كذلك إذا كانت معتدّة من طلاق رجعي أو بائن

و ذلك لأن المرأة تعتبر ناشزة إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال ،

و لذلك إذا خرجت من المسكن في هذا الحال و معها ولدها ، أو لم يكن معها ولدها فللزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية ، إذ له عليها حقّ الطاعة ، إن كانت زوجة ، و له عليها حقّ الإقامة في المسكن إن كانت معتدّة .[1]

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة و مسألة الإنتقال بالمحضون

عند انقضاء عدّة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يُلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية ،فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة .

نرى بأنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير و لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة ، إذ تنص على أنّه : " إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " .

بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضون ، و الذي يعتبر محل إقامة أبيه ، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه و زيارته و رعايته .

---

[1]- أنظر الإمام أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي ، لبنان، 1998، ص 410 .
- أنظر د . بدران أبو العنين بدران ، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون – توزيع مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية،2005 ص 380

أمّا إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

و تؤكد المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، و الذي مفاده أنّه: " من المقرر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثمّة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال ، يعدُّ قضاءا مخالفا للشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه ." [1]

قد تسقط الحضانة عن الأم في حالة انعدام أهليتها لذلك ، أو في حالة توفر فيها أهلية الحضانة لكن مصلحة المحضون لا تقتضي أن يعطيها لها ، فهنا تنتقل الحضانة من الأم إلى غيرها من النساء وفقا للترتيب الذي جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 64 منه فإذا تولّت إحدى المحارم من النساء حضانة الطفل وجب عليها أن تقيم به في مكان إقامة أبيه و لا تنتقل بالمحضون إلاّ بإذنه ، أو بإذن من يقوم مقامه من الرجال في حالة عدم وجود الأب ، و إلاّ سقط حقّها في الحضانة إلا إذا أذن له أب المحضون بالسفر.[2]

كما أنّه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمّه و يسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة ، أمّا في حالة انتقال الحاضنة إليه فالسؤال المطروح هنا هو :

هل يجوز للأب أو من يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون ؟

إنّ المشرع الجزائري لم يفصِّل و لم يوضِّح هذه المسألة ، بينما قد اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة .[1]

أ- المالكية : لقد سوى فقهاء المالكية بين الحضانة و الوليّ في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدّر بما يزيد عن ستِّ بُرَد، و هوما يعادل تقريبا 133 كلم بقصد الإقامة ، فإذا سافر الوليّ سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة ، مسافة تبعد عن بلد الحاضنة بستِّ بُرَد فأكثر ، له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن

1– المحكمة العليا – غ . أ . ش – ملف رقم 59013 –م .ق لسنة 1991 العدد 04 ص 116 ..

2- الإمام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 411 .

[1]– أنظر عبد الرحمن الجزيري **الفقه على المذاهب الأربعة** – دار الفكر العربي، لبنان، 2009، ص 125

الطريق و أمن المكان المقصود ، و يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه ، و بالتالي فلا يسقط حقّه في الحضانة بانتقاله .

ب- الشافعية : إلا أنّ الشافعية قد فرّقوا بين السفر لحاجة ، و بين السفر لنقله ، فإذا أراد الوليّ السّفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر ، و ذلك لما في السفر من خطورة على المحضون .

أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه و أمن البلد المقصود له ، فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمّه .

ج- الحنابلة : بينما يرى الحنابلة أنّه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ستّ بُرَد و كان البلد و الطريق آمنا ، من أجل السكن ، فهنا الأب أحق بحضانته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأنّ الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم .

د- الحنفية : يرى الحنفية أنّه إذا كان المحضون في حضانة أمّه أو غيرها فلا يجوز للأب الإنتقال به إلاّ برضاه ، لأنّ فترة الحضانة هذه من حقّها ، إلاّ إذا سقطت حضانتها و لا يوجد من يليها بالترتيب و انتقلت للأب ، فإذا أراد السّفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته ، و إلاّ يجوز ذلك .[1]

و ما نستخلصه من اختلاف الآراء أنّ السفر لا يسقط حقّ الحضانة ، و هذا عند الحنفية ، بينما يسقطها في رأي الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة) .

إذ أنّه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير و مصلحته و صحّته ، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأيّ من الأبوين أو غيرهما السّفر به.

و تجدر الإشارة أنّ المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الإنتقال بقصد الإستيطان دائما مراعيا مصلحة المحضون .

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق، ص 126

الفرع الثالث: حق الحاضنة في السَّكن

نصت المادة 2/52 من قانون الأسرة على أنّه :" إذا كانت حاضنة و لم يكن لها وليّ يقبل إيواءها يضمن حقّها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج و يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " .

كما نصت المادة 467 /2 من القانون المدني على أنّه :

" و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعيِّن من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة " .

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

و ما يستفاد من هذه المواد المأخوذة من قوانين و مراسيم مختلفة ، أنّها تهدف إلى تمكين الأم المطلقة من مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة .

فالمادة 2/52 من قانون الأسرة تقيم واجب الزوج في توفير مسكن أو أجرته للأم المطلّقة لتمارس الحضانة إن لم يكن لها وليّ يقبل إيواءها مع محضونيها ، على أن لا يكون هذا الحق منصبّا على بيت الزوجية الوحيد في ملك الزوج .

و أكّدت المحكمة العليا على ذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الذي مفاده أنّ : " المستفاد من القرار المطعون فيه أنّه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي و علوي عبارة عن مسكنين ، و خصّص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة

و هو قضاء لا يتماشى و المنطق ، فالشيء المجزّأ يعتبر واحدا ، فكان ينبغي على قضاة الموضوع أ ن يقضوا بأجرة السكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ... " . [1]

(1) – المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 215212 – قرار مؤرخ في 16 /12/ 1999 – م . ق عدد 1 لسنة 2000 – ص 181 . - المحكمة العليا –غ . أ . ش ملف رقم 73949 – قرار مؤرخ في 1991/04/23 – م . ق عدد 1 لسنهة 1994 ص 49 .

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 105366 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية إلى التأكيد على ما جاءت به المادة 2/52 – السابقة الذكر – بحق الأم المطلقة في مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة إن لم يكن لها ولي يقبل إيواءها .[2]

أما المادة 2/467 من القانون المدني فإن المقصود من هذه الفقرة هو أنّه في حالة الطلاق ، يمكن للقاضي أن يُعَيِّنْ من بين الزوجين من يستفيد من حقّ الإيجار بالنظر إلى التكاليف المسندة إليه لا سيما حضانة الأولاد . و يدخل ذلك في إطار وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة ، فمن خلال هذه المادة يمنح القاضي للزوجة حق الإيجار إن كانت حاضنة .

و هذا ما وافقه قرار المحكمة العليا في هذا الخصوص فأفاد أنّه : " لمّا كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني التي تخوِّل للقاضي الذي يصرِّح بالطلاق ، إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أُسنِدت إليه حضانة الأولاد ، أخذت في اعتبارها أنّ السكن المذكور مؤجّرا و أن تأجيره باسم أحدهما ، أمّا إذا كان باسم غيرهما فإنّه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقا للقانون .

و لمّا كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجَّر باسم أم الزوج ، للزوجة المطلقة ، فإنّه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ المتقدّم ... ممّا يستوجب نقض القرار :"[1].

وفي نفس الإطار قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بما يفيد أنّه متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحاضنة ، و تقرير الإنتفاع بحق الإيجار ، و نتيجة لذلك فإنّه ليس لأي قاضٍ أن يحكم من جديد بتقرير حق الإنتفاع بالسكن أو باستبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق خاصة و أنّ الحكم بتقرير حق السكن ، كان أثرا من آثار الطلاق ، و من ثمّ فإن القضاء

(2) – المحكمة العليا – غ . أ . ش ملف رقم 105366 قرار مؤرخ في 27 /1993/04 – م . ق . عدد 2 لسنة 1994 – ص 88 .

[1]– أنظر د . بن رقية بن يوسف – أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري ، إجتهادات المحكمة العليا – ص 77 – جاء فيه : عن المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 34397 – قرار مؤرخ في 1984/12/03 .

بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه ، و خرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي به و تجاوزا للسلطة في نفس الوقت .

و ثبت في قضية الحال أنّ المجلس القضائي صادق على حكم بالإشهاد للمدّعية بمتعتها بالسكن الزوجي الكائن بوهران ، في حين أنّ الحكم الذي قضى بعد التصريح بالطلاق بمنح المطلّقة السكن الكائن بعين تموشنت أصبح نهائيا و حائزا لقوة الشئ المقضي به ، فإنّ المجلس القضائي بقضائه هذا إنتهك أحكام المادة 467 من القانون المدني ، و خرق مبدأ حجيّة الشيء المقضي به و تجاوز سلطته في نفس الوقت ، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

كما ذهبت المادة 2/12 من المرسوم رقم 76 / 147[1] إلى أبعد من ما ذهبت إليه المادتان المذكورتان سابقا (2/52 أسرة، 2/467 مدني) من قيام حق الأم المطلقة الحاضنة في سكن أو أجرته لممارسة الحضانة و إمكانية حكم القاضي لها حين الطلاق بحق الإيجار إلى حقّها في البقاء في المسكن المؤجَّر، و ذلك إن كانت حاضنة .

المطلب الثالث:حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مُستحقِّها ، و الذي يكون في الغالب الأعمّ الأم ، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ، ممّا يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده ، ممّا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون ، و عليه سنتناول في هذا المطلب ، حق الزيارة في الفقه ، ثمّ في القانون ، مع التدعيم ببعض قرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول :حق الزيارة في الفقه

يتصّل بالحضانة حق الرؤية ، سواء كان رؤية الأب لولده ، و هو في حضانة النساء ، أو رؤية الأم لولدها ، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه .

فالولد إذا كان في حضانة الأم ، و أراد أبوه أن يراه ، فإنّها لا تُجبر على أن ترسله له ليراه ، لكنّها لا تمنعه من ذلك .

---

[2]– أنظر الدكتور بن رقية بن يوسف – المرجع السابق - ص 80 عنه المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم34849 – قرار مؤرخ في31 /12/ 1984 .

[1]– د . بن رقية بن يوسف – المرجع السابق – ص 172 .

و إذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمّه أو انتهت ، فالأب لا يُجبر على أن يُرسله لأمه ، بل هي إذا أرادت أن تراه ، لا يمنعها من هذه الرؤية .

و الزيارة على العادة لا تكون يومية ، بل يوما في عدد من الأيام ، لكن لابأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها ، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج ، لأنّ هذا حقّه . فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه .[1]

و يرى الإمام أبو زهرة أنّه : " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، و لا تُجبر على إرساله ، كما أنّه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يُجبر على إرساله إليها .[2]

الفرع الثاني : حق الزيارة في القانون

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه :

" ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ما يستشف من هذه المادة أنّه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرّات معينة و في أوقات و أماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة .

و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون ، بل رتّب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق و يعبث به ، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات بأنّه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وُكِّلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه ، أوعن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع

---

[1]– أنظر الجكتور عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 424 .

[2] – أنظر الإمام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 411 .

ذلك بغير تحايل أو عنف ، و تزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أُسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني " .[1]

و تكرّس حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنّه : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب ان يرى ابنائه على الأقل مرّة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ،و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر ، يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

و في قرار آخر مفاده أنّه : " من المستقر عليه فقها أنّ حق الشخص لا يُقيَّد به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، و على من كان عنده الولد أن يسهّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه ، بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة ،فالشرع أو القانون لا يبني الشياء على التخوّف بل على الحقّ وحده ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقا للقانون .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لمّا قضى بزيارة الأم لابنتيها شرط أن لا تكون الزيارة خارج مقرّ الزوج ، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيّد حرية الأشخاص و خالف القانون و الشرع ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[1]

---

[1]– أنظر الدكتور العربي بلحاج – المرجع السابق - ص 385 .

[2]- المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 59784– قرار مؤرخ في 16 /04/ 1990 . م . ق العدد 4 لسنة 1991 ص 126 .

[1]- المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم79891 – قرار مؤرخ في 1990/04/30– م . ق عدد 1– ص55.

الفصل الثاني

اشكالات التنفيذ في احكام قضايا الأسرة المتلقة بالمسائل غير المادية

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه ، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية .

وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نعرف الحضانة ونحدد شروط ممارستها مع تحديد أصحاب الحق فيها ، وترتيبهم وأخيرا الآثار المترتبة عنها .

المبحث الأول : تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها :

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه ، وعقله ، ودينه ، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الإنحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون .

غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاته ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون .

وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف الحضانة

المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة

المطلب الثالث : أصحاب الحق فيها

المطلب الأول:تعريف الحضانة:

الحضانة – بفتح الحاء – هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا « تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول " حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه ، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه [1]

الفرع الأول :التعريف الفقهي للحضانة

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير [2] أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها [3].

والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه ، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة و وزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم ، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب ، وقد عرفها الإمام مالك بأنها:[1]

((تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء))

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ، بما يصلحه ويقيه ما يضره " [2] ويرى إبن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم و هي ولاية

---

[1] - د. فضيل سعد –شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق ص 369 .

[2]– و لا بد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة ، أمّا البالغ الراشد فلا حضانة عليه و له الخيار في الإقامة عند من شاء .

[3]– السيد سابق – فقه السنة – المكتبة العصرية بيروت ص 482 .

[1]– الإمام مالك – المدونة الكبرى – ص 358 دار صادر الجزء الثاني .

[2]– حاشية إبن عابدين – ص 560 .

الحضانة و الرضاع ، و قدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد . [3]

أمّا الشيخ أبو زهرة [4] فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية ، الثانية ولاية النفس ،و الولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال :

أمّا الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة ، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممّن لهنّ الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم محارمه من النساء ، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته ، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة و يرى الأستاذ صالح جمعة [1] أنّ الولاية على النفس هي القيام و الإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه ، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

– أوّلها: ولاية الحفظ و الرعاية ، و تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتّى بلوغه سنّ التّمييز ، و هي ما تسمى بالحضانة .

– ثانيها : ولاية التربية و التأديب و التهذيب ، و تبدأ بعد بلوغه سنّ التمييز و استغنائه عن النّساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل ، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة

– ثالثها : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته .

وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يُهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و إنجاؤه من المهالك ، ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام :

---

[3]– إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني – دار الكتاب العربي ص 123 .

[4]– محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ص 474 .

(1) - صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون – طبعة 1 / 1976 مؤسسة الرسالة ص 34/33.

((فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا)).[2]

وقوله صلى الله عليه وسلم : " بحسب المرء من الإثم أن يُضَيِّعَ ما يعول "

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقضة والانتباه والخلق الجمّ، حتى إنّه يُكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته ،كما يُكره أن يدعو ا على نفسه و خادمه و ماله لقوله صلى الله عليه و سلم :

" لا تدعوا على أنفسكم و لا تدعوا على أولادكم ولا تدعوا على خدمكم ولا تدعوا على أموالكم ، لا توافقوا من الله ساعة يُسأل فيها عطاءٌ فيستجيب له " وروى أبو موسى عن إبن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه و سلم فقال :

(يا رسول الله إنّ لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت ، فقال :

" يا ابن ساعدة لا تدعوا عليهنّ ، فإنّ البركة في البنات هنّ المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرّضات عند الشّدة ثِقْلُهُنَّ على الأرض و رِزقهن على الله " [1]

الفرع الثاني:التعريف القانوني للحضانة

نصت المادة 62 من قانون الأسرة : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " .

وعرّفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بانها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه .

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنّها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته . فخلافا للقانونين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد ، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد [1] أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على

---

[2]– سورة آل عمران - الآية 37 .

[1]– وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته – الجزء العاشر – ص 7296 .

[1]– عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة ص 293 .

أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة تظهر فيما يلي :

أولا : تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس ، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا ، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، ولا ينكره عليها أبدا ، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل .

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لايكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم ، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا و عاطفيا ، و ليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب و أن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه .

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

و يكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء.

خامسا : حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة ، خاصة في السنوات الأولى من حياته ، و ذلك بأن يتلقى كل التّلقيحات اللازمة

و الدورية ، و أن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة .[1]

[1]– الحضانة في قانون الأسرة – رسالة ماجستير – غعداد الطالبة حسيني عزيزة - جامعة الجزائر 2001 ص 28-29

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى ، إذ يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية و تباين في الترتيب .

و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها ، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال و النساء و أخرى تختص بها النساء ، و البعض الآخر لابد من توافرها في الرجال .

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنّه :

((و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)) .

إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة

و محفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل و إعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل .

و لتحديد هذه الشروط الغير واردة في القانون فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنّه : ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)) .

و على هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها مع الإستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا باعتبارها الهيئة العليا المنوط بها توحيد الإجتهاد القضائي لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط .

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال و النساء

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال و النساء نجد :

1- العقل : لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، و يستوي في الجنون أن يكون مُطْبقًا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة ، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ، و لو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونها في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا [1] . و لو مثلا مرة في كل سنة ، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له ، و عليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته .

و المعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير

و بالتالي فلا يرعى هو غيره ،و لأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون ، إذ الحضانة من الولاية ، كما أنّه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس ، و غير العاقل لا ولاية له على نفسه ، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره .

و إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبَذِّركي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

و اشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفركالجذام و البرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات [1].

---

[1]– د. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار الفكر العربي – ص 235

[1]– د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – ص 7305

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس ، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه و هو ما ورد في نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص ، أنّه : ((تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)) .

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا ، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته [2] .

2- البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلاّ الكبار ، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلاّ هؤلاء ، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية .

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنّها بالغة حكما ، إذا ادّعت البلوغ و هي ان ادّعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها ، و كون البلوغ شرط في الحاضنة ، شرطٌ سار عليه سائر الفقهاء ، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه و يقوم على شؤونه ، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره .[3]

و البلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة ، لأن به اكتمال الإرادة عادة [4]

و القضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

3- الأمانة على الأخلاق : الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة للمحضون ، تضمن حدّا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقيَ بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته ، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال ، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد

---

[2]– د. العربي بلحاج – الوجيز في شرح قانون السرة الجزائري – ص 383

[3]– د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 235

[4]– د. أحمد محمد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 438

استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد و لزم ضياعه نُزِعَ منها وسقطت الحضانة عنها " [1] .

وعليه فلاحضانة لغير أَمِين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امراة من سِّكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ، في حين أن في هذه المسألة قيَّد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذى يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده بالفجور ما لم يصبح الولدفي سن يعقل فيه فجورأمه. ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنّها غير أمنية عليه .أما الرجل الفاسق فلا حضانة له. [2]

كما أنه قيل أنّ الحاضنة إذا كانت تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه ،فلا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها [3] .

ولقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرّس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته ،إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه ،إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها .

فأسقط القضاء الحضانة عن الأم لأنّ المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون على أخلاقه حيث جاء في قرار المحكمه العليا : " أنّ عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم و السهر على تربيتهم و حمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة و أنّ من المحضوضين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما[1].

و يتشدد القضاء في موقفه هذا و أسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة ، فكما أُسقِطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق

---

[1]– د. محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية ج1 – سنة 1956 م ص 394 .

[2] - د. وهية الزميلي –الفقه الاسلامى وادلته ص 306 7

[3] --د. عبد العزيز عامر –الاحوال ش في ش إ فقها وقضاءا دار الفكر العربي ص 242

[1]- . قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م .ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 1984/07/09 م .

أمها في الحضانة ، إذ كذلك الأم التي لا تقدر على تربية ابنتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه ، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة و الأمانة فيهما" [2] .

والقول بأنّ الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا ، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال ، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإعتراف سيد الأدلة .

1/ القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل ، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة [1] .

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن تقدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له ، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أومع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته .

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها ، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة [2] .

وعليه فإنّ الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير و الإشراف على تربيته و المحافظة عليه و لم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير وتوفر راحته .

---

[2] - قرار المحكمة العليا رقم 31997 بتاريخ 84/01/09

[1]– دوهبة الرحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته ص 7305

[2] - دكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في ش . أ فقها وقضاءا ص 271

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في أحدها أنّ القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يُعجز عن القيام بشؤون التربية و على القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النّزيه

و تقدير مدى عجز الحاضنة " [1].

و جاء في قرار آخر : " أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية و الصحة فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون و لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده " [2].

5- الإسلام : يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة ، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى : ((و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) . [3] فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه".

إلاّ أنّ الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ،فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًّا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته ، و كلاهما يجوز من الكافرة ، و دليلهم في ذلك ما روا ه أبو داود و النسائي : أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي – و هي فطيم – أو شبهه و قال رافع : ابنتي ، فمالت إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: " اللهم اهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها .

و لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين ، لكن هؤلاء إختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضة غير المسلمة .

---

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 12/30 1991

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 84/07/09 م . ق سنة 89 عدد 04 ص 76

[3]– سورة النساء الآية 141

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

– وقال المالكية : إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خِيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد .[1]

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم إشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود الى الاسلام او تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة .

أما عن موقف المشرع المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد اكدت المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري على ان يربى الطفل على دين ابيه , ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة .

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة[1].كما انه اسقطت الحضانة عن أم مسيحية لانها حاوت تربية ابنها وفق مبادئ دينها[2] .

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي :

1- ألاّ تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

أ – قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، و هو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك و الشافعي ، و أبو حنيفة و أحمد في المشهور عنه، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أ ن امرأة قالت : يا رسول الله إنّ

[1]– د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7306 .

[1] المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29 .

[2] المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 1979/04/16 نشرة القضاء 81 رقم2 ص 108

ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثديي له سقاء و زعم أبوه أنّه ينزعه منّي فقال صلى الله عليه

و سلم : " أنت أحق به ما لم تتكحي " [3] فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج ، و عندها لا يكون لها هذا الحق و كذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج، فتسقط عنها و يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر : إنّها أحق به ما لم تتزوج ، و قد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم و كان بحضور الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك ، و على حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شُريح لا يختلفون فيه زمانا و مكانا .[4]

ب- و قيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، وهذا الرأي أكّد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي إلى رسول اله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله إنّ أنس غلام كَيِّسٌ فليخدمك ، قال : فخدمته في السفر والحضر ... ، وإنّ أنسًا كان في حضانة أمّه ، ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك ، وحجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تُسْقِطْ بزواجها كفالتها لبنيها .[1] فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة و له من صلته بالطفل و قرابته منه ما تحمله على الشفقة و رعاية حقه ، فيتمّ بينهما التعاون على كفالته ، و هذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه و لا يمكنها من العناية به ، و عليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم و لا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته

و مواهبه ، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه و يقسو عليه و لا يؤدبه .[2]

---

[3]– أخرجه أحمد و أبو داود و البيهقي و الحاكم و صححه

[4]– د. عبد العزيز عامر . الأحوال ش في ش . إ فقها و قضاءا ص 258

[1]– د. عبد العزيز عامر – نفس المرجع – ص 285

[2]– د. بدران أبو العينين بدران – الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون – الطبعة الثالثة

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ،تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " .

وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي

و بقريب غير محرم ، و لقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، مما يستوجب معه نقض القرار . " [1]

و الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور [2] حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون ، و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

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

- ❖ عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم : فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها ، و كذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته .
- ❖ ألاّ ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة : و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري .
- ❖ أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة ، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

---

[1]– قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م

[2]– المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 م.ق 1992 عدد 04 ص 58

و نشير أيضا أن الحاضنة إذا تزوجت و دخل بها زوجها ثم طُلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون .[1]

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون و أخته و جدته ، فلا حق لبنات العم و العمة و بنات الخال و الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ،و لهن الحق في حضانة الإناث و لا حق لبني الخال و الخالة و العم و العمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور .[2]

3- عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه : يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الضياع ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت ، إلاّ إذا انفردت بسكن آخر عنها

و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري :

" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .

و جاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل و تؤثر عليه سلبا في المستقبل .

4- ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا : إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة ، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة [1] .

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة .

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل

و الأمانة و الإستقامة شروط خاصة بالرجال فقط و هي :

---

[1]– السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 – ص 120

[2]– الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – ص 408

[1]– د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص274 .

1-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة أعطيت له بالإتفاق ، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه [2] .

2-اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم ، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم ، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد بُنيَ حق الحضانة في الرجال على الميراث [1].

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في ظل المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون ، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية و الرعاية و أصبر على القيام بها، و أشد ملازمة للأطفال ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب ، ثم الرجال العصبات المحارم ،و اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي ، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا و إما ذكورا و إما الفريقان ، و ذلك في سن معينة ، فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء. [2]

لقد حددت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر فنصت على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ، ثم الخالة ، ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

---

[2]– د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – ص 830

[1]– الإمام ابو زهرة – المرجع السابق – ص 408

[2]– د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7327 .

الفرع الأول: الأم و من يليها من قريباتها

الولاية على الطفل نوعان ، ولاية على النفس و ولاية على المال ، فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار، و تصرفات كالبيع و الإيجار و الرهن و غيرها ، فهذا النوع يقدَّم فيه الأب على الأم و من في جهتها ، و الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من رعاية الصحة و التأديب و التهذيب و النمو الجسمي ، و التعليم و التثقيف في المدارس و نحو ذلك [1] و عليه فإن ترتيب الحاضنات يكون على النحو التالي :

أولا : الأم

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

وقال صلى الله عليه و سلم : " من فرق بين والدة و ولدها ، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة " .

وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما ، فقال ابو بكر : " مسحها و حجرها و ريحها خير له منك ، حتى يشبَّ الصبي فيختار لنفسه " [1] .

و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : ((الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير و أعرف بتربيته ، و حمله ، و تنويمه ، و أصبر عليه ، و أرحم ، فهي أقدر و أصبر في هذا الموضوع ، فتعيّنت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع.

ثم قال : و مما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا بل لا يقدم المعتدي ، أو المفرط على العادل البار مطلقا ، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به

[1]– إبن القيم – المرجع السابق ص 122- 123

[1] د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299

مصلحة الحضانة ، و إن دفعت به مضرتها ، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر أولى بها بلا ريب)) .

و قال ابن القيم رحمه الله : ((التقديم و التأخير و القرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد ، و كون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب ،و أغير منه قدمت عليه ، و لا التفات إلى قرعة ، و لا تخيير للصبي في هذه الحال ، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب ، فيكون عند من هو أنفع له ، و لا تتحمل الشريعة غير هذا)).

و قال ابن مودود الحنفي : ((و يكون الولد عندهن حتى يستغني عن الخدمة ، فيأكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده و يستنجى وحده ، و قدّره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، و الخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب ، و إليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه : هي أحق به حتى يشبّ ، و لأنه استغنى احتاج إلى التأديب بآداب الرجال ، و التخلق بأخلاقهم و تعليم القرآن و الحرف ، و الأب على ذلك أقدر فكان أولى و أجدر)) .[2]

و لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل ، و بالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية و استقرارها لدى الطفل من حيث تربيته و تهذيب أخلاقه،

و استقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي ، و هي كذلك منبع العطف و الحنان ، و مجر ى الحب و الشفقة ، و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، و إذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك [1].

ثانيا : أم الأم (الجدة)

في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون ، إما لوفاتها ، أو لزواجها بأجنبي ، أو لأي سبب من أسباب السقوط ، تليها امها مباشرة، لمشاركتها في الإرث و

[2]– الكاتب نايف بن محمد – المرجع قانون نت Kannoun . Net - الموضوع الحضانة .

[1]– عبد العزيز عامر - المستشار بمحكمة الإستئناف سابقا – المرجع – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار لافكر العربي

الولادة ، و كذلك لأن الجدة اكثر رأفة و شفقة على المحضون من غيرها ، ولهذا فضلت الأم على الأب ، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب [2]

فالمشرع الجزائري في المادة64 من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم فحسب ، فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، و منه بعض القوانين العربية ، لا سيما القانون السوري في المادة 139 الفقرة الأولى منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدة الأم أي أخذ بالقاعدة ((حق الحضانة للأم ، فلأمها و إن علت)) [3].

فحضانة الأم لمحضونها تتقيد بشروط فنفس الشروط لابد أن تتوفر في أم الأم ، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي [4] . وكذا انتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية .[1]

ثالثا : الخالة

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأم ، أو أخت لأب ، أو أخت لأم ، تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة ، و هذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء و على رأسهم المذهب المالكي و الحنفي و الشافعي و الحنبلي ، و عليه فإن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري سار على مناهج جمهور الفقهاء و لهذا فإنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون ، فالخالة تأتي في مرتبة أسبق من الأب و أن مركز الأب كأستاذ لا يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة ، مع العلم أن الإنفاق على الأب [2] ، و كذلك إسناد الحضانة للأخت من الأب بدل الخالة رغم مطالبتها بها يُعَدُ مخالفة للقانون[3] ، إن شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه ، و في هذا اتفاق مع ما جاء في الأثر ، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه و

---

[2]– د . وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299 .

[3]– المادة 139 من قانون الأسرة السوري

[4]– المحكمة العليا – ملف رقم 50011 قرار بتاريخ 1988/06/20

[1]– المحكمة العليا / ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 01/09/ 1984 م

[2]– المحكمة العليا – ملف رق م89672 الصادر بتاريخ 1993/02/23 ص 166 الإجتهاد القضائي – غرفة الأحوال ش عدد خاص 2001

[3]– م العليا – ملف رقم 179471 بتاريخ 1998/03/17 ص 172

سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها ، و قال: " الخالة أم" [4] ، و قد كان ذلك عندما اختصم علي و جعفر و زيد ابن حارثة – رضي الله عنهم – في أيّهم يحضن إبنة حمزة رضي الله عنه ، فسلمها رسول الله لخالتها و هي زوجة جعفر [5] .

و يجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة .

الفرع الثاني : الأب و من يليه من أقاربه

إن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم ، لانتفاء الشروط فيهن أو وفاتهن إنتقلت الحضانة إلى جهة الأب ، و قد حددت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري هؤلاء الأشخاص تحديدا حصريا .[1]

أولا : الأب

يتضح لنا من قراءة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنها رتبت أب المحضون بعد الخالة مباشرة ، و إن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك و أبو حنيفة [2] .

وطبقا لما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم و قريباتها فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته ، خاصة إذا كان الولد فطيما [3] .

ثانيا : الجدة (أم الأب)

الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب ، حسب الترتيب المحدد في المادة 64 من قانون الأسرة ، و يبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي و الحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه ، و هذا خلافا للمذهبين المالكي و الحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسِه [4] .

و كما تكون الحضانة لأم الأب ، تكون لأمها وجدتها ، عملا بقاعدة

---

[4]– أنظر ابن قدامة – المرجع السابق – ص 306

[5]– أنظر الجعلي – المرجع السابق

[1]– أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7301

[2]– أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 594

[3]– المحكمة العليا – ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 1988/01/09

[4]– ابن القيم - المرجع السابق – ص 126

((الأم و إن علت)) .و هذا إذا توفرت فيهن الشروط ، بالرغم من أن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري توقفت عند الأم فقط .

الفرع الثالث : الأقرب درجة

طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، فإنها حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة ، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة " ... ثم الأقربون درجة ... " وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة ، لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة .

إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة 2 2 2 منه ، نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم إتفقوا على التصنيف الآتي بيانه .

أولا : القريبات من المحارم

بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها إختلفت في ترتيب هذه القريبات على النحو التالي :

1 – المذهب الحنفي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ، ثم بنات الأخوات ثم الخالات ، على خلاف المذهب المالكي ، الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الإخوة ، ثم عمات المحضون ، فخالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات الأم ، فعمات الأب ، و تقدم دوما الشقيقات على التي لأم على الأخت لأب [1]

2 – المذهب الشافعي : القريبات من المحارم فهن : الأخت ، ثم الخالة ، ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، ثم العمة ، ثم بنت العمة ، ثم بنت العم ، ثم بنت الخال ، و تقدم الشقيقات على غيرهن ، و التي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي و الحنفي . [1]

3–المذهب الحنبلي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات للأخوات بدءا بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم ، ثم أخت لأب ، فالخالة ، فالعمة ، ثم خالات أمه ، ثم خالات

[1]– أنظر أبو زهرة – المرجع السابق – ص 474 .

[1]- عبد الرحمن الصابوني – المرجع السابق ص 218 – 219

أبيه ، ثم عمات أبيه ، ثم بنات أخواته ، ثم بنات إخوته ، ثم بنات أعمامه ، ثم بنات عماته ، ثم بنات أعمام أمه ، ثم بنات أعمام أبيه [2] .

4- المذهب المالكي : يرتب القريبات من المحارم ابتداءا من الأخت الشقيقة على التي لأم و هذه الأخيرة على التي لأب ، ثم عمته أخت أبيه ، ثم عمة أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم الذي لأم ، و بعدها الذي لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم التي لأم ، و تليها لأب ، و إذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة ، و بعضهم رجّح بنات الأخ على بنات الأخت .[3]

و إن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا ،فإن تساوين من كل وجه تُقدَّم دوما الشقيقة على التي لأم ، و تقدم هذه الأخيرة على التي لأب .[4]

ثانيا : العصبات من المحارم من الرجال

لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة مفهوم العاصب بنصها : " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ اصحاب الفروض حقوقهم ، و إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له " [1] .

و العاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

" كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر " ، و قياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم ، و قد حددت المادة 153من قانون الأسرة الجزائري هذا الصنف حسب أربع جهات ، أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة فتليها جهة الأخوة ، و أخيرا جهة العمومة .

و على ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث و ولاية النكاح . [2]

---

[2]– أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7301

[3]– أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 595

[4]– أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7302

[1]– أنظر أبو زهرة – المرجع السابق ص 474

[2]– أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق ص 469

و عليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي خلافا للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ [3]، و هو الجد لأب و إن علا ، ثم إبن أخ المحضون ، ثم عم المحضون الشقيق أولا ، ثم يليه الذي لأب ، و عم الأب يكون بمرتبة عم المحضون و بالتالي يحق له حضانة الطفل ، ثم أبناء العم ، و لا تثبت لهم إلا حضانة الذكور ، إذ أنهم من العصبات غير المحارم ، و بالتالي فلا حضانة لهم لأنثى .[4]

و العصبات تقدم كما في ميراث الأقرب فالأقرب .

ثالثا : المحارم من الرجال غير العصبة

لا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم ، أو العصبات من المحارم من الرجال ، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد و ليس أهلا للحضانة ، إنتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبة و هم على الترتيب التالي : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم إبن الأخ لأم ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم.

رابعا : من يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفا أو لم يوجد من يحضنهم لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ، و لو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة ، بحيث لا يخشى عليها الفتنة .

وعليه مما تقدم ما هو موقف القضاء الجزائري من هذا الترتيب إذا تمت إحالة حالة عليه تتعدى فيها الحضانة إلى أبعد من الدرجة الخامسة ؟ مع العلم أن المادة 2 2 2 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخذ به في ظل تعدد المذاهب الفقهية و تنوعها . حقيقة قد جرى العرف على أن المذهب السائد و الغالب الجاري العمل به هو المذهب المالكي ، لكنه من الأحسن على المشرع أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية كما فعلت بعض القوانين العربية

[3]– انظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 219

[4]– أنظر عبد الرحمن الصابوني – المرجع السابق – ص 469

كالقانون السوري في المادة 139 ، و القانون الكويتي في المادة139 ، و القانون المصري في المادة 20 .

و تجدر الإشارة في الأخير أن المادة 64 في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة وقع فيها تغيير في ترتيب مستحقّي الحضانة و جاءت كما يلي :

" الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب ، ثم الأقربون درجة ... " .

و جاء في عرض أسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب على الجدة و الخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم و أكثر حرصا على رعاية أبنائه . [1]

[1]– جريدة الشروق – ص 5 بتاريخ 09 أوت 2004 . العدد 1148 .

المبحث الثاني : الصلح

المطلب الاول: مفهوم الصلح وشروطه

الفرع الاول :مفهوم الصلح

الصلح هو محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصلحة أوتحقيق التسوية بالتراضي يعتبر هذا الاجراء الزاميا كما ذكر الصلح في القران الكريم في الاية من سورة النساء لقوله تعالى"وان امراة خافت من بعلها نشوزا فلا جناح عليهما ان يصلخا بينهما و الصلح حيرا "

الفرع الثاني: شروط الصلح

نستشف المادة 49من قانون الاسرة و ذلك ضمنيا تنص على " لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولة الصلح من القاضي دون ان تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة لشهر".

الشرط الاول: ان يكون هناك نزاع اذ لا يتصور اجراء الصلح بغير سبب او لمجرد الصلح لذلك يجب ان يكون هناك نزاع او تلفظ الزوج بكلمة الطلاق

الشرط الثاني: ان تكون هناك صفة لرفع الدعوى اي المدعي هو الزوج او الزوجة نفسهما او احد ممثيليهما قانونا كالمحامي او الوصي او الولي .

الشرط الثالث:اتخاذ القاضي الإجراءات اللازمة لإجراء الصلح من تحرير محضر ويبرز نتائج الصلح.

الشرط الرابع: مكان رفع الدعوى في مسكن الزوجية وذلك حسب المادة

المطلب الثاني :إجراءات الصلح و اثاره

الفرع الاول: اجراءت الصلح

اجراءات الصلح في قضايا الأحوال الشخصية هي من الاجراءات الأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة اجبارية قبل النطق بالطلاق و نض المشرع في المادة439من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ومن الواضح من نص المادة ان لا وجود للطلاق الا اذا صدر به حكم من القضاء و ان محاولة الصلح اجراء اجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق و اذا لم يتم هذا الاجراء الاجباري يعد حكم الطلاق باطلا.[1]

بنص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "في التاريخ المحدد لاجراء محاولة الصلح يستمع القاضي الى كل من الزوجين على انفراد ثم معا..."على القاضي المختص بالنظر في دعوى الطلاقان يستدعي الزوجين المتخاصمين الى مكتبه بواسطة مكتب الضبط و ذلك في جلسة خاصة ثم يحاول ان يصالح بينهما و يكون ذلك باشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل بيان محاسن المحبة و التسامح و الانسجام و من اجل ضمان مصالح الاطفال .

وتنص المادة 441و442من قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه يمكن للقاضي اذا استحال على احد الزوجين الحضور بعذر لجلسة الصلح وان يحدد تاريخ لاحق للجلسة، و اذا لم يكن له عذر حرر القاضي محضر بذلك و يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لاجراء محاولة للصلح من جديد مع عدم تجاوز مدة الصلح ثلاثة اشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق.

[1] الاستاذ فضيل سعد , شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج الطلاق

و تنص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه في حالة عدم حدوث اي ضرر اثناء الخصومة يعين القاضي حكمين اثنين لمحاولةا لصلح بين الزوجين تبعا لقانون الاسرة ، و في حالة ما تعرض الحكمين الى إشكالات في تنفيذ المهمة الموكلة اليهما يطلعا القاضي بذلك حسب المادة 447من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،فاذا تم الصلح من فبل الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب امر غير قابل لأي طعن و هذا ما نصت عليه المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

سواء نجح الامر او لم ينجح في محاولة الصلح يقوم بتحرير محضر بذلك و يدون فيه النتائج التي توصل اليها و هذا المحضر يلحق بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين الى حضور الجلسة علانية ثم يستمع من جديد لكل واحد منهما ثم يصدر القاضي حكمه وفقا لاجراءات عادية.

وتعتبر المادة 49 من قانون الأسرة مادة إجرائية او نصا إجرائيا يتعلق بإجراءات الطلاق حيث يجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق و اذا لم يتبع هذا الإجراء أصبح حكمه معيبا ومخالفا للقانون و يتحتم نقضه .

الفرع الثاني: اثــار الصلح

تنص المادة50 من قانون الاسرة بقولها " من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد الحكم يحتاج الى عقد جديد"

[1] **د بربارة عبد الرحمان شرخ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الاولى 2009**

حيث ما يتضح من هذه المادة ان محاولة الصلح اذا نجحت لا يكون على الزوج استصدار عقد جديد بعكس ذلك اذا فشلت مهمة القاضي في الصلح وفقا لنص المادة 49 من قانون الاسرة فان ثلاث اشهر تسري ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى .[1]

[1] د بلحاج العربي شرح قانون الاسرة الجزائري .الزواج والطلاق الجزء الاول ديوان المطبوعات الجامعية

خاتمة

ان لقضايا الأحوال الشخصية من أهمية بالغة وخطورة على نسيج الأسرة، واحتكاك مباشر بالأطفال والنساء، ولما يكتنف تنفيذ مسائل الأحوال الشخصية من الصعوبات والعوائق والمشكلات التي من شأنها إعاقة التنفيذ أو تعطيله بالكامل، فخصص نظام التنفيذ مواد خاصة بمسائل الأحوال الشخصية لبيان إجراءات تنفيذها ومعالجة الكثيرة من تلك العوائق والمشكلات.

تنفيذ مسائل الأحوال الشخصية إلا إن النظام بمجموعه صالح لإعماله في تنفيذ مسائل الأحوال الشخصية، فلو كان محل التنفيذ فيها فعلا أو امتناعا عن فعل كتسليم محضون إلى حاضنه، أو تمكين من زيارة مزور فتطبق بشأنه أحكام التنفيذ المباشر، وكما لو أصبح أحد طرف الحكم في الأحوال الشخصية مدينا كالمدين بدين النفقة أو عوض الخلع أو مؤخر المهر فيتم إعمال أحكام التنفيذ غير المباشر، ومثل ذلك لو ادعى الإعسار بهذه الديون فتجري عليه الأحكام المتعلقة بدعاوى الإعسار، مع خصوصية التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية في بعض الحالات

التنفيذ على الأموال في مسائل الأحوال الشخصية:

التنفيذ على الأموال في مسائل الأحوال الشخصية داخل في أحكام التنفيذ غير المباشر، وله حالتان:

الحالة الأولى: إذا كان محل التنفيذ دينا حال التسليم فيأخذ أحكام التنفيذ المباشر، فإن الدين للنفقة قُدم على سائر الديون.

الحالة الثانية: إذا كان محل التنفيذ دينا يسلم لطالب التنفيذ بشكل دوري كما في أحكام النفقات الشهرية التي يلزم بها الأب مثلا بأن ينفق على أولاده الصغار بتسليم والدتهم مبلغا ماليا بشكل شهري فلها ثلاث حالات:

1- إن كان للمدين المنفذ ضده حساب بنكي لأمواله وكان له راتب شهري أو كسب معتاد، أو كان دائنا للبنك بقدر مبلغ الدين المستحق، فيأمر قاضي التنفيذ بنك المدين بواسطة مؤسسة النقد العربي السعودي بالخصم من حساب المدين بقدر الدين المستحق وقيده في حساب الدائن طالب التنفيذ.

2- إذا لم يكن للمدين المنفذ ضده حساب بنكي, ولديه أموال بقدر مبلغ الدين المستحق لدى جهة أو شخص فيأمر قاضي التنفيذ الجهة أو الشخص الذي لديه أموال المدين بالحجز على أمواله بقدر المبلغ المستحق وتُقيد في حساب الدائن طالب التنفيذ، على أن يتضمن أمر الحجز الموجه لتنفيذ دفع الأموال بشكل دوري تاريخ بداية التنفيذ، ووقت وقدر المال المحجوز في كل قسط.

3- إذا لم يكن للمنفذ ضده كسب معتاد، أو أن أمواله لا تحفظ في حساب بنكي أو لدى جهة أو شخص فيؤخذ عليه إقرار بوجوب دفع المستحقات الدورية وقت حلولها وإيداعها في حساب طالب التنفيذ ويفهم بالعقوبات الواردة في هذا النظام عند مخالفته

التنفيذ في قضايا الحضانة:

التنفيذ في قضايا الحضانة داخل في أحكام التنفيذ المباشر، وعلى قاضي التنفيذ عند تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن الحضانة مراعاة ما يلي:

1- التدرج في التنفيذ بالنصح والتوجيه، ثم ترتيب مراحل تسليم المحضون بما لا يضر بطالب التنفيذ والمنفذ ضده والمحضون مع إفهام الممتنع بمقتضى المادة الثانية والتسعين من نظام التنفيذ والتي تنص على أنه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر كل من امتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بالحضانة، أو قام بمقاومة التنفيذ، أو تعطيله.

2- إذا أصر المنفذ ضده على الامتناع بعد انقضاء مرحلة التدرج التي يقدرها قاضي التنفيذ المشار إليها في الفقرة (1) فينفذ الحكم جبراً ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة)، ودخول المنازل، ويعاد تنفيذ الحكم كلما اقتضى الأمر ذلك.

3- في حال امتناع المنفذ ضده عن التنفيذ, أو حال امتناعه عن الحضور, أو إخفائه للمحضون، فلقاضي التنفيذ اتخاذ إحدى الإجراءات التالية أو كلها في حقه:

أ- المنع من السفر.

ب- الأمر بالحبس.

ج- الأمر بإيقاف خدماته الحكومية.

د- الأمر بإيقاف خدماته في المنشآت المالية

.التنفيذ في قضايا الزيارة:

إن كان الحكم الصادر من قاضي الموضوع بزيارة صغير قد تضمن تحديد آلية التنفيذ فيلتزم قاضي التنفيذ بتنفيذ الحكم وفق الآلية الواردة في حكم قاضي الموضوع، أما إن لم تكن آلية التنفيذ محددة فعلى قاضي التنفيذ تحديدها وذلك بتحديد المسلِّم والمستلم للمزور وآلية نقله وأجرة النقل، وكيفية الزيارة مكاناً وصفةً، ونحو ذلك.

ويجري التنفيذ بتسليم الصغير في مكان مهيأ ومناسب لهذا النوع من التنفيذ، بأن يكون في مقر سكن المزور، أو سكن طالب التنفيذ إذا كان بلده بلد المزور، أو في سكن أحد أقارب المزور في البلد نفسه، فإن تعذر ففي أحد الأماكن الآتية:

1- الجهات الاجتماعية الحكومية.

2- المؤسسات والجمعيات الخيرية المرخص لها بالقيام بهذا العمل.

3- ما يراه القاضي من الأماكن العامة وغيرها مما تتوافر فيها البيئة المناسبة.

وفي كل الأحوال يجب ألا يكون مكان الزيارة في مراكز الشرط ونحوها.

أما إذا خلا حكم قاضي الموضوع عن عدد أيام الزيارة أو تحديد أوقاتها أو تعيينها، فيُحال لقاضي الموضوع لاستكماله، أما إذا طرأ ما يقتضي إعادة النظر في الحكم الصادر في مسائل الأحوال الشخصية، فتُنظر الدعوى من قبل قاضي الموضوع.

ويراعي قاضي التنفيذ في تنفيذ قضايا الزيارة ما يأتي:

1- التدرج في التنفيذ بالنصح والتوجيه، ثم ترتيب مراحل تسليم المزور بما لا يضر بطالب التنفيذ والمنفذ ضده والمزور مع إفهام الممتنع بمقتضى المادة الثانية والتسعين من نظام التنفيذ والتي تنص على أنه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر كل من امتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بالزيارة، أو قام بمقاومة التنفيذ، أو تعطيله.

2- إذا أصر المنفذ ضده على الامتناع بعد انقضاء مرحلة التدرج التي يقدرها القاضي المشار إليها في الفقرة (1) فينفذ الحكم جبراً ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة)، ودخول المنازل، ويعاد تنفيذ الحكم كلما اقتضى الأمر ذلك.

3- في حال امتناع المنفذ ضده عن التنفيذ, أو حال امتناعه عن الحضور, أو إخفائه للمزور، فلقاضي التنفيذ اتخاذ إحدى الإجراءات التالية أو كلها في حقه:

أ- المنع من السفر.

ب- الأمر بالحبس.

ج- الأمر بإيقاف خدماته الحكومية.
د- الأمر بإيقاف خدماته في المنشآت المالية

تنفيذ الأحكام بالتفريق بين الزوجين:

يتم تنفيذ الأحكام بالتفريق بين الزوجين، ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية جبراً ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة)، ودخول المنازل، ويعاد تنفيذ الحكم كلما اقتضى الأمر ذلك.

فربما تردد القائمون على الجهات التنفيذية أمام امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ الحكم بالتفريق بين الزوجين لدوافع عاطفية متناسين الآثار السلبية في ذلك التردد وهو تعطيل الأحكام القضائية وحرمان طالب التنفيذ من حقه، فالامتناع عن تنفيذ حكم التفريق بين الزوجين ليس بأقل من الامتناع عن تنفيذ ما سواها من الأحكام وبالتالي فإن استخدام القوة الجبرية عن طريق الشرطة ودخول المنازل عنوة أمرٌ يصار إليه عند الاقتضاء مراعاة لحق المحكوم عليه وإنفاذا لأحكام القضاء.

كما أنه في حال امتناع المنفذ ضده عن التنفيذ أو امتناعه عن الحضور، فلقاضي التنفيذ اتخاذ إحدى الإجراءات التالية أو كلها في حقه:

1- المنع من السفر.
2- الأمر بالحبس.
3- الأمر بإيقاف خدماته الحكومية.
4- الأمر بإيقاف خدماته في المنشآت المالية

تنفيذ الحكم بعودة الزوجة إلى بيت الزوجية:

لا ينفذ الحكم الصادر على الزوجة بالعودة إلى بيت الزوجية جبراً؛ وذلك أن عقد الزوجية عقد بدني يتطلب انسجام البدنين معا للالتزام بحقوق كل طرف منهما تجاه الآخر إضافة إلى أن الحقوق والالتزامات في مثل عقد الزوجية يتطلب الاستمرار وبالتالي فإن الإجبار في إلزام الزوجة لا يمكن له الاستمرار لكون الجهات التنفيذية عاجزة بطبيعتها عن أن تعكف على تنفيذ كل واقعة من وقائع

تنفيذ الأحكام المتضمنة إلزاما للزوجة بالعودة والاستقرار في بيت زوجها، ولو استطاعت ذلك وما عساها فإنها عاجزة أن تلزم الزوجة بأداء كامل الحقوق والالتزامات الزوجية على وجه الرضا والانسجام الأمر الذي يجعل معه التنفيذ الجبري في هذا الشأن متعسرا ومتعذرا فلم يبق إلا الأخذ بمبدأ التنفيذ الرضائي –وهو امتثال الزوجة طواعية أن تعود لبيت زوجها– فإن رفضت فتفهم بأنها في حكم الناشز –وهي الزوجة الخارجة عن طاعة زوجها– وبالتالي فليس لها حق في النفقة أو المبيت.

وفي حال تضرر الزوج من هذا الأمر فإن ذلك يعتبر عيبا في الزوجة يمكن له المطالبة بفسخ النكاح لوجود عيب في المرأة، أما إذا تضمن الحكم بعودة الزوجة إلزام الزوج بدفع مبالغ مالية للزوجة أخذ قاضي التنفيذ إقرار خطي على الزوجة بضمان الالتزامات المالية حال امتناعها، فإذا نفذ الزوج هذا الالتزام ولم تنقد الزوجة , فللزوج حق المطالبة لدى قاضي الموضوع.

قائمة المراجع و المصادر

أولا : مصادر :

القرآن الكريم

ثانيا : الكتب :

1. إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني – دار الكتاب العربي
2. أحمد فراج حسين ، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية،الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1988.
3. أحمد محمد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم ، مصر ، 1999
4. الإمام أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي ، لبنان، 1998.
5. بدران أبو العنين بدران ، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون – توزيع مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية،2005
6. بربارة عبد الرحمان شرخ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الاولى 2009
7. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 1999
8. بلحاج العربي شرح قانون الاسرة الجزائري .الزواج والطلاق الجزء الاول ديوان المطبوعات الجامعية
9. السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 – ص 120
10. صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون – طبعة 1 / 1976 ، مؤسسة الرسالة. الاردن، 2005

11. عامر عبد العزيز – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار الفكر العربي، لبنان، 2004
12. عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة – دار الفكر العربي، لبنان، 2009
13. عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة 2009.
14. عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة 2003، .
15. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار الفكر العربي ،2007
16. لسيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني – المكتبة العصرية (صيدا بيروت) 2007.
17. محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية ج1، دارالبصائر، الاسكندرية، مصر ، 1956
18. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته ، دارالفكر، دمشق، 2000

ثالثا : المذكرات

1. رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة – الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي .جامعة الجزائر بن عكنون 2001 .

رابعا : المجلات و الجرائد :

1. المجلة القضائية لسنة 1982 .
2. المجلة القضائية لسنة 1989 عدد أول .
3. المجلة القضائية لسنة 1990 عدد أول . عدد ثاني . عدد ثالث .
4. المجلة القضائية لسنة 1991 عدد أول . عدد ثاني . عدد رابع .
5. المجلة القضائية لسنة 1992 عدد أول .
6. المجلة القضائية لسنة 1993 عدد ثاني .
7. المجلة القضائية لسنة 1994 عدد أول . عدد ثاني .
8. المجلة الجزائرية لسنة 1994 عدد ثالث .
9. المجلة الجزائرية لسنة 1996 عدد رابع .
10. المجلة العربية للفقه و القضاء العدد 18 الصادر في سبتمبر 1997.
11. جريدة اليوم عدد 1730 الصادر بتاريخ 03نوفمبر 2004
12. جريدة الشروق عدد 1148 الصادر بتاريخ 9أوت 2004

خامسا: النشرات :

1. نشرة القضاة لسنة 1986 . عدد 2 .
2. نشرة القضاة لسنة 1997 . عدد 56 .

سادسا :التشريعات :

1. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984.
2. الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ ، الموافق لـ 08يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية .

3. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ ، الموافق لـ 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني .
4. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ..

سابعا: محاضرات :

1. قانون نت kanoun . Net – الموضوع الحضانة – الكاتب نايف بن محمد .

الفهرس

فهرس المحتويات

مقدمة .....و

الفصل الأول: اشكالات التنفيذية في أحكام قضايا الأسرة المتعلقة بالمسائل المادية

المبحث الأول : نفقة المحضون وأجرة الرضاع 2

المطلب الأول : شروط إستحقاق النفقة 2

الفرع الأول: أن يكون المحضون محتاجا 2

الفرع الثاني : أن يكون المنفق ميسورا.....3

الفرع الثالث : أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب 3

المطلب الثاني : تقدير النفقة.....4

المطلب الثالث : تاريخ إستحقاق النفقة وسقوطها 5

الفرع الأول : تاريخ إستحقاق النفقة 5

الفرع الثاني : سقوط حق النفقة 6

المطلب الرابع : أجرة الرضاع.....6

المبحث الثاني : مسكن الزوجية و حق الزيارة.....8

المطلب الثاني: سكن الحضانة 8

الفرع الأول: المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته 8

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة و مسألة الإنتقال بالمحضون 10

الفرع الثالث: حق الحاضنة في السَّكن.....13

المطلب الثالث:حق الزيارة.....15

الفصل الثاني: اشكالات التنفيذ في احكام قضايا الأسرة المتلقة بالمسائل غير المادية

المبحث الأول : تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها : 20

المطلب الأول:تعريف الحضانة: 21

الفرع الأول :التعريف الفقهي للحضانة 21

الفرع الثاني:التعريف القانوني للحضانة 23

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة 25

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال و النساء 26

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالنساء 31

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال 34

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في ظل المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري..... 35

الفرع الأول: الأم و من يليها من قريباتها 36

الفرع الثاني : الأب و من يليه من أقاربه..... 39

الفرع الثالث : الأقرب درجة..... 40

المبحث الثاني : الصلح 44

المطلب الاول: مفهوم الصلح وشروطه 44

الفرع الاول :مفهوم الصلح..... 44

الفرع الثاني: شروط الصلح 44

المطلب الثاني :إجراءات الصلح و اثاره..... 45

الفرع الاول: اجراءت الصلح 45

الفرع الثاني: اثــار الصلح 46

خاتمة..... 48

قائمة المراجع و المصادر 54

الفهرس..... 59