جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر

أحوال شخصية

اعداد الطالبة :

- زروقي فطيمة

إشراف الاستاذة :

- بشير حفيظة

لجنة المناقشة :

- د.أمعيزة عيسى رئيسا
- أ.هلالي مسعود مناقشا
- أ.بشير حفيظة مقررا

2013/2014

تشكرات

اولا الحمد للّه الذي هدانا لهذا فلولا أن هدانا ماكنا لنهتدي

ثم الشكر الموصول للمعلم الذي اعطاني من فيض نوره وكنوز الدنيا لا تفيه قدر جهده واللّه عنده خير الجزاء

الحنين يرفع روحي اليهم

جميع المعلمين والاساتذة من الطور الابتدائي

ثم المتوسطة الثانوية فالجامعة من خلصت

نيتهم للّه تعالى

الاستاذة المشرفة : بشير حفيظة

من كتب هذا البحث العم ق .خالد

موظفي مكتبة المعهد ، موظفي مكتبة مدرسة الاخلاص

والشكر لكل من ساعدني في انجاز هذا البحث كل باسمه.

الاهداء

أهدي رحيق السنين إلى : الام الغالية ، الوالد الكريم ، ابناء حضني محمد ، حليمة

إلى جميع أفراد الأسرة وجميع الإخوان والأخوات

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث كل بإسمه

مقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و الصلاة و السلام على من ختمت به الرسلات محمد صلى الله عليه وسلم أما بعد:

إن الحضانة وكأثر للطلاق أكثر القضايا تداولا في المحاكم الجزائرية ، بالتالي فئة الأطفال المحضونين تمثل قسما لا يستهان به في المجتمع ،لذا وجب الاهتمام بالقواعد التي تخصها أي حمايتها قانونيا باعتبار أن فئة الأطفال الأكثر ضعفا فيه .

لذلك قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام خاصة بالحضانة ، نجدها في قانون الأسرة في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان الزواج وانحلاله .

ما يميز هذه الأحكام أنها متمركزة على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، حيث ان القاضي عند تطبيقه لهذه الأحكام يكون عليه مراعاة مصلحة المحضون في كل مسألة يحاول أن يقضي فيها .

والأمر لا يتوقف على تنظيم الحضانة و أحكامها فقط بل هو مرهون أيضا بمدى فهم القاضي لهذه النصوص و نشرها على أرض الواقع من خلال التطبيق الجيد له ، و قبله الفهم العميق الذي لا يتأتى إلا لقاض مخضرم في مجال الأحوال الشخصية من خلال استخدامه لوسائل مادية كالمعاينة و الخبرة، التقصي و التحري الاجتماعي و النفسي والطبي لحال المحضون كذا الاستماع قبل تقدير مصلحته ، وسائل فهم و استيعاب لضوابط و معايير هذه المصلحة.

إن المشرع قد فتح للقاضي نافذة على الفقه الاسلامي هي المادة 222 ق أ يستخدمها عند تقدير مصلحة المحضون و عندما يجد النص غامضا و ذلك عند تقديره لقيام حق الحضانة او لسقوطه، و قد نظم المشرع هذه القواعد و جعلها متعلقة بمعيار مصلحة المحضون هذه المواد التي استوحاها من الفقه الاسلامي مثل جل مواد قانون الأسرة اما مصطلح مصلحة المحضون فهو نقل عن القانون الفرنسي.

الاشكالية:

ما هو دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري؟

ما المقصود بمصلحة المحضون و ما هي الأسس و المعايير التي يعتمدها القاضي في تقديره لها ؟ و كذا الضوابط التي تحكمها؟

أسباب اختيار الموضوع:

يعتمد المشرع الجزائري على لبنة بالغة الأهمية في بناء الحضانة، فمعيار مصلحة المحضون حاسم بالنسبة له و هو معيار غامض و نسبي و قد استخدمه المشرع في جل مواد الحضانة لذا و جب معرفته اكثر، ثم ان تقدير هذه المصلحة صعب بالنسبة للقاضي من جهة ودوره حيوي من جهة اخرى، فإقرار حق الحضانة أو اسقاطه مصيري بالنسبة للمحضون

كما أن تكوين القاضي الأكاديمي والاجتماعي والنفسي بالغ الاثر في الاجتهاد و في سلطته التقديرية.

واسباب ذاتية منها الاهتمام بموضوع تربية الطفل، بالضبط مشروع إنشاء حضانة قرآنية.

اهمية الموضوع:

إن طفل اليوم رجل الغد فمرحلة الطفولة هي القاعدة الاساسية التي تبني شخصية الانسان و الخطأ فيها يؤثر في تكوينه مستقبلا و في المجتمع عموما، و بالتالي وجب الاهتمام به اكثر باعتبار ان هذه الشريحة ضعيفة و جب مراعاتها اكثر.

إن موضوع الحضانة حساس يؤثر في المجتمع بالسلب او الايجاب لذلك وجب الاهتمام بفئة ضحايا الطلاق لأنه ينعكس على المجتمع فيقلل هذا الاهتمام من فرص الانحراف فيه.

اهداف البحث:

من خلال هذا البحث نريد أن نبين دور القاضي في حماية مصلحة الطفل المحضون وكذا المقصود بهذه المصلحة ،الواردة في جل احكام الحضانة والتي جعلها مشرع مصدر لسلطة القاضي التقديرية .

كما يهدف البحث لإبراز السلطة التقديرية للقاضي اتساعها و تضييقها و معيار مصلحة المحضون وتغيره بحسب الزمان و المكان و الحالة النفسية والاجتماعية ... للقاضي و المحضون.

إظهار أهمية و دور الاخصائي النفسي و الاجتماعي و الطبي في تقدير القاضي لمصلحة المحضون و ضرورة اعتمادهم بشكل اساسي في القضاء.

التنبيه بضرورة التركيز على المحضون كضحية لتفكك الاسرة.

الدراسات السابقة:

1ــ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ــ دراسة مقارنة حميدو زكية –رسالة دكتوراه ــ 2005/2004 تطرقت الاستاذة لمصلحة المحضون وتقدير القاضي لها و المعايير و الاسس المعتمدة في ذلك، و دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و التونسي و المغربي بين قوانين الاحوال الشخصية.

2ــ حقوق الاولاد في النسب و الحضانة. مذكرة ماجستير "قانون خاص" صالح بو غرارة 2007/2006 طرق لضوابط اسناد الحضانة، و ضوابط اسقاط الحضانة (الاسباب و الشروط) و كذلك لقاعدة مصلحة المحضون و تقدير القاضي لها.

3ــ سكن المحضون في تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي ــ مذكرة ماجستير عيسى طعيبة، من بين المسائل التي تعرض لها مبدأ مصلحة المحضون و أسسه و نطاق سلطة القاضي.

4ــ الحضانة في ظل قانون الاسرة قاسي عبد الله رؤوف مذكرة تخرج "اجازة المعهد الوطني للقضاء" 2004 ،من بين ما تطرق اليه مدة الحضانة و مصلحة المحضون في تمديد الحضانة.

المنهج المعتمد:

لقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن، ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية و القرارات القضائية التي تعالج موضوع البحث واستقراء المسائل الفقهية الموجودة فيها .

كما استخدمنا المنهج المقارن وذلك عندما تطرقنا لكل عنصر في الموضوع في الفقه الاسلامي ثم في قانون الاسرة الجزائرية، واسقاطها على القرارات القضائية ،واستنتاج بأبيهما يأخذ القاضي ، مع ابراز دوره بالنسبة لاجتهاد في كل مسألة .

الخطة

الفصل الأول : تقدير القاضي قيام حق الحضانة

مقدمة :

المبحث الأول : مصلحة المحضون و ترتيب مستحقي الحضانة و شروطهم

المطلب الاول : مقصود بمصلحة المحضون

المطلب الثاني : ترتيب الحواضن

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة

المطلب الرابع : ضوابط معيار مصلحة المحضون عند اختيار الحاضن

المبحث الثاني : حق الزيارة وواجب النفقة

المطلب الأول : حق زيادة أداة لرقابة المحضون

المطلب الثاني : نفقة المحضون

المطلب الثالث : مدة الحضانة

المطلب الرابع : معيار مصلحة المحضون عند تقدير حق الزيارة ونفقة المحضون

الفصل الثاني : تقدير القاضي سقوط حق الحضانة

المبحث الاول : التنازل الضمني عن الحضانة

المطلب الأول : سقوط الحضانة الانقضاء أجل المطالبة بها

المطلب الثاني : سقوط الحضانة لزواج الحاضنة أو مساكنة من آلت إليها

المطلب الثالث : سقوط الحضانة للإستيطان الحاضن في بلد أجنبي

المطلب الرابع : ضابط معيار مصلحة المحضون في المسائل السابقة

المبحث الثاني : التنازل الصريح عن الحضانة

المطلب الأول : سقوط الحضانة للتنازل الحاضن بإرادة منفردة

المطلب الثاني : سقوط الحضانة للتنازل الاتفاقي عن الحضانة

المطلب الثالث : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير القاضي سقوط الحضانة للتنازل الصريح

الخاتمة

الفصل الأول :

تقدير القاضي قيام

حق الحضانة

إن السلطة التقديرية للقاضي فاصلة بالنسبة لحياة جيدا ترتيب الطفل المحضون لأن أحكام الحضانة محورها مصلحته ، والقاضي وحده من يقرر هذه المصلحة ،وتقتضي هذه المصلحة عند إسناد الحضانة أن يتحرى جيدا ترتيب الحواضن التي يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يستحق الحضانة و يحقق الأهداف المرجوة إن المشرع الجزائري قد وضع أحكام الحضانة مرتكزة على قاعدة أساسية هي مصلحة المحضون ،والقاضي وحده من يقرر هذه المصلحة، و تقتضي هذه المصلحة عند إسناد الحضانة أن يتحرى القاضي جيدا ترتيب الحواضن و الشروط.

و القاضي يسعى في تحري ذلك بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، من خلال استخدامه نافذة قانون الأسرة على الفقه الإسلامي المادة 222 ق أ و ذلك في المبحث الأول ،و يفعل الأمر نفسه بالنسبة لإقرار حق الزيارة و النفقة و مدة الحضانة بالنسبة للمبحث الثاني.

و مهمة القاضي تغدو صعبة للغاية حتى يحقق مصلحة الطفل المحضون ،إذ لا بد له من معايير و مقاييس تساعده على تصويب اختياره ،و يمكن أن يلجأ إليها في كل مرة ومعايير تقدير القاضي لمصلحة المحضون نجدها تتخلل كل مبحث، و قبل كل هذا لا بد من معرفة المقصود بمصلحة المحضون بداية ما جاء في المطلب الأول من المبحث الأول.

المبحث الأول: مصلحة المحضون و ترتيب مستحقي الحضانة و شروطهم

إن قرار القاضي بإسناد حق الحضانة مبني على مصلحة المحضون ،لذا وجب معرفة المقصود بمصلحة المحضون بداية قبل التفصيل في الموضوع ،ما جاء في المطلب الأول كما يجب على القاضي ترتيب الحواضن ترتيبا يتماشى و مصلحة المحضون ما بيناه في المطلب الثاني.

كما يتحقق القاضي بواسطة السلطة التقديرية الممنوحة له عما إذا كان طالبها تتوفر فيه الشروط المؤهلة لنيله حق الحضانة ،و قد وضعناها في المطلب الثالث .

وفي المطلب الرابع تطرقنا للمعيار الذي يمكن أن يعتمده القاضي المقرر لمصلحة المحضون.

المطلب الأول: المقصود بمصلحة المحضون:

وضع المشرع الجزائري مواد الحضانة في قانون الأسرة مبنية على أساس قاعدة مصلحة المحضون، هذا المصطلح الذي يعطي للقاضي السلطة التقديرية في إسناد حق الحضانة أو إسقاطه مع ذلك لم يعرفه ، ولم يضبط مدلولاته، لذلك وجب معرفة معنى كلمة محضون ما تم توضيحه في الفرع الأول ،ثم معرفة معنى كلمة مصلحة ما جاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معنى كلمة محضون:

إن البحث في موضوع الحضانة يعني بالضرورة أن المسألة متعلقة بالطفل لذلك وجب تعريفه ،وقد تطرق الفقه لذلك ،حيث جاء بالعديد من التعاريف المختلفة منها الاصطلاحي اللغوي ،الاجتماعي، النفسي...

أ/ **التعريف اللغوي** : الطفل والطفلة الصغيران ،الطفل الصغير من كل شيء بين الطفل والطفالة والطفولة والطفولية ،ولا فعل له والجمع أطفال ،قال أبو الهيثم: الصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أم إلى أن يحتلم[1].

كما ورد ذكره في القرآن الكريم، في قوله تعالى((**الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاء**)) [2]

ب/ **التعريف الاصطلاحي : جاء** في كتاب الله قوله عز وجل :((**وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا**)) [3] و قوله كذلك : ((**وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا**))[4] من خلال ما سبق من ذكر الآيات نجد أن الله سبحانه بين أن الطفل كائن ضعيف بالطبيعة ،وهذه

[1] ابن منظور، لسان العرب ،دارا لحديث ،المجلد الخامس ،القاهرة ،ص 212
[2] سورة الحج الآية 31.
[3] سورة النساء ، الآية 09 .
[4] سورة النساء ، الآية 28 .

الحقيقة مؤكدة وقد ذكرها الفقهاء من بعد وذلك من خلال حاجته إلى الغير وعدم قدرته على التكيف مع المحيط دون مساعدة.

الفرع الثاني : تعريف المصلحة :

عرفها العديد من الفقهاء من بينهم فقهاء الشريعة الإسلامية و من أجل ذلك نتطرق الى تعريف المصلحة لغة و إصلاحا و قانونا.

أ/ تعريف المصلحة لغة : المصلحة من الجذر اللغوي صلح إصلاح ضد الفساد صَلُحَ، يَصْلُحُ، صَلَاحًا، و رجل صالح في نفسه من " قوم صلحاء " والمصلحة مفعلة من الصلاح، بمعنى حسن الحال و أن صيغة مفعلة تستعمل لمكان ما كثر فيه الشيء المشتقة منه فالمصلحة إذا شيء فيه صلاح قوي، فالمصلحة إذا تتضمن جلب منفعة و درء مفسدة[1].

ب/ التعريف الاصطلاحي: إن المصلحة الشرعية باعتبارها حقيقة واقعية تدور حول النفع والضرر ، ومقاصد الشريعة الإسلامية خماسية الأركان ،سميت بالضروريات الخمس هي: الدين ،النفس، العقل ، النسل والمال[2] ،وهي محتوى المصالح التي قصد الشارع حفظها في حياة الناس لتستقيم بها حياتهم الاجتماعية .

و مهما اختلف الفقهاء المسلمين في تعريف المصلحة إلا انهم يتفقون بأن الشرائع وضعت لمصالح العباد و أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية و أساسها.

[1] فوزي خليل ، المصلحة العامة من المنظور الإسلامي ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، دار بن حزم ، ط 1 ، 2006 ، ص 44 .

[2]– فوزي خليل ، المرجع نفسه ، ص2

.

جـ / المصلحة في قانون الأسرة :

المشرع الجزائري لم يذكر تعريف المصلحة في قانون الأسرة مع أنه كثيرا ما وظفها و مثال ذلك قوله : وللقاضي أن يرخص الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة[1].

و كذا موضوع الكفالة إذ رعيت فيه مصلحة المحضون، إذ يقول:لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المحضون و في بعض مواد قانون الأسرة جاء ما يدل على مصلحة المحضون إذ يقول: تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له.

أما الموضوع التي طغت فيها كلمة مصلحة بشكل كبير موضوع الحضانة و النيابة الشرعية لارتباطهما بموضوع القصر.

المطلب الثاني :ترتيب الحواضن

لقد نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة وقررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منه ،فحددت من خلال النصوص و الاجتهادات المقصود بالحضانة ، بأنها رعاية الصغار والقيام على تربيتهم على أحسن وجه ،كما حددت من له الحق في الحضانة ومراتب الحاضنين بحسب القرابة و التي يراعيها القاضي عند اختيار مستحق الحضانة و لأجل ذلك نقسم المطلب إلى ثلاث فروع ، الفرع الأول نتطرق فيه إلى ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي، و فرع ثاني نبين فيه رأي قانون الأسرة والفقه القانوني في المسألة . و أخيرا في الفرع الثالث نعطي نماذج من قرارات المحكمة العليا لبيان تقدير القاضي لمصلحة المحضون في مسألة ترتيب الحواضن ،ونعرف بذلك هل يميل لرأي الفقه الإسلامي أم الفقه القانوني في هذه المسألة؟

الفرع الأول : ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي :

جاء في مدونة الفقه المالكي الحضانة لذوات الأرحام من النساء إذا كن محارم

[1]– قانون الأسرة ، المادة 07 ، 124 ، 83 .

للمحضون و للعصبة من الرجال سواء كانوا من ذوي الرحم المحرم كالعم و الجد أو من ذوي الرحم غير المحرم كابن العم و إن نزل[1].

و قد قدم المالكية الترتيب التالي : أمه ثم أمها و إن علت ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لام لحديث الرسول(صلى الله عليه وسلم)عن البراء بن عازب أن النبي(صلى الله عليه وسلم) قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال: " أن الخالة لمنزلة الأم" أخرجه البخاري[2]

و التي من جهة أمه تقدم على التي من جهة أبيه ،ثم بعد الجدة من جهة الأب ينتقل إلى الأب ،تليه الأخت و العمة

بينما يرى الحنابلة و الشافعية الترتيب التالي: بعد الأم و أم الأم يقدم الأب ثم أمه ثم أم أمه و إن علت بشرط إن تكون وارثة [3].

الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة قد اتفقوا على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء "الأم ثم أم الأم" و اختلفوا في الرتبة الثالثة، و حجتهم حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) للمرأة التي قالت له: إن ابني كان بطني له وعاء و ثدي له سقاء و حجري له حواء و أن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها الرسول (صلى الله عليه وسلم):

"أنت أحق به ما لم تنكحي" رواه أبو داوود[4].

و أخيرا نستنتج أن الفقه الإسلامي يقدم الأقرب للمحضون و الاكثر عطفا وحنانا، ذلك لمصلحته وإذا كان هذا هو ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي و أدلته فكيف يكون ترتيب الحواضن في الفقه القانوني يا ترى ؟ و هل تراعى فيه مصلحة المحضون؟

[1] الصادق عبد الرحمان الغرياني، الجزء الثالث، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، 2005م، ص 165.

[2] الحافظ بن احمد العسقلاني. بلوغ المرام من ادلة الاحكام .صححه محمد حامد الفقي، دار بن الهيثم ، القاهرة ص244

[3] عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة. النكاح والطلاق دار التقوى. المجلد الثالث. الجزء الرابع ، ص 456 .

[4] الحافظ بن احمد العسقلاني، المرجع السابق ، ص 243 .

الفرع الثاني : ترتيب الحواضن قانونا:

جاء في نص المادة 64 ق أ أن الأم أولى بحضانة ولدها يقول عبد العزيز سعد ذلك أن الأصل في حضانة الأم فضلا عن مصلحة الطفل بحضانة أمه ،إنها أعطف الناس على صغيرها و أكثرها تحملا لمتاعب رعايته لقوله (صلى الله عليه وسلم) "من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة"[1].

و هي أحق به ما دامت شروط الحضانة متوفرة لديها و إلا انتقلت إلى من يليها مع مراعاة مصلحة المحضون[2]

و الذي يلي الأم هو الأب ذلك بحسب الترتيب الذي قدمه المشرع الجزائري في تعديله الأخير سنة 2005 لقانون الأسرة فمس المادة 64 منه فأصبحت كالتالي: الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب ثم الجدة لأم ثم الخالة ثم الجدة لأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...[3]، و قد جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص المشروع التمهيدي للتعديل الذي عرض على مجلس الحكومة أنه يقترح إعادة النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة عن طريق تقديم الاب على الجدة و الخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم و أكثر حرصا على رعاية أبنائه [4].

إن تقدم الأب عامل آخر لتحقيق مصلحة المحضون فالمشرع أكد على أولوية و أهمية الأب في الحضانة ليس على الحواضن الرجال فحسب بل والحواضن النساء عدا الأم ذلك لكون الأب يحرص على مصلحة ولده أكثر من هؤلاء ويجمع غالبية فقه علم النفس على الدور الذي يلعبه الأب في حياة الطفل وتزداد أهميته في تدريب الطفل خلال مراحل نموه لإدماجه في المجتمع و يعتبر أكثر الحلول تماشيا مع الواقع و لا أساس في القول بإبعاد

[1] ا لحافظ بن احمد العسقلاني، مرجع نفسه ، ص 381 .
[2] العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ج2 ص 383 .
[3] قانون الأسرة ، م 64 .
[4] عبد القادر بن داود. اشكالات قانون الاسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 02-05 المؤرخ في 205/02/27 ، ص 124 .

السلطة الأبوية، وهو ما يناسب المجتمع اليوم منذ صدر الإسلام كانت الروابط العائلية قوية متماسكة و هذه الظروف تغيرت بتفكك العائلات الكبرى و انحلالها الى أسر صغيرة تتألف من أبوين فقط .

و المشكل الذي يمكن أن يطرح ليس مشكل التنازع حول حضانة الولد إنما مشكل عدم التنازع عندما تتخلى الأم عن حقها في حضانة الولد و يعجز الوالد عن توفير الشروط الضرورية....و لا يوجد من يطلبه ممن لهم الحق في الحضانة عندها هل يجوز للقاضي استنادا لسلطته التقديرية و مراعاة لمصلحة المحضون إجبار ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل سيء الحظ و حضانته غصبا عنه؟ .

يرى عبد العزيز سعد وجوب إجبار المحكمة للأم حضانة ولدها حتى لو كانت تنقصها بعض الشروط مثل التي لا تؤثر في مصلحة المحضون و هذا باتفاق فقه المذاهب الأربعة على إجبار الأم عند عدم وجود بديل آخر أو إجبار من يليها إذا لم تتوفر فيها الشروط أي تعامل بنقيض قصدها[1]،و الملاحظ أن التشريع و الفقه في هذه المسألة مستمد من الفقه الإسلامي و لا يخرج عنه ،و مهما وجدنا من اختلاف إلا أن المصلحة واحدة هي مصلحة المحضون، العمود الفقري للحضانة الذي وضعه المشرع بيدي القاضي .

و بالتالي إلى أي مدى يمكن له إعمال سلطته التقديرية في الترتيب المذكور في المادة64 ق أ؟ و هل هو ملزم له؟ و هل سن الطفل قبل عامين او بعد يؤثر في أولوية اختياره للحاضن؟

هذا ما سنراه في الفرع الأخير.

الفرع الثالث: تقدير القاضي مصلحة المحضون عند اختيار الحاضن

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية إن

[1] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 295 ..

الحضانة هي حق الأم و لا يسقط عنها إلا لأسباب معينة ثابتة شرعا[1].

هذا نموذج لعديد من قرارات المحكمة العليا و التي تعطي أولوية للأم في ترتيب الحواضن تطبقا للشارع و المشرع، و مثله قرار آخر جاء فيه: من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع المراعاة مصلحة المحضون، إن الأم أولى بحضانة ولدها.. ،

لا يختلف اثنان في مسالة أن القضاء يعطي الأولوية للأم لحضانة صغيرها، مع مراعاة مصلحته، فنماذج القرارات متعددة في المسألة، ذلك لأن الطفل قبل الحولين يكون بحاجة ماسة إلى أمه أكثر من أبيه ما دلت عليه دراسات نفسية و علمية و اجتماعية،

ففي سن مقاربة يفضل لابن أمه ويحبها ويرى في والده شخصا منافسا له في حبها ،لذا نجده يغار منه لدرجة ان يكرهه احيانا [2].

وأن انحراف الأطفال مرتبط في أحوال كثيرة بفقدان الأم خلال السنوات الخمس الأولى من العمر

وقبل هذه الدراسات يحث الله سبحانه و تعالى الأم على ضرورة إرضاع صغيرها قبل بلوغه الحولين في قوله تعالى :"" **و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ""[3].

يثبت الأطباء أن الرضاعة الطبيعية توفر للطفل فوائد جمة ،منها مناعة قوية ضد الأمراض وأن الطفل الذي يرضع الحليب الاصطناعي يكون ضعيف الجسم كثير المرض .

رغم كل ما ذكرناه عن المصالح العظمى للطفل المحضون مع أمه و أولويتها في

[1] ملف م ع غ ق خ 1968/09/25.م ج 1969 ج2 ص 546,أنظر , العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات مرجع سابق ، ص 334

[2] مفيد حواشين ،زيدان حواشين ،خصائص واحتياجات الطفولة المبكرة ،دار الفكر، الطبعة الثانية،2005 ،ص34.

[3] سورة البقرة ، الآية 233 .

الترتيب ، إلا أن المصلحة نفسها أي مصلحة المحضون تدفع القاضي إلى خرق هذه القاعدة والجنوح عنها، بتقرير الحضانة للوالد و ليس الأم .

تأييدا لمجلس القضاء في تسبيبه يرفض قاضي المحكمة الطعن المقدم، فالولد عاش مع أبيه و تركته أمه طوال أربع سنوات دون أن تطالب بهذا الحق، و الصبي قد بلغ ثمانية أعوام فأصبح بحاجة إلى أبيه و مراقبته أكثر من أمه التي لا يعرف لها مقر ثابت ،لهذا يجب رد الوجه المقدم[1]

نلاحظ من خلال هذا القرار ان السلطة التقديرية للقاضي و مصلحة المحضون جعلته يقدم الأب على الأم، و هذا التقديم جاء به القضاء قبل أن يقره المشرع سنة2005 اقتضاءا لمصلحة المحضون التي لا يحدها جنس الحاضن.

فمثلما تقتضي التربية العطف و الحنان و الشفقة في اعتبار أولوية الأم في الترتيب، فهي أيضا تقتضي الحزم و القوة و الشدة في الإشراف و المراقبة خصوصا في سن ما بعد السابعة، و بالأخص إذا كان المحضون فتى.

إن مصلحة المحضون أيضا تقضي مراعاة الترتيب الوارد في المادة64ق أ في حالة عدم وجود الوالدين حيث نقضت المحكمة العليا قرار قضاة الموضوع عندما اسند حضانة الأولاد إلى أختهم لأب مع وجود خالة ...[2] ،كما أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الأقدر على تربية الأولاد ورعايتهم .

فالحالة الاجتماعية والتقصي عليها بالنسبة للمرشح للحضانة ضرورة لابد منها لإعطاء القاضي معيار يمكن أن يعتمد عليه في استعماله لسلطته التقديرية ،لأن دور الخبير في القضاء ليس بالهين خصوصا إذا كانت مسألة حساسة مثل الحضانة .

[1] م .ع .غ. أ. س 17|03188ملف رقم 179471.إ ق غ أ ش .ص 173 . العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص337.

[2] ملف رقم 179471، 1998/03/17، إ،ق،غ،أ،ش ص173، العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات مرجع سابق ، ص 332 .

الملاحظ أيضا أن المواد:62،65،67،69 من قانون الأسرة لها تأثير في ترتيب القاضي و ترشيحه للحاضن مثل المادة 64 ق أ المعدلة، و أن مصلحة المحضون أداة تتحكم في ترتيب الحواضن قد تفوق المادة 64 ق أ نفسها.

المطلب الثالث: شروط استحقاق الحضانة

الحضانة في الاصطلاح الشرعي هي تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع شؤونه في سن معينة ممن له حق في ذلك[1]،وحتى تتحقق هذه الغاية لابد أن يتصف مستحق الحضانة بمواصفات معينة وأن تتحقق فيه شروط حتى ينال هذا الحق، فما هي يا ترى هذه الشروط؟

الفرع الأول: شروط الحاضن في الفقه الإسلامي

1-الأهلية :

جاءت الأهلية في الفقه الإسلامي متعلقة بالبلوغ و الرشد ،فقد تعود جانب من الفقه على استعمال ألفاظ غير الأهلية دلالة معناها و من هذه الألفاظ خاصة نجد لفظ البلوغ والرشد فقد جاء في الفقه المالكي: يشترط في الحاضن أن يكون رشيدا فلا حضانة للسفيه المبذر لئلا يتلف مال المحضون إن كان له مال ،و لا لمن به خفة عقل و طيش[2].

كما ذكر أبي بكر جابر الجزائري في كتابه منهاج المسلم شرط السن المؤدي إلى سقوط الحضانة في قوله: إذا كانت صغيرة غير بالغة و لا رشيدة[3].

و قد جاء تعريف الرشد في كتاب مدونة الفقه المالكي و المراد به حسن تدبير المال

---

[1] أحمد محمود خليل ، الوسيط في تشريعات محاكمة الأسرة للمسلمين و غير المسلمين ، المكتب الجامعي الحديث 2008 ، ص 309 .

[2] عبد الرحمان الجزيري ، ص 458 .

[3] ابي بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، دار بن رجب ، 1424 هـ ، 2003 ، ص 369 .

و صونه من التبذير و الصرف فيما لا يعني[1] ،و الرشد يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ.

2-الخلو من الأمراض الجسمية و العقلية:

1- الأمراض العقلية: سلامة العقل من بين الشروط التي يجب توافرها في الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى[2].

تتفق المذاهب الأربعة على هذا الشرط ،باعتبار أن مصلحة المحضون هي الغاية المنشودة، لكنها تختلف من حيث درجة المرض العقلي و تأثيره في إسناد الحضانة.

جاء شرط العقل عند الحنفية دون تفصيل. بينما يمكن إسناد الحضانة لمن كان جنونه قليلا[3]نادرا بالنسبة للشافعية و استثنى كل منهما العته من المرض العقلي.

بينما المالكية يرون أنه لا حضانة لمجنون ولو يفيق في بعض الأحيان و لا لمن به خفة وطيش، لأنه لا يحسن القيام بحفظ الولد و رعايته إذا ثبتت له بل إنه قد يخشى على الولد منه[4]

الملاحظ أن الفقه المالكي قد جعل الجنون المطبق و المتقطع في نفس الدرجة وجعلوها مانعا لممارسة الحضانة مع خفة العقل و الطيش ، فلا يمكن ان تسند الحضانة لسفيه مبذر لأن هذا الأخير هو بذاته محل حجر على أمواله في نظر الشريعة فكيف نجعله قيما على المحضون و أمواله؟[5].

2 /**الأمراض الجسمية** : يقول أبو بكر الجزائري في كتابه منهاج المسلم : لما كان الغرض من الحضانة هو المحافظة على حياة الطفل و تربيته جسمانيا و عقليا وروحيا

[1] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مرجع سابق ، ص 162 .
[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مرجع نفسه ، ص 161 .
[3] عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 457 .
[4]تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، كتاب الأحوال الشخصية ، المجلد الرابع ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، ص 878 .
[5]تواتي بن تواتي ، مرجع سابق ، ص 879 .

كان حق الحضانة يسقط عن كل من لم يحقق للطفل أغراض الحضانة1، ومن بين الحالات التي ذكرها حالتين إذا كانت مريضة مرضا معديا كالجذام أو نحوه أو كانت عاجزة عن صيانة الطفل، و الملاحظ أن المذاهب تقسم الأمراض الجسمية إلى أمراض عاهات وتسمى عجز أو عدم القدرة و أمراض معدية.

فقد ذكر الحنابلة ذلك بقولهم أن لا يكون عوزا كالأعمى، و أن لا يكون أبرص أو أجذم والأمر كذلك بالنسبة للمالكية لكنهم يضيفون عدم القدرة بسبب كبر السن حيث جاء في مدونة الفقه المالكي ما يلي :

القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لعاجز كالأعمى و الأصم و الأخرس والمريض و الكبير السن ،الذي لا يقدر على الحركة إلا بمشقة و خلو الحاضن من الأمراض المنفرة التي يخشى على الولد منها ،كالجذام و البرص و مرض فقد المناعة ولو كان بالمحضون مثل ذلك[2].

3/الاستقامة و الأمانة في الخلق: المجتمع ينشد من أفراده تنشئة جيل صالح قائم على الفضيلة وهذا لا يتأتى عن طريق فاسق أو فاسقة، فالحنفية مع اتفاقهم حول أن الفسق أو درجته المانعة للحضانة لكنهم اختلفوا من حيث مدى الفسق أو درجته المانعة للحضانة بخلاف الحنابلة فانهم لم يذكروا هذا الشرط نهائيا من بين الشروط المانعة للحضانة.

أما بالنسبة للشافعية و المالكية فقد ذكروا هذا الشرط مع اختلاف صوره ضمن الشروط الواجب توفرها في الحاضن فقد جاء في مدونة الفقه المالكي ما يلي: لابد من أمانة الحاضن في دينه ،إذا كان مسلما فلا حضانة لفاسق كشارب الخمر والمشتهر بالزنا و آكل الحرام و اللهو المحرم.

و الأكيد أن الفقه الإسلامي كله يتفق حول وجوب هذا الشرط لما له من أهمية ومصلحة للمحضون.

[1] عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 458 .
[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مرجع سابق ، ص 161 .

4 و سلم / **وحدة الدين بين الحاضن و المحضون :** جاء في معنى حديث الرسول (صلى الله عليه و سلم)أن المولود يولد على الفطرة و أنه يتأثر بدين والديه فهل يشترط الفقه الإسلامي الإسلام في الحاضن؟

يرى المالكية أنه ليس بشرط ،فإذا طلقت الزوجة الكتابية ،أو أسلم زوج امرأة ملحدة فإن لها الحق في الحضانة ،فقد أسلم رافع بن سنان و أبت امرأته أن تسلم ،فخير الرسول (صلى الله عليه و سلم) ابنتهما

دل التخيير أن الإسلام ليس شرط في الحضانة ،مع توفر بقية الشروط على أن يؤمن على الولد من الكافرة أن تغذيه الحرام كلحم الخنزير أو الخمر أو تلقنه الكفر، وتوضع تحت رقابة المسلم لمنعها من ذلك[1].

و الأمر كذلك بالنسبة للحنفية ،و الفرق بينهما أن الأب ينتزع الطفل من الحاضنة إذا لم يؤمن عليه الكفر و الفساد ،كان رآها تذهب به إلى كنيسة مثلا أما الشافعية فشرط الإسلام مطلوب، فلا حضانة للكافر على المسلم ،أما حضانة الكافر للكافر و المسلم للكافر فإنها ثابتة[2]

فرع الثاني :شروط الحاضن قانونا

1/الأهلية:

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة سواء في النساء أو في الرجال، ما أشار اليه المشرع الجزائري[3]،بقوله في المادة 62ق أ : و يشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك.

كما اكتفى في نص المادة 67من نفس القانون بأنه تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط

[1] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مرجع سابق ، ص 164 .
[2] عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 457 .
[3] العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون أسرة جزائري، المرجع السابق ، ص 382 .

المرعية شرعا في المادة 62 ق أ أعلاه فبمفهوم المخالفة ما يعارض المقاصد في المادة 62 ق أ يعتبر من مسقطات الحضانة[1].

إن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار لذلك فانه يشترط في الحاضن ان يكون بالغا والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائر هو سن الرشد المدني هو تمام التاسعة عشر سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني .

والإشكال الذي يطرح في هذه المسألة بالنسبة للصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص من رئيس المحكمة ،هل تستحق الحضانة أم لا ؟إن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة ،ويمكن القول أنه مادامت الفتات راشدة للزواج فإنها بذلك تصبح أهلا لتحملا لمسؤولية الناتجة عن الزواج يمكن لها احتضان الصغير إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك ما يستشف من المادة 07قانون أسرة جزائري[2] .

كما يشترط العربي بلحاج أن تتحقق أوصاف في الحاضنة و ذلك في تفسيره لما جاء في المادة 62ق أ من بينها البلوغ لأن الصغيرة لا تستطيع أن ترعى نفسها فكيف تصلح لرعاية غيرها...إلخ

و سن البلوغ هو تسعة عشر سنة المادة 40 من قانون المدني[3]،

يستنتجد عبد العزيز سعد بنافذة قانون الأسرة على الفقه الإسلامي المادة 222 قانون الأسرة، وما جاء فيها من آراء الفقهاء حول شروط الحاضن[4].

2/الخلو من الأمراض الجسمية و العقلية :

أ/ الأمراض العقلية : المشرع الجزائري جاء كما أسلفنا بكلمة عامة تحتوي في

[1] عبد القادر بن داود ، المرجع السابق، ص132 .
[2] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون 2007 ص73.
[3] العربي بلحاج ، الوجيز في ...،مرجع سابق ، ص 254 .
[4] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار البعث ، قسنطينة ، 1989 ، ص 296.

طياتها الشروط الواجب توافرها في الحاضن ، هنالك أمراض يمكن أن تصيب العقل كما يمكن أن تصيب الجسم و لذلك يظل السؤال الأساسي :ما المعيار الذي بموجبه نقول عن المرض العقلي أنه يتنافى و مصلحة المحضون؟

يعتبر العقل من بين الشروط الأساسية للحضانة فمن به جنون لا يرجى منه أن يصون من يوضع في رعايته بل هو الخطر نفسه يتهدد المحضون[1].فالمجنون يفتقد الى الادراك والتمييز ويشكل خطر على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له و

يستوي ان يكون جنونه دائما أو متقطعا وان كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا الفرق فكلاهما مانع من الحضانة ،ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ،ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه فقد يثور جنونه في أي وقت فالهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وحمايته وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصالحهم ،كما أن المعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير إذ أن الحضانة نوع من الولاية[2]

إن الصحة النفسية مرتبطة بالصحة العقلية، لأن الأمراض العصبية النفسية تؤثر على التوازن العقلي للإنسان و سلوكه ،فالشخص المصاب بنوبات عصبية تجعله غير قادر على القيام بواجباته إزاء المحضون ، و دور القاضي هنا البحث عن مصلحة المحضون لأن الفقه و القضاء الجزائري لا يتطرق لهذا المسألة مع أن الصحة النفسية قد تكون أهم من الصحة العقلية.

إذن السلامة العقلية أحد الأسس التي ترتكز عليها مصلحة المحضون لدرجة أنه يخشى عليه منها فلا تكون أهلا للحضانة[3].

و مصلحة المحضون أيضا تقتضي الى جانب الصحة العقلية و النفسية الصحة الجسدية

[1] أحمد محمود الشافعي ، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ، 1997 ، ص 176 .
[2] صالح بوغرارة ، مرجع سابق ، ص72.
[3] عبد القادر بن داود ، مرجع سابق ، ص 132 .

فكيف تؤثر العلة الجسدية على مصلحة المحضون يا ترى؟

ب/**الأمراض الجسدية:** إن السلامة الجسدية المطلوبة في المرشح للحضانة من قبل المشرع الجزائري ضمنيا في المادة62 ق أ(...أهلا للقيام بذلك ...) ، جاءت عباراتها عامة و غير مضبوطة لذلك وجب الرجوع الى أحكام المادة 222ق م،و الأخذ بما جاء به الفقه الإسلامي .

الملاحظ أن القضاء قد أخذ بما جاء في الفقه الحنبلي وتطبيقا لذلك اشترط الحنابلة في الحاضن ألا يكون أيضا أبرصا أو أجذما أو مصابا بأي مرض يعدي المحضون[1].

من بين الشروط التي ذكرها العربي بلحاج القدرة ،وهي الاستطاعة على رعاية الصغير و صيانته في خلقه و صحته[2].

أن المشرع المدني الجزائري جاء بحالات ذوي العاهتين و هي أصم ابكم، اعمى اصم، أبكم أعمى، في المادة 80المعدلة من القانون المدني.

جـــ / الاستقامة و الأمانة في الخلق: يشترط الفقه أن تكون الحاضنة أمينة ،فتكون أمينة على نفسه و أدبه و خلقه و غير فاسقة أو مستهترة[3].

إن الفسق مانع من موانع الحضانة لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغار ولا ثقة فيه بل يحشى منه أن ينشأ فاسقا مثله ،والفاسقة ليست أهلا لتحقيق مقاصد الحضانة فالمرأة غير المستأمنة على نفسها كيف يطلب منها أن تكون أمينة على المحضون[4] !

ولأن الحاضنة الفاسقة أو العاهرة التي تتعاطى الفحش و فساد الأخلاق في منزلها في

---

[1] زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 289 .

[2] العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون أسرة ا لجزائري، مرجع سابق ، ص 383 .

[3] محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 ، ص 33 .

[4] صالح بو غرارة ، مرجع سابق ، ص 296 .

محضر المحضون و على مرأى و مسمع منه، أو تصحبه معها إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفحش و الفجور لا تعتبر أمينة على المحضون [1]

هذا ما جاء ضمنيا من خلال الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة حينما عرفت الأولى الحضانة على أنها السهر على حماية الولد وحفظه خلقا و اشترطت الثانية في الحاضن أن يكون أهلا لذلك و هذا ما صرح به أيضا المشرع الجزائري في المادة الثالثة من قانون الأسرة بقوله تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة و حسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية[2].

.د/وحدة الدين بين الحاضن و المحضون: يأمر المشرع الجزائري الحاضن ضرورة تربية المحضون على دين أبيه ما جاء في المادة62 ق أ ج.

فهل من مصلحة المحضون أن يكون على دين أبيه ؟وكيف يحدد القاضي ذلك؟

في البداية ناكد أن اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون يجد مصدره في الفقه الاسلامي و القضاء ذلك ما تمليه القاعدة العامة في قانون الأسرة بالنسبة للشروط الخاصة بالحاضن.

إذن الفقه القانوني يعود في هذه المسألة إلى الفقه الإسلامي و هذا الأخير فيه اختلاف بين الفقهاء(ما رأيناه في المطلب الأول).

المادة 62الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري يحث فيها المشرع على تربية الولد على دين أبيه، فإنه من الأولى أن يكون الحاضن الرجل يدين بدين أب المحضون و لا شك أن توافر هذا الشرط في الحاضن الرجل لا تتعارض مع مصلحة المحضون و لا يعقيها ولا يعرضه للضياع بل هو أصلح له و للمجتمع[3].

[1] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 296 .
[2] قانون الاسرة ،المادة 03 .
[3] زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 344 .

أما بالنسبة للحاضنة المرأة، فنفس الشيء بالنسبة لاتحاد الدين مع المحضون ،إلا أن غالبية الفقه الإسلامي يرى أنه ليس بشرط ،سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها .

فلو كانت المرأة كتابية أو وثنية لم يسقط حقها في الحضانة ،لأن أساس هذا الحق الشفقة على الصغير والشفقة غريزة في الطباع و لا دخل لاختلاف الدين فيها، لذلك لو كانت الأم كتابية و زوجها مسلم كان لها الحق في حضانة ولدها منه، إلى أن يتضح في بقائه معها خطرا على دينه أو تشرع في تعليمه دينها و الانحراف به على تنشئته الإسلامية، لابد أن تنكشف عند ممارسة الأب أو غيره حق الزيارة التي تعتبر وسيلة رقابة المحضون من خلال أقواله و أفعاله و تصرفاته.

الفرع الثالث :تقدير القاضي مصلحة المحضون عند تحري شروط الحاضن

يسعى القاضي بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة من خلال سلطة التقديرية الممنوحة له لإيجاد الأصلح للمحضون عند إسناد الحضانة ،لمن توفرت فيه الشروط المطلوبة ،و قد تم ذكر شروط الحاضن في الفقه الإسلامي و قانون أسرة الجزائري، إذن كيف يقدر القاضي مصلحة المحضون في ذلك؟ و ما هي المعايير التي يمكن ان يعتمد عليها لتقرير مصلحة المحضون؟

المشرع الجزائري و في مجال الشروط لم يفصل فيها كما ذكرنا سابقا مادة في62 قانون الأسرة التي تقول: أهلا لذلك، بالتالي على القاضي اللجوء إما للفقه الإسلامي مصدر قانون الأسرة، أو اللجوء إلى الفقه القانوني .

بالنسبة لشرط السلامة الجسمية ،جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي : من المقرر في الفقه الاسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الاسلامي، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون ابناءها ،و من ثم فإن قضاة الاستئناف

بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية ... إبطال القرار المطعون فيه[1].

يقرر القاضي نزع الحضانة من الأم الفاقدة للبصر في هذا القرار ،و قد لجأ القاضي إلى الفقه الإسلامي في اعتبار فقدان البصر من العاهات المسببة للعجز ،و عدم القدرة على ممارسة الحضانة و ذلك اعتبارا لمصلحة الأولاد الصحية و الجسمية ،بإمكانه أن يستخدم المعيار الصحي من أجل تفعيل دوره .

و قد يقرر القاضي إسناد الحضانة لعجوز طاعنة في السن فاقدة لشرط القدرة قانونا، في نظر الطاعن إذا رأى أن مصلحة الطفل المعنوية و الروحية تقتضي ذلك ،ما جاء في القرار التالي: إن القول بعدم أحقية الحاضن بالحاضنة يجب أن يكون مبرر بسبب شرعي و أن إسناد الحضانة لجدته لأم يعتبر تطبيقا للقانون[2].

أما بالنسبة لشرط الاستقامة و الأمانة في الخلق، فقد نقض قرار مطعون فيه عندما أسند المجلس القضائي حضانة ثلاث بنات للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها، يكون قد خرق القانون باعتبار أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه ... مقررة فقهاً وقانوناً [3].هذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا

و الملاحظ هنا أن القاضي قد لجأ إلى الفقه و القانون معا في تقريره لمصلحة المحضونات الصحية و الخلقية لأن فساد خلق الأم عندما تكون حاضنة يؤدي حتما إلى فساد أخلاقهن و إلى ضياع مستقبلهن في ولوجهن عالم الانحراف و الرذيلة.

المعيار الذي يمكن أن يستخدمه القاضي في هذا الشرط هو المعيار المعنوي و الروحي الذي يمكن أن يساعده في تحديد مصلحة المحضون، و هو المعيار نفسه الذي يساعده عند

---

[1]– ملف رقم 21 339 . 89 .عدد 4 ص 76 العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 328 .

[2] ملف رقم 178086 ن ق ، العدد 56 ،ص 33 ،العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 332 .

[3] م . ع .غ .أ . ش. 1976/04/16 ن ق .7981 عدد 2 ص 108 العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 330 .

التحري شرط وحدة الدين بين الحاضن و المحضون فهل هو شرط لازم أم لا؟

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :من المقرر شرعا أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم[1].

الملاحظ في هذا القرار أن القاضي قد أسند الحضانة للأم رغم أنها لا تدين بدين المحضون مراعيا في ذلك مصلحة الأولاد المعنوية والروحية ،فهم بحاجة الى أمهم وحنانها بشرط أن تربيهم على دين والدهم، في حين ينتزع منها الحضانة في قرار آخر عندما يخشى على المحضونين من تغيير دينهم في حالة سكن الحاضنة في بلد أجنبي بعيدا عن أقارب الأب مخالفة للشرع و القانون هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا لسنة1990.

فمن شب ونشأ في ثقافة إسلامية أقرب للسلوك السوي ،فالإسلام دين ينسجم مع الفطرة الإنسانية، وهنا نستنتج أن قرار القاضي يختلف بحسب الزمان و المكان و الحالة المعروضة عليه و أنه وحده من يقرر الأصلح للمحضون باعتبار السلطة التقديرية الممنوحة له و هي مراعاة مصلحة المحضون التي وردت في جل مواد الحضانة.

الملاحظ أن القضاء الجزائري قد شدد في اعتبار الامانة في الاخلاق شرطا جوهريا في الحاضن وكرس ذلك في العديد من احكامه وقراراته مثلما راينا ،من خلال اعتبار جريمة الزنا اهم مسقط للحضانة و موقفه كان جد حاسم ولا يمكن التهاون أو التساهل فيه لان الامر متعلق بمستقبل المجتمع فهو من النظام العام [2] لما له من تأثير عليه بانتشار الفساد وسوء الخلق .

[1] ملف رقم 19287، ن، ق، 1979/04/16، العدد2، صفحة 108، العربي بلحاج. المرجع السابق ، ص 337 .
[2] صالح بو غرارة، مرجع سابق ، ص 74 .

المطلب الرابع :ضوابط معيار مصلحة المحضون عند اختيار الحاضنة

إذا كانت مصلحة المحضون هي المعيار الذي يعتمده القاضي في اختيار الحاضن المناسب وكذا تحري شروطه التي يجب أن تتوفر فيه ،فهل يعني ذلك أن المشرع أعطى له كامل الحرية في هذا الامر؟ متى نقول أن مصلحة المحضون مع هذا الشخص وليست مع ذاك؟

ماهي ضوابط معيار مصلحة المحضون في اختيار الحاضن وشروطه التي يمكن ان تساعد القاضي في حسم قراره؟

الفرع الاول :ضوابط معيار مصلحة المحضون عند ترتيب الحواضن

1/المعيار المعنوي الروحي : هوالمعيار الذي يضعه القاضي في أولوياته عند تقدير مصلحة الصغير إذ أن المصلحة المعنوية اكثر اهمية من المادية لما لها من تأثير على نفس المحضون ،فالنقص المادي في الطفولة يمكن أن يعوض ،لكن الحرمان العاطفي يترك آثار بالغة في شخصية الطفل تؤدي في أحيان كثيرة إلى الانحراف .

إن تعلق الطفل بأمه شديد فعلاقته بها تبدأ حتى قبل إدراكه لما حوله، إذ أن النمو العقلي يتأثر بعوامل منها الأم وهي تلعب دورا هاما في هذه المرحلة ،وتعتبر المدرسة الاولى في إعداد عقلية الطفل ،وهي مرحلة السؤال كما يطلق عليها بعض التربويون[1]

والاعتماد على النتائج الطبية والنفسية لتوضيح اهمية العنصر النفسي والروحي في حياة الطفل أمر لا بد منه في القضاء ،إذ وجود الأم إلى جانب الرضيع ضرورة ملحة لكي ينمو الطفل نموا سويا ،فالأم هي الأولى في رعاية الطفل والاهتمام به ،لذلك فإن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقضاء يضعون الام في أول الترتيب ،إذ يصل

[1] مفيد حواشين ،زيدان حواشين ،مرجع سابق ،ص 85

ارتباط الطفل بأمه إلى درجة عالية من الاستئثار والأنانية لدرجة لا يتحمل أي مستوى من الإحباط قد يتعرض له في حال فك هذا الارتباط بينهما[1]

1/المعيار الصحي : إن اختيار الأم في المرتبة الأولى بالنسبة لترتيب الحواضن لم يكن عشوائيا ، فله أسسه العلمية المثبة ، فالرضاعة الطبيعية التي توفرها الأم لوليدها تحتوي على فوائد عظيمة تمكن الطفل من نموه الجسمي الطبيعي وحصوله ايضا على مناعة ضد الكثير من الامراض .

هذا جزء مما كشفه العلم في دور الرضاعة الطبيعية التي حث الله سبحانه عليها قبل أربعة عشر قرنا ،فقد ذكر الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم أنه على الأم أن ترضع وليدها حولين كاملين وذلك في سورة البقرة .

3/معيار الامن والاستقرار :إن الأم اهم شخص في حياة الطفل وان علاقة الأم بالطفل تتضمن تأثير سلوك الأم عليه، وتؤثر في توازنه النفسي وشعوره بالأمان والاستقرار لا يكون إلا بجانبها، وقد ذكرنا سابقا حساسية العلاقة بين الأم ووليدها.

الفرع الثاني :ضوابط معيار مصلحة المحضون عند تحري شروط الحاضن

1/المعيار المعنوي والروحي :من المؤكد أن على الحاضن أن تتوفر فيه الشروط المذكورة شرعا وقانونا سابقا حتى تكون له كفاءة الحضانة .

إن اختلال أحد الشروط في الحاضن يؤثر بالسلب على نفس المحضون، فالشروط المذكورة سابقا جاءت لمصلحة المحضون المعنوية بشكل خاص.

إن شرط القدرة العقلية شرط لابد منه ،فالأكيد أن المحضون لا يمكن أن يعيش مع مجنون فيتعرض معه لخطر جسمي ومعنوي، كما انه لابد للقاضي أن يستعين بتقرير المرشد

[1] مفيد حواشين ،زيدان حواشين ، المرجع نفسه، ص 358

الاجتماعي أو الخبرة الطبية لمعرفة ذلك ،وله كل الوسائل التي من شأنها معرفة حال الحاضن ومدى توفر الشروط فيه .

فسوء خلق الأم الحاضنة ينعكس على الحالة النفسية والأخلاقية للطفل فهي تبقى المصدر الرئيسي لتحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي للطفل ففي مرحلة الطفولة المبكرة فالطفل بعد السنة الثانية يدخل مرحلة تمتاز بعاطفية التفكير ،بمعنى يبدأ بترجمة ما يرصد من الانفعالات كأنه جهاز رادار يتحرك ويلتقط ما يدور حوله بمفهوم عاطفي ،وماله من أثر في سلوكه الاجتماعي والطفل هنا مازالت نفسه على الفطرة مرآة تنعكس عليها سلوكات الأم بشكل متميز[1] .

بمعنى أن الطفل يتأثر نفسيا بسوء خلق الحاضن (الأم) وكذلك اجتماعيا قد تنعكس عليه هذه السلوكيات فينشأ في جو الانحراف ما يؤدي بالضرورة إلى انحرافه في المستقبل.

الاكيد ان السلوك السيئ يؤثر في تكوين الطفل و يضر بآدابه ودينه ،والحفاظ على دين المحضون لا يتأتى إلا إذا ما توفر للحاضن شرط وحدة الدين مع محضونه، فدين الاسلام هو الدين الذي ارتضى الله لنا ،والذي يتلاءم مع الفكرة الانسانية التي يتحقق معها الاطمئنان والسكون وهدوء الروح من خلال العبادات التي يلقنها الحاضن للمحضون، فشعور الانسان بالراحة لا يكمل إلا بأدائها وإرضاء المولى بها.

[1] *مفيد حواشين ،زيدان حواشين ،مرجع سابق،ص357*

المبحث الثاني : حق الزيارة وواجب النفقة

عند افتراق الأبوين تؤول الحضانة لمن تتحقق معه مصلحة المحضون ،غير أن الشخص الذي لم تسند إليه الحضانة لا يقطع جذريا من الطفل المحضون بل يبقى له حق لفائدته ولفائدة المحضون و هو حق الزيارة أما اذا ألت الحضانة للأم فانه مع حق الأب في الزيارة و الرقابة و الاشراف و عليه واجب الانفاق على المحضون.

فهل يمكن اعتبار حق الزيارة أداة لمراقبة مصلحة المحضون؟ و ما هو دور المحكمة في تنظيم و ادارة هذا الحق باعتبار أن المشرع لم يقم بذلك؟ و هل يمكن أن يواجه المحضون مشاكل عند تسليمه لزائره؟ ونجد الإجابة على ذلك في المطلب الأول.

كيف يقدر القاضي نفقة المحضون و ماهي مشتملات النفقة التي حددها المشرع؟ ما سنبينه في المطلب الثاني.

كيف حدد المشرع و القاضي بعده وقت الحضانة؟ و ذلك ما سنجيب في المطلب الثالث وماهي ضوابط معيار مصلحة المحضون في المسائل السابقة؟

المطلب الأول : حق الزيارة أداة لرقابة المحضون.

لا يحسن تربية الطفل إلا مع والديه مجتمعين في منزل واحد ،فينال معهم الرعاية الجيدة لكن إذا افترق الوالدان و آلت الحضانة لاحدهما فكيف يمكن أن يقوم الطرف الآخر بواجب التربية و الإشراف عن طريق حق الزيارة؟ و كيف نضمها المشرع و القضاء من بعده؟ وهل روعي فيها مصلحة المحضون وقبل ذلك ما هي رؤية القفة الاسلامية لحق الزيارة؟

الفرع الاول: حق زيارة المحضون في الفقه الاسلامي

قد تنشب بين الزوجين المطلقين خصومات سببها منع الزوجة الحاضنة الأب الحاضن رؤية ابنه و هذا أمر مخالف للشرع والعرف، لأن الصبي يحتاج إلى أن يرى والده يعرفه و يفتح عينيه فيه ،و ليس من حق المرأة أن تمنعه و لا أن توغر صدره ولا أن تربيه كراهة والده لأنه طلقها، يقول الله سبحانه في كتابه العزيز"**وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي القربى**"[1]، "**وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ**"[2]، فكل الظلم أن تقطع الحاضنة الصلة بين الابن ووالده عن جبير بن مطعم رضي الله عنه قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : "لا يدخل الجنة قاطع رحم"[3] متفق عليه كما جاء في حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) " من احب أن يبسط له في رزقه ينسأ له في أثره فليصل رحمه"[4] أخرجه البخاري.

الولاية على الطفل نوعان نوع يقدم فيه الأب على الأم من جهة وهي ولاية المال ونوع يقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة و الرضاعة، و قدم كل من الابوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد

[1]– سورة النساء الآية 36
[2]– سورة الانفال الآية 75
[3]– الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، صححه ، مرجع سابق ، ص 200 .
[4]– الحافظ احمد بن علي بن حجر ، مرجع نفسه ، ص 200

والاحتياط له في البضع قدم الاب فيها على الام فتقدم الام في الحضانة من محاسن التربية والاحتياط للأطفال و النظر اليهم و تقديم الاب في ولاية المال و التزويج كذلك.[1]

يقول الدكتور التواتي بن تواتي :إن الفراق الذي حصل بينهما لا علاقة للمحضون به بل إن الصبي ضحية سوء تصرف الأبوين فإن اساءا اليه حين افترقا فعلى الأقل ألا يحملانه سوء تصرفهما بتشويش ذهنه و بملأ صدره بالكراهية والحقد فينشأ منفصم الشخصية ضعيف النفس فيشقى به المجتمع كما يجب تحديد الايام التي يحق للمحضون له أن يرى طفله في مكان لائق بكل احترام وتوقير وبدون التلويح بالكلام الخارج عن حدود اللياقة لان ذلك يأثر على الصبي المحضون نفسيا ، والشريعة يهمها أن ينشأ هذا الصبي سليما من الأذى ليكون عضوا صالحا نافعا في المجتمع[2] .

الفرع الثاني: زيارة المحضون قانونا

إن الحضانة ذات علاقة ثلاثية ، أطرافها الحاضن و الصغير المحضون ووالد الصغير[3] فاذا كان الطفل في مرحلته الاولى عند حضانة النساء كان للاب الحق في أن يرى ابنه في هذه المدة والامر نفسه تم اسناد الحضانة للوالد فيكون للأم الحق في الزيارة يحكم بها القاضي عند اسناد الحضانة هذا ما جاء في المادة 64 ق ا في فقرتها الثانية" وعلى القاضي عندما يقضي بأنشاء الحضانة ان يحكم بحق الزيارة " فإلى جانب دوره في حق الزيارة و في توطيد الروابط العائلية في تغيير رقابة الطفل المحضون و ذلك عند تربية الطفل على دين ابيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه و هي اهداف المادة 62 ق ا ج، وما لا يمكن اذكاره ان حق الزيارة عند ما يكون الاب او الذي يصبح جزاء من سلطته الابوية يعتبر له بمقتضاها برقابته وتربيته المحضون وبالمقابل اذا كان الاب هو الحاضن

[1]– محمد البلتاجي ، دراسات في الاحوال الشخصية (بحوث فقهية مؤصلة) دار السلام الطبعة الاول 2002 ، ص 171 .

[2]تواتي بن تواتي ، مرجع سابق ص 887 .

[3]محمد كمال الدين امام ، احكام الاسرة ، مرجع سابق ، ص 153 .

وجب عليه ان لا يحرم الام من الالتقاء بولدها ،لأنها بفطرتها تحمل الحنان والعطف وستتمكن بواسطة هذه الزيارة من تقديمها له ولها ان تراقبه وتؤدبه ايضا .

وما يمكن ان نلاحظه على القانون في هذه المسالة –يقول عبد العزيز سعد– هو انه على القاضي عندما يقضي بالطلاق واسناد الحضانة الى احد الوالدين ان يقضي أيضا لأحد الوالدين او لهما معا بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ،حتى ولو لم يطلب منه احدهما ذلك و يكون قد خرج من قاعدة قانونية مفادها انه لا يجوز للقاضي ان يحكم لما لم يطلبه الخصوم... أي منح حق الزيارة دون رقابة مسبقة من القاضي ،ممكن ان تنتج عنه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون، ويضيف انه كان عليه ان يحدد معنى الزيارة وان يحدد الحالات التي يمكن للقاضي ان يقضي فيها بسقوط حق الزيارة. بناء على طلب الحاضن وان حق الزيارة لا يمنح بالضرورة اي حق للمحكوم له بنقل المحضون من مسكن حاضنته والتجول به من حي الى حي و من مدينة الى مدينة الا برضاء الحاضن والا فانه يعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات[1].

فالمقصود بالزيارة هي رؤية المحضون والاطلاع على احواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفسه المكان الذي يوجد به المحضون.

الفرع الثالث : تقدير القاضي مصلحة المحضون عند قرار حق الزيارة

من المستقر عليه فقها وقضاء ان الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون ،فزيارة الأم او الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد ان يسهل على الاخر استعماله على النحو الذي راه ،بدون تضيق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأمور على التخوف بل على الحق وحده[2]

[1] عبد العزيز سعد مرجع سابق ، ص 296 .

[1] . ملف رقم 79891 .1992ص 55 العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، 340 .ص 33

هذا ما جاء احد قرارات المحكمة العليا فكثيرا ما يطرح مشكل عدم تمكين احد الوالدين او من لهم حق الزيارة من هذا الحق في محاكمنا تعنتا فهل بحث القاضي عن مصلحة المحضون عند تقديره لحق الزيارة؟

ماهي المعايير والضوابط التي يمكن ان يستخدمها في ذلك؟ وكيف تؤثر هذه المشكلة على الطفل ؟

إن حق الزيار مكفول شرعا وقانونا ومخالفة ذلك يؤدي الى معاقبة الطرف الذي لا ينفذ القانون ،حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: تأييدا للقرار المجلس على قيام عناصر الجريمة المتابع لها لما تبث ان الطاعن يرفض تمكين الأم من زيارة أبناءها ذلك وفق المادة 328 قانون العقوبات مستغرقا المهلة المعطاة له[1].

الملاحظ أن المشرع لم يشر إلى مصلحة المحضون في مسألة الزيارة كما عودنا في المسائل السابقة ،والتي جعل فيها المصلحة المحضون غاية القاضي وعمود الحضانة، ولم يعطه أي توجيه في مسألة الزيارة وكيفية ممارستها، بالتالي على القاضي ان يضاعف جهده ليصل الى تحقيق مصلحة المحضون وهذا ما حدث فقد اجتهد في تحديد مدة الزيارة مرة كل اسبوع على الاقل ، جاء في أحد القرارات:

---

[1]. ملف رقم1995.54930 ، ص 181 ،العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص340 .

2.. ملف رقم 1991.59789ص 126العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق،.ص339

من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ،ترتيبا مرنا وفق ما تقتاضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون اليه والتعاطف معهم2

هي نماذج تبيين دور القاضي في تنظيم حق الزيارة ، والملاحظ أنه يعتبر الامتناع عن تسليم المحضون سببا من الأسباب المسقطة للحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب على فعله جزائيا ان وجب مراعاة مصلحة المحضون من حيث صيانة توازنه النفسي و العقلي اذ إن زيارة والد المحضون أو والدته تجعله يساهم بدور التربية المنوط و لا يترك فراغ في حياة الطفل ينعكس بالسلب على نفسيته و يتعلق الامر كذلك بزيارة بقية الاقارب كالجد في حالة غياب الاب ما حكمت به المحكمة العليا اذا جاء في قرارها : من المقرر شرعا كما تجب النفقة على جد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا و من ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد و هو بمنزلة والده المتوفى يعتبر تحقيقا للروابط الاسرية و تعويضه عن حرمانه من والده[1]

المطلب الثاني : نفقة المحضون

إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر وا ضح ،لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها ،من مأكل و ملبس ومسكن و غير ذلك تجعله يحس بالاطمئنان و الاستقرار وينمو نموا سليما من جميع الجوانب ،بدنيا عقليا وروحيا [2] ، فكيف جاءت نفقة المحضون في الفقه الاسلامي، و ما هو تنظيم قانون الاسرة لها؟ وكيف عالج قضاء الاحوال الشخصية قضايا النفقة؟

[1] م ع غ ا ش ،ملف رقم 189181 م ق عدد خاص ، 2001ص192.
[2] صالح بو غرارة ، مرجع سابق ، ص 76 .

الفرع الأول: نفقة المحضون في الفقه الاسلامي

1/الأب ونفقته على ابنه: يجب على أب المحضون أن يدفع للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها ما يحتاج اليه الولد من نفقته و كسوة و غطاء و فراش لقوله تعالى: "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالْمَعْرُوفِ**"[1]

جاء في الحديث الشريف عن أبي هريرة قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم):"للمملوك طعامه و كسوته و لا يكلف من العمل الا ما يطيق"[2] رواه مسلم .

و تقدر نفقة المحضون بقدر الاجتهاد، على الموسع قدره وعلى المقتدر قدره ،و يلاحظ فيها حال الحاضنة ،و قرب مسكنها و اختلاف الأسعار و أمن المكان و خوفه[3] فإذا كان للابن مال وجب أن ينفق عليه من ماله ،ولا يجب على الأب ولو كان موسرا شيء من النفقة ذلك ما اتفق عليه الفقهاء.[4]

وقد وجبت النفقة على الأب خاصة ،لأن له غنم النسب فيكون عليه غرم الانفاق، و هذا هو الراجح في المذهب الحنفي ،و هو أحد القولين في المذهب الشافعي ،و تكون على الأب والأم أثلاثا بحسب الميراث ،هذا ما جاء به الحنابلة فان وجد مكان الأب و الأم جد فقط وجب على الجد أن ينفق على ابن ابنه مهما نزل، عند جمهور الفقهاء وخالف مالك في ذلك فقال لا يجب على الجد نفقة ابن ابنه لأنه ليس ابنا حقيقي[5].

2/الاب واجرة الحضانة :

يلزم الحنفية الأب بأجرة الحضانة لأنها قد حبست نفسها أي الحاضنة لتقوم بحضانة الصغير ومن حبس نفسه للقيام باي عمل سيستحق اجر عليه، ويرى الامام ابو زهرة انه

---

[1] سورة البقرة الآية 133

[2] الحافظ احمد بن على بن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ص 241

[3] صادق عبد الرحمن الغرياني مرجع سابق ، ص 172 .

[4] محمد ابو زهرة ، موسوعة انفقه الاسلامي ، جمعية الدراسات الاسلامية القاهرة ، الجزء الاول 1967 ، ص 176 .

[5] محمد ابو زهرة المرجع نفسة ، ص 177.

إن لم يكن للحاضنة مسكن استحقت فوق أجرة الحضانة أجرة المسكن وكذلك أجرة خادم إن كان الأب موسرا.

شرط الشافعية كي تنال الحاضنة أجرة ،أما كانت أو غيرها أن ترضع المحضون إذا كان رضيعا وكانت ذات لبن ،ويكون لها أجرا الإرضاع.

بينهما يرى المالكية أنه لا أجرة للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها ،أما السكنى فأنها تجب للحاضنة ، يقول الامام أبو زهرة: "ذهب سحنون الى أن السكنى بين الحاضن و أب المحضون حسب ما يرى القاضي"، وللحنابلة في أجرة الحضانة رأيان رأي يقول باستحقاق الأجرة و أخر يقول بعدم استحقاق الأجرة[1].

الفرع الثاني :نفقة المحضون قانونا

إن حق الطفل في النفقة مقرر شرعا، خصوصا إذا كان الطفل محضونا، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات من العرف والعادة[2]، وهي المشتملات التي ذكرها المشرع في قانون الأسرة والملاحظ أنه أورد حق السكن ضمنها وأفردها في نص آخر و ذلك في المادة 72 من نفس القانون.

يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به وجودا وعدما

فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم ،بل إن إسكان الطفل يبعه من التشرد والضياع و التشرد والجنوح كما في نص المادة 72 المشرع على إلزامية توفير الاب للسكن ،فاعتبره قمة الحاجات الضرورية للأبناء بعد فك الرابطة الزوجية ،مما يجعله يتدخل بإلغاء الفقرة الثانية من المادة 52 ،وتعديل المادة 72بما يتماشى والواقع الاجتماعي وما تقتضيه مصلحة المحضون[3].الملاحظ ايضا أن المشرع الجزائري لم يعالج

[1] محمد ابو زهرة المرجع نفسة ، ص 174.
[2] قانون الاسرة المادة 78
[3] عيسى طعيبة ،سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ،مذكرة ماجستير ،جامعة بن يوسف بن خدة ، 2010_2011ص72

أجرة الحضانة والرضاعة بخلاف المشرع المغربي والتونسي و كحل لهذه الثغرة يرى بعض الفقه وجوب الاحالة على الفقه الاسلامي من خلال المادة 222 ق أ وما يميز هذه المسألة هي حالة مطالبة الأم بأجرة الحضانة وذلك في حال وجود متبرعة للحضانة أو الرضاعة فنكون امام امرين، إما المحافظة على مال المحضون وإما تغليب الجانب المعنوي فنفضل الأم[1] وكلاهما فيه مصلحة للمحضون هنا يأتي دور القاضي في تقدير تلك المصلحة.

وترى زكية حميدو بضرورة إعطاء الأم أجرة الحضانة او الرضاعة تحفيزا لها على ممارستها لها وذلك لمصلحة المحضون.

ونحن نرى من جانبنا أن المشرع الجزائري قد أصاب ،حين وضع هذه المسألة جانبا فكيف نقول أن الأم بالنسبة للترتيب أولى بحضانة ابنها لأنها أشفق و أحنى...من جهة ،ومن جهة أخرى نعطيها الحق في طلب الأجرة على هذا الحنان والعطف...ثم إن ذلك واجب تمليه عليها الفطرة الانسانية التي جبلت عليها ،والله سبحانه وتعالى جعل لها غريزة عظيمة تدفعها دفعا الى حب وحنان ابنها ،متبعين في ذلك ما ذهب اليه مذهب مالك، وانه لا ضرر من أن تأخذ من نفقة وليدها بالمعروف ما تحتاج إليه والله اعلم.

الفرع الثالث : تقدير القاضي نفقة المحضون

لا يختلف التشريع والقضاء في أن نفقة المحضون واجبة على الأب ،ولا يجوز التراجع أو الاجتهاد فيها ،حتى لو كان الطفل يتقاضى منحة شهرية ،إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن: القضاة بقضائهم بحق الطفل المعاق في النفقة ، لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القرار، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

[1] زكية حميدو ،المرجع نفسه ص 147

[2] ملف رقم 179126اق ع ا ش،، 1998/02/17 عدد خاص ، انظر ،العربي بالحاج ،قانون الاسرة وقف احداث التعديلات ،مرجع سابق ص 379

مما يؤكد أن حق النفقة مقرر شرعا و قضاء .

لا يتعلق الأمر بالنفقة فقط فكذلك السكن ،اذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا : أن الوالد لا يعفى من توفير السكن أو دفع بدل الايجار، باعتبارهما من مشمولات النفقة وحتى لو كان للحاضنة سكن[1]

ولأن مصلحة محضون تعادل مصلحة عدة محضونين، يقرر القاضي استحقاق الحاضنة للسكن فاجتهاد المحكمة العليا استقر على انه :كونها تستحق مسكنا لممارسة الحضانة او بدل ايجار مقابله عند تعذر توفيره مهما كان عدد الأولاد المحضونين ،هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا

وتكون نفقة المحضون وسكناه من ماله ان كان له مال . وينتهي مفعول النفقة بانتهاء مدة الحضانة اي من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء الحضانة[2] هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا.

يقرر القاضي بأنه لا يمكن قبول تنازل الأم الحاضنة عن نفقة المحضون لأنه حق له ذلك لمصلحة المحضون ،حيث جاء في أحد القرارات ما يلي :"لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون"[3].

نستنتج من خلال ما سبق أن سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون المادية لا تقل أهمية عنها في المعنوية وأنها تتسع وتتقلص بحسب معطيات القضية ،إلا أنه في كل الأحوال لا يمكن للقاضي أن يتنازل عنها وأنه كان جد صارم في هذا الموضوع خصوصا موضوع السكن إذ نهج منهج المشرع من حيث أنه أفرد مادة خاصة بالسكن للمحضون. باعتبار أن مشكل السكن معقد وطنيا فوجب التركيز عليه أكثر، ثم إن الاهتمام

[1] ملف رقم 288072،م م ع،2005 ،عدد 02،ص 379،انظر العربي بالحاج –المرجع نفسه، ص 384
[2] ملف رقم 41473ـ 1986ـ05ـ05 ،العربي بالحاج قانون الاسرة وفق أحدث التعديلات ،مرجع سابق ،ص 375
[3] م ع غ أ ش 2004/01/21 العربي بالحاج قانون الاسرة ،وفق أحدث التعديلات المرجع نفسه ص 384

بموضوع النفقة والسكن مراعاة لمصلحة المحضون تنعكس على تربيته وتعليمه وحفظه صحة وخلقا، واستقراره النفسي.

المطلب الثالث : مدة الحضانة

الفرع الأول :مدة الحضانة في الفقه الاسلامي

يقول محمد أبو زهرة: إن المدة عند الحنفية مرتبطة بالاستغناء عن خدمة النساء ،إذ يبقى الابن عند أمه الحاضنة حتى يستقل بنفسه في مأكله ومشربه...ويكون ذلك بين السابعة والتاسعة من عمره، أما الشافعية يرون أن الطفل يبقى عند أمه حتى سن السابعة لان الأم هي الأليق في هذه الفترة[1]ويتبعهم الحنابلة في الرأي.

أما المالكية يرون أن الأم أحق بالابن حتى يبلغ، فقد جاء في مدونة الفقه المالكي أنه تثبت الحضانة للطفل من الولادة وتنتهي بالبلوغ إذا كان الولد ذكرا، ولو كان وقت بلوغه عاجزا أو مريضا ،وتستمر نفقته على أبيه و تنتهي حضانة الأنثى بدخول الزوج بها فلا تنقطع حضانتها بالبلوغ أو بمجرد العقد عليها بل تستمر إلى الدخول[2].

فقد قضى أبو بكر الصديق رضي الله عنه على عمر رضي الله عنه لجدة ابنه عاصم بحضانته حتى يبلغ[3].

الفرع الثاني :مدة الحضانة قانونا

من خلال المادة 65 ق أ والتي تنص على ما يلي: تنقضي مدة الحضانة ببلوغ عشرة سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ستة عشر سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

[1] محمد أبو زهرة –مرجع سابق ص 396
[2] الصادق عبد الرحمن الغرياني –مرجع سابق ص 168
[3] الصادق عبد الرحمن الغرياني –مرجع نفسه ،ص 168

نستنتج من خلال تحليل هذه المادة أنها تتضمن قاعدتين أساسيتين ،أولهما تتعلق بانقضاء مدة الحضانة وانتهائها بحكم القانون ،وثانيهما تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم المحكمة، بالنسبة للقاعدة الاولى –يقول عبد العزيز سعدـــ المتعلقة بانقضاء الحضانة أو ايقافها بحكم القانون، نلاحظ أن المدة التي يمكن أن يتخاصم خلالها الحاضنون هي المدة الأقل من عشر سنوات والمدة التي لم تكن الفتاة قد بلغت سن الزواج ،بالتالي في هذه الحالة لم يعد للأب و لا للأم حق التنازع عن حضانة أي واحد منهما، فكل من الفتى والفتاة لم يعد في مثل بعد هذا السن يحتاج إلى من يحضنه كطفل صغير، أما بالنسبة للقاعدة الثانية المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة العليا بناء على طلب الحاضن ،فإننا نلاحظ انه استثناء عن هذه القاعدة يجوز للقاضي ان يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشرة الى ستة عشر سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة تمديدها وذلك بشرط ان يكون الحاضن طالب التمديد هو الام نفسها وبشرط ان لا تكون متزوجة مرة أخرى برجل ليس ذي محرم للمحضون[1].

كما نص المشرع أنه يجب ان يراعي في الحكم لانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية والحماية[2].

هنا الامر كذلك متعلق بالسلطة التقديرية للقاضي فهو وحده من يقرر تمديد الحضانة وذلك بحسب حالة المحضون ومعطيات القضية والتي تختلف باختلاف الحالات والاشخاص فكيف يقدر القاضي مصلحة المحضون عند تمديد فترة الحضانة؟

[1] عبد العزيز سعد مرجع نفسه ، ص 299

[2] العربي بالحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 385

الفرع الثالث :تقدير القاضي مصلحة المحضون عند تمديد فترة الحضانة

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا :من المقرر قانونا يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر الى ستة عشر سنة اذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون[1].

يؤكد هنا القاضي ما جاء في قانون الأسرة حول تمديد الحضانة بالنسبة للذكر الى غاية ستة عشر سنة مراعيا في ذلك حالة الطفل وانعكاس تمديد الحضانة على مصلحته، ويؤكد كذلك أن حضانة البنت تنقضي بقوة القانون ببلوغها سن الزواج ،دون اللجوء الى القضاء لإسقاطها ما جاء في القرار ويطبق ذلك لمصلحة المحضون حتى لو استوجب ذلك نقض قرار قضاة الموضوع مثلما جاء في القرار التالي للمحكمة العليا:

من المقرر قانونا أنه تنقضي حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ،ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ولما كان من الثابت في قضيته الحال أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الاولاد الذين تشملهم الحضانة ،خالف القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

[1]ملف رقم 66552م ق 1995 عدد2 ص 89 انظر ،العربي بالحاج قانون الاسرة وفق احدث التعديلات ،مرجع سابق. ص 349

[2]ملف رقم 59156م ق1991 عدد2 ص76 انظر ،العربي بالحاج قانون الاسرة وفق احدث التعديلات ،مرجع سابق. ص 349

المطلب الرابع :معيار مصلحة المحضون عند تقدير حق الزيارة ونفقة المحضون

الفرع الأول :ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير حق الزيارة

المعيار المعنوي والروحي

إن اختلال توازن الأسرة يؤدي حتما إلى تنشئة الطفل بطريقة مضطربة تؤدي إلى انحراف الطفل عن المسار الطبيعي فيصبح بذلك خطرا على نفسه والمجتمع ،فالمنزل هو البيئة الاجتماعية الأولى التي تنشأ فيها الروابط الاجتماعية والعلاقات الانسانية ،أثناء تفاعل الطفل مع ذويه بشكل خاص[1]

يمكن لهذا المعيار أن يساعد القاضي في اختيار الاصلح للمحضون ذلك انه المعيار الأهم بالنسبة لتفعيل دوره في تنظيم حق الزيارة ،فعطف وحنان الوالدين لا يمكن تعويضهما الطفل بعد الطلاق يشعر بالتشتت والضياع والحرمان العاطفي لذلك وجب تعويضه عن هذا الحرمان ذلك عندما تبقى العلاقة بين الطفل وأبويه متماسكة بعد الطلاق من خلال تنظيم حق الزيارة ،فالطفل يحتاج إلى حب والديه ،لأن التعبير عن الحب والتفاؤل يقوي الشعور باحترام الذات عند الاطفال ،لأنهم يشعرون أن لهم قيمة وأن هناك من يهتم بهم[2].

إن تماسك العائلة في ظل الحب والتفاهم بين أفرادها أمر هام بالنسبة للطفل ،ذلك أن انحراف الأطفال يرجع إلى قطع العلاقة الأبوية بشكل مفاجئ الذي يؤدي إلى الحرمان العاطفي والرغبة في الانتقام ما أدى إلى انتشار إجرام الأحداث نتيجة زيادة ارتفاع حالات الطلاق .

صلة الرحم بين المحضون وعائلته مهمة خصوصا أمه ،فعند إعطاء الأم حق زيارة ابنها حفاظا على مصلحته وقبل ذلك رحمة بهما ،فلا نجعل من الطلاق الذي هدم العلاقة

[1] مفيد حواشين ،زيدان حواشين ،مرجع سابق ص 193
[2] مفيد حواشين ، زيدان حواشين ،المرجع نفسه ص392

الزوجية يحطم العلاقة الأبوية أيضا و يقف ضد مصلحة المحضون بالتالي وجب تنظيم حق الزيارة ومكانها مع ضرورة احترام حدود اللياقة بين المطلقين، وعدم اقحام الطفل المحضون في صراعهما رأفة به قبل مصلحته فالظروف الاسرية لها تأثيرها الأكيد على حالة الطفل. **المعيار الصحي** يمكن القول بأن تواصل الطفل مع أبويه حتى وان كانا مطلقين والاستقرار النفسي الذي يشعر به حينها ينعكس أكيد على حالته الصحية فينمو بشكل طبيعي بعدم التعرض للأمراض النفسية التي تأثر أكيد على الحالة الجسدية، وقد تم ذكر العلاقة بين الصحة النفسية والصحة الجسدية سابقا .

الفرع الثاني :ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقرير نفقة المحضون

-**المعيار المادي** : يتأثر النمو الجسمي بالظروف الصحية والمادية والاقتصادية، فكما كانت الظروف جيدة كان النمو أفضل عما إذا ساءت هذه الظروف ،ويؤثر الغذاء أيضا من حيث كمه ونوعه على النمو الجسمي للطفل وما يقوم به من نشاط.[1]

تعتبر الطفولة الوسطى مرحلة تميز بالصحة العامة وينخفض معدل الوفيات ابتداء من هذه المرحلة ،ويعتبر أقل منه في أي مرحلة أخرى من مراحل العمر .

يلاحظ أنه مع دخول المدرسة يصبح الأطفال أكثر عرضة لبعض الأمراض المعدية مثل الحصبة والنكاف الجذري ومن هنا تبرز أهمية التطعيم ضد هذه الأمراض، وتؤدي المشكلات الصحية ونقص التغذية إلى تأخر النمو الجسمي ،كما تؤثر الاضطرابات النمائية على التحصيل الدراسي والتوافق المدرسي مما يستوجب الرعاية الخاصة والتعليم بطرق خاصة و تشير الدراسات إلى أن الأطفال الموهومين عقليا يتميزون في نموهم الجسمي طولا و وزنا وفي سن المشي وفي الصحة العامة وكذلك في الدرجات المدرسية وفي درجات اختبارات التحصيل[2]

[1] كريمان بدير ،الاسس النفسية لنمو الطفل ، ،دار المسيرة ،عمان ،الطبعة الاولى 2007، ص 135
[2] كريمان بدير، المرجع نفسه ص 136

ويلاحظ أن الأطفال الأضخم والأقوى جسميا بالنسبة لسنهم يكون توافقهم الاجتماعي أفضل من رفاقهم الأضعف جسميا لذلك فهم لا يستطيعون الاشتراك بنجاح في الألعاب الجماعية ،ولا يفهم من هذا أن الأطفال الأصغر حجما والأقل قوة يكون توافقهم الاجتماعي أقل خاصة الذين يتمتعون بالثقة في النفس يتمتعون بتوافق اجتماعي جيد.

-**المعيار المعنوي والروحي :** كما ان وجود الضابط المعنوي لمعيار مصلحة المحضون المادية وهي احساس المحضون براحة تساهم في احياء معنوياته المتمثلة في شعور بالحماية والامن ، كما انه اثبت علميا ان الطفل يحتاج في نجاحه واستمراره في المدرسة للشروط المادية وللثقافية التي يوفرها الوالدين.

و كاستنتاج للفصل الأول نقول :أن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة اليه بل هي حق للمحضون، من اجل مصلحته والتي يقدرها القاضي عند اسناده الحضانة لمن يستحقها

وقد رأينا في المبحث الأول كيفية اختيار القاضي للحاضن وشروطه، فالمشرع الجزائري من خلال تعديله الاخير ابقى على أولوية الأم طبقا للشروط معينة وأخذ اولوية الام طبقا للمشرع والفقه الاسلامي فلا اختلاف فيهما على اهمية ودور الام في الاعوام الاولى بالنسبة لمصلحة المحضون ،والتي تتحكم فيها ضوابط ومعايير معنوية وروحية وكذا ضابط الامن والاستقرار و الضابط الصحي وهي تقريبا نفس الضوابط التي تتحكم في معيار مصلحة المحضون والتي يمكن ان تساعد القاضي على اختيار الحاضن وتحري شروطه

الملاحظ ان هذه المعايير والضوابط مترابطة ومتداخلة فيما بينها وكل ضابط منها مكمل ومؤدي الى الضابط الاخر، وكما رأينا ان المشرع جعل شروط الحضانة مختصرة في مصطلح "أهلا لذلك" م 62 ق أ والتي عاد فيها القاضي الى الفقه الاسلامي من خلال نافذة قانون الاسرة عليه م 222ق أ

مثلما رأينا القرارات التي تبين ذلك والتي تبزر دور القاضي الفعال في ادراك مصلحة المحضون وذلك في سعيه بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

كما رأينا في المبحث الثاني دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون من خلال اقرار حق الزيارة لمن له الحق فيه احد الابوين او غيرهم آن للقاضي بالغ الاهمية من خلال ضبط تعسف الحاضن ومنعه ممن لهم حق الزيارة من ذلك، وغالبا ما تكون الام الحاضنة حيث تمنع الوالد من صلة ابنه والاشراف عليه وزيارته ،الضابط في ذلك المعيار المعنوي والروحي وانعكاس هذه الصلة على نفس المحضون حيث يشعره بالأمن والاستقرار النفسي والاطمئنان وكذا ضابط المعيار المادي المتعلق بتقدير مصلحة المحضون من خلال واجب النفقة عليه.

وأن أهم شرط يضبطه المعيار المعنوي والروحي هو شرط الامانة والاستقامة في الخلق ،ومن خلال نماذج القرارات التي تطرقنا اليها يعتبر القاضي جد حازم وصارم في هذه المسألة ،فهو أهم مسقط للحضانة ولا يمكن التهاون فيه انه لا يتماشى مع الفكرة التي بنى عليها النظام الاسري الاسلامي من حيث قيامه على أساس الاخلاق الفاضلة و العوامل الخارجية تهدد شخصه وتجعله يؤذي نفسه ، فهو دائم التأثر بمحيطه فالقيم التي يكتسبها الطفل أثناء سيره نحو النضج لذلك يعتبر السلوك المشين اهم مسقط للحضانة، ما تبينه عديد القرارات وأكثرها التي تعالج سقوط حق الحضانة بسبب السلوك المشين مثل: الزنا، السرقة، الخمر...

الفصل الثاني :

تقدير القاضي سقوط

حق الحضانة

إذا وقعت الحضانة مستوفية لجميع شروطها ومقوماتها كانت صحيحة جاز لمستحقها أن يتولاها بمجرد الحكم بها قد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيسقطها ومناط ذلك ضياع الولد وإهماله، و المسائل التي تسقط الحضانة متعددة تعرض لها المشرع و منها ما جاء في المادة 67 ق أ و التي تقول: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه[1].

كما ذكرنا في البحث الأول المطلب الثالث و ذلك من الفصل الأول أن الشروط هي :الأهلية والأمانة والاستقامة، وحدة الدين ،والسلامة الجسدية والعقلية واختلال أحد هذه الشروط يؤدي إلى سقوط الحق في الحضانة ونعود في ذلك إلى سلطة القاضي التقديرية التي أعطاها له المشرع أي مصلحة المحضون.

فهو لا يقضي بتلك المسقطات إلا رعاية لحقوق الطفل والمحافظة عليه وقد تم ذكر هذه الشروط سابقا ولا داعي لإعادتها ونأتي في هذا الفصل على ذكر بقية مسقطات الحضانة.

قد يتصرف المرشح للحضانة تصرفات تدل على عدم رغبته في حضانة الطفل وذلك في المبحث الأول، وقد يقوم بتصرفات مباشرة قطعية الدلالة على تنازله صراحة عنها ما نجده في المبحث الثاني، و منه نطرح السؤال التالي: أين تكمن مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة؟ و ماهي ضوابط معيار مصلحة المحضون التي يستعين بها القاضي في حكمه بإسقاط حق الحضانة؟

[1] قانون الاسرة، المادة 67.

المبحث الأول :التنازل الضمني عن الحضانة

مما لا شك فيه أن المشرع الجزائري يسعى جاهدا من خلال الأحكام الخاصة بالحضانة لحماية المحضون من تعسف الحاضن، و القاضي بعده في تطبيقه لهذه الأحكام يحاول الوصول إلى نفس الهدف، فالحاضن قد يقوم بتصرفات غير مباشرة تدل على عدم رغبته في حضانة الطفل أي التنازل الضمني.

المطلب الأول :سقوط الحضانة الانقضاء أجل المطالبة بها

إن الأجل القانوني لمسألة المطالبة بالحضانة يعتبر من القواعد الإجرائية ضمن القواعد الجوهرية التي لها علاقة بالنظام العام[1]، والتي تهدف كذلك إلى تحقيق مصلحة المحضون وذلك بالاستعانة بسلطة القاضي التقديرية.

الفرع الأول :أجل المطالبة بالحضانة في الفقه الإسلامي

جاء في مدونة الفقه المالكي أن سكوت من له حق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر يعتبر سكوته طيلة هذه المدة رضى بإسقاط حقه وليس له حق الحضانة ولا نزع الطفل من المرأة، إلا في حالة إثبات أن هذا السكوت كان لعذر قاهر كعدم علمه بزواجها أو جهله أن مرور الوقت وعدم المطالبة بالحضانة فيه يسقط حقه في الحضانة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ علمه بزواج الحاضنة.

الفرع الثاني :أجل المطالبة بالحضانة في القانون الجزائري

ورد في المادة 68 من قانون الأسرة ما يلي: "إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة أزيد من سنة بدون عذر سقط حقه عنها".

[1] الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ص 168.

يقول عبد العزيز سعد أن هذا النص غامضا نوعا ما ويحلله بقوله: يعني أنه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن وتفوق سنة كاملة فإن حقه فيها يسقط بقوة القانون بموجب حكم تصدره المحكمة[1].

لذلك إذا بقى الأولاد مع الأب بعد الطلاق ولم تطلب الأم بحقها في الحضانة أو من هم يستحقونها، حتى مضت مدة السنة فلا حق لهم فيها عند القضاء و يبقى الوالد هو الحاضن الفعلي للأولاد والقانوني .

حق الحضانة يسقط بالتقادم لعدم المطالبة به أكثر من سنة دون عذر شرعي والقاضي هو الذي يقدر الظروف ما إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل عنها وهذه السلطة مستمدة من عبارة "دون عذر"[2] التي تعطي للقاضي سلطة تقدير ذلك صيانة لحقوق المحضون وحمايته كما أن المشرع لم ينص عن الحالات التي يكون فيها العذر مقبولا ولم يحدد هذه الأعذار تاركا ذلك للعمل القضائي.

كما أن المشرع لم يحدد تاريخ بدأ سريان مدة السنة – تقول زكية حميدو– ربما أراد أن تشمل كل الحالات المتعلقة بالحضانة سواء كان ذلك خاص بالإسناد أو بالإسقاط أو بالانقضاء.

كما ترى أن هذه المدة أي مدة السنة هي مدة طويلة خاصة إذا اعتبرنا أن بداية سريانها سيكون من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة والقانون عندما ينص على المدد وتقادمها فإنه يقصد بها استقرار المراكز القانونية، وتقترح ا تقليصها إلى ستة أشهر ثم إن إسناد الحضانة إلى الحاضن الموالي يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون من خلال مسارعته في المطالبة بالحضانة وممارستها وإظهار

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق ص 301
[2] زكية حميدو ، مرجع سابق، ص 559.

جديته في ذلك ويعود الأمر في ذلك إلى تقدير القاضي لهذه المصلحة والضوابط التي تحكم معيار مصلحة المحضون من خلال دراسة نماذج قرارات في الفرع التالي.

الفرع الثالث :تقدير القاضي مصلحة المحضون من خلال أجل المطالبة بالحضانة.

إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة[1]،وهذا من خلال معطيات القضية والذي يجتهد فيه القاضي مفسرا ما جاء في المادة68 ق أ بقوله دون عذر.

جاء في أحد القرارات المحكمة العليا أنه تم نقض قرار قضاة الاستئناف ،ذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة أي الطاعن و أبدى من طلبات و دفوع في الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوبا ــ تقول المحكمة – بالقصور في التسبيب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية إذ كان من الثابت في قضية الحال أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة، فإن قضاة الاستئناف بعدم ردهم... رغم أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة

وبعد ردهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن الجدة مع ابنتها – أم البنت المحضون – يشكل قصورا واضحا في التعليل ومتى كان ذلك استوجب نقض

[1] ملف رقم 19303، بتاريخ 1979/02/05 ، ن ق ، 1981 ، العدد 1 ، ص 77. انظر بلحاج العربي. قانون الاسرة، وفق احدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 364.

القرار المطعون فيه[1].

الملاحظ أن القاضي في قراره يعود إلى الفقه الإسلامي في كل مرة يحتاج فيها إليه فقد جاء في أحد قراراتها ما يلي :حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب...[2]

من خلال القرارات السابقة لا يتخذ القاضي قراره إلا إذا تأكد وتحرى جيدا من مسألة الأدلة المقدمة له ،ما إذا كان طالب الحضانة كان فعلا متماطل وغير مهتم بحضانة الطفل أو انه جدي في الموضوع ويرغب فعلا في حضانته لكن الظروف لم تسعفه ويتحرى في كل ذلك مصلحة المحضون ويتبين لنا كذلك أهمية دوره في تقدير مدة الحضانة .

ولابد له من ضوابط لهذا المعيار مستعينا في ذلك بوسائل متعددة مثل تحري للمرشد الاجتماعي او التقرير الطبي او المعاينة الميدانية و كذا الاستماع إلى افرادالعائلة...

المطلب الثاني :سقوط الحضانة لزواج الحاضنة أو مساكنة من آلت إليها .

من المسائل التي ذكرها المشرع والتي تؤدي إلى سقوط الحضانة عن الأم مسألة زواجها مرة ثانية ،وقد اختلف الفقه الإسلامي في اعتبار ذلك مسقط للحضانة أم لا كما ذكر حالة ثانية وهي أن تسكن الخالة أو الجدة مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم فهذا الأمر يجعل الحضانة تسقط عنها وتؤول لمن بعدها ،فكيف يقوم القاضي بالكشف عن مصلحة المحضون ؟

الفرع الاول :سقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم.

1/ سقوط الحضانة لزواج الحاضنة في الفقه الاسلامي :

[1] ملف رقم 9303 ، بتاريخ 1979/02/05 ، ن ق ، 1981، ص77 ، انظر بلحاج العربي ، قانون الاسرة وفق...، مرجع سابق، ص 365.

[2] ملف رقم 38825، بتاريخ 1985/12/02، ن ق، عدد 44، ص 157، انظر بلحاج العربي، قانون الاسرة وفق...، مرجع سابق، ص 365.

اختلف الفقهاء في أصول هذه المسألة على الوجه الآتي :

قيل بسقوط الحضانة بالتزوج مطلقا و على هذا مالك و الشافعي و أبو حنيفة، وقيل بالتفرقة بين كون المحضون ذكرا أو أنثى فان كان المحضون ذكرا تسقط الحضانة بالتزوج و أن كان أنثى لا تسقط بل تبقى للأم و هذا هو احدى الروايتين عن أحمد بن حنبل[1].

و قد جاء في مدونة الفقه المالكي أنه إذا تزوجت المرأة الحاضنة بغير قريب محرم سقطت حضانتها لأن الرجل الأجنبي قد تعارض مصالحه مع ما يتطلبه المحضون من رعاية[2]، و تسقط حضانتها بعد عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة بسنة فأكثر فان سكت هذه المدة عد سكوته رضى بإسقاط حقه.

2/ سقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم قانونا :

تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي أي بغير قريب محرم[3] ما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة، و تقرر المحكمة منح المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند اليهم القانون حق حضانة الأولاد ،و يكون ذلك ضمن حكم سقوط حق الحضانة تقول زكية حميد و في ملاحظاتها حول المادة 66 ق أ، أنه و بمقارنة مع بعض المواد من الأسرة الخاصة بحالات الاسقاط لم تصنع بنفس الطابع بحيث لم يعلق هذا الاسقاط بضرورة مراعاة مصلحة المحضون.

عدم تعليق زواج الحاضنة بمصلحة المحضون يدل على أن المشرع قرر أن مصلحة المحضون ليست مع أمه التي تزوجت بغير قريب محرم ووجب مراعاتها مع من يليها.

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص393

[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مرجع سابق ص 168

[3] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة مرجع سابق، ص 388

إن القاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد و لا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيق و انما يتوجه عليه اسقاط الحضانة عن صاحبتها و يكون حكمه لها كاشف و هذا ما أرادت به المادة 66 من قانون الأسرة.

3 /تقدير القاضي لسقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم :

إن الحكم الذي يصدر عن القاضي في قضية مثل الحضانة خصوصا ما تعلق بالإسقاط تستدعي منه أكثر تمهل و دراسة و بحث و تحري في معطيات كل قضية.

و لا بد أنه لا يستغني أبدا عن الشريعة الإسلامية باعتبارها المنجد الوحيد في حال الفراغ، و أنها مصدر لقانون الأسرة هذا ما نلاحظه من خلال دراسة القرار التالي الذي جاء فيه :ان الجدير بالملاحظة أن في قضية الحضانة الشريعة الاسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين و شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد و... حيث أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل أجنبي فطبعا ان الحضانة الأولاد ترجع للأب الذي يسهر و يقوم بشؤون و تربية أولاده مثل اخوانهم في الفراش الأول . حسن قيام نظرا لوضعيته الاجتماعية اذن فان قضاة الموضوع، طبقوا الشريعة الاسلامية تطبيقا سليما[1].

يرى جانب من الفقه أن الزواج بغير قريب محرم يسبب سقوط الحضانة غير الاختياري و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة 71 ق أ، أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب السقوط الغير اختياري و القضاء أيضا جعل منه سببا غير اختياري و يعود الحق في الحضانة متى طلقت الأم من الأجنبي حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا مؤيدا لقرار المجلس القضائي ما يلي : من المقرر

[1] ملف رقم 39559 بتاريخ 1986/01/13، غير منشور م ع غ أ ش ، أنظر بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفق .... مرجع سابق ، ص 352 .

قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري و متى أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت ورفعت دعوة تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فان قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 ق أ، قد طبقوا صحيح القانون متى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1].

الفرع الثاني : سقوط الحضانة لمساكنة الحاضنة بالمحضون مع أمه المتزوجة

1/قانونا:

أورد المشرع هذه الحالة في المادة 70 ق أ والتي جاء فيها :تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[2] والحق أن المادة 70 من قانون الأسرة تشترك مع المادة 66 ق أ في علة واحدة وحكم واحد وهو امساك المحضون في بيت المبغضين، و إسقاط الحضانة عن صاحبتها لكن تختلف معها في أنها تتكلم عن حاضنتين فقط و هما الجدة و الخالة في حين المادة 66ق أ المذكورة تشمل كل الحاضنات بما فيهم الجدة و الخالة[3].

يقول عبد الغرير سعد في تحليل المادة 70 أن هناك عدة عناصر لا بد من توفرها لتطبيق هذه المادة و للتقرير بسقوط حق الحضانة[4]، والعنصر الأول :أن تكون الحاضنة اما الخالة أو الجدة أما العنصر الثاني :هو أن تسكن الخالة أو الجدة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم اقامة مستمرة لا زائرة و لا

---

[1] ملف رقم 201336 بتاريخ 1998/07/21، إ ق غ أ س، عدد خاص، ص 178، أنظر بلحاج العربي قانون الأسرة وفق... مرجع سابق ص 371.

[2] قانون الأسرة ، م70

[3] زكية حميد و ، ص 596

[4] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 302

مقيمة اقامة مؤقته كقضاء عطلة مثلا، و العنصر الثالث :يتمثل في كون زوج أم الحاضن غير قريب محرم له، و الملاحظ أن المشرع اقتصر المسألة على الخالة و الجدة دون باقي الحاضنين.

2/ قضاء : يصعب على القاضي في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب و هذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية[1] فهو يسعى جاهدا لتحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه و في مجال تطبيق المادة 70 ق أ.

صدر للمحكمة العليا عدة قرارات تبرز دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة عندما يتعلق الأمر بمشكل سكن الحاضنة إن كانت الخالة أو الجدة مع أم الطفل المحضون.

قد جاء في أحد قراراتها ما يلي :من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة أي أم الأم أن تكون غير متزوجة، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي... و من ثم إن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير المؤسس و لما كان من الثابت في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أي ام الأم و أن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونون قد راعو شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2]،

بالتالي المحكمة العليا تؤيد قضاة الموضوع في قرارهم بإسقاط الحضانة عن الجدة التي سكنت مع ابنتها، تطبيقا للقانون.

[1] صالح بوغرارة ،مرجع سابق ،ص 114

[2] ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20 ، م ق 1991 . عدد 02 ص 57 أنظر بلحاج العربي قانون أسرة وفق...مرجع سابق ، ص 370 .

المطلب الثالث : سقوط الحضانة للاستيطان في بلد أجنبي

إن حكم القاضي بحق الحضانة لأحد الوالدين فاصل ،ويكون فيه للطرف الآخر حق الزيارة ،إلا إذا طرأت ظروف جديدة تغيره ،لأن حق الزيارة متعلق بالمسافة عندما ينتقل الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي ،فكيف يقدر القاضي مصلحة المحضون في هذه المسألة ؟

الفرع الأول: رأي الفقه الاسلامي في انتقال الحاضن إلى بلد أخر

إذا انتقلت الحاضنة إلى بلد أخر بعيدا عن بلد ولي المحضون تسقط حضانتها[1] لأن ذل ك يعطل مراقبة الطفل المحضون و يمنع والده من الاشراف عليه و زيارته واطمئنان على حاله و يكون لها ذلك بشروط :

الأول: أن تكون المسافة أكثر من ستة برد فان كانت أقل فانه يصح أن تستوطن فيها ولا يسقط حقها في الحضانة و البريد أربع فراسخ ثلاثة أميال فالمجموع 72 ميلا[2].

الثاني: أن يكون السفر للإقامة و الاستيطان أما إذا كان السفر لأجل تجارة أو قضاء حاجة، وكما يجب أن يكون المكان مأمون.

هذا رأي المالكية أما بالنسبة للحنفية فقد جعلوا لها ثلاث صور، صورة حضانة الأم في حال الطلاق، صورة حضانة غير الأم مع ولاية الأب، صورة ولاية غير الأب "حالة الوفاة" و قد فصلوا في كل حالة على حدة.

[1] الصادق عبد الرحمان الفيزيائي ، مرجع سابق ، ص 162
[2] تواتي بن تواتي ، مرجع سابق ، ص 883

الفرع الثاني : استيطان الحاضن في بلد أجنبي قانونا .

إذا أراد الشخص الذي له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي[1] في أن يثبت له حق الحضانة أو سيسقطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، هذا ما جاء به المشرع في المادة 69 ق أ،

وما نلاحظه على هذه المادة أن المشرع ألقى بأمر استيطان الحاضن على عاتق القاضي صراحة بأن يثبت أو يسقط عنه حق الحضانة،

تنتقد زكية حميدو المشرع فهو لم يفرق بين حالة ممارسة حضانة خارج التراب الوطني أي استيطان في بلد أجنبي، وحالة ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني جاءت ضمنية عالج الحالة الأولى و لم يتطرق إلى الحالة الثانية مثلما فعل المشرع المغربي اذ جعل لكل حالة مادة خاصة بها.

ما موقف القاضي من حالة استيطان الحاضن بالمحضون في بلد أجنبي و معهم ولي المحضون؟ أو من له حق الزيارة والاشراف؟

لم يتطرق إلى هذه الحالة أما بالنسبة للقضاء المقارن المصري منه لم يسقط حق الحضانة عن الأم التي تستوطن مع والد المحضون في نفس البلد.

السؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذه المسألة هو :هل يمكن أن تأثر الوسائل الحديثة للمواصلات عن المسافة المذكورة في الفقه الاسلامي باعتبار أن القاضي يلجأ اليه في هذه المسألة للمادة 222 ق أ؟ خصوصا أن المشرع قد منح له سلطة واسعة لتقديرها، و هل يمكن لحداثة الوسائل أن تغير اجتهاد الفقه الاسلامي في مسألة المسافة؟

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة ،مرجع سابق ، ص 389

الفرع الثالث : تقدير القاضي سقوط الحضانة لاستيطان الحاضن في بلد أجنبي

في أحد قراراتها ،تنقض المحكمة العليا قرار المجلس الذي أسند حضانة الأولاد إلى أمهم ،رغم أن المسافة بين سكن المحضونين ووليهم تزيد عن مئة كيلومتر، بهذا يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون، اذ من المستقر عليه فقها و قضاء أن لا تكون المسافة أكثر من ستة برود، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون[1].

الملاحظ أن القاضي لا يستغني أبدا عن ما جاء به الفقه الاسلامي في هذه المسألة و العديد من القرارات تبين ذلك ،و أن تطبيق المادة 69 ق أ جاء على أساس استيطان الحاضن في بلد أجنبي أكثر من أساس المسافة، خوفا على دين المحضون عند الاغتراب في بلد غير مسلم ،منها القرار التالي:

من المقرر شرعا و قانونا أن اسناد الحضانة يجب أن تراعي فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه و من ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو ....، يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2] و منها أيضا القرار: حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا و خوفا على العقيدة الاسلامية للبنات فان الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر[3].

والاجابة عن السؤال السابق، هل تسقط الحضانة إذا استوطن الحاضن أو من له الزيارة والاشراف معا في بلد أجنبي أنها لا تسقط هذا ما جاء في أحد قرارات

[1] ملف رقم 43594،1992،عدد04ص41 ن ق ،عدد 44 ص 175،أنظر العربي بلحاج ق أ، وفق... مرجع سابق ص 367

[2] ملف رقم 59013 م ق،1991 . عدد 04 ،ص 116 ، أنظر ، العربي بلحاج ق أ ، وفق... مرجع ،ص 369

[3] ملف رقم 45186 بتاريخ 1987/03/09 ، غير أنظر العربي بلحاج ، مرجع سابق

المحكمة العليا "لا تسقط الحضانة بسبب الاقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[1].

وكما جاء في شروط تطبيق المادة 68 ق أ، أن السفر إلى البلد الأجنبي المسقط للحضانة يجب أن يكون بنية الاقامة و الاستيطان فمثلا إذا كان الخروج إلى البلد الأجنبي من أجل العلاج فان ذلك لا يسقط الحضانة فالقاضي لا يمنح ذلك، هذا حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي :"يعتبر منح رخصة الخروج بالمحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني..."[2].

المطلب الرابع : ضابط معيار مصلحة المحضون في المسائل السابقة.

لقد جعل المشرع الجزائري أحكام سقوط حق الحضانة متعلقة بمسألة رعاية مصلحة المحضون ، والقاضي بعده ومن خلال السلطة التقديرية له في مثل هذه القضايا يسعى جاهدا لنفس الهدف حتى من خلال مواجهة تعسف الحاضن ، مستخدما معايير لابد منها ،معنوية ومادية وصحية ...

الفرع الأول : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير انقضاء الأجل

1/المعيار المادي: ان مطالبة الحاضن لحضانة الصغير في أقرب أجل يكون فيه مصلحة المحضون أي المصلحة المعنوية و المصلحة المادية خصوصا إذا كان الطفل المحضون أقل من حولين ،ففي هذه الحالة يكون الطفل بحاجة إلى عناية أكبر و اهتمام أكثر فهو بحاجة إلى الرضاعة الطبيعية و تكون السرعة فيه أمر مهم، فقد جاء في المادة 57 مكرر :"يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لا سيما ما تعلق منها بالنفقة

[1] ملف رقم 282033 بتاريخ م ق 2004 ،و العدد 2 ، ص 363، أنظر العربي بلحاج،ق أ، وفق أحدث التعديلات ص 350

[2] ملف رقم 24.9196 م ق، 2004 ، عدد 1 ص 264، أنظر، العربي بلحاج، ق أ وفق أحدث التعديلات ص 370.

و الحضانة و الزيارة والمسكن"[1]، ما يبين اهتمام المشرع بضرورة الاستعجال في هذه المسألة لأنها متعلقة بطرف ضعيف يحتاج إلى عناية خاصة لا يقوى فيها على الانتظار بمعنى سير اجراءات المحاكمة بشكل غير عادي من خلال هذه المادة يسمح المشرع للقاضي الاستعجال بالحكم أي الفصل في القضية مباشرة دون السير في الإجراءات العادية للمحاكمة نظرا لحساسية الظرف ،أي تعلق الحكم بالطفل المحضون ،هنا يبرز جليا دور القاضي في تقرير مصلحة المحضون المادية

2/معيار الأمن و الاستقرار: ان مدة السنة مدة طويلة إذا كنا نتحدث عن معيار الأمن و الاستقرار باعتباره ضابط لمصلحة المحضون، فالطفل عندما يقيم مدة سنة عند حاضنه الفعلي ثم ينتقل بعدها إلى حاضنه القانوني، ينعدم الاستقرار هنا .

التغير في المحيط يولد عدم الاستقرار النفسي لأن الطفل قد تعود على شخص معين وتعلق به فجأة يتغير هذا الشخص لأنه ينتج عن عدم ديمومة التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين يعيش معهم تأثيرا على التحصيل الدراسي، لذلك يقترح الفقه على المشرع ضرورة تقليصها إلى ستة أشهر.

الفرع الثاني :ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير سقوط الحضانة لزواج الحاضنة

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يؤثر على حياة المحضون خصوصا على نفسيته والقاضي يحصل مصلحة المحضون من خلال معايير متعددة نمنها الاستقرار والامن ،الصحي المعنوي والروحي ...

[1] قانون أسرة ،م 57 مكرر

1/معيار الاستقرار و الأمن:

إن حب الأب وعطفه لا يقل أهميته عنه عند الأم الذي يفتقده المحضون عند زوج الأم ،فهو سيعيش فجو البغض و الكراهية ما يشكل له عقد نفسية هذا ما يعيق نموه الجسمي و العقلي، كما أن جو السيطرة الذي يحكم علاقته مع زوج أمه يحول دون استقلاله بنفسه و بناء شخصيته بالأخص إذا كان والده أيضا قد تزوج فيكون كل من الأبوين مطلقين قد بنى حياته من جديد و أسس أسرة جديدة بعيدة عنه فيعيش في تشتت بينهما و لا يعرف لنفسه استقرار و لا هدوء ،فمن بين عوامل الانحراف التفكك الأسري الناتج عن حالة الطلاق ما تبينه احصائيات عديدة.

يؤثر جو الأسرة على انفعالات الطفل بشتى أنواعها ،ومن جملتها الخوف وذلك من خلال الخلافات العائلية وخاصة بين الآباء والأمهات[1].

إن الطفل الذي يعاني من اضطراب القلق الذي تم تعميمه ،لا يتسم بالجبن فقط وإنما يعاني من خوف يشل حركته عن مواجهة متطلبات التفاعلات الإنسانية البسيطة حيث يصل من الخوف درجة يصعب معها تحية الأصدقاء أو توجيه سؤال للمعلم ...،وتجعل الطفل يتجنب أي تفاعل مع الآخرين على الإطلاق ،السبب الرئيسي للقلق هو انعدام الشعور الداخلي بالأمن والسكينة لتناقض وعدم انسجام الوالدين[2]

2/المعيار الصحي: بزواج الحاضنة ينقسم وقتها بين زوجها و ابنها فالاهتمام به ينقص عما كان عليه و تصبح لا تجد وقتا للاهتمام به و العناية بتغذيته وصحته...

3/المعيار المعنوي و الروحي : مصلحة المحضون تراعي تخفيف جرح و آلام المحضون لانفصال والديه و تعويضه قدر الامكان عن ضرره المعنوي فالعلاقة

[1] مفيد حوا شين ،زيدان حواشين ، مرجع سابق ،ص 249
[2] مفيد حوا شين ،زيدان حواشين ، المرجع نفسه ص 302

وطيدة بين الحرمان العاطفي و عدم الاتزان النفسي و الانحراف، ولا بد أن هذا الأمر لا يكون مع زوج الأم خصوصا إذا كان له أولاد، لكننا لا نعمم هذه الحالة فقد توجد حالات فيها زوج الأم يقوم بدور الأب و ربما أحسن منه.

الفرع الثالث: ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقرير سقوط الحضانة لاستيطان الحاضن في بلد أجنبي

1/المعيار المعنوي و الروحي: عندما تقرر الحاضنة السكن خارج الوطن والاستقرار بابنها المحضون فان ذلك يؤثر على علاقته بوالده، الذي كان يباشر الاشراف عليه و يزوره ويساهم في متابعته و تربيته فينقطع عنه بشكل مفاجئ ما يسبب له صدمة نفسية بالأخص إذا كان المحضون قد أقام في بلد أجنبي يصعب معه السفر لبعد المسافة أو الصعوبات المادية في التواصل معه، ما يعزز هذا القول قرار المحكمة العليا التالي :"ان اقامة الأم بالخارج يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها و اسنادها إلى الأب لأنه يتعذر على الأب و اسنادها إلى الأب لأنه يتعذر على الأب الاشراف على أبناءه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة ذلك لبعد المسافة"[1].

2/معيار الاستقرار و الأمن :ان بعد و تغير البلد يؤثر على عامل استقرار المحضون اذ أنه كان يألف نوع من الثقافة و المحيط و عادات و فجأة تختلف معه عند سفره مع أمه في محيط اخر أجنبي عنه تتغير فيه العادات و الثقافة و اللغة والتربية و الدين، و إذا استوطنت الأم في بلد غير اسلامي فيخشى على ضياع دينه عندما ينطبع بالمحيط الأجنبي الجديد.

[1] ملف رقم 111048 ت ق ، عدد 52 1997 ص 202، أنظر العربي بلحاج ق أ، وفق أحدث التعديلات ، ص 370.

المبحث الثاني : التنازل الصريح عن الحضانة

غالبا ما يكون موضوع التخاصم في قضايا الحضانة بين المطلقين حول الحصول على حق الحضانة ،لكن لا يتصور حالة التنازل عن حضانة الطفل سواء كانت الحاضنة أما او غيرها يختلف الفقه من حيث أن الحضانة حق للحاضن أو المحضون أو لهما معا و مهما كان الرأي الصائب ،فهل يحق للحاضن التنازل عنها وهل يتضرر المحضون من هذا التصرف خصوصا إذا كان ليس له غيره؟

المطلب الأول: سقوط الحضانة للتنازل الحاضن بإرادة منفردة

أقر المشرع الجزائري في أحكام الحضانة تنازل الحاضن عن حق الحضانة كسبب من أسباب سقوط الحضانة ،في هذه الحالة ما دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند تخلي حاضنه عنه؟ وهل يمكن جبره عليها ؟وقبل ذلك ما رأي الفقه الإسلامي والقانوني فيه ؟

الفرع الأول: تنازل الحاضنة بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي

إن الحديث عن مسالة تنازل الحاضنة بإرادة منفردة يقودنا إلى وجوب معرفة طبيعة حضانة الأم.

فقد قال البعض إن الحضانة حق للوالدة فلا تجبر عليها لاحتمال عجزها، وشفقتها على المحضون كاملة ولا تصبر عنها في الأغلب[1] والدليل قوله تعالى **"*وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمّ الرّضَاعَةَ*"** في شرح الآية، قالوا أنها للندب لا للوجوب.

وقال آخرون إن الحضانة حق للولد فتجبر الأم على الحضانة ولو تنازلت عن الولد مقابل الخلع فالخلع جائز والشرط باطل، وقالوا في شرح الآية السابقة إن

[1] محمد أبو زهرة: موسوعة الفقه المالكي ,مرجع سابق ص 389

المراد بالأمر المذكور فيها الوجوب وان حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

ووفق رأي ثالث بينهما فقال أن الحضانة حق للام والولد في نفس الوقت فهي حق لها فلا تجبر عليها حال وجود من يقوم بحضانته وهي حق له فتجبر عليها إذا تعينت عليها الحضانة لعدم وجود من يحضنه غيرها، وهناك اتفاق للمذاهب حول أن الأم تجبر على الحضانة إذا تعينت عليها بان لم يوجد غيرها أو لم يقبل الحضانة غيرها.

الفرع الثاني :تنازل الحاضنة بإرادة منفردة قانونا

إن من أسباب سقوط الحضانة التي تنص عليها المادة 66 ق أ، تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير[1] وذلك بان يأتي الحاضن ويقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص أخر من أصحاب الحق فيها ويعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون فان حقه سيسقط بقوة القانون.

يكون حكم المحكمة في هذه الحالة في شان إسقاط الحضانة بناء على طلب من له حق الحاضنة، هو فقط حكم مقرر لسقوط وليس منشأ له، والمشرع اشترط على القاضي عند إقرار سقوط الحضانة أن لا يضر مصلحة المحضون، وإلا فلا سقوط لها ما دامت تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية للحضانة ومادامت مصلحة المحضون متعلقة بها فهذه المصلحة لا تراعي إلا أمام القضاء وذلك حتى لا يبقى المحضون ضائعا بلا حاضن أو يتأرجح في كل مرة من محتضن إلى آخر.

إذا كنا نتحدث عن جبر الحاضنة حال تنازلها عن حضانة الطفل لمصلحته، فالأمر أكيد انه يكون أكثر شدة إذا تعلق بالأم مع أن هذا الإكراه على الحضانة يعود بالسلب على المحضون فالشخص المكره على الشيء لا يحسنه.

[1] عبد العزيز سعد: مرجع سابق ص 300 . انظر العربي بلحاج, مرجع سابق ص388

من الناحية التطبيقية إن هذا الجبر يمكن أن يكون له مقام إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره أي سن الرضاعة أو كان مريضا[1] يمكن تقبل جبر الأم على الحضانة و ذلك خلال هذه الفترة على الأقل.

قد يخدم هذا التنازل مصلحة المحضون وفي هذه الحالة ننظر إليه على أساس أنها فقدت شرط من شروط الحضانة[2] بالتالي من مصلحة المحضون قبول التنازل وقد يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق قاعدة الأضرار لمصلحة المحضون.

تم التطرق للتنازل عن الحضانة في الفقه الإسلامي و القانون نتطرق للمسألة من الناحية التطبيقية، فكيف يقرر القاضي مصلحة المحضون عندما يطلب الحاضن إسقاط الحضانة عنه؟

الفرع الثالث: تقدير القاضي سقوط الحضانة لتنازل الحاضن بإرادته

عندما تقرر الأم التخلي عن ابنها، وباختيارها ودون أي ضغط فان حق الحضانة لا يعود إليها .وما يدل على ذلك قرار المحكمة التالي:

من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية [3].

أما إذا كان التنازل عن الحضانة مضر بالطفل المحضون فانه لا يعتد به ولا تسقط الحضانة عنها، هذا ما جاء في احد قرارات المحكمة العليا :من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل إذا اضر بمصلحة المحضون ومن ثم فان القضاة لما

[1] زكية حميدو ،مرجع سابق ص 528
[2] زكية حميدو ، المرجع نفسه ص 530
[3] ملف رقم ص533 ,م ق,1990 عدد 3 ص85 , انظر العربي بلجاح ,قانون اسرة وقف احدث التعديلات, مرجع سابق,ص354.

قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون[1].

لا بد للقاضي قبل أن يقرر قبول التنازل أو رفضه مراعاة مصلحة المحضون مما يتطلب منه أكثر جهد في تقصي وقائع القضية واستخدام كل الوسائل منها المعاينة و الاستعانة بمرشد اجتماعي و التقرير طبي...، التي من شأنها توضيح ملابسات القضية فقد تم نقض قرار قضاة المجلس لمخالفة هذه المبادئ.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة للتنازل الاتفاقي عن الحضانة.

إن قاعدة عدم الإضرار بالمحضون هي الفاصل في مسألة إسقاط الحضانة للتنازل وهي المبرر الذي ينادي بحق القاضي في الرقابة فعقد الزواج عقد رضائي و في المقابل نجد الطلاق يأتي نتيجة اختلاف الزوجين فهل ت يمكن الاتفاق على الطلاق و تقسيم حضانة الأولاد بين المطلقين؟ و كيف يغلب القاضي هذه الحالة مصلحة المحضون على مصلحة الابوين؟

الفرع الأول: التنازل الاتفاقي عن الحضانة قانونا.

1/ اتفاق الحاضن مع احد مستحقي الحضانة الآخرين :

يراعي في هذه المسالة مصلحة المحضون والقاضي في هذه الحالة يتمتع بسلطة لا يستهان بها فهو الذي يقرر ما إذا كان هذا الاتفاق يعارض مصلحة المحضون أم لا، وفي كل ذلك يستخدم ضوابط و معايير معنوية ومادية، صحية وأمنية من خلال الأدلة المقدمة كتقرير المرشد الاجتماعي الذي يستعين به او التقرير الطبي...

2/ التنازل عن الحضانة مقابل الخلع :

[1] م ع. غ. ا ش,1998/04/21 .ملف رقم 189234 .ق. و. م. ع. عدد خاص ص 175 .2001

في هذه المسالة ينقسم الفقه الإسلامي إلى قسمين أحدهما يؤيد الفكرة وأخر معارض لها

يرى الاتجاه الأول بصحة الخلع في هذه الحالة وبطلان مقابله وهو التنازل عن الحضانة ذلك أن هذا حق للمحضون ولا يجوز التصرف فيه[1] لان ذلك معلق بمصلحة الطفل المعنوية في بقائه عند أمه فهي الأولى به والانفع له أما الفريق الثاني يرى عدم جواز الخلع مقابل تنازل الأم عن حضانتها.

المالكية يرون انه إذا خالعت الزوجة زوجها مقابل التنازل فان هذا الحق أي حق الحضانة لا يؤول إلى الأب بل إلى من يلي الأم في الترتيب.

أما بالنسبة للقانون يقول داودي عبد القادر :إن الزوجة إذا خالعت زوجها على أن تتنازل عن حضانة الصغير، كان الخلع صحيحا والشرط باطلا ،لأن الحضانة حق للصغير لا يملك الزوجان التعاقد بشأنه، ولا تملك الزوجة ان تسقطه وإذا لم يكن للصغير سوى حاضنة معينة فإنها تجبر على حضانته وليس لها الخيار في أمرها وذلك لمصلحة الطفل المحضون ولحقه المترتب عن الحضانة .

إن حق الحضانة هو حق الطفل المحضون و حق الحاضنة معا مع مراعاة مصلحة الطفل الصغير وقد جعله المشرع من النظام العام[2] مما يجعل مصلحة المحضون مقدمة عن كل نزاع في المحكمة، بالتالي هي حق يجوز التنازل عنه وسند هذا أحكام المادة66 ق أ، والتي تجعل منها تسقط بالتنازل ما لم تضر بمصلحة المحضون بتقدير من القاضي.

[1] تواتي بن تواتي. مرجع سابق,ص885

[2] عبد القادر داودي : مرجع سابق ص 131 .

وبهذا يترتب على الموقف القضائي أن التنازل عن الحضانة لا يجوز بتاتا أن يكون مقابل الخلع لأنه يتعارض ومصلحة الطفل المحضون ، مع ذلك نجد بعض الأحكام والقرارات التي اتخذت موقفا آخر.

3/ التنازل عن الحضانة عند الطلاق بالتراضي :

إن إبرام أي عقد يتطلب من أطرافه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة عندما تتعلق المسالة بحالة الأشخاص لان الاتفاق على محل غير شرعي مآل هذا الاتفاق هو البطلان.

يمكن للزوجين الاتفاق على الطلاق دون إشكالات تثار، لكن لا يمكن لهم الاتفاق على الحضانة ومصير الطفل المحضون لأن الأمر متعلق بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون .

كما أن المحكمة العليا رفضت هي الأخرى تغليب الاتفاق على مصلحة المحضون فيمكن للزوجة أن تشترط على زوجها في الطلاق بالتراضي أن يمارس حضانة أطفالها، ولكن لا يجب باي حال من الأحوال أن يكون هذا الشرط ضارا لمصلحة الأولاد وإلا عد كأن لم يكن[1].

الفرع الثاني :تقدير القاضي مصلحة المحضون حال التنازل الاتفاقي

إن التنازل عن الحضانة مقبول قانونا إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون يجعل من الحضانة تسقط عن الحاضن، و القاضي جعله القانون من يقدر هذه المصلحة فهل يمكن أن يكون القاضي أكثر حرصا في تقديره لمصلحة الطفل أكثر من والديه عندما يتفقان حال الطلاق بالتراضي على مصيره؟

بتاريخ 1976/12/21 يصدر حكم الطلاق الذي وقع بين الطرفين برضاهما ويتفقان على أن تتنازل الأم عن حضانة عبد الكريم فتسند إلى أبيه في حين

[1] زكية حميدو، مرجع سابق ص 546 .

صرف حضانة البنت دليلة إلى أمها و على نفقة آبيها حيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه هذا من جهة و من جهة أخرى أن الولد عبد الكريم تركته أمه سنة 1976 عند أبيه و هو يعيش معه طيلة هذه المدة دون أن تطالب بحقها في حضانته

أصبح الولد في حاجة أبيه ومراقبته أكثر من أمه التي لا يعرف لها مقر ثابت، حيث أن قضاة الاستئناف لما ألغو الحكم المحال في ما يتعلق بالحضانة و أسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي رغم تنازل الأم عن الحضانة و ترك ابنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ القانوني :العقد شريعة المتعاقدين و أساؤو تطبيقه بالأسباب الخاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة ،على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون معرضين بذلك قرارهم للنقض[1].

القاضي في هذا القرار يؤيد فكرة الاتفاق على تقسيم الأولاد حال الطلاق بالتراضي لأن الظروف في هذه القضية تختلف، فخلال مدة الاتفاق لم تتراجع الأم عن الاتفاق و الولد شب عند أبيه و لم يعد في حاجة أمه الآن ،فقد كبر و في هذه السن هو بحاجة لأبيه أكثر لأن مصلحة الطفل عند الصغر مع أمه أما بعد سن السابعة يحتاج لرقابة الوالد أكثر، و أن العقد شريعة المتعاقدين و لا يمكن الرجوع فيه فالأم في وقت بعيد تنازلت اتفاقا، ومضى الوقت وكبر الطفل أما بنسبة لقرار قضاة المجلس بتعديل الاتفاق ورد التنازل الأم عن ابنها ،يكون قرارهم صحيحا لو كان في وقت سابق لأن تقسيم وتجزئة الحضانة ليست في مصلحة الأولاد لا النفسية ولا معنوية، فالمصلحة الآنية تقول بأن مصلحة الطفل مع أبيه الذي استقر معه ورباه و اعتنى به ،فقد تعلق به وهو في عمره يحتاج إلى أبيه خصوصا أنه فتى.

[1] ملف رقم 89 377 .1985/12/30, غير منشور, أنظر بلحاج العربي, قانون الأسرة...مرجع سابق, ص 351.

إذا تقدير القاضي لمصلحة المحضون قد يكون أكثر حرصا من أبويه وهذا التقدير تراعى فيه ضوابط نفسية وروحية ،مادية صحية و أخرى متعلقة بالاستقرار والأمن كما تتحكم فيه ظروف ومعطيات خاصة بكل قضية ،تختلف باختلاف الزمان والمكان و الإنسان.

المطلب الثالث: ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير القاضي سقوط الحضانة للتنازل الصريح.

الفرع الأول: الضابط المعنوي و الروحي

عندما تقرر المحكمة العليا بأن التنازل عن حضانة الأولاد يقضي وجود حاضن آخر يقبل التنازل و له القدرة على حضانتهم وأن تنازل الأم غير مقبول ووجب أن تعامل بنقيض قصدها[1]، ذلك حفاظا على مصلحة الأولاد لأن تنازلها وعدم وجود من يقبلهم يضر بنفسيتهم فالقاضي وجد أن مصلحة المحضون تقتضي رد الأم وعدم الإصغاء لها .

إن فكرة التنازل في حد ذاتها شديدة الأثر بالنسبة للطفل فقرار الأم انتزاع الطفل من حضنها والتخلي عنه وهو في أمس الحاجة لرعايتها الخاصة و اهتمامها هذا الأمر يضر بنفسية الطفل المحضون وإن كان صغير فهو يشعر بوجودها أو عدمه و عندما يبدأ في النمو و الوعي و الإدراك سيشكل له ذلك عقد نفسية بالغة بشعوره أنه منبوذ وغير مقبول لأن علاقة الأم بالابن شديدة الحساسية ومهمة في الفترة الأولى من حياته ،كما رأينا في المبحث الأول من الفصل الأول مما يجعله ينحرف ويسلك الطريق الخطأ ،لأننا نتحدث عن الحاضنة الأم ويكون أقل ضررا إذا كان غيرها من تخلى عنه و إذا لم يجد من يحضنه سيعيش في اضطراب وعدم استقرار لتغير الحاضن في كل مرة أي ضابط الأمن والاستقرار. إن الأم هي أقرب الناس إلى الطفل وهي التي سيعقد معها أول عقد اجتماعي والذي

[1] ملف رقم 44858 م ق 1990, عدد 4, ص50, أنظر العربي بالحاج , قانون الأسرة و فق ...ص 353.

ستتقاسم مع طفلها من خلاله الأدوار المتبادلة بين الاعتمادية و الاستقلالية والتي سيتعلمها الطفل على يديها[1] ،ثم إن إجبار يعرض المحضون للإهمال لعدم اهتمامها به و إنكارها له حتى نصل إلى حالة أن قبول التنازل كان أفضل له.

أما بالنسبة لحالة الاتفاق أي مسألة الخلع و الطلاق بالتراضي فان الضرر يكون نفسه لأن العلاقة بين الزوج و الزوجة لا يجب أن تتعدى حدود الأولاد و العلاقة الأبوية بالنسبة للخلع في التشريع الجزائري لا يجوز التنازل عن الحضانة مقابل الخلع إذ أن الحضانة لا تقوم أبدا مقام المال لارتباطها بالأمور الشخصية و أنها لا ترتب آثرها إلا إذا كان مقابلها مال ما جاء في المادة 54 ق أ

أراد مشرعنا من هذه النصوص وضع حد للمتاجرة و المساومة بالأولاد[1]، ففي سبيل المصلحة الشخصية الزوجة تتنازل عن حضانتها لابنها دون أن تراعي ضعف هذا الكائن، و الفقه الإسلامي يجمع أنه لا خلع مقابل حضانة لأن الخلع مرتبط بالمادة أما الحضانة أمر معنوي بحت، وهذه المسألة موجودة لكنها قليلة.

وحتى في الطلاق بالتراضي حالة طلاق في جو الرضا وعدم الصراع يتضرر الطفل من ذلك فعند اتفاق الزوجين مثلا: على تقسيم الأولاد بينهما فالأمر هذا فيه ضرر معنوي عليهم فالفرقة و عدم تربيتهم مجتمعين تضر من نفسيتهم ثم إن تجزئة الحضانة أمر غير مقبول شرعا و قانونا و قضاء فلا يحق للزوجين أن يحرما بعضا أولادهما من أمه و لا أن يحرم البعض الآخر من أبيهم لأنه عندما يصلح حاضن لحضانة طفل يكون صالح لبقية الأولاد.

الفرع الثاني: ضابط الأمن و الاستقرار

إن تغير الحاضن في كل مرة و التنازل عن المحضون فيه مشقة له بعدم استقراره، فالإنسان بطبيعته يألف المحيط و المكان و الأشياء من حوله و تغيرها

[1] زكية حميدو , مرجع سابق ,ص 538.

يحدث له نوعا من الانزعاج بعدم الاستمرارية و الهدوء و عدم الشعور بالأمن بالأخص إذا كان الأمر متعلق بطفل صغير لذا على القاضي مراعاة مصلحة المحضون حالة التنازل بالاستعانة بضابط الاستقرار والامن الذي يساعد على تربية الطفل و نموه الجسمي و العقلي و النفسي.

الاستنتاج:

نستنتج اخيرا ان سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون تختلف نسبة تقديرها من قضية الى اخرى حيث ان لكل قضية ظروفها المحيطة بها فالقاضي في حالة انقضاء اجل المطالبة بالحضانة يحاول تحصيل مصلحة المحضون عند تماطل المرشح لها و عدم تقدمه للمطالبة بحق الحضانة مضيعا حق المحضون، عندها سقط القاضي عنه هذا الحق مراعيا في ذلك عامل الاستعجال مثلما ذكرنا سابقا كما تطرقنا الى سقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم او مساكنة من آلت إليها الخالة أو الجدة. و ان المسالة الاولى مكملة للمسالة الثانية، و هذه الحالة هي الاكثر ضياعا للمحضون و انحرافه عندما يجد نفسه مشتت الذهن بين والديه و آخر مسالة مسقطة للحضانة ذكرناها مسالة استيطان الحاضن في بلد أجنبي وأن القاضي يركز في قراره على حالة السكن في البلد الاجنبي الغير مسلم اكثر من بعد المسافة المذكورة فقها. و ان المشرع لم يذكر حالة الاقامة في التراب الوطني مراعيا في كل ذلك مصلحة المحضون و ذكرنا اهم الضوابط و المعايير لهذه المسائل و كيف انها مترابطة مكملة لبعضها البعض، و قبل الولوج الى المبحث الثاني نذكر مسالة بالغة الاهمية و هي عمل المرأة الحاضنة و مصلحة المحضون و بإلحاح من الفقه القانوني و مواكبة للتطور الذي حدث في المجتمع خروج المرأة للعمل يضيف المشرع الفقرة الثانية يقول فيها: الا يمكن لعمل المرأة ان يشكل سبب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. هذه المسالة كان لا بد منها في تعديله الاخير لسنة

2005. و اكدها القضاء اذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: من المستقر عليه قضاء ان عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة فيمكن للمطلقة ان تضع ابنها مؤقتا في دار حضانة مدرسية او قرآنية و تعود اليه لأخذه بعد انقضاء ساعات العمل. و لا يمكن اسقاط الحضانة عنها بسبب العمل الا اذا اثبت القاضي ان مصلحة المحضون في خطر مادي او معنوي و كان اقتراحنا شخصيا في الفوج الثالث للجنة الوطنية لمراجعة قانون الاسرة بشهر مارس 2004. يقول الأستاذ عبد القادر بن داود .وافقني الراي كثير من الاعضاء، ذلك بان المقرر شرعا و قانونا انه من حق الزوجة العمل و قد يكون شرط في عقد الزواج م 19 ق م. وحقها ثابت بضوابطها الشرعية و القانونية بموجب احكام المواد 10-11-16 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة المنعقدة برعاية الامم المتحدة سنة 1979، يقول الاستاذ عبد القادر بن داود انه و خلال ملتقى الاسرة جامعة عبد القادر قسنطينة سنة 2004، تم التنويه لضرورة الحرص على مبدأ التحفظ في الانضمام الى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ،ما لا يتماشى مع احكام الشريعة الاسلامية و النظام العام في الجزائر وفي رأينا ان عمل المرأة ربما يكون لمصلحة المحضون المادية ما ينعكس على حالته الصحية .و مع كل ما ذكرناه تبقى حقيقة لابد من ذكرها هي ان الطفل بحاجة الى امه لا غير و بقاءه معها مدة اطول لان التربية تحتاج الى تفرغ تام وذهن صافي من متاعب العمل .و نسبة الوقت الذي تقضيه العاملة مع وليدها لا تكفي ابدا للتربية و العناية به خصوصا انها ستكون مرهقة من العمل داخل وخارج المنزل والدليل انه في الوقت الذي خرجت فيه المرأة للعمل زادت فيه نسبة الانحراف و سوء الخلق والجريمة ...في المجتمع.

الخاتمة :

- عرفنا المقصود بقاعدة مصلحة المحضون و كيف يقيم القاضي أو يسقط حق الحضانة بناء عليها.

- عرفنا أيضا ان ما يميز هذه القاعدة انها ذاتية اي تتعلق بكل طفل على حدى و على هذا الاساس ينظر القاضي الى حالة كل طفل بمنظار يخصه و يحدد مصلحته دون غيره انها قاعدة قابلة للتغيير و ذلك لتغير الظروف المكانية و الزمانية، و بالتالي تتغير معها الضوابط و المعايير التي تتحكم فيها

– ما يميز هذه المعايير ان المعيار المعنوي و الروحي الاهم بالنسبة لبقية المعايير و انها متداخلة و مترابطة تكمل بعضها البعض في الكشف عن مصلحة المحضون و لا يمكن تجزئتها و ذلك حتى يستخدمها القاضي لتكوين قناعاته بصفة دقيقة و ذلك باللجوء الى وسائل اخرى كالمعاينة التحقيق والتحري و التقارير الاجتماعية والطبية والنفسية.

– موضوع الحضانة يرتكز على عمل القاضي و ما يمكن أن يقدمه من منفعة للصغير المحضون فتدخله امر حتمي و وجوبي، وبالتالي الحضانة مسألة قضائية بالأساس اي ان حلها يتم أمام القاضي المختص فالمشرع يضع القواعد عامة ومجردة و القاضي يفسرها ويفصل فيها.

–ان مصلحة المحضون هي المقصد الذي دارت عليه اجتهادات القضاة بالتفاصيل التي جاءوا بها في أحكام الحضانة و تقديرهم لتلك المصلحة هو الذي ادى الى الاختلاف في بعض الجزئيات لاختلاف الاوضاع و الاعراف و التقويم الشخصي.

توصيات :

1/لابد للمشرع لحال المحضون بعد انقضاء مدة الحضانه واتباع الفقه الاسلامي في ذلك

2/لابد من انشاء صندوق نفقة للاستعانة به عند اعسار الاب المدين حتى لا يبقى المحضون دون نفقة مثلما فعل المشرع التونسي ،وكذلك انشاء مجمعات سكنية خاصة بالحواضن النساء تابعة للقضاء و ذلك عند عدم تمكن الاب من توفير السكن الحاضنة حتى لا يبقى الطفل دون مأوى باعتبار ان السكن والنفة من المسائل المستعجلة المادة57قا

3/إن الواقع الاجتماعي المعاش يفرض تشجيع العلماء على الاجتهاد لأنه الطريق الوحيد لإعادة الفقه الاسلامي لدوره الريادي في مجال القضاء.

اذا اردنا له النماء فعلينا ان نشجع للآخر ذلك أن الامر متعلق بتغير الزمان والمكان و الانسان. حركة الاجتهاد لان دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري مرهونة به فالاجتهاد لابد منه لإتمام عمل المشرع، اذ ان القانون ثابت لوقت و الاجتهاد متغير و كلاهما مكمل للأخر ذلك ان الامر متعلق بتغير الزمان والانسان والمكان.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم:

- **مراجع فقهية:**

ــ ابو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار بن رجب2003 .

ــ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي في الادلة، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر و التوزيع، حي الثانوية رقم 142ب، الرويبة، الجزائر الطبعة الاولى 1430هـ ــ2009م

ــ الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، صححه محمد حامد الفقي، دار إبن هيثم.

ــ الصادق عبد الرحمان الغرياني، الجزء الثالث، دار ابن حزم، الطبعة الاولى 1429هـ ــ2005م.

ــ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، النكاح و الطلاق، المجلد الثالث دار التقوى، الجزء الرابع.

ــ محمد ابو زهرة، موسوعة الفقه الاسلامي، جمعية الدراسات الاسلامية بالقاهرة 1967م، الموافق ل:1387هـ.

ــ فوزي بن خليل، المصلحة العامة من المنظور الاسلامي، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دار بن حزم ط1، 2006 م.

مراجع قانونية:

ــ قانون الاسرة، القانون رقم 84ــ11. مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل:09 يونيو سنة 1984م والمتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02،05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل:27 فبراير 2005م (ج ر) مؤرخة في 27 فبراير 2005م.

ــ أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الاسلامية، 1997م.

ــ أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاضن الأسرة للمسلمين و غير المسلمين المكتب الجامعي الحديث،2008م.

ــ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، في الزواج و الطلاق 1994م، ص343.

ــ العربي بلحاج، قانون الاسرة، وفق احدث التعديلات (1966م ــ2010م) ،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2012م.

ــ الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الطبعة الاولى .

ــ بن داود عبد القادر، اشكالات قانون الاسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي، 02/05 المؤرخ في 2005/02/20م.

ــ زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى.

ــ محمد بلتاجي، دراسات في الاحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، دار السلام الطبعة الاولى 2006.

ــ محمد كمال الدين، امام احكام الاسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الاولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين احوال شخصية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة 2007م.

ــ محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون أسرة جزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 1992م.

ــ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة ماجيستير قانون خاص كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، 2006م ــ2007م.

ــ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر.

ــ قسم الوثائق للمحكمة العليا، الحضانة، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001م.

- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القظاء، مذكرة ماجيستر، جامعة بن بوسف بن خذة.

مراجع أخرى :

- ابن منظور،لان العرب، دار احديث، المجلد الخامس، القاهرة.
- كريمان بادير، الاسس النفسية دار المسيرة، رومان الطبعة الاولى 2007.
- مفيد حواشيم، ازيدان حواشيم اختصاصات واحتياجات لطفولة المبكرة، دار الفكر الطبعة الثانية 2005

الفهرس:

المحتويات	الصفحة
الفصل الأول : تقدير القاضي قيام حق الحضانة	
مقدمة :	أ
المبحث الأول : مصلحة المحضون و ترتيب مستحقي الحضانة و شروطهم	06
المطلب الاول : مقصود بمصلحة المحضون	07
الفرع الأول : معنى كلمة المحضون	06
الفرع الثاني : تعريف المصلحة	08
المطلب الثاني : ترتيب الحواضن	09
الفرع الاول : ترتيب الحواضن في الفقه الاسلامي	09
الفرع الثاني : ترتيب الحواضن قانونا	10
الفرع الثالث: تقدير القاضي مصلحة المحضون عند إختيار الحاضن	12
المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة	14
الفرع الأول : شروط الحاضن في الفقه الإسلامي	14
فرع الثاني : شروط الحاضن قانونا	18
الفرع الثالث : تقدير القاضي مصلحة المحضون عند تحري شروط الحاضن	22
المطلب الرابع : ضوابط معيار مصلحة المحضون عند اختيار الحاضنة	25
الفرع الاول : ضوابط معيار مصلحة المحضون عند ترتيب الحواضن	25
الفرع الثاني : ضوابط معيار مصلحة المحضون عند تحري شروط الحاضن	26
المبحث الثاني : حق الزيارة وواجب النفقة	28
المطلب الأول : حق زيادة أداة لرقابة المحضون	28
الفرع الاول : حق زيارة المحضون في الفقه الاسلامي	28
الفرع الثاني : زيارة المحضون قانونا	30
الفرع الثالث : تقدير القاضي مصلحة المحضون عند اقرار حق الزيارة	31
المطلب الثاني : نفقة المحضون	33
الفرع الأول : نفقة المحضون في الفقه الاسلامي	33
الفرع الثاني : نفقة المحضون قانونا	34
الفرع الثالث : تقدير القاضي نفقة المحضون	35
المطلب الثالث : مدة الحضانة	37
الفرع الأول : مدة الحضانة في الفقه الاسلامي	37
الفرع الثاني : مدة الحضانة قانونا	37
الفرع الثالث : تقدير القاضي مصلحة المحضون عند تمديد فترة الحضانة	39
المطلب الرابع : معيار مصلحة المحضون عند تقدير حق الزيارة ونفقة المحضون	40
الفرع الأول : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير حق الزيارة	40

الفرع الثاني : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقرير نفقة المحضون	41
الفصل الثاني : تقدير القاضي سقوط حق الحضانة	
المبحث الاول : التنازل الضمني عن الحضانة	47
المطلب الأول : سقوط الحضانة الانقضاء أجل المطالبة بها	47
الفرع الأول : أجل المطالبة بالحضانة في الفقه الإسلامي	47
الفرع الثاني : أجل المطالبة بالحضانة في القانون الجزائري	47
الفرع الثالث : تقدير القاضي مصلحة المحضون من خلال أجل المطالبة بالحضانة	49
المطلب الثاني : سقوط الحضانة لزواج الحاضنة أو مساكنة من آلت إليها	50
الفرع الاول : سقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم	50
الفرع الثاني : سقوط الحضانة لمساكنة الحاضنة بالمحضون مع أمه المتزوجة	53
المطلب الثالث : سقوط الحضانة للإستيطان في بلد أجنبي	55
الفرع الأول : رأي الفقه الاسلامي في انتقال الحاضن إلى بلد أخر	55
الفرع الثاني : استيطان الحاضن في بلد أجنبي قانونا	56
الفرع الثالث : تقدير القاضي سقوط الحضانة لاستيطان الحاضن في بلد أجنبي	57
المطلب الرابع : ضابط معيار مصلحة المحضون في المسائل السابقة	58
الفرع الأول : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير إنقضاء الأجل	58
الفرع الثاني : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير سقوط الحضانة لزواج الحاضنة	59
الفرع الثالث : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقرير سقوط الحضانة لاستيطان الحاضن في بلد أجنبي	61
المبحث الثاني : التنازل الصريح عن الحضانة	62
المطلب الأول : سقوط الحضانة للتنازل الحاضن بإرادة منفردة	62
الفرع الأول : تنازل الحاضنة بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي	62
الفرع الثاني : تنازل الحاضنة بإرادة منفردة قانونا	63
الفرع الثالث : تقدير القاضي سقوط الحضانة لتنازل الحاضن بإرادته	64
المطلب الثاني : سقوط الحضانة للتنازل الاتفاقي عن الحضانة	65
الفرع الأول : تنازل الاتفاقي عن الحضانة قانونا	65
الفرع الثاني : تقدير القاضي مصلحة المحضون حال التنازل الإتفاقي	67
المطلب الثالث : ضابط معيار مصلحة المحضون عند تقدير القاضي سقوط الحضانة للتنازل الصريح	69
الفرع الأول : الضابط المعنوي و الروحي	69
الفرع الثاني : ضابط الأمن و الاستقرار	70
الخاتمة	74-73
قائمة المراجع	77–75