جامعة زيان عاشور - بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مبـدأ مراعاة مصلحة المحضــون
في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب :
مسيكة محمد صغير

إشراف الأستاذ :
د. مخلط بلقاسم

لجنة المناقشة :

1- د.بشار رشيد .....رئيساً
2- د.مخلط بلقاسم .....مقرراً
3- د. داود منصور.....مناقشاً

السنة الجامعية
1436 – 1437 هـ // 2015 – 2016 م

جامعة زيان عاشور - بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مبـدأ مراعاة مصلحة المحضــون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب :

مسيكة محمد صغير

إشراف الأستاذ :

د. مخلط بلقاسم

لجنة المناقشة :

1- د.بشار رشيد .....رئيساً

2- د.مخلط بلقاسم .....مقرراً

3- د. داود منصور.....مناقشاً

السنة الجامعية

1436 – 1437 هـ // 2015 – 2016 م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ ﴾

سورة القصص – الآية (14)

﴿ ..... فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلا تَحْزَنَ ..... ﴾

سورة طه – الآية (40)

﴿ ..... وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

سورة الإسراء - الآية (23)

حدثني عن أطفال أي امة أحدثك عن ماضيها واصف لك حاضرها وأنبئك بمستقبلها

قول مأثور

الإهداء

إلى معلم البشرية الأول محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم

إلـــى روح كل معلم للناس الخير

إلـــــى روح والدي العزيز رحمه الله

إلـــــى أمي الكريمة المجاهدة أطال الله عمرها

إلـــــــــــى زوجتي الحبيبة

أبنائي فلذات كبدي

إخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى كل من علمني حرفا أو رقما

أهدي صالح هذا العمل

شكر وعرفان

مـــــن كان في نعمة ولم يشكر خرج منها ولم يشعر

وقـــــولوا للناس حسنا وأقل ما أقوله في هذه الفرصة الكريمة هو الشكر الجزيل لكل من قدم لي يدّ المساعدة من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل وأخص بالذكر اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشتها لي وعلى رأسها الأستاذ المشرف " مخلط بلقاسم " الذي لم يألو جهداً ولم يبخل بالنصح فجزاه الله كل خير

مقدمة

إن الشرائع السماوية والقوانين الوضعية جميعها جاءت لتنظم حياة الإنسان و تبعدها عن الفوضى والاضطراب وتجعل علاقات الناس أكثر انسجاما وتفاهما ولعل أكثر الناس احتكاكا ببعض هم أفراد الأسرة الواحدة لهذا كان لزاما على المشرعين أن يجعلوا للأسرة الحظ الأوفر من القوانين لان الأسرة هي المؤسسة التربوية الأولى والقاعدة الصلبة التي تشكل شخصية الإنسان وتصقلها والمدرسة والمصدر الأول للتعليم وإشباع الحاجات التربوية والنفسية للطفل كما أنها تغرس فيه روح وآداب الأخلاق الحميدة والتعامل مع الغير ولان الطفل ليس ملكا لوالديه فقط بل هو ملكا للأمة فهو رجل المستقبل وإطاره وأن ما يتلقاه في الأسرة يرسم الملامح الأساسية للشخصية المستقبلية التي يصبح من الصعب تغييرها أو استبدالها صالحة كانت أو طالحة لهذا كان من أهم ما يعني به الإنسان هو تكوين أسرة سليمة مبنية على الحب والتفاهم والانسجام ويبدأ ذلك من اختيار الزوجين لبعضهما مصداقا لقوله تبارك وتعالى :

﴿ .. وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ .. ﴾[1] وقوله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس .... »[2].

ومن ثمة اختيار أفضل وسائل العيشة الممكنة للأبناء لكن قد تطرأ مشاكل في الحياة الزوجية ليصبح التفاهم والبقاء معها متعسراً مستحيلاً فيحدث الطلاق ، ومن أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية الحضانة التي قد ينشأ التنازع حول حضانة الأولاد لهذا اهتمت التشريعات لموضوع الحضانة وأولته بالغ الأهمية فخصصت له قوانين ومدونات ، وكتبت فيها كتب ومجلات والتي يضعها المشرع هاديا للقاضي يسترشد بها فيما يعرض من القضايا ولا يتقيد فيها بحل واحد بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف ، فتكون بذلك أداة القانون طيعة في يد القاضي فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون ولا بد أن نفهم أن السلطة التقدير للقاضي لا تنصب على نص القاعدة القانونية وإنما تنصب على افتراضيات تطبيقها و الآثار المترتبة على ذلك ومجموعة الحقوق والوقائع المتعلقة بها ، وبما أن قضايا شؤون الأسرة والأحوال الشخصية هي القضايا الأكثر تعقيدا لأنها ذات خصوصيات مرتبطة

1 سورة النور،آية26 .
2 رواه ابن ماجه في سننه (01/633)برقم 1968 وأخرجه الحاكم في المستدرك (02/176)رقم 2687.

بالحياة الاجتماعية وقضايا نفسية متعلقة بالرحم والصلة والأقارب لهذا يكون من الصعب الفصل فيها بقواعد قانونية عامة ومجردة بحتة بل يجب أن تتدخل يد القاضي في تقدير مصلحة الأطراف وبالخصوص في قضية الحضانة وعليه يطرح علينا الإشكالية التالية :

إشكالية الدراسة :

- إلى أي مدى تمت مراعاة مصلحة المحضون كمبدأ مستقر في الفقه الإسلامي وفي ظل قانون الأسرة الجزائري ؟ .

ومن خلال هذه الإشكالية الرئيسية يمكن أن نطرح التساؤلات التالية :

- ما مفهوم الحضانة ومن الأولى بها ؟ .
- ما هي الجهة الأكثر أمانا وحفظا للمحضون وكيف يتم ترتيب الحواضن ؟
- ما هي الطرائق التي تحقق بها مصلحة الأطراف جميعا وعلى رأسها المحضون ؟
- ما هي الأدوات والوسائل في يد القاضي لتحقيق ذلك ؟

ولكي نجيب على هذه الإشكاليات يمكن أن نطرحها في فصلين نعالج في الفصل الأول ((مفهوم ومميزات قاعدة مصلحة المحضون وشروط استحقاق الحضانة)) وسنعالج في الفصل الثاني ((أصحاب الحق في الحضانة والسلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون))

وبما أن للموضوع أهمية بالغة كما أسلفنا والتي تنحصر في الاهتمام بالطفل والتحري على مصلحته الفضلى فانه يجب أن نعرف ما لهذا الموضوع من أهمية .

أهمية الموضوع :

- أن الكثير من الحاضنين لا يعرفون الآثار القانونية المترتبة على الحضانة .
- أن الكثير من الأزواج والأهل لا يعرفون حقوقهم ووجباتهم اتجاه المحضون .
- تمسك الأطراف بحقوقهم ومصالحهم وإهمال مصلحة المحضون في أغلب الأحيان .
- تمكين المحضون من العيش الحسن والحياة الكريمة .
- معرفة مدى اهتمام الفقه والقانون بالمحضون .

أسباب اختيار الموضوع :

لعله يمكن ذكر بعض أسباب اختياري لهذا الموضوع فيما يلي :

- طبيعة وظيفتي كمدرس ومصادفة كثير الحالات من الأطفال المحضونين يعانون من ظلم الأولياء .
- أن الحياة الاجتماعية وأروقة المحاكم تعج بظاهرة الطلاق .
- كثرة الأطفال الذين دفعوا ثمن هذا الطلاق .

الدراسات السابقة :

- مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة
  زكية حميدو مذكرة دكتوراه – تلمسان – 2005
- مصلحة المحضون بيه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري
  برقوق نسرين مذكرة ماستر– بسكرة – 2015
- الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
  كربال سهام : مذكرة ماستر– البويرة – 2013

لقد تطرقت هذه الرسائل في مجملها إلي الحضانة ومصلحة المحضون إلا انه لحساسية الموضوع وقصور العمل البشري الذي دوما يعتريه النقص، وكذا أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية شخصية تتعلق بالنفس البشرية و تقدير المصالح التي تتغير بتغير الأحوال ، فانه كان لزاما أن يحضى الموضوع بشرح وإسهاب أكثر لتبيين ما به من لبس في بعض حيثياته وتفاصيله .

المنهج المتبع :

وفي هذه الدراسة اعتمدت لمناقشة الإشكالية والوصول إلى الحلول على المنهج الوصفي للإطار العام لمجموعة الظواهر المتعلقة بموضوع الحضانة ، وكذا المنهج التحليلي وذلك باستدعاء النصوص الفقهية والمواد والقواعد القانونية وتحليلها من خلال آراء الفقهاء والاجتهادات القضائية .

أهداف الموضوع :

- تبيين أهمية الحضانة في حياة الفرد والمجتمع .

- إبراز أهمية دور القاضي في إسناد الحضانة .
- معرفة دور كل الشركاء في تحديد مصلحة المحضون .
- أن نصل بالطفل المحضون إلى مصلحته الفضلى .

صعوبات الدراسة :

- ضيق الوقت .
- قلة المراجع المتنوعة التي تطرح وجهات نظر متباينة في الموضوع .
- عدم وجود مراجع في الموضوع مستقلة عن موضوع الحضانة بصفة عامة .

وعليه فإنه للإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة يمكن أن نقترح المناقشة وفق **الخطة التالية :**

الفصل الأول: مفهوم ومميزات قاعدة مصلحة المحضون وشروط استحقاق الحضانة

المبحث الأول: مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون .

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة .

الفصل الثاني: أصحاب الحق في الحضانة و السلطات المخولة للقاضي لتقدير المصلحة

المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة في الفقه والقانون

المبحث الثاني : السلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون

الفصل الأول

مفهوم ومميزات قاعدة مصلحة المحضون وشروط استحقاق الحضانة

المبحث الأول: مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون .

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة .

إن من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية هي الحضانة والتي يصعب الفصل فيها عند التقاضي لما في ذلك من صعوبة في تقدير حقوق الأطراف ومصالحهم نتيجة الروابط الأسرية المتشابكة ونتيجة لعدم معرفة أين تكمن مصالح الأطراف وعلى رأسها مصلحة المحضون ، لهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين سنعالج مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون (المبحث الأول) ، وسنعالج شروط استحقاق الحضانة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون :

إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية ، وكان العمل بها على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة رضوان الله عليهم ، فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه ، فذهبت جدته أم آمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه وقال لعمر : " ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك " [1] .

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية إلا أنها جديدة في القوانين العربية الحديثة ، ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين ، وهذا لأجل ضمان حقوق الطفل والتكفل به ، واعتبروها أهم طريق أو منفذ يستطيع القاضي من خلاله أن يحمي الطفل ويرعى مصالحه دون التقيد بالنص القانوني ، حيث يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية حسب كل قضية وعليه سنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون (المطلب الأول) ، كما سنبين مميزات الحضانة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون :

إن الحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن إقامة مصالحه وتدبير شؤونه واحتياجه إلى من يقوم له بهذه الأمور ويتعهد بالعناية والرعاية حتى يشب ويصبح قادراً على القيام بأمور نفسه من اجل الحفاظ عليه من التشرد والضياع حيث تتحدد مدّتها بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقاً لمصلحته لذلك يقسم هذا المطلب إلى فرعين : تعريف الحضانة ومحلها (الفرع الأول) ، تعريف المصلحة عند المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الحضانة ومحلها :

[1]– جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج3، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ومن أحق به ، ط1 ، مؤسسة الريان ، لبنان ، 1999 ، ص 266 .

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره سواء كان ذلك من الأم أو من يقوم مقامها ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، والمحافظة على المحضون تكون شاملة ، من تدبير طعامه وملبسه ورعايته وتنظيف جسمه ومكان إقامته وذلك في سن معين وتكون هذه الرعاية والحماية ممن له الحق في كفالة الطفل .

أولاً : تعريف الحضانة

1- تعريف الحضانة لغةً :

الحضانة مشتقة من كلمة حضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح ، وقيل هو في الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان و هو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها ، وحضن الصبي يحضنه حضنا وحضانه جعله في حضنه [1].

ولذلك سميت الحضانة بالحضانة لان أقرب مكان للطفل هو حضن أمه .

2- تعريف الحضانة شرعاً :

اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة حيث قيل أنها تربية الولد لمن له حق الحضانة ، أوهي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل أو كبير أو مجنون ، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه ، وتنظيمه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة [2].

كما عرّفها البعض بأنها حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك ،وقيل كذلك بأنها حفظ الولد في نفسه ومئونة طعامه ولبسه ومضجعه وتنظيم جسمه[3] .

ورغم اختلاف الفقهاء في تعريف الحضانة إلا أنهم لم يخرجوا في التعاريف التي قدموها في الحضانة عن تربية الولد ، و رعاية شؤونه ، سواء في طعامه أو ملبسه ، أو نومه ، أو تنظيفه ، أو غسل ثيابه ، ولا فرق في ذلك بين الطفل الصغير أو الكبير أو المجنون أو المعتوه فكلها تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون النفسية والجسمية والعقلية .

---

[1] – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، لسان العرب ، ط1 ، دار الصادر ، بيروت ، مجلد9 ، ص 12.

[2] – وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، 1996 .ص ص 7295–7296.

[3] – رشدي شحاتة أبو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية مصر ، ط1، 2012 ، ص 36.

3- تعريف الحضانة قانوناً

عرّف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في نص المادة 62 بأنها : " رعاية الولد وتعلميه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا [1]ً" .

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده ، ممن له حق الحضانة وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته [2] .

الملاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 لم يعرّف الحضانة لكنه حددّ معاييرها وأهدافها والتي تتمثل في رعاية المحضون وتعليمه وتربيته وفق تعاليم دين الأب وصيانته من كل ما يضر به والحرص على حفظ صحته وأخلاقه مشترطا في ذلك أهلية الحاضن لتحمل هذه المسؤولية وذلك مراعاة لمصلحة المحضون

ثانياً : تعريف محل الحضانة " المحضون " :

1-تعريف المحضون لغةً :

المحضون يطلق على الطفل والطفلة الصغيران وجمع أطفال ولذلك قيل يدعى طفلاً حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم[3] ، كما يعرف أيضا : بأنه المولود حتى البلوغ[4].

تعريف المحضون شرعاً :

الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة لقوله تعالى: " ثم يخرجكم طفلا "[5]وتمتد هذه المرحلة إلى مرحلة البلوغ .

2- تعريف المحضون قانوناً :

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري المحضون لكن بالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة 02 من القانون المدني نجدها قد حددت سن الرشد بـ 19 سنة كاملة [6].

---

[1] – المادة 62 من قانون الأسرة ، رقم 84.11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، وفقا للأمر رقم 05 .02. المؤرخ في 27 فيبراير 2005 .

[2] – بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر ، طبعة 1999 ، ص 380.

[3] – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، مرجع سابق ، ص 12.

[4] – المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، ط1 ، ج1 ، 1980م ، ص 408.

[5] – سورة غافر ، الآية 28.

[6] – المادة 40 فقرة 02 ، من قانون المدني 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم وفقاً للأمر رقم 27 يونيو ، 2005 ،

كما جاء في القانون 12/15 ، " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يلي : الطفل كل شخص لم يبلغ الثامن عشر (18) سنة كاملة [1]

أي أن المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل أو كبير ، أو مجنون أو معتوه فلا تثبت الحضانة إلى على الطفل أو المعتوه ، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه [2].

كما ورد تعريف الطفل في اتفاقية حقوق الطفل في المادة واحد الجزء الأول " الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة "(الثامن عشر) ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه "[3] .

إذن ومن خلال ما سبق فالمحضون هو طفل صغير من وقت خروجه من بطن أمه إلى أن يصبح صبيا قادرا على الاهتمام بنفسه والتكفل بشؤونه .

[1] – قانون 12/15 المؤرخ في : 2015/07/15 متعلق بحماية الطفل

[2] – عبد القادر بن حرز الله ، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007 ، ص 358 .

[3] – برقوق نسرين : مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ماستر ، بسكرة،2015 ،ص03.

الفرع الثاني : تعريف المصلحة عند المحضون

أولا تعريف المصلحة :

1- تعريف المصلحة لغةً :

المصلحة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة [1]، والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر ، لان قوام الإنسان في دينه ودنياه وفي معاشه ومعاده بحصول الخير ودفع الشر ، حيث أن قواعد الشريعة الإسلامية مبينة على جلب المصالح ودرء المفاسد .

2-تعريف المصلحة شرعا:

يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها ومن بين تعاريف المصلحة التعريف الذي قال به الخوارزمي بأنها : " المحافظة على قصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق " ، كما عرفها الشاطبي : " هي ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق " ، وأضاف إلى قوله هذا أن قصد الشارع في وضع الشريعة إنما هو مصالح العباد في الآجل والعاجل معا ، وأن كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة وهي : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، والمال ، يعد بمثابة مصلحة [2].

كما يقول الإمام أبو حامد الغزالي : " إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن تعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، أنفسهم ، عقلهم ، نسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو منفعة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة.

3-تعريف المصلحة قانوناً :

[1] – زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة شهادة دكتوراه في القانون،ص66.

[2] – عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2011 ، ص 63.

لم يعطي تشريع الأسرة تعريفاً للمصلحة وإنما وظف تارة لفظ المصلحة ، وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر للمصطلح ، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد القانون ، إلا أن المشرع لم يجد مانع للتعبير عنها بالألفاظ أخرى كلفظ النفع في نص المادة 83 من قانون الأسرة ، كما أشار إلى موضوعها دون ذكر المصطلح [1].

حيث أننا نلاحظ أن المشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة التي أغلبها متعلقة بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر مثل ذلك المواد 96.90.84.69.67.66.65.64.7. من ق أ ج .

كما أنه جاء تعريفها في فقه القانون على عدة أوجه حيث يرى الأستاذ " دونييه " انه من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقاً ، ويستدرج في طرحه معتبراً مصلحة الطفل مسألة مستقبل ، وهذا ما يزيد من صعوبتها ، فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقاً من هذا الحاضر ، لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله ، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة [2].

أما " ألميراك " فيرى أن : " مصطلح مصلحة يحتوي على مصطلح آخر وهو الفائدة ، فالمصلحة هي الفائدة أو ما يعود بالفائدة على شخص ما أو شيء ما ، والمصلحة هي أيضاً الارتباط والعناية والرفق والإحساس الذي يجعلنا نبحث عن ما هو ضروري ومهم ومربحٌ .

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية تطرح عدّة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية ولا تعني مصلحة مالية فحسب ، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام والواسع [3] .

ثانيا : تعريف مصلحة المحضون :

---

[1]– زكية حميدو ، المرجع السابق ، ص 67.

[2]– كربال سهام : الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، البويرة ، 2013 ، ص 31.

[3]– المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

فحسب نص المادة 64 فإن المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة ، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون .

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانون أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون [1] .

لذا فإن مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى (النظام العام ، الآداب العامة ، حسن النية وغيرها) فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها ، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا [2].

إن مصلحة الطفل قاعدة تتقمص كل الأشكال وتقترن بكل الأزمنة وتترجم بطريقة واضحة تطور قانون الأسرة الذي أصبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الاهتمام .

المطلب الثاني : مميزات الحضانة وتمييزها

في هذا المطلب سوف نتطرق إلى كيفية معرفة الحضانة من خلال مميزاتها (الفرع الأول) وكذا كيفية تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مميزات الحضانة

أولاً : مميزات الحضانة من حيث الخصائص

1- قاعدة ظرفية :

إن قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ظرفية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه فمصلحة أطفال المدن تختلف عن مصلحة أطفال البوادي ، حيث أن الانقطاع عن الدراسة عند البدو الرحل في بعض الأحيان قد لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن طبيعة حياة البدو الرحل تقتضي ذلك ، فالعكس عند أطفال المناطق المتمدنة

[1] – الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 133.

2 - كربال سهام :المرجع السابق ، ص 32.

لأن الانقطاع عن الدراسة يعد من أسباب سقوط الحضانة لما فيه من تقصير في تربية الولد ومتابعة تعليمه [1].

2-قاعدة واقعية :

كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان ، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا ، فإذا كان القرن الماضي لا يعرف اللقحات فإن هذا القرن استوجب أنواعا متعددة ومتتالية من اللقاحات ، والتقصير فيها يعرض الطفل للخطر مما يعد أكبر مساس بمصلحته .

3-قاعدة شخصية ذاتية :

كذلك تختلف مصلحة الطفل الحديث الولادة عن مصلحة الطفل الذي يبلغ الخامسة أو السادسة من عمره ، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة ، ولا يمكنه ان يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه التي هي أعطف الناس عليه وأكثرهم تحملا لمتاعبه ، فيشغلها اهتمامها به عن كل شيء أخر ، والطفل في هذه المرحلة لا يمكنه أن ينمو طبيعيا من حيث استعداده الفطري بجميع ملكاته إلا إذا كان في جو ملؤه العطف والشفقة ، بينما الطفل الأكثر سنا يستطيع القيام لوحده ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده [2].

4-الحضانة حق مشترك :

هي حق للحاضن من جهة باعتبار أن المستفيد من الحضانة صاحب حق فيها ، وصاحب حاجة لها لما في ذلك من إشباع الرغبات الإنسانية مثل الأمومة والأبوة ، أو الحنان بصفة عامة اتجاه الأبناء والأطفال ، كما أنها حق للمحضون في تولي الرعاية والتربية والحفظ.

5-الحضانة بمقابل مالي :

الأصل في الحضانة أنها بمقابل مالي لان من متطلبات الحضانة الرعاية والتعليم والصحة وغيرها من نواحي الحياة وهي مكلفة ، بالإضافة إلى الجهد المبذول فيها وكل

[1] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 32.

[2] – المرجع نفسه، ص 33.

ذلك يحتاج إلى مقابل مالي ،رغم أن القانون لم يشر إلى ذلك وحتى أغلب الفقهاء لم يجعلوا ذلك على سبيل الإلزام بصفة عامة .

5- عدم تجزئة الحضانة أو التنازل عنها :

إن الحضانة لا يمكنها أن تنصب على صنف واحد من الأولاد فقط كالذكور مثلاً أو الإناث دون الجنس الآخر ، فهي كل لا يتجزأ كما أنها غير قابلة للتنازل مقابل أي امتياز أو حق ، وأنها غير قابلة لقبول خدمات معينة دون الأخرى .

6- الحضانة هي من النظام العام :

لأنها متعلقة بحفظ الصحة وسلامة وتربية الأطفال الذين هم مستقبل الأمة وتحت طائلة الإجراءات الجزائية والمساس بها هو تهديد محدق بالأطفال .

ثانيا : مميزات الحضانة من حيث المعايير

إن هذه القاعدة تقوم على عناصر عدّة حتى تتحقق مصلحة المحضون، فعلى من أسندت إليه الحضانة أن يقوم بتوفير العناية والرعاية اللازمة لحفظ الصغير المحضون من كل جوانب الحياة اليومية وهي ما نسميه معايير معرفة قاعدة مصلحة المحضون والتي سنوجزها فيما يلي :

1-المعيار المعنوي الروحي :

نصت المادة 62 ق أ ج على " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا " والمقصود بالرعاية للصغار هي الاهتمام والمحافظة عليهم ومراقبتهم ، ومنه يرى بعض الفقهاء أن الرعاية هي تقديم وسائل التربية والتهذيب والبعد بالحدث عن سوء السلوك والإجرام وسد الذرائع أمامهم ، وذلك بتقرير الحقوق التي كفلها الإسلام للعناية بهم ، فأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة ولا شك أن الفقه برمته لا يعارض هذا المعيار [1].

فقد عني الفقه الإسلامي كل العناية بمصلحة الطفل المعنوية ، جاعلاً من أسباب اكتساب الحق في الحضانة شروطاً مضبوطة ، وانتفاء هذه الشروط يؤدي حتماً إلى

1 – عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 65–66.

سقوطها ، فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى بل أخطر ما يمكن أن يتعرض له الطفل أن يمس في تربيته وعقيدته[1] .

2 – معيار الاستقرار :

حيث أثبت العلم الحديث أن الطفل لكي ينموا نموا عاديا ويكبر سليما نفسيا وعقليا وجسميا يجب أن نؤمن له نوعا من الاستقرار النفسي وتلبية حاجاته من العطف والحنان اللذان لن يجد منبعهم الرئيسي إلا عند آمه أو من يقاربها بالشفقة .

وعليه فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر ويغير حاضنته من واحدة إلى أخرى سيعيش اضطرابا نفسيا حادا [2]، فمصلحة المحضون تقتضي توفير محيط عائلي منسجم متشبع بالقيم الدينية والأخلاقية ومستقر ، حيث تهدأ نفس المحضون فيه وتطمئن وتحس بالأمان مع من هو أهل لحضانته [3] ، وعليه لا بد أن يكون هذا الأخير هو نفسه مستقرا وقادرا على رعاية المحضون وأهلا للحفاظ عليه ، فقد اشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة 64 من ق أ ج ، أن يكون الحاضن أهلا للقيام بالحضانة يتوفر الشروط الواجبة لذلك .

3 – معيار الأمن والصحة :

ونظرا لأهمية هذه الرعاية وباعتبار أن النساء هن الأقدر عليها ، تم تقديمهن في ترتيب الحاضنين وهذا ما جاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية ، كذلك نص المشرع على هذه الرعاية في المادة 330 قانون العقوبات [4] ،على أن احد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده لخطر جسيم بان يسيء معاملتهم أو يكون مثالا سيئا لهم بالاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم ، وذلك سواء قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من25000 الى100000، وذلك حماية لمصلحة المحضون وتغليبها قانونيا وفعليا على أي اعتبار آخر .

---

1 - كربال سهام ، المرجع السابق ، ص 33 .

[2] –عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 66.

[3] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[4] – أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 ،المعدل والمتمم بالقانون رقم06–23المؤرخ في 20ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات الجزائري.

4 – المعيار المادي :

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية ، فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي لان إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح ولأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها ، فالأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكل وملبس ومصاريف علاج ومصاريف دراسة سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو منحلة [1] .

كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به وجودا وعدما فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم والملبس فقط ، بل إن إسكان الطفل يبعده من التشرد والضياع والجنوح ، فتوفر هذه الحاجات الضرورية للمحضون تجعله يحس بالاطمئنان والاستقرار وينمو نموا سليما من جميع الجوانب بدنيا وعقليا وصحيا وروحيا ومعنويا [2] .

والمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم ، إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد ، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو بدنية أو لسبب التعليم وهذا حسب نص المادة 75 من ق أ ج كما أنه حدد مشتملات النفقة في المادة 78 بنصها على : " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " .

ومنه جعل المشرع عدم تسديد النفقة جريمة معاقب عليها قانونا إذ نص في المادة 331 ق ع ج " يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه ، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقه إليهم ، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في آية حال من الأحوال " .

---

[1] – كبال سهام : المرجع السابق ، ص 34.

[2] – عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 67.

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن مفاهيم مشابهة

في كثير من الأحيان يصعب التمييز بين مفهوم الحضانة وبعض المفاهيم المشابهة التي ينبغي التدقيق فيها لمعرفة الاختلاف الواضح بينهما ، وبالخصوص ما تعلق بمفهوم الولاية والكفالة والوصاية ، والتي سنعرض تفاصيلها كما يلي :

أولا : التمييز بين الحضانة والولاية عن النفس :

إن الحضانة والولاية على النفس يشتركان في الهدف المراد من تشريعهما ألا وهو حفظ مصلحة المحضون إذ أن الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيء فيحتاج إلا من يقوم بأمره ويحفظ مصالحه [1].

إلا أن الولاية والحضانة لهما عدة اختلافات نذكرها من عدة جوانب :

1-من حيث مصدرها :

إن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين ان لها سابقة في تأسيس الحضانة ، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة على خلاف الولاية على النفس مؤسسة على القانون المدني وقانون الأسرة .

2-من حيث موضوعها :

إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها ترتسم في موضوع كل منهما لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية ، هذه التعابير في مجملها تنطوي على فكرة واحدة مفادها أن الحضانة خدمة مادية ترمى إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبية حاجاته المادية كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه والحديث معه ومداعبته [2].

3- من حيث أشخاصها :

إن الحضانة تقررت للنساء لأنهن أقدر على هذا النوع من الخدمة لما لهن من خبرة في هذه الأمور والصبر عليها لذلك فقد فضلن على الرجال [3].

---

[1] – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 07 .

[2] – حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 92.

[3] – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 07.

بينما الولاية على النفس تثبت للعصبات فقط [1].

4- من حيث سن الطفل :

تمارس الحضانة على الطفل في صغر حياته ، أي منذ ولادته وفي المرحلة الأولى من طفولته ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعاً ، وفي ذلك يقول " عبد الرحمان الصابوني : " ...وعلى وليّ النفس ضمُ الولد إليه بعد انتهاء فترة حضانة النساء ..."

5 – من حيث شرط وحدة الدين :

يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه . أما الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة

6- من حيث انقضائهما :

تنقضي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغ عشر سنوات والأنثى ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة ،أما الولاية عن النفس تنقضي ببلوغ الذكر وزواج الأنثى أو تقدمهما في السن[2].وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد[3]

ثانياً : التمييز بين الحضانة والكفالة

لقد عرفة الفقهاء الكفالة بضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالنفس أوالدين أو عين أو عمل وهو قول الأحناف ،أما باقي الأئمة فيعرفونها بأنها : " ضم الذمتين في المطالبة بالدين ،والكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع لقوله تعالى : " وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " [4] ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : " الزعيم غارم ".وقد عرّف قانون الأسرة الجزائرية الكفالة في نص المادة 116 بأنها: " إلزام

---

[1] – وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 746.

[2] – حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 95–96 .

[3] - برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 08.

[4] – سورة يوسف ، الآية 72.

على وجه التبرع للقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "[1] .

ثالثاً : التمييز بين الحضانة والوصاية

لقد جاء في مختار الصحاح بان الوصاية جاءت من وصي بشيء وأوصى إليه جعله (وصيه) واسم الوصاية بفتح الواو ، كسرها وتواصى القوم أي أوصى بعضهم بعض[2] إلا أنها تتفق وتختلف عن الحضانة مع نوعا ما.

فالوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر لما يكفل حسن إنفاقها " ، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته " ، ولذلك فإن الفقه الإسلامي قد فرق بين حق الحضانة والوصاية ، فخول لوالد الطفل أنه يعين عليه وصياً مختاراً يدير أمواله ، ولم يجعل له حق الاختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوط بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها ولا اعتبار ، لإرادة والده فيها[3] .

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري الوصاية من خلال نصوص المواد" 92 إلى97" ، حيث نص في المادة 92 يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم ، مع مراعاة أحكام المادة " 86 " من هذا القانون والتي تنص على أن : " من بلغ سن الرشدّ ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني "[4].

رغم اختلاف الوصاية عن الحضانة باعتبار أن الوصاية تهدف إلى رعاية أموال القاصر وحسن تسييرها أما الحضانة فتهدف إلى رعاية الطفل وحفظه في جسمه وطعامه وملبسه وغير ذلك أي أن الحضانة تهتم بالجانب التربوي والديني والخلقي عكس الوصاية التي تهتم بالجانب المالي إلا أن الهدف الرئيسي لكل منهما هو تحقيق مصلحة المحضون.

---

[1] – المادة 116 من قانون الأسرة ، من الأمر رقم 05–02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2] – محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، بيروت ،1986 ، ص 302.

[3] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[4]– نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2006 ، ص313.

رابعاً : التمييز بين الحضانة والتبني

تعريف التبني

التعريف اللغوي : التبني من تبنى تبنيا ويقال تبنى الصبي أو ادعى بنوته أو اتخذه ابنا .

التعريف الاصطلاحي : لقد تعددت التعريفات فمنهم من عرفه بحسب مضمونه ومنهم من عرفه بحسب غايته ، حيث :

- عرفه الدكتور محمد صبحي نجم : التبني هو أن يتخذ الرجل له ولداً ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبنى إلى من تبناه .
  ويكون له هذا المتبنى حقوق الولد ، من تبنى لا يقول إن هذا المتبنى ابني ومن صلبي ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق الوالد وقطع نسبه إلى غيره.
- عرفه الأستاذ فضيل سعد: التبني هو عملية إلحاق شخص بأخر معلوم النسب أو مجهوله مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير، امرأة أو رجل ويسمى المتبني ،أما الخاضع لهذه العملية فهو المتبنى .
  والمتبنى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط.
- عرفه الدكتور عبد الرحمان صابوني هو أن يدعي الشخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب .
- وقد عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على اثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في مادة 13 في فصل المتعلق بالتبني فالغرض الأساسي من التبني فهو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لا يتمكن والداه الأصليان من توفير رعاية له[1].

[1] – علال أمال : التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير حقوق ، قانون الأسرة ،مسيلة ،2009/2008،ص15–16.

1-خصائص التبني :

التبني نظاما قديم عرفته المجتمعات العربية في العصور الجاهلية والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان والتبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبرتوكولات دولية حيث انه :

- ينصب على القصر دون سواهم ذكرا كان أم أنثى .
- يتميز بإلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا .
- تنزيل المتبنى منزلة الابن ألصلبي بمساواته والحقوق معه .
- يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم أنثى كان .
- إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته .
- يغلب على التبني الطابع الشكلي والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل المرشح للتبني.
- يتميز التبني بخصوصية تصديره بموجب حكم قضائي بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل ألفضلي .
- التبني يعطي للمتبنى الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يلقى عليه واجبات مثل الابن الشرعي .
- إن مضمون التبني يشمل الولاية التامة على نفس ومال المتبنى من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني

إذن: التبني يمتاز بإلحاق نسب المتبنى ومنح اللقب ، الولاية على نفس ومال القاصر المتبنى ، تمكينه من الإرث ، حقوق و واجبات متبادلة بين المتبني و المتبنى ، يثبت بموجب عقد أو حكم قضائي ، إمكانية إسقاط التبني ، المتبنى شخص مجهول النسب أو معلوم أو لقيط بغض النظر عن الجنسية .[1]

2-التمييز بينهما :

- إذا كان التبني هو عقد ينشأ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بأبوة وبنوة مفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى

[1] علال أمال : المرجع السابق ، ص18.

المتبني ، في حين الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته علي دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

- كما إن المشرع حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد واستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي ، مع مراعاة مصلحة المحضون ،فإن ذلك لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين ولا يلحقه بنسب الحاضن ،إذ العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير ،إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضائها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة .
- إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب ،أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله .
- إن المحضون يحتفظ بنسبه على خلاف المتبنى الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية ، ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب .
- يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة ،كقاعدة عامة ،على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني أن يكون متزوجا .
- يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة مثلا ،أما الحضانة فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين .
- التبني محرم فقها وقانونا (المادة41 قانون الأسرة الجزائري) والحضانة واجبة شرعا وقانونا[1] .

المبحث الثاني:شروط استحقاق الحضانة بناءاً على مصلحة المحضون

[1] - علال أمال : المرجع السابق ، ص23.

يولد الولد وهو محتاج لمن يعتني به ، ويقوم بتربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه في مراحل حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالحه بنفسه ، غير مدرك لمّا يضره و ينفعه [1].

حيث تتطلب تلك العناية مقدرة معينة ، اشترط المشرع في استحقاقها أموراً باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة ، وبفقدان واحد منهما يتطرق الخلل إلى تربية الصغير ،وهذه الشروط تشترط في كل من يثبت له حق الحضانة ولا فرق في ذلك بين النساء والرجال، حيث بعضها خاص بما إذا كانت الحاضنة امرأة وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلاً[2]

ولكي تسند الحضانة إلى مستحقها يجب أن تتوفر فيه شروطا حتى يتمكن من رعاية المحضون وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال (المطلب الأول) ، الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال :

تختلف الشروط الواجب توفرها في متولي الحضانة وذلك بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك لاختلاف الفقهاء في تحديد هذه الشروط ومنه سنعالج هذه الشروط العامة من منظور الشرعً و في ظل قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : الشروط العامة من منظور الشرع

يشترط في الحاضن من النساء والرجال ما يأتي :

أولا : البلوغ

اشترط المالكية البلوغ والرشد فلا حضانة لصغير لم يبلغ سن الرشد لأنه لا يحسن القيام بمصالحه ، فضلا عن مصالح غيره ، فهو في حاجة إلى رعاية فكيف بأن تسند له حضانة غيره .

ثانيا : العقل

[1] – الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق، ص 134.

[2] – بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية بيروت ، ص 550.

فلا حضانة لسفيه مبذر ،ولا لمجنون أو معتوه لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق، أو يتصرف بغير عقل اشترطوا أيضا مع الحنابلة عدم المرض المنفر أو المعدي أو المعيق لمراعاة شؤون المحضون .

ثالثا : القدرة على تربية المحضون :

وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته ، فلا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل . فالمرأة المحترفة أو العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأموره ، لا تكون أهل للحضانة . وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه ، لا يسقط حقها في الحضانة[1] .

رابعاً : الأمانة على الأخلاق :

فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه ، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ، وذلك صونا لأخلاق المحضون من الفساد كما اشترط المالكية أمن المكان فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق ، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد ، أو سرقة مال المحضون أو غصبه [2].

فالأمانة شرط لصحة الحضانة وإلا سقط حق الحاضن في حضانة المحضون صونا لمصلحة الصغير وحمايته من الضياع .

خامسا : الإسلام :

اشترط الشافعية والحنابلة الإسلام ، فلا حضانة لكافر على مسلم ، إذ لا ولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه عن دينه ، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية ، سواء كانت أماّ أم غيرها ، لأنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما ما بين أبيه المسلم وأمه المشركة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اللهم أهده فعدلَ إلى أبيهً " ، ولأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين لكن أختلف هؤلاء في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة .

---

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص ص 7304 –7305 .

[2] – عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، دار ثالثة ، ص 295.

يرى الحنفية انه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ، ببلوغه من السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطر على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها ، أو تعوده على شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير [1].

ويرى المالكية أنه يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا ، ولكنها تمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير ، فإن خشينا أن تفعل الحرام أعطى حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.[2]

والحنفية وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لان المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس ، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل فإن تابت عاد لها حق الحضانة [3].

الفرع الثاني : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال قانونا :

إن قانون الأسرة الجزائرية لم يحدد فصلا ، أو مادة من مواده للحديث بشكل واضح متميز عن الشروط التي يجب توافرها في الشخص الذي يمكن أن تسند إليه المحكمة حق حضانة الطفل الصغير ، واكتفى بعد أن أشار في المادة62 إلى تعريف الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا بأن قال ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك ، أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على توفير هذه الأمور لمصلحة المحضون [4].

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية [5].

ومن هنا يشترط في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة ذكرا أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط التالية :

---

[1] – وهبة الزحيلي ، المرجع السبق ، ص7306.

[2] – المرجع نفسه ، ص7307.

[3] – السيد سابق ، فقه السنة ، ط21 ، دار الفتح للإعلام العربي مصر ، المجلد الثاني ، 1999، ص 219.

[4] – عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1996 ، ص 295–296.

[5] – المادة 222 من الأمر رقم 05–02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أولا العقل :

أي أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير ملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة ، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله [1].

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي ولاية عن النفس طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة والتي نصت على : "... وفي حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد" .

فالحضانة حسب نص المادة هي ولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة ، وتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة وهذا ما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة والتي تنص على :

تعتبر تصرفات المجنون ، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه "[2].

إن الأصل في الحضانة هو رعاية الأصلح للمحضون لان مصلحة المحضون تقتضي ذلك لهذا فالمشرع الجزائري منع إعطاء الحضانة لغير العاقل ، أو السفيه ، أو المعتوه لأنه غير قادر على إدارة شؤون نفسه كما أن تصرفاته تكون غير نافذة فكيف له أن يدبر أو يهتم بشؤون المحضون وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر يحتمل أن يصيبه وذلك رعاية لمصلحته.

ثانيا : الأهلية :

لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص على البلوغ صراحة لكن نص على الأهلية في المادة 07 والتي تنص على ما يلي : " تكتمل أهلية المرأة والرجل في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " .

---

[1] – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 17 .

[2] – باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 55.

فالمشرع الجزائري أجاز ترشيد الزوجان فيما يتعلق بالزواج وآثاره ، أو بالطلاق وما ينجم عنه لكن ترشيد الزوج القاصر لا يجعله كامل الأهلية ولا تكون أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم [1].

إن مصلحة المحضون تقتضي بان يكون عند من هو أهلا لذلك باعتبار أن الحضانة مهمة صعبة وشاقة ولا يتحمل مسؤولياتها إلى الكبار لأن الصغير هو نفسه بحاجة لمن يعتني به ويتولى أموره ، فكيف له أن يتولى شؤون غيره .

ثالثا : القدرة على التربية :

إن القدرة على ممارسة الحضانة تعتبر شرط مهم لصحتها ، فلا يمكن لعاجز أن يقوم برعاية المحضون وصيانته ، فمصلحة المحضون تقتضي بأن يكون عند من هو أقدر على ذلك وكما يقال فاقد الشيء لا يعطيه .

فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض ، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا ، خلقيا واجتماعيا [2].

ويرى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية انه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها .

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها [3].

غير أن القضاء الجزائري سار على غير هذا المبدأ وأكد في العديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ويكاد يكون الأمر مطلقا بدون أن يرد عليه استثناء والثابت أساسا انه إذا كان عمل المرأة يمنعها من تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة .

---

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 296.

[2] – باديس دياني ، المرجع السابق ، ص 58.

[3] – المرجع نفسه ، ص 58.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وهذا يدل على أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية [1].

ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال ، قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ، ومن جديد إسنادها إلى الأب ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا في خصوص الولدين ، باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت ، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك ، استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة [2].

إن عمل الأم الحاضنة لا يعد مسقطا للحضانة إلا إذا كان يضر بمصلحة الصغير ويؤثر على سلامته وتربيته ، باعتبار أن الهدف من سقوط الحضانة هو مصلحة الصغير وحمايته من الضياع .

كما أن خروج المرأة اليوم للعمل يعد مسألة ضرورية لمشاركتها في التنمية ، بشرط أن لا تقوم بالإخلال بواجباتها الأساسية اتجاه المحضون ، وهذا الأمر لا ينطبق على الأم بصفة خاصة بل ينطبق على أي امرأة تقوم بالحضانة أيضا سواء كانت جدة أو عمة أو خالة ممن لهن حق حضانة الصغير ، وعليه فكل أمر يعود بالفساد على المحضون في دينه وعرضه ونفسه ينبغي أن يمنع لأنه يكون مخالفا لمقاصد الشريعة وأحكام الحضانة [3] .

---

[1]– ملف رقم 274207 قرار بتاريخ 2002/07/05 المحكمة القضائية سنة 2004 ، العدد1 ص 270 ، أنظر باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012، ص 59.

[2] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 339.

[3] - برقوق نسرين ، المرجع السابق . ص 19.

المطلب الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال

إن الشروط العامة المطلوبة في الحاضن ليست كافية لهذه المهمة الحساسة وانه يجب أن تتوفر شروط خاصة بمن يتصدى للممارسة الحضانة وهي تختلف من الرجال إلى النساء .

الفرع الأول : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء :

أولا : أن لا تكون مرتدة فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة لأن المرتدة تحبس فيتضرر بذلك الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع .

ثانيا : أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة ، والدليل على ذلك :

1- من السنة :

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي "

2-من الإجماع :

روى عن سعيد بن المسيب : أنه قال طلق عمر رضي الله عنه ام أبنه عاصم رضي الله عنه فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفع إلى آبي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهم لامه ما لم يشب أو تتزوج وقال : " إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج " " وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم[1] .

ولو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة .

3- من المعقول :

[1]- برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 22 .

أما من ناحية المنطق والمعقول فلقد أثبتت الدراسات بان الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و العطف والطمأنينة ، وهي قواعد أساسية لنشأته سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية او الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره [1]

حيث جاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في نص المادة 66 : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضرب مصلحة المحضون" .

ثالثا : أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته ، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية .

رابعا : أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه .

خامسا : أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة ، فإن كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا ، سقط حق الأولى في الحضانة [2].

الفرع الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال :

الشروط الخاصة الواجب توفرها في الرجال هي :

أولا : أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة ، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محروميته لها ولأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد ، فقالوا لا يثبت ذلك سدا للذريعة غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ، فللقاضي أن يبقيها عنده ، إذا كان مأمونا عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

ثانيا : اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم ، وحصر بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم ، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب ، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين.

---

[1] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7308.

[2] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

أما جمهور الفقهاء يقولون بأن الحضانة مبنية على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين ، فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم والأخر غير مسلم ، والطفل مسلم فحضانته لأخيه المسلم هذا وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحدا كما في الميراث [1].

ثالثا : أن لا يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء ، كزوجة أو أم أو خالة أو عمة إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة ، وهذا شرط عند المالكية [2].

تسقط الحضانة بوجود مانع منها أو زوال شرط من شروط استحقاقها أما فيما يخص عودتها فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بينها إذا كان سبب السقوط اضطراريا أو اختياريا فإذا كان اضطراريا أي لا دخل للحاضنة فيه هنا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع أما إذا كان المانع اختياريا فلا يعود لها الحق في الحضانة حتى بزوال المانع ويسقط حقها فيها نهائيا وتنتقل إلى غيرها .

واشترط المالكية أيضا أن لا يسافر عن المحضون أو تسافر الحاضنة بسفر تنقله ، فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر ، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه ، بشرط كون السفر لموضع مأمون وامن الطريق ، وهو شرط بقيد شروط الحضانة للنساء [3].

رابعا : القدرة على المحافظة على المحضون وتربيته ورعاية مصالحة ، فإن كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو عمى أو كبر سن أو شغل يمنع همن القيام بشؤون المحضون فلا يثبت له الحضانة ، فإن كان العمل لا يمنع من القيام بشؤون المحضون. فلا يثبت له الحضانة ، فإن كان العمل لا يمنع من القيام بشؤون الصغير وتدبير أموره و فلا يسقط حقه في الحضانة [4].

---

[1] – بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق، ص 555

[2] – وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 7309.

[3] – المرجع نفسه ، ص 7309.

[4] – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 25 .

إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط المطلوبة للرجال لاستحقاق رعاية المحضون وذلك عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

إذ ومن خلال نص المادة السابقة التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لا يرد النص عليها في القانون نجده لم يخرج عن الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية[1] .

وباختصار يمكن أن نجمل الشروط الخاصة بالرجال فيما يلي :

أ-أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى .

ب-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون[2].

ج – أن لا يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء [3].

بالإضافة إلى الشروط العامة التي تم ذكرها سابقاً والمتمثلة في : القدرة ، العقل ، البلوغ ، الأمانة .

زيادة على الشروط العامة التي يجب توفيرها في النساء والرجال وخاصة بتربية المحضون ورعايته يجب توفر الشروط الخاصة في كل من الرجل والمرأة الحاضنين والتي بتوفرها تحقق مصلحة المحضون وبانعدام أحدها أو تخلفه يسقط حق الحضانة عن صاحبها وتنتقل إلى غيره مما له الحق في الحضانة وذلك لمراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى وتقديراً لما تتطلبه ممارسة الحضانة بالدرجة الثانية باعتبار أن الطفل في هذه المرحلة يكون ضعيفاً يحتاج لما يرعاه ويحفظه ويوفر له الحنان الكافي لكي ينمو نموا طبيعيا بعيدا عن كل الضغوطات النفسية التي قد تؤثر على حياته

[1] – المادة 222 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيبراير 2005 .

[2] – وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7309 .

[3] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

الفصل الثاني

أصحاب الحق في الحضانة والسلطات المخولة للقاضي لتقدير المصلحة

- المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة فقهاً وقانوناً
- المبحث الثاني : السلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون

إن إسناد الحضانة يعتمد في الأساس على السلطة التقديرية للقاضي إلا أن المشرع والفقه جعل لذلك شروطا وأدوات من خلالها يمكن لمجموعة أشخاص أن يكونوا محل قبول ساعتها تتدخل يد القاضي في الترجيح والتفضيل وعليه من هم أصحاب الحق في الحضانة من منظور الفقه والقانون (المبحث الأول) ،وما هي السلطات المخولة للقاضي لكي يقدر مصلحة المحضون (المبحث الثاني).

المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة فقهاً وقانوناً .

لقد فصل المشرع في ترتيب الحاضنين إلى الدرجة السادسة بعد التعديل الذي جاء به في الأمر رقم 02/05 بتاريخ: 2005/02/27 لكن تبقى السلطة التقديرية واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية عند إسناد الحضانة تقديرا للمصلحة بعد الدرجة السادسة تطبيقا لمفهوم كلمة الأقربون درجة يثير المشكل وعليه يجب أن نعرف ترتيب أصحاب الحق من رؤية الفقه (المطلب الأول) ، و وترتيبهم من وجهة نظر القانون (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة في ظل الشريعة الإسلامية

قدم الفقهاء الحاضنين بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون ، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة ، لأنهن أشفق ، وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال كما تقدم ، ثم قدموا في جنس واحد من كان أشفق وأقرب ، ثم رجال العصبات المحارم ، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة ، فقد يكون مستحقي الحضانة إما إناثا فقط ، وإما ذكور فقط ، وإما الفريقان وذلك في سن معينة ، فإذا انتهت تلك السن ، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء .[1]

الفرع الأول : أصحاب الحق من النساء

أ- الأم بطبيعتها أحن على ولدها من غيرها فشفقتها لا تعد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف حيث جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات .[2]

لقوله تعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " [3].

وللحديث الذي جاء في رواية أحمد وأبي داود عن عمر بن العاص : المرأة التي اشتكت لرسول« إن ابني .....» سبق ذكره .

ب- ثم آم الأم (الجدة لأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة ، ثم عند الحنفية ، والشافعية في الجديد : أم الأب ، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق ، ثم أم أبي الأب ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه ، وأخر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم .

---

[1] وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 7296 .

[2] برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 27.

[3] سورة البقرة الآية 233.

وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم ، ثم الجد ، ثم أمهاته .

ج–ثم الأخت عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، أخت المحضون الشقيقة ، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الأخت لأم ، لان الحق من قبلها ، ثم الأخت لأب ، وعكس الشافعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على أخت لأم ، لاشتراكها مع المحضون في النسب ، ولقوة إرثها ، فإنها قد تصير عصبة ، ثم بنات الأخت الشقيقة ، ثم لأم [1].

والسبب في تقديم الأخوات عند الجمهور على الخالات والعمات :

إنهن أقرب ، وأنهن أولاد الأبوين ، لذا قدمن في الميراث .

وقدم المالكية الخالة ، ثم الجدة لأب وإن علت ، ثم أبو المحضون على أخت المحضون

د– ثم الخالة عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، خالة المحضون الشقيقة ، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الخالة لام ، ثم الخالة لأب ، لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط ، والأصح عند الشافعية تقديم الخالة لأب ، وعمة الأب على من كان من جهة الأم ، لقوة الجهة كالأخت .

هـ– ثم بنات الأخت ، ثم بنات الأخ في رأي الحنفية والشافعية ، فالصحيح عندهم أن الخالة أولى من بنات الأخت أو الأخ ، لأن بنت الأخ أولى من العمة لأن بنت الأخ أقرب ، لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد ، فكانت بنت الأخ أقرب ، فكانت أولى ، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم .

ورأى المالكية والحنابلة أن العمة مقدمة على ابنة الأخ ..

وثم العمة اتفاقا عمة المحضون ؛ ثم عمة أبيه وهي أخت جد المحضون وترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يأتي :

- الحنفية : الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخت ، ثم بنات الأخ ، ثم العمات ، ثم العصبات بترتيب الإرث[2] .
- المالكية : الأم ، ثم الجدة لام ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب ، وإن علت ، ثم الأخت ، ثم العمة ، ثم ابنة الأخ ، ثم للوصي ، ثم الأفضل من العصبة .

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

[2] – المرجع نفسه ، ص 7300.

- الشافعية : الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخ وبنات الأخت ، ثم العمات ، ثم لكل ذي محرم ، وإرث من العصبات على ترتيب الإرث ، فهم كالحنفية .
- الحنابلة : الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم أخت الأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم خالة الأبوين ، ثم لأب ، ثم العمة ، ثم خالة الأم ، ثم خالة الأب ، ثم عمته ، ثم بنت الأخ ، ثم بنت عم الأب ، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب .[1]

الملاحظ مما سبق أن حق الحضانة يعتمد على قوة القرابة ، وكثرت الشفقة الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل ، وتوفير كل ما فيه نفعه وصلاحه ، والقيام بحفظه وتدبير شؤونه ونظرا لما للنساء من رفق وعاطفة أكثر من الرجال فجعل لهن حق الحضانة ولكن على ترتيب خاص وعلى درجات متفاوتة وذلك حسب ما تقتضيه ، مصلحة المحضون .

ويكاد يتفق الفقهاء على الترتيب التالي:

الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب ، ثم الخالة لأب الشقيقة للأم ، فالأب ، ثم عمة الأم الشقيقة للأم ، فالأب ، وعمة الأب الشقيقة للأم ، فالأب[2].

ويختلف الفقهاء في ترتيب المحارم وتفضيلهم عن بعض حسب مايلي :

1- القريبات من المحارم في المذهب المالكي :

يرتب القريبات من المحارم ابتداء من الأخت الشقيقة على التي لأم ، وهذه الأخيرة على التي لأب ، ثم عمته أخت أبيه ، ثم عمة أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم التي لأم ، وبعدها التي لأب ، ثم التي لام وتليها التي لأب ، وإذا اجتمعن رجح بنات الأخ على بنات الأخت ، وغن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت

[1] – وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7301 .

[2] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 44.

أكبرهن سنا فإن تساوين من كل جهة تقدم دوما الشقيقة على التي لأم ، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب [1].

2- القريبات من المحارم في المذهب الشافعي :

القريبات من المحارم هن : الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ثم العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال ، وتقدم الشقيقات على غيرهن ، والتي لأب تقدم على التي لأم [2] على خلاف المذهبين المالكي والحنفي .

3- القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي :

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدءا بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ، فالخالة الشقيقة ، ثم الخالة لام ، ثم الخالة لأب ، فالعمة ، ثم خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات أبيه ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي الأم وهو من ذوي الأرحام وعمات الأب يدلين بالأب وهو من أقرب العصبات ، ثم أخواته ، ثم بنات أخوته ، ثم بنات أعمامه ، ثم بنات عماته ، ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه [3].

الفرع الثاني : أصحاب الحق من الرجال

إن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة ، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبات على حسب ترتيبهم في الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب ، وإن علا ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلاما ، فإن كانت أنثى لم يكن لأبن العم الحق في حضانتها سواء كانت صغيرة غير مشتهاة أو لا ، وسواء كان ابن العم مأمونا عليها أو غير مأمون لأنه ليس بمحرم لها .

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم ، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب الآتي :

---

[1] – وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 724.

[2] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 44.

[3] – المرجع نفسه ، ص 28.

الجد أبو الأم ، ثم الأخ لام ، ثم ابن الأخت الشقيقة ، ثم ابن الأخت لأب ، ثم ابن الأخت لام ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم ، وهذا عند أبي حنيفة لان هؤلاء الأقارب ولاية الزواج فيكون لهم حق الحضانة .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضا لرأي القاضي ، فيضع الولد عند من يثق به من الرجال أو من النساء ، وحين يوجد مستحقون للحضانة متعددين ، كلهم أهلا للحضانة ، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء ، أو أخوات شقيقات ، أو إخوة لأب ، يقدم أصلحهم لتربية الولد فإن تساووا في الأصلحية ، قدم من كان أكبر سنا ، لأنه في الغالب عنده دراية بما فيه المصلحة للصغير ، وأكثر تجربة ، وإلا فيختار القاضي منهم من يشاء .

أما مذهب الجعفرية يرى أن الحضانة تكون للأم ثم للأب ، وإذا مات الأب أو جن بعد أن انتقلت إليه الحضانة ، وكانت الأم مازالت عي قيد الحياة عادت إليها الحضانة ، وكانت أحق من جميع الأقارب بما فيهم الجد لأب ، حتى وإن كانت متزوجة من أجنبي .[1]

وإذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب ، وإذا فقد ولم يكن له وصي كانت الحضانة لأقارب الولد على ترتيب الميراث ، الأقرب منهم يمنع الأبعد ، ومع التعدد والتساوي كالجدة لأم والجدة لأب ، وكالعمة والخالة أقرع بينهم عند الخصومة ، فمن خرجت القرعة باسمه كان أحق بالحضانة إلى أن يموت ، أو يعرض عن حقه .[2]

المطلب الثاني : أصحاب الحق قانوناً

إن الإناث أولي بالحضانة ، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال كما سبق ذكره وتبيانه غير أنه في بعض الحالات و حسب تغير الزمان والمكان والحال يمكن أن تسندّ الحضانة للرجال وتبقى مصلحة المحضون هي الفيصل .

كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها

[1] – بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 548–550.

[2] – المرجع نفسه ، ص 550.

الفرع الأول : أصحاب الحق حسب قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 64 ق ا ج بعد التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 أن : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

أما المادة 64 قبل التعديل فكانت تنص على : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة ..." فالملاحظ هنا أنه تم تقديم الأب عن الجدة لام والخالة في إسناد الحضانة بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة ، وهذا لاعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه .

يتبين من نص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا لكونهم أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به ، كما يتضح أيضا أن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للام ، رتب المستحقين لها مبتدءا بجهة الأم ، ثم جهة الأب ، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب والأصل في حضانة الأم فضلا عن مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء أكانت زوجة أبيه ، أم معتمدة من الطلاق الرجعي أو بائن ، أو معتمدة بعد وفاته) أنها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته ، كما أن ثبوت الحضانة للنساء في القانون الجزائري أمر طبيعي ، فهن أقدر الرجال على تعهد الصغير والعناية به في تلك المرحلة .[1]

فالأم أعطف وأرحم ، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج ، ومادامت أهلية شروط الحضانة متوفرة لديها ، وإلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة ، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .

وانطلاقا من نص المادة 64 من قانون الأسرة ، فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي :

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 381.

1- الأم
2- الأب
3- أم الأم مهما علت
4- أم الأب مهما علت
5- الخالة.
6- العمة .
7- ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون [1].

وهذا الترتيب يقوم على أساس سليم ، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة لان الأم مقدمة في الحضانة على الأب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق ، كما أن الجدة مقدمة عن الأخت مطلقا ، لان اتصال الصغير بالجدة من طريق الولادة ، فهو جزء منها ، فكانت أولى بحضانته .

أما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام ، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقا ، فإن تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا [2].

لكن في الترتيب الجديد غير إلزامي بمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون فإذا كانت المصلحة تقتضي أن يكون الطفل مع الجدة للأب فيحكم بذلك رغم أن المادة أعطت الأولوية للجدة لأم هذا ما ذكرته المادة نفسها بعد تحديد الترتيب غير الإلزامي بقولها " مع مراعاة مصلحة المحضون " [3].

إن المشرع الجزائري لم يخرج في الترتيب المنصوص عليه في نص المادة 64 عن الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية عموما والذي يقوم على أساس أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، عند إتحاد درجة القرابة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق كما أن الجدة مقدمة علي الأخت لذلك تكون هي أولي بحضانتها. أما إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام كان أولادهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقا ،أما إذا تساووا كان أولادهم

---

[1]- المادة 64 من الأمر 05 -02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2]- بلحاج العربي ، المرجع سابق ، ص 382.

[3]- برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 34.

أكبرهم سنا ،وقد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح علي أساس مصلحة المحضون[1].

وفي هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : " الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته وحمله وتنويمه وأصبر عليه وأرحم ، فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع ، فتعينت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع " ، ثم قال : " وما ينبغي أن الشارع ليس له نص في تقديم احد الأبوين مطلقا فلا يقدم المعتدي أو المفرد عن العادل البار مطلقا ، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة ، وإن دفعت به مضرتها ، فإما مع وجود فساد من احدهما فالأخر أولى به بلا ريب "[2].

قال ابن القيم الجوزية رحمه الله : " التقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد ، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر ، فلو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه ، ولا التفات إلى القرعة ولا تخيير للصبي في هذه الحالة ، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب ، فيكون عند من هو أنفع له ولا تتحمل الشريعة غير هذا "[3].

وبهذا فإن الأم تعد المدرسة الأولى للطفل ، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل واستقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر غذاء بالنسبة للصغير في بداية تكوينه الجسدي والعقلي ، وهي كذلك منبع العطف والحنان ومجرى الحب والشفقة ، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، فإذا توافرت فيها الشروط لا ينازعها احد في ذلك [4].

لعل تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم وعن الخالة جاء متأثرا برأي ابن قيم الجوزية بحيث يرى أن الأرجح تقديم جهة الأب على جهة الأم ، لأنه لم يشهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في الميراث و الولاية .

---

[1]- برقوق نسرين ، المرجع السابق ، ص35.

[2] كربال سهام : المرجع السابق ، ص 41

[3] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[4] المرجع نفسه ، ص 78.

وبعد الأم والأب أسند التعديل الجديد لقانون الأسرة الحضانة إلى الجدة لأم وبعدها الجدة لأب ، وهذا راجع إلى أن الطفل دائما بعد أبويه تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين ، وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم والأب في حالة تعذرها أو إسقاطها إلى الجدات هو أمر منطقي ، لأن الطفل في الغالب يكون قد تعود على العيش معهما ، ولذلك تقدم الجدة لأم ولأب على الخالة لخبرتهما ، زيادة على أن القانون قد تحدث عن الخالة والعمة ولم يذكر ما إذا كانت متزوجة أم غير متزوجة صغيرة أم كبيرة ، وهذا أمر مهم في موضوع الحضانة .

كما أن هناك اعتبارا ماديا و مصلحيا عند إسناد الحضانة إلى الجدة لأب يكمن في إطلاع الأب على أحوال طفله دون صعوبة تذكر ، كما أن مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الجدة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما ، وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل أو لا يقوى على توفير مسكن مستقل لممارسة الحضانة [1].

ومنه فإن الأولوية عند إسناد الحضانة تكون للام ، وما عدا ذلك يرتب على سبيل الإلزام ، وتستند الحضانة من بعد الأم لمن كان أقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة مع نفقة وسكن وغيرها [2].

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 64 انه جاء بعبارة غامضة ومبهمة بعدما حدد الدرجات الستة الأولى في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ، حيث وردت عبارة ثم الأقربون درجة " ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نصوص القانون ، فسكوت قانون الأسرة على تحديد هؤلاء يؤدي بالقضاة إلى الرجوع إلى إحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 ق أ ج في كل مرة تفوق درجة الحضانة الرتبة السادسة ، وهم المحارم من الرجال من ذوي الأرحام حيث تشمل المحارم غير العصبة من الرجال وهم : الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأم ، ولا ينتقل إلى هذه المرتبة إلا

[1] - كربال سهام ، المرجع السابق ، ص 45 .

2 – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 35 .

بعد ألا يوجد من القريبات من المحارم أو العصبات من المحارم من الرجال أحد مستحقي الحضانة ، بألا يوجد أحد أصلا ، أو يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة [1].

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في نظر القضاء والتشريع

أولاً : أصحاب الحق في نظر القضاء

إذا وجد من يستحق الحضانة فهو أهل لذلك ، أما إذا تعدد أهل الحضانة في المرتبة الواحدة قدمت أقربهن درجة على الترتيب المبين ، فإن تساوين في الدرجة كأخوات شقيقات ، فإن كانت إحداهن أصلح لتربيته قدمت ، وإن تساوين في المرتبة ودرجة القرابة والصلاحية للحضانة اختار القاضي من شاء منهن [2].

أما في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد مما سبق ذكرهم أو لم يوجد من يحضنه لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون ، كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة .

إن مصلحة المحضون هي أساس الحضانة ، ويجب مراعاتها في أية مسألة تخص المحضون نفسيا أو ماديا ، وبغض النظر عن مثيرها سواء كانت أما أو أبا أو جدة أو غيرها .

لذا نجد أن مستحقي الحضانة رتبوا على حسب مدى توفر مصلحة المحضون لدى كل منهم فكلما كانت أكثر تحققا كان الشخص المؤهل لذلك في مرتبة أولى وهكذا ، فهي تعتبر معيارا يقاس به في أي نزاع يخص الحضانة ، وعلى القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار عند إصدار حكمه ، سواء عند إسنادها إلى من يستحقها أو عند الحكم بإسقاطها ، أو عند الحكم بتمديدها أو إنهائها إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالحضانة [3].

ثانيا : مدى أخذ المشرع الجزائري في ترتيب أصحاب الحق بأحكام الفقه

1 – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 46.

[2] – المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3] - محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و ق أ ج 02-05 ، دار الوعي ، 2012 ، 281 .

خالف المشرع الجزائري في تعديله للقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم ، وذلك بمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05 –02 لقولها : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة بعد مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعند القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للام وقدم الأب على الجدة للأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه ، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم ، من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع ، ومن ثم فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم ، لان تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة وبذلك يقول عبد العزيز عامر : " قال ابن القيم : " أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة وقال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة ، أن أصول الشرع وقواعده شاهدة على جهة الأب على جهة الأم وفي ذلك الميراث ولاية النكاح وغير ذلك ، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام ، فأحق الناس بأحق الطفل من الرجال هو الأب ، كون هذا الأب يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة ، وخاصة هو من يتحمل عبء النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره يكون أولى بحضانة ابنه ، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم ، فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصاً على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة [1].

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة 64 من أحكام الشريعة الإسلامية ، لان الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون ، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر [2].

[1] – برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 35 .

[2] برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 36.

رغم التعديل الجديد الذي أحدثه المشرع الجزائري في ترتيب الأشخاص اللذين يمكن تسند لهم الحضانة إلا انه بقي محافظا على مكانة الأم باعتبار أن لها الأولية في حضانة أولادها ولا يمكن لأي أحد أن ينزع منها هذا الحق لأنها أعطف واحن وأشفق من غيرها وهو بذلك كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري . ثم يلي الأم الأب، ثم الجدة للام ، ثم الجدة للأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، وبعد العمة يأتي دور الأقربين درجة كما ان مصلحة الصغير قد تغير ترتيب الحاضنين لذلك القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة بأنه ملزم لما يسندها لما هو أحق بها ، وعليه أن يراعي في كل ذلك مصلحة المحضون ، فمثلا إذا كانت ملحة الطفل تقتضي أن يكون مع جدة الأب ، فهنا يحكم لها بحق الحضانة ، رغم أن المادة أعطت الأولوية لجدة الأم ، وهذا معناه أن الترتيب الذي حدده المشرع الجزائري غير إلزامي فهو يخدم مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ، والمشرع بذلك لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون .

المبحث الثاني : السلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون ، ولهذا عددوا شروطا معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلا لهذه المهمة ، وكذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية وخلقية وحفظ ، لكن إذا حدث وإن اختلت هذه

الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط .

لذلك سنبين السلطات المخولة للقاضي من حيث مآلات الحضانة ومصير المحضون (مطلب أول) والسلطات المخولة للقاضي من حيث مجال وآليات تقدير المصلحة (مطلب ثاني).

المطلب الأول : السلطات المخولة للقاضي من حيث مآلات الحضانة ومصير المحضون

إذا تمت الفرقة بين الزوجين تسند الحضانة إلى مستحقها إذا توفرت فيه كل الشروط ، لكن بعد الحصول عليها قد تتغير ظروف الحاضن مما يمنعه من مواصلة ممارستها فتسقط عنه .[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على الحالات أو الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه ، وهذا ما سيتم بيانه في الفروع التالية مع الإشارة إلى آراء الفقهاء في هذا الشأن .

الفرع الأول : مآلات الحضانة (سقوطها وعودتها)

أولا : سقوط الحضانة .

1. سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم للمحضون

لم يكن هذا السبب محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية ، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة ، حتى ولو بالقريب المحرم ، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق ، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون .

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى حديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال : " كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار ، فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد ،

[1] - بلقاسم أعراب ،مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن – مجلة الجزائرية للعوم القانونية–الحقوق ، الجزائر ،العدد الأول،1994 ،ص 147.

فخطبها عم ولدها ورجل أخر إلى أبيها ، فأنكحها الآخر ، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : " أنكحني أبي رجلا لا أريده ، وترك عم ولدي ، فيؤخذ مني ولدي " فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها ، فقال : " أنكحت فلانا فلانة ؟" فقال : نعم ، فقال " أنت الذي لا نكاح لك ، اذهبي وانكحي عم ولدك " [1]، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم اخذ الولد منها لو تزوجت بغير قريب محرم [2].

أما الشافعية وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم ، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحديث الذي رواه أبو داوود في سننه : قوله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [3] فيقول الإمام الشافعي : " أن هذا الدليل لم يفصل وهو الظاهر " [4]، أي لم يفصل بين الزوج بمحرم أو بغيره .

أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب مطلقا ، ومن بين الحجج التي احتجوا بها أنه روى أن أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها [5]، وهناك فريقا آخر من الفقهاء قالوا بضرورة مراعاة مصلحة المحضون ، فإذا لم تكن مرعية سقط حق الحضانة ، ولم يفرقوا بين زواجها بأجنبي عن المحضون وزواجها بقريب منه ، والقاضي هو الذي يقرر ذلك [6]، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم ، وكانت مصلحة المحضون في بقائه مع آمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون [7].

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري انه من خلال المادة 66 اخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية ، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون ، وعليه دائما أخذها بعين الاعتبار .

---

[1] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، ج7 ، دار الجيل ، لبنان ،1973، ص 139.

[2]– بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ،ص 147.

[3]– جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، المرجع السابق ، ص 265.

[4]– بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 148.

[5]– المرجع نفسه ، ص 147.

[6]– المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[7]– عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 141 .

لكن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات أهمها :

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم وكان لا بد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فتكون أمه أولى به رغم زواجها .
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته .
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها احد ممن لهم الحق في الحضانة ، ويبدأ حساب المدّة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة .
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض [1].

ولكن إذا اختارت المرأة الزواج بأجنبي عن المحضون ، فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن الحضانة ؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟ .

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05 أنه : " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي بعد تصرفا رضائيا واختياريا ، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفا للقانون " [2].

ويلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1998/07/21 [3]، ما يلي " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ، ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون "

---

[1] – كربال سهام :المرجع السابق ، ص 93 .

[2] – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1990/02/05 ، ملف رقم 58812 ، ذكره صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 89.

[3] – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1998/07/21 ، ملف رقم 201336 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 178 ، ذكره صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 90.

2. التنازل عن الحضانة :

أجاز المشرع الجزائري للحاضن التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له ، ولكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون ، فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب ، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها ، فكل تنازل من شأنه ان يضر مصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به ، وهذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/04/21 : " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عي الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ." [1]

ويثبت التنازل عن طريق المحكمة بموجب حكم ، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه ، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي جاء فيه : " من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من ق أ ج ، وان قضاة المجلس أخطئوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه " [2].

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية [3].

---

[1] – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1998/04/21 ، ملف رقم 189234 ى، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 175 ، ذكره صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 91.

[2] – م ع ، غ أ ش قرار بتاريخ 1999/04/20 ، ملف رقم 220470 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 181 ، ذكره صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 92.

[3] – صالح بوقرارة ، المرجع السابق ، ص 92.

3.سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62ق أ ج

نصت المادة 67 ق أ ج [1] على سقوط الحق في الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق أ ج ، والتي تبين نوع الرعاية والتربية والحماية والحفظ الواجبة للمحضون على الحاضن ، فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية ، وافتقر للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه ، وحفظ صحته وخلقه سقط حقه في الحضانة [2].

لقد أكدت المحكمة العليا بأن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة ، فجاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الحاضنة فاقدة البصر ، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية " [3].

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فإن المحضون يبقى عند أمه ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/07/15 الذي جاء فيه : " إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا ، فإن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون ، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها ، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة

---

[1] – تنص المادة 67 على : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه ، ولا يمكن لعمل المراة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير انه يجب في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون " .

[2] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 142

[3] – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1984/07/09 ، ملف رقم 33921 م ق 1989 ، عدد 04 ، ص 76 ، ذكره صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 95.

المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس ، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما " [1].

كما ان المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة ، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها ، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط كمبدأ عام ، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حضانة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون [2].

4. عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة

من الأسباب التي تؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة ما نصت عليه المادة 68 ق أ ج ، حيث انه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها .

وهذا يعني أن الطفل إذا كان موجودا في رعاية وكفالة خالته ، الأب أو الأم أو الجدة لم يطلبوا حقهم في حضانة الطفل ، ومضى على ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط حتما [3]. لكن متى يبدأ سريان هذه المدة ؟ ومتى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر .

باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ نص هذه المادة من المذهب المالكي ، فغن التاريخ المحدد لبدا سريان مدة سنة حسب أصحاب هذا المذهب هو من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة ، كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين :

- أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها ، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته .
- أن يعلم بان سكوته يسقط حقه في الحضانة ، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت ، لان هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله [4].

---

[1] – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 2010/07/5 ، ملف رقم 564787 ، م ق 2010 ، عدد 02 ، ص 266.

[2] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 142

[3] – عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ، ص142.

[4]– بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 143.

5. سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته ، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي ، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة [1].

6.سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

نصت على هذا السبب المادة 70 ق أ ج ، ويظهر بأن إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكنها مع ام المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منطقي ، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة ، لأنها سيدة البيت ، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ، ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم [2].

ثانياً : عودة الحق في رعاية المحضون

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة لمانع من الموانع ، ثم عودتها إلى رأيين : أن حق الحضانة يسقط إما لعذر أو لغير عذر و انتقال الحضانة وعودتها مبنيان على هذين الحلين :

1- سقوط الحضانة لغير عذر : إذا كان سقوط الحضانة لغير عذر ، كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها ، أو أسقطت حقها منها بعد استحقاقا لها ، أو سكتت عاماً فأكثر بعد انتقال الحضانة إليها مع علمها بذلك ، فإن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله ، ولو زال التزويج ، بالطلاق ، أو بالموت ، أو الفسخ . وإذا كانت الحضانة لا تعود لمن أسقطت حقها بإرادتها ، فينبغي ملاحظة أربعة أمور :

---

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 142.

[2] – بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 140.

- يستوي في عدم العود الأم وغيرها .
- يبقى حق الحضانة لما انتقلت له .
- المراد بعدم العودة أو عدم جبر من انتقلت له الحضانة له على ردّها لمن سقطت عنه لزوال المانع
- إن الحاضنة إذا تزوجت فقد أسقطت حقها بإيراداتها ، ولا تعود الحضانة إليها لكن لو لم يعلم بزواجها من يليها في المرتبة من مستحقي الحضانة حتى تأيمت بالطلاق ، أو الموت ، أو الفسخ ، يبقى محضونها معها ولا ينتزع منها [1].

2 – سقوط الحضانة لعذر :

إذا كان سقوط الحضانة لعذر أو مانع خارج عن إراداتها ، كالمرض أو خوف المكان ، أو سفر وليّ المحضون ، أو انقطاع لبن الحاضنة ، وزال العذر أو المانع ، عادت إليها الحضانة نظراً للقاعدة التي تقول : " إذا زال المانع عاد الممنوع " ، بان شفيت من المرض ، أو عاد ولي المحضون من السفر ، أو در للبن ، فتعود لها الحضانة إلا في حالين :

- إذ سكتت عن حقها بالحضانة سنة كاملة من بعد زوال العذر بلا عذر ، فتسقط حضانتها .
- إذا ألف الولد من هو عندها ، ويشق نقله منها ، فلا تأخذه[2] .

عند الجمهور : " الحنفية والشافعية والحنابلة " ، إذا سقطت الحضانة لمانع ، ثم زال المانع ، عادت الحضانة إلى صاحبها . سواء كان اضطراريا كالمرض ، ام اختياريا كالزواج والسفر والفسق ، لزوال المانع .

3–عودة الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري :

حيث نصت المادة 71 من قانون الأسرة : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سقوطه غير الاختياري ".

---

[1]– برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 74 .

[2]– برقوق نسرين : المرجع السابق ، ص 75 .

فمعنى ذلك انه إذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة سابقا ، ثم زال السبب الذي كان أساس القوة فإن هذا الحق يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب ويصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه لهذا السبب أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة بطلب فيها إعادة حق الحضانة وعليه فقط أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه وبيان يوضح صراحة بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة [1].

الملاحظ من خلال نص المادة 71 ق أ ، أن المشرع الجزائري لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بعودة الحق في الحضانة إذا كان السبب اختياري فإذا زال السبب الإجباري الذي لا دخل للحاضنة فيه هنا يعود لها الحق في الحضانة ، أما الذي فيه إرادة لها فيه لا يعود لها حق الحضانة بزواله فمصلحة المحضون تكون فوق كل اعتبار وقبل كل شيء .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها : من المقرر قانونا ، أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير اختياري ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون . ولما كان من الثابت في قضية الحال . أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بالأجنبي ، يعد تصرفا رضائيا واختيارياً ، يكون قد خالف القانون ، ومتى كان كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه .

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أنه من المقرر قانونا ، أن يعود الحق في الحضانة ، إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري . ومتى تبين في . قضية الحال . ان المطعون ضدّها قد تزوجت بغير قريب محرم ، ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة ، فان قضاة المجلس بقضائهم بحقها للحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من ق أج ، قد طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [2].

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 143.

[2]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 371.

والملاحظ أن الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد أقروا حقوقاً للمحضون منها : النفقة ، المسكن ، الزيارة . كما قد بينوا أسباب سقوط الحضانة وعودتها وذلك حفاظا على مصلحة المحضون وتوازنه من الناحية النفسية والجسمية والعقلية [1] .

غير انه إذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة أعلاه ثم زال السبب الذي كان أساسا لسقوطها فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه ، وهذا حسب نص المادة 71 ق أ ج

الفرع الثاني : مدّة الحضانة ومصير المحضون

لقد شرعت الحضانة لحفظ الصغير وتربيته ورعايته وهو في سن حساسة لا يقدر فيها بمفرده على القيام بهذه الشؤون ، وهذا لعجزه عن ذلك ، لذلك أوكلت الحضانة إلى من هو أقدر منه عليها ، ولكن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده ، وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج إلى من يؤهله ويعلمه لخوض تجارب الحياة ، وعليه فما هي المدة المحددة التي يبقى الصغير فيها تحت حضانة الحاضن ؟ وما هو مصيره بعد انتهاء المدّة؟.

أولاً : المدّة المحددة لممارسة الحضانة :

1- آراء الفقهاء حول مدة الحضانة :

لقد اختلفت المذاهب الفقهية في هذا ، فكان لكل مذهب رأيه كالآتي :

أ-رأي فقهاء الحنفية :

يفرق الحنفية بين المحضون الذكر والأنثى ، فبالنسبة للذكر يرون انه في بداية عمره يسلم إلى الحاضنة المرأة سواء كانت أمه أو من يليها ممن تتوفر فيها شروط الحضانة وذلك إلى أن يبلغ سنا يصبح فيه قادرا على الأكل والشرب وتطهير نفسه ، ولقد حدد

[1] - محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 283 .

السن بسبع سنوات أو تسع سنوات ، فقبل أن يبلغ هذا السن فإنه يبقى عند حاضنته لا ينزعه منها احد [1].

أما بخصوص المحضونة البنت فإذا كانت الحضانة لامها أو جدتها سواء لأم او لأب فإن حضانتها تستمر إلى غاية بلوغها سن الحيض ، فهي في صغرها تحتاج إلى الاحتكاك بالنساء حتى تتعلم شؤون البيت .

ب- رأي فقهاء المالكية :

مدة حضانة الغلام عند المالكية من ولادته إلى أن يبلغ ، ولو بلغ مجنونا ، حيث روي أن عمر رضي الله عنه خاصم امرأته التي طلقها إلى أبي بكر في ولدها ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : " هي أحق به ما لم تتزوج أو يشب الصغير " ، وقال : " هي أحنى وأعطف وأرحم " ، وقوله : " أو يشب الطفل " يقصد به الوقت الذي تنتهي فيه حضانته ، أما حضانة الأنثى فتستمر إلى النكاح ويدخل بها الزوج بالفعل [2] .

ج - رأي فقهاء الشافعية :

يرون أن أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية سن التمييز وهو سبع سنوات [3].

د - رأي فقهاء الحنابلة :

اتفقوا على انه إلى غاية بلوغ سن السابعة تكون الحضانة للنساء ، أما عن الخادمة فهناك من قال أنها أحق بحضانة البنت التي لم تبلغ تسع سنوات وهناك من قال أن الأم أحق بها إلى أن تبلغ وهناك من قال البنت تختار [4].

2- مدّة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

---

[1] – بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 568

[2]– التواتي بن تواتي ،المبسط في الفقه المالكي ،بالادلة ،ج4،كتاب الأحوال الشخصية ،ط2،دار الوعي ،الجزائر،2010،ص 870.

[3]– بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، 569

[4] – بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 569 .

تنص المادة 65 ق أ ج على أن : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون " ، ومنه فإن المشرع الجزائري حدد مدة حضانة الذكر بعشر سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة من طرف القاضي إذا تبين انه ما زال يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنه وهذا بشروط [1].

- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون .
- أن تكون الحاضنة هي الأم .
- أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت .

من خلال هذه المادة فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره ، وهذا من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا أخر غير الأم ، مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون [2].

وعليه فان القضاة عند إصدار أحكامهم فيما يخص دعاوى التمديد مجبرين على التأكد من تحقق الشروط المذكورة أعلاه .

اما الأنثى فقد ذكر المشرع الجزائري أن حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج وهو حسب المادة07 من ق أ ج 19 سنة ، فهل ان الفتاة إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج تنتهي حضانتها ؟ وفي مثل هذه الحالة فما هو مصيرها ؟ فكان على المشرع أن يقول إلى غاية زواجها وليس بلوغها سن الزواج ، كما أنه لا يجوز للام ولا لغيرها طلب تمديد أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقا [3].

ثانياً : مصير المحضون بعد انتهاء مدّة الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده ، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا ، بل ينتهي متى انتهت المدّة المقررة لممارسة الحضانة ، هذه المدة تختلف

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 141.

[2] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 101 .

[3] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 101 .

باختلاف المذاهب الإسلامية ، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة حدد مدة انتهاء الحضانة .

1- مصير المحضون بعد إنتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء ، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة ، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء ، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن ، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة ، والأب أقدر من الأم على ذلك ، أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال ، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها [1].

وقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الولد إذ بلغ سن التمييز خير بين أبويه لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية ، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في رواية أبي داوود عن أبي هريرة قال : " جاءت إمراة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت : " يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة ، وقد نفعني ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " استهما عليه " ، فقال زوجها : " من يحاقنني في ولدي ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت " فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به " [2].

فالحديث دليل على أن الصبي بعد أغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب ، واختلف العلماء في ذلك ، فذهب جماعة قليلة إلى انه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية ، وحد التخيير من السبع سنين ، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا

---

[1]- نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 252.

[2] - أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي ، المعتصر من المختصر من مشكل الاثار ،ج1،ط2،عالم الكتب ،1362ه، ص 325.

: الأم أولى به إلى أن يستغنى بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر ، والأم أولى بالأنثى ، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير [1].

روي أن رجلا أسلم ولم تسلم امرأته فاختصما في ولدهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما : " إن شئتما خيرتماه فأجلس الأب ناحية والأم ناحية ، ثم خير الغلام فانطلق نحو أمه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اللهم أهده " فرجع الغلام إلى أبيه ، فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد اختيار أبويه[2] .

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبرا إلى أبيه وإن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كأخوته الأشقاء أو غير محارم كأبناء عمه ، وذلك لان الشارع رأى مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه ويربيه [3] .

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم حق الضم وأهليته ، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فانه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له .

ويبقى المحضون عند أبيه – الذي يشترط فيه أن يكون أمينا ولا يخشى على الصبي منه– إلى أن يبلغ وتظهر عليه أمارات البلوغ ، فإذا كان البلوغ مفسدا لا يؤمن على نفسه كان لأبيه أو من يقوم مقامه أن يمسكه عنده ليدفع عنه الفتنة ما استطاع ، وغن كان البالغ مصلحا مأمونا على نفسه لم يكن لأحد الحق في أن يمسكه عنده ، بل يصير هو صاحب الحق في توجيه نفسه حيث شاء ، وفي الإقامة أين شاء ، إن أراد ان يقيم منفردا أقام منفردا ، وإن أراد أن يقيم مع احد والديه كان له ذلك [4].

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب ، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ومع ذلك فان تقدمت في السن وكانت لها تجربة في الحياة يمكنها أن تسكن وحدها ، أما الثيب فان كانت أخلاقها حسنة فغنها لا تضم إلى والدها لان الولاية

---

[1] – التواتي بن تواتي ، المرجع السابق ، ص 872

[2] – المرجع نفسه ، ص 873

[3] – عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، الكويت ، 1990 ، ص 200–201.

[4] – بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 572.

سقطت عنها ولأن لها تجارب في الحياة ، ولكن إذ كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبراً إلى والدها أو من يقوم مقامه بتأديبها .[1]

2- مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب ق أ ج :

إن قانون الأسرة الجزائري أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدّة الحضانة لذا لا بد من الرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة كما أن المشرع لم يضع نصاً خاصاً بالابن الذي انتهت حضانته دون إخوته وخاصة إن كان أكبرهم ، وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته ، وقد لا يبادر الأب لأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة [2].

المطلب الثاني : السلطات المخولة للقاضي من حيث مجال وآليات تقدير المصلحة

إن الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسيير الدعوى والوصول إلى العدالة بإعطائه دورا إيجابيا ، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون ، وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبق مكتوف الأيدي أمام القضية المطروحة أمامه [3].

ونكون أمام سلطة تقديرية إذ ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع ، ويترك له الحرية كذلك بالنسبة لكيفية وفحوى القرار المتخذ ، والحدود الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل وكيفية مواجهة كل حالة على حدى من قبل القاضي .

---

[1] – المرجع نفسه ، ص 573 .

[2] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 104 . .

[3] – عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 70.

فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وإحداث مستقبلا ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها وان يضع الحلول المناسبة لها .

الفرع الأول : مجال السلطة التقديرية للقاضي

يعد مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوما نسبيا يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة ، فما كان يمثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم ، لان المصلحة تتوقف على الظروف الخاصة بكل طفل على انفراد من حيث جنسه ، سنه ، محيطه ودرجة حساسيته ، كما أنه مفهوم شخصي أيضا .

لذلك فان مسألة الحضانة في الأصل هي مسألة قضائية بالأساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك لكون تدخل القاضي حتمي ، وله كامل الحرية في التصرف عند ممارسة السلطة[1] .

- حرية القاضي عند ممارسة سلطته :

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة ، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين حكم القضاة بإسناد الحضانة إلى الجدة للام تطبيقا صحيحا للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها ، وأن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة [2] .

غير انه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من أثار الطلاق ، وليست من

[1] - محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص294 .

[2] – المحكمة العليا ، قرار رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23

آثار الوفاة ، وان مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 من قانون الأسرة " [1] .

الفرع الثاني : الآليات المخولة للقاضي لتقدير المصلحة

إن القاضي ملزم بان يفصل في الدعوى المطروحة أمامه ، متوخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة ، فإن مختلف التشريعات أدخلت ضمن قوانينها ما يخول القاضي باتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يقدر ويصدر حكمه في الدعوى المثارة إمامه .

ساير المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2]، هذا التطور ، فأجاز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه [3]، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى [4] ، وحتى قبل مباشرتها ، فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال .

وقد نص المشرع على هذه الإجراءات في الفصل الثاني من الباب الرابع ، الكتاب الأول ، تحت عنوان " في إجراءات التحقيق" والتي شملت جملة من الإجراءات لها أهمية عملية وعلمية تساعد القاضي في البحث عن الحلول المناسبة للنزاع ، مما يجعل دوره في الدعوى ذو طابع إيجابي دون اكتفائه بما يقدمه طرفي الدعوى من أدلة ، مع عدم الإخلال بمبدأ حياد القاضي .

كما أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بين إجراء وآخر إذا لزم ذلك ، إلا أنه يجد نفسه أحيانا مجبرا على إتباع إجراء معين على حسب موضوع الدعوى وطلبات الخصوم ، وفق ما له من سلطة تقديرية .

---

[1] – المحكمة العليا ، قرار رقم 256629 بتاريخ 2001/02/12 في العدد الثاني ، سنة 2002 ، ص 421.

[2]– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، صادر بجريدة رسمية عدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

[3]– تنص المادة 75 ق إ ج : " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"

[4] – تنص المادة 76 ق إ ج : " يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى . "

فتخضع مصلحة المحضون إذا إلى آليات الإجراء التالية :

1- الخبرة :

تنص المادة 126 من ق أ م ، أ ج ، على : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة " فباستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات العلمية في المجالات التي تتوفر عند القضاة بحكم التخصص العلمي ، إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة التي يقوم بها الخبير ، باعتباره صاحب ، دراية خاصة بالمسائل لا تتحقق في المحقق أو القاضي ، ومن هذه المسائل الطب ، الهندسة علم النفس علم الاجتماع وغيرها من المجالات .

فا للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون [1].

2- المعاينات والانتقال إلى الأماكن :

قد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير لذلك قد يرى ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل وفق السلطة الممنوحة له بإجراء المعاينات أو الانتقال إلى الأماكن طبقا لنص المادة 146 من ق أ م ، أج التي تنص : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم ، أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك " .

وللقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص ، كما له سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص و في أي ظرف إذا كان ذلك ضروريا ، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية [2].

---

[1] م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1997/02/18 ، ملف رقم 153640 ، ذكره ، عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 75.

[2] – عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 75.

عملا بهذا ، وتقديرا لمصلحة المحضون يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف : حسن معاملة الحاضن للمحضون ، الظروف الاقتصادية ، ضيق المسكن او اتساعه ، أو قربه أو بعده عن المدرسة فهذه الظروف كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى احد مستحقيها ، كما له أن يوازن بين الوثائق المقدمة إليه والاعتماد عليها حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون .

3- التحقيق والمعاينة :

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون ، ولقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية وهذا بان يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة وكما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون [1].

4- الاستماع إلى أفراد العائلة :

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج احد الخصوم بالإضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم ، وكل هذا من اجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه وهذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى انه قد تدل شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الأصوب [2] ، كما انه لو اخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فان الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب

[1] – المحكمة العليا ، قرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18 .

[2] – كربال سهام : المرجع السابق ، ص 40.

وعدم الاكتراث ، وفي هذا صدر نقض من المجلس (المحكمة العليا حاليا) ، في قرار صادر بتاريخ **1982/10/21** عن مجلس قضاء قسنطينة ، والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما ، فأعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي [1] .

وعليه يمكن القول أنّ قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل ، وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا انه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب

5- سماع الشهود :

إن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله[2]، كما له أن يرفضها إذا لم يطمئن لها ، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب أن يراعي الشروط القانونية المتعلقة بالشهود ، وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 ق أ م ج : " يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية "

على أن يؤدي الشاهد اليمين بان يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال .

وعلى الرغم من كون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا ، غير أن السلطة التقديرية تبقى بعد ذلك للقاضي في الأخذ بها ، إذ قد يرى أن الشهادة غير مستساغة فلا يأخذ بها ، بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات ، كما له أن يعيد سماع الشهود ومواجهة بعضهم بعضا .

ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، غير انه عليه أن يسبب رفضه تسبيبا سائغا وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور[3] .

---

[1] – قرار المحكمة العليا رقم 32594 ، الصادر بتاريخ : 1984/04/02.

[3] عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 76.

فقد يلجأ القاضي إلى سماع الشهود حول واقعة تتعلق بسكن المحضون ، كقيام الحاضنة باستغلاله لغير الحضانة ، أو أن الحاضنة تسيء معاملة المحضون ولا تقوم برعايته .

5- اليمين :

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله ، والخوف من بطشه وعقابه ، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين : يمين حاسمة تحسم النزاع ، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية ، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى فيطلب القاضي من المتخاصمين على الحضانة في حالة تساوي درجاتهم وحظوظهم وقربهم من المحضون الحلف على بعض الأمور كالأماكن أو المواقف أو التصرفات أو العلاقات التي يراها ترجيحية والمتعلقة بحياة المحضون لكي يسند حضانته للأقرب تحقيقا لمصلحة المحضون .

خاتمة

إن من أهم أهداف وغايات قانون الأسرة هو الحفاظ على هذا المكون الاجتماعي الأساسي ألا وهو الأسرة ، لكن في حالة انحلال هذه الرابطة المقدسة فقد ينصرف اهتمام المشرع إلى الفرد واهم فرد في الأسرة يحتاج إلى الحماية القانونية أكثر من غيره هو الطفل ، أو المحضون الذي أولاه القانون رعاية مميزة ، وبالخصوص ما جاء في التعديل 02/05 في: 2005/02/27 ، وكذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في تغليب مصلحة المحضون في كل أمر تعلق بالحضانة كما أطلق يد القاضي في منحه سلطة يقدر من خلالها أين تكمن مصلحة هذا الكائن الضعيف وأعطى القاضي من الوسائل والآليات ما يؤهله لذلك ويساعده من خلال قانون الإجراءات المدنية والجزائية .

وفي الأخير يمكن أن نخلص إلي النتائج التالية :

- الحضانة حق أعطاه الله للصغير وكسبه بموجب القوانين كذلك ، لأنه يهلك إذا لم يتولى والداه مسؤولية حضانته .
- الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا
- لا تسند الحضانة إلا لمن تتوفر فيه الشروط المحددة فقها وقانونا
- أن استحقاق الحضانة جاء معلق على شرط واحد وهو(أن يكون الحاضن أهلا لذلك)
- ذهب اغلب الفقه ومقتضى القانون أن الأهلية يشترط لقيامها : العقل ، البلوغ ، القدرة الإسلام ، الأمانة والخلق
- الأصل في الحضانة أن يتولاها الأبوان كل في مجاله ، لكن عند الفراق والخصام عليها تسندّ للاحق منهما .
- الأحقية في الحضانة تقدر بمصلحة المحضون التي تتغير بتغير الزمان والمكان والحال
- في كل الأحوال لابد للقاضي عند إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى
- أن الحضانة حق للحاضن كما أنها حق للمحضون لأنها شرعت لمصلحته أصلاً
- إن المراتب الستة في أولوية الحضانة فصل فيها المشرع مع مراعاة مصلحة المحضون وبعدها تركها مفتوحا للاجتهاد حسب م 222 ق ا ج .
- يرجع القاضي عند اجتهاده لما يراه أصلح من أقوال الفقهاء لصالح المحضون .

- يكاد يجمع الفقه والقانون على أن الأم هي الأصلح والأولى في رعاية المحضون وما سواها فيه خلاف .
- الراجح تقدم الإناث على الذكور في استحقاق الحضانة .
- يمكن أن تسقط الحضانة أو تنتهي مدتها واسترجاعها بزوال سبب سقوطها
- للقاضي سلطة نوعية في تقدير مصلحة المحضون
- كل الوسائل والآليات القانونية والإجرائية بيد القاضي لإعمال سلطاته في تقدير المصلحة

إلا أنه ما يؤاخذ على المشرع انه ترك المجال واسعاً أمام القاضي بإحالته على مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 ق أ ج ، ولم يحدد له حتى مذهباً معيناً ، وعليه فيبقى المجال رحباً وواسعا للبحث والتنقيب في خفايا ودهاليز هذا الموضوع المهم والشيق الذي يتعلق أساساً بالطفل رجل وإطار المستقبل .

القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

قائمة المصادر و المراجع

I /- المصادر:

- **القرآن الكريم**
- **السنة النبوية**

1-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، لسان العرب ، ط1 ، دار الصادر ، بيروت ، مجلد 9 .

2-أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي ، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار ،ج1،ط2،عالم الكتب ،1362هـ .

3-أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح ، الطبعة الأولى ، دار طوق النجاة ، لبنان ، 1422 هـ .

4-جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج3، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ومن أحق به ، ط1 ، مؤسسة الريان ، لبنان ، 1999 .

5-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الجيل ، لبنان ، 1973 .

II /- المراجع :

أ- <u>الكتب</u> :

1-التواتي بن تواتي ،المبسط في الفقه المالكي ، بالأدلة ،ج 4، كتاب الأحوال الشخصية ،ط2،دار الوعي ،الجزائر،2010 .

2-السيد سابق ، فقه السنة ، ط21 ، دار الفتح للإعلام العربي مصر ، المجلد الثاني ، 1999.

3-الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2008

4-باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008

5-بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية بيروت

6-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر ، طبعة 1999

7-بلقاسم أعراب ،مسقطات الحضانة في قانون الاسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن –مجلة الجزائرية للعوم القانونية–الحقوق ،الجزائر،العدد الاول،1994

8-رشدي شحاتة أبو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية مصر ، ط1، 2012 ، ص 36.

9-عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1996.

10- عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي .

11- عبد القادر بن حرز الله خلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007.

12- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، الكويت ، 1990

13- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق الاجتهاد الفقهي و ق أ ج ، 02-05 ، دار الوعي 2012 .

14- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، 1996

ب – الرسائل :

1-برقوق نسرين :مصلحة المحضون بيه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر– بسكرة – 2015 .

2-زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة شهادة دكتوراه في القانون، 2005 .

3-علال أمال : التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير حقوق ، قانون الأسرة ،مسيلة ،2009/2008

4-عيسى طبيعية ،سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2011

5-كربال سهام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري : مذكرة ماستر- البويرة - 2013 .

III /- النص القانوني :

1-قانون 84-11المعدل المتمم تحت رقم 02/05 في 2005/02/27 متضمن قانون الأسرة الجزائري

2-قانون 75- 58 المعدل والمتمم تحت رقم 07-05 في :2007/05/13 ، المتضمن القانون المدني الجزائري .

3-قانون 15-01 المتعلق بصندوق النفقة .

4-قانون 75 -64 المعدل ومتمم تحت رقم : 15-12 في : 2015/07/15 ، المتضمن حماية الطفل .

5-قانون العقوبات جاء بالأمر رقم :06-23 ، بتاريخ : 2006/09/20 .

6-قانون الإجراءات الجزائية ، جاء بالأمر رقم :15-02 ، بتاريخ :2015/07/23 .

7-قانون الإجراءات المدنية ، بتاريخ : 2008/02/25 .

8-مجموعة قرارات واجتهادات المحكمة العليا .

الفهرس

فهرس الموضوعات

الرقم	الموضـــوع	الصفحة
1	الإهداء:.....	
2	الشكر والتقدير.....	
3	مقدمة :.....	أ– د
4	الفصل الأول : مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وشروط استحقاق الحضانة.....	05
5	المبحث الأول : مفهوم ومميزات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	07
6	المطلب الأول : مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.....	07
7	الفرع الأول : تعريف الحضانة ومحلها.....	08
8	الفرع الثاني : تعريف المصلحة عند المحضون	11
11	المطلب الثاني : مميزات الحضانة وتمييزها.....	13
12	الفرع الأول : مميزاتها الحضانة.....	13
13	الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن مفاهيم مشابهة.....	18
15	المبحث الثاني : شروط استحقاق الحضانة	24
16	المطلب الأول :الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال.....	24
17	الفرع الأول : الشروط العامة من منظور الشرع	24
18	الفرع الثاني : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال قانوناً	26
19	المطلب الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال	30
20	الفرع الأول : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء.....	30
21	الفرع الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال	31

22	الفصل الثاني: أصحاب الحق في الحضانة والسلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون.....	34
23	المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة فقها وقانوناً	36
24	المطلب الأول : أصحاب الحق في ظل الشريعة الإسلامية.....	36
25	الفرع الأول : أصحاب الحق من النساء.....	36
26	الفرع الثاني : أصحاب الحق من الرجال	39
27	المطلب الثاني : أصحاب الحق حسب القانون و القضاء.....	40
28	الفرع الأول : أصحاب الحق حسب قانون الأسرة الجزائرية	41
29	الفرع الثاني : الحضانة بين القضاء والتشريع.....	45
30	المبحث الثاني : السلطات المخولة للقاضي لتقدير مصلحة المحضون....	48
31	المطلب الأول:السلطة المخولة للقاضي من حيث مآلآت الحضانة ومصير المحضون.....	48
32	الفرع الأول : مآلات الحضانة (السقوط والعودة).....	48
33	الفرع الثاني : مدّة الحضانة ومصير المحضون	57
34	المطلب الثاني : السلطة المخولة للقاضي من حيث مجال وآليات تقدير المصلحة	62
35	الفرع الأول : مجال السلطة التقديرية للقاضي	63
36	الفرع الثاني : الآليات المخولة للقاضي لتقدير المصلحة.....	64
37	الخاتمة	69
38	قائمة المصادر والمراجع.....	72
39	الملاحق	

الملاحق

الـقرارات :

قرارات واجتهادات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

- **المبدأ** : الحكم تلقائيا بمنع المحضون ، المسند حضانته لأمه ، من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي ، حيث يقيم والداه وبصفة قانونية خطأ في تطبيق القانون ، مجلة المحكمة العليا – العدد 2011 في 2007/11/14 .
- **المبدأ** : لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات .
- **المبدأ** : تبقى الحضانة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون 2012 في : 2011/02/10 .
- **المبدأ** : لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة ، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي 2008/09/10. م 64 .

المبدأ : يمكن إسناد الحضانة للام المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون بتاريخ : 2010/07/15 ، ملف رقم : 564787 .

المبدأ : توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار 2010/09/16 العدد 2010 .

المبدأ : أم البنت مجهولة الأب ، المتكفل بها من طرف الغير هي الأولى بحضانتها 2010/11/11 العدد 2011 .

المبدأ : يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون ، في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه 2009/01/14 العدد 2009.

المبدأ : إسناد الحضانة للأم ، بعد الطلاق ، بدون الولاية لها خرق للقانون ، 2009/01/14 العدد 2009 . م 87 .

المبدأ : تراع مصلحة المحضون ، عند إسناد الحضانة ، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة يخضع تقدير مصلحة المحضون ، للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع 2011/03/10 . مصلحة المحضون : م 64 .

ملاحظة : مصالح الوسط المفتوح تعد تقريراً عن الأوضاع فقط ولا تقترح على قضاة الموضوع 2011/03/10 . م 53 ف66/4

المبدأ : تقضي مصلحة المحضون إسناد حضانته بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق ، بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الاسرة 2010/10/14.

ملاحظة : الجريمة هي السرقة وانتحال صفة الغير (الحبس)

المبدأ : يتعين على الوالد عند تخصيص لممارسة الحضانة السكن بتحقيقه مصلحة المحضون 2009/01/14 ، العدد 2009. م 64-72.

المبدأ : الحكم ببدل الإيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر

لا يكون الأب ملزماً بتوفير السكن أو بدل الإيجار ومتى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني 2011/05/12 ، الملف رقم : 622754 ، العدد 2012 . 78/72 م

المبدأ : لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق ، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الايجار 2007/04/11 . العدد2008 ، م 78/72 .

المبدأ : يمكن إسناد الحضانة للام المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون بتاريخ : 2010/07/15 ، ملف رقم : 564787 ، العدد 2010 .

المبدأ : يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيت الزوجية ، أو مكان تواجد أهل الحاضنة بتاريخ : 2010/11/11 ، ملف رقم 581700 ، العدد 2011 .

المبدأ : يمكن إسناد حضانة الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم بتاريخ : 2008/03/12 ، ملف الرقم : 426431 ، العدد 2008

المبدأ : يجب إسناد الحضانة للجدة من الأم –تبيان معايير مصلحة المحضون ، بتاريخ : 2008/02/13 ، ملف رقم 424292 ، العدد 2008 .

المبدأ : الحكم تلقائيا بمنع المحضون ، المسند حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي ، حيث يقيم والداه بصفة قانونية خطأ في تطبيق القانون بتاريخ : 2007/11/14 ، ملف رقم : 408248 ، العدد 2008 .

256629إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم الحاضنة مصلحة المحضون 2001/02/12

المبدأ : إسناد الحضانة للأب بحجة عرض مرض الزوجة ، عقليا دون إثبات خرقاً للقانون بتاريخ رقم : 2002/02/13 ملف رقم : 265727 ،

المبدأ : يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدا اجتماعية (لم يستعينوا بمرشده اجتماعي) ، بتاريخ : 2005/05/18 ، ملف رقم : 330566

المبدأ : بدل الإيجار حق للمحضون من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة بتاريخ : 2005/06/15 ، ملف رقم : 331833.

المبدأ : لا تنتهي الحضانة ببلوغ 10 سنوات فقط بل يجب مراعاة مصلحة المحضون 2008/06/11 .

المبدأ : لا تسند الحضانة للام سيئة الأخلاق بتاريخ : 2008/06/11 .

المبدأ : إسقاط الحضانة من الأم دون تعيين مرشده اجتماعيا بتاريخ : 2003/05/21 ملف رقم : 302428 .