جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطلبة :
- ضيف الله عادل
- قاسم تواتي

تحت إشراف الأستاذ:
ـ د/ لعروسي سليمان

لجنة المناقشة:

1-الأستاذ :	بن يحي أبو بكر الصديق	رئيســـــــا
2-الأستاذ :	لـــعروســي سليمـــــان	مشرفا و مقررا
3-الأستاذ :	بشـــــــار رشيـــد	مناقشـــــــا

السنة الجامعية:(2016م- 2017م)

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

نتقدم بجزيل شكرنا إلى الأستاذ المشرف الدكتور العروسي سليمان
وإلى جميع طاقم قسم الحقوق
وكل أساتذة معهد العلوم القانونية والإدارية
و إلى كل من مد لنا يد العون

وشكرا

الإهداء

أهدي خلاصة مشواري الدراسي إلى روح أمي رحمها الله وتغمدها برحمته الواسعة

إلى أبي حفظه الله وأطال في عمره.

إلى أشقائي سندي في الحياة

إلى زوجتي العزيزة

إهداء خاص إلى صديق دربي" تواتي "، الذي شاركني في إعداد هذه المذكرة" .

وإلى أصدقائي وكل أحبائي.

عادل

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين

إلى إخوتي الأعزاء أدام الله عليهم نعمة الصحة والعافية وأوسمهم بالنجاح

إلى زوجتي و إبنتي العزيزة

إلى كل الأصدقاء و الأهل و الأقارب .

إلى كل شغوف بالعلم و المعرفة، مؤمن بأن العلم مطلوب لا محمول

و لا حدود له و أنّ فوق كل ذي علم عليم.

تواتي

المقدمـــــــة

مقدمة

تعد تربية الأبناء من الأسس التي أولاها الفقه الإسلامي عناية خاصة، وأولاها أهمية بالغة ومن بين الأهداف التي يتوخاها التشريع في هذا المجال أيضا نجد أنه خص حماية الطفل بنصوص قانونية، ومن بينها قانون الأسرة الذي يعد من أهم القوانين كونه ينظم جانبا مهما من الحياة الإجتماعية ألا وهي الأسرة بإعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع والوحدة الإجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل، ولكي تستطيع المحافظة على استقرارها ومتانتها ووحدتها، يجب أن تقوم على أسس وقواعد سليمة مبنية على التعاون بين الرجل والمرأة لتحقيق النسل المنظم وحفظه على الوجه الأكمل وتربيته وتهذيبه ورعايته وصيانته وتهيئة المستقبل الصالح له، ويقوم الزوجان بهذه المهمة المتعددة الأبعاد والمستويات، ويتطلب نجاحها تعاون الطرفين وبذل جهود متكاملة حيث ينشأ كل ولد في أحضان أبويه وينمو في ظل أسرته حتى يبلغ أشده، ويقع على عاتق والديه واجب رعايته والمحافظة عليه معنويا وماديا، إذ تنص المادة (65) من الدستور الجزائري "يجازي القانون الأباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم".

ولكن في حال الخلاف المستحكم بين الزوجين، تتعطل أولويات الإهتمام بالأسرة وغالبًا ما ينعكس ذلك بالتراجع في الإهتمام بالأولاد، لاسيما إذا انحلت الرابطة الزوجية بين الطرفين ومن أهم وأبرز نتائج الطلاق مصير الأطفال في من يتولى حضانتهم.

لا سيما أن المولود يحتاج في طفولته، إلى من يرعاه ويقوم بشؤون حياته، من طعام وشراب ولباس ومنام وتربية، ولما كان الوالدان هما أقرب الناس إليه وأرفق به، فقد جعل الشارع رعاية مصالحه إليهما، ولما كانتالأمأقدر وأصبر على تربية الطفل في المرحلة الأولى من حياته، فقد فوض إليها أمر حضانته وتربيته، وجعل للأب ولاية التصرف بنفسه وماله لأنه أصلح لهذه الولاية وأقدر عليها منالأم.

إن موضوع الحضانة في الشريعة الإسلامية، وفي قانون الأسرة الجزائري، يعتبر من أهم وأجل قضايا الأسرة فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم، فما من بيت من بيوتنا، إلا وهم عرضة لأحكام الحضانة ومسقطاتها، وهذا نتيجة تزايد المشاكل الأسرية في السنوات

الأخيرةوأهم شيء في الموضوع كله، هو الطفل المحضون، والذي يحتاج إلى من يرعاه ويحافظ عليه، وإلى من يربيه ويقف إلى جنبه، حتى يشتد عوده إلى سن معينة.

هذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين، إلا أن عدم إجتماع الوالدين مع الطفل المحضون لسبب أو لآخر، خاصة عند إنحلال الرابطة الزوجية، تثار مشكلة الحضانة بحدة، ومن هو الأجدر بحماية المحضون ورعايته، وهنا لابد أن نحتكم للنصوص التشريعية الجزائرية وللفقه الاسلامي، لاسيما القوانين التي تنظم شؤون الأسرة، مع إعطاء القاضي السلطة التقديرية وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.وقد تطور الأمر إلى إحداث تعديلات عديدة على قانون الأسرة من أجل هذا الغرض ومن أجل مسايرة التطور الذي يشهده المجتمع الجزائري،وقد حثت المادة الثالثة من إتفاقية حقوق الطفل، جميع الدول، على إعطاء الطفل كامل حقوقه مؤكدة على رعايته وحمايته والحفاظ على مصلحته، ومع ذلك فإن هذا الحق في الحضانة قد ينتهي ويسقط إختياريا، أو بقوة القانون وبقوة الشريعة الإسلامية، أو بالتنازل عن الحضانة،وهنا تبرز أهمية تناول هذا الموضوع الموسوم بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي،و المتمثلة في إهتمام قانون الأسرة الجزائري بموضوع الدراسة كونه يهدف إلى التأكيد على إعطاء هذا الحق، العناية اللازمة ، مسايرة الفقه الإسلامي الشرعي، والتي تعنى برعاية الطفل وحمايته،المحافظة على حقوق الطفل المحضون، والقيام بها على أكمل وجه ، حماية حق الطفل وفق ما جاءت به الإتفاقات الدولية ، ومبادئ حقوق الإنسان.

1/أهمية الموضوع:

تكمن أهمية البحث في موضوع: الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و تطبيقاتها في:

ـ أن الطفل هو أساس المجتمع لذلك يجب أن ينشأ نشأة صحيحة حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع.

ـ تكمن أهمية الموضوع أيضا بأن الحضانة أمر ضروري للطفل لحماية مصالحه و لذلك أولاه القانون و القضاء و كذا الشريعة الإسلامية أهمية بالغة.

ـ كما أن مصلحة المحضون في كل من الشريعة و القانون تسعى إلى تأمين حاجات الطفل الأساسية التي تساعده في عيش حياة سعيدة و كريمة.

2/ أهداف الدراسة:

- تبيان مفهوم الحضانة ومسقطاتها، وأهميتها في حياة الطفل.
- التطرق للنصوص القانونية الجزائرية،وأهم القرارات القضائية، التي عالجت موضوع الحضانة.
- التعرف على أحكام إسناد الحضانة، من خلال الدعاوى التي تثبت الحق في الحضانة

أوتنهيه.

- لفت إنتباه الجهات المختصة، وكل المهتمين بمثل هذه المواضيع الحساسة، وتبيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، ودورها البارز في التكوين النفسي والعقلي والجسمي لهذاالأخير.
- إنتقال حق الحضانة من شخص لأخر الجدير برعاية الطفل.
- التأكيد على أخذ مصلحة المحضون فوق كل إعتبار، وإعطائه حق الأولوية.
- معرفة الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي، في إسقاط الحق في الحضانة.
- محاولة إبراز أهمية مرحلة الطفولة، وهي مرحلة حساسة، يتم فيها البناء الجسدي والعقلي والنفسي لهذاالأخير.
- المساهمة في إثراء المكتبة، التي هي بحاجة إلى مثل هذه البحوث والدراسات الأكاديمية لإحاطة القارئ بحدود أحكام إسنادالحضانة ومسقطاتها.

3/ أسباب إختيار الموضوع:

و من بين الأسباب التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع، نذكر الأسباب التالية:

أ-الأسباب الذاتية:

- شعورنا بأهمية دراسة الحضانة، من وجهة نظر الفقه الإسلامي، وكذا في قانون الأسرة الجزائري .
- وضع اليد على الجرح، الذي ذهب ضحيته الكثير من الأطفال.
- إبراز الأسس الحقيقية المعتمدة في إسناد الحضانة، في المجتمع الجزائري
- لفت إنتباه الباحثين في الدراسات المستقبلية، من أجل صيانة حق الطفل.

ب-الأسباب الموضوعية:

- إبراز الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للمحضون، والتي جاءت بها الشريعة الإسلامية والتي عالجت مثل هذه الإشكالات بالرغم من أن جميع هذه التشريعات نابعة من خلفية الشريعة الإسلامية.
- معرفة أوجه التشابه وأوجه الخلاف، بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في معالجة مثل هذه المواضيع، والقضايا التي لها أهمية بالغة على الأسرة عموما، وعلى الطفل خصوصا فبالأضداد تعرف الأشياء، وبالتالي تتضح الرؤية، ونستفيد من خلال النصوص القانونية.
- الوقوف على الأسباب القانونية و الإختيارية، التي تؤدي إلى سقوط الحضانة.
- إبراز دور القاضي، وسلطته التقديرية، التي تصب لمصلحة المحضون، وهذا من خلال:
  - قانون الأسرة الجزائري

مدى مسايرة التشريع الجزائري في موضوع الدراسة مع الفقه الإسلامي، لاسيما في مجال حقوق الطفل، وحضانة الطفل الذي يُعد من أهم وأبرز هذه المواضيع.

4/ صعوبات الدراسة:

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال إعدادنا لمذكرة التخرج هاته نذكر ما يلي:

ـ عدم كفاية الوقت للتوسع أكثر في موضوع حساس مثل موضوع الحضانة.

ـ عدم تمكننا من الإطلاع على جميع المراجع المتخصصة التي عالجت موضوع الدراسة لضيق الوقت المخصص لإنجاز هذا الموضوع.

5/ المنهج المتبع:

إن المنهج المتبع من خلال دراستنا لموضوع الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و تطبيقاتها هو المنهج المقارن، بالإضافة إلى أننا قد إستعنا بالمنهج التحليلي و كذا المنهج الوصفي.

6/ إشكالية الموضوع:

أ-الإشكالية الرئيسية:

ما هي المعايير القانونية المنظمة للحضانة من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ ومدى فعاليتها

ب-التساؤلات الفرعية:

- ما مفهوم الحضانة، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟
- ما هي الأسس القانونية والإسلامية لإسناد الحضانة؟
- من له أحقية حضانة و كفالة الطفل بعد الطلاق؟
- ما مصير المحضون بعد إسقاط الحضانة، حسب الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟
- ماهي حدود سلطة القاضي، في إنفاذ أو إسقاط الحق في الحضانة، في التشريع الجزائري؟
- ما هو دور القاضي في التصدي لدعاوى إسقاط الحضانة، وماهي أبرز الإشكاليات التي تثار في هذا الصدد؟

7/ تقسيم الموضوع:

و للإجابة على هذه الإشكاليات فإننا قسّمنا الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: الحضانة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الذي يحتوي على ثلاثة مباحث: المبحث الأول ماهية الحضانة في القفه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري المبحث الثاني شروط إستحقاق الحضانة، المبحث الثالث الأولية للحضانين في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: حق المحضون، آثاره و تطبيقاته، و الذي يحتوي على ثلاثة مباحث: المبحث الأول نفقة المحضون، المبحث الثاني حق المحضون في السكن و الزيارة، المبحث الثالث حدود الحق في الحضانة و تطبيقاتها .

الفصل الأول

الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

من أهم الآثار القانونية لإنحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث تكفل له التربية الصحيحة والخلقية السليمة، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، وكذا قانون الأسرة الجزائري.

إن الطفل لبنة ضعيفة تحتاج إلى الرعاية والإهتمام إذهو صغير عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما تعلق بماله أو بنفسه إذ يحتاج إلى من يقف إلى جانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة.هذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين اللذين يؤمنان بهذا ويسهران على حمايته وتقويته.إلا أن عدم إجتماع الوالدين لسبب أو لآخر هذا يجعل تحقق ما ذكر بعيد المنال خاصة عندإنحلال الرابطة الزوجية أي الطلاق .

فالحضانة تقوم من يوم ولادة الطفل لكن بعد فرقة الوالدين، يكونحق ممارسة الحضانة مصدره التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل.ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، وكذا قانون الأسرة الجزائري.

سوف نتناول مضمون هذا الفصل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: شروط إستحقاق الحضانة.

المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

من أجل إعطاء نظرة عامة حول مفهوم الحضانة، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول تعريف الحضانة(قانونا، شرعا، اصطلاحا) وفي الثاني ترتيب الحاضنين في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

إن الحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن إقامة مصالحه وتدبير شؤونه ، وإحتياجه إلى من يقوم له بكل هذه الأمور وتعهد بالعناية له والرعايةحتى يشب ويصبح قادرا على القيام بأمور نفسه من أجل الحفاظ عليه من التشرد والضياع،حيث تتحدد مدتها بقدر حاجة المحضون إليها وعليه سوف نعرض تعريف الحضانة فيمايلي:

الفرع الأول: الحضانة لغة و إصطلاحا

أولا لغة:

الحضن: ما دون الأبط إلى الكشح (والكشح ما بين الخاصرة والضلوع). والحضن هو الجنب وحضن الطائر بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه.[1]

وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه فهو حاضن، والجمع حضنة وحضان وهي حاضنة والجمع حواضن.

ويقال: إحتضن هذاالأمر: تولى رعايته والدفاع عنه.

والحاضن والحاضنة: هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.

والحاضنة: التي تقوم مقامالأمفي تربية الولد.

والحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه.[2]

ثانيا: إصطلاحا

التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه وتدبير شؤونه

---

[1] الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، 1989، ص125.

[2] المعجم الوسيط، مصر، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004، ص182؛ المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، ط 1، 1980، ص158.

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي

إختلفت صيغ تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، بإختلاف المذاهب الفقهية وسوف ندرج أهم هذه التعاريف والتي من بينها تعريف الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

أولاً:تعريف الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية الحضانة كما يلي :الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة.[3]

ثانيا: تعريف المالكية:

الحضانة هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه أي: في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[4]

ثالثا: تعريف الشافعية:

الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي: تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك.

رابعا: تعريف الحنابلة:

الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو مختل العقل عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسلرأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه.

تعريف الحنفية والمالكية لمفهوم الحضانة للقصر ذكرا كان أو أنثىفكان هذا المفهوم هو المتبادر إلى الذهن من إطلاق كلمة الحضانة فلا يدخل في مفهومها رعاية الشيخ الكبير ولا الكبير المجنون أو المعتوه.[5]

---

[3]زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط 1، ج 10، 1993، ص7.

[4]الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، ص226.

[5]نفس المرجع السابق ، ص7 .

ويرى إبن قيم الجوزية أن الولاية على الطفل نوعان نوع يقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيها الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.[6]

أما محمد أبو زهرة فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، والثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال.

أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول منها يكون للنساء وهي ما يسمى بالحضانة فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء. فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم على شؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الإستغناء عن وجود النساء بجانبه خاصة.[7]

وإنه من الطبيعي أن تناط حضانة الطفل بوالديه بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين في حضانة الطفل واجب طبيعي فطري، لما جبلا عليه من الرحمة والشفقة والرفق بفلذة كبدهما، فهما أجدر الناس بحضانته.[8]

الفرع الثالث:تعريف المشرع الجزائري للحضانة

لم يخرج المشرع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنهإستعمال لفظ الولد بدلا عن الصغير، كما أنه إعتمد في تعريفه لها على أسبابها وأهدافها.

وإنطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة إعتمد فيه على أهدافها فهي:

أولا:.تعليم الولد:يقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا[9]، إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية وإستعداده الفطري والنفسي.[10]

---

[6]عطا الله، أحمد، تربية الطفل في الإسلام، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007، ص 52.

[7]أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، ط 2، 1957، ص 406.

[8]أباش، أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان، منشوارت الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 196.

[9]ديابي، باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، 2012، ص 125.

[10]بن عصمان، نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان،2009، ص 113.

ثانيا:.تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في م 30 ق أ ج المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت، ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعا وقانونا.[11]

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 ق أج بقوله أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..."[12]

أي أن الحضانة للأم وقد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قرارته: "لا يسقط إكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي."[13]

والقرار الصادر في 1989/03/13: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الإستئناف –في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، بإعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطؤا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أج.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون احالة".[14]

---

[11] ديابي، باديس، المرجع السابق، ص 125.

[12] المادة62 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[13] قرار رقم457038 صادر في 2008/09/10، م م ع، 2008، ع 2، ص313، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 3، 2013، ص 1462.

[14] قرار رقم52221 صادر في 1989/03/13، م ق، 1993، ع 1، ص48، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ط 1، ج 2، 2013، ص 644.

ثالثا. السهر على حمايته: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي مما ينجم عنه إضطرابه نفسيا أو عقليا.

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

رابعا. حمايته صحيا:

التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والإعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل وعرضه على الطبيب كلما إستدعت الحاجة لذلك.

خامسا. حمايته خلقيا:

الحماية الخلقية ذات إرتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا، وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

وتدعيما لحقوق المحضون وصونا لها عن أي تهديد، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لاسيما الإستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية،وذلك من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 1984/01/09 والذي جاء فيه ما يلي:[15]

"متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

والحكم بخلاف هذا المبدأ، إستوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عنالأملفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجهاعلى طلاقها"[16].

---

[15] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 126.

[16] قرار رقم31997 صادر في 1984/01/09، م ق، 1989، ع 1، ص73، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشوارت كليك،ط 1، ج 1، 2013، ص 208.

وبناء على ذلك ومراعاة لحاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية يتعين على المحكمة أن تراعي كل الأهداف التي تضمنتها المادة 62 ق أج لما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي، وذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق أو إنحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة[17]

المطلب الثاني: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرةالجزائري

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، تبرعا ومعاوضة، بإذن الشرع أو بأمر القاضي أنثى أو ذكر حيث يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة معالأختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب.[18]

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي

أولا: ترتيب الحواضن من النساء حسب المذاهب:

1/الحنفية: الأم، ثم أما الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العمات بترتيب الميراث .

2/المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، وإن علت ثم الأخت، ثم العمة، ثم إبنةالأخ، ثم الوصي، ثم للأفضل من العصبة.

3/الشـــافعية:الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ وبنات الأخت ثم العمات، ثم لكل ذي محرم، وراث من العصبات على ترتيب الإرث فهم كالحنفية

4/الحنابلة :الأم، ثم أم لأم، ثم أم الأب ، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم إبنة الأبوين، ثم الأم ، ثم خالة الأبوين، ثم الأم ، ثم الأب ، ثم العمة، ثم الخالة، ثم خالة الأب ، ثم عمته، ثم بنت الأخ ثم بنت عم الأب ، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب .

و إن لم توجد من النســاء المحارم من تصــلح للحضــانة أو وجدت ولم تكن أهلا لها إنتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقا وإن كان الطفل ذكراأولى العصبة المحارم إن كان أنثى ويرتبون في ترتيبهم مثل الميراث[1].

---

[17] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر، دار هومة، ط 3، 1996، ص293.

[18]إمام، محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 148.

[1]محمد مصطفى شلبي دراسة مقارنة بين الفقه والمذاهب البيئية والمذهب الجعفري ص 729/728

ثانيا: ترتيب الحواضن من الرجال حسب المذاهب:

1/عند الحنفية: إذا لم يكن للصـغير عصـبة من الرجال، إنتقلت الحضـانة لذوي الأرحام فتكون للأخ لأم، ثم لإبنه، ثم للعم لأم، ثم للخال الشـقيق، ثم لأم لأن لهؤلاء ولاية النكاح فيكون لهم حق الحضانة.

و إذا ما إجتمع إثنان في درجة واحدة من القرابة كعمّيه قُدم الوازع ثم الآنس غير الفاسـق والمعتوه و إبن عم الفتاة.

2/المالكية : تنتقل الحضانة للوصـي إذا لم يوجد واحد من الإناث السابقات ثم للأخ الشقيق أو لأم أو لأب ثم للجد لأب الأقرب فالأقرب ثم إبنالأخ المحضـون ثم العم فإبنه ولا حضـانة لجد لأم ولا خال ثم المولى الأعلى.

3/الشـافعية: إن إسـتوى إثنان في القرابة و الإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما لأنه لا يمكن إجتماعهما على الحضانة ولا لأحدهما على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة.

كذلك لا حضـانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام هم: إبن البنت وإبن الأخت من الأم و أبو الأم والخال والعم من الأم.[19]

4/الحنابلة: الحضـانة عند فقد العصـبات تثبت لذوي الأرحام الذكور و الإناث و أولاهم أبو أم فأمهاته فأخ لأم فخال ثم الحاكم يسلم للمحضون لثقة يختاره.

5/الجعفرية: لا يفصل بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يثبتونها أولا للأم ثم للأب فإن لم يكون أو كانا فاقدي الأهلية للحضانة إنتقلت إلى الأقارب على ترتيب إختلفوا فيه.

بكل ما ذكر سـابقا إلا أن الحضـانة تبقى حق مشـترك بين الأم و الأب في حالة قيام الزواج وإذا ما تطلقت الأم تكون أحق به من الأب مدة معينة بعدها ينتقل للأب .[20]

---

[19] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزائر، دار الخلدونية، ط4، ج1، ص 220

20 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته ،دارالفكر،سوريا1985 ،

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري

أولا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11.

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري 84- 11 الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 ق أج بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[21]، إدراكا من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، لأنها أعطف الناس على صغيرها، وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته،[22] ومن ثم إذا إنصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي؛ أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته.

وإذا كانت الأم هي أحق الناس بحضانة طفلها أو صغيرها وهذا ثابت ومحل إجماع، فإن المختلف فيه بين نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري 84- 11، ونص المادة 64 من القانون المعدل بالأمر 05-02 هو في من يلي الأم في الحضانة هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 64؟ أم هم قرابة الأم من النساء؟

بالرجوع إلى نص المادة 64 من القانون 84-11 نجد ترتيب الحواضن كمايلي " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لايمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة،[23] وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات ومن ذلك القرار الصادر في 1984/04/02 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي،

21المادة64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[22]بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص381.

[23]شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 304.

كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعةالإسلامية وقواعد القانون الوضعي...."[24].

والملاحظ على نص المادة أن المشرع غلب على هذا الترتيب جانب النساء على جانب الرجال لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به،حيث إن القاضي وفقا للنص السالف الذكر يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنهاالأم أو سقط حقها في ذلك لمبرر شرعي[25].

والفقه القضائي قد وضع فيما يرجع إلى الحضانة الخالة في الدرجة الثالثة يعني قبل الجدة من الأب .[26]

والملاحظ كذلك أن نص المادة 64 ق أج إكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة دون بيان للأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص، الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة 222 ق أج.

ثانيا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02

خالف المشرع الجزائري في تعديله للقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعدالأم ، وذلك بمقتضى المادة 64 ق أ ج المعدل بالأمر 05-02 بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[27]

---

[24]قرار رقم 32594 صادر في 1984/04/02، م ق، 1989، ع 1، ص77، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 210.

[25]ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، الجزائر، دار الأصالة، ط 2، 2012، ص183.

[26]قرار رقم39203 صادر في 1985/12/30، ن ق، 1988، ع 44، ص172، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 194.

[27]المرجع نفسه، ص308.

و كخلاصة نرى أن كل من الفقه والقانون تعرضوا إلى ترتيب مستحقي الحضانة وفق درجة القرابة سواء النساء أو الرجال فأولى كل هذه الدرجات درجة الأم كونها الأعلم والأقرب والأحن على ولدها من سواها.

المبحث الثاني: شروط إستحقاق الحضانة

لا يتأتى الغرض من الحضانة والمتمثل في صيانة المحضون ورعايته إلا إذا كان الحاضن أهلاً لذلك ولهذا وضعت شروط للحضانة. فما هي هذه الشروط فقها وقانونا؟

المطلب الأول: شروط الحضانة وتفصيل المذاهب فيها

الفرع الأول: شروط الحضانة عند الحنفية والحنابلة

أولا:الحنفية: اتفق الأحناف أنه يشترط في الحضانة عدة أمور منها :[1]

- أن لا ترتد الحاضنة فإن أرتدت سقط حقها في الحضانة فإن تابت رجع لها حقها.
- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة، أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالرقص فإن حقها يسقط.
- أن لا تتزوج غير أبيه (والد الصغير) فإن تزوجت سقط حقها، إلا أن يكون زوجها رحما للصغير، كأن يكون عمًا له، فإن تزوجت أجنبيا سقط حقها فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة.
- أن لا تترك الصبي بدون مراقبة، خاصة إذا كانت أنثى تحتاج إلى الرعاية، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طوال الوقت وتهمل في تربية صغيرتها، فإن حقها يسقط بذلك.
- أن لا يكون الأب معسرا وإمتنعت الأم عن حضان الصغير إلا بأجر، وقالت أنا أربيه بغير أجرة فإن لها ذلك ويسقط حق أمه في الحضانة .
- أن لا تكون أمه، فإنه لا حضانة لها ولا يشترط الإسلام فالذمية لها حق حضانة وليدها .
- أجمع فقهاء الأحناف على ضرورة العقل في الحضانة.

ثانيا:الحنابلة :شروط الحضانة عند الحنابلة .

شروط الحنابلة كما يلي :

- أن يكون الحاضن عاقلا، فلا حضانة لمجنون.
- أن لا يكون رقيقا، وجوب حريته.

[1] كتاب الفقه على المذاهب الاربعة عبد الرحمان الجزيري ص 59

- أن لا يكون عاجزا، كأعمى، لعدم حصول المقصود به ومثل الأعمى ضعيف البصر
- أن لا يكون أبرص، أجزم، وإلا سقط حقه في الحضانة.
- أن لا تكون الحاضـــنة متزوجة من أجنبي عن الطفل فإن كان غير أجنبي كجده وقريبه فإن لها الحضانة.

الفرع الثاني: شروط الحضانة عند الماليكة و الشافعية

أولا:المالكية:

إتفق المالكية على الشروط التالية و هي:

- العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق بعض الأحيان ولا لمن به طيش.
- القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة للعاجز كإمرأة بلغت سن الشيخوخة أو رجلا هرما، ألا يكون عندها ما يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما، الأعمى والأصم و الأخرس والمريض والمقعد.

ثانيا:الشافعية :

إتفق الشافعية على عدة شروط منها:

- أن يكون الحاضــن عاقلا فلا حضــانة للمجنون، إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا، كيوم واحد في السنة كلها.
- الحرية، فلا حضانة لرقيق.
- الإسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم، إما حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فهي ثابتة
- العفة، فلا حضانة لفاسق ولا تارك صلاة أو تاركة صلاة.
- الأمانة فلا حضانة لخائن في أمر من أموره.
- شرط الإقامة في بلد المحضون، إذا كان مميزا.
- أن تكون الحاضنة أم الصغير متزوجة بغير محرم فإن تزوجت بمحرم كعمه فلا تسقط حضانتها[1].

[1]مبشر ابو النصر الطرازي الحسيني . المرأة وحقوقها في الاسلام

مما ســـبق نرى أن إختلاف المذاهب حول تحديد الشـــروط لم يكن إلا لدافع واحد وهو حماية الطفل ورعايته وتوفير السبل التي من شأنها أن تنشأه نشأة صحيحة.

المطلب الثاني: الشروط المطلوبة قانونا في إستحقاق الحضانة

من بين الشروط نجد أن هناك شروط عامة وأخرى خاصة

الفرع الأول: الشروط العامة لإستحقاق الحضانة

وهي ما ورد في المادة 62 ق أج، وهي أهلية الحاضن وبلوغه، والقدرة على التحمل فالعجز لعاهة أو لكبر سن أو لمرض يسقط عن الحاضن حقه في الحضانة لعدم قدرته على القيام بأعبائها. وهذه الشروط يظهر أنها تحول الحضانة الممنوحة للمرأة من حق إلى إلتزام.[28]

أولا: العقل

وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره؟ وحسب المادة 81 ق أجحيث نصت "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" ومنه فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، وهذا حسب المادة 42 إلى 44 ق م ج، حيث نصت هذه المواد على مايلي:[29]

المادة 42 "لا يكون أهلا لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

المادة 43 "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

المادة 44 "يخضع فاقدواالأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

---

[28] لوعيل، محمد لمين، مرجع سابق، ص111.

[29] المواد 42 إلى 44 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75 –58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر رقم 78 المؤرخة في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07 – 05، المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/02/13: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد إنعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنها النقض دون إحالة".[30]

ثانيا:البلوغ

بما أن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه، فلا يصلح لرعاية غيره لذلك لا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه،ولأن الحضانة من باب الولايةوالصغير ليس من أهل الولاية وبغير البلوغ لا تصلح الحضانة،[31]وسن البلوغ في قانون الأسرة الجزائري هو 19 سنة حيث نصت المادة 40 ق م ج"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

ثالثا: الأمانة والإستقامة:

يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته. ومؤدى ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا، و إسناد الحضانة للأم على إعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون.[32]

رابعا: القدرة:

وهي الإستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته والقضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، فلا حضانة لعاجز لكبر سن أو لمرض أو شغل،لكن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي.[33]

غير أن المشرع الجزائري صرح في المادة 2/67 من الأمر 05-02 "أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، لأن عمل الأم الحاضنة

---

[30] سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1193.

[31]الجندي أحمد نصر،الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر، دارالكتب القانونية ،2004 ، ص598

[32]الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية، 2009، ص152.

[33]بن حرز الله، عبد القادر، مرجع سابق، ص359.

لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية، مع أنه يجب في جميع الحالات مراعاةمصلحة المحضون.[34]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لإستحقاق الحضانة

هي شروط تلتزم بها الحاضنة مدة ممارسة الحضانة، وهذه القيود أو الإلتزامات هي البقاء وفق وضعية قانونية تتماشى ومصلحة المحضون وإلا سقط حقها في الحضانة[35]وهي:

أولا: عدم الزواج للحاضنة (التزوج بغير قريب محرم للحاضن):

يجب أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير، ففي هذه الحالة لا يجد المحضون الجو الهادئ الرحيم العطوف عليه، وقد يشعر بالجفاء من زوج أمه.

وبالرجوع دائما إلى مصلحة المحضون فيظهر أن الزواج في حد ذاته لا يسقط الحضانةولكن الذي يسقطها هو تزوجها بأجنبي يخشى أن يسيء معاملة الصغير، وإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلة القرابة بالطفل ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه.[36]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 ق أج على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم، وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قرارتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط فيالمرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون؛ فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرارالذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة".[37]

---

[34]سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1232.

[35]لوعيل، محمد لمين، مرجع سابق، ص111.

[36]بوغرارة صالح، مرجع سابق ص78-79.

[37]قرار رقم 40438 صادر في 1986/05/05م ق، 1989، ع 2، ص75، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 257.

ثانيا: وجوب كون الحاضنة من محارم الطفل نسبا

فلا حضانة لغير القرابة النسبية، فلو كانت الحاضنة أجنبية عن الصغير غير قريبة لا يثبت لها حق الحضانة.[38]

لكن إسناد الحضانة إلى المرأةهنا التي هي بقرابة الجدة أو الخالة للمحضون أوقفه المشرع الجزائري على شرط وهو عدم سكن هاتين الأخيرتين مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة 70 ق أج. وهذا الموقف هو منطقي جداً، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة أي الأم تحت سمعها وبصرها تصبح من ناحية واقعية في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة. وقد تشدد القضاء الجزائري في المحافظة على أولوية الحضانة خاصة إذا كانت للأم وهذا من أجل رعاية مصلحة المحضون،[39] إذ جاء في قرارصادر بتاريخ 1998/03/17 عن المحكمة العليا ما يلي: "أن القضاء بإسناد الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم إستعانتهم بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد و رعايتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".[40]

ثالثا :عدم الإنتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي

وهو ما عالجه المشرع في المادة **69** ق أجالتي نصت: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاةمصلحة المحضون". فمصلحة المحضون تقتضي تعليق إنتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي لأنه راعي المصلحة و المحافظ عليها، بالإضافة إلى كون المادة 69ق أج قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بمسألتين هما:

- التربية الدينية للطفل وخشية التأثر بالوسط، العادات وتقاليد البلد الأجنبي.
- عدم التهرب من السلطة الأبوية.

---

[38] سلامي، دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص43.

[39] لوعيل، محمد أمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص77-78.

[40] قرار رقم 179471 صادر في1998/03/17، ا ق، 2001، ع خ، ص172، عن سايس، جمال الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1069.

و الحكمة من هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حاضنته بواسطة أمه، وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه.[1]

ومما يلاحظ على المادة 69 ق أج أيضا أن المشرع لم يحدد المقصود بعبارة: "البلد الأجنبي"، هل قصد بها كل بلد غير الجزائر سواء أكان مسلما أو غير مسلم؟ لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي.[41]

وقام القضاء بتفسير هذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة، وذلك في قرارللمجلس الأعلى صادر في 1989 جاء فيه أنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"،[42] مما يفهم أن الإنتقال والإستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة، كما أن الأحكام المنشورة التي بحوزتنا تعالج الإنتقال إلى فرنسا وهو بلد أجنبي غير مسلم. فضلا عن أن المادة 1/62 ق أج هي وثيقة الصلة بالمادة 69 من ذات القانون، وهي تحرص على تربية الطفل على دين أبيه .

وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة، وهذا ما أكده قرارعن المحكمة العليا الصادر في 1990/02/19 جاءفيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب ، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون".[43]

---

[41] حميدو زكية، "حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، ج 41، 2000، ص51 -52.

[42] قرار رقم 52207 صادر في1989/01/02، م ق، 1990، ع 4، ص74، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 433.

[43] قرار رقم 59013 صادر في1990/02/19، م ق، 1991، ع 4، ص117، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 530 -531.

وبذلك يمكننا القول أنه مادامت مصلحة الطفل لا تصطدم مع إنتقال الطفل إلى بلد مسلم من حيث عدم الخشية عليه من فساد دينه وخلقه، فالمشكل يتعلق بالمسافة فقط، وبالبلد غير المسلم وهما مالم تعالجهما هذه المادة، وإنما يخضعان للمادة 222 ق أج. كذلك المادة 69 ق أج، قد أعطت حكما واحدا سواء كان الأب مسلما أو غير مسلم ، وقررت أن يكون الإنتقال إلى بلد أجنبي تحت السلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي فيها مصلحة المحضون من حيث دينه وسلوكه وما يتعلق بإستقراره.[44]

رابعا:عدم جواز تغيير الحاضنة لدينها

إن الهدف من الحضانة كما هو مبين في المادة62 ق أج هو تربية المحضون على دين أبيه ، و السهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا وعليه فمن المنطقي أن تكون الحاضنة على دين الأب ، أي: لا تكون كافرة أو كتابية لأنه إن كانت غير ذلك لا تستطيع أن تربي المحضون وفق دين أبيه المسلم وعليه فإن الحاضنة إن إرتدت عن دينها فإن ذلك يسقط عنها الحق في الحضانة.[45]

إلا أنه حسب راي محمد أبو زهرة يعد إتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس شرطا، فإن كان المسلم متزوجا بمسيحية فإن الخلاف بينها وبين بنتها لا يمنع حقها في الحضانة، ويستمر ثابتا لها مع إختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل، وذلك ينزع من يدها إذا خيف إفساد دينه.[46] ولأن سبب إستحقاق الحضانة هو الشفعة الباعثة على القيام بشؤون الصغير، والرأفة به والمحافظة عليه من الضياع، ولا يختلف ذلك بإختلاف الدين، لكن إذا تبين أن في وجود الصبي مع حاضنة يخالف دينها دينه خطرا على دينه إنتزع منها.[47]

ورغم أن الشريعة الإسلامية تجيز زواج المسلم من الكتابية، ومن زاوية واقعية من كثرة الزواج المختلط في السنين الأخيرة تثور إشكالات في الحضانة إذا كانت المرأة كتابية وتنازل الزوج عن الحضانة ، فهل تعطى لها في مثل هذه الحالة؟ وألا يعد الزوج بهذاالتصرف إرتكب

---

[44] حميدو، زكية، مرجع سابق، ص55.

[45] لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص117.

[46] أبو زهرة، محمد، مرجع سابق، ص408.

[47] عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لبنان، المكتبة العلمية، 2007، ص 405

مخالفة؟ والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذه الظاهرة ولم ينظمها،[48]بخلاف القضاء حيث جاء في القرارالصادر بتاريخ 1979/04/15 عن المجلس الأعلى: "أن الأم لا تستحق حضانة الأولاد،لأن شرط إستحقاقها هو أن يبقى الأولاد على دين أبيهم ، حيث أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها لهذا إستوجب نقض القرار".[49]

مما سبق نرى أنه لايوجد إختلاف في شروط إستحقاق الحضانة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسـرة الجزائري فهم يشـتركون في : العقل، الردة، الفسـوق، الزواج بغير الأب ، عدم ترك الصبي ، الحرية ، الأمانة ، الإقامة في بلد المحضون، عدم المرض، القدرة .

[48]لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص117 -118.

[49]قرار رقم 19287 صادر في1979/04/16، ن ق، 1981، ع 2، ص108، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص137.

المبحث الثالث: الأولوية للحاضنين في الفقه وقانون الأسرة الجزائري

نستعرض من خلال هذا المبحث أولوية الحاضنين حيث نتناول الأولوية للحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية في المطلب الأول، بينما الأولوية للحاضنين في ظل قانون الأسرة الجزائري في المطلب الثاني .

المطلب الأول: الأولوية للحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية

إن عملية تحديد مراتب المستحقين للحضانة تقوم على معيارين مختلفين أحدهما خاص بالنساء و الأخر بالرجال .

الفرع الأول :الأساس المستحق للنساء[1]

يعتمد في هذا الأساس إلى القرابة المحرمة التي تعتبر قرينة على وجود الشفقة والرحمة والعطف من الحاضن نحو المحضون ولذلك كان صاحب الحق فيها دون وجود منازع هوالأم التي لا رحيم إلى ولدها أكثر منها، ثم تأتي النسوة التي هي قريبات الأم من بعدها لأنهن أرحم إلى المحضون من أقارب الأب لقول رسول الله «الخال أحد الأبوين» ولما كانت الأم بطبيعتها أحن على وليدها من غيرها فشفقتها لا تعد لها شفقة، وعطفها لا يقاربه عطف جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات، ولهذا مضى قضاء الرسول ص وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روى الأمام أحمد أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص : أن إمرأة قالت : يارسول الله إبني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء وأباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال «أنتي أحق مالم تنكحي» .

و روي عن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم أثنى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى كبر الغلام، فإنطلقها إلى أبي بكر فقال :«مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه» وفي رواية أخرى يقال : ريقها خير له من شهد وعسل يا عمر، وكان ذلك بمحضر من الصحابة .

[1] عبد الحميد السوارية، مجموعة الأحوال الشخصية، ص 720

و في رواية أخرى أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه، وأنه رآه في الطريق فأخذه، فلما تواضـــعا إلى أبي بكر قال : «ريحها ومســـكها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر»

و يثبت هذا الحق للأم ســـواء كانت زوجة لأبي الصـــغير أو معتدة أو غير معتدة مادامت أهلا للحضـانة ولم يمنع من حضـانتها مانع كتزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم[50] فإن ماتت أو منع من حضـــانتها مانع إنتقلت الحضـــانة إلى محارم الصـــغير من النســـاء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى الجدة لأم وإن علت درجتها ثم إلى أم الأبوإن علت درجتها و إنما تأخرت مرتبتها عن الجدة لأم لأن قرابتها من جهة الأب و هو مؤخر عن الأم.

فإن لم توجد واحدة من الجدات إنتقلت الحضـــانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشـقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن تكون للأخت لأب على الرواية الراجحة في المذهب وفي روايـة أخرى أن الأخـت لأب مؤخرة عن الخـالـة، فـإن لم توجـد واحـدة من الأخوات المؤهلات إنتقل الحق إلى بنت الأخت الشـقيقة ثم بنت الأخت و الشـقيقة ثم بنت الأخت لأم فإن لم يوجد منهن من تصلح للحضانة إنتقل الحق إلى الخالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الخالة لأم ثم الخالة لأب فإن لم يوجد من الخالات من يصـــلح إنتقل الحق إلى بنت الأخت لأب ويأتي بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشـقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب، فإن لم يوجد من تصلح إنتقل الحق إلى العمات على الترتيب السابق.

فإن لم يوجد من العمات من تصـــلح إنتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب الســـابق، ثم يليهن خالات الأب تقدم خالة الأب الشـــقيقة ثم خالته من الأم ثم خالته من الأب ثم عمات الأم على الترتيب السابق، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق.

ملاحظة :[51]

إن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصـــناف عند إتخاذ الدرجة لأن الأم مقدمة في الحضـانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ولأن قرابة الأم أعطف على الصـغير من

[50] محمد ابو زهرة، ص ص 408 - 409

[51] احمد محمود الشواربي، ص ص 178- 179

قرابة الأب ، و إن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا لأن الجدة أعطف على الصـــغير وإن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقولها يتعدد صحتها وتوفر الشفقة .

و أن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع من الأبوين أو أحدهما والعمة فرع الجدين أو أحدهما.

الفرع الثاني :الأساس المستحق للرجال

يقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم إبن الأخ الشقيق ثم إبن الأخ لأب ثم العم الشـــقيق ثم العم لأب ثم عم الأب الشـــقيق ثم عم الأب لأب، فهؤلاء تثبت لهم الحضـــانة بهذا الترتيب على الصـــغير مطلقا ذكرا كان أو أنثى لأن كل هؤلاء من المحارم.

ويأتي بعد هؤلاء إبن العم الشقيق، ثم إبن العم لأب بالنسبة للذكر وليست لهما حضانة على الأنثى لأنهما من غير المحارم، والحضـانة تمتد إلى سـن المراهقة وفيها يخشـى الوقوع في الفتنة.

فإذا لم يكن للصـغيرة إلّا إبن عمها يختار لها القاضـي حسـب رأيه ما يراه صـالحا لها فيضـعها عند إمرأة مأمونة إن لم يكن إبن عمها صـالحا مأمونا وجده صـالحا مأمونا ضـمنا إليه.

فإن لم يوجد للصـغير عاصـب مطلقا من الرجال ولا عاصـب محرم للصـغيرة أو وجد ولكنه ليس أهلا للحضـانة إنتقلت الحضـانة إلى المحارم من غير العصـبة، وهم ذوي الأرحام الأقرب فـالأقرب فتثبـت للجـد أبي الأم ثم الأخ لأم ثم إبن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخـال الشـــقيق ثم الخال الأب ثم الخال لأم فإن لم يوجد واحد من هؤلاء إنتقلت الحضـــانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال و أولادالأخت على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث و لا للإناث حضـانة الذكور لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشـى أن يترتب على الضم مفسدة.

فإن لم يكن هؤلاء كان الرأي للقاضـــي يضـــمه إلى الرجل أو إمرأة ممن يثق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل[1].

[1] العربي بلحاج مبادئ الاجتهادات القضائية، ص 114

كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالإعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها. كذلك إعتمد كل من فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية والحنفية على ترتيب معين،ولكن المتفق عليه عندهم جميعا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شفقتها وحنانها على صغيرها أكثر من غيرها.

المطلب الثاني:الأولوية للحاضنين في ظل قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة

جاء في نص المادة 64 ق.أ.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 لأم والخالة في إسناد الحضانة بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة، وهذا لإعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية إبنائه.

وبهذا فإنالأم تعد المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل وإستقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه وإستقامة 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 لن ينازعها أحد في ذلك[52].

الفرع الثاني: الأساس المستحق للرجال و النساء

لعل تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم وعن الخالة جاء متأثرا برأي إبن 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.

[52]- المرجع نفسه، ص 78.

وبعدالأم و الأب 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 و لأب 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 إعتبارا ماديا ومصلحيا 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.

ومنه فإن الأولوية عند إسناد الحضانة تكون للأم، وما عدا ذلك يترتب على سبيل الإلزام وتسند الحضانة من بعدالأم لمن كان أقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن وإستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة من نفقة وسكن وغيرها[53].

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 64 أنه 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

نستخلص مما سبق أن سكوت قانون الأسرة على تحديد هؤلاء يؤدي بالقضاة إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 ق.أ.ج في كل مرة تفوق درجة الحضانة الرتبة السادسة أي أن الشريعة الإسلامية جزءا لا يتجزأ من قانون الأسرة في أولوية الحضانة

[53]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأ ولى، دار الخلدونية، الجزائر ، 2008، ص 256.

خلاصة الفصل :

من خلال هذا الفصل توصلنا إلى أن كلا من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري حرصا على إيلاء الأهمية البالغة للحضانة ومصلحة المحضون، كما رتب الفقه الإسلامي الحاضنين على أساس درجة القرابة للمحضون و سار على نهجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المستمد في غالبيته من الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني

حق المحضون آثاره وتطبيقاته

تمهيد:

بعد إفتراق الزوجين لابد من إسناد حضانة الأولاد إلى أحدهما حسب الأولوية التي نص عليها القانون، لكن الأمر لا يقف هنا، بل بإسناد الحضانة إليهما أو إلى غيرهما حسب ما حدده القانون يرتب جملة من الإلتزامات والواجبات على عاتقهما حتى يتحقق الهدف من الحضانة على أكمل وجه.

فالمحضون له عليه أن يقدم جملة من الخدمات أو الضمانات للمحضون لكي يضمن له الحياة السوية المستقرة نفسيا وماديا، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول.

أما الحاضن فبالإضافة إلى الدور الذي يقوم به من رعاية وحفظ وتربية للمحضون، بغض النظر عن شخصه فيقع عليه أن لا يحرم المحضون من رؤية المحضون له، ولا المحضون له من رؤية المحضون، كما تترتب مسؤوليته عن كل الأفعال الصادرة عن المحضون والتي تلحق أضرارا بالغير فلا يكون بذلك مسؤولا فقط إتجاه المحضون له،وهذا ما سنراه في المبحث الثاني.

لكن هذه الإلتزامات المتبادلة لا تكون أبدية بإعتبار أن الحق في ممارسة الحضانة ليس كذلك فهو ينتهي إما مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها، وإما نهائيا بإنتهاء مدتها كما سيأتي بيانه في المبحث الثالث.

المبحث الأول:نفقة المحضون

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة، وعلاج، وتربية وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من إحتياجات لمعيشته وتنشئته النشأة القويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، ويتجلى في نفقة المحضون، فإذا كان من المؤكد أن المحضون لابد له من نفقة كما سيأتي لاحقا، فإن السؤال يطرح بالنسبة للحاضنة: فهل لها مقابل لما تبذله من رعاية وتربية للمحضون؟

المطلب الأول: حق النفقة على المحضون

الفرع الأول: حق النفقة على المحضون في الفقه الإسلامي

من بين الحقوق التي تقررها التشريعات للمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو كان غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لدراسة.[1]

وقد وردت أحكام النفقة في المادة 78 ق أج: "تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف".[2]

والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والإحتياج.

والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما: الزواج والقرابة.[3]

وقد إستمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه – إن لم يكن للمحضون مال– مما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية من أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.[4]

الفرع الثاني: حق النفقة على المحضون في القانون الجزائري

حيث سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 ق أ ج التي تنص على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى

---

[1] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة"دراسة مقارنة بين الشريعة إسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص421.

[2] المادة78 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3] المادة77 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[4] عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، مصر، دار الفكر العربي، ص413.

الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب".[1]

ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الإبن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال، أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج،[2] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرارالصادر بتاريخ 1999/02/16 "من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على الكسب.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب، وعليه فان القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 ق أج ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة".[3]

وفي قرار آخر: "تبقى نفقة البنت على والدها، ملازمة لها ولا تسقط عنها، إلا بالدخول أو بالإستغناء عنها بالكسب".[4]

ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة:

– إذا كان الأب عاجزا و الأم قادرة على النفقة.

– يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب و قدرة الأم على الإنفاق.[5]

---

[1] المادة75 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 154.

[3] قرار رقم 218736 صادر في 1999/02/16،ا ق، 2001، ع خ، ص206، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1101.

[4] قرار رقم 318418 صادر في 2005/02/23، م م ع، 2005، ع1، ص283، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1266.

[5] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 154.

وعلى هذا سار القضاء في الجزائر إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرارلهم ما يلي: "من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال–أن القرارالمطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين، وأجاب على أن النفقة على الإبن واجبة على الأب تجاه إبنه المحضون وأن عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية تصادق فقط على إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن".[1]وفي قرار آخر صادر في 2004/01/21 جاء فيه ما يلي: "لا يحق للأم الحاضنة التنازل على نفقة الأولاد مادامت النفقة حق للمحضون".

وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، وأن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد.[2]

المطلب الثاني : تقدير قيمة نفقة المحضون

تنص المادة 79 ق أج في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".[3]

هذه المادة تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الإعتماد عليها لتقدير نفقة المحضون، فما يستنتج من هذه المادة أن القاضي، عندما يقدر النفقة يأخذ بعين الإعتبار وسع الزوج، كما يجب أن يراعي ظروف المعيشة والمستوى الإجتماعي.[4]

فالحاضنة قد تطالب بالنفقة أثناء سير دعوى الطلاق، وقد تطالب بها على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة تقدمها إلى قاضي شؤون الأسرة أمام المحكمة الواقع

---

[1]قرار رقم 216886 صادر في 1999/03/16،ا ق، 2001، ع خ، ص203، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1099.

[2]قرار رقم 311458 صادر في 2004/01/21، م م ع، 2004، ع 2، ص379، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1261.

[3]المادة79 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[4]بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 45.

في دائرة إختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة، وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها،[1] فقد قررت المحكمة العليا في قرارمؤرخ في 1981/03/09 بأن دعوى الحضانة هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها، لا يجوز جمعها مع دعوى النفقة المقامة قصد الزيادة في نفقة المحضونين، وأن جمع دعويين في دعوى واحدة غير جائز لما فيه من إضرار بأحد الطرفين والتهرب من أداء مصاريف التقاضي وتعدٍ على قواعد المرافعات وعلى النظام العام.[2]

كما لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، ولا يجوز الطعن في حجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ علىالمعيشة والنفقات بصفة عامة.[3]

فبخصوص مسألة نفقة المحضون فالأصل فيها أن ينفق الأب على إبنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند إمتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن آلت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون، لإرتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه من أجل رعايته وتعليمه والقيام بتربيته.[4]

الفرع الأول:عدم دفع قيمة نفقة المحضون

وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها لأجل الحصول عليها،[5]وفي حالة ما إذا إمتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطى ضمانة لإستيفاء هذا الحق إذ نص في المادة 331 ق ع ج على جنحة عدم دفع النفقة، إذ تعاقب الممتنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين 6 أشهر إلى 3 سنوات حبس ومن 50000 د ج إلى 300000 غرامة نافذة. [6]

---

[1]كربال، سهام، مرجع سابق، ص 56.

[2]قرار رقم 25055، صادر في 1981/03/09، م ع، غير منشور، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966 -2010، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2012، ص 373.

[3]قرار رقم 136604 صادر في 1996/04/23، م ق، 1997، ع 2، ص89، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 878.

[4]بوترييات، عائشة، وب وجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 45.

[5]كربال، سهام، مرجع سابق، ص58.

[6]المادة 331 القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدلوالمتمم، بالقانون رقم 06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال، وتبين من المادة أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي بالإمتناع عمدا عن دفع نفقة الطفل المحضون لمدة تتجاوز الشهرين.

ومن خلال نص المادة 331 ق ع ج يتبين أن هذه الجريمة تتكون من الأركان التالية:

أولا:الركن المادي

ويتضمن عنصرين هما:

- وجود حكم قضائي بأداء النفقة .
- الإمتناع عن أداء النفقة وذلك لمدة تتجاوز الشهرين.

ثانيا:الركن المعنوي

يتمثل في إتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد.

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى من الطفل المحضون أو الحاضن.[1]

كما أن هذه الجريمة تبقى قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون معه ويتكفل بكل مستلزماتهم، وإن أثبتت ذلك بواسطة محضر قضائي، فقد قضت المحكمة العليا بأن: "متى تبين أن الطاعن قد حكم عليه بدفع النفقة لإبنتيه إلا أنه رغم إلزامه بالدفع إمتنع عن ذلك لمدة تتجاوز الشهرين، ولما تمت إدانته بجنحة الإهمال العائلي، وقد ألزم قضاة الموضوع المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان كذلك إستوجب الرفض".[2]

---

[1] سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011، ص 104.

[2] قرار رقم 228139 صادر في 1999/11/16، م ق، 2000، ع2، ص227، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة جنح والمخالفات، الجزائر، منشوارت كليك، ط 1، ج 3، 2014، ص 1004.

إن ما يمكن الإشارة إليه في الأخير هو أن المدة التي حددها المشرع الجزائري لقيام هذه الجريمة هي مدة طويلة في نظرنا في إمكان الأم أن تلحق ضرار جسيما بصحة الطفل وربما بحياته،والأجدر أن تحدد بمرور شهر واحد فقط.[1]

الفرع الثاني: عدم دفع قيمة نفقة المحضون من الناحية العملية

إلا أنه من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب هي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، وإن إهمال المشرع الجزائري واضحا عندما حصرحقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة 78 ق أج.

والمشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المادي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغداء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، وليس وفق متطلبات العصر، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا!

هذا، وقد إقترح مجلس الوزارء في مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري وجوب إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة، وهذا نظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وإنعكاساتها السلبية على حسن تربية المحضونين وحسن تنشئتهم وكان من أسباب هذا الإقتراح أن المتضرر من عدم دفع النفقة هم بصفة أولية الأطفال، فهذا الصندوق إن تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الإحتياج عن المحضونين،[2] وقد تم ذلك بالفعل بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 2015/01/04 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، حيث يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الإستفادة من مستحقاته المالية.[3]

كما يلاحظ أن هناك تناقضا بين النصوص المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين سواء في علاقتهما ببعضهما أو بأطفالهما فهو واضح وجلي، في حين مازال يكرس أحقية الأب في

---

[1] سويقات، بلقاسم، المرجع السابق، ص 104.

[2] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 118- 119 .

[3] قانون رقم 15 -01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر، ع 30، المؤرخة في 7 جانفي2015.

الولاية على أبنائه القصر أثناء قيام الزوجية في حين تنتقل الولاية إلى الحاضن سواء أكان أما أو أبا أو غيرهما بعد الطلاق وغالبا ما تكون الأم هي الحاضنة.[1]

فلقد جعل المشرع من خلال المادة 87 ق أج ولاية الأولاد القصر لآبائهم في حياتهم وتؤول ولايتهم للأم بوفاة الأب وتحل محله قانونا وفي حالة غيابه أو حصول مانع من موانع الولاية بها تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة.

ومادامت الأم هي الأولى بالحضانة، فمعنى هذا أن الولاية على الأولاد المحضونين ستؤول إلى الأم طوال فترة الحضانة ولو في حياة أبيهم، وهذا يطرح إشكالا آخر: هل للأب ولاية على أولاده المحضونين أو لا؟ فإذا كانت حضانةالأم تسلبه حق الولاية–أي لم يعد وليا– فبأي وجه أو صفة ألزم الأب النفقة على أولاده؟ هل بصفته مطلقا لأمهم أو بصفته وليا لهم يتحمل جميع ما يترتب على الحضانة.[2]

المطلب الثالث: أجرة الحاضنة

الفرع الأول: أجرة الحاضنة في القانون و الفقه

لاشك أن الحضانة للطفل أيا كانت تقدم عملا للمحضون،[3] وبما أن الحضانة عملا متعبا وشاقا يتطلب إمكانيات وجهود مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل، وبالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي بشكل أجرة للحاضنة؟[3]

من خلال التمعن في المواد 75–76–77–78 ق أج، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة؛ ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ق أج، فنجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة، فتظل المسألة في غياب الحسم إجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء.[4]

وعناية بالمحضون وبمصلحته، ترى الأستاذة حميدو زكية أن في الإعتراف للحاضنة بأجرةعلى حضانتها الرأي الصائب، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه

---

[1]شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص 332.

[2]داودي، عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار البصائر، 2010، ص210.

3 المصري، مبروك، مرجع سابق. ص517.

[3]بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص120.

[4]ديابي، باديس، مرجع سابق، ص156.

المسألة وخاصة وأن أجرة الحضانة أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، فإن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل، وفي هذا ضرر بالمحضون والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.[1]

الفرع الثاني: أجرة الحاضنة في نظر المشرع

فسكوت المشرع عن أجرة الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها مادامت هناك إحالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 222 من ق أج، حتى وإن كان الملاحظ في مجتمعنا أن الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي إستنادا إلى المادة 222 ق أج أن يلبي طلب الحاضنة ويحكم لها بها.[2]

[1] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص125.

[2] بوخاتم، آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص66.

المبحث الثاني: حق المحضون في السكن و الزيارة

المطلب الأول: حق المحضون في السكن

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون، والأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم قال تعالى:" لَا تضَارَّ وَالِدَةٌ بوَلَدِهَا ولَا مَوْلودٌ لهُ بولدهِ".[1]

ومنه ألزم الله تعالى الأب أن يهيئ للحاضنة وللمحضونين بيتا يسكنونه، بحيث إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما فإن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة، قال تعالى: **"أَسْكِنوهُّن مِنْ حَيْثُ سَكَنْتمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ولَا تضَارُّوهُن لِتضَّيقوا عَليْهِّن** "،[2] وإن كان الأب والأم منفصلين تماما فإنه على الأب أن يؤجر أو يشتري لأولاده المحضونين مع أمهم بيتا لإيوائهم وذلك داخل في باب النفقة على أولاده.[3]

والمقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية، وذلك في حالة توفير الأب مسكنا لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الصغير به، وفي هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة، ومسكن الحضانة إذا لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا ومستوفيا المرافق الشرعية، على خلاف مسكن الزوجية والذي لا يشترط فيه في جميع الأحوال أن يكون مستقلا وبه جميع المرافق الشرعية بإعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه.[4]

إن الإشكال الكبير الذي يطرح هو ما يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة، ولم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها، هل إستثناء المشرع الجزائري في نص المادة 72 ق أج مسكن الزوجية من النزاع هو التحيز لصالح الرجل؟ أم هناك إعتبارات أخرى راعاها المشرع الجزائري خاصة أن الإجتهاد القضائي قد جسد هذه القاعدة وإعتبر أن حق

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] سورة الطلاق، الآية 6.

[3] زقور، أحسن، "أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع 5، 2007، ص73.

[4] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، م رجع سابق، ص426.

البقاء للحاضنة في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين.[1]

الفرع الأول: توفير السكن للمحضون مع حاضنته

حسم المشرع في مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارسة الحضانة، حيث جاءت

بصيغة الوجوب،[2] وذلك ما جاء في المادة 72 المعدلة من ق أج والتي نصت على: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"،[3] حيث أن توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار.[4]

فالمادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، إذ جاءت على النحو التالي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".[5]

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا بالتأكيد إلى ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل إيجار، فقد قضت المحكمة العليا في قرارلها بما يلي: "من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة".[6]

---

[1] إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتواره، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص179.

[2] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص243.

[3] المادة72 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[4] قرار رقم 566381 صادر في 2010/09/16، م م ع، 2010، ع 2، ص268، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1508.

[5] المادة 72 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[6] قرار رقم 339617 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 63، ص343، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1478.

وجاء في قرار آخر: "إن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنه فإنها من إلتزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع".[1]

غير أن المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها، خاصة بشأن الفقرة التالية منها التي نصت "...و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وإجمالا نقول أن المشرع لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك لعدة إعتبارات أهمها:

1. إستعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح بيت المطلق، لإنقطاع عقدة النكاح بعد الطلاق.[2]

2. في معنى الفقرة حصر المشرع الحاضنة في المطلقة، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أما أو خالة أو أما لأم أو أي حاضنة أخرى فإستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت من صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة إبنائها، كما أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكنوذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع.

---

[1] قرار رقم 197739 صادر في 1998/07/21، ن ق، 1999، ع 56، ص37، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص945.

[2] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص70.

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.[1]

والثابت أيضا أن قرارالمحكمة العليا قبل التعديل فصل في هذا الموضوع وإعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون.[2]

مع الإشارة بأن عبارة: "بدل الإيجار" المنصوص عليها في المادة 1/72 يقصد منها أجرة السكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأن المسكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء، وعلى ذلك كان من الواجب أن ينص المشرع على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن و وجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه.

ويلاحظ بأن الأمر رقم 05-02 قد عدل المادة 52 ق أج، بأن حذف الفقرات من الثانية إلى الرابعة المتعلقة بسكن ممارسة الحضانة، وتبعا لذلك لم يبق حاليا إلا نص المادة 72 في صيغته الجديدة،[3] لكن هذا لا يمنع من القول أن المشرع راعى بعض الحالات حيث هناك عائلات ترفض إيواء بناتهم المطلقات وخصوصا إذا كن مع أطفالهن، وهذا ما يجعل بقاء الحاضنة في بيت مطلقها حتى تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن حماية لها ولمحضونيها.[4]

ومن الملاحظات الأخرى التي لوحظت على هذه المادة أن فيها ظلما وإجحافا كبيرين في حق المطلقة الحاضنة ذلك أن توفير مسكن لها أو بقاءها في مسكن الزوجية لممارسة الحضانة، يكاد يكون مستحيلا في ظل الشروط المقيدة للحكم لها بذلك، خاصة مع غياب مختلف الإجراءات القانونية التي تسمح للقاضي بإجراء التحقيقات اللازمة والكفيلة بالكشف عن الممتلكات العقارية للزوج المطلق والقابلة للسكن، وهذا ما ينجم عنه تشرد المطلقة الحاضنة

---

[1] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص158.

[2] قرار رقم 348644 صادر في 2005/12/14، ن ق، 2006، ع 59، ص244، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1327.

[3] بوجاني، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 246- 247.

[4] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص71.

مع محضونيها في الشوارع، مع ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية لها إنعكاساتها الخطيرة على الأفراد والمجتمع.[1]

إلا أن المحكمة العليا أكدت أنه: "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر، ومتى تبين –من قضية الحال– أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهربا وإحتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة، وعليه إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن".[2]

وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر، وهذا على خلاف الغالب وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد فيقع بذلك المطلق في الضيق و الحرج، وإنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق وكذا الحكم عند الفرقة باللعان.

كما أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه إستئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأبإذا لم يكن للصغير مال،أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان من ماله صغيرا كان أو كبيرا، ومما لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد إنتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية بإعتبارها من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة 72 من قانون 84–11 على ما كانت عليه.[3]

---

[1] قبزيلي، مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2003، ص 258.

[2] قرار رقم 179558 صادر في 1998/03/17، ا ق، 2001، ع خ، ص210، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1103.

[3] بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتواره، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009، ص 682 -684 - 685.

وحل هذه الإشكالية يكمن في:

1.في سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الإستعجال، وهذا ما إستدركه المشرع من خلال نص المادة 57 مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".[1]

2.إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقا، فهنا تقدم مصلحة المحضون وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن،[2] أما إذا كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم، فإنها تمكث في بيتها أو في بيت أهلها وتستحق بدل الإيجار منذ انتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب الحكم القضائي، هذا إن تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي.[3]

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة، لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم.

كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الإنفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانونا فإن العرف والواقع يأبيان ذلك لما قد ينجر عنه من مفاسد قد تلحق بالحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون.[4]

ويستثنى من النزاع حول الحضانة أن يكون مسكن الزوجية وحيدا، لأنه لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبتت ملكية المسكن لشخص آخر[5] كما أن الاجتهاد القضائي أضاف شرط أن تكون المرأة حاضنة لثلاثة أولاد وهو شرط قابل

---

[1] المادة57 مكرر من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2] بن صغير، محفوظ، المرجع السابق، ص 685.

[3] وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا "إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو أجرته". قرار رقم 282052 صادر في 2002/05/08، م ق، 2004، ع 1، ص272، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1236.

[4] بن صغير، محفوظ، مرجع سابق، ص 685.

[5] قرار رقم 258532 صادر في 2001/03/28، م ق، 2002، ع 1، ص316، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1178.

للمناقشة والنقد إستنادا لنص المادة 2/52 من قانون الأسرة 84-11 "...يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج".[1]

وهذا ما جاء تأكيده في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/29 أنه: "من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا أما إذا تعذر عليه فعليه أجرته، ولما ثبت –من قضية الحال– أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم– المنتقد– على (أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين)، فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام –المطعون ضده–بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة.[2]

وهذا يعتبر إجحافا في حق الحاضنة إذا كان لها ولدواحد أو إثنان، فيمكن القول أن المشرع الجزائري أساء للمرأةفي حقها في السكن،[3] لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وهو ما يتوافق أيضا مع المادة 72 المعدلة بموجبالأمر 02/05.[4]

ومنه يتضح لنا أنه لأمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب تقيم فيه هي ومحضونها يجب توفر الشروط التالية:

-أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسند إليها القاضي حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

-أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.[5]

---

[1] المادة 52 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

[2] قرار رقم 112705 صادر في 1994/11/29، م ق، 1995، ع 1، ص140، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 803.

[3] إلغات، ربيحة، مرجع سابق، ص 180.

[4] وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: "لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد". قرار رقم 535329 صادر في 2009/12/10، م م ع، 2010، ع 1، ص235، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1490.

[5] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص 145.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من القانون 84-11، فلم تعد المادة 52 المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة.[1]

فقد نصت المحكمة العليا في قرارآخر أن: "السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة"،[2]

-أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا أنه: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن،[3] وأن بدل إيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة".[4]

كما لا يمكن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، لأنه يعد انتهاكا للقانون،[5] وإذا تماطل هذا الأب في توفير السكن أو في تقديم ثمن إيجاره فإنه من حق الزوجة المحكوم لها بحق الحضانة أن تبقى بمسكن الزوجية ولا تجبر على الخروج منه إلى غاية تنفيذ الأب للحكم الذي ألزمه بتوفير السكن، أو دفع بدل الإيجار،[6] حيث قضت المحكمة العليا أن "للحاضنة الحق للبقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولما كان ثابتا -في قضية الحال-أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأن محضر

---

[1] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص 431.

[2] قرار رقم 276760 صادر في 2002/03/13، م ق، 2004، ع 1، ص267، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1234.

[3] قرار رقم 288072 صادر في 2002/07/31، م ق، 2004، ع 1، ص278، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1239.

[4] قرار رقم 331833 صادر في 2005/06/15، م م ع، 2005، ع 1، ص315، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1279.

[5] قرار رقم 451303 صادر في 2008/10/15، ن ق، 2012، ع 67، ص252، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1620.

[6] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 192.

إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن".[1]

ومنه نعتقد أن سبب وجوب إعداد سكن للمحضون مع حاضنته هو الحرص على أمنه وراحته، وضمان حمايته عندما لم يكن له مال يكفيه ويمكنه من هذه الشروط .

أما إذا كان له سكن، فإننا نعتقد أن القاضي لم يعد ملزما بالحكم له بإعداد السكن أو ببدل الإيجار مثله مثل واجب النفقة.

فإذا سقطت الحضانة عمن سبقت وأسندت إليه ثم إنتقلت إلى غيره بموجب حكم قضائي فإن الحق في توفير السكن لممارسة الحضانة أو بدله ينتقل إلى الحاضن الجديد مباشرة بالتراضي أو بطريق القضاء.[2]

هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من القانون 84-11، تنص على أن المطلقة تفقد حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر وثبت إنحرافها، فإن المادة 72 المعدلة أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر.

من هنا يمكن القول أنه من العدل أن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وإنتقلت إلى مسكن زوجها الجديد، أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان للدعارة.[3]

وفي الأخير نقول بأن المشرع بتعديله للمادة 72 ق أج قد حاول صد كل الأبواب أمام الزوج المطلق من التهرب من توفير مسكن لممارسة الحضانة.[4]

وهذا ما جاء النص عليه في قرار المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد.

---

[1] قرار رقم 223834 صادر في 1999/06/15، ا ق، 2001، ع خ، ص 225، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1111.

[2] سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 184- 195.

[3] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص146.

[4] بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص 71.

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من ق أ ج طبقوا صحيح القرار، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة والإنتقال بالمحضون

عند إنقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.[2]

نلاحظ أن المادة 72 ق أج لم تحدد مكان السكن، ويبقى مكان توفير السكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة ومن ثم فإذا وفر الحاضن المسكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة، وإذا كان المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرارالصادر بتاريخ 2010/11/11 أنه: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة".[3]

كذلك، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحةعلى المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في المادة 69 ق أج، إذ تنص: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاةمصلحة المحضون".[4]

وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد محضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة إبنه وزيارته و

---

[1]قرار رقم 189260 صادر في 1998/04/21، ا ق، 2001، ع خ، ص 213، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1104.

[2]بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص 54.

[3]قرار رقم 581700 صادر في 2010/11/11، م م ع، 2011، ع 1، ص 252، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1538.

[4]المادة69 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

رعايته أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.[1]

وهو ما جاء في قرارالمحكمة العليا الصادر في 2011/05/12 أن "الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة، مقيد بممارستها في الجزائر، ولا يكون الأبملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني".[2]

المطلب الثاني:حق المحضون في الزيارة

بعد وفاء المحضون له بإلتزاماته وتوفير كل الضروريات للحاضن من نفقة ومسكن لأجل ممارسة الحضانة والقيام بشؤون الصغير كما يجب، فبالمقابل تقوم على عاتق الحاضن إلتزامات تجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها؛ وهذا كله لأجل ضمان الإستقرار النفسي والمادي للطفل.

لأنه مهما تضافرت الجهود لتعويض الصغير عما فقده بفراق أحد أبويه، فلا يمكن تحقيق ذلك بأكمله، وهذا ما جعل الفقهاء ينظمون علاقة الأولاد بوالديهم بعد الطلاق وفق إجتهاداتهم بما يلتمسونه من الكتاب والسنة. وعلى أقوالهم سار رجال القانون وجعلوه أساسا لمواد القانون. وهذا ما يطلق عليه حق رؤية الصغير أو حق الزيارة التي أقرها الشرع والقانون وحتى العرف بين الطفل ووالديه.[3]

الفرع الأول: حق زيارةالمحضون

من حق أبوي المحضون متابعة ولدهما وزيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ وملاحظة وضعه الصحي وتلبية طلباته والسؤال عن سلوكه،[4] وحق الزيارة حق ثابت للوالدين؛ لأن حرمان أحدهما من ذلك يضر بالطرفالأخر، وهذا لقوله تعالى: "**لَا تضَآَّر وَالِدَةٌ بوَلدِهَا ولَا مَوْلودٌ لهُ بولده**".[5]

---

[1]بوترييات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مرجع سابق، ص54.

[2]قرار رقم 622754 صادر في 2011/05/12، م م ع، 2012، ع 1، ص304، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1603.

[3]كربال، سهام مرجع سابق ص 76.

[4]نافع، حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، ع 20، 2009، ص 140.

[5]سورة البقرة، الآية 233.

ولذلك قرر المشرع الجزائري حق الزيارة للمحضون من قبل الوالد غير الحاضن وذلك من خلال المادة 2/64 ق أج بنصها أنه: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"،[1] ومفاد هذا الحق السلطة الأبوية.[2]

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة ورعاية دائمة لمصلحة المحضون، فقد رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به.[3]

وبما أن المشرع نص على حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانةفهذا دليل على أن هؤلاء فقط لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم، فلا بد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرفالأخر الذي نازع الحاضن، وهذا يستنتج من أسلوب المادة الذي جاء على سبيل الوجوب بلفظ: (وعلى القاضي) .[4]

وقد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق إستقبال أو زيارة أحفادهم وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لإبن الأبن، يكون له الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، الذي تجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 ق أج، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[5]

كما أن المادة 64 السالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة.

وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو

---

[1] المادة64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2] رقية، أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص94.

[3] المادة 328 من القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدلوالمتمم، بالقانون رقم 06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[4] بن عصمان نسرين إيناس مرجع سابق، ص 122.

[5] قرار رقم 189181 صادر في 1998/04/21، ا ق، 2001، ع خ، ص 192، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1093.

مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا، فهذه المصلحة هي التي تبرر إتخاذ القاضي مثل هذا الحكم ومن تلقاء نفسه.

وإذا كان هذا ما اتجه إليه قانون الأسرة الجزائري، فإن الملاحظ عليه هو أنه لم يعط للقاضي ولا توجيه في طرق الزيارة وكيفية ممارستها، بل أنه لم يشر إطلاقا في المادة السالفة الذكر إلى مصلحة المحضون، ولكن من زاوية المقارنة نلاحظ أنه صادق لاحقا على الإتفاقية بين الجزائر وفرنسا في 1988 التي تشير إلى مصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري قد منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح والأنسب للمحضون، فعلى القاضي أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون فهو الذي يحدد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة، أو من حيث مكان ممارستها.[1]

أولا: مدة زيارة المحضون

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

والمشرع الجزائري لم ينص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا أسبوعيا أم شهريا؟

وما إستقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.[2]

وقد حددته المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ومن ثم، فإن القرار المطعون فيه

[1] بن عصمان نسرين إيناس مرجع سابق، ص 123 – 124.

[2] ديابي، باديس، مرجع سابق، ص 160– 161.

القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

ثانيا:مكان زيارة المحضون

مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره و لو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر.[2]

إذ قررت المحكمة العليا في 30 /04/ 1990 بأن من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الأخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج.

فبقضائه كما فعل تجاوز إختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرارالمطعون فيه ".[3]

فإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن أما كانت أو غيرها عدم منعه من ذلك، لما في ذلك من قطع للرحم،[4] فزيارة الوالد لإبنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة،[5] وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون من عيادته؛ لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده،وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل.[6]

---

[1]قرار رقم 59784 صادر في 1990/04/16، م ق، 1991، ع 4، ص 126، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 549.

[2]ديابي، باديس المرجع السابق، ص 160.

[3]قرار رقم 79891 صادر في 1990/04/30، م ق، 1992، ع 1، ص 55، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 571.

[4]شلبي، محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 779.

[5]قرار رقم 350942 صادر في 2006/01/04، م م ع، 2006، ع 1، ص 455، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1334.

[6]فراج، أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، لبنان، الدار الجامعية، 1998، ص 302.

وعلى هذه المبادئ جاء في قرار عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه لا يصلح تحديد ممارسة حق الزيارة للأب في بيت الزوجة المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق".[1]

إلا أن جل الأحكام القضائية التي تم الإطلاع عليها لم تتضمن الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، مما يؤدي إلى إشكالية كثرة النزاع بين الزوجين المنفصلين.

زيادة عليه فالأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كإنتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم.

كما أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوان إستخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة إعتيادية، حيث تمنعهم من رؤية الأب ، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب، ومنه يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للإضرار بالمحضون.[2]

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجو لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوان والصغار معا ماديا ومعنويا، ليصبح النص في المادة 64 من ق أج يشمل عبارة الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك.[3]

وبالتالي فمن يتأمل الأحكام التي تم إستعراضها يجد أن الحضانة تقرر مصير الطفل و وضعه الاجتماعي من حيث الإهتمام به ، والعناية بشؤونه المادية والمعنوية ، والتكفل برعايته

---

[1] قرار رقم 214290 صادر في 1998/12/15، ا ق، 2001، ع خ، ص 194، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1094.

[2] رشدي، شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2011، ص 172.

[3] بن شويخ، الرشيد المرجع السابق، ص 259.

وكذا تربيته إعتمادا على تحقيق مصلحته، لأن مصلحة المحضون تبقى دائما الغاية الأساسية التي يهدف إليها المشرع بعرض عناصرها ومظاهرها على القاضي ليستعين بها في إصدار حكمه على إعتبار أن مفهوم المصلحة يختلف من محضون لآخر ومن مكان لآخر. [1]

الفرع الثاني: التدبير المتعلق بزيارة المحضون

قبل إضافة المادة 57 مكرر إلى قانون الأسرة بموجب التعديل الصادر سنة 2005 كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة، بأن زيارة المحضون للزوج الأخر الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 ق أج ، أما اليوم وبعد التعديل فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بمن فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة ويودعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي ستنظر في موضوع دعوى الطلاق، فيطلب الحكم له بحقه في حضانة أحد أو بعض إبناء الزوجين المتخاصمين بصفة إستعجالية ومؤقتة طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى الطلاق أو التطليق من أحد الزوجين، وما بين صدور حكم قطعي بشأن موضوع دعوى الطلاق وبشأن الحضانة والزيارة.

وفي هذه الحالة يجوز لقاضـي الأمور المسـتعجلة الذي يكون عادة هو رئيس المحكمة بعد أن يتحقق من مبررات الطلب ومن وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام نفس المحكمة بقصد إستصدار حكم قضائي بالطلاق أن يصدر أمرا إستعجاليا مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانته المؤقتة. [2]

[1] رقية، أحمد داود، مرجع سابق، ص 96.

[2] سعد، عبد العزيز قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 158 - 159.

المبحث الثالث: حدود الحق في الحضانة و تطبيقاتها

المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائري في إسقاط الحضانة

للحاضن مسؤوليات تجاه المحضون بإعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها وهي الواجبات الطبيعية المحمولة على الأبوين حسب ما يقتضيه العرف والعادة والهادفة إلى تحقيق الاستقرار النفسي والبدني للطفل، إضافة إلى واجب التربية والتوجيه والتي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق، ويتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل.[1]

وفي حالة عدم توفر الشروط السابقة يصبح المترشح للحضانة ليس أهلا للقيام بها طبقا لنص المادة 1/67 ق أج وبالتالي لا تسند إليه أصلا، كما أن هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق فيها،[2] فكيف عالج القاضي هذه المسائل؟ وكيف راعى مصلحة المحضون؟

الفرع الأول: إسقاط الحضانة في حالة التنازل

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[3]، مع الملاحظ أن المشرع إشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون،كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب ، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه،بالرغم من تنازلها عنها[4] وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به،وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن

---

[1] غربال، عائدة اليرماني، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية "تونس مثالا"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2006، ص56.

[2] طعيبة، عيسى، سكنالمحضونفيتشريعالأسرةوالاجتهادالقضائي،مذكرةمنأجلالحصولعلىشهادةالماجستيرفيالحقوق،فرعالعقودوالمسؤولية،كليةالحقوق،جامعةبنيوسفبنخدة،الجزائر،2011 ، ص84.

[3] قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13، م ق، 2004، ع 1، ص275، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1238.

[4] قرار رقم 581222 صادر في 2010/10/14، م م ع، 2011، ع 1، ص248، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1536.

آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة: "لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيضها".[1]

ويثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقتضي به؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل فيها وتعد بذلك مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الإعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية؟

ذهبت المحكمة العليا إلى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، إذ لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون.[2]

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا الفضلى للمحضون، وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا إذا كانت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغيرالأمبناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما إستجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانته أمه.[3]

---

[1]قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، م ق، 1990، ع 4، ص70، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص430.

[2]قرار رقم 220470 صادر في 1999/04/20، ا ق، 2001، ع خ، ص181، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأح وال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1074.

[3]قرار رقم 235456 صادر في 2000/02/22، م ق، 2001، ع 1، ص280، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي فيمادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص982.

أولا: الإخلال بواجبات الحضانة

إذا كانت المادة 62 ق أج تشير إلى أن الغرض من الحضانة هو رعاية الولد المحضون وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وتشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بهذه المهمة، فإن الإخلال بأحد أو بعض الشروط يترتب عليه سقوط حق الحضانة على الحاضن، وإمكانية إسناده إلى غيره، على أن يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 67 ق أج.[1]

فإذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاةلمصلحة المحضون، أو إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة كأن تدخل السجن أو تصاب بمرض يمنعها من الإستجابة لإحتياجات المحضون.2

وقد ذهبت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه "متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه بإعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا".[2]

وقد إتجهت المحكمة العليا إتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: "أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا".[3]

كما إعتبرت جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 ق أج،[4] إلا أنه استثناء

---

[1]سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص185.

2 آث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر، دار هومة، ط3، ج1، 2011، ص 490.

[2]قرار رقم 50270 صادر في 1988/11/07، م ق، 1991، ع 3، ص48، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص488.

[3]قرار رقم 31997 صادر في 1984/01/09، م ق، 1989، ع 1، ص73، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادةالأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص208.

[4]قرار رقم 171684صادر في 1997/09/30، ا ق، 2001، ع خ، ص169، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص1067.

يمكن إسنادها لها متى تحققت مصلحة المحضون وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2010/07/15 "يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"،[1]ومتى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا، وما دام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة[2]ولأنه يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام المادة 67 ق أج أن تبقى دائماتراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة وتقارن بين الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على الحاضن وإسنادها إلى غيره.[3]

ثانيا: التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 ق أج، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لإرتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق، ولأن كلمة "مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ومن ثم فكل مالا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع، وللتأكيد على ذلك بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الإستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية "تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف".

مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها، ولكن إهدار لمصالح الطفل وإجحافا لحقوقه، لذلك كان من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل.[4]

---

[1]قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15، م م ع، 2010، ع 2، ص262، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1505.

[2]سعد، عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص189.

[3]سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص301.

[4]إلياس، مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتواره، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ص177.

وذهب القضاء الجزائري في أحكامه إلى القول بأن مقابل الخلع وبدله لابد وأن يكون مالاإذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08: "من المقرر شرعا أن الطلاق مال يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذا الخلع شرعا لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن تم الخلع وطلقت منه".[1]

ثالثا: سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

إذا توافرت شروط الحضانة السابقة في شخص،ثبتت له الحضانة، ولكنها قد تسقط لعذر أو لغير عذر فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة،حيث إن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرارالصادر بتاريخ 1984/06/25"متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها... وإذا كان الثابت –في قضية الحال– أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع إبنتها أم البنت المحضونة ... ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرارالمطعون فيه".[3]

كما إعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون، وهذا ما جاء في القرارالمؤرخ في 1990/02/25: "من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

---

[1]قرار رقم 26709 صادر في 1982/02/08، ن ق، 1982، ع خ، ص258، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص160.

[2]المادة68 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[3]قرار رقم 33636 صادر في 1984/06/25، م ق، 1989، ع 3، ص45، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص281.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون".[1]

إلا أنه من زاوية أخرى نتساءل عن كيفية حساب مدة السنة، فهل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر فيه سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بالأم أو الأب ، مع الإشارة أن الحاضن الذي يكون حقه مهددا بالسقوط يبقى محتفظا بالحضانة مادام القاضي لم يتدخل لسحبها منه.[2]

ومما لا ريب فيه أن القضاء في غياب النص التشريعي أو غموضه يجد نفسه مضطرا إلى سد الثغرات إذ أنه المخاطب الأول بتفسير المادة 68 من ق أ ج بسبب إحتكاكه الدائم مع الحياة العملية، وهذا ما تبنته القرارات القضائية فعلا، فقضى المجلس الأعلى في 02/05/ 1979 "بأن طلب المطعون ضدها جاء متأخرا بمدة طويلة من تاريخ تنازل إبنتها، أم الولدين إذ وقع هذا التنازل عن حضانة إبنيها في 1972/08/30 ولم تحرك الجدة ساكنا حتى 1978/01/08، وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلبها حضانة حفيديها، في حين أن المبدأ الذي إستقر عليه الإجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذ لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة وبناء على ذلك، فان القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا ذلك المبدأ، وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للبطلان...".[3]

---

[1] قرار رقم 58220 صادر في 1990/02/05، م ق، 1993، ع 3، ص53، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص681.

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص509.

[3] قرار رقم 19303 صادر في 1979/02/05، ن ق، 1981، ع 1، ص77، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص131 -132.

وقد تأكد هذا النظر في قرارآخر صادر عن نفس المجلس بتاريخ 1984/07/09 إذ يقول: "...ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة..."[1].

إلا أنه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا، حيث يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الإعتبار مصلحة المحضون.[2]

وهذا ما ركز عليه المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1978/02/27 الذي أبرز فيه "سلطة القاضي السامية" في تقدير العذرفحسم هذه النقطة بالرد التالي: "حيث إن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنتين للأم بعد فترة زمنية تقدر بست سنوات،في حين أن الشرع قرر أن الحضانة تطلب لمستحقها خلال السنة، وإلا سقط حقه فيها.

حيث إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية وإقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدارها

الفرع الثاني : تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة

نص المشرع في المادة 66 ق أج: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، حيث لم يفرق القضاء بين الحاضنةالأم أو غيرها من الحواضن إذا إشترط أن لا تكون المترشحة للحضانة وأياً كانت متزوجة بغير قريب محرم،لما في ذلك من خطر على المحضون،[3] وإن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة

---

[1]قرار رقم 32829 صادر في 1984/07/09، م ق، 1990، ع 1، ص60، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص339-340.

[2]بوغرارة، صالح، مرجع سابق، ص98.

[1]وهذا ما أكده المجلس الأعلى في ق اررہ الصادر في 05 ماي 1986، حيث قضى أنه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأةالحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرارالذي خالف أحكام هذا المبدأ أسند حضانة البنت إلى جدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة". قراررقم 40438 صادر في 1986/05/05، م ق، 1989، ع 2، ص75، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص257.

عنها، وتمنحه إلى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد.[1]

ويتضح مما تقدم أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيهاوبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة 2/62 ق أج والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون، ومن ثم فالقاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ويكون حكمه كاشفا.[2]

كما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 ق أج[3]وهذا الحكم بالنسبة للمتزوجة بأجنبي، فإن تزوجت بقريب محرم من الصغير كأن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له فلا تسقط ، لأن الجد أو العم محرم للصغير[4]وصاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه ، فيتم بينهما التعاون على كفالته بخلاف الأجنبي.[5]

كما أن المشرع ومن خلال المادة 70 ق أج التي تنص "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذاسكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، إضافة إلى ما جاء في المادة 66 ق أج جعل قبول حضانة الجدة أو الخالة مرتبط بعدم مساكنتهم لأم المحضون

---

[1]وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 18 ماي 2005 بأنه "يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم".
قرار رقم 331058 صادر في 2005/05/18، م م ع، 2005، ع 2، ص383، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1290.

[2]جاء في قرار المحكمة العليا بأنه " إذا كان القانون قد أعطى، الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم".
قرار رقم 341320 صادر في 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 62، ص385، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1469.

[3]قرار رقم 102886 صادر في 1994/04/19، ن ق، 1997، ع 51، ص92، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص856.

[4]بن حرز الله، عبد القادر مرجع سابق، ص360.

[5]مدقر، عبد القادر، مرجع سابق، ص223.

المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك حتى لا يتم إمساك المحضون في بيت المبغضين له،[1] حيث "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أمالأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع إبنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون...، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا ولذا إستوجب رفض الطعن".[2]

ويظهر أنه من شروط إستحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي،[3] لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا إختياريا عن الحضانة، وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 ق أج على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري"، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرارالمؤرخ في 1990/02/05 أنه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذازال سبب سقوطها غير الإختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال–أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا وإختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الإختياري يعد مخالف للقانون".[4]

إلا أنه يلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف، حيث إعتبرت أن زوال سبب سقوطالحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة بإستعادة الحضانة حيث جاء في إحدى قراراتها المؤرخ في 2000/11/21 "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص

---

[1]طعيبة، عيسى، مرجع سابق، ص85.

[2]قرار رقم 50011 صادر في1988/06/20، م ق، 1991، ع 2، ص57، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص468.

[3]الجندي، أحمد نصر، مرجع سابق، ص154.

[4]قرار رقم 58812 صادر في1990/02/05، م ق، 1992، ع 4، ص58، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص623.

طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أج يعد مخالفا للقانون وقصور في التسبيب".[1]

وتأكد هذا الموقف للمحكمة العليا عندما إعتبرت في قرار آخر أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير إختياري عن الحضانة، ومن ثم فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 ق أج.[2]

وتبقى مسألة أخرى نراها من الأهمية بمكان وهي كون الأب يتوفى والحضانة مسندة للأم فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، وهنا يتضرر المحضون فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها.

ولدقة الموضوع وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لإبنه، وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة، وإذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم .

ولهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 ق أج يشمل ما قلناه في الموضوع، وذلك على النحو التالي: "يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذاالأخير وبشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه".[3]

لذلك يجب أن يترك الأمر بيد القاضي ولا خوف على المحضون، لأن القاضي إنما يراعي ما هو خير وأصلح له، وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الإستثناءات أهمها:

---

[1] قرار رقم 252308 صادر في2000/11/21، م ق، 2001، ع 2، ص284، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص992.

[2] قرار رقم 201336 صادر في1998/07/21، ا ق، 2001، ع خ، ص178، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ج 2، المرجع السابق، ص1072.

[3] بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص262.

- عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.
- أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز.
- عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة،[1] ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة.[2]

ويمكن الإضافة إلى هذه الإستثناءات عوامل أخرى يقدر القاضي ملاءمتها وصلاحيتها مع كل حالة على حدى ليخرج بما هو أصلح وأنفع للطفل، ويكون ذلك على النحو التالي:

- أن لا يقدر المحضون على الإستغناء على حاضنته بسبب سنه، كأن يكون رضيعا لا يقبل إلا ثدي حاضنته، أو في حالة صحية لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق المعالجة.
- أن لا يكون زواج الحاضنة مانعا منعا كليا من الإعتناء بالمحضون، بأن تنشغل بأمور زوجها وتغفل رعاية الصغير، أو أن يرفض زوجها حضانة الصغير رفضا باتا وصريحا.
- أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه طبقا للمادة 72 ق أج، حتى لا يحس زوج الحاضنة بعبء تحمل نفقات المحضون، فيبغضه وينقص من كرامته.

وأمام هذه العوامل وتلك الإستثناءات، فالقاضي إذن لا يجب أن يشغله تزوج الحاضنة بقدر انشغاله براحة المحضون المعنوية، وبهذا يمكن إقتراح النص التالي: "يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها، ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون".[3]

وكما هو معلوم فإن العمل –كنشاط إنساني– ليس محصور في الرجل وحده، بل يشمل المرأة أيضا و في كثير من الأحيان يعد عمل المرأة من قبيل الواجبات الملقاة على عاتقها[4] لقوله تعالى: "وَقلِ اعْمَلوا"[5] وقوله تعالى: "مَنْ عَمِلَ صَالحًا مِنْ ذَكَرٍ أو أنْثى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلنحْيِيَّ

---

[1] حميدو، زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، المجلة الجزائر ية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، ج 41، 2000، ص183 -184-185.

[2] المادة 68 ق أج "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

[3] حميدو، زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، مرجع سابق، ص185.

[4] العقايلة، زيد محمود، "حقوق المراة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، ع 8، ص408.

[5] الآية 105 سورة التوبة.

نهُ حَيَاةً طَّيبَةً "[1] لأنه ضرورة إجتماعية وإقتصادية، وخاصة في عصر التقدم العلمي والتكنولوجي، حيث يوفر لها ولأسرتها دخلا ماديا ويقوي شخصيتها.

إلا أنه تظهر في المجتمع إتجاهات متناقضة حول عملالمرأةمرتبطة بفكرة أن مكان المرأة في بيتها كزوجة أو مربية للأطفال[2]، وهو المقصود في موضوعنا، وهو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة.

ومن هنا فإننا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة و مدى فعاليته في إسقاط الحضانة أن نقول أن مصلحة الطفل تجد نطاقها الواسع وإمتدادا في هذه المسألة، بل تبرز أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة،[3] ولكن هل كل أعمال الحواضن تتضارب ومصلحة المحضون؟

الفرع الثالث: عمل الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون

إن مسألة عمل المرأة الحاضنة لا يمكن إغفالها، لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها لم يعد دخيلا عليه بل ضروريا في مشاركتها في تنميته، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على الحاضنة العاملة أيضا.[4]

ومن ثم فالسؤال المطروح هو: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ ومتى يعد هذا العمل مسقطا للحضانة؟

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في القانون84-11 من بينها سقوط الحضانة بسبب العمل، حيث إن إحتراف العمل في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله فالإجتهادات القضائية إعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها، رغم عدم وجود

---

[1] الآية 97 سورة النحل.

[2] بلان، كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المراة في ضوء بعض التغيرات "دراسة ميدانية"، مجلة جامعة دمشق، ع 1، م 28، 2012، ص19.

[3] شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مرجع سابق، ص312.

[4] بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص232.

النص القانوني. ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام فتدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 2/67 معدلة ق أج التي جاء فيها: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة إجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل، وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن، ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها حيث نصت على ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بإعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، وإنعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرارالمطعون فيه".[2]

وبناء على هذا أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة، وإحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.[3]

---

[1]قرار رقم 295996 صادر في2002/10/23، ن ق، 2006، ع 57، ص219، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1314.

[2]قرار رقم 245156 صادر في2000/07/18، ا ق، 2001، ع خ، ص188، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص1078.

[3]قرار صادر في 1969/05/29، ن ق، 1979، ص50، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1 مرجع سابق، ص68.

إن لكلا الأبوين حق في المحضون كما مر معنا، فللأم حق حضانته، وللأب حق رعايته وتأديبه، ولا بد من إصطدام هذين الحقين عند سفر الحاضن بالمحضون، أو نقله إلى محل إقامة جديد، فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة، هل تقدم الحضانة أم تقدم الرعاية والحفظ والتأديب وهذا ما سنبينه في العنصر الموالي.

الفرع الرابع: الإستيطان في بلد أجنبي

تعتبر التربية الدينية من بين العناصر الأساسية التي تقوم عليها مصلحة المحضون لذلك إذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها إلا أنها قد تسحب منها متى قررت الاستقرار ببلد أجنبي غير مسلم، فلا شك أن الطفل المحضون يتأثر بعادات وأخلاق البلد الذي نشأ فيه مما يشكل خطرا على معتقداته الدينية.[1]

فإذا أرادت الحاضنة تغيير موطنها الذي تمارس فيه الحضانة رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة لها، أو إسقاطها عنها، مراعيا في ذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون بسبب إستحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة.[2]

يتضح لنا أن المشرع قد فرق بين حالتين لثبوت أو سقوط حق الحضانة، الحالة الأولى وهي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، والحالة الثانية وهي ممارستها خارج التراب الوطني، وقد نظمها في المادة 69 من ق أج وترك الحالة الأولى دون حكم خاص بها والمشرع بسكوته هذا ترك أمر حلها للقضاء، ومن ثّم فقد منح له الحرية الكاملة في تطبيق 222 من ق أ ج و اتخاذ ما يراه مناسبا. ومن هنا نجد الحكم الفقهي المعروف والذي مفاده أن يقيم الطفل في نفس موطن أبيه حتى يتمكن هذاالأخير من ممارسة السلطة الأبوية والإشراف على المحضون، ورقابة سلوكه وتربيته.[3]

وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي، ومن ذلك قرارالمحكمة العليا الصادر في1995/11/21 حيث جاء

---

[1] زاير، فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص120.

[2] المادة69 ق أج "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

[3] سلامي دليلة، مرجع سابق، ص53.

في محتواه ما يلي: "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على إبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة، وذلك لبعد المسافة".[1]

ونفس الحل تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/01/12: "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والإجتهاد القضائي".[2]

وبما أنه من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاةمصلحة المحضون.

فالمستقر عليه في القضاء الجزائري أن إسناد الحضانة للأم شرط ممارسة الحضانة تلقائيا يعد خطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرارالصادر في 1993/60/23:"ولما ثبت –من قضية الحال– أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمةالقاضي بإسناد الحضانة للأم، قد إشترطوا –تلقائيا– ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة إبنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون، فإن قرارهم إستوجب النقض الجزئي".[3]

والقرارالصادر في 2007/11/14: "الحكم تلقائيا بمنع المحضون المسندة حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والده بصفة قانونية، خطأ في تطبيق

---

[1]قرار رقم 111048 صادر في1995/11/21، ن ق، 1997، ع 52، ص102، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص860.

[2]قرار رقم 334543 صادر في2005/10/12، ن ق، 2008، ع 62، ص381، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1467.

[3]قرار رقم 91671 صادر في1993/06/23، م ق، 1994، ع 1، ص72، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص730.

القانون".[1]والحكمة في عدم جواز إنتقال الحاضنة بالصغير هو مراعاة مصلحة الصغير ومراعاة حق الوالدين و ألا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من حضانة ورعاية أبيه،[2] فالحاضن إذا أراد الإستيطان في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.[3]

ومنه نخلص إلى أن سفر الحاضن لا يسقط الحضانة مطلقا بل بقيود،[4] لأنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم.[5]

أما بالنسبة لمراعاة القاضي مصلحة المحضون فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفق كل إعتبار، غير أن مراعاة هذه المصلحة منحت 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 يؤثر على قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.[6] ومن أمثلة ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرارلها بتاريخ 1996/05/21حيث قضت: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون. ولما كان ثابتا – في قضية الحال– أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".[7]

وفي قضية أخرى إعتبرت المحكمة العليا "أن إسناد حضانة الأبناء إلى الأب بعد وفاة الزوجة إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة، كون مصلحة الأبناء تقتضي ذلك يعد تطبيقا

---

[1]قرار رقم 408248 صادر في2007/11/14، م م ع، 2011، ع 1، ص244، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1533.

[2]داوود، عبد الباري محمد، حق وق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية، مصر، مكتبة الإشعاع الفنية، ط 1، 2003، ص55 - 56.

[3]المصري، مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص520.

[4]القدومي، عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007، ص173.

[5]قرار رقم 426431 صادر في2008/03/12، م م ع، 2008، ع 1، ص271، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص1447.

[6]شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص462.

[7]قرار رقم 134951 صادر في1996/05/21، م ق، 1997، ع 2، ص86، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص876.

صحيحا للقانون، مؤسسين ذلك على أنه بالنظر إلى سن البنتين، فإن مصلحتهما تكون ببقائهما تحت رعاية والدهما، ولما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير مصلحته العيش بين أختيه وتحت رعاية الأب ".[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة

الفرع الأول : مدة الحضانة

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لإختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة.[2]

لأنه من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها،لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغنٍ عن خدمات الحاضن،وكذا من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر،[3] لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا[4]،ولتباين التكوين النفسي والعقلي لكل واحد منهما.

هذان الإعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده،وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها بـ 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي بـ 19 سنة طبقا للمادة السابعة المعدلة من ق أج، [5] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرارالصادر وهذا في 1990/03/19 "من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني.

---

[1]قرار رقم 274683 صادر في2001/12/26، م م ع، 2004، ع 2، ص346، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1248.

[2]شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، الدار الجامعية، ط 4، 1983، ص781.

[3]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص51.

[4]شلبي، محمد مصطفى، المرجع السابق، ص783.

[5]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص51.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

الفرع الثاني: تمديد الحضانة

وفيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة من جانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء من جهة،والمصلحين من جهة أخرى.[2]

ونظرا لأهمية هذا الموضوع،راى المشرع الجزائري إمكانية تمديد الحضانة إلى سن 16 سنة،وذلك بطلب من الحاضنة وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى ما بعد 19 سنة،وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة، حسب رأيه طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى،إذ أن هذاالأخير قد لا يستغني عن حضانته وهو في سن 10 سنوات ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية، حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل منها، فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس.

وإذا كان المشرع سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن القاضي سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:[3]

يتعلق التمديد،كما قلنا بالذكر دون الأنثى، فإذا ما إنتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد أجلإنهاء حضانتها.[4]

---

[1]قرار رقم 59156 صادر في 1990/03/19، م ق، 1991، ع 2، ص76، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص481.

[2]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص61.

[3]شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص449.

[4]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص62.

1. أن يكون الحد الأدنى للتمديد 16 سنة،إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة إلى سن أقل 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون،ونلاحظ هنا أن المشرع قد إختار هذه السن على أساس أنها السن المعدل التي يبلغ فيها الذكور غالبا،وفيها يقلد الرجال ويبلغ سلوكهم ويركن إلى الإحتكاك بهم.[1]
2. أن تكون الحاضنةالأم ، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي يستند عليها.

وهذا ما أكده القضاء في القرارالصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/10 "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاةمصلحة المحضون.

ومتى تبين –من القرارالمطعون فيه– أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض".[2]

3. أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة. وعلى سبيل المقارنة نرى أن المشرع لم يأخذ هنا بالتفرقة التي جاء في إسقاط حق الحضانة إذا تزوجت بغير قريب محرم، بينما يرى فريق من الفقه بأن الحاضنة لا يسقط حقها في طلب التمديد إذا تزوجت بقريب محرم .
4. حقا إن الإنسجام بين النصوص التشريعية يقضي الأخذ بالإستثناء الوارد في المادة 66 من ق أج، ولكن يظهر أن هذا الحل لا سند له بل ويصعب تبريره،بدليل صراحة نص المادة 65 ق أج، ومن ثم يجب أخذ النص كما هو، وتعميم المسألة حتى إذا تزوجت بقريب محرم.[3]

---

[1]شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مرجع سابق، ص449.

[2]قرار رقم 66552 صادر في 1990/12/10، م ق، 1995، ع 2، ص89، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص806.

[3]شامي، أحمد، مرجع سابق، ص449.

5.أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة في التمديد.[1]

وهنا تبرز سلطة القاضي إذا ما وضعت، ويجب أن لا توضع إلا بقصد التحقق من استيفاء الشروط السالفة، فإذا تحققت هذه الشروط في الطالب فلا مانع إطلاقا من القضاء له بتمديد مدة الحضانة إذا نادت مصلحة المحضون بذلك .

ومن ناحية أخرى، تجلب المادة 65إنتباها في فقرتها الثانية، إذ نص المشرع فيها "على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون"، حيث إن إدراج المشرع هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة التي تعلوها، وبعبارة أوضح إن القاضي عندما يحكم بإنتهاء الحضانة يراعي فيها مصلحة المحضون، فإذارأى أن مصلحة المحضون تنادي بإنتهائها حكم بذلك، وإذا صرحت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك أيضا، وهذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو الفتاة.

لكن فحوى المادة يدل على أن الفقرة الثانية منها تطبق على الذكر دون الأنثى، وذلك للسبب التالي: أنه بفضل طلب التمديد،يتمكن القاضي من رعاية مصلحة المحضون،وهذا الطلب لا ينطبق إلا على الذكر، فإنتهاء مدة حضانة البنت يكون بقوة القانون وبالتالي لن يتاح للقاضي المجال للتحقق من حضور مصلحة المحضون للفتاة أو غيابها،[2] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارلها بتاريخ 2006/01/04 بقولها "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج،دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[3]

ولذلك كان على المشرع إدخال هذه الفقرة ضمن الفقرة الأولى،ومن ثم تصبح صياغة المادة كما يلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج

---

[1]المادة68 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2]حميدو، زكية، مصلحة المحضون، القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص63.

[3]قرار رقم 347914 صادر في 2006/01/04، م م ع، 2006، ع 1، ص449، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1332.

وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إذارأى مصلحة له إلى 16 سنة،إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية".[1]

وتطبيقا لإقتران ذلك التمديد بمصلحة المحضون،قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2002/07/03 بقولها: "حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة تمارسها وأن المحضون بقي يعيش عند والده ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة، فحكم القاضي له بالحضانة مراعاةلمصلحة المحضون بإعتباره تعود على الحياة والعيش مع والده طبقا للمادة 64 من ق أج وهو حكم سليم وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو إستثناء إذا كانت في الحضانة مصلحة، ولما إنعدمت المصلحة في تمديدها، فإن قضاة الإستئناف يكونوا قد أخطأوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، مما يتعين معه نقضه وإبطاله وبدون إحالة".[2]

وما يمكن ملاحظته على هذا القرارهو أنه يحتوي على نوع من الخلط بين ما هو حضانة وما هو ولاية، لأن المادة65 تنص صراحة على تمديد الحضانة للأم الحاضنة فقط لا للأب الحاضن، لأن هذاالأخير يتمتع بالسلطة الأبوية؛ ومن ثم فهو بدون حاجة إلى إستصدار حكم يقضي له بالحضانة بعد بلوغ الطفل المحضون 10 سنوات، أي بعد نهاية حضانته،[3] وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارلها بتاريخ 2011/02/10 بقولها:"لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي والحاضنة غير ملزمة بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون10 سنوات، وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون."[4]

ولهذا نشير في خضم هذه التساؤلات أن المشرع لم يبين لنا في باب الحضانة مصير المحضون بعد انتهاء حضانته،فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بإنتهائها العيش والإنتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة، ولا

---

[1] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص64.

[2] قرار رقم 260702 صادر في 2002/07/30، محكمة عليا، غير منشور، نقلا عن حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص64.

[3] حميدو، زكية، مصلحة المحضونالقوانين المغاربية، المرجع السابق، ص65.

[4] قرار رقم 599850 صادر في 2011/02/10، م م ع، 2012، ع 1، ص281، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص1589.

شك أن هذا ليس بعيب،وإنما البحث عن الإجابة يكون في المواد المتعلقة بالولاية، وكذلك في المادة 222 ق أج،التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

-إما تطبيق النص القانوني بالحكم بإنتهاء حضانةالأم ، وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه.

-وإماالأخذ بعين الإعتبار رغبة الصغير في الإنتقال من دعمه آخذا في الحسبان مصلحته.[1]

ومهما يكن من أمر فإنه يظهر أن الأمر في حالة الفتى أو الفتاة يبقى دائما من حق الأب الإشراف على حياتهما، ومراقبة تصرفاتهما، وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبلهما وحسن تربيتهما بما في ذلك حق تزويجهما في الوقت المناسب، و وفقا للشروط التي يقررها القانون.[2]حضانة بنتيها لوالديها كان أمرا ضروريا...".[3]

ولا ريب أن إدخال المرض الخطير من باب الأعذار إنما يتماشى مع الحكمة التي وضع من أجلها نص المادة 68 ق أج،فقد يرتب على عدم تطبيق روح هذا النص القانوني أن يبقي أطفال كثيرون بعيدين كل البعد عن حنان الأم وعطفها مع أن هذه الأخيرة أصبحت أهلا لحضانتهم ومن ثم، فإنه لا مناص من جعل هذا النص ساريا كلما دعت مصلحة المحضون ذلك، حتى يحدث أثره وتتحقق المنفعة المرجوة.[4]

وهذا يتضح بجلاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18حيث قضت فيه بأنه: "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين –في قضية الحال– أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد مماطلة المطعون

---

[1]بن شويخ، الرشيد، مرجع سابق، ص258.

[2]سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص299.

[3]قرار رقم 15403 صادر في 1978/02/27، غير منشور، نقلا عن حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص510.

[4]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص510.

ضده في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من ق أج، وعدم استعانتهم بمرشدة إجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد، وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلو أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب،مما يتعين نقض القرارالمطعون فيه".[1]

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق بمرور هذه المدة، وقد تجلى هذا في إجتهادات المحكمة العليا حيث جاء في القرارالصادر في 1985/12/02: "حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها".[2]

ويجب أن نلفت النظر في النهاية إلى أن هذه القرارات كما هو ملاحظ من تاريخ إصدارها اتبعت المذهب المالكي في الإتيان بمدة السنة، وهي نفس المدة التي جاءت بها المادة 68 ق أ ج وحسب تاريخ بداية السنة من يوم تنازل الحاضن عن حضانته، ومن يوم الفصل في الحضانة آخذين في ذلك خصوصية وقائع كل قضية.[3]

كما أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون إن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة وإن أخل بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة سقط حقه، لأن الطفل وتربيته منالأمور التي ينبغي الإهتمام بها خاصة إذا تعلق الأمر بتزوجالأم بغير الأب في مدة الحضانة، لأنه يشترط في الحاضنة أن لا تكون متزوجة، فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة.[4]

وإزاء هذا الوضع نتساءل عما إذا كان كل تزوج للحاضنة بغير قريب محرم يتعارض مع مصلحة المحضون؟

---

[1]قرار رقم 222655 صادر في 1999/05/18، ا ق، 2001، ع خ، ص185، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ج 2، مرجع سابق، ص1076.

[2]قرار رقم 38825 صادر في 1985/12/02، ن ق، 1988، ع 44، ص157، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص185.

[3]حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص509.

[4]مدقر، عبد القادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الجزائر، المطبعة العربية، 1993، ص223.

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية للحضانة

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة، والمتمثلة في الإسناد والتمديد والإسقاط، وكذا الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخالفي الأحكام الخاصة بالحضانة مع تبيان أشكال الرقابة القضائية التي يستند عليها القاضي أثناء فصله في قضايا الحضانة.[1]

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

يقضي الأمر باللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة ما يلي: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، وفي حالة الوفاة أو الفقدان.

أولا:حالة الطلاق وما في حكمه من تطبيق أو خلع:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذارافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 ق أج أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع قاعدة مراعاةمصلحة المحضون من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى،ذلك أنه متى فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا كان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد تحت أي كنف سيعيشون؟ويراعي القاضي دائما في حكمه مصلحة المحضون بتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في المادة 64 ق أ ج فإن الأم تكون دائما أولى وأحق بإسناد الحضانة لها إلا إذا وقعت تحت طائلة الحالات التي تسقط عنها هذاالإمتياز والمحدد قانونا وشرعا.[2]

ثانيا: حالة الفقدان أو الوفاة :

مسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فتكون من حق أي شخص تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 140.

[2] قرار رقم 75171، صادر في 1991/06/18، محكمة عليا، غير منشور، نقلا عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة سنة 1966 -2010، مرجع سابق، ص 341.

المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له لأن العلة في الحالتين واحدة، وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية، على فرق إجرائي بينهما ويتمثل في أن الأمر يحتاج في حالة الفقدان إلى إصدار الحكم به.[1]

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج، وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق إختيار مع من يريد العيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 ق أج السالفة الذكر.

وبالتالي فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره.

وقد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق تطليق أو خلع، حيث إن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 ق أج نص بأن على القاضي عند ما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة، ففي هذه الحالة القاضي يجد نفسه أمام حلين:

– أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توفرت فيه الشروط الشرعية والقانونية، كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم.

– أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون.

ومنه ليس هناك إتجاه موحد للقضاة في حل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة، فإنه لا يجوز في أي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه إذا لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به، وإلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

[1] بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، المرجع السابق، ص 63.

وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقييد المطلق بالمبدأ الذي إستند عليه الفريق الأولمن شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي واجب والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه، وهي من النظام العام على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه وإلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحاضنته؟[1]

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

يحق للمعني صاحب الصفة أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

ولقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها الحق الحضانة عن صاحبه، وهي الحالات المذكورة سابقا.[2]

وفي الأخير نود أن نشير إلى أن إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة لابد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 13 ق إ م إ[3]،ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 ق أج،[4] أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن تراعى هي مصلحة المحضون، ويكون الإختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة طبقا لما جاء في نص المادة 40 ق إ م إ.[5]وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط

---

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 144.

[2] المرجع نفسه، ص 144.

[3] المادة 13 من القانون رقم 08 -09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل2008.

[4] المادة 64 ق أج تنص 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".

[5] المادة 40 من القانون رقم 08 -09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

مع الإشارة أنه لا يجوز أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير.[1]

خلاصة الفصل

من خلال ما إستعرضناه في هذا الفصل توصلنا الى أن المشرع الجزائري لم يفصل في أمور كثيرة في هذا المجال و ترك باب الإجتهاد مفتوحا لقاضي الأحوال الشخصية مما يلزم الرجوع دائما الى التشريع الإسلامي، ذلك لأن تنظيم قانون الأسرة مستمد في غالبيته من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يؤكد الإعتماد الشبه الكلي للمشرع الجزائري و إستنباطه لغالبية الأحكام من الفقه الإسلامي .

[1] بن عصمان، نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 152.

الخاتمـــــــــــة

خاتمة

من خلال دراستنا هذه والموسومة بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها، توصلنا الى أن المشرع الجزائري سار على نهج الفقه الإسلامي من حيث إعطائه الأهمية البالغة لوجوب حماية المحضون من الإهمال والتشرد والضياع وتوفير مستوى معيشي مقبول له،حيث كان تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي من خلاله جاء فيه بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون، فشمل هذا التعديل مايلي:

- تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.
- إعتبار عمل المرأة حق لها ولا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة عنها، وهذا تماشيا منه مع تشجيع مشاركة المرأة في سير العجلة الإقتصادية للبلاد بخبراتها و إمكانياتها،ومع إرتفاع نسبة النساء العاملات.
- إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 وتعديل المادة 72 المتعلقة بسكن الحاضن نظرا للتضارب الحاصل بينهما، وذلك حتى تنسجم النصوص القانونية مع بعضها البعض بغية حماية مصلحة الأطفال بعد الطلاق، مسايرا بذلك الإجتهادات القضائية التي أثبتت مسايرتها للواقع الاجتماعي إذ قللت من ظاهرة تشرد الأطفال بعد فك الرابطة الزوجية. وهذا من أجل إعطاء ضمانات أكثر لحماية المحضون ، ومراعاة لمصلحته التي هي فوق كل إعتبار.

ولكن وبالرغم من إجراء هذه التعديلات إلا أنه مازال هناك بعض الفراغ التشريعي فيما يخص أحكام الحضانة.

حيث أنه فيما يتعلق بشروط إستحقاق الحضانة إكتفى المشرع بعبارة "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك " حسب المادة 62 ق.أ.ج، فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وترك ذلك للقاضي ليبحث عنها في مصادر الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق.أ.ج، فكان الأحرى به أن يحددها ليضمن التطبيق السليم للنص وكذا ليسهل المهمة على القاضي، وليضمن أفضل تحقيق لمصلحة المحضون.

كما أنه في المادة 6_4 ق.أ.ج عندما عدد مستحقي الحضانة جاء بعبارة "ثم الأقربون درجة" ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نصوص قانون الأسرة. وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود الأقربين درجة أو عدم كفاءة أي منهم للحضانة فلمن تسند الحضانة؟ بما أنه لم يبين أشخاصهم فعلى القاضي تولي ذلك بالرجوع دائما إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وهو لم يحدد له المذهب الذي يتبعه بإختلاف المذاهب في ذلك.

كما أقر في هذه المادة الحق في الزيارة، لكنه ترك العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى فيه ولا الزمان، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له والحاضن. أضف إلى ذلك أنه لم يذكر إن كانت هناك حالات تسقط هذا الحق، وما هي إن وجدت.

وعندما أقر للحاضنة الأم بالحق في طلب تمديد حضانة الذكر الذي بلغ 10 سنوات إلى 16 سنة حصر هذا الحق فيها فقط، بحيث لا يمكن لحاضنة سواها طلب ذلك ولو إقتضت مصلحة المحضون ذلك، كما أنه لم يحدد المعيار الذي حدد به سن 16 سنة، وهو سن التمييز قبل تعديل القانون المدني في 2005 بموجب الأمر 07-05.

وإذا جاء المشرع بنص المادة72 ق.أ.ج بعد التعديل بغية حماية المحضون وحفظه و وقايته من الآثار الإجتماعية والنفسية التي تلحق به بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه، إلا أن هذا النص جاء معيبا وقاصرا من عدة جوانب يمكن تلخيصها في مايلي:

من خلال هذه المادة منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات. كما أنه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة وإكتفى بعبارة "الملائمة"، ولم يحدد كذلك المكان الذي تمارس فيه الحضانة ولا المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على:" وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." تطرح مشكل إمكانية الجمع بين أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة وهو أمر غير مقبول شرعا.

والملاحظ أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحةالمحضون"، وهذا يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم وهو "مصلحة المحضون"،وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها.

وهذا يعني أنه ترك مهمة تقدير متى تتحقق مصلحة المحضون للقاضي عندما تعرض عليه أي قضية متعلقة بالحضانة.

فالمشرع ترك المجال واسعا لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته أمام مسألة تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون. وأمام سكوت المشرع على بعض الأحكام فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق الطفل؟

فكان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة في كل مرة.

وعليه وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.وهذا ما يوصلنا إلى أن تنظيم الحضانة مستمد من الفقه الإسلامي لكن دون تحديد المذهب المتبع.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم
- الأحاديث النبوية الشريفة

ثانيا : المعاجم

1. المعجم الوسيط، مصر، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004

2. المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، ط 1، 1980

ثالثا: المؤلفات و الكتب

1. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، 1989.

2. زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لبنان مؤسسة الرسالة، ط 1، ج 10، 1993

3. الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، ج 2

4. عطا الله، أحمد، تربية الطفل في الإسلام، الأردن، دار الفكر، ط 1، 2007

5. أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، ط 2، 1957

6. أباش أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان، منشوارت الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010

7. دياباديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر ، دار الهدى2012

8. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، الجزائر ، دار هومة، ط 3،1996

9. محمد مصطفى شلبي دراسة مقارنة بين الفقه و المذاهب البيئية و المذهب الجعفري ص 729/728

10. وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي و أدلته، دارالفكر،سوريا ، 1985

11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزائر ، دار الخلدونية، ط4، ج1، 2005

12. شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010

13. ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، الجزائر ، دار الأصالة، ط 2، 2012، ص183.

14. الجندي،أحمدنصر ،الطلاقوالتطليقوآثارهما ،مصر ،دارالكتبالقانونية، 2004

15. الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصر، دار الكتب القانونية، 2009

16. عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لبنان، المكتبة العلمية، 2007

17. فراج، أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب،لبنان الدار الجامعية، 1998

18. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض لتشريعات العربية، الطبعة الأ ولى،دار الخلدونية، الجزائر ،2008

19. عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي ، مصر

20. سمارة، محمد، أحكام وآثار الزوجية، الأردن، دار الثقافة للنشر، ط 1، 2008

21. داوود، عبد الباري محمد، حق وق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية، مصر، مكتبة الإشعاع الفنية، ط 1، 2003، ص55

22. المصري، مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، دار هومة2010

23. القدومي، عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الأردن دار الفكر، ط 1، 2007

24. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان، الدار الجامعية، ط 4، 1983

25. البغا، محمد الحسن مصطفى، "تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون"، مجلة جامعة دمشق، ع 2، م 18، 2002

26. مدقر، عبد القادر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي الجزائر ، المطبعة العربية، 1993

رابعا : الأطروحات و الرسائل

1. إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، أطروحة دكتواره، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2011

2. بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتواره، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009

3. لوعيل، محمد أمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2002

4. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2008

5. سويقاتبلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011

6. عيسطعيبة،سكنالمحضونفيتشريعالأسرةوالاجتهادالقضائي،مذكرةمنأجلالحصولعلىشهادة الماجستيرفيالحقوق،فرعالعقودوالمسؤولية،كليةالحقوق،جامعةبنيوسفبنخدة،الجزائر،201 1

7. بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007

8. قبزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر ، 2003

9. رقية، أحمد داود، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003

10. آيث ملويا، لحسن بن الشيخ، المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر ، دار هومة، ط3، ج1، 2011

11. إلياس، مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتواره، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010

12. بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014

13. زاير فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011

14. بن عصمان، نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009

خامسا: المجلات

1. نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، ع 20، 2009

2. بلان، كمال يوسف، السمات الشخصية لدى المراة في ضوء بعض التغيرات "دراسة ميدانية"، مجلة جامعة دمشق، ع 1، م 28، 2012

3. زقورأحسن، "أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"(دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع 5، 2007

4. حميدو زكية، "حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، ع 1، ج 41، 2000

5. حميدو زكية، "تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، ع 1، ج 412000

6. العقايلة، زيد محمود، "حقوق المراة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، ع 8

سادسا :النصوصالقانونية

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر رقم 15.

2 . القانون الصادر بموجب رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ 20 ديسمبر 2006.

3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.
4. قانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة ج ر ع 30، المؤرخة في 07 جانفي 2015.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر و تقدير	-
إهداء	-
مقدمة	أ ــ ه
الفصل الأول: الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	27-1
تمهيد	02
المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	03
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	03
الفرع الأول: الحضانة لغة و إصطلاحاً	03
الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي	04
الفرع الثالث: تعريف المشرع الجزائري للحضانة	05
المطلب الثاني: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	08
الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي	08
الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري	10
المبحث الثاني: شروط إستحقاق الحضانة	13
المطلب الأول: شروط الحضانة وتفصيل المذاهب فيها	13
الفرع الأول: شروط الحضانة عند الحنفية و الحنابلة	13
الفرع الثاني: شروط الحضانة عند المالكية و الشافعية	14
المطلب الثاني : الشروط المطلوبة قانونا في إستحقاق الحضانة	15
الفرع الأول : الشروط العامة لإستحقاق الحضانة	15
الفرع الثاني : الشروط الخاصة لإستحقاق الحضانة	17
المبحث الثالث: الأولوية للحاضنين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	22
المطلب الأول: الأولوية للحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية	22
الفرع الأول : الأساس المستحق للنساء	22
الفرع الثاني : الأساس المستحق للرجال	24
المطلب الثاني: الأولوية للحاضنين في ظل قانون الأسرة الجزائري	25
الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة	25
الفرع الثاني: الأساس المستحق للرجال و النساء	25
خلاصة الفصل	27
الفصل الثاني: حق المحضون آثاره وتطبيقاته	80-28
تمهيد:	29
المبحث الأول: نفقة المحضون	30
المطلب الأول: حق النفقة على المحضون	30
الفرع الأول : حق النفقة على المحضون في الفقه الإسلامي	30
الفرع الثاني : حق النفقة على المحضون في القانون الجزائري	30

المطلب الثاني : تقدير قيمة نفقة المحضون	32
الفرع الأول : عدم دفع قيمة النفقة	33
الفرع الثاني : عدم دفع نفقة المحضون من الناحية العملية	35
المطلب الثالث : أجرة الحاضنة	36
الفرع الأول :أجرة الحاضنة في القانون و الفقه	36
الفرع الثاني : أجرة الحاصنة في نظر المشرع	37
المبحث الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة	38
المطلب الأول: حق المحضون في السكن	38
الفرع الأول: توفير السكن للمحضون مع حاضنته	39
الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة والإنتقال بالمحضون	47
المطلب الثاني: حق المحضون في الزيارة	48
الفرع الأول: حق الزيارة	48
الفرع الثاني: التدبير المتعلق بزيارة المحضون	53
المبحث الثالث: حدود الحق في الحضانة وتطبيقاتها	54
المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائري في إسقاط الحضانة	54
الفرع الأول : إسقاط الحضانة في حالة التنازل	54
الفرع الثاني : تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة	60
الفرع الثالث: عمل الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون	65
الفرع الرابع: الإستيطان في بلد أجنبي	67
المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة	70
الفرع الأول : مدة الحضانة	70
الفرع الثاني : تمديد الحضانة	71
المطلب الثالث: التطبيقات القضائية للحضانة	77
الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة	77
الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة	78
الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة	79
خلاصة الفصل	80
خاتمة	84-82
قائمة المصادر والمراجع	90-86
فهرس المحتويات	93-92