الجمهورية الجزائرية الديقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية **ميدان: الحقوق والعلوم السياسية**

قسم الحقوق **فرع: حقوق**

تخصص: قانون أسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب : نورالدين روباش

: عبد المالك كحول

تحت عنوان

أحكام مصلحة المحضون على ضوء ترتيب الحاضنين تشريعا وقضاة

لجنة المناقشة:

أ.د والي عبد اللطيف (ة)	أستاذ محاضر أ :	رئيسا
د. مهدي رضا	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
د . برابح السعيد (ة) :	استاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ويسر لنا انجاز هذا

نقدم جزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا على انجاز هذا العمل من قريب

أو من بعيد في تذليل ما واجهنا من صعوبات وأخص بالذكر

الأستاذ المشرف الدكتور مهدي رضا

الذي لم يبخل علينا بتوجيهه ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في بحثنا

كما أقدم الشكر لوالدينا وإخواننا كما أقدم شكري إلى الزملاء والأصدقاء على

مساعدتنا في توفير المادة العلمية

إهداء

إلى كل من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام إن تحصي فضلهما

إلى والديا العزيزين حفضهما الله وأطال في عمرهما

والى ابنتي الغالية روباش تقوى برائة الرحمان

الى زوجتي العزيزة

والى الأخوة والأخوات

وإلى كل الأساتذة الكرام والطلبة الأفاضل

والى جامعة المسيلة

الطالب: نور الدين روباش

إهداء

إلى كل من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها

إلى من لا يمكن للأرقام إن تحصي فضلها

إلى والدتي العزيزة حفضها الله وأطال في عمرها

والى ابني الغالي كحول يقين عبد الرؤوف

الى زوجتي العزيزة

والى الأخوة والأخوات

و إلى كل الأساتذة الكرام والطلبة الأفاضل

والى جامعة المسيلة

الطالب: عبد المالك كحول

تعتبر الحضانة صيانة الصغير العاجز والقيام بمصالحه، ذلك أن الصبي هو لبنة ضعيفة يحتاج إلى الرعاية والاهتمام، كونه عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما تعلق منها بماله أو بنفسه، كما أنه يحتاج إلى من يقف إلى جانبه حتى يصل إلى سن معينة يشتد فيها عوده فيصير قادرا على تحمل المسؤولية والقيام بجميع شؤونه بنفسه لقوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾ [1]، حيث يستطيع فيها الاستغناء على غيره لتدبر أموره.

غير أن هذه الرعاية لا تتوفر إلا بوجود الوالدين كونهما يسهران على حماية الصغير وتقويته وتنشئته وإعداده ليصير أهلا للقيام بشؤونه، فهي حق للصغير وواجب على والديه لكن في حال عدم إجتماع الوالدين لسبب أو لآخر يصبح تحقيق ما سبق ذكره بعيد المنال، ويصعب تجسيده خاصة عند إنحلال الرابطة الزوجية فيجد الطفل نفسه في مفترق طرق، وحماية له قام المشرع الجزائري بسن نصوص قانونية تكفل له هذه الحقوق وتقوم بحمايتها عن طريق قانون الأسرة والذي حذا فيه حذو الفقه والشريعة الإسلامية ومن خلاله يعالج فيه مسألة الحضانة في المواد 62 إلى غاية المادة 72 من نفس القانون كما أن المشرع الجزائري أعطى تعريفا للحضانة نظرا لأهميتها خصوصا إذ علمنا أن المشرع نادرا ما يتصدى للتعريف ويترك ذلك للفقه فعرفها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.[2]

فالحضانة تبدأ من يوم ازدياد الطفل لكن تحديد مصلحة المحضون لا تقوم إلا من يوم الفرقة، إذ يكون حق ممارسة الحضانة مصدره التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل من أجل إستحقاق الحضانة أو إسقاطها، هذا ما يثير دائما التنازع والتخاصم على الحضانة في المحاكم، ولأجل دراسة هذا الموضوع آثرت أن يكون عنوان هذه الدراسة موسوما بـ:

---

[1]– سورة البقرة: 233.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري.

أولا –أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع إلى إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للمحضون وما هو الأصلح له من خلال دراسة العمل القضائي وكيفية تدخله من ناحية ترتيب الحاضنين وإسقاط الحضانة عنهم أو حرمانهم منها مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، كما أننا سنتطرق إلى أهم الدعاوي التي ترفع في الحضانة والجرائم الواقعة عليها والجزاء الذي يلحق لمن يخالفها هذا .

ثانينا –إشكالية الدراسة:

من خلال دراستنا لبحثنا هذا والذي نعالج فيه موضوع الحضانة ومعرفة من هم أصحاب الحضانة وترتيب درجاتهم فيها، كما أننا سنتطرق إلى تحديد دور القاضي في ذلك من خلال طرح التساؤلات الآتية :

- ❖ كيف يتم ترتيب من تسند لهم الحضانة لدى مختلف المذاهب الفقهية؟
- ❖ ما موقف قانون الأسرة الجزائري من هذا الترتيب؟
- ❖ ما هو دور القاضي في أحكام الحضانة وكيف يكون تدخله في مراعاة مصلحة المحضون؟

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع:

يرجع إختياري لموضوع: " ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري" إلى جملة من الأسباب والدوافع، والتي يمكن إجمالها في ما يلي:

أ/ الأسباب الذاتية : اعتقادنا صواب القاعدة المنهجية القاضية بأنّه: "من عناصر ومقومات نجاح الباحث في مسلكه العلمي، رغبته وميوله الشخصي في المضي فيه"، من هنا نقول بأنّ لكلّ واحد منّا ميولا ذاتيا للبحث في مجال الدراسات المتعلقة بفئة الأطفال اعتناؤنا كذلك بمثل هذه الموضوعات والدراسات الهادفة، والرامية إلى خدمة الأسرة والمجتمع عموما، وفئة الأطفال على وجه التحديد والتي نخص بها دراسة عنوان بحثنا هذا ، كما أن هذا الموضوع يخدم تخصصي في الدراسة والذي يعد بالنسبة لي نقطة البداية لاستكمال دراستي المستقبلية .

ب/ الأسباب الموضوعية:

- ❖ كشف النزاع الحاصل الذي ما يدور دائما عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين والتي ما يكون المحضون هو الضحية في هذا النزاع.
- ❖ إظهار دور القضاء في حل المشاكل الناجمة عنها، وتجسيد العمل القضائي لقاضي شؤون الأسرة الذي له السلطة الكاملة في إيجاد الحلول والاستعانة بجميع الوسائل الممكنة لذلك.
- ❖ إعطاء الحلول المناسبة لمثل هذا النزاع والتي تصب لمصلحة المحضون.

رابعا- أهداف الموضوع:

نستهدف من خلال هذه الدراسة بلوغ المقاصد الآتية:

توضيح العمل والسلطة التي يتمتع بها القضاء في حل النزاع والخلاف الحاصل في مسائل الحضانة، كما أنه نرجو أن تسهم هذه الدراسة في إبراز أهم الطرق التي إتبعها المشرع الجزائري للتحقيق المصلحة الفضلى للمحضون من خلال مناقشة التعديل الذي أدرجه على ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة، وكيف كان دور القضاء في تجسيد ذلك.

خامسا – المنهج المتبع:

اعتمدنا في دراستنا هذه بشكل رئيس على المناهج الآتية:

المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال عملية استجماع مختلف نصوص قوانين التشريع الجزائري، وكذا ما جاء به الفقه الإسلامي في موضوع الحضانة.

المنهج الوصفي: وذلك من خلال وصف ومناقشة موقف كل من التشريع الجزائري وكذا الفقه الإسلامي في ما يخص هذه الدراسة.

المنهج المقارن: وذلك من خلال المقارنة بين مسلك التشريع الجزائري بخصوص موضوع الدراسة، مع نظيره الفقه الإسلامي.

سادسا – الدراسات السابقة:

قمنا بالإعتماد على دراسات سابقة للموضوع الذي جاء ذلك بتناولنا مذكرتين الأول مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق للطالبتين، الهاشمو فاطمة الزهراء نجا وعتو سامية بعنوان مصلحة المحضون بين الشرع والقانون والثانية للطلبة برقوق نسرين بعنوان مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري غير أن في دراستنا تناولنا الموضوع بشكل مفصل ودقيق في الجانب القضائي وإبراز تدخل قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون وإسناد الحضانة لمن يرى أنه أقدر لها، وبهذا فإن جانب دراستنا للموضوع كان من الناحية التطبيقية أكثر منه من الناحية النظرية التي كانت في المذكرتين السابقتين.

سابعا – صعوبات البحث:

من الطبيعي أن تعترض أيّ باحث مجموعة من الصعوبات والعقبات أو العوائق أثناء إنجازه لبحثه, والّتي تختلف تبعا لطبيعة البحث وظروف الباحث، والّتي كثيرا ما تسهم في توجيه مسار البحث والتأثير عليه إمّا سلبا أو إيجابا، وكانت الصعوبة الأساسية لدراستي للموضوع في شح المراجع التي تتناول موضوع الحضانة والنزعات الخاصة بها، كما أن التشريع الجزائري لم يفصل في كثير من النقاط العلقة وترك المجال مفتوح للعمل القضائي في إجاد

الحلول المناسبة لفك النزاع الحاصل لهذه القضايا هذا ما نتج عنه قلة الكتابات والبحوث في هذا الموضوع .

ثامنا – خطة البحث:

قصد تجلية ما تعلّق بموضوع البحث، ارتأينا أن تتمّ دراسته من خلال خطة مقسمة إلى فصلين: الفصل الأول بعنوان ماهية الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري اشتمل على مبحثين، عرضنا في المبحث الأول ماهية الحضانة بينما في المبحث الثاني عرضنا فيه ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أما الفصل الثاني والذي كان بعنوان سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون بخصوص إسناد الحضانة فقد جعلناه في مبحثين، خصصنا المبحث الأول منه لبيان تقدير مصلحة المحضون بينما المبحث الثاني كان لبيان سبل إتصال القاضي في إسناد الحضانة وإسقاطها.

وخلصنا في أخير إلى وضع خاتمة، ضمّناها أهمّ النتائج المستخلصة من الدراسة .

الفصـل الأول

ماهية الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يقع الطلاق بين الزوجين ومما لا شك فيه إذا ما رزقوا بالأولاد فإنه يقع الخلاف والنزاع حول مسألة الحضانة، ولمن له الحق فيها كما أن للحضانة مجموعة من الآثار والتبعات التي تخلفها، ومن كل هذا فإننا من خلال دراستنا للحضانة سنحاول التطرق لهذه المسائل، كون أن

هذه المسألة تمس مجتمعنا ووقعنا المعاش، وإنطلاقا لدراستنا سنبدأ من تعريف الحضانة وماهيتها، من خلال تعريفها من الناحية الفقيه والجانب القانوني، ونخص بذلك التشريع الجزائري؟

المطلب الأول : مدلول الحضانة في الفقه الإسلامي :

الحضانة لغة : بفتح الحاء وكسرها مصدر سماعي للفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضنا، أي ضمه تحت جناحه والحضانة اسم منه. [1]

في اللغة الحضانة مصدر من الفعل حضن، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته. جمعه: أحضان. وحضن الصبي حضنا، وحضانة – بالكسر– جعله في حضنه أو رباه كإحتضنه، وحضن الطائر بيضه حضنا، وحضانة – بالكسر – رخم عليه للتفريخ وحضنة – حضانة – بالفتح – نحاه عنه واستبد به دونه. [2]

والحاضن: اسم فاعل والحضانة الموكلة بالصبي تحفظه وتربية، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته، والحضانة مصدر الحاضن والحضانة، وهي التربية. [3]

تعريف الحضانة اصطلاحا : جاء الفقهاء بتعريفات مختلفة، ولكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه، ويمكن إجمالها بالتعريف التالي: هي حفظ من لا يستقل بأمره، ولا يستطيع تدبير شؤونه، وتربيته والقيام بمصالحه، من قبل من له الحق في ذلك. [4]

المطلب الأول: مدلول الحضانة في الفقه الإسلامي

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب المحيط، د.ط، لسان العرب، بيروت، 1408هـ–1988م، ج1، ص 661.

[2] – محمود علي السطراوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – الجامعة الأردنية، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط3، 2010 م– 1431 هـ، ص 361.

[3] – سليمان بن عبد الله القصير، الحضانة في السنة النبوية دراسة حديثية فقهية، بحث محكم، مجلة العدل العدد 47، ص18.

[4]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – جامعة جرش، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429 هـ– 2008 م، ص 383.

لإعطاء مفهوم موحد للحضانة سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بجملة من تعريفات مشاهير علماء الأئمة الأربعة، والتي حاول كل واحد فيهم أن يأتي بمفهوم يخدم الحضانة ويصب في مصلحة المحضون الذي يعد هو الحلقة الأضعف، في حال حدوث الطلاق وفي الأخير سنحاول الخروج بمفهوم يجمع جميع التعريفات التي سنتناولها في دراستنا لها.

الفرع الأول: تعريف فقهاء الحنفية

عرفها الحنفية بأنها "تربية الولد لمن له حق الحضانة".[1]

ويعتبر هذا التعريف تعريف عام وشامل ويتفق مع المعنى اللغوي حيث أنه تطرق إلى طرفي الحضانة، الحاضن والمحضون.

الفرع الثاني: تعريف فقهاء المالكية

عرفها المالكية بـ "حفظ الولد والقيام بمصالحه".[2]

قال فيها العدوي: هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة.

وقال الدسوقي: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه.

وفسرها إن حفظ الولد يعني مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.

وقال الرهوني: وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه.[3]

ويلاحظ أن المالكية عدوا الحضانة كفالة وفرض كفاية أما معناها فمطابق أقوال بقية الفقهاء.

---

[1]– ابن عابدين محمد الأمين، حاشية ابن عابدين رد المختار، ت: عدل عبد الموجود علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3، 1994، ص 555.

[2]– الدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ت: محمد علمين، د.ط، دار الفكر، ج2، د.ت، ص 526.

[3]– محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، الحاشية على شرح الدردير، ج2، مرجع السابق، ص 596.

الفرع الثالث: تعريف فقهاء الشافعية

عرفه الشافعية على أنها "القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه" وتسمى الحضانة الكبرى.

فقال الرملي: حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون،وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره.

وقال الباجوري: هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون، ثم فسر الحضانة بقوله: أي تنميته بما يصلحه، يتعهده بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤنه. [1]

الفرع الرابع: تعريف فقهاء الحنابلة

فقال ابن قدامة: هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجازه من المهالك.

وعرفها البهوتي فقال: هي حفظ الصغير والمعتوه – وهو المختل العقل – والمجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه، وقال أبو النجا: هي لفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه، وقد نص ابن قدامة على أنها كفالة كالمالكية، أما البهوتي وأبو النجا فقالا: هي حفظ فشابها بذلك الحنفية والشافعية، والظاهر أن لا خلاف في المعنى المفاد، وإنما هو خلاف لفظي.[2]

الفرع الخامس: تعريفها عند الزيدية والضاهرية

1/ عرفها فقهاء الزيدية فقال الصنعاني: حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره".

---

[1]– محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431هـ–2010م، ص 24–29.

[2]– محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع نفسه، ص 30.

وقال أحمد المرتضى: هي حفظ المولود وتربيته، هي على منفق الطفل ودليلها – من الكتاب والسنة، والإجماع ظاهر.

2/ وتعريفها عند الظاهرية: يقول على أساس النظر بالأحوط في الدين والدنيا للصغير حتى سن التمييز والفهم.

وقال فيها ابن حزم: النظر للصغير أو الصغير بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة. [1]

مما استعرضناه من تعريفات فقهاء المسلمين للحضانة وبيانهم غايتها والتي ظهرت فيها وحدة المعنى والمقصود بالحضانة وإن اختلفت العبارات، إلا أنه لا يختلفون حول مضمونها ومحتواها والتي تكون تصب في صالح المحضون من رعاية معنوية ومادية وحفظه من الأخطار التي قد تصيبه، والوقوف معه في الصغر حتى يبلغ أشده ويستطيع الإعتماد على نفسه في تولي أموره.

المطلب الثاني: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري

نصت المادة 62 من قانون الأسرة: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.[2] فخلافا لتعريفات قانونية لدول عربية فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها

---

[1] – المرجع نفسه، ص 31.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة تظهر فيما يلي: [1]

1/ **تعليم الولد:** ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.

2/ تربية الولد على دين أبيه: يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ولا ينكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل. [2]

3/ السهر على حماية المحضون: فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل ويُؤدّب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

4/ حماية الطفل من الناحية الخلقية: ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

5/ حماية المحضون صحيا: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التّلقيحات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة.[3]

---

[1]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة للنشر، الجزائر، ط 3، ص 293.

[2]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون أحوال شخصية، 2014 – 2015 م، ص 10.

[3]–أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

المطلب الثالث: شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بالنسبة إلى شروط الحضانة فإن قانون الأسرة الجزائري لم يعددها وإكتفى بالقول أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو ما ورد في نص المادة 2/62 ق أج: ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك،[1] هذا ما يعيدنا إلى المادة 222 من ق أ ج والتي جاء فيها: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. [2]

يتضح لنا أن القانون الجزائري استنبط شروط استحقاق الحضانة من أحكام الشريعة واجتهادات الفقهاء والأئمة، وبذلك فإن شروط ممارسة الحضانة بالنسبة للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري تعد شروط مشتركة حيث نجد شروط عامة تخص الرجال والنساء معا، كما أنه توجد شروط خاصة بالرجال وحدهم وأخرى تختص بها النساء على الرجال، هذا ما سنعرضه في الشروط الواجبة توفرها لمن تسند له الحضانة.[3]

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]– سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 140.

أولا / الشروط العامة الواجب توفرها في الرجال والنساء معا

أ – البلوغ والعقل: فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا معتوه، لأن الصغير والمجنون لا يقدر عليها، وهو محتاج إلى من يكفله فلا يكفل غيره. [1]

والصغير ليس من أهل الولاية وبغير البلوغ لا تصلح الحضانة، وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة،[2] وشرط العقل حسب ما أوضحته المواد82،83،84،85 من قانون الأسرة الجزائري.

ب – الأهلية: الحضانة هي رعاية الولد، ولهذا يجب على من له حق الحضانة، أن تتوفر فيه أهلية الرشد وتكون وفقا للقانون الجزائري بتمام 19 سنة حسب المادة 40 من 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،[3] هذا ما أكدته المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري، إذ المقصود بالأهلية هي القدرة على القيام بمهمة تتعلق بتربية الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه على غير مقتضى الشرع.

واشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على القيام بشؤونه، إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، وهو

---

[1]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون المساعد، كلية الشريعة، ص389.

[2]– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2014–2015، ص 30.

[3]– قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الأمر 75– 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

ما ورد في نص المادة 85 من ق أ ج التي تنص على أنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إن صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه. [1]

د – القدرة والأمانة: يعني ذلك أن الشخص الذي يقوم بدور الحضانة يجب أن تتوفر فيه صفة الاستطاعة والأخلاق، كي يستحق هذا الدور. [2]

1– القدرة/ وتكون المقدرة في القدرة المالية والقدرة الجسدية ولا يمكن الاستغناء على أي من هما، لأنه لا يمكن أن نتصور لمن لا يملك مال أو حتى دخل أن تسند له الحضانة، ذلك كون المحضون يحتاج إلى تعليم وعلاج في حالة مرضه والمصاريف الملازمة معه.

وبالنسبة للقدرة الجسدية لا يمكن للحاضن في حال ما إذا كان يعاني من مرض مزمن قيامه بدور الحضانة بشكل سليم، أما في حالة ماذا كان يصاب بمرض ممكن الشفاء منه فانه يستطيع القيام بمهامه ولا يمكن حرمانه من الحضانة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في: 1984/07/09 من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي.

2 الأمانة: الأمانة في الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين.

فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق الأقل حدة، أما المالكية والشافعية والحنابلة فاتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع.

---

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص 31.

وتقدير الفسق الذي يضيع به الولد والذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/09/30 أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، حيث قضت "متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من ق أ ج.

هـ– الإسلام: فلا تثبت الحضانة لكافر على مسلم، وإن كانت الأم كتابية كان لها أن تحضن ولدها ما لم يخشى عليه الخطر وسوء العاقبة من هذه الحضانة . [1]

لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[2]، وهي كالولاية على الزواج والمال ولأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن، وحرصهم على تنشئته على دين أبيه فرسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه﴾. [3]

إلا أن المالكية ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط، وأنه لا أثر الاختلاف الدين في الحضانة، فتجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية، وحتى ولو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غيره، وكان المحضون مسلما سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى. [4]

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى التفريق بين حضانة النساء وحضانة الرجال، ففي حضانة النساء لا يشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، أي أن الإسلام في حضانة النساء ليس

---

[1]– أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ط 1، 2009 م– 1430 هـ، ص 171.

[2]– سورة النساء، الآية 141.

[3]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، 1424هـ– 2003م، ص 49، 50.

[4]– محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر الأردن، 2008، ص256 .

شرطا، لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة ولا تختلف في الحاضنة باختلاف الدين فلو كانت الحاضنة كتابية والولد المحضون مسلما فهي كالمسلمين في استحقاق الحضانة. [1]

وفي حضانة الرجال يشترط إتحاد الدين، فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه، فاختلاف الدين يمنع استحقاق الحضانة، لأن اختلاف الدين يمنع من التعصيب.

أما موقف القانون فقد جاء في نص المادة 62 من ق أ ج :..والقيام بتربيته على دين أبيه...[2]، على الرغم من عدم وجود نص صريح حول اشتراط الدين الإسلامي في ممارسة الحضانة إلا أن قضاء المحكمة العليا لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة.

بل أعطى لها الأولوية في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون خاصة إذا كانت الأم تسكن بالجزائر إلا إذا خشي على دينه، كما رأى المشرع أنه إذا كانت الأم قاطنة في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب فإن ذلك يعد مخالفا للقانون، ولذلك يجب أن تراعي مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1989/12/25[3] من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة.

ثانيا – الشروط الخاصة بالنساء

للنساء شروط خاصة يجب أن تتوفر لهن لاستحقاق الحضانة،وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

أ / شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير: اختلف الفقهاء في حكم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون على آراء منها. [1]

---

[1]– أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الطاهري، محلى بالأثار، دار إدارة الطباعة، مصر، بدون سنة نشر، ص323.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]– ملف رقم 86957 مؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 117.

الرأي الأول: قولهم أن الحضانة تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنفية وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[2] رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق فيسقط حقها في الحضانة.

الرأي الثاني: قيل أن الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو رأي الحسن البصري وابن حزم الظاهري والذي احتج لرأيه بقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[3]، لأنه صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وقد أشار إبن حزم على عدم سقوط الحضانة بالزواج فقال الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض والاحتلام، وثبات التمييز وصحة الجسم سواء أكانت أمه متزوجة أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل ثم يقول: ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم، إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة. [4]

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة تنص المادة 66 من ق أ ج: على أنه يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون،[5] وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم وقد كرست

---

[1]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014–2015، ص 37.

[2]– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني رحمه الله، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار القبس للنشر والتوزيع 1435هـ– 2014م، ص 434.

[3]– سورة النساء، الآية 23.

[4]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، مرجع سابق، ص 37، 38.

[5]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ 1986/05/05[1] يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ وإسناد حضانة البنت لجدتها لا لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضون.

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 1999/04/20[2] أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.

وجاء أيضا في القرار المؤرخ في 2005/05/18 [3] أنه: يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الجمهور والحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون وخدمة لمصلحته.

ب- شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون: ويشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للطفل، كأمه وأخته، أو خالته وجدته، لأن مبنى الحضانة على الشفقة فلا حضانة لبنت العم والعمة، ولا لبنات الخال والخالة لكن لهن الحق في حضانة الذكور، إلا الحنفية فقد قالوا أن لهن الحق بحضانة الأنثى.

ج- شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه: يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقطا لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر

---

[1]- ملف رقم 40438 مؤرخ في 1986/05/05، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 02 ،1986 ص 75.

[2]- ملف رقم 2204070 مؤرخ في 1999/04/20، مجلة الإجتهاد القضائي صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 01، نشر ص 181

[3]- ملف رقم 331058 مؤرخ في 2005/05/18 ، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 02، 2005، ص 383.

عنها،[1] وهذا ما نصت عليه المادة 70 من ق أ ج: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم. [2]

د- شرط ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار أبيه: يرى الفقهاء أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب بإبقاء الصغير عند أمه وهو معسرا. [3]

هـ- عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: اختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضنة أو الولي إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

التفريق بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسكن في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة فإن كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت الحضانة.

وقد ذهبوا إلى أنها في سفر الانقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، وفي السفر الحاجة يشترط أن يكون الطريق آمنا والمكان المتنقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير.

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:[4]

1/ بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين على قول، وهو تحديد المالكية.

2/ أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.

3/ تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.

4/ إن كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها

---

[1]- أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص39.

[2]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]- أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص39.

[4]- نور الدين أبو لحية، الزواج والطلا ق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص 122.

وهو قول الإمام أحمد [1] وقد ورد في نص المادة 69 ق أ ج : إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه...[2] فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محددة.

ثالثا- الشروط الخاصة الرجال : لم يرد نص من قبل المشرع الجزائري يبين فيه الشروط المطلوبة للرجال لاستحقاقهم رعاية المحضون ورجع في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج، والتي تتمثل زيادة عن الشروط العامة بـ:

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

2/ إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون فلا حضانة لكافر على طفل مسلم، وخصت بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين، أما جمهور الفقهاء يقولون بأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين. [3]

3/أن يكون عند من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن للرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة،وهو شرط للمالكية.

---

[1]- نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، مرجع سابق، ص 122.

[2]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]- محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، د ت، ص408 .

4/ قدرة المحافظة على المحضون وتربيته ورعاية مصالحه،فإن كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو كبر سن أو شغل يمنعه من القيام بشؤون المحضون فلا يثبت له الحضانة.[1]

[1]– برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

نتناول في المبحث الثاني هذا، ترتيب الحاضنين من الناحية الفقيه والناحية التشريعة التي وضعها المشرع الجزائري، لنوضح مدى التقارب بينهما في هذه المسألة كما أننا سنعالج الإختلاف الحاصل في الترتيب وذلك عن طريق، إجراء مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي

قبل التطرق لترتيب أصحاب الحضانة، يجب مناقشة مسألة من هو صاحب الحق فيها ومتى يكون له هذا الحق .

الفرع الأول: صاحب الحق في الحضانة

تشارك الأم الأب في حضانة الأولاد في الظروف العادية، فإذا ما حصلت الفرقة بينهما أصبحت الأم أحق من الأب ومن سائر الأقارب في حضانته .

فهل الحضانة حق للأم أم الأب، أم حق للصغير، أم حق مشترك بينهما؟. [1]

1- الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية وهو المفتي به عندهم، ومالك في رواية وهو المشهور عند المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة والظاهرية إلى القول بأن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة' فهن كما قال الإمام النووي بها أليق وبالصغير أشفق.

2- الرأي الثاني: ذهب محمد وأبو الليث والهندواني وخواهر زادة من الحنفية، ومالك في رواية أخرى وابن الماجشون وآخرون من المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، إلى القول بأن: الصغير هو صاحب الحق في الحضانة. [2]

3 - الرأي الثالث: وإتفق الفقهاء على تقديم النساء على الرجال في الحضانة وعلى تقديم الأم على سواها من النساء زوجة كانت أم مطلقة في العدة أم منتهية العدة متى إستجمعت شروط

---

[1]- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 19.

[2]- عبد الناصر بن موسى أبو البصل، حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذها، مرجع سابق، ص 10.

أهلية الحضانة، والحكمة الشرعية أن قوام حضانة الطفل ورعايته هو العطف والشفقة والحرص والرعاية والصبر [1]

سبب الخلاف: يرجع سبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة إلى وجه الدلالة من الكتاب والسنة والإجماع.

الأدلة: استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول

1 / الكتاب:قال تعالى: ﴿الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[2]

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الأمر في الآية محمول على الندب فلا تجبر الأم على الحضانة، أو أن الآية محمولة على الإنفاق وعدم التعاسر، وأنها وإن عجزت عن حضانة الولد فإن شفقتها تدعوها إلى أن تحضنه لكن العجز هو الذي منعها من ذلك فلا تجبر عليها. [3]

2/ السنة: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ . [4]

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة.

3/ الإجماع: قضاء أبي بكر بعاصم لأمه إذ قال لعمر: خل بينها وبينه، فإن مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي، والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون، ولم ينكر أحد منهم ذلك، فكان إجماعا سكوتية.

استدل أصحاب القول الثاني بالكتاب والمعقول.

---

[1]– أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار السيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط1، 2009 م –1430 هـ، ص 171.

[2]– سورة البقرة، الآية 233.

[3]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، ص 20.

[4]– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني رحمه الله، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مرجع سابق، ص434.

1/ الكتاب: قال تعالى: ﴿الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾. [1]

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الأمر للوجوب فتجبر الأم على الحضانة لمصلحة الصغير، ويجبر الأب على أخذه بعد استغنائه عن حضانة أمه لأن النفقة والصيانة على الأب بالإجماع.[2]

2/ المعقول: أن الصغير بحاجة إلى من يتولاه ويقوم بتربيته بسبب عجزه عن القيام بشئونه فأحيانا يحتاج إلا من يقوم بمنفعة بدنه وأحيانا أخرى يحتاج إلى من يقوم على أحواله فنظر من أقدر في الجانب الأول فوجد النساء أقدر فأعطيت للنساء من أجل مصلحة الصغير، كما جعلت الولاية في المال إلى الأب والجد، لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء.

قال محمد لو اختلعت الأم على أن تترك الولد عند أبيه فالخلع جائز والشرط باطل لأن الحضانة حق للولد في أن يكون عند أمه متى احتاج إليها. [3]

الفرع الثاني: ترتب الحواضن من النساء حسب المذاهب

1/ **الحنفية:** وأول النساء استحقاقا للحضانة هي الأم، أم الأم وإن علت، أم الأب وإن علت، أخوات المحضون، بنات الأخوات الشقيقات ثم الأم، الخالات، بنات الأخوات لأب، بنات الأخوة، العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمة الأم، عمة الأب. [4]

2/ **المالكية:** بالنسبة للنساء تأتي الأم، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، الجدة للأب، ثم الأخت، ثم العمة، أبنة الاخ، الوصي، الأفضل من العصبة

أما بخصوص الرجال فإنه يأتي ، الوصي، الأخ الشقيق لأم أو الأب، ثم الجد لأب، الأقرب فالأقرب،ثم ابن الأخ، المحضون، ثم العم فإبنه . [5]

---

[1]– سورة البقرة، الآية 233.

[2]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مرجع سابق، ص 21.

[3] – مرجع نفسه، ص 22.

[4]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – جامعة جرش، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429 هـ– 2008 م، ص 385.

[5]– مرجع نفسه، ص 386.

3/ **الشافعية:** الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بذات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم، وارث من العصبات على ترتيب الإرث فهم كالحنفية.

4/ **الحنابلة:** الأم ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم ابنة الأبوين، ثم الأم، ثم حالة الأبوين، ثم الأم، ثم الأب، ثمة العمة، ثم الخالة، ثم خالة الأب، ثم عمته، ثم بنت الأخ، ثم بنت عم الأب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.[1]

وإن لم توجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة أو وجدت ولم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقا وان كان الطفل ذكرا والى العصبة المحارم إن كان أنثى ويرتبون في ترتيبهم مثل الميراث.

الفرع الثالث : ترتيب الحواضن من الرجال حسب المذاهب

1 / الحنفية: إذا لم يكن للصغير عصبة من الرجال، انتقلت الحضانة ل ذوي الأرحام فتكون للأخ الأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال الشقيق، ثم لام لأن لهؤلاء ولاية النكاح فيكون لهم حق الحضانة .

2 / **المالكية:** تنتقل الحضانة للوصي إذا لم يوجد واحد من الإناث السابقات ثم للأخ الشقيق أو الأم أو الأب ثم للجد للجد الأب الأقرب فالأقرب ثم ابن الأخ المحضون ثم العم فإبنه ولا حضانة لجد لأم ولا خال .

3/ **الشافعية:** أن استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الحالتين أو العمتين أقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا لأحدهما على الأخرى فوجب التقليم بالقرعة. [2]

---

[1]– أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، مرجع سابق، ص385 .

[2]– برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014–2015، ص 30.

كذالك لا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام هم: ابن البنت وابن الأخت من الأم وأبو الأم والخال والعم من الأم.

4/ **الحنابلة:** الحصانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث وأولاهم أبو أم فأمهاته فأخ الأم فخال ثم الحاكم يسلم للمحضون لثقة يختاره. [1]

5/ الجعفرية: لا يفصل بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يثبتوا أولا للام ثم للأب فإن لم يكون أو كانا غاندي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا فيه. بكل ما ذكر سابقا إلا أن الحضانة تبقى حق مشترك بين الأم والأب في حالة قيام الزوجين، وإذا ما تطلقت الأم تكون أحق به من الأب مدة معينة بعدها ينتقل للأب. [2]

الفرع الرابع: الأساس المستحق للرجال

يقدم الأب ثم الجد الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ الأب ثم العم الشقيق ثم العم الأب ثم عم الأب الشقيق ثم عم الأب لأب، فهؤلاء تثبت لهم الحضانة بهذا الترتيب على الصغير مطلقا ذكرا كان أو أنثى لان كل هؤلاء من المحارم.

ويأتي بعد هؤلاء ابن العم الشقيق، ثم ابن العم الأب بالنسبة للذكر وليست لهما حضانة على الأنثى لأنهما من غير المحارم، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة.

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار لها القاضي حسب رأيه ما يراه صالحا لها فيضعها عند امرأة مأمونة إن لم يكن ابن عمها صالحا مأمونا وجله صالحا مأمونا ضمنا إليه.

---

[1]–برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 30.

[2]– مرجع نفسه، صفحة نفسها.

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق للحضانة في التشريع الجزائري.

عالج المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين للمحضون، في المادة 64 من ق أ ج والتي جاء فيها ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، 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. [1]

هذا بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، والتي عدلت الأمر رقم 84-11 في الترتيب الثاني الذي يلي الأم في الدرجة لهذا، سنتطرق إلى ترتيب الحاضنين قبل وبعد التعديل.

الفرع الأول: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم 84-11

المادة 64 ق أج: 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. الأمر 84-11 ق أ ج. [2]

نلاحظ أن في هذه المادة ركز المشرع على الأم وأقاربها في الدرجة بالنسبة لمن هم أهل للحضانة، وبعد ذلك يأتي الدور إلى الأب وأقاربه كثاني درجة بعد أم المحضون، مع مراعاة مصلحة المحضون في الترتيب.

كما أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة [3] هذا ما جاء به قضاء المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ

---

[1]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3]- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص 26.

1984/04/02 "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق... [1]

الفرع الثاني: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02

تنص المادة 64 ق ا ج على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، 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 . [2]

من النص نستنتج أن المشرع الجزائري جعل حق الحضانة: الأم بالدرجة الأولى، ثم الأب، ثم... حتى نهاية الحاضنين.

من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في التعديل بالنسبة لدرجة الأب، نخلص إلى أن المشرع جعل الأب مساوي لدرجة الأم في الترتيب إلى حد ما، كما أن المشرع لم يغفل عن مصلحة المحضون في ذلك وجعل للقاضي دورا في هذه المسالة.

غير أن المشرع لم يضع حدود للقاضي في إسناد الحضانة وإبراز المصلحة للمحضون، بل جعل للقاضي كامل السلطة التقديرية في ذلك، لأنه يرجع تقديره حسب المكان والزمان وظروف كلا من الأم والأب وكذا المحضون.

المطلب الثالث: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري

الفرع الأول: تقييم الترتيب الوارد بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

تنص المادة 64 من قانون الأسرة 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 كل دلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. [3]

---

[1]- قرار رقم 32594 صادر بتاريخ 1984/04/02 مجلة القضائية، العدد 1 سنة 1989، ص 77 .

[2]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة إبنه، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثم فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسالة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة. [1]

وفي ذلك يقول عبد العزيز عامر: قال ابن القيم: أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة وقال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة، أن أصول الشرع وقواعده شاهدة على جهة الأب على جهة الأم وذلك في الميراث وولاية النكاح وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، كون الأب يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عبأ النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم، فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة. [2]

رغم التعديل الجديد الذي أحدثه المشرع الجزائري في ترتيب الأشخاص الذين يمكن أن تسند لهم الحضانة إلا أنه بقي محافظا على مكانة الأم باعتبار أن لها الأولوية في حضانة أولادها ولا يمكن لأي أحد أن ينزع منها هذا الحق لأنها أعطف وأحن وأشفق عليه من غيرها، وهو بذلك كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري. ثم يلي الأم الأب ثم الجدة الأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة وبعد العمة يأتي دور الأقربين درجة كما أن مصلحة الصغير قد تغير ترتيب الحاضنين، لذلك القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة فهو ملزم بأن يسندها

---

[1]– برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 35.

[2]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص308، 309.

لمن هو أحق بها وعليه أن يراعي في كل ذلك مصلحة المحضون فمثلا إذا كانت مصلحة الطفل تقتضي أن يكون مع الجدة لأب فهنا يحكم لها بحق الحضانة رغم أن المادة أعطت الأولوية للجدة لأم.

وهذا معناه أن الترتيب الذي حدده المشرع الجزائري غير إلزامي فهو يخدم مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، والمشرع بذلك لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل

– 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. الأمر 84–11 ق أ ج. [1]

– المادة 64 ق أ ج على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، 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 بالأمر رقم 05–02.[2]

جاء ترتيب الجدة لأم بعد أم المحضون في نص المادة 64 من ق أ ج قبل التعديل لكن بعد تعديل قانون الأسرة أصبح أب المحضون في المرتبة الثانية بعد أمه وذلك مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، غير أن هذا التعديل طرح العديد من المشاكل العالقة، والتي تخص بالدرجة الأولى أم المحضون لأنه بعد التعديل الحاصل في المادة السابقة أصبحت أم المحضون تتخوف من إعادة الزواج مرة ثانية، وذلك لكي لا يسقط حقها في الحضانة، هذا ما يشكل هاجس بالنسبة للمطلقة وبذلك تفوت على نفسها فرصة لإعادة بناء حياة جديدة أو أنها تتخبط في مشاكل مع طليقها، وذلك من خلال رفع دعاوى إسناد الحضانة وسقوطها.

---

[1]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

وما نستنتجه من هذا كله وحسب مفهومنا المتواضع، أن المشرع الجزائري في تعديله للمادة 64 من ق أ ج قد طرح إشكال في ما يخص مسألة إسناد الحضانة بعد زواج أم المحضون مرة ثانية، وفي هذه الحالة لا يمكن للمطلقة إعادة الزواج من زوج آخر من غير وقوعها في مشاكل مع طليقها أو تنازلها على الحضانة مقابل زواجها مرة ثانية.

ومن كل هذا يبقى التعديل الحاصل في المادة 64 من ق أ ج، متفاوت بين المصلحة والمضرة للمحضون، لأنه هو الذي يكون في الموقف الأصعب في حال النزاع الحاصل، بين أمه وأبيه في الحصول على حق الحضانة، هذا ما يستدعي تدخل قاضي شؤون الأسرة في فض هذا النزاع هذا ما سنحاول توضيحه ودراسته في الفصل الثاني؟.

الفصـل الثانـي

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون بخصوص إسناد الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الثاني: تدخل القاضي في إسناد وإسقاط الحضانة والجرائم الواقعة عليها

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لتقرير حضانة الصغير أوجب الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مراعاة قاعدة مصلحة المحضون، ذلك نظرا لأهميتها البالغة في تقرير مصير المحضون، وكذا حسن تربيته والوقوف على شؤونه في الحياة، ومن كل هذا سنحاول إعطاء مفهوم للمصلحة بين الفقه .

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون بين الفقه والتشريع

الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة واصطلاحا

أ / المصلحة للغة: يراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، كما تطلق على الأعمال التي لها مصالح مثل طلب العلم والجد فيه فإنه مصلحة في كونه سبب للمنفعة المعنوية التي تحصل للمتعلم والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذا الصلح ضد الفساد، والمصلحة الواحدة، واستصلح نقيض إستفسد.[1]

ب / المصلحة اصطلاحا: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها.[2]

كما قد عرفها الإمام الغزالي رحمه الله المصلحة بأنها: هي جلب المنفعة ودفع المضرة.[3]

وقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا.

كما قد راعت الشريعة الإسلامية المصلحة من عدة وجوه منها :

– عدم التعرض للتفريع في كثير من الأمور اكتفاء بالمبادئ العامة كقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾. [4]

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى مقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكالات المعاصرة، مكتبة الرشد الرياض، طبعة 2005، ص 105.

[2]– محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، سنة، 1987، ص27.

[3]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون،، المرجع السابق، ص 25.

[4]– سورة البقرة، الآية 275.

– إن كثير من النصوص قرن الحكم فيها بحكمته صراحة أو إشارة مثل قول الله تعالى ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾[1]، وهذا ما يبين أن غاية تلك الأحكام وأهدافها هي إرشاد إلى رعاية المصالح وهذه مبادئ راسية في الشريعة الإسلامية.

هناك نصوص جعلت رفع الحرج واليسر بالناس أساس التشريع، يقول الله تعالى ﴿مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ.﴾[2]، قال تعالى في تعليل رسالة الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿ومَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[3]، والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم.

الخلاصة: ومن التعريفات السابقة نخلص إلى أن المراد بمعنى المصلحة هو استخدام الوسائل لتحقيق منافع وجلب مصالح للعباد بحيث لا تعارض ما نهى عنه الله سبحانه وتعالى، كما أنها تسهل حياة العباد في العبادات والمعاملات.

الفرع الثاني: مراعاة الشريعة الإسلامية للمصلحة

جاء الدين الإسلامي الحنيف بجملة من الضوابط والمعايير لتحقيق المصلحة للناس، ذلك ما نجده في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والتي نذكر منها.

1/ من القرآن الكريم: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾. [4]

فمن خلال الآية الكريمة نجد أن الله عز وجل يأمر عباده بتحقيق العدل والدعوة إلى الإحسان، كما انه ينهى عباده عن فعل الفحشاء والمنكرات التي تؤدي إلى هلاك المجتمع وانحلاله، وهذا كله يجلب المنفعة ويبعد المضرة للناس والمجتمع.

---

[1]– سورة المائدة، الآية 91.

[2]– سورة المائدة، الآية 06.

[3]– سورة الأنبياء، الآية 107.

[4]– سورة النحل، الآية 90.

وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [1]، فإن الله يأمرنا بالحفاظ على مال اليتيم وعدم الإسراف فيه إلا للضرورة الملحة كمصاريف الحضانة من نفقة وعلاج وكسة وغيرها.

2 / أدلة من القواعد المجمع عليها: ومن بينها مراعاة الشريعة الإسلامية لأعراف الناس بشرط أن تجلب لهم المنافع لمصالحهم وتدرا المفاسد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق﴾ وقول الفقهاء أيضا: المعروف عرفا كالمشروط شرطا وكذلك العادة محكمة، فهناك بعض القواعد العرفية التي صادق عليها العلماء بالإجماع لكونها لا تجلب أي مفسدة للعباد ولا تمنعهم من تحقيق صلاحهم.[2]

أما فيما يخص الطفل المحضون بوجه خاص فنجد أن الدين الحنيف قد خصه بعناية كبرى منذ نعومة أظافره وذلك من خلال تحديد كامل حقوقه منذ اعتباره جنينا في بطن أمه من حفظ لنسبه، وتحديد من يتولى رعاية شؤونه كأصحاب الحق في حضانته، وترتيب درجاتهم حسب مصلحته بالإضافة إلى الحث على تحقيق الغاية الشاملة والحماية الخلقية الكاملة للطفل في تلك المرحلة.

---

[1]– سورة الأنعام، الآية 152.

[2] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 27.

الفرع الثالث: ضوابط تقرير المصلحة في الشريعة الإسلامية

المصلحة هي معنى كلي يستخلص من مجموع جزئيات الأحكام المأخوذة من أدلتها الشرعية [1]، ولما كان للمصلحة معنى أوسع لا يصح إلا بصحة جزئياته، كان لابد من تقييد هذه المصلحة وفقا للضوابط معينة يتم تبيانها كالآتي.

1/ **اندراج المصلحة ضمن مقاصد الشرع:** وتنحصر مقاصد الشارع الحكيم ضمن أمور حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال، فكل ما يضمنه حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة،أما عن وسيلة الحفظ فتندرج في ثلاث مراحل حسب أهميتها وهي [2]:

أ- الضروريات: وهي ما كان لابد منها في حفظ هذه المقاصد، ومثالها أنه شرع لحفظ النسل، ومن حيث الوجود إباحة الطعام للبقاء على قيد الحياة، وشرع لحفظها من حيث المنع عقوبة القصاص للقاتل كما أنه شرع لحفظ النسل، ومن حيث الجود الزواج والنفقة، وشرع لحفظها من حيث المنع حرمة الزنا.

ب- الحاجيات: وهي ما قد تتحقق من دونها المقاصد الخمس ولكن مع الضيق، فشرعت لتحصين كأنها أو لحاجة الناس إلى رفع الضيق عن أنفسه لكي لا يقعوا في حج قد يفوت عليهم المطلوب، فشرع الطلاق مثلا لحفظ النسل، وشرع شرط توافر الشهود لوجوب الحد في الزنا لنفس القصد [3] .

ج- التحسينات: وهي ما كان تركها لا يؤدي إلى ضيق ولكن مراعاتها تتفق مع مبدأ الأخذ بما يليق وتجنب ما لا يليق، ومتماشية مع مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، ومثالها أنه شع لحفظ النسل آداب المعاشرة بين الزوجين.[4]

---

[1]- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 98 .

[2]- مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، المرجع السابق، ص 28.

[3]- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 78 و115.

[4] – مرجع نفسه، ص 78 و115..

2/ عدم معارضتها للكتاب والسنة: إن المصلحة ليست بحد ذاتها دليل مستقل، بل مجموع، فيستحيل عقلا أن جزئيات من الأدلة التفصيلية من القرآن التي تقوم على حفظ الكليات الخمس تخالف لمصلحة مدلولها أو أنزل الله إليك"

3/ **عدم معارضة المصلحة للقياس:** أن القياس والمساواة فرع لأصل في علة حكمه، والفرع هو الأمر الذي لم يرد نص على حكمه في الكتاب ولا في السنة، أما الأصل فلقد ورد حكمه في نص من الكتاب أو السنة، أي حكمه ثابت ،أما الحكم فهو الوصف المناسب للأصل عقلا والمعبر عنها أصلا هذا وإنه لا عبرة للمصلحة تعارضت مع قياس صحيح.[1]

4/ عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها ومساوية لها: حيث وفي حالة التعارض بين المصالح، فلابد من مراعاة الترتيب الأولى في المقاصد، وهو ما تم الإجماع عليه، ومثاله مراعاة حفظ النسل على حفظ المال، وبناءا على ما تقدم ننتهي إلى القول أن المصالح في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين: [2]

القسم الأول: مصالح نص على حكمها الكتاب أو السنة كالعبادات، العقود والمعاملات.

القسم الثاني: مصالح عرفت بالإجماع والقياس كتلك المصالح التي تتطور بتطور الزمن والأحقاب، إضافة إلى ذلك كون مصلحة الدين هي أساس المصالح الأخرى ومقدمة عليها، وذلك وفقا للترتيب المشار إليه سابقا، والذي لا يعني في مجموعه سوءا شيء واحد هو اعتبار المصالح الدنيوية فرعا عن جوهر الدين، بحيث لا تتم التضحية بالدين في سبيل النفس مثلا، وهذا لمراعاة الترتيب، فالدين هو القاضي بشرعه أصل المصلحة.

---

[1] – محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 216

[2] – مرجع نفسه، ص 248 .

الفرع الرابع: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة

أكد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة، وهذا في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني ويمكن إبراز هذه القاعدة التي اهتم بها المشرع الجزائري في النقاط التالية:

1/ عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 64 من ق أ ج، ويكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة، وعلى سبيل المثال لا الحصر ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا ملف رقم 153640 بتاريخ 18/ 1997/02[1] .

2 / تطرقت المادة 65 من ق أ ج إلى انقضاء مدة الحضانة، غير أن الفقرة الثانية من المادة 65 اشترطت في الحكم القاضي بالانتهاء مراعاة مصلحة المحضون، وهو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا، ومن ذلك ما جاء في القرار رقم: 257693 الصادر بتاريخ: 2001/02/12 أين أسس القضاة قرارهم على ما يلي: "حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول يهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون الممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه، وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 75 من ق أ ج لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من ق أ ج. [2]

3/ نص المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في نص المادة 66 من قانون الأسرة، وهذا عند التكلم على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط، ومن حالات

---

[1]– قرار رقم 153640 صادر بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 1، ص 39.

[2] – المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2002، ص 436.

السقوط تنازل الحاضنة عن المحضون غير أنه لا يعتد بتنازل الأم عن أولادها إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، وقد ورد في قرار المحكمة العليا رقم: 189234 المؤرخ في: 1998/04/21: أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون. [1]

4 / جاء نص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا، مراعاة مصلحة المحضون، ومعنى هذا أنه حتى ولو اختلت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون، ولا تسقط الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط، وهو الهدف الذي يسعى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

5 / نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمراعاة مصلحة المحضون حتى ولو كانت الحضانة مسندة إلى شخص يقطن بالخارج، حيث تركت عملية إسناد الحضانة أو إسقاطها إلى السلطة التقديرية للقاضي، ذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما أشارت إليه المادة 69 من ق أ ج.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائري في اسناد الحضانة وفقا لترتيب الحاضنين

الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في ترتيب الحواضن

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة لأنهم أشفق وأهدي إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها، لكن المتفق عليه أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شغفها وحنانها على صغيرها من غيرها.

[1] – المجلة القضائية للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 175.

أولا: تدخل القاضي لترتيب الحواضن في قانون الأسرة

تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون ، وفي الأخير إن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير إشكالا، فمصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون. [1]

ومع ذلك كله، يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 ق أج ،على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر.

ولكن الإشكال الذي يمكن أن يطرح إضافة إلى التنازع حول حضانة الولد بين ذوي الحق في حضانته، هو إشكال الذي ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل وتوفير شروط العناية بمصلحته ومتطلبات رعايته، ولا يطلبه شخص من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته، فينتج عن ذلك تساؤل وهو هل يجوز للقاضي استنادا إلى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل وعلى حضانته؟[2]

---

[1]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، مرجع سابق، مصر، ص 310.

[2]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالإجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص294.

الفرع الثاني: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة

الحقيقة أن قانون الأسرة لا يجيبنا على هذا السؤال ولا يساعدنا أبدا على إيجاد حل لمثل هذا المشكل الذي يعرفه قضاة قانون شؤون الأسرة كثيرا في الحياة العملية والتطبيقية.

على الرغم من أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق [1]، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء لكن ماذا يجب عمله في حال عدم توفرها الشروط القانونية للحضانة، بسبب امتناعها لممارسة الحضانة إما لعجزها عنها أو لعدم رغبتها في القيام بها وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة، لأنه في حالة عجزها يمنعها من القيام بمتطلبات الحضانة فلا تحصل مصلحة المحضون، وفي حالة عدم رغبتها في الحضانة مع قدرتها عليها فإنها تكسل ولا تقوم بأعمال الحضانة، فتفوت مصلحة المحضون ولم يكن في إجبارها فائدة، ولكن إذا تعينت الحضانة عليها لعدم وجود غيرها فلا سبيل إلا إجبارها على الحضانة فهذا الإجبار خير من ترك المحضون بلا حاضن، كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون، وبذلك فإن المشرع الجزائري أخذ برأي فقهاء: محمد وأبو الليث والهنداوني وخواهر زادة من الحنفية ومالك في رواية أخرى وابن الماجشون وآخرون من المالكية ، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة إلى القول بأن الصغير هو صاحب الحق في الحضانة [2]

أما بالنسبة للمالكية فالأم لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت وفي حال ما إذا أردت العودة للحضانة لا يحق لها ذلك .

---

[1]– مرجع نفسه، ص 295.

[2]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مرجع سابق، ص69.

الفرع الثالث: تأقيت الحضانة

إذا كان قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 قد رتب أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا بعد الطلاق ومنح حق الحضانة إلى الأم ثم إلى الأب ثم إلى الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم.. [1] فإن القانون قد أنشأ وضعا آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق .

حيث نص في المادة 57 مكرر (جديدة) من ق أ ج: يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن [2]، على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

وعليه فإذا كان أحد الزوجين قد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذه الحال إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون .

وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما. [3]

---

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]– سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، ط2، 2009، ص 157.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في إسناد الحضانة تبعا لمصلحة المحضون (خارج الترتيب)

مما سبق ذكره نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، وجعل مراعاة مصلحة المحضون للقاضي الذي له سلطة تقديرية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقرير المصلحة .

غير أنه في قضية أخرى: ملف رقم 256629 ، اعتبرت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مستدلين بذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق وليست من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 من قانون الأسرة". [1]

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون، يستعين القاضي بجملة من الوسائل والطرق من خلالها يمكنه أن يصل إلى حكم أو قرار يصدره بمنح أو حرمان شخص من الحضانة، لذلك سنحاول استعراض الإجراءات المخولة للقاضي والتي يتمتع بها في تقرير حق الحضانة؟.

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات التحقيق والمعاينة

1 / إجراء التحقيق والخبرة: للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يستطيع الاعتماد بالوثائق المطروحة أمامه من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح

[1] – ملف رقم 256629، صادر بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2، ص 421.

للمحضون، ولقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة 425 من ق إ م إ، وهذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، وكما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا: ملف رقم 153640 تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.[1]

كما أنه يجوز للقاضي أن يطلب بإجراء خبرة وذلك حسب نص المادة 126 ق إ م إ والتي جاء فيه: يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة [2]، والخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الإختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير أو صاحب الإختصاص رأيه بشأنه، أو بتثبيت وقائع مادية . [3]

2 / إجراء المعاينة: يحق للقاضي بدائرة اختصاصه الإقليمي الانتقال للمعاينة للمكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون [4]، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه وكذا مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها[5]، هذا عملا بنص المادة 146 من ق إ م إ التي

---

[1] – قرار، ملف رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18 المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 39.

[2]– قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008 م.

[3]– الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دارسة مقارنة، عبده جميل غصوب، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010، ص 32.

[4]– سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، سنة 2014 – 2015، ص 200.

[5]–بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث قسنطينة، الجزائر، 2000، ص 92.

تنص: يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو عادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية...[1]

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إحضار والإستماع لأقارب الخصوم

يستطيع القاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم وذلك حسب ما جاء في المادة 459 من ق إ م إ: يجمع القاضي المعلومات التي يرها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين [2]، بالإضافة إلى إخوته وأخواته وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه وهذا عملا بأحكام المادة 150 من ق إ م إ: يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بسماع الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية[3]، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الصواب،[4] كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث، وفي هذا صدر نقض من المحكمة العليا حاليا، في قرار صادر بتاريخ: 1970/10/21 عن مجلس قضاء سماع الأولاد المحضونين والنظر للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع [5] .

---

[1]– قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008 م.

[2]– قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008 م.

[3]–قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008 م.

[4] – حسيني عزيزة، رسالة ماجستير، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، جامعة بن عكنون الجزائر، ص86.

[5]– المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1970/10/21، نشر القضاة، سنة 1972 العدد 1، ص58.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 1982/01/11 من المقرر أن رغبة المحضون لا تأخذ بعين الإعتبار ... [1]

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الأسمى للطفل، وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب، وهذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته، ومن هذه المشاكل ما لاحظناه على مستوى مجلس قضاء ومحكمة المدية، وهذا في حالة تعدد الأطفال المحضونين، لكن عدم تجزئتهم بل إسنادهم إلى حاضن واحد، أو إلى طالبها، وما نراه في هذا أن إسناد حضانة كل الأولاد لطالبها غير سديد.

ويمكن إرجاع ذلك إلى كون مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل الصغير البالغ من العمر سبع سنوات، لأن مصلحة الرضيع هي مع أمه إلى غاية بلوغ سن الفطام على الأقل، في حين أن الطفل الصغير قد تكون مصلحته مع أبيه، ومثال ذلك إذا كان أبوه جزائري وأمه أجنبية.

الفرع الثالث: نموذج في تقدير القاضي لمصلحة المحضون (حكم قضائي)

إن الهدف من إدراج نموذج والمتمثل في حكم صادر عن محكمة المسيلة قسم شؤون الأسرة لتوضح عمل قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون، وكيف يكون عمله في تقدير وتقرير لمن له الحق في الحضانة تبعا لمصلحة المحضون وخروجا عن الترتيب الوارد في قانون الأسرة، هذا من خلال دراستنا لمنطوق الحكم الذي جاء فيه:

**** لهـذه الأسبـاب ****

قضت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة، علنيا إبتدائيا حضوريا بـ:

في الشكل: قبول الدعوى وقبول الإدخال في الخصام شكلا.

---

[1]– المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، ملف رقم 26503 قرار بتاريخ 1982/01/11، نشر القضاة، سنة 1982 العدد 1، ص236 .

في الموضوع:

– إسقاط حضانة الولدين (دهليس عبد الرحمان المولود بتاريخ 11/06/2012 ودهليس تسنيم المولودة بتاريخ 01/12/2014) عن والدتها دمدوم نجود الحاضنة بموجب الحكم الصادر عن محكمة الحال قسم شؤون الأسرة بتاريخ 25/10/2015 جدول رقم 02452/15 وفهرس رقم 03152/15 وإسناد حضانتهما من جديد لجدتهما لأم المدخلة في الخصام (عبد المولى سعدية) على نفقة والدهما المدعي دهليس عبد الرؤوف بواقع خمسة آلاف دينار جزائري (5.000 دج) شهريا لكل واحد منهما وان يوفر للحاضنة سكنا ملائما لممارسة الحضانة وان تعذر ذلك يدفع لها بدل إيجار بواقع خمسة آلاف دينار جزائري (5.000 دج) شهريا على أن تسري المبالغ المحكوم بها من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائيا ومنح الحاضنة الولاية على الولدين المحضونين.

– تقرير حق الزيارة للأب المدعي يومي الجمعة والسبت وفي الأعياد الدينية والوطنية والمناسبات ومن الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الخامسة مساءا. وحق الزيارة للأم المدعى عليها يومي الأربعاء والخميس ومن الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا وإبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعي والمدعى عليها مناصفة بينهما.

يبن لنا منطوق الحكم المذكور كيف أن القاضي أمر بإسناد الحضانة لجدة لأم ولم يسندها للأب رغم أنه هو الأحق بها حسب ما جاء به التعديل هذا ما يوضح سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، هذا طبعا بعد دراسة القاضي للتسبيب الذي قدمه محامي المدخلة في الخصام، الذي أشرنا له كملحق للمذكرة . [1]

المبحث الثاني: تدخل القاضي في إسناد وإسقاط الحضانة والجرائم الواقعة عليها

يكون قاضي شؤون الأسرة في حال ما إذا طرح نزاع حول الحضانة، هو الشخص المختص للفصل في النزاع المطروح أمامه، كما أن إشكالات الحضانة متعددة ومتنوعة، وهذا

[1] – حكم قضائي صادر عن محكمة المسيلة (قسم شؤون الأسرة) بتاريخ: 17/07/09 .

ما سنتناوله في المبحث الثاني من خلال دراستنا لأنواع الدعاوي التي ترفع في الحضانة، كما أنه سنتطرق إلى تبعات وآثار إسناد الحضانة.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة

للحضانة نوعين من الدعاوى أولها الدعاوى المدنية وتتمثل في دعوى إسناد الحضانة، دعوى تمديد الحضانة، دعوى إسقاط الحضانة، وهو ما سنحاول إدراجه في الفرع الأول، أما النوع الثاني فهيا الدعاوي الجزائية والتي تتمثل في الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة وتكون في عدة صور كجريمة الامتناع عن تسليم الطفل، جريمة اختطاف المحضون، جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

تأخذ دعوى إسناد الحضانة شكلين يجب التميز والتفريق بينهما؟.

– **الشكل الأول:** تعتبر حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في طلب فك عقدة النكاح بينه وبين زوجته عند استحالة العشرة الزوجية بين الطرفين حتى ولو كان القانون لم يحدد حالات الطلاق إلا أن القضاء قد دأب في معرفة أسباب فك العصمة الزوجية من طرف الزوج وذلك تماشيا وحكمه الذي جعله الله أبغض حلاله وذلك تماشيا ونص المادة 52 من ق أ ج: إذا تبين للقاضي أن الزج قد تعسف في طلب الطلاق فله أن يحكم للمطلقة بما تستحقه من تعويض، عما لحقها من ضر مادي ومعنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي.[1]

أو في حالة الطلاق بالتراضي طبقا لنص المادة 48 من ق أ ج وحتى في جميع الحالات التي قد تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية والتشتت الأسري،أو إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من ق أ ج أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون [2] ، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي

---

[1] – قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، 2014-2015، ص 42.

ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ذلك أنه متى فك الرابطة الزوجية لأحد الحالات المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء البيت الزوجية وكان للزمن الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كتف سيعيشون؟، مراعيا دائما في حكمة مصلحة المحضون.

وهذا ما أخذت المحكمة العليا في اجتهادها حيث قررت الشريعة الإسلامية بأن الحضانة تسند إلى الأم من باب أولى مادامت شروطها متوافرة، ولا تسقط عنها إلا بوجود مانع شرعي، حيث أم هذا المبدأ قد استقر عليه القضاء هو عدم تجزئة الحضانة بالنسبة للأولاد دون مبرر، خاصة وأن الأولاد المحضونين لازالوا قاصرين وغير مميزين الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض. [1]

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة، فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا أوقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز المحددة قانونا وشرعا.

كما يمكن إسناد الحضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه: من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تأكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقط طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن.

حيث أنه وفي جميع الحالات التي تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بين الزوجين، فإنه وطبقا لما هو معمول به فإن الحضانة تسند إلى الأم بالدرجة الأولى إذا توافرت فيها شروط الإستحقاق المنصوص عليها شرعا وقانونا من القدرة على التربية، والأمانة في الأخلاق وغيرها من التي ينبغي للقاضي أن يتأكد من وجودها عند النطق بالطلاق، وإسناد الحضانة في نفس الوقت وذلك تماشيا وأهداف الحضانة المقررة بموجب نص المادة 62 من ق أ ج، خاصة أن

[1]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 76.

المشرع قد ألزم القاضي وإعمالا والقاعدة القانونية التي تقتضي على القاضي عند الحكم بالطلاق أن يفصل في الحضانة بموجب حكم واحد.

– **الشكل الثاني:** قد تكون أصلية يرفعها أحد الزوجين أو غيرهما ممن له الحق في الحضانة لوحدها أمام الجهة القضائية المختصة.

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدارالحكم به.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى الحضانة يمكن أن تكون إستعجالية وذلك في حالة ما إذا كانت هناك دعوى الطلاق أمام قاضي الموضوع وتأخر أو طال الفصل فيها، بشكل قد يلحق ضررا بالمحضونين.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

جاء في نص المادة 65 من ق أ ج: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة. إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون. [2]

وما نستنتجه من خلال هذه المادة هو أن مدة الحضانة تنتهي بقوة القانون ببلوغ المحضون عشر سنوات إذا كان ذكرا وببلوغها سن الزواج إذا كانت أنثى وهو تسعة عشر سنة طبقا للمادة 7 من نفس القانون والتي تنص تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

---

[1]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 43.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

إلا أن المادة 65 من ق أ ج أتت باستثناء وتتمثل في إمكانية تمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة، بحيث يمكن للحاضنة أن تلجأ إلى القضاء لتطلب من القاضي تمديد مدة الحضانة للولد من 10 سنوات إلى 16 سنة وذلك بتوفر الشروط التالية: [1]

1- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، فيمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون ولا يمكن له أن يمددها إلى سن أكبر من 16 سنة.

2- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإن فاتت مدة السنة ولم تطلب التمديد ولم يكن لها أي عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

3- أن يكون الحاضن طالب التمديد هو أم المحضون نفسها.

4- ألا تكون متزوجة بأجنبي غير ذي رحم محرم.

5- أن يكون المحضون ذكرا بحيث لا يجوز طلب تمديد مدة حضانة الفتاة مطلقا.

ولعل السبب في إباحة تمديد حضانة الذكر دون الفتاة، يرجع إلى أن مدة حضانة الفتاة طويلة مقارنة مع مدة حضانة الذكر، حيث أن هذا الأخير لا يزال يحتاج إلى عناية نسوية حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده .

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

طبقا للمادة 66 من ق أ ج وبعض المواد التي أتت بعدها نجد أنها قد تحدثت عن أسباب سقوط الحضانة عمن أسندت إليه بموجب حكم قضائي، فيمكن لأي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية أن يلجأ إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، ويقدم طلب بإصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من أسندت إليه من قبل ويجب فقط أن يثبت اختلال أحد أو بعض شروط الحضانة كزواج الأم بأجنبي. [2]

---

[1]– آيت عكوش وزنة، بن كرو نوال، الحضانة –دراسة مقارنة – (بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013، ص 35.

[2] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 57.

ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه بعد أن يثبت توفر شروط الحضانة فيه شخصيا، فلا يجوز أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب إسنادها إلى الغير.

فإذا اختلت إحدى شروط الحضانة يمكن لمن تهمه مصلحة المحضون والذي له صفة أن يرفع دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا بد فيه من حكم قضائي وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي عادة ما تكون تبعية ومنه سنحاول التعرف على أهم الحالات والأسباب التي يمكن من خلالها رفع دعوى إسقاط الحضانة وهذه الحالات قد تم النص عليها في قانون الأسرة الجزائري وهي: [1]

- **الحالة الأولى:** هي الحالة المنصوص عليها في المادة 66 من ق أ ج وهي سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون [2]، فإذا تزوجت الحاضنة أثناء قيامها بحضانة الأطفال برجل أجنبي عنهم سقط حقها بحكم القانون وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن لهم الحق في حضانة الأطفال.

- **الحالة الثانية:** يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه وذلك بأن تسند المحكمة حضانة الطفل لأحد مستحقيها ثم يعلن تنازله عنها بتقديم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر ففي هذه الحالة يسقط حقه بحكم القانون ويكون بذلك الحكم الصادر من القضاء بسقوط الحضانة حكما مقررا للسقوط وليس منشئا له، مع الملاحظة أن المشرع الجزائري اشترط أن لا يكون التنازل مضرا بمصلحة المحضون، فإذا كان مضرا بالمحضون فإنه لا يعتد به وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد القرارات. [3]

-**الحالة الثالثة:** ما نصت عليه المادة 67 من ق أ ج وهو سقوط الحضانة عند اختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق أ ج سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت

---

[1] – المرجع نفسه، ص 58.

[2]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 46 .

[3]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 58.

بالالتزامات المتعلقة بالحضانة [1]، كأن لم يقم بواجباته نحو المحضون بحيث تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية ولم يعد أهلا للحضانة، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد المستحقين، لكن يجب عليها دائما أن تراعي مصلحة المحضون قبل الحكم بإسقاط الحضانة.

- **الحالة الرابعة:** الحالة المنصوص عليها في المادة 68 ق أ ج والتي جاءت فيها: إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها. [2]

يفهم من خلال هذه المادة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، فإذا لم يطلبها في هذه المدة فإنه يعتبر تنازل ضمنيا عن حقه وبالتالي فإن حقه يسقط بقوة القانون. [3] ومثال ذلك: إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذا الحال أكثر من سنة، فإنه لم يعد من حق الأم ولا غيرها أن يطالبوا بها أمام المحكمة.

لكن قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا ومع ذلك لا يسقط الحق في المطالبة بالحضانة وذلك إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول، كأن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار دائما مصلحة المحضون.

- **الحالة الخامسة:** ما ورد في المادة 70 من ق أ ج وهو سقوط حق الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم [4]، ومن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج شروط إسقاط الحضانة لهذا السبب وهي:

---

[1]- برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 71.

[2]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]- الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 59.

[4]- قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

1- يجب أن تكون الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته أم الأم.

2- أن تقيم هذه الخالة أو الجدة بالمحضون مع أمه إقامة مستمرة.

3- أن تكون الأم متزوجة برجل أجنبي عن المحضون.

- **الحالة السادسة:** الحالة المنصوص عليها في المادة 69 من ق أ ج، حيث يمكن للقاضي أن يحكم بإسقاط الحضانة في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي فالمسألة جوازية للقاضي، فهو الذي سيقرر فيما إذا كان سيثبت الحضانة أم يحكم بإسقاطها انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون. [1]

ومن أجل رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة لا بد من توفر الصفة والأهلية والمصلحة في المدعي، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من ق أ ج، والمصلحة التي يجب أن تراعي هي مصلحة المحضون، ويكون الاختصاص لمحكمة ممارسة الحضانة.

المطلب الثاني: الدعاوى الجزائية المتعلقة بالحضانة

إن الغاية الأساسية للحضانة هي التربية المثالية للطفل المحضون والعناية لهذا أحاطها المشرع بإطار قانوني عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تنظم كل المسائل القانونية المتعلقة لهذا الحق مراعيا في ذلك مصلحة المحضون وأوكل للقضاء مسؤولية حمايته وتكريس هذه المصلحة وحرصا منه على تحقيق مصلحة المحضون وحماية حقوقه وضمانا للاحترام الكفيل للأحكام المستحقة للحضانة وتطبيق الأحكام الصادرة عن الفقهاء[2]، وضع المشرع الجزائري وسائل قانونية لضمان إحترام الأحكام القضائية وتحقيق مصلحة المحضون ومعاقبة كل من يخالفها من خلال تجريم بعض الأفعال التي من شأنها الإضرار بالمحضون فما هي هذه الجرائم وكيف عالجها المشرع الجزائري ؟.

---

[1]- الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية مصلحة المحضون بين الشرع والقانون،، مرجع سابق، ص 60.

[2]- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، سنة 2014 - 2015، ص 78.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.

نصت على هذه الجريمة المادة 327 من ق ع ج كالتالي: كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات. [1]

كما جاء في المادة 328 من نفس القانون ما يلي: يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به... [2]

وبالتالي قد جرمت هاتين المادتين عدم تسليم الطفل الذي قضي في شأن حضانته بحكم قضائي غير أنه لا تقوم هذه الجريمة إلا بتوفر شرط وركنين مادي ومعنوي .

يتمثل الشرط بأن يكون الطفل قاصرا، وبما أن الأمر يتعلق بالحضانة فوجب الرجوع إلى قانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر إستنادا لانقضاء مدة الحضانة. [3]

وبالرجوع إلى نص المادة 65 من ق أ ج نجد أنها قد نصت على أن الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى إذا تم تمديدها، وببلوغ الأنثى سن الزواج وهو 19 سنة حسب المادة 7 من ق أ ج، وعليه فإن القاصر المقصود هنا هو من لم يبلغ سن 16 سنة بالنسبة للذكر وسن 19 بالنسبة للأنثى.

أما أركان الجريمة تتمثل في:

---

[1]– الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2]– الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[3]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 63.

1- الركن المادي المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي، وقد قضت المحكمة العليا بأن الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ.

2- الركن المعنوي المتمثل في ضرورة توافر القصد الجنائي والمتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذ هذا الحكم ، هذا ما قضت به الحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 27 /2001/03 بإدانة المتهمة بتهمة عدم تسليم طفل الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 327 من ق ع ج وذلك بناء عن إعترافها . [1]

غير أنه يمكن لمن إمتنع عن تسليم الطفل أن يحتج بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل، وإصراره على عدم مرافقة من أسندت له الحضانة وهذه المسألة لم يعالجها المشرع الجزائري، وهناك من أقر أنه إذا حاول الحاضن قصارى جهده لإقناع المحضون بالذهاب إلى حاضنه فإنه لا تقوم الجريمة لأن العبرة بسوء نية الحاضن. [2]

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون

نصت على هذه الجريمة المادة 328 من ق ع ج والتي وردت كما يلي: ...وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع تلك بغير تحايل أو عنف. [3]

ونستنتج من خلال هذه المادة أن اختطاف المحضون من حاضنته يعتبر جنحة معاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري ولا تقوم هذه الجنحة إلا بشروط وركن مادي ومعنوي، وشروط هذه الجريمة هي نفسها شروط جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.

---

[1] – قرار صادر بتاريخ 2001/02/27 ملف رقم 239135، المحكمة العليا غرفة الجنح، المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 2، ص377.

[2] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص65.

[3] – الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

والاختلاف الوحيد بينهما يكمن في الركن المادي، المتمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها، أو حمل الغير على خطف الغير أو إبعاده عن المكان الموجود فيه ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير. [1]

وهناك عدة صور لجريمة اختطاف المحضون، فهناك صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه حضانته وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل: المدرسة ودار الحضانة وما شابهها.

فالأصل في هذه الجريمة أنها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسندها إلى الآخر، ولكنها تنطبق أيضا على كل من له الحق الحضانة غير الوالدين كالجدة، الخالة والأقربين.

كما نستنتج أن هذه الجريمة قائمة حتى ولو لم يتم الخطف بطريق التحايل، بل يكفي أن يكون الخطف بإغراء الطفل.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيكون في القصد الجنائي والذي أشرنا إليه في جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.

الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة

من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للمحضون، الحق في النفقة وهي من أهم الحقوق لأنها تصان بها حياته وتوفر له الأمن المادي وحرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة والملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتجريم من شأنه عدم الإخلال بها، وجريمة الإمتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، وذلك بتهرب الملزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب والاستهتار بحقوق الغير وعليه فإن الإمتناع عن القيام بهذا الواجب

[1] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 66.

يرتب آثار سلبية للحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته وهدا حسب المادة 331 من ق ع ج.

أولا: شروط وأركان قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 331 من ق ع ج:[1] يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم، دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 329،40،37 من ق إ ج، يختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة ، محكمة موطن أ, محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة و يضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية. [2]

أولا: الشروط الأولية

جريمة الإمتناع عن دفع نفقة طبقا للمادة 331 من ق ع ج تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قرته العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لا بد من توافر شرطين وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي.

أ / قيام دين غذائي ويمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتي بيانها.

1/ دين مالي: تحدثت عنه المادة 331 من ق ع ج من النفقة الغذائية ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها، علما أن النفقة كما هي منصوص عليها في المادة 78 من ق أ ج تشمل الغذاء والكسوة والسكن والعلاج أو أجرته وما

---

[1] – الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2]– عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، سنة 2014 – 2015، ص 105.

يعتبر من ضروريات في العرف والعادة [1]، كما أن القضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1991/05/21 بقولها: إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك[2]، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه: يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له الممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من ق ع ج.

أما المنح العائلية لا تعتبر من مشمولات النفقة وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها :لا تتدرج المنح العائلية ضمن مشمولات النفقة ولا يشكل عدم تسديدها جريمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة. [3]

2/ المستفيد من الدين: في هذه الحالة أي عند فك الرابطة الزوجية يكون المستفيد من النفقة الزوجة والأولاد القصر وذلك عملا بأحكام المواد 74،75،61 من ق أ ج فنفقة الزوجة واجبة على زوجها منذ الدخول بها74 ق أ ج وتستمر إلى ثلاثة أشهر بعد الطلاق حسب نص المادة 58 من ق أ ج وتستمر للحامل إلى تاريخ وضع حملها المادة 60 من ق أ ج أما نفقة الأولاد يمكن أن نستخلص أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق عنه على نفسه وذلك بغض النظر عن كون الوالد ميسور أو معسرا. [4] نستخلص مما سبق أن النفقة الغذائية المنصوص عليها في المادة 331 من ق ع ج

---

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/05/21 ملف رقم 72602، نشرة القضاة سنة 1995، العدد 47، ص 149.

[3] – عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

[4] – مرجع نفسه، ص 107.

مؤسسة على واجب عائلي وعليه فإذا كانت هذه النفقة لا تستند على أي واجب عائلي فإن نص المادة 331 لا ينطبق عليها.

ب/ وجود حكم قضائي تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة وجود حكم قضائي يأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذا.

1- ضرورة صدور حكم قضائي: إن ثاني عنصر من عناصر قيام جنحة إمتناع عن دفع نفقة المقررة قضاء هو أن يكون منطوق الحكم الممتنع عن تنفيذه اشتمل على نفقة واجب دفعها إلى الزوجة أو إلى أحد الأصول أو الفروع.

2- حكم نافذ: إن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة أو إعانة مقررة قضائية يتطلب أن يتوفر فيها شرط هام وهو وجود حكم قضائي قابل للتنفيذ ومعنى كونه قابلا للتنفيذ هو أن يكون هذا الحكم الممتنع عن تنفيذه قد بلغ للمحكوم عليه تبليغا صحيحا وحاز قوة الشيء المقتضى فيه، وأصبح نهائيا دون أن يقبل أية طريقة من طرق الطعن فيها بالمعارضة أو الإستئناف ثم إمهاره بالصيغة التنفيذية أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاد أو التنفيذ المعجل.

ثانيا: الأركان المكونة للجنحة

تتكون هذه الجنحة من ركن مادي وركن معني، وبتوافر هذه الأركان تتم الجريمة.

أ / الركن المادي: يقوم الركن المادي للجريمة على عنصرين هما.

1 – عدم دفع المبلغ المالي كاملا: يلزم المشرع المدين بدفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا أو عليه فإذا تخلف منه جزء في ذمته فلا يعني من العقوبة ذلك ما نستخلصه من نص المادة 331 من ق ع ج: من امتنع عن أداء كامل قيمة الدفع المقرة. [1]

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2008/06/04 بقولها: إن جريمة عدم تسديد النفقة تبرز في ركنها المادي المتمثل في الإمتناع عمدا [1] .

[1] – الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

2 – انقضاء مهلة (02) شهرين: يشترط لقيام جريمة الإمتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقررة قضاءا هو مرور أكثر من (02) شهرين كاملين إبتداءا من تاريخ الإمتناع عن التنفيذ. [2]

ب / الركن المعنوي: اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد فهذه الجنحة هي جريمة عمدية تقتضي قصدا جنائيا يتمثل في الامتناع عمدا عن أداء النفقة مدة تفوق الشهرين شرط عدم الالتزام بما قضى به تبليغ الحكم القضائي بالنفقة تبليغا صحيحا وذلك وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات. [3]

ثالثا/ إجراءات المتابعة والجزاء: يعود الاختصاص بالنظر في جنحة عدم تسديد النفقة إلى محكمة موطن الشخص المقرر بإستحقاق النفقة، وهو الخروج عن القواعد العامة في الإجراءات الجزائية فيما يخص النظر في الجنح المعاقب عليها وهي المحكمة التي يقع في دائرتها الجريمة أو مقر إقامة المتهم عملا بنص المواد 329 ،3/331 من ق ع ج ، أو المحكمة التي ألقي القبض فيها عليه وقد خص المشرع الجزائري هذا النوع من الجرائم ولأن المستفيد منها الطفل المحضون ولسرعة إجراءات التقاضي عن طريق شكوى مع الاستدعاء المباشر وتكليف الزوج بالحضور للجلسة ، كما أنه يمكن لوكيل الجمهورية مباشرة إجراءات المتابعة تلقائيا [4]

أما عقوبة الجاني في جريمة عدم تسديد النفقة هي الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 3000.000 دج [5] بالإضافة إلى الحكم عليه بعقوبة تكميلية

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الجنح قرار صادر بتاريخ 2008/06/04، ملف رقم 4127364، نشرة القضاة، سنة 2012 العدد 67 ص 295

[2] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 76.

[3] – الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 77.

[4]– عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 120.

[5]– الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

وذلك بحرمانه من الحقوق الوطنية وذلك من 1 سنة إلى 5 سنوات وذلك حسب ما ورد في نص المادة 332 من ق ع ج [1]

الفرع الرابع: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

تعتبر جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة جنحة معاقب عليها، فليس من حق الأم الحاضنة عرقلة زيارة الأب ابنه أو العكس، فإذا منعت الأم الحاضنة الأب من زيارة ابنه جاز له رفع دعوى إلى قاضي الأمور المستعجلة .

لقيام هذه الجريمة يجب توفر الشروط التي سبق ذكرها في الجريمتين السابقتين وتوفر الركن المادي والمتمثل في منع الحاضنة لمن تقرر له حق الزيارة من ممارسة حقه ويجب أيضا توفر الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي وهو علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذ الحكم.

وقد قضي بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم الذي صدر حكم قضائي لمصلحته يقضي له بحق الزيارة.

فباستقرائنا لنص المادة 64 ق أ ج التي سبق الإشارة إليها قد نصت أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. [2]

وتتمثل عناصر جنحة الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة في:

– وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل

– أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، ومنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

---

[1]– الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

– أن يكون الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، وعليه فإذا توفرت هذه الشروط فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جريمة [1] .

المطلب الثالث: تبعات (آثار) إسناد الحضانة

من الآثار التي قد تنجر عن الحضانة آثار مادية كنفقة المحضون وأجرته، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن تكون في بيت لرعايته الصغير، وآثار أخرى معنوية تتمثل في حق الزيارة ، هذا ما سنتناوله في المطلب الثالث للإجابة على التساؤلات المطروحة؟.

الفرع الأول: نفقة المحضون وتقديرها

من الحقوق التي يقررها القانون للطفل المحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق، هذا ما نص عليه المشرع في المادة 80 من ق أ ج: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى[2]

وقد إتفق اتفق أغلب فقهاء الفقه الإسلامي على أن نفقة الأولاد كأصل تكون من مالهم إذا كان لهم مال، أما إذا لم يكن لهم مال فإن نفقتهم واجبة على أبيهم سواء كانوا معه أو مع غيره، وبالتالي إذا تولت المرأة بعد الطلاق حضانة الأولاد وجب على الأب أن يقوم بالإنفاق عليهم.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد نصت المادة 75 ق أ ج: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.
يفهم من هذه المادة أن المشرع قد أخذ برأي جمهور الفقهاء [3]، حيث أوجب أن تكون نفقة الولد على أبيه، غير أنه إذا كان للولد مال فينفق عليه من ماله هو فإذا كان ذكرا ينفق عليه إلى حين بلوغه سن الرشد وإن كانت أنثى فالنفقة تستمر إلى غاية الدخول بها ولعل الاختلاف

---

[1]– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص115.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 58.

الذي وقع بين الفقهاء هو حول ما يدخل ضمن مشتملات النفقة، وقد نصت المادة 78 من ق أ ج على ما يلي: تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[1]، لكن بالرغم من أن الأصل العام هو أن نفقة المحضون إذا لم يكن له مال تكون على أبيه إلا أن المادة 76 ق أ ج: جاءت بحكم آخر، حيث نصت على ما يلي: في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. [2]

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري نقل واجب النفقة على الأبناء من الأب إلى الأم لكن بشرطين؟.

1/الشرط الأول: أن يكون الأب عاجز عن النفقة، والكسل ليس عذر للأب كي يتعذر به.

2/الشرط الثاني: مقدرة الأم لنفقة أبنائها، وذلك كأن تكون عاملة أو لها دخل تستطيع أن تنفق منه على أولادها.

أما بخصوص تقدير نفقة المحضون فإن المشرع تطرق إليها في نص المادة 79 من ق أ ج: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الزوجين وظروف المعيشة ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من النطق بها [3].

من مراجعة نص المادة يكون القاضي ملزم بمراعاة حال الزوجين بالتحري عن حالهما ومعرفة مصدر عيش الزوج والزوجة، وعليه فإن القاضي يحدد معايير تقدير نفقة المحضون في إطار احتياج الحاضن لنفقة معينة من أجل رعاية الولد وتعليمه، والقيام على تربيته وتنشئته النشأة السليمة، وتحقيقا لمصلحته فلا يكون ذلك إلا من خلال توفير سبل العيش الكريم من علاج وكسوى ومأكل ومشرب.

الفرع الثاني: أجرة الحضانة

---

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[3]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02–05 بتاريخ 27 شباط 2005.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير. [1]

أما إذا كانت الحاضنة أم المحضون فهناك حالتين:

1. الحالة الأولى: لا تستحق إذا كانت معتدة من طلاق بائن[2] ، إذا كانت الزوجية قائمة، أو أثناء فترة العدة من طلاق رجعي، فيقول الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي: لا تستحق الأم أجرة على حضانة طفلها حال قيام الزوجية .

كما أنها لا تستحق الأجرة أثناء فترة العدة من طلاق رجعى لأن الزوجية لا تزال قائمة، فإذا قيل باستحقاقها الأجرة فإنها تكون قد جمعت نفقتها هي وأجرة الحضانة وهذا سيثقل كاهل الزوج ويجعله غير قادر على الإنفاق.

2. الحالة الثانية: تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أبى الولد، [3] يكون في حالة ما إذا كانت الحاضنة أم الصغير بعد الطلاق فلها أجرة الحضانة وتجب هذه الأخيرة من مال الصغير إذا كان له مال حتى ولو كان أبوه ميسور، أما إذا لم يكن له مال فتجب هذه الأجرة على الأب .

أما بالنسبة لتاريخ استحقاق الحاضنة للأجرة، فإنها تستحقها من تاريخ مباشرة الحضانة.

وهناك من أشار إلى أجرة خادم المحضون أو المرضعة، فإذا كان المحضون بحاجة إلى خادم أو مرضعة وكان أبوه ميسور يلزم بأجرته.

أما عن موقف المشرع الجزائري فنلاحظ أنه سكت تماما عن هذه المسألة، فبالعودة إلى قانون الأسرة وباستقرائنا لجميع المواد المتعلقة بالحضانة لا نجد أي نص يعالج مسألة أجرة

---

[1]– شرح قانون الأحوال الشخصية، محمود علي السطراوي، المرجع السابق، ص 379.

[2]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت، ص410.

[3]– مرجع نفسه، ص 411.

الحاضنة هذا ما يحلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة وبهذا يرجع الأمر في ذلك إلى مبادئ الشريعة الإسلامية [1] .

[1]– أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، ص 67.

الفرع الثالث: سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة

أشرنا من قبل أنه حفاظا على مصلحة المحضون، ومن أجل رعايته أحسن وجب أن تمارس الحضانة تحت سقف بيت، كما أنه يجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

أولا / سكن ممارسة الحضانة: ثار خلاف فقهي حول استحقاق الحاضنة لسكن ممارسة الحضانة لكن ما هو متفق عليه بين أغلب الفقهاء هو أن توفير مسكن الحضانة أمر واجب، لكن السؤال المطروح هو على من يقع واجب توفير مسكن الحضانة ؟.

فالأصل أن سكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت المطلقة في عدة الطلاق الرجعي، أما بعد الطلاق فسواء كانت الحاضنة أما أو غيرها فإن سكن ممارسة الحضانة هو جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء ونفقة المحضون من ماله إذا كان له مال.

أما إذا لم يكن للمحضون مال فإن واجب توفير سكن الحضانة يقع على عاتق الأب حسب رأي معظم الفقهاء، غير أن هناك بعض الفقهاء الذين قالوا أنه إذا كان للحاضنة مسكن تحضن فيها صغارها، فلا يكون لها الحق في مسكن الحضانة لأن الصغير في هذه الحالة يسكن تبعا لها.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة ، فقد تجلى بنص المادة 72 ق أ ج: في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار[1].

1/ هو وجوب صدور حكم نهائي بطلاقها ويجب أن يتضمن هذا الحكم إسناد حضانة الأولاد لها.

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

2/ يجب أن تكون الحاضنة هي أم المحضون، لو كانت الحاضنة التي أسندت لها الحضانة هي جدة المحضون أو عمته، لكان بإمكانها الانتقال بالمحضون إلى مسكنها دون الحاجة إلى توفير مسكن من الأب.

3/ يجب أن يكون الأب يملك مسكنا ملائما يمنحه لممارسة الحضانة، أما إذا لم يكن له مسكن ففي هذه الحالة عليه أن يدفع للحاضنة مبلغا يساوي قيمة إيجار سكن [1].

والجديد الذي أتى به المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 هو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 72 ق أ ج، والتي تنص على ما يلي: وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن [2].

وقد أثارت هذه الفقرة الكثير من الجدال، فكانت محل انتقاد الكثير من القانونيين ومن بين هذه الانتقادات، أنه في حالة عدم امتلاك الأب المسكن آخر أي في حالة المسكن الوحيد، فإن تطبيق هذه الفقرة سيؤدي إلى تشرد الأب وحسب رأينا فإن القول ببقاء الأب في المسكن الزوجية مع الحاضنة التي أصبحت أجنبية عنه أمر غير منطقي وغير شرعي أما إذا قيل ببقاء الأب في السكن وخروج الحاضنة وأولادها فإنه حسب رأينا أن يتشرد الأب أقل خطورة من تشرد الحاضنة والصغار، فإننا نرى أن المشرع بنصه على هذه الفقرة حسنا فعل، فهو أمر فيه مصلحة للمحضون بالدرجة الأولى .

الانتقاد الثاني هو ما أتي به الأستاذ عبد العزيز سعد وهو أن تطبيق هذه الفقرة أمر يكاد يكون مستحيلا لأن الزوجة عادة ما تخرج من البيت الزوجية بمجرد طلاقها فلا يمكن تصور بقائها في بيت طليقها إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن .

---

[1]– برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 55،56.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد عبر عنه من خلال للمادة 69 من ق أ ج والتي جاء فيها: 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. [1]

يفهم من هذه المادة أن مسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يمكن له أن يقر الحضانة ويسمح بانتقال المحضون إذا تبين له أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك كأن يكون مريض بحاجة إلى علاج، كما أن مسألة الانتقال بالمحضون من شأنها أن تكون سببا لإسقاط الحضانة عن المحضون إذا تبين له دائما أن مصلحة المحضون تقتضي بقائه في موطن أبيه.

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا، فقد قضى بأن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب مخالف للشرع والقانون.

ثانيا: حق الزيارة: أشرنا من قبل أن الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين يعني إبعاده عن الآخر لكن هذا لا يمنع من أن يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة فالصغير لا دخل له في الخلاف الذي حدث بين أبويه، بل هو ضحية طلاقهما فافتراق الأبوين عن بعضهما لوحده من شأنه أن يسبب له عدة أضرار فكيف لو قاموا بإبعاده تماما عن الآخر ولهذا ومن أجل جبر الضرر الذي سيلحق الصغير وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر، لأنه إذا كان الصغير بحاجة إلى أم ترعاه وتربيه وتقوم بشؤونه، فهو أيضا بحاجة إلى أب يراه ويعرفه ويمارس سلطته عليه ويقوم على تنشئته وتربيته.[2] فإذا كان المحضون عند أمه فلا يمكن لها منع أبيه من زيارته، وهي لا تجبر على إرساله إليه، ونفس الحكم إذا كان المحضون عند أبيه.

---

[1]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

[2]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص80.

أما بالنسبة لأوقات الزيارة فإن رأي أغلب الفقهاء هو أن الزيارة لا تكون يومية، بل تكون يوما في عدة أيام كأصل، غير أنه إذا كان مسكن الأم قريبا من المحضون فلا بأس أن تقوم بزيارته يوميا، عليه بين أغلب الفقهاء هو أن حق الزيارة مقرر فقط لوالدين كما تجدر الإشارة أن ما اتفق المحضون دون سواهما. [1]

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد أوضحه في نص المادة 64 من ق أ ج:... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. [2]

فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة، فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، أي حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك، مع العلم أن هناك قاعدة قانونية مفادها أن القاضي لا يمكن له أن يحكم بما لم يطلب الأطراف والمشرع في هذه المادة قد أخرج القاضي من هذه القاعدة.

وترك المشرع الجزائري تحديد أوقات الزيارة خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الأسبوع أو مرتين، غير أنه لا يجب أن تكون مرات الزيارة قليلة جدا إلى حد تضر بالصغير، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرق للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع.

وعادة ما تحدد أوقات الزيارة في عطلة نهاية الأسبوع، وهو الأنسب حسب رأينا لأنه في مثل هذه الأوقات يكون من تقرر له حق الزيارة غير منشغل (خاصة إذا كان عاملا)، كما لا يكون المحضون منشغلا بدراسته إذا كان مزاولا للدراسة، مما سيمكنهما من قضاء وقتهما معا دون أي عائق.

---

[1]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 81.

[2]– قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.

وما نلاحظ في هذه المادة أن المشرع سكت عن أصحاب الحق في الزيارة، فكما اشرنا من قبل فإن معظم الفقه يرى أن أصحاب الحق في الزيارة هما الولدان فقط، لكن القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا نجد أنه قد قرر بأن القضاء بحق الزيارة للجد تطبيق صحيح للقانون.

ومنه نستنتج أن القانون الجزائري، لم يأخذ برأي الفقهاء الذين قالوا بأن الوالدان فقط هما من لهما حق الزيارة، بل يمكن بهذا الحق لأحد الأقارب غير الأبوين.

كما نلاحظ أنه لم تحدد المادة مكان الزيارة بل تركه يخضع للقاضي غير أنه لا يجوز أن يكون هذا المكان هو مكان إقامة الزوجة، وهذا ما إستنتجناه في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث قضت بأن تحديد مكان حق الزيارة ببيت الزوجة بعد طلاقها أمر مخالف للقانون لأنها أصبحت أجنبية عنه.

وما نخلص إليه بأن الحضانة كونها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية لا تسند إلا لمن هو أهلا لها، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط فيه، كما أنها تمنح بالأولوية لأشخاص يعتبرون أشفق وارأف على المحضون من غيرهم، كما انه ومن اجل ممارسة الحضانة على أكمل وجه اتفق الفقهاء على ضرورة توفير نفقة للمحضون وسكن يأويه وغيرها من الآثار، أضف إلى ذلك أن الحضانة تعني إسناد الولد لأحد الأبوين أو غيره وإبعاده عن الآخر وبالتالي وجب الحكم للطرف الذي ابعد عنه المحضون بحق الزيارة.

الفرع الرابع: مكان زيارة المحضون ومدة الزيارة

1- مكان الزيارة: يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع به المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات وبذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة أن يسبب حرج لزائره مثل مسكن المطلقة لأنها أصبحت أجنبية. [1]

[1]- الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، ص82.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. [1]

ومتى كان في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن بسبب المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلون خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عنه، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال متى تمتعت البنت برعاية والدها ولو الساعات محدودة ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار.

إن المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق وبإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو غيرهم فعليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما، فالمشرع في هذه الحالة أخرج القاضي عن القاعدة العامة والتي مفادها "لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم" وأن يحدد مدة الزيارة والأوقات والأماكن المحددة، والخروج عن هذه القاعدة الإجرائية، إنما تقر رعاية المصلحة المحضون. [2]

2- مدة الزيارة: لم يحدد المشرع المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة، إلا أن القاضي قد استقر على منح حق الزيارة في نهاية كل أسبوع وفي العطل والأعياد الدينية والوطنية مناصفة وفي المناسبات.

فالمسألة ليست رضائية وإنما ترك المشرع ذلك لتقدير القاضي، خاصة وأن المدة تختلف باختلاف القضايا والأحوال وكذا الظروف ضف إلى ذلك سن الطفل المحضون الذي له دور كبير في تحديد وقت الزيارة حتى ولو استقر القضاء على أن أوقات الزيارة في بادئ الأمر تكون في نهاية الأسبوع للشخص الذي منح له القانون ممارسة حق الزيارة في الفترة التي يكون فيها الطفل بحاجة ماسة إلى رعاية وعطف الأم الحاضنة.

---

[1]- الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، ص82.

[2]- مرجع نفسه، ص83.

حيث وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن قضاة الموضوع عند إسنادهم للحضانة والفصل في حق الزيارة فإنه بذلك يكون تطبيقا آليا، وكأن القضاء قد فصل سلفا في أحقية صاحب الزيارة في نهاية الأسبوع فقط، بالنسبة للطفل المحضون دون سن الثالثة إلى أن يصبح له حق المبيت بالأخذ والرد عند اكتمال السن السالف الذكر. [1]

وما يعاب على المشرع في هذه المسألة أنه لم يراعي مصلحة المحضون، ذلك كون أن المشرع لم يدرج مادة صريحة تنص على المدة التي يقضيها صاحب الزيارة مع المحضون، كما أنه لم يبين أصحاب الحق في الزيارة على غرار صاحب الحق الأصلي في ذلك.

[1]– الهاشمو فاطمة الزهراء نجا، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون مرجع سابق، ص82.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة من جانب الفقه الإسلامي وكذا التشريع الجزائري وجدنا أنّها من المواضيع الحساسة والمعقّدة ذلك أنّ الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، هذا المصطلح الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا غير أنّه لم يضبط مصطلح مصلحة المحضون بتعريف دقيق وترك مسألة تحقيق المصلحة للطفل المحضون على عاتق القضاء، حيث يتجلى دور القضاء في تحديد المصلحة من خلال تدخله في مسألة ترتيب الحاضنين، وكذا إسناد الحضانة وإسقاطها لمن لم تتوفر فيه شروط إستحقاقها عن طريق إجراءات خولها المشرع لقاضي شؤون الأسرة كإجراء المعاينة والخبرة أو حتى الاستعانة بأخصائية اجتماعية إن لزم الأمر ذلك، ومما سبق ذكره فإنني توصلت في دراستي للبحث هذا إلى جملة من النتائج التالية:

- ❖ المشرع الجزائري لم يعطي تعريف دقيق لمصلحة المحضون وترك الأمر في ذلك للقضاء، يرجع السبب في ذلك لتوسع فكرة مصلحة المحضون والظروف التي يعيشها كل طفل محضون.
- ❖ بالنسبة لشروط ممارسة الحضانة فإن المشرع الجزائري لم يحددها في قانون الأسرة وترك ذلك للفقه الإسلامي من خلال الرجوع إلى المادة 222 من ق أ ج.
- ❖ في ما يخص ترتيب الحاضنين فإن المشرع الجزائري وضع الأب في الدرجة الثانية بعد الأم، هذا ما جاء به في تعديل قانون الأسرة ويبقى ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون كما أن المشرع الجزائري لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية .
- ❖ أكد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة، وذلك في المواد المعالجة للحضانة من خلال إلزام القضاء بمراعاة مصلحة المحضون عند إتخاذ أي إجراء.

- ❖ تكون سلطة القاضي في إسناد الحضانة لترتيب الحواضن في قانون الأسرة باتخاذ جملة من الإجراءات كإجبار الأم أو غيرها على الحضانة وتأقيت الحضانة في فترة رفع دعوى الطلاق وإصدار الحكم بالطلاق حسب نص المادة 57 مكرر من ق أ ج.
- ❖ يستعين قاضي شؤون الأسرة في حال ما أراد إسناد حضانة أو إسقاطها لوسائل تمكنه من التوصل إلى حقائق يستطيع من خلالها إصدار حكم لمصلحة المحضون، مثل إجراء التحقيق والمعاينة أو طلب سماع الخصوم لمن لهم الحق في الحضانة، ويعد في سلطة القاضي خارج ترتيب الحاضنين.
- ❖ تكون متابعة القاضي بالنسبة في حال نزاع حول الحضانة من خلال الفصل في الدعاوي المطروحة أمامه سواء ما تعلق منها بالدعاوي المدنية أو الجزائية، ويكون من السبل التي يستطيع القاضي إسناد الحضانة أو إسقاطها لمن لم تتوفر فيه الشروط ومعاقبة كل من يخالفها.
- ❖ عالج المشرع الجزائري نفقة المحضون وتقديها في المواد 75 ،76، 78،80 من ق أ ج وعلى من تجب والتي أخذ المشرع برأي الفقهاء في ذلك، أما مسألة أجرة المحضون فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لها عكس الفقه الإسلامي والذي تباين بدوره في الأراء.
- ❖ تكلمت المادة 72 من ق أ ج عن توفير مسكن لممارسة الحضانة من جانب الأب أو دفع بدل الإيجار، غير أن الفقرة الثالثة من المادة والتي تنص على ما يلي: وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن والتي ثارت العديد من الجدل والإنتقادات حول تطبيق هذه المادة .
- ❖ بخصوص حق الزيارة للمحضون فإن المشرع عالجها في المادة 64 من ق أ ج ألزم القاضي بالحكم بها في إسناد الحضانة، وترك أمر تحديد أوقات الزيارة للسلطة التقديرية للقاضي عملا بمبدأ مصلحة المحضون في تقدير ذلك.

وفي الأخير ومن خلال النتائج المتوصل لها فإننا سنحاول إدراج بعض الإقترحات والتوصيات، التي نأمل أن تساعد المشرع في سد الثغرات الموجودة في القوانين المنظمة للحضانة أو توضيح ما هو مبهم:

- ❖ إعطاء مفهوم دقيق لمصطلح مصلحة المحضون وتحديد المعايير التي تكون مرجع للقاضي للفصل في نزعات الحضانة.
- ❖ مراجعة المشرع لنص المادة 62 من ق أ خ الفقرة 2 ذلك بتعداد وحصر الشروط الواجبة توفرها الحاضن لتسهيل العمل القضائي بالنسبة لقضاة شؤون الأسرة.
- ❖ إدراج أخصائي إجتماعي في المنظومة القضائية تكون حاضرة في جلسات الطلاق وإسناد الحضانة كي تساعد في إيجاد الحلول المناسبة في مثل هذه القضايا.
- ❖ مراجعة المشرع للمادة 72 من ق أ ج للفقرة 2 في ما يخص بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم، ذلك كون الحاضنة أصبحت أجنبية عن الأب هذا من الجانب الشرعي كما يمكن أن يؤدي ذلك إلى تشرد الأب في حال ما إذا لم يكن له مسكن آخر.
- ❖ معالجة مسألة حق زيارة المحضون من خلال إدراج مواد تنظمها في قانون الأسرة، ذلك كي يستعين بها القاضي في تحديد أيام الزيارة وكذا مدتها والمكان المخصص لها.
- ❖ على عكس النفقة التي نظمها المشرع في قانون الأسرة فإنه لم يتكلم بشأن أجرة الحضانة، والتي عالجها الفقه الإسلامي ومن هذا نقترح على المشرع تناول هذه المسالة وتنظيمها في مواد يتم إدراجها في قانون الأسرة.
- ❖ تحديد شروط إسقاط الحضانة بشكل تام ونهائي .

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم

الكتب

1. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني رحمه الله، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار القبس للنشر والتوزيع 1435هـ- 2014م.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر.
3. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ط 1، 2009 م- 1430 هـ.
4. بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 2000.
5. الدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ت: محمد علمين، د.ط، دار الفكر، ج2، د.ت.
6. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة، ط2، 2009.
7. ابن عابدين محمد الأمين، حاشية ابن عابدين رد المختار، ت: عدل عبد الموجود علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3، 1994.
8. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة للنشر، الجزائر، ط3، د.ت.
9. عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى مقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكالات المعاصرة، مكتبة الرشد الرياض، طبعة 2005.
10. عبد الناصر بن موسى أبو البصل، حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذها. د.ط. د.ت.
11. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دارسة مقارنة، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010.
12. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

13. محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، د.ت.
14. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، سنة، 1987.
15. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – جامعة جرش، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429 هـ- 2008 م.
16. محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر، الأردن، 2008.
17. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الطاهري، محلى بالآثار، دار إدارة الطباعة، مصر، بدون سنة نشر.
18. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431هـ-2010م.
19. محمود علي السطراوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – الجامعة الأردنية، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط3، 2010 م- 1431 هـ.
20. نور الدين أبو لحية، الزواج والطلا ق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.

ثالثا: القواميس

1. ابن منظور، لسان العرب المحيط، د.ط، لسان العرب، بيروت، 1408هـ-1988م، ج1.
2. إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2014-2015.

حسيني عزيزة، رسالة ماجستير، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، جامعة بن عكنون الجزائر.
3. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في الفقه المقارن، من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن، 1424هـ- 2003م.

4. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، سنة 2014 – 2015.

خامسا: المجلات والنشرات القضائية

1- المجلات القضائية:

1. قرار رقم 32594 صادر بتاريخ 1984/04/02 مجلة القضائية، العدد 1 سنة 1989.
2. قرار رقم 153640 صادر بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد1.
3. قرار صادر بتاريخ 2001/02/27 ملف رقم 239135، المحكمة العليا غرفة الجنح، المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 2.
4. حكم قضائي صادر عن محكمة المسيلة (قسم شؤون الأسرة) بتاريخ: 17/07/09.
1. سليمان بن عبد الله القصير، الحضانة في السنة النبوية دراسة حديثية فقهية، بحث محكم، مجلة العدل العدد 47.
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
3. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2002.
4. ملف رقم 40438 مؤرخ في 1986/05/05، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 02 ،1986.
5. ملف رقم 86957 مؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 04، 1991.
6. ملف رقم 2204070 مؤرخ في 1999/04/20، مجلة الإجتهاد القضائي صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 01، نشر.
7. ملف رقم 331058 مؤرخ في 2005/05/18 ، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر المحكمة العليا عدد 02، 2005.

8. ملف رقم 256629، صادر بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2.

2- النشرات القضائية.

1. المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1970/10/21، نشر القضاة، سنة 1972 العدد 1.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/05/21 ملف رقم 72602، نشرة القضاة سنة 1995، العدد 47.

خامسا: النصوص القانونية.

1- النصوص القانونية الجزائرية

1. الأمر 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
2. قانون الأسرة المعدل لعام 1984 بموجب مرسوم رقم 02-05 بتاريخ 27 شباط 2005.
3. قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.
4. قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008 م.
5. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخ في 2016/03/07.
6. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
7. المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، ملف رقم 26503 قرار بتاريخ 1982/01/11، نشر القضاة، سنة 1982 العدد 1.
8. المحكمة العليا، غرفة الجنح قرار صادر بتاريخ 2008/06/04، ملف رقم 4127364، نشرة القضاة، سنة 2012، العدد 67.

ملـحـــــــق

ملحق:

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

مجلس قضاء:
محكمـــــة:
القســـــم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 17/
رقم الفهرس: 17/
تاريخ الحكم: 17/
مبلغ الرسم/ 450 دج

بالجلســة العلنــية المنعقــدة بمقــر محكمــة
بتاريخ: سنة ألفين و سبعة عشر
برئاسة السيد (ة): قـــاضـــي
و بمساعدة السيد (ة): أمـــين ضـــبـط
وبحضـــور السيد(ة): و كـيل الجمهورية

صـــــدر الحكـــــم الآتـــــي بيـــــانـــــه

بين /

بين السيد (ة):

1) مدعي حاضر
العنوان :
المباشر للخصـومة بنفسه

وبين /

ضـد /

السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة

1): مدعي عليه حاضر
العنوان :
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة):
2):السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة مدعي عليه حاضر

المباشر للخصـومة بنفسه

بيـان وقـائع الـدعوى

بموجب عريضة إفتتاحية للدعوى، أودعت وسجلت لدى أمانة ضبط المحكمة بتاريخ 2017/ تحت رقم 1494/17، أقام المدعي , المباشر للخصام بنفسه دعوى أمام قسم شؤون الأسرة ضد المدعى عليها اللوبحضور النيابة العامة ممثلة في السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة، ملتمسا الحكم بإسقاط حضانة الولدين (المولود بتاريخ 11/06/2012 المولودة بتاريخ 01/12/2014) عن والدتهم المدعى عليها وإعادة اسناده لوالدهم المدعي مع منح المدعى عليها حق الزيارة. وتحميلها بالمصاريف القضائية.
و شرحا لدعواه أفاد أن المدعي هو طليق المدعى عليها بموجب حكم قضائي صادر عن محكمة الحال بتاريخ 25/10/2015 تحت رقم الجدول 02452/15 و فهرس رقم 03152/15قضى بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين و اسناد حضانة الولدين ( )لوالدتهما على نفقة ابيهما بمبلغ 5000 دج شهريا لكل واحد منهما و أضاف ان المدعى عليها اعادت الزواج ثانية بالمسمى بموجب عقد زواج شرعي مسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية المسيلة بتاريخ 2017 تحت رقم 00326 و انه بزواج

رقم الجدول: 17/
رقم الفهرس: 17/

المدعى عليها ثانية بغير قريب محرم تسقط حضانة الولدين عن والدتهما و عليه يلتمس إعادة اسناد حضانتهما له

- و بجلسة 04/06/2017 ردت المدعى عليها بواسطة وكلها الأستاذ ، بموجب مذكرة جوابية مع ادخال في الغير في الخصام المسماة جاء فيها من حيث الشكل ان صفة و مصلحة المدخلة في الخصام قائمة كون المخلة في الخصام) هي جدة الولدين المحضونين من جهة الأم و يقيمون معها في بيتها و هي من تقوم برعايتهم مما يتعين معه قبول إدخالها في الخصام و في الموضوع اضافت انها كانت مرتبطة بالمدعي بعقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية لبلدية المسيلة تحت رقم 992 و اثمر زواجهما انجاب الولدين المشتركين ( ) و ان علاقة الزواج لم تستمر و انتهت بحكم بتاريخ 2015/ فهرس رقم 15/ قضى بالطلاق بالتراضي و اسناد حضانة الولدينلوالدتهماعلى نفقة والدهما بمبلغ 5000 دج شهريا لكل واحد منهما و مبلغ 5000دج شهريا كبدل ايجار و منح حق الزيارة للمدعي وأضافت ان المدعى عليها في دعوى الطلاق بالتراضي تنازلت على كافة حقوقها المادية و اتفقت مع المدعي على بقاء الولدين لديها الى حين الدخول ثم في حضانة جدتهما بعد الخول الا ان المدعي بمجرد ان تم عقد الزواج المدني للمدعى عليها سارع الى رفع دعوى اسقاط حضانة الولدين قبل دخولها لزوجها الثاني كما ان البنت المحضونة تعاني من مرض عصبي يجعلها تحتاج الى عناية خاصة و مستمرة كما هو ثابت من التقرير الطبي المؤرخ في 14/05/2017 من طرف الطبيب المختص في الامراض العصبية كما ان الولدين المحضونين يعيشان لدى المدخلة في الخصام جدتهم لأم وهي من تقوم برعايتهما و تقوم بحضانتهم ماديا و معنوياكما ان والدتها المدخلة في الخصام قادرة على رعاية الولدين و لذلك فالمدعى عليها تلتمس اسناد حضانة الولدين المشتركين لجدتهما لأم المدخلة في الخصام بعد اسقاطها عنها حفاظا على مصلحة المحضونة و احتياطيا تعيين مساعدة اجتماعية لإجراء تحقيق بعد الاتصالبالأطراف و الاطلاع على ظروفهم الاجتماعية لتحديد المكان الأنسب لحضانة الولدين

بجلسة 18/06/2017 رد المدعي بمذكرة جوابية جاء فيها انه في الشكل يترك الامر للمحكمة فيما يخص الادخال في الخصام وفي الموضوع أضاف انه كان على المدخلة في الخصام ان ترفع دعوى للمطالبة بحضانة الولدين بمجرد زواج ابنتها ولا تنتظر مطالبة المدعي بالحضانة لتدخل في الخصام وتطلب الحضانة لها بالإضافة الى انها تسكن في بيت عائلة كبيرة ومساحته غير كافية للأبناءوان مرض البنت يتطلب الراحة التامة والهدوء وان مصلحة الولدين في بقائهما معه وتمسك في الأخير بسابق طلباته.

بجلسة 18/06/2017 ردت المدخلة في الخصام بمذكرة جوابية جاء فيها ان المدعى عليها تعد ابنتها الشرعية والتي.كانت مرتبطة بالمدعي بعقد زواج رسمي انتهى بالطلاق بينهما بالتراضي والاتفاق على بقاء الولدين عند والدتهم وبعد زواجها تسند حضانتهما للمدخلة للخصام جدتهم لأم والتمست أساسا رفض الدعوى الاصلية لعدم التأسيسوفي الاحتياط اسناد حضانة الولدين لها بصفتها جدة لهما من جهة الام واحتياطيا جدا تعيين مساعدة اجتماعية من اجل تقدير مصلحة المحضونين

بجلسة 02/07/2017 ردت المدعى عليها بمذكرة تتضمن تمسكها بدفوعها وطلباتها السابقة.

بجلسة 02/07/2017 رد المدعي بمذكرة تتضمن تمسكهبطلباته السابقة.

وبعد أن صارت الدعوى مهيأة للفصل وضعت القضية للنظر لجلسة 09/07/2017.

وعليـه فإن المحكـمة

- بعد الإطلاع على ملف الدعوى ومرفقاته ودراستها.
- بعد الإطلاع على أحكام المواد:13،08، 40،36،32،19،18، 98 ،256، 258 ،265 ،288، 323 ،412، 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد الإطلاع على أحكام المواد :03 مكرر ،62 ،64 ،65 ،66 ،68 من قانون الأسرة.

رقم الجدول: 17/ا
رقم الفهرس: 17/ا

- بعد النظر في الدعوى طبقا للقانون.
01- في الشكل:
- حيث أن الدعوى الحالية استوفت الشروط والإجراءات المقررة بأحكام المواد 13 ،18 ،19 ،258 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 03 مكرر من قانون الأسرة،مما يتعين معه التصريح بقبولها شكلا.
- حيث ان ادخال المسماة في الخصام جاء وفقا للإجراءات المقررة قانونا بأحكام المواد 194 - 195 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يتعين معه قبول ادخالها في الخصومة شكلا.
02-فيالموضوع:
- حيث إن المدعي رافع المدعى عليها ملتمساسقاط حضانة الولدين ( ) عن والدتهم المدعى عليها وإعادة اسنادها لوالدهم المدعي مع منح المدعى عليها حق الزيارة،وتحميل المدعى عليها المصاريف القضائية. وفي المقابل رفض طلبات المدخلة في الخصام لعدم التأسيس.
- حيث إن المدعى عليها إلتمستالحكم بإسناد حضانة الولدين المشتركين (-) لجدتهما لأم المدخلة في الخصام بعد اسقاطها عنها حفاظا على مصلحة المحضونينواحتياطيا تعيين مساعدة اجتماعية لإجراء تحقيق بعد الاتصال بالأطراف والاطلاع على ظروفهم الاجتماعية لتحديد المكان الأنسب لحضانة الولدين
- حيث إن المدخلة في الخصام التمست اسناد حضانة الولدين المشتركين ( )لها بصفتها جدتهما لأم بعد اسقاطها عن والدتهما حفاظا على مصلحة المحضونينواحتياطيا تعيين مساعدة اجتماعية لإجراء تحقيق بعد الاتصال بالأطراف والاطلاع على ظروفهم الاجتماعية لتحديد المكان الأنسب لحضانة الولدين
- حيث إن النيابة العامة إلتمست تطبيق القانون.
- حيث إن موضوع دعوى الحال يتعلق بإسقاط الحضانة وإعادة إسنادها.
- حيث انه من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 66 من قانون الاسرة يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم.
- حيث ثبت لمحكمة الحال أن الولدين " " المولود بتاريخ 11/06/2012بالمسيلة و " " المولودة بتاريخ 01/12/2014 لأبيهما كانامحضونين من طرف والدتهما بموجب الحكم الصادر عن محكمة الحال بتاريخ 25/10/2015 رقم الجدول 15/! وفهرس رقم15/! ، إلا أنه وبتاريخ 23/03/2017تزوجت والدتهما الحاضنة من غير قريب محرم كما هو ثابت بعقد زواجهاالحامل لرقم المسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية المسيلة المرفق بملف الدعوى.
- حيث ثبت لمحكمة الحالان الأم المدعى عليها . الحاضنة للولدين ( ) بموجب الحكم الشخصي الصادر عن محكمة الحال المشار اليه اعلاه قد اعادت الزواج بالمسمى وهو غير قريب محرم بتاريخ 23/03/2017 كما هو ثابت من عقد زواجها المسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية المسيلة تحت رقم المرفق بالملف. مما يتعين معه الحكم بإسقاط حضانة الولدين المحضونين (- عن والدتهما الحاضنة.
- حيث إن المدخلة في الخصام التمست اسناد حضانة الولدين (-) لها بصفتها جدتهما لأم بعد اسقاطها عن والدتهما الحاضنة المدعى عليها. حفاظا على مصلحتهما.
- حيث انه من المقرر قانونا وطبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة،أن الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثمالخالة، ثمالعمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، هذا من جهة.

رقم الجدول: 17/
رقم الفهرس: 17/

- وحيث انه من المستقر عليه قضاء،أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون (قرار المحكمة العليا بتاريخ 18/05/1999 ملف رقم)و (قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/02/2008 ملف رقم).
- وحيث انالمستقر عليه قضاءومن جهة أخرى أن ذكر ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة لم يأت على سبيل القيد الذي يقتضي الإتباع في كل الحالات، بل هو مرهون بمصلحة المحضون التي يجب مراعاتها في المقام الأول وفي كل الحالات. حسب ما استقرت عليه المحكمة العليا في (قرارها بتاريخ 11/10/2006 فهرس رقم تحت رقم).
- حيث انه تبين للمحكمة من خلال عرائض الأطراف ان الولدين المحضونين منذ صدور الحكم بالطلاق بين المدعي و المدعى عليها الحاضنة وهمايعيشان في بيت جدتهما لأم المدخلة في الخصام رفقة والدتهما الحاضنة الى غاية إعادة الحاضنة الزواج بتاريخ 23/03/2017 كما انه ثبت للمحكمة ان البنت المحضونة ( ) تعاني من مرض عصبي كما هو ثابت من خلال التقرير الطبي المحرر من طرف الدكتور المختص في امراض الاعصاب و هو ما اقر به المدي من جهة أخرى يقتضي عناية خاصة بها نظرا لصغر سنها و حاجتها الى حنان الجدة الذي يعوض حنان الام الحاضنة وهو ما لا توفره الا جدتها لأم المدخلة في الخصام من جهة و من جهة أخرى فان الولدين المحضونين تعودا على مكان الإقامة و سكن الجدة لأم المدخلة في الخصام و ان نقلهما من المحيط الذي تعودا عليه الى محيط اخر قد يؤثر سلبا على حالتهما النفسية لتعودهما على المحيط و الجو الاسري في بيت جدتهماالمدخلة في الخصام و تربيا على النمط المعيشي برفقتها منذ طلاق والديهما،أين كانت جدتهما تتولى رعايتهما الفعلية لبقاءالحاضنة المدعى عليها معها في نفس البيت الى غاية إعادة زواجها بتاريخ 23/03/2017 و عيشهما برفقة جدتهما لأم إلى أن تزوجت والدتها، كما أن الولدينصغيرين في السن و لم يتجاوز7عمر الابن 7 سنوات و البنت 3 سنوات و يحتاجان الى رعاية ذي رحم و ان جدتهما لأم المدخلة في الخصام بصفتها جدة لأم الأمر الثابت معه مصلحة المحضونين في بقائهما لدى الجدة لأم المدخلة في الخصام التي طالبت هي الأخرى بحضانتهما.
- حيث وطالما أن مصلحة الولدين " " تقتضي بقائهما لدى الجدة لأمالمدخلة في الخصام للمعايير المؤسس عليها والمذكورة أعلاه، فإنه يتعين القضاء بإسناد حضانة الولدين " "للجدةلأم المدخلة في الخصام
- حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا للمادة 78 من قانون الأسرة أن نفقة الابناء تكون على الأب ما لم يكن له مال وتستمر للذكر ببلوغه سن الرشد والأنثى بالدخول بها وتستمر إذا كان الولد عاجزا أو مزاول للدراسة وتسقط بالاستغناء أو الكسب كما انه يجوز للقاضي أن يحكم بها لسنة قبل رفع الدعوى بناء على بينة وهي مقررة لمصلحة المحضون على أساس الحضانة
- حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا للمادة 72 من قانون الأسرة أنه يجب على الأب أن يوفر مسكنا ملائما لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك إلزامه بأن يدفع بدل إيجار حماية لمصلحة المحضون

مما يتعين معه جعل نفقة الولدين المحضونين على ابيهما المدعي بمبلغ خمسة الاف دينار جزائري (5.000 دج) شهريا لكل واحد منهما و ان يوفر للحاضنة مسكنا ملائما لممارسة الحضانة و اذا تعذر ذلك ان يدفع لها بدل ايجار بمبلغ خمسة الاف دينار شهريا على ان تسري المبالغ المحكوم بها من يوم صيرورة هذا الحكم نهائيا و في المقابل تقرير حق الزيارة للاب المدعي كل يومي جمعة و سبت و في الأعياد الدينية و الوطنية و المناسبات من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا و للأم المدعى عليها كل يومي اربعاء و خميس من الساعة التاسعة صباحا الى الساعة السادسة مساء، طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة .
- حيث المقرر قانونا وطبقا لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة،فإنه يمنح القاضي الولاية لمن

رقم الجدول: 17/(
رقم الفهرس: 17/(

أسندت له الحضانة.وحسبه وطالما أن محكمة الحال أسندت حضانة الولدين "
"للجدةلأم كما سبق تسبيبه أعلاه، فإنه يتعين القول بمنحها الولاية عليهما.
- وحسبه فإن الطلبات للمدعي صارت بدون موضوع مما يتعين رفضها لعدم التأسيس.
-حيث إن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى،طبقا لأحكام المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولـهـذه الأسـباب

قضت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة، علنياً إبتدائيا حضورياً بـ:
في الشكل: قبول الدعوى وقبول الادخال في الخصام شكلا.
في الموضوع:
- اسقاط حضانة الولدين (المولود بتاريخ
المولودة بتاريخ) عن والدتهما الحاضنة بموجب الحكم الصادر
عن محكمة الحال قسم شؤون الاسرة بتاريخ 25/10/2015 جدول رقم 15/ و فهرس
رقم 15/ و إسناد حضانتهما من جديد لجدتهما لأم المدخلة في الخصام (
) على نفقة والدهما المدعي بواقع خمسة الاف دينار جزائري
(5.000 دج) شهريا لكل واحد منهما و ان يوفر للحاضنة سكنا ملائما لممارسة الحضانة و ان تعذر ذلك يدفع لها بدل ايجار بواقع خمسة الاف دينار جزائري (5.000 دج) شهريا على ان تسري المبالغ المحكوم بها من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائيا. ومنح الحاضنة الولاية على الولدين المحضونين
- تقرير حق الزيارة للأب المدعي كل يومي الجمعة والسبت وفي الأعياد الدينية والوطنية والمناسبات ومن الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الخامسة مساءا. وحق الزيارة للأم المدعى عليها كل يومي الاربعاء والخميس من الساعة التاسعة صباحا الى الساعة السادسة مساء وإبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعي. والمدعى عليها مناصفة بينهما.
بذا صدر الحكم وأفصح به جهارا بالجلسة العلنية العادية المنعقدة بالتاريخ المشار إليه أعلاه ووقع على أصله كل من رئيس الجلسة وأمين الضبط.

الرئـيس (ة) أمـيـن الضبـط

نسخة طبق الأصل
أمـين ضبـط
- 2 -
09 جويلية 2017

رقم الجدول: 17/(
رقم الفهرس: 17/(

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

فهرس الموضوعات

تشكر

إهداء

مقدمة..... أ

الفصل الأول: ماهية الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 07

المطلب الأول: مدلول الحضانة في الفقه الإسلامي..... 08

المطلب الثاني: مفهوم الحضانة في التشريع الجزائري..... 10

المطلب الثالث: شروط ممارسة الحضانة في الفقه والتشريع 12

المبحث الثاني:ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 22

المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي..... 22

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق للحضانة في التشريع الجزائري 27

المطلب الثالث: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري..... 28

الفصل الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون بخصوص إسناد الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 33

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون بين الفقه والتشريع 33

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسناد الحضانة وفقا لترتيب الحاضنين 39

المطلب الثالث: سلطة القاضي في إسناد الحضانة تبعا لمصلحة المحضون (خارج الترتيب)..... 43

المبحث الثاني: تدخل القاضي في إسناد وإسقاط الحضانة والجرائم الواقعة عليها 48
المطلب الأول: الدعاوى المدنية للحضانة..... 48
المطلب الثاني: الدعاوى الجزائية المتعلقة بالحضانة 55
المطلب الثالث: تبعات (آثار) إسناد الحضانة..... 63
خاتمة..... 75
الملحق..... 74
قائمة المصادر والمراجع..... 80

قائمة المختصرات:

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق م: القانون المدني الجزائري.

ق ع ج: العقوبات الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

يعد موضوع حضانة الطفل بعد فك الرابطة الزوجية من المواضيع الهامة التي يجب دراستها في الوقت الراهن نظرا للمشاكل والنزاعات الحاصلة فيها والآثار الناجمة عنها، لذلك فقد تطرقنا في الفصل الأول من بحثنا هذا إلى التعريف بالحضانة وترتيب الحاضنين وذلك بتعريفها من ناحية الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الجزائري كما قمنا بإجراء مقارنة بين ترتيب الحاضنين لكل منهما، لنخلص في الأخير بأن المشرع الجزائري لم يخرج في ذلك عن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام سواء من ناحية التعريف أو ترتيب الحاضنين للحضانة

أما بخصوص الفصل الثاني والذي تم فيه مناقشة ودراسة مفهوم وتقرير مصلحة المحضون وسلطة القاضي وتدخله في إسناد الحضانة وفقا لترتيب الحاضنين الوارد في القانون أو الخروج عن هذا الترتيب من أجل تحقيق مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون , لنتطرق بعد ذلك لتوضيح سبل اتصال القاضي بمسألة الحضانة والوسائل التي خولها القانون له للاستعانة بها في تقرير الحضانة أو إسقاطها ، وفي الأخير تم دراسة آثار وتبعات الحضانة الناجمة عنها مثل النفقة، سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة.

The issue of child custody following the dissolution of marriage is one of the important topics that should be studied at the present time due to the problems and conflicts that it causes and the effects it has. The first chapter deals with the definition of custody and the order of custodial parents in terms of Islamic law as well as Algerian legislation. In addition, a comparison has been made between the orders of custodial parents to conclude in the end that the Algerian legislator did not go against the provisions of Sharia.

The second chapter is devoted to study the concept of child interests and the power of the judge over determining custody in the order of the custodial parents contained in the law, or his will to violate the order as a means to safeguard the interests of the child. This chapter also clarifies the judge's relationship to custody and the power invested in him over determining custody or dropping it. Finally, the fallouts of custody such as alimony, housing, exercising custody and visitation were thoroughly studied.