الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية — ميدان الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق — **تخصص:** قانون الأسرة

سلطة القاضي في إسناد الحضانة في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الأسرة

اعداد الطالبتين — **اشراف الأستاذ(ة)**

- ✓ سهام خضار
- ✓ عائشة قويدري

ليلى ابراهيم العدواني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ.د. بلموهوب محمد الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	رئيسا
د. ليلى إبراهيم العدواني	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
د. عمارة عمارة	أستاذ حاضر أ	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الدراسية:2024/2023

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): حمادي سهام الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 210291691 والصادرة بتاريخ 2021/04/01

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: سلطة القاضي في استاد الحضانة في القانون الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021/05/17

توقيع المعني (ة)

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): حسيبة عائشة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 200361242 والصادرة بتاريخ 2016/04/25

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: سلطة القاضي في استبعاد الحماية في المعاملات الالكترونية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021/05/17

توقيع المعني (ة)

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿وَٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبۡ لَنَا مِنۡ أَزۡوَٰجِنَا وَذُرِّيَّٰتِنَا قُرَّةَ أَعۡيُنٖ وَٱجۡعَلۡنَا لِلۡمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾ (الفرقان: 74)

قال ﷺ:

"مَا مِنْ مَولُود إلا يُولَد عَلى الفِطرَة فَأبَواه يَهودَانِه ويَنصُرانِه ويُمجِسَانِه كَما تُنتجُ البَهيمَة بَهيمَة جَمْعاء هَل تُحِسُونَ فِيها مِنْ جَدْعَاء؟".

رواه البخاري ومسلم

إهداء

إلى أمي، إلى أمي ثم إلى **أمي الغالية**.

إلى **أبي سندي**

إلى كل إخوتي وأخواتي

إلى كل زملائي في دفعة التخرج

إلى كل طالب علم

إلى كل من دعمني وشجعني من قريب أو بعيد

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

سهام

إهداء

إلى الحبيبة ذات القلب النقي إلى من سعت وعانت من أجلي إلى من كان دعاؤها سر نجاحي ... **أمي الحبيبة**

إلى من علمني أن الدنيا كفاح... وسلاحها العلم والمعرفة

إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي إلى أعظم وأعز رجل في الكون... **أبي العزيز**

إلى من أشاركهم لحظاتي... إلى من يفرحون لنجاحي وكأنه نجاحهم إخوتي

إلى صديقاتي ورفيقات دربي...إلى كل من أحبني بدون مقابل

بكل حب أهديكم ثمرة جهدي

عـــائشـــة

شكر وتقدير

الحمد لله الواحد الأحد على نعمه التي لا تعد، الذي وفقنا لإتمام مذكرة الماستر والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الأنبياء مُحَمَّد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين، ثم اعترافا منا بالفضل والجميل فإنّنا:

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة د. ليلى إبراهيم العدواني، على قبولها الإشراف على إنجاز هذه المذكرة، وتيسيرها لنا سبل البحث، ولها منا كل التقدير والاحترام وجعلها الله ذخرا لطلبة العلم وجزاها عنا خير جزاء.

كما نتقدم بوافر الشكر والامتنان والتقدير للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشتها بغية إثرائها وإتمام نقائصها

ونوجه شكرنا الخالص إلى أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية، لاسيما أساتذة تخصص قانون الأسرة كما نشكر كل من دعمنا لإتمام هذه المذكرة.

قـــائمـــة الـــــمختصرات

د م	دون مكان
د ط	دون طبعة
هـ	تاريخ هجري
ج	الجزء
ص	صفحة
ط	الطبعة
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ع	العدد
ع خ	عدد خاص
ق م	قانون مدني
مج	المجلد
ج ر ج ج	جريدة رسمية جمهورية جزائرية
د ت	دون تاريخ
ق إ م إ	قانون إجراءات مدنية وإدارية

مقدمة

مقدمة

قد تكثر المشاكل ومعها تستحيل الحياة الزوجية، ويتحول الصفو بينهما الى شقاق والتعاون إلى تنافر والمودة إلى بغض، ويصبح فك عرى الزوجية الحل الوحيد، فإذا كان بينهما أطفال فإنهم يكونون بحاجة إلى رعاية وحماية من الضياع إلى أن يستقلوا بشؤونهم، لذلك أوجدت الشريعة الإسلامية الحضانة لتكون وسيلة لحماية الطفل، وقد تولت تنظيمها حيث إنك لا تكاد تجد كتابا من كتب الفقه يخلوا من باب في الحضانة، وقد أخذ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة بهذه الوسيلة التي لا بديل لها لتوفير الحماية والرعاية للطفل لا سيما في مراحل حياته الأولى، ويعتبر إسناد الحضانة من المسائل المهمة وقد منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة لمستحقيها رغم أن مستحقيها رتبهم من خلال نص المادة (64) من قانون الأسرة، وانطلاقا من ذلك اخترنا بحث هذا الموضوع بعنوان:" **سلطة القاضي في إسناد الحضانة في القانون الجزائري**".

حيث أنّ هذا الموضوع تكمن **أهميته** في عدّة جوانب، أحدها ارتباطه بالطفل الذي يعدّ من الفئات الضعيفة التي تحتاج من يساعدها في القيام بشؤونها، كحاجته للمأكل والملبس وحاجته للرعاية والحماية، والجانب الثاني هو كون الطفل رجل الغد المعول عليه في بناء الدولة لذا ينبغي أن ينشأ نشأة سوية حتى بعد افتراق والديه وهذا من خلال وضعه في جو ملائم لذلك، أما الجانب الأخير والأهم هو ارتباطه بالحضانة وسلطة القاضي في إسنادها، حيث نجد أنّ المشرع الجزائري أعطى النصوص المنظمة لمسألة إسناد الحضانة مرونة، مما يفتح المجال لقاضي شؤون الأسرة لتحديد الشخص الأنسب لحضانة الطفل–فالقاضي منح سلطة واسعة– بغض النظر عن الترتيب الوارد في قانون الاسرة لمستحقي الحضانة، ويفتح المجال للقاضي أيضا للاجتهاد في إعادة إسناد الحضانة لمن أسقطت عنه لأي سبب كان، أو عدم قبوله تنازل من أسندت له، مما يجعلنا أمام اجتهادات قضائية عديدة تبين إعمال القاضي سلطته التقديرية في إسناد الحضانة، الأمر الذي يعطي للبحث أهمية.

والملاحظ أنّ نص المادة 64 من قانون الأسرة منح للقاضي السلطة التقديرية في إسنادها ولكنه ربط سلطة القاضي بمصلحة المحضون، وبذلك فإنّ **الإشكال** الرئيس الذي نطرحه من خلال هذا البحث ونسعى للإجابة عنه هو: ماهي الضوابط والمعايير التي يستند إليها القاضي عند إعمال سلطته التقديرية لحل القضايا المتعلقة بإسناد الحضانة؟

وهذا يقودنا إلى طرح إشكالات فرعية تتمثل في:

كيف يمكن ضبط المراد بمصلحة المحضون أم أن الأمر متروك لتقدير كل قاض حسب ما يراه مناسبا؟

وماهي الحالات التي يراعي فيها القاضي مصلحة المحضون عند إعمال سلطته التقديرية في إسناد الحضانة؟

ومن بين **الأهداف** التي سعينا لتحقيقها من خلال هذا البحث ما يلي:

– الوقوف على دور القاضي في حماية المحضون ومراعاة مصلحته، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حالة غموض أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة تتعلق بإسناد الحضانة.

- تبيين مدى التوافق بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بإسناد الحضانة.
- إبراز أهمية الحضانة بالنسبة للطفل المحضون، من خلال التطرق إلى الاجتهادات القضائية التي تناولت مختلف الحالات المتعلقة بإسناد الحضانة.

أما عن **الأسباب** التي دفعتنا لبحث هذا الموضوع فهي:

- اهتمامنا بالجوانب العملية للنصوص التشريعية أي الربط بين الجانب النظري والعملي التطبيقي(القضائي)، حيث وجدنا في موضوع سلطة القاضي في إسناد الحضانة مجالاً خصبًا في ذلك.

- كثرة حالات الطلاق في المجتمع وما يترتب عنها من آثار سلبية على المحضونين.
- رغبتنا في إبراز دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند إسناده للحضانة، ومقارنة ذلك مع ما ورد في النصوص القانونية المنظمة للحضانة.

ومن **الدراسات السابقة** التي تناولت موضوع بحثنا وإن كان جزئيا رسالة دكتوراه بعنوان: "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية"، للباحثة زكية حميدو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد تلمسان، نوقشت سنة 2005، وهي وإن كانت تتقاطع مع بحثنا فيما يخص الضابط الذي يعتمد عليه القاضي وهو مصلحة المحضون، إلا أن دراستها توسعت لتشمل التشريعات المغاربية بالإضافة إلى الفقه الإسلامي، وهي بذلك تختلف عن موضوع بحثنا الذي ركز على مسألة سلطة القاضي في إسناد الحضانة في القانون الجزائري، مع التركيز على الاجتهاد القضائي.

ورسالة دكتوراه بعنوان:" الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة"، للباحثة سناء عماري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوقشت سنة 2022 أرادت الباحثة من خلالها الوقوف على نجاعة النصوص القانونية والقضائية في حماية المحضون، وهي بذلك تختلف عن دراستي التي حاولت من خلالها التركيز على مسألة إسناد الحضانة والدور الذي يمارسه القاضي في ذلك.

وللإجابة على هذه الإشكالية وتحقيق أهداف البحث اعتمدنا **المنهج** الوصفي وذلك ببيان كيفية تعامل القاضي ودوره في المسائل المتعلقة بإسناد الحضانة، والمنهج المقارن كلما اقتضى الأمر ذلك في المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، وبين الآراء الفقهية من جهة أخرى.

ومن **الصعوبات** التي واجهتنا عند إنجاز البحث ما يلي:

- قلة المراجع القانونية التي تحلل بشكل أكثر دقة وتفصيل المسائل المتعلقة بإسناد الحضانة، وسلطة القاضي في ذلك.

- صعوبة التعامل مع المصادر الفقهية وفهم المقصود من المصطلحات الفقهية.

وللإجابة على الإشكالية والوصول إلى نتائج أكثر دقة اعتمدنا **خطة** ثنائية قسمناها إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية الحضانة وقد قسمناه إلى مبحثين: المبحث الأول: تناولنا فيه مفهوم الحضانة. والمبحث الثاني: تناولنا فيه سقوط الحضانة وانتهائها.

أما الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وقسمناه إلى مبحثين: المبحث الأول مفهوم مصلحة المحضون ومعايير ووسائل تقدير القاضي لها. والمبحث الثاني: تناولنا فيه حالات تقدير القاضي لمصلحة المحضون في إسناد الحضانة.

وأنهينا البحث بخاتمة ضمناها أهم النتائج والاقتراحات.

الفصل الأول:

ماهية الحضانة

تمهيد:

الحضانة من المسؤوليات الطبيعية للأبوين في حالة قيام العلاقة الزوجية لكن قد تتعرض العلاقة الزوجية إلى التفكك والفرقة بينهما وتُثار عنها مسألة الحضانة، وتقوم الحضانة على العناية بالطفل المحضون والحرص على حماية حقوقه والسهر على مصالحة وتنشئته تنشئة سليمة وفق أسس متينة وهي تعد من المواضيع التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة.

وحرص المشرع الجزائري كذلك على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية ورعاية وحفظ المحضون فإن لم تتحقق هذه الأهداف فإنه يتم إسقاطها عمن أسندت إليه وإن كان صاحب الحق فيها، كما أن المشرع الجزائري لم يجعل حدود الحضانة مفتوحة، بل حددها بأجل وفيها يصبح المحضون غير محتاج لحماية وخدمات الحاضن له، كما أنه منح القاضي السلطة التقديرية في إسنادها، ومن خلال هذا الفصل سيتم بيان أحكام الحضانة ليتسنى بعد ذلك في الفصل الثاني التطرق إلى دور القاضي في إسنادها، وهذا من خلال اعتماد التقسيم الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

حظيت الحضانة باهتمام الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري كونها موضوع ذو حساسية بالغة لتعلقه بالطفل الذي يعتبر من الفئة الهشة التي قد تصاب بصدمات تلازمه طوال حياته إن لم يحظ بالرعاية اللازمة صحيا ونفسيا وخلقيا، لذا يجب وضع الطفل عند من هو مؤهل لحمايته، وقبل التطرق إلى دور القاضي في فعل ذلك ينبغي أولا تحديد معنى الحضانة وأصحاب الحق فيها، وقد قمنا بناء على ذلك بتقسيم المبحث إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول تعريف الحضانة وحكمها وفي المطلب الثاني أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها

من أجل فهم المقصود من الحضانة واستجلاء هدف الشرع من تشريعها، وموقف المشرع منها سيتم تعريف الحضانة في الفرع الأول ثم التطرق إلى حكم الحضانة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

سيتم إجلاء الغموض عن مصطلح الحضانة وذلك بتعريفها لغة ثم في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري، وذلك كما يلي:

أولا: تعريف الحضانة لغة: الحضانة من الفعل حَضَنَ: وهو حفظ الشيء وصيانته، يقال احتضْنتُ الشيء جعلته حضني[1]، وحَضَنَ الصَّبِّي حَضْناً وحِضَانَةً بالكسر: جَعَلهُ في حِضْنِهِ، أورَبَّاهُ، وحضن الطائرُ بَيْضَهُ حَضْناً وحِضاناً وحِضانَةً، بكسرهما وحَضونًا: رخَّمَ عليه لتفريخ[2].

[1]–ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دم، دط، 1399هـ، 1979، ج2، ص73.

[2]–الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة للطباعة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426هـ، 2005، ص1190.

ثانيا: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي: عرفها الحنفية بأنها:" العناية بالصغير، من غسل ثيابه، ونظافة جسمه، وحاجاته الأولية، والقيام بكل ما يلزم لراحته وسعادته"[1]، وعرفها المالكية بأنها:" حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[2]، وعرفها الشافعية بأنها:" حفظ من لا يستقلّ بأمور نفسه عن ما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته"[3]، بينما عرفها الحنابلة بأنها:" حفظ الطفل عَماَّ يضُرُّه، وتربيتُه بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه، وتكحيله، وتحريكه حتى ينام"[4].

الملاحظ على التعريفات أنها تتفق في الغاية والمقصود من الحضانة وإن اختلفت في العبارات، أمّا الشافعية فإن تعريفهم للحضانة يتسع ليشمل الكبير والمجنون وعديم التمييز.

ثالثا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري: عرّف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 ق أ ج حيث جاء فيها أنها:"رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه، صحةً وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[5]، نجد أن المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة لم يخرج عن تعريفات الفقهاء لها.

ويرى عبد العزيز سعد أنّ تعريف قانون الأسرة الجزائري للحضانة شامل لحاجات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية[6]، غير أنه يلاحظ أن استخدام مصطلح "على دين أبيه"

---

[1]– الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2002، ج5، ص 203.

[2]– التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، دار الكتب العلمية، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1998، ج1، ص644.

[3]– الشرْبيني، **مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، 1421هـ، 2000، ج5، ص191.

[4]– المَرْداوِيّ، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، هجر للطباعة للنشر والتوزيع والاعلان، دم، ط1، 1416هـ، 1996، ج24، ص455.

[5]– قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، ع 24،المؤرخة في12 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 12يونيو 1984.

[6]–عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه لجديد**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط،2007، ص139.

فضفاض وكان الأولى تحديده بدين الإسلام خشية أن يكون أبوه غيّر دينه إلى دين آخر أو إلى غير دين(ألحد).

الفرع الثاني: حكم الحضانة

بعد تعريف الحضانة سيتم من خلال هذا الفرع بيان حكمها في الفقه الإسلامي أولا، ثم في قانون الأسرة الجزائري وذلك كما يلي:

أولا: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الحضانة حق للحاضنة، فلا تجبر إذا امتنعت لأنها ربما تعجز، وذهب البعض أمثال أبو ليث وجواهر زاده ولهندواني أنها حق للولد كي لا يضيع[1].

واختلفت الرواية عن مالك في الحضانة هل هي حق خالص للولد فتجبر الحاضنة عليها إذ امتنعت أم حق خالص للحاضنة فلها الترك والامتناع، ورجّح الباجي أنها حق مشترك بينهما، ووجه القول الأول أن الغرض من الحضانة حفظ مصالح الولد فكان مختصًا بها ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضّرر بأخذه، ووجه القول الثاني أنها تتضرر بالتفرقة بينهما لِما جبل عليه النساء من الاشفاق[2].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب حضانة الولد وعلّلُوا ذلك أنه بترك حضانته يضيع ويهلك فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الانفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك[3].

وقد استدل على مشروعية الحضانة بأدلة من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

---

[1]– الكليبولي، **مجمع الأنهر**، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1998، ج2، ص 166.

[2]–المجّاجي، **المهذب من الفقه المالكي وأدلته**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1431هـ، 2010، ج2، ص145.

[3]– الشيرازي، **المهذب في فقه الامام الشافعي**، تحقيق : محمد الزحيلي ،دار القلم، سوريا، ط1، 1417هـ، 1996، ج4، ص640. وكذلك: ابن قدامة، **الشرح الكبير**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركى، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلام، د م، ط1، 1416هـ، 1996، ج24، ص455.

فأما من الكتاب: فقوله تعالى:{ **وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ...**} (البقرة: 231).

وقوله تعالى:{ **وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا**} (الاسراء: 24).

وأما من السنة: فقد حدثنا محمود بن خالد السلمي، أن الوليد، عن أبي عمر–يعني الاوزاعي–حدثني عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله ابن عمر، أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ:" **أنت أحق به ما لم تنكحي**"[1]، دل الحديث على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها رسول الله ﷺ وحكم لها ما لم تتزوج بزوج آخر[2].

وأمّا من الإجماع: فقد كان صحابة رسول ﷺ رضوان الله عليهم خير قدوة من بعده، فقد قال أبو بكر لعمر عندما خاصم أم عاصم –أمام أبي بكر –لينزع منها عاصماً "ريحُها خير له من سمن وعسل عندك"، وفي رواية أخرى ريقها خير له يا عمر، فدعه عندها حتى يشب، فأم عاصم في شريعة الاسلام –أحق بعاصم من عمر–رضي الله عنه – حتى يشب عاصم، ويستغني عن خدمة أمه[3].

وأما من المعقول: الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهما إلى من هو أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت للأب والجد، لأنهم أبصر وأقوم في

---

[1]– **أخرجه:** أبوداود، **سنن أبي داود، كتاب:** الطلاق، **باب:** من أحقّ بالولد؟، **رقم:** 2276، ج3، ص588.

[2]– الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص203.

[3]– أحمد نصر الجندي، **الحضانة والنفقات في الشرع والقانون**، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2004، ص 8، 9.

التجارة من النساء وحق الحضانة جعل إلى النساء، لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت[1].

ثانيا: حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري: وردت عبارة" يسقط حق الحاضنة " في نص المادة 66 ق أج من جهة، وعبارة: " بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون" من جهة أخرى، ما يدل على أن الحضانة حق للحاضن، ونصت المادة 2/67 ق أ ج على عدم سقوط حق الحاضنة بسبب عملها، والمادة 68 ق أ ج التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها، وأكد في المادة 71 ق أ ج على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري[2].

كما عزز المشرع الجزائري حق المحضون في الحضانة، وتغليب مصلحته عندما تتعارض مع المصالح الأخرى والتي هي مجسدة بعبارة "مراعاة مصلحة المحضون " في المواد 64، 65، 66، 67، 69 ق أ ج، وعبارة "مالم يضر بمصلحة المحضون"[3].

فالملاحظ أن المشرع الجزائري جعل الحضانة حق للحاضن في المواد 66 ،67،69 ق أ ج، إلاّ أنه غلّب حق المحضون والدعوة إلى تعاليه عن أي حق آخر، ومنه يمكن القول أنها حق للحاضن والمحضون معاً، فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه شروط الحضانة إسناد الحضانة إليه، ومن حق المحضون أن يوضع في أيادي أمينة قادرة على الحضانة من جميع نواحيها تربية ورعاية وتعليما وحماية، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي حيث قضى في قرار بتاريخ 2010/10/14 "تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرغم من

---

[1]– محمد بجاق، **مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسات القضائية**، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، مج11، ع17، 2014، ص185

[2]– سعاد يوبي، **الحضانة في القانون الدولي الخاص**، أطروحة دكتورة، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ،2019، ص23، 24.

[3]– سناء عماري، **الآليات القانونية والقضائية لحماية مصلحة المحضون في ق أ ج**، أطروحة الدكتورة، تخصص قانون الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022، ص34.

تنازلها عنها في دعوى التطليق، بسبب الحكم على الزوج، لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"[1]، كما قضى في قرار بتاريخ 1998/07/21" من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري"[2].

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

لم يترك الولد بعد الطلاق بدون من يتولى شؤونه بل وضع له من يقوم بحاجاته، من خلال ترتيب مستحقي الحضانة، وعليه سنتطرق إلى تبيين ترتيب الحاضنين الفرع الأول ثم شروط الحاضنين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين

سيتم التطرق إلى ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي أولا، ثم في قانون الأسرة الجزائري ثانيا وذلك كما يلي:

أولا: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي: رتب الحنفية الحاضنين كالآتي: الأم ثم أمُّ الأمُّ ثم أمُّ الأب ثم الأخت للأب ولأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالات ثم العمّات ثم العصبات بترتيبهم، فيقدم الأب ثم الجّد وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب، وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم الشقيق ثم لأب وأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب، ولا تدفع إليهم الصغيرة[3].

---

[1]– قرار رقم581222، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 2010/10/14، المحكمة العليا، ع1، 2011، ص248.

[2]– قراررقم201336، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية،1998/07/21، ع خ،2001، ص178.

[3]– النَّسفيَّ، **كنز الدقائق**، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ، 2011، ص311. وكذلك: ابن نجيم، **البحر الرائق**، دور الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ،1997، ج4، ص286.

ورتب المالكية الأم، فأمُّها جدّة المحضون لأمّهِ، فالخالة أخت أمِّه، فالجدّة أم الأب، فالأب، فالأخت، فالعمّة، فعمّة الأب، فخالته، فبنت أخي الصبّي أو أخته، فالأخ فالجدّ من جهةِ الأب فابن الأخ فالعمّ فابن العمّ[1].

ورتب الشافعية الحاضنين الأمُّ ثم أمَّهات يُدلين بإناثٍ يُقدمُ أقربهنّ تقدم بعدهن أم الأب ثم أم أمهاتها المدليات بإناث ثم أم أبِي أبٍ كذلك ثم أمُّ أبي جدٍّ كذلك، ثم الأخواتُ والخالاتُ ويُقدم الأخت على خالةٍ، وخالة على بنت أخ أو أخت، وبنت أخ أو أخت على عمّة، وأخت من أبوينِ على أخت من أحدهما، والأصح تقديم الأخت من أب على أخت من أم، وخالة وعمّة لأب عليهما لأم، وكل مَحرم وارث على ترتيب الإرث وإن اجتمع ذكور وإناث فالأم ثم أمهاتها ثم الأب، وقيل تُقدم عليه الخالة والأخت من الأم ويقدّم الأصل على الحاشية[2].

ورتب الحنابلة الحاضنين الأم ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته ثم جد الجد ثم أمهاته ثم الأخوات وتقدم منهن أخت لأبوين وتقدم أخت من أم على أخت من أب لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلي بالأم على من يدلي بالأب وتقدم الخالة على العمة لأن الخالة تدلي بالأم وتقدم الخالة للأبوين ثم خالة لأم ثم خالة لأب ثم عمات كذلك ثم خلات أمه ثم خلات أبيه ثم بنات إخوته وبنات أخواته ثم بنات أعمامه وبنات عماته ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه تقدم من لأبوين ثم لأم ثم لأب[3].

الملاحظ من ترتيب الفقهاء للحاضنين اتفاقهم أن الأم هي الأَولى بالحضانة كونها أكثر شفقة وحناناً وكون الأم هي الأكثر إحساساً وتَحمُلاً للولد من غيرها.

ثانيا: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري: رتب المشرع الجزائري الحاضنين بموجب المادة 64 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة كما يلي:" الأم أولى بحضانة

[1]– المّجاجي، المرجع السابق، ج2، ص 146، 147.

[2]– الشّربِيني، المرجع السابق، ج5، ص191–194.

[3]–البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، 1403هـ، 1983، ج5، ص497.

ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أمّ الأب ثم الأقربون درجة"[1]، ثم بعد تعديل نص المادة 64 بموجب الأمر 02/05 غيّر ترتيب مستحقي الحضانة كما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

فالمشرع الجزائري في التعديل الجديد أبقى على أولوية وأحقية الأم في حضانة ولدها، وجعل الأب مباشرة بعدها كونه أحد الأبوين بعد أن كانت أم الأم بعد الأم ثم الجدّة لأم محل الخالة كون أن الجدّة لأم أقرب من الخالة ومن الأصول ثم الجدّة لأب كونها الأصل لأب ثم الخالة ثم العمة.

وبجعله للأم في المرتبة الأولى في استحقاقها للحضانة وافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، غير أنه لم يحدد" الأقربون درجة" الوارد في المادة 64 ق أ ج، كما أنّ عبارة" مراعاة مصلحة المحضون"[3] تدل على أن هذا الترتيب ليس إلزامي للقاضي، وهو ما يستشف من القرار رقم424292 بتاريخ 2008/02/13 الذي جاء فيه أنّه: " يجب عند إسناد الحضانة للجدّة من الأم، تبيان معايير مصلحة المحضون"[4].

الفرع الثاني: شروط الحاضنين

بعد تطرقنا لترتيب مستحقي الحضانة يقتضي الأمر بيان شروط استحقاقهم لها، حيث سيتم التطرق إلى شروط الحاضنين في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري وذلك كما يلي:

---

[1]–قانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، سالف الذكر.

[2]– أمر رقم 05–02 المؤرخ في18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج رج ج، ع15، المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق27 فبراير 2005.

[3]– قانون 11/48، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[4]– قرار رقم 424292، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا، 2008،ع1 ،ص267

أولاً: شروط الحاضنين في الفقه الإسلامي: ذهب الحنفية إلى أن شروط الحاضنة: أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة قادرة، وأن تخلو من زوج أجنبي، وإن كان الحاضن ذكراً فشرطه أن يكون كذلك ما عدا الأخيرة، ولا حضانة لمرتدة سواءً لحِقت بدار الحرب أو لا لأنها تحبس وتجبرعلى الإسلام[1]، أن تكون المرأة كذلك ذات رحم محرمة من الصغار فلا حضانة لبنات العمّ وبنات الخال وبنات العمّة لأن مبنى الحضانة الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة[2].

ويستحق النساء الحضانة عند المالكية بوصفين أن يكُنّ ذوات رحم من المحضون وأن يكُنّ محرمات عليه، فخرج بالشرط الأول الأم من الرضاعة والأخت ونحوها، وخرج بالثاني بنت الخالة وبنت العمّة ونحوهما، أمّا الرجال فيستحقونها بمجرد الولاية محرَمًا كانوا كالعمّ أو رحِمًا كابنه أو كالوصي والولي، وشرط الحضانة كذلك الصحة والصيانة والحرز والتكليف والديانة وشرطها للإناث زيادة على ما تقدم عدم الزواج إذا كان الزوج غير محرم للمحضون[3].

وذهب الشافعية إلى أنه لا حضانة لرقيق لأنها ولاية وليست من أهلها، ولا مجنون ولا فاسق لأن الفاسق لا يلي ولا يؤتمن، ولا كافر على مسلم إذ لا ولاية له عليه، ولأنه ربما يفتنه في دينه، وأن تخلو الحاضنة من زوج أجنبي لأنها مشغولة عنه بحق الزوج[4].

وذهب الحنابلة إلى أنه لا حضانة لرقيق لعجزه عنها بخدمة سيده، وكذا المجنون والمعتوه ولا طفل، ولا حضانة أيضاً لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها، ولا حضانة لكافر على مسلم لأنه يخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر، ولا حضانة أيضاً لعاجز عنها كأعمى ونحوه، ولا امرأة متزوجة بأجنبي عن الطفل[5].

---

[1]– ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص279–282.

[2]– الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص205.

[3]– التسولي، المرجع السابق، ج1، ص 647–651.

[4]– الشربيني، المرجع السابق، ج5، ص165.

[5] – البهوتي، المرجع السابق ،ج5، ص651.

وبذلك يتضح اتفاق الفقهاء حول شرط العقل والبلوغ والأمانة والقدرة وخلو الحاضنة من زوج أجنبي عن المحضون، واختلف المالكية والحنفية مع الشافعية والحنابلة في شرط حضانة الكافر على المسلم، حيث ذهب الحنفية والمالكية الى أنَّ للذّمية من الحضانة ما للمسلمة وأهل الذمة منزلة أهل الاسلام في الحضانة[1]، فعند الشافعية والحنابلة لا حضانة لكافر على مسلم.

ثانيا: شروط الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري: اشترط المشرع الجزائري العقل في الحاضن فالعقل هو الإدراك وبه يعرف الشخص ما يُقدم عليه، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 ق م ج لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية، فلا حضانة لمجنون ومعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن شؤون الغير[2]، وهذا ما جاء في القرار رقم265727 بتاريخ2002/02/13" إن اسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون اثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفةً للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[3].

واشترط كذلك القدرة على التربية بأن تكون لديه الاستطاعة البدنية الكاملة على حفظ المحضون ورعايته والمقدرة على النهوض بأعباء الحضانة، ولعدم القدرة عدّة صور وهي[4]:

- المرض: هو عارض يصيب الإنسان ولا ينافي الأهلية ولكنه يؤثر في القوى البدنية لمن يصاب به.
- وجود العاهة: عاهات مشهورة بتأثيرها على قدرة الحاضن أو الحاضنة في القيام بمصالح الصغير أو الصغيرة مثل: العمى وعدم السمع والشلل.

---

[1]– الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص212. وكذلك: التسولي، المرجع السابق، ج1، ص651.

[2]– حنان بن داود، ومحمد بن عمار، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث في دراسات القانونية والسياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، مج4، ع2، 2019، ص233.

[3]– قرار رقم 265722، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع2، 2004، ص432.

[4]– سناء عماري، المرجع السابق، ص 52 –55.

- السن: المشرع الجزائري اشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بالحضانة في المادة 62 ق أ ج، فلا تكون أهلا لممارسة الحضانة كل من كانت عاجزة لكبر سنها.

واشترط الأمانة إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلباً في تربيته[1]، فلا حضانة لفاسق وفاسد في أخلاقه وهذا ما يستشف من المادة 62 ق أ ج.

واشترط المشرع الجزائري رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، فإذا تزوج مسلم مع كتابية ووقع الطلاق وكانت الحضانة لها فيجب عليها أن تربّي الأبناء على دين أبيهم وهو الإسلا م[2] ، وهذا نلمسه في قرار المجلس الأعلى رقم 19287 الصادر بتاريخ1979/04/10" لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمِدَت تَمْسِيحَ الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة شهادات على التمسيح في الملف، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم ينصفه المجلس على ذلك لهذا استوجب النقض[3]، مع ذلك فإنّ استخدام المشرع الجزائري في المادة 62 ق أج مصطلح "..على دين أبيه" فضفاض إذ كان الأولى استخدام على دين الإسلام، لاحتمال أن لا يكون الأب مسلما.

واشترط المشرع الجزائري عدم تزوج الحاضنة بأجنبي حيث جاء في المادة 66 ق أ ج أنه:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم... "[4]، وهذا يشمل الحاضنات النساء بما فيهم الأم، إلا أنّ صياغة النص غير دقيقة إذ كان يفترض إضافة " بغير قريب محرم

[1]– نذير عبد الكريم، **الحضانة في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، مج6، ع4، 2021، ص474.

[2]– عمار بعاكيه، أمال حبار، **الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، مج4، ع6، 2018، ص420.

[3]– قرار رقم 19287، المجلس الأعلى، بتاريخ 1979/04/16، ع2، 1981، ص 108.

[4]– قانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

للمحضون"، لأنّ النص بصياغته الحالية يفهم منه أنه قريب محرم للحاضنة وهذا ما لم يقل به حتى الفقه الإسلامي.

ونصت المادة 70 ق أ ج على أنه" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير محرم"[1]. وهو أيضا من بين شروط استحقاق الحضانة.

الملاحظ أنّ شروط الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري تتفق إلى حد كبير مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، خاصة فيما يخص شرط البلوغ والعقل والقدرة والأمانة وشرط عدم تزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، غير أن المشرع قد أغفل عن وجوب توحيد الدين بين الحاضن والمحضون وأنه لابد للطفل أن يتربى على الدين الإسلامي الحنيف.

[1]– عمار بعاكيه، أمال حبار، المرجع السابق، ص425.

المبحث الثاني: سقوط وانتهاء الحضانة

يترتب على إسناد الحضانة تحمل الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها، ويترتب على إخلال الحاضن بمسؤولياته إسقاط الحضانة عليه وإسنادها إلى غيره حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل، وحضانة الطفل من المعلوم أنها محددة بمدة تنتهي فيها، ومن أجل دراسة سقوط وانتهاء الحضانة قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين تطرقنا في المطلب الأول إلى سقوط الحضانة. ثم انتهاء الحضانة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سقــوط الحضــانة

بقي مراعيا مصلحة المحضون حتى بعد إسناد الحضانة المشرع الجزائري وذلك بإسقاطها إذا تعارضت مع مصلحته، ومن أجل توضيح مسقطات الحضانة قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين تطرقنا في الفرع الأول سقوط الحضانة بسبب عدم القدرة على رعاية المحضون ثم سقوط الحضانة للتنازل الضمني من الحاضن.

الفرع الأول: سقوط الحضانة بسبب عدم القدرة على رعاية المحضون

سنبين في هذا الفرع سقوط الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية، ثم بسبب السلوك المشين وذلك كما يلي:

أولا: سقوط الحضانة بسبب عجز الحاضن عن رعاية المحضون: اتفق الفقه الإسلامي على أن القدرة والعقل شرط من شروط الحضانة فلا تثبت الحضانة لمجنون ولا لعاجز[1]، فإذا فقد هذين الشرطين سقطت الحضانة، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1/67 ق أ ج أنّ الحضانة تسقط إن اختل أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج، ولتبقى

[1]– ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص279–282. وكذلك: الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص205. وكذلك: التسولي، المرجع السابق، ج1، ص647 –651. وكذلك: الشربيني، المرجع السابق، ج5، ص165. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص498.

الحضانة عند من أسندت إليه يجب أن يكون قادرا غير عاجز، لأن الحضانة مهمة صعبة[1]، وقد جاء في قرار المحكمة العليا" أن اسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[2].

ثانيا: سقوط الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن: اشترط الفقهاء الأمانة في الحاضن لاستحقاق الحضانة واعتبروا الفسق مانع من موانع الحضانة[3]، ونصت المادة67 ق أج على سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج ومن هذه الشروط السهر على حماية وحفظ الولد في أخلاقه، لهذا تسقط حضانة الفاسد في أخلاقه لأنه لا يمكنه حفظ المحضون في أخلاقه وحمايته ففاقد الشيء لا يعطيه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم171684 بتاريخ 1997/09/30" من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين– في قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق أ ج، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا في ما يخص حضانة الأولاد"[4].

الفرع الثاني: سقوط الحضانة للتنازل الضمني من الحاضن

أحيانا قد يتخذ مستحق الحضانة سلوكاً يُفهم منه تنازله عن الحضانة، وبذلك نكون بصدد تنازل ضمني، ويظهر ذلك في عدة مظاهر نجملها كالآتي:

---

[1]– سناء عماري، المرجع السابق، ص109.

[2]–قرار رقم265727، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع2، 2004، ص432.

[3]– ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص279–282. وكذلك: الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص205. وكذلك: التسولي، المرجع السابق، ج1، ص647–651. وكذلك: الشربيني، المرجع السابق، ج5، ص165. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص498.

[4]– قرار رقم 171684، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/09/30، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، 2001، ص169.

أولا: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون: اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا تزوجت بغير قريب محرم للمحضون[1]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 66 ق أ ج ع " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"[2].

فكل زوجة وقع طلاقها بحكم قضائي وأُسندت لها حضانة الأولاد، يسقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها مع شخص ليس محرما للمحضون[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 693936 بتاريخ 2012/09/13 "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضّر بمصلحة المحضون، مصلحة المحضون الواجب على القاضي مراعاتها، تنصب على التنازل عن الحضانة فقط"[4].

ثانيا: سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها: اعتبر المالكية سكوت صاحب الحق في الحضانة دون عذر في حالتين[5]:

***الحالة الأولى:** أن يحكم فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا لم يكن عارفاً بحقه وسكت فإن حقه هذا لا يسقط مهما طالت مدة سكوته.

***الحالة الثانية:** أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك، فلا يبطل حقه فيها بالسكوت.

---

[1]– الحصكفي، **الدار المختار**، تحقيق : عبد المنعم خليل إبراهيم ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1423ه، ص256. كذلك: المجاجي، المرجع السابق، ج2، ص148. كذلك: الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص641. كذلك: المرداوي، المرجع السابق، ج9، ص424.

[2]– قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[3]– مروة بن شويخ، **مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، ع3، 2017، ص157.

[4]– قرار رقم693936، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2012/09/13، المجلة القضائية، ع1، 2013، ص253.

[5]– الدردير، **أقرب المسالك**، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ص529.

وبالنسبة للمشرع الجزائري جاء في المادة 68 ق أ ج "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[1].

ثالثا: انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد آخر: ذهب الحنفية إلى أنه إن أرادت المطلقة الخروج بولدها من المصر إلى مصر آخر وبينهما تفاوت بحيث لا يمكنه أن يُبصر ولده ثم يرجع في نهاره فليس لها ذلك، لما فيه من الإضرار بالأب لعجزه عن مطالعة ولده[2]، أما المالكية فقالوا ليس للأب أن يسافر بولده الصغير إلاّ أن يكون خروج انتقال لأن كونه مع أبيه مصلحة مؤبدة، ومع أمه مصلحة مؤقتة فتزول بزوال مدة الحضانة المستحقة له، والأولى مراعاة النظر إلى حال الولد ومصلحته في إقامته مع أحد والديه[3]، ويرى الشافعية أنه إذا أراد أحد الوالدين سفر حاجة كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود لما في السفر من خطر وضرر، أما إذا كان سفر نقلة فالأب أولى سواء انتقل الأب أو الأم احتياطاً لنسب فإنه يتحفظ بالآباء[4]، وذهب الحنابلة إلى أن أحد الأبوين إذا أراد السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة لأن المسافر بالولد إضرار، وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل[5].

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 69 ق أ ج أنه إذا أراد الشخص الذي صدر لصالحه حكم الحضانة أن يستوطن ببلد أجنبي خارج الجزائر فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع الحاضنة[6]، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري ذهب مذهب المالكية في مراعاة النظر إلى حال الولد ومصلحته في إقامته مع أحد

---

[1]– قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[2]- الغنيمي، **اللباب الحنفي**، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، ج3، ص104.

[3]– البغدادي، **التلقين في الفقه المالكي**، تحقيق :محمد ثالث سعيد الغاني ،مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، مكة المكرمة، دط، دت، ج1، ص351.

[4]–ابن قاضي شبهة، **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، دار المنهاج، السعودية،ط1 ،1432هـ ص436.

[5]– ابن قدامه، المرجع السابق، ج10، ص124.

[6]– مروة بن شويخ، المرجع السابق، ص170.

والديه، كما أن المشرع تطرق إلى السفر للاستيطان خارج التراب الوطني في المادة 69 ق اج وأغفل مسألة السفر للاستيطان داخل التراب الوطني إذ قد يُحرم صاحب الزيارة في ممارسة هذا الحق بسبب بعد المسافة، ويفهم من نص المادة أيضا أنه إن سافر لحاجة فترة مؤقتة لا يسقط حقه في الحضانة حتى وإن كان خارج الوطن، مما قد يضر بمن له حق الزيارة.

وقد قضت المحكمة العليا في القرار رقم 273526 بتاريخ 2001/12/26 بأنّه" تسقط الحضانة بسبب المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الولد في الجزائر"[1].

رابعا: سكن الحاضن بالمحضون مع من سقطت حضانته: نصت المادة 70 ق أج على سقوط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بالمحضون مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، كان يفترض صياغة المادة "..إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم له"، وإسقاط الحضانة عنهما منطقي لأنه بذلك يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لأنه تحت سمعها وبصرها، ولا يكون لإسقاط الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم للمحضون معنى.

ويعتبر المذهب المالكي من الآخذين بهذا السبب جاء في أقرب المسالك للدردير "ويزيد للأنثى عدم سكناها مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت بغير قريب محرم للمحضون إلا أذا انفردت بالسكن عنها"[2].

الفرع الثالث: سقوط الحضانة بالتنازل الصريح

التنازل الصريح عكس التنازل الضمني، ويأخذ هذا النوع من التنازل إحدى الصورتين إما تنازل بالإرادة المنفردة لمستحق الحضانة أو بالاتفاق، وسيتم تناول ذلك كما يلي:

أولاً: سقوط الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن: على اعتبار أن الحضانة حق للمحضون فإن الحاضن لا يستطيع التنازل عليها لغيره وهو رواية عن مالك وبعض فقهاء

[1]– قرار رقم 273526، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، ع1، 2004، ص262.

[2]– الدردير، المرجع السابق، ص597.

الحنفية والشافعية والحنابلة[1]، وعلى اعتبار أن الحضانة حق للحاضن فإن له الحق في التنازل عنها ولا يُجبر عليها وهو رواية عن مالك وبعض فقهاء الحنفية[2].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 66 ق أ ج أنه: "يسقط حق الحضانة...، وبالتنازل

ما لم يضر بمصلحة المحضون"[3]، مما يعني أن من أسندت له الحضانة وأثناء فترة قيامها إذا قدم الحاضن أو الحاضنة للقاضي أو لشخص آخر من أصاحب الحق في الحضانة تنازله عن حقه فيها فإنه حتماً يسقط حقه فيها بحكم القانون[4]؛ لكنّ المشرع الجزائري قيد سقوط الحضانة بالتنازل عنها بأن لا يضر بمصلحة المحضون فمتى أضرت بمصلحته لا تسقط.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 282153 بتاريخ 2002/02/13 "تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[5]، وكذلك في القرار رقم 693936 بتاريخ 2012/09/13 "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم بالتنازل، مالم يضر بمصلحة المحضون، مصلحة المحضون الواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة فقط"[6].

ثانيا: التنازل الاتفاقي: ويكون كما يلي:

1-اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة: ولا يهم أن يكون الحاضن هنا الأم أو غيرها من الحواضن الآخرين، وكل ما في الأمر أن لا يكون التنازل وذلك الاتفاق متعارضين

---

[1]- الكليبولي، المرجع السابق، ج2، ص166. وكذلك: المجاجي، المرجع السابق، ج2، ص145. وكذلك: الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص640. وكذلك: ابن قدامة، المرجع السابق، ج24، ص455.

[2]- الكليبولي، المرجع السابق، ج2، ص166. وكذلك: المجاجي، المرجع السابق، ج2، ص145.

[3]- قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[4]- ربيحة إلغات، **الحضانة بين أحكام التشريع الاسلامي وقانون الأسرة**، حوليات، جامعة الجزائر، مج 2، ع27، 2015، ص54.

[5]- قرار رقم 282153، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع1، ص282.

[6]- قرار رقم 693936، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/09/13، المجلة القضائية، ع1، ص282.

مع مصلحة المحضون وإلا قضى ببطلانه[1]، هذا ما سارت عليه المحكمة العليا وذلك بمقتضى قرارها الصادر في 9 جويلية 1996 والذي جاءت فيه أنه: "متى حصل اتفاق بين الطرفين (الأم والأب)، فإن القاضي يُصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه"[2].

2-التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي: قد يكون التنازل عن الحضانة عن إرادة، كما يمكن أن يكون صفقة بين الزوجين لتحصل الزوجة على الطلاق دون أية مصاعب وهنا يكون التنازل اضطرارياً ولم يكن بإرادتها الحرة، فالزوج استغل رغبة الزوجة في الانفصال ليجبرها على التنازل عن حضانة الأطفال بدافع الاتفاق المنعقد بينهما والقائم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المادة 106 ق م ج[3].

وقد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 37789 بتاريخ 1985/12/30 " حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه ودراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 21 نوفمبر 1976 كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه وصرف حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها. وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه هذا من جهة، وحيث من جهة أخرى أن الولد عبد الكريم الذي تركته أمه سنة 1976 وهو يعيش مع أبيه طيلة هذه المدة دون أن تطالب أمه بحقها في حضانته أصبح في حاجة إلى رعاية أبيه ومراقبته أكثر من أمه التي لا يعرف لها مقر ثابت. وحيث أن قضاة الاستئناف لما ألغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك ابنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ

---

[1]- زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص478.

[2]- قرار رقم 138949، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية، ع2، 1996، ص77.

[3]- سناء عماري، المرجع السابق، ص 121.

القانوني العقد شريعة المتعاقدين وأسسوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم للنقض[1]".

3-التنازل عن الحضانة كبدل الخلع: المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذه المسألة في باب الحضانة، ومع ذلك إذ يمكن استخراج حكمها من فصل الطلاق وبالتحديد من المادة 2/54ق أج التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخالع نفسها بمقابل مالي"، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال لارتباطها بالأمور الشخصية وبالتالي لا يمكن التنازل كمقابل للخلع لأن الخلع مقابله مالي .

المطلب الثاني: انتهاء الحضانة

الحضانة شرعت لحماية المحضون لأنه لا يستطيع القيام بشؤونه، فإن استغنى على خدمات الحاضن لم يعد للحضانة معنى وبذلك تنتهي، لكن المسألة تكمن في متى يستغني المحضون عن غيره ويستقل بشؤون نفسه حتى يمكن تحديد انتهاء الحضانة، هذا ما سيتم تناوله في فرعين انتهاء الحضانة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وانتهاء الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: انتهاء الحضانة في الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية إلى أن حضانة الغلام حتى يأكل ويشرب ويلبس وحده كما ذُكر في ظاهر الرواية، وذكر عن محمد ويتوضّأ وحده، وذكر الخصّاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك، وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية، وقال الرازي مدة حضانتها بتسع سنين على المعني به فقد روى هشام عن محمد أن الصغيرة تدفع إلى أبيها إذا بلغت حد الشهوة أبو ليث في "الوجيز" بتسع سنين[2].

---

[1]- قرار رقم 37789، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1985/12/30، غير منشور، نقلا عن: العربي بلحاج، **مبادئ الإجتهاد القضائي**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2000، ص123.

[2]- الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص 213.

وذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام حتى يحتلم وقيل حتى يتغير وللجارية حتى تتزوج ويدخل بها زوجها[1]، وجاء في المدونة قلت: كم يُترك الغلام في حضانة الأم في قول مالك؟ قال مالك: حتى يحتلم ثم ذهب حيث شاء، قلت: فإن احتاج إلى الأب أن يؤدب ابنه قال: قال مالك: يؤدبه بالنهار ويبعثه إلى الكتّاب وينقلب الى أمه بالليل في حضانتها....قلت: والجارية حتى متى تكون الأم أولى بها إذا فارقها زوجها أو مات عنها؟ قال: قال مالك: حتى تبلغ النكاح ويخاف عليها فإذا بلغت النكاح وخيف عليها ينظر فإن كانت أمها في حرز ومتعة وتحصين كانت أحق بها حتى تنكح[2].

أما الشافعية فذهبوا إلى أنه إذا افترق الزوجان وللزوجة ولد بالغ رشيد فله أن ينفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة، وإن كانت جارية كره لها أن تنفرد لأنها إذا انفردت لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها، وإن كان لهما ولد مجنون أو غير مميز وهو الذي له دون سبع سنين وجبت حضانته لأنه إن تُركت حضانته ضاع وهلك[3]، فالولد المميز الذي يبلغ سبع سنين تنتهي حضانته أما أقل من سبع سنين وجبت حضانته.

وذهب الحنابلة إلى أن الولد إذا كان بالغاً رشيداً فلا حضانة عليه والخيرة إليه في الإقامة عند من شاء منهما، وإن أراد الانفراد وهو رجل فله ذلك بأنه مستغني عن الحضانة، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما، وإن كانت جارية فلأبيها منعها من الانفراد لأنه لا يؤمن عليها دخول المفسدين[4].

---

[1]– المجّاجي، المرجع السابق، ج2، ص 145.

[2]– مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994، ج2، ص258.

[3]– الشيرازي، المرجع السابق، ج4، ص639.

[4]– ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص247.

وذهب الظاهرية إلى أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغ المحيض أو الاحتلام أو الإثبات مع التمييز[1]، معناه أن حضانة الولد حتى الاحتلام والابنة الصغيرة حتى تبلغ المحيض.

الفرع الثاني: انتهاء الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 65 ق أج أنه:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[2].

فحسب نص المادة حضانة الذكر تنتهي ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وهو 19سنة وفقاً للمادة 7 ق أ ج، ويمكن للقاضي تمديد الحضانة للذكر إلى 16 سنة إذا لم تتزوج الأم ثانية، ويكون تمديدها للأم دون غيرها من الحواضن، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 0842551 بتاريخ 2015/01/15" يكون تمديد الحضانة طبقاً للقانون للأم الحاضنة دون غيرها من النساء من لهن الحق في الحضانة"[3].

ووفقا المادة 65 ق أ ج يكون حق التخاصم على حضانة الأولاد قبل بلوغ السن المحددة، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون ومن ثم ليس للحواضن التمسك بحقهم فيها لعدم جدواها لاستقلالية الولد بشؤونه وعدم حاجاته إلى حاضنة وهذا كأصل عام[4]، وإن كان الطفل مجنونا أو معتوها أو مريضا يعجز عن القيام بشؤونه دون مساعدة الغير له لا تنتهي بالنسبة

---

[1]– ابن حزم، **المحلى بالآثار**، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ، 2003، ج10، ص143.

[2]– قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[3]– قرار رقم 0842551، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2015/01/15، المجلة القضائية، ع1، 2015، ص231.

[4]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص52.

له، وهذا ما قضى به المجلس بتاريخ 1989/03/03 بقوله" حيث أن الشهادة الطبية تثبت بأن البنت مريضة مرضًا مزمناً وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط"[1].

ونص المشرع الجزائري على إمكانية تمديد الحضانة إلى سن التمييز أي 16 سنة بالنسبة للذكر وذلك بطلب الأم الحاضنة، وفي كل الأحوال تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/01/04 " تقتضي حضانة البنت بقوة القانون بلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"[2]، وفي قرار آخر للمحكمة رقم 59156 بتاريخ 1990/03/19 "من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني"[3].

المشرع الجزائري لم يبين مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة وبالعودة إلى المادة 222 ق أ ج التي تُحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجدها تركت الاختيار له في البقاء مع حاضنته أو الالتحاق بأبيه[4]، غير أنه في حالة أدى تغيير الوسط الذي يعيش فيه إلى اختلال توازنه الأدبي والعاطفي، أو إلى إدخال شيء من الاضطراب على تعليمه، كما أنه غالبا ما يتزوج الأب بعد الطلاق، بينما الأم كثيرا ما تقصر حياتها على تربية أطفالها، فإن كانت الأم كذلك فإنه من العسير حرمانها من حق الحضانة بعلة أن الأطفال بلغوا سناً معين[5]، وهناك مسألة أخرى وهي انتهاء حضانة الذكر وهي في أبعد الآجال ببلوغه 16سنة فيكون لا يزال قاصرا، وما يُثير إشكالا عمليا عند انتهاء الحضانة ورفضه الذهاب مع أبيه، حيث يصعب

---

[1]– قرار رقم 54353، بتاريخ 1989/07/03، المجلة قضائية، 1992، ع1، ص45.

[2]– قرار رقم 347914، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية، ع1، 2006، ص449.

[3]– قرار رقم 59156، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/03/19، المجلة القضائية، ع2، ص76

[4]– سعاد يوبي، المرجع السابق، ص42.

[5]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص 54.

على الأم رفع دعاوى باسمه للمطالبة بنفقته كونها لم تعد حاضنة وليس لها الصفة الإجرائية للتقاضي نيابة عنه لأن هذه الصفة لا تثبت إلا للممثل الشرعي للطفل وهو وليه والأم بعد انقضاء الحضانة عنها تسقط ولايتها عن الطفل وأنه لا يمكن للطفل القاصر (16سنة على الأكثر)ممارسة أي دعوى بنفسه حتى بلوغه سن الرشد(19 سنة كاملة)[1].

[1]– حدة مبدوعة، **ضوابط رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأسرة وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري**، أطروحة دكتوراه، تخصص الحقوق والأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020 /2021، ص252، 253.

الفصل الثاني:

مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

تمهيد:

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أن تسند الحضانة لمستحقيها على الترتيب المبين فيها ومع ذلك ينبغي على القاضي مراعاة مصلحة المحضون، مما يجعلنا نفهم أنّ مصلحة المحضون مقدمة على ترتيب المستحقين للحضانة، فهذا الترتيب ليس من النظام العام وليس ملزما، وتعد مصلحة المحضون الضابط الذي يستند إليه القضاة في أحكامهم وقراراتهم المتعلقة بالحضانة، وقد منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية الواسعة في هذا المجال فهو الذي يتولى تحديد أو تقدير مصلحة المحضون باعتباره الضابط الرئيسي عند اسناد الحضانة، ومادامت قاعدة مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي في حكمه بإسناد الحضانة فإنه ينبغي بيان المراد بمصلحة المحضون من خلال تعريفها وبيان خصائصها، والمعايير والوسائل التي يمكن للقاضي اللجوء إليها لتقدير هذه المصلحة، ثم التطرق إلى الحالات التي استخدم فيها القاضي سلطته التقديرية في إسناد الحضانة وفيما إذا كان قد أخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وهذا من خلال التركيز بشكل أكبر على الاجتهادات القضائية، وبناء عليه تم تقسيم هذا الفصل إلى الآتي:

المبحث الأول: مفهوم مصلحة المحضون ومعايير ووسائل تقدير القاضي لها

المبحث الثاني: حالات تقدير القاضي لمصلحة المحضون عند اسناد الحضانة

المبحث الأول: مفهوم مصلحة المحضون ومعايير ووسائل تقدير القاضي لها

خص المشرع الطفل المحضون بعناية مميزة، فكلف القاضي بالقيام بالإجراءات الإيجابية اللازمة لحمايته والسهر على حقوقه المادية والمعنوية والتربوية، وهذا من خلال منحه السلطة التقديرية في إسناد الحضانة وفقا لما تتطلبه مصلحة المحضون، فللقاضي السلطة في اختيار الأصلح للمحضون انطلاقا من معايير ووسائل تمكنه من اتخاذ ما يراه أنه يحقق مصلحة المحضون، لذلك سيتم تناول مفهوم مصلحة المحضون في المطلب الأول، ومعايير ووسائل تقدير مصلحة المحضون في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون

نص المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بمسائل إسناد الحضانة على مراعاة قاعدة مصلحة المحضون، وعليه سنتطرق إلى تعريف مصلحة المحضون أولاً ثم خصائص هذه المصلحة ثانياً.

الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف المصلحة، ثم إلى تعريف المحضون وذلك كما يلي:

أولا: تعريف مصلحة[1]المحضون في الفقه الإسلامي: عرفها أبو حامد الغزالي بأنها:" عبارة جلب منفعة ودفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الشرع وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوّت هذه الأصول،

[1]– **تعريف المصلحة لغة:** من الصّلَاحُ: ضِدُّ الفَسادِ، كَالصُّلُوحِ وهو صِلحٌ بالكسر، وصالحٌ وصَليحٌ، وأَصْلَحَهُ: ضِّد أفسدهُ، وإليه: أَحْسَنَ والصُّلحُ بالضم: السِّلْمُ. والمصلحة واحدة المصالحِ. واسْتَصْلَحَ: نَقِيضُ اسْتَفْسَدَ. الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص292.

فهومفسدة"[1]، وعرفها الطوفي بأنها:" السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع، كتجارة المؤدية إلى الربح ذلك وبحسب العرف والشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة"[2]، والمراد بها عند الرازي:" اللذة تحصيلا أو إبقاء، فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها بدفع المضرة وأسبابها"[3].

وعرفها البوطي:" المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها، والمنفعة هي اللّذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه"[4].

فالمصلحة عند أبي حامد والبوطي تتمثل في حفظ الكليات الخمس لمقاصد الشريعة الإسلامية وهي أمور واضحة يمكن إدراكها عمليا، أما عند الطوفي والرازي فتقاس بالنفع والربح المتحصل عليه وفقا للشرع والعادة.

أما عن المراد بالمحضون فقد ذهب الحنفية إلى أنه الصغير، أما عند المالكية فهو الولد، وذهب الشافعية إلى أنه من لا يشتغل بأمور نفسه كطفل وكبير مجنون، فمفهوم المحضون والحضانة عندهم أوسع من المذاهب الأخرى، بينما ذهب الحنابلة إلى أن المحضون هو الطفل[5].

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف المصلحة، لكنه أشار إليها في المواد المتعلقة بالحضانة سواء في إسناد

---

[1]– أبو حامد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، دن، دم، دط، دت، ج1، 313.

[2]– نجم الدين الطوفي، **التعيين في شرح الأربعين**، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، بيروت، مؤسسة الريان، ط1، 1998، ص 239.

[3]– الرازي، **المحصول**، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 3، 1997، ج2، ص21

[4]– رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، دم، دط، دت، ص24.

[5]– الكاساني، المرجع السابق،ج5، ص203. وكذلك: التسولي، المرجع السابق، ج1، ص644. وكذلك: الشربيني، المرجع السابق، ج5، ص191. وكذلك: المرداوي، المرجع السابق، ج24، ص955.

الحضانة لأصحاب الحق فيها المادة 64 ق أ ج أو انقضاء الحضانة وتمديدها المادة 65 ق أ ج، أو سقوط الحضانة المواد 66، 67، 68، 69 ق أ ج.

أما المحضون حسب المادة 62 ق أ ج[1]هو الولد الذي بلغ 10سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ سن الزواج بالنسبة للأنثى، الملاحظ أنَّ المشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه المالكية في أنَّ المحضون هو الولد.

ثالثا : تعريف مصلحة المحضون في القانون الدولي: الاتفاقيات الدولية بدورها نصت على ضرورة مراعاة مصلحة الطفل بصفة عامة والمحضون بصفة خاصة، لكنها اصطلحت على تسميتها" المصلحة الفضلى للطفل" التي تصب في مصلحة المحضون حيث اكتفت المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل 1989 بالتأكيد على ضرورة إيلاء الاعتبار الأول للمصلحة الفضلى للطفل في كل ما يتخذ بشأنه من إجراءات، حيث نصت المادة 1/3 من الاتفاقية أنه:" في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى"[2].

كما ورد تعبير مصلحة الطفل الفضلى في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 5 منها التي جاء فيها:" ...الاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات"[3].

---

[1]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[2]– اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها25/44المؤرخ في 20نوفمبر1989، وبدأ نفذها في2سبتمبر1990بموجب المادة49 منها، صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 92–416 المؤرخ في 24جمادى الثانية عام 1413هـ الموافق19ديسمبر1992مع التصريحات التفسيرية، ج رج ج،ع91، س29، الأربعاء 28جمادى الثانية عام 1413هـ الموافق 23ديسمبر 1992.

[3]– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/ 180المؤرخ في 18ديسمبر1979، تاريخ بدء النفاذ 3سبتمبر1981، صادقت عليها الجزائر

وكان مبدأ "مصلحة الطفل الفضلى" قد أثير للمرة الأولى في إعلان حقوق الإنسان لعام 1948، الذي نص على أنه:" يجب أن يتمتع الطفل بحماية خاصة بالتشريع وغيره من الوسائل، والفرص والتسهيلات اللازمة لإتاحة نموه الجسمي والعقلي والخلقي والروحي والاجتماعي نموا طبيعيا سليما، في جو من الحرية والكرامة وتكون مصلحته العليا، محل الاعتبار الأول"[1].

الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون

بعد تعريف مصلحة المحضون سيتم بيان خصائصها كما يلي:

أولا: قاعدة مصلحة المحضون مرنة وغير ثابتة: بما أن المشرع لم يعط تعريفا يضبطها وهذا فتح المجال لأن ينظر كل قاض لهذه القاعدة وفق قناعته الشخصية، ونظرته للتربية وهو ما سيسهل حتماً عمل القضاة فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع حرية تقدير ظروف كل طفل على حدة، وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم فمثلاً حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية[2].

كما تعتبر مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة، فما كان يصلح للطفل في وقت معين لا يصلح له في زمان آخر، فهي قاعدة متغيرة تتأقلم مع المتغيرات الزمانية والمكانية[3]، فمثلا إذا أسند القاضي الحضانة للأم مصلحة للمحضون ثم تزوجت الأم بغير قريب محرم، فالحضانة تسقط عنها تحقيقا لمصلحة المحضون ويتم إسناد الحضانة لمن تتحقق فيه مصلحة المحضون، إذن هنا تبين أنَّها قاعدة متغيرة بتغير الظروف.

=بالمرسوم الرئاسي رقم96-51المؤرخ في 2رمضان عام 1416هالموافق 22يناير 1996يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر ج ج، ع6، س33، الأربعاء 4رمضان عام1416هـ الموافق 24 يناير1996.

[1]- اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10ديسمبر 1948، وصادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11ديسمبر 1963.

[2]- محمد بجاق، المرجع السابق، ص190، 191.

[3]- نبيل ونوغي، **مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، بريكة، الجزائر، مج5، ع2، ص76.

ثانيا: قاعدة مصلحة المحضون موضوعية: تعتبر قاعدة مصلحة المحضون مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة مع التعليل الواضح لذلك، لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلاً للنقض لضعف التسبيب، فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها يعتمد أساساً على مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل للقاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث[1].

ثالثا: قاعدة مصلحة المحضون خاصة بكل محضون على حده: إنَّ قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حدة وعلى هذا ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة الى طفل في السادسة أو السابعة من العمر[2]، بمعنى أن قاعدة مصلحة المحضون ليست عامة تطبق على جميع المحضونين بل هي تخص كل محضون على حسب حالته ومصلحته التي يقدرها القاضي.

المطلب الثاني: معايير ووسائل تقدير مصلحة المحضون

للقاضي معايير ووسائل منها يستطيع تكوين قناعة تامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة، ولتحديد معايير ووسائل تقدير مصلحة المحضون قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين تناولنا معايير تقدير مصلحة المحضون في الفرع الأول ووسائل تقدير مصلحة المحضون في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معايير تقدير مصلحة المحضون

سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى المعايير التي يمكن أن يعتمدها القاضي وتساعده في تقدير مصلحة المحضون المتمثلة فيما يلي:

---

[1]– جمال غريسي، المرجع السابق، ص504، 505.

[2]– نبيل ونوغي، المرجع السابق، ص75.

أولا: المعيار المعنوي: أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي الروحي الذي يشكل حجر الزاوية لتلك المصلحة، بل ويؤكده المتخصصون في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلاَّ أن يصغوا إلى علماء النفس[1]، فالحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما والأم على الخصوص لابديل لهما فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء على توفيرهما للطفل خاصة في حياته الأولى، فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى، ترك هذا الحرمان آثار سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي[2]، وهذا السبب جعل المشرع في ترتيب الحواضن الأولوية للأم كون الأم هي أساس تربية وتعليم وإمداد العاطفة التي يحتاجها الطفل.

وتكمن أهمية هذا المعيار في درء المخاطر عن المجتمع ككل، فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه[3]، ولهذا يعتمد القاضي عند إسناد الحضانة أو إسقاطها على مصلحة المحضون مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية من يحضنه في جو يسوده الأمن المعنوي من خلال القيام بالواجبات التي تعود بالفائدة على الطفل المحضون[4].

ثانيا: المعيار المادي: للرعاية المادية أهمية وتأثير كبيرين في تنشئة المحضون، وفي تحسين رعايته وتوفير حاجياته الضرورية من مأكل وملبس، لذا فإنّ المشرع الجزائري أقر هذا الأساس في قانون الأسرة عن طريق المادة 75:" 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 عاجزًا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[5]، ولم يترك المشرع

---

[1]– سناء عماري، المرجع السابق، ص303.

[2]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص105.

[3]– المرجع نفسه، ص106.

[4]– جمال غريسي، المرجع السابق، ص506.

[5]– أمر رقم 05 –02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

الجزائري هذا الأساس دون تبيان تفاصيل ومشتملات النفقة ووضحها في مادته 78 ق أ ج بنصه "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن والأجرة وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[1] .

وهذا ما قضى به القرار رقم 372292 بتاريخ 2006/11/15" يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون، الثابت بشهادة طبية"[2]، وجاء في القرار رقم 179126 بتاريخ 1998/02/17 " من المقرر قانوناً أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب. ومتى ثبت –في قضية الحال– أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون"[3].

وقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة 78 ق أ ج السكن من مشتملات النفقة فلم يترك المحضون بعد الطلاق بدون مأوى يترعرع فيه ويجب أن يكون السكن ملائما للحضانة وإن تعذر على الأب توفير سكن فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن هذا ما نص عليه المشرع في المادة 72 ق أج، وجاء في القرار رقم 1476011 بتاريخ 2022/01/05" يخضع تقدير ملاءمة السكن المخصص لممارسة الحضانة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[4]، ما يدل على أنه يجب أن يكون السكن ملائم لممارسة الحضانة.

وقضى القرار رقم 189260 بتاريخ 1998/04/21 أنّه:" من المقرر قانونا أنَّ أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد، ومن ثم فإن قضاة المجلس كما قضوا بالحكم

---

[1]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[2]– قرار رقم 372292، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، المجلة القضائية، ع1، 2007، ص493.

[3]– قرار رقم179126، **المحكمة العليا**، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/02/17، ع خاص، 2001، ص 1992.

[4]– قرار رقم 1476011، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ2022/01/05، ع1، 2022، ص 57.

ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أنَّ أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من ق أ. ج طبقوا صحيح القانون"[1].

الفرع الثاني: وسائل تقدير القاضي لمصلحة المحضون

هناك سبل ووسائل يمكن أن يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته بشكل تام وبصفة دقيقة فيما يخص تحديد مصلحة المحضون وتتمثل في:

أولا: الخبرة: الخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبث في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي فيها الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو إثبات وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في المستقبل القريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية أما المسائل القانونية فتبقى من اختصاص القاضي وحده[2].

وسلطة القاضي وضّحها المشرع من خلال المادة 126 ق إم إ التي جاء فيها أنّه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[3]، أي أنّه يمكن للقاضي أن يلجأ إلى اختصاصيين لدراسة حالة المحضون الصحية أو نفسية.

وإن علاقة الاختصاصي الاجتماعي أو النفساني بمحاكم الأسرة هي علاقة مكملة ومساندة للقاضي، فدورهما هو تقديم للقاضي من خلال التحقيقات والمقابلات والزيارات مع المحيطين بالأسرة، تقرير يستنير به القاضي في حكمه وهو غير ملزم له ويبقى خاضعا لسلطته التقديرية[4]، وفي قرار للمحكمة العليا رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18 جاء فيه أنّه:" من

---

[1]– قرار رقم 189260، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/04/21، ع خاص،2001، ص213.

[2]– جمال غريسي، المرجع السابق، ص513.

[3]– قانون رقم 22–13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع 48، المؤرخة في 18 ذو الحجة عام 1443هـ الموافق 17 يوليو 2022.

[4]– سميرة قدوش، المرجع السابق، ص361.

المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنَّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإنَّ قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا رقم 650014 بتاريخ 2011/10/13 جاء فيه أنّ:" القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون"[2].

فالقاضي له السلطة الواسعة في الأخذ بالخبرة التي يقدمها الاختصاصيين، كما أنه غير ملزم باللجوء إلى هذه الخبرة لتقدير مصلحة المحضون.

ثانيا: المعاينة: إذا وجد القاضي أن الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب لحل النزاع أمكنه اللجوء إلى المعاينة الميدانية، بانتقال القاضي إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون ليساعده ذلك في تقدير مصلحة المحضون في إسناد الحضانة لمن يستحقها[3]، وقد نصت المادة 146 ق إج إ بأنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"[4]. فباطلاع القاضي على الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون مثل: ضيق المسكن أو اتساعه، وحالة الحي الذي يعيش فيه، والمسافة بين السكن ومدرسة

---

[1]– قرار رقم 153640، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.

[2]– قرار رقم 650014، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/10/13، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2012، ص313.

[3]– جمال غريسي، المرجع السابق ، ص513 .

[4]– قانون رقم 22–13، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

المحضون...الخ، فإنّه يأخذها في الحسبان عند تقريره لإسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون[1].

ثالثا: التحقيق: يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، من أجل جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات التي من خلالها يمكنه ترجيح رأيه وهذا عملاً بأحكام المادة 459 ق إم إ التي جاء فيها:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين"[2]، فإذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه مصلحة فعلاً له حكم له به، أما إذا رأى انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول[3].

رابعا: سماع الشهود: بالرجوع إلى أحكام المادة 150 ق إم إ نجدها تقرّ بجواز سماع الشهود بنصها:" يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية"[4]، والمادة 454 ق إ م إ التي تنص على أنه:" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه، سماع القاصر مالم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي"[5].

الملاحظ أن للقاضي اللجوء إلى كل الوسائل التي يمكن أن تفيده في الوصول إلى الحكم الصائب في تقرير مصلحة المحضون.

---

[1]– محمد بجاق، المرجع السابق، ص191.

[2]– قانون رقم 22–13، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

[3]– نبيل ونوغي، المرجع السابق، ص78.

[4]– قانون رقم 22–13، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

[5]– قانون رقم 22–13، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

المبحث الثاني: حالات تقدير القاضي لمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

أعطى المشرع الجزائري لمصلحة المحضون أهمية كبيرة وجعل تقدير مصلحة المحضون عند فك الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة، ومن أجل الوقوف على حالات تقدير القاضي لمصلحة المحضون في إسناد الحضانة قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين تطرقنا في المطلب الأول إلى تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين وتمديد الحضانة ثم تطرقنا في المطلب الثاني إلى تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه وعند تنازله عنها.

المطلب الأول: تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين وتمديد الحضانة

يحرص القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لمستحقيها وعند تمديدها لمن أسندت إليه الأصلح والأفضل للمحضون، وعليه سنتناول في هذا المطلب تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين في الفرع الأول وتقدير مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين

سنتطرق في هذا الفرع إلى مراعاة مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين وذلك من خلال التطرق إلى سلطة القاضي في التقيد بالترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج، وسلطة القاضي في الخروج عن الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج وذلك كما يلي:

أولا: سلطة القاضي في التقيد بالترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج: إنّ مصلحة المحضون هي الأساس الذي يتحكم في ترتيب الحاضنين وكثيراً ما يرى القاضي تحقيقاً للأصلح والأفضل للمحضون التقيد بالترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج وفقا للقرار رقم 179471 بتاريخ 1998/03/17 من المقرر قانونا أنه:" لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص

عليه في المادة 64 ق أ ج إلاَّ إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة ولما ثبت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ولا يمكن انتقال الحضانة من حاضن أسبق في الترتيب إلى حاضن آخر إلاَّ إذا ثبت أن مصلحة المحضون لا تحقق بذلك، أمّا إذا كانت مصلحة المحضون مع الحاضن الأسبق فالقاضي يسند الحضانة له، هذا ما قضت به المحكمة في قرار لها رقم 0870634 بتاريخ 2015/06/11 "لا تنتقل الحضانة بعد وفاة الأم من الحاضن القانوني وهو الأب إلى الجدة إلاّ بموجب حكم قضائي وبعد أن يثبت أنّ الأب غير أهل للحضانة"[2]، ويستجيب القاضي بما له من سلطة تقديرية تصب في تكريس مبدأ مصلحة المحضون الذي يجعل الأم دون غيرها بقدرة عاطفية على تولي الحضانة من حيث الحنان والعطف وهي محددات ينبغي مراعاتها، ولا طائل من سماع المحضون ما دامت مصلحته تقتضي بقاءه مع الأم صاحبة الأولوية[3]، وفقا للقرار" إنّ سماع الأولاد المحضونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد، لأن الشرع

[1]– قرار رقم 179471، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، ص 172، نقلا عن: بالعربي الحاج، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3،2007، ص355،356.

[2]– قرار رقم 0870634، 2015/06/11، فهرس رقم 15/00822، نقلا عن: صديق تواتي، **قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا**، د م، د ط، د ت، ج1، ص494.

[3]– عادل عيساوي، **السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي**، حوليات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، مج 34، ع4، 2020، ص 169، 170.

يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية، كما أنه ليس هناك ما يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[1].

والأم هي صاحبة الأحقية في الحضانة باعتبارها صاحبة المرتبة الأولى في ترتيب الحاضنين، وبالتالي وتحقيقا لمصلحة المحضون فإن الحضانة لا تتجزأ بينها وبين الأب الذي يليها في المرتبة وهذا ما قضت به المحكمة في قرار لها رقم 275990 بتاريخ 2002/07/31 " وحيث أنه من المقرر شرعاً أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق للمحضون من جهة أخرى، لذلك لا تجزأ بين الأبوين كما يراعي فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفيما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ولما كان ذلك قضاء بالقرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب، لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب شائعة ما دام مخالفا لأحكام المادة 64 ق أ ج وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين نقض القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن"[2].

قضت المحكمة في القرار رقم 26997 بتاريخ 1982/02/22 " من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يجوز تجزئة الحضانة بدون أي مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الخمسة هم صغار السن وضعهم لأمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، وبحسبه فإن الوجه غير صحيح"[3].

ثانيا: سلطة القاضي في الخروج عن الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج: يبحث القاضي عن الحاضن الذي تتحقق معه مصلحة المحضون حتى وإن لم يتقيد بالترتيب الوارد

---

[1]– **المحكمة العليا**، غرفة القانون الخاص، 1970/10/21، نشرة القضاة، ع1، 1972، ص58، نقلاً عن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص348.

[2]– قرار رقم 275990، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/31، المجلة القضائية، ع3، 2003، ص301.

[3]– قرار رقم 26997، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية،1982/02/22، نشرة القضاة، 1982، ص277، نقلا عن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص350.

في المادة 64 ق أ ج[1]، لأن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام[2]، والقاضي يتوخى مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم613469 بتاريخ 2011/03/10 "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[4].

مما يعني أنَّ مصلحة المحضون من شأنها تغيير ترتيب الحاضنين، حيث يمكن للقاضي أن يمنح حق الحضانة للأب وهو في الرتبة الثانية إذا كان في ذلك مصلحة المحضون، وهذا ما يؤكده القرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان ثابتا – في قضة الحال–أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[5].

ولا يمكن منح حق الحضانة للأم رغم أولويتها في ترتيب الحاضنين إذا ثبت سوء خلقها، حيث اشترطت المادة 2/62 ق أ ج[6] أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بمهمة تنشئة الولد تنشئة صحيحة وصيانة خلقه بحيث ينشأ على الأخلاق الإسلامية الفاضلة[7]، وقد جاء في القرار رقم 53578 بتاريخ 1989/05/22" من المقرر فقهاً وقانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه

---

[1]– رشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص257.

[2]– جمال غريسي، المرجع السابق، ص 507.

[3]– رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 257.

[4]– قرار رقم 613469، **المحكمة العليا**، غرفة الأسرة والمواريث، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا،ع1،2012،ص285.

[5]– قرار رقم 153640، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، الأحوال الشخصية، 1997/02/28، المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.

[6]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[7]– العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، دم، دط، 2013، ص139.

والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وتشدد المادة 67 ق أج[2] على وجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال وتركز عليه كثيراً، ومنحت المادة 69 ق أ ج[3] القاضي سلطة إسناد حضانة الطفل إذا أراد أحد الموكول لهم هذا الحق أن يرحل إلى بلد أجنبي ويستوطن فيه مع مراعاة مصلحة الطفل المحضون بعد التثبت من الظروف المتعلقة بالأمر[4] وفقا للقرار رقم 59013 بتاريخ1990/02/19" من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما حصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

الفرع الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة

تنص المادة 65 ق أ ج[6] على أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر تنقضي وتنتهي ببلوغه سن العاشرة من عمره، وبالنسبة للأنثى تنتهي ببلوغها سن أهلية الزواج القانوني الذي هو تسعة عشر سنة، مع ملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة، وتبين أنه مازال يحتاج إلى رعاية

[1]– قرار رقم 53578، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/05/22، المجلة القضائية، ع4، 1991، ص99.

[2]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[3]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[4]– العربي بختي، المرجع السابق، ص140.

[5]– قرار رقم 59013، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/02/19، المجلة القضائية، ع4، 1991، ص116.

[6]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

حاضنته إذا كانت أماً ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل العريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة بناء على طلب الحاضنة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون[1].

حيث جاء في القرار رقم 52221 بتاريخ 1989/03/13" من المقرر شرعًا وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف –في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 65 من ق ج أ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[2]، وفي قرار آخر للمحكمة العليا رقم 59156 بتاريخ 1990/03/19 قضت" من المقرر قانونًا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدمًا للأساس القانوني"[3].

المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه وعند تنازله عنها

تعتبر عملية إسناد الحضانة عملية نسبية وتنتقل إلى الغير وفق معايير معينة، وينبغي في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون ومن أجل شرح ذلك بأكثر تفصيل قمنا بتقسيم

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص141.

[2]– قرار رقم 52221، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، المجلة القضائية، ع1، 1993، ص48.

[3]– قرار رقم 59156، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية،1990/03/19، المجلة القضائية، ع2، 1991، ص76.

المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه وتقدير مصلحة المحضون عند التنازل عن الحضانة لمن أسندت إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه

إن إسقاط الحضانة يكون في حالة تعارض سبب الاسقاط مع مصلحة المحضون، فالقاضي عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون، فوفقا للقرار رقم 50270 بتاريخ 1988/11/07" من المقرر شرعًا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلاّ لأسباب جدية ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقًا صحيحا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1]، وجاء في قرار آخر" من المقرر شرعا أنه لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعًا ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة إلى أبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر، و فضلاً عن ذلك أنّ عدم تسليم الولد المحضون في مثل هذه الحالة جنحة ربما أدت إلى عقاب جائر لا إلى سقوط الحق في الحضانة، وعليه فإن مجلس الجزائر قضى على ذلك الوجه لم يبرر حكمه تبريرا قانونيا مما يترتب عنه النقض والإلغاء"[2].

كما لا يمكن إسقاط الحضانة عن الأم على أساس أنها لم تطالب بها طبقا لأحكام المادة 68 ق أ ج[3] دون مراعاة مصلحة المحضون، فقد جاء في القرار رقم 222655 بتاريخ 1999/05/18" من المقرر قانونًا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة

[1]– قرار رقم 50270، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/07، المجلة القضائية، ع3، 1991، ص48.

[2]– **المحكمة العليا**، غرفة القانون الخاص، 1969/05/14، نشرة القضاة، 1970، أكتوبر– ديسمبر، ص48.

[3]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

مصلحة المحضون، ومتى تبين – في قضية الحال– أنّ الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن للممارسة الحضانة، وبعد مماطلة المطعون ضده(الأب) في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية، فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من ق أج وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد، وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإن بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعين نقض القرار المطعون فيه"[1].

غير أنه يمكن إسقاط الحضانة عن الأم إذا لم تطالب بها وكان ذلك أفضل للمحضون فقد جاء في القرار رقم 134951 بتاريخ1996/05/21" من المقرر قانونا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون، ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بهما إلاّ في سنة 1993 أي بعد خمس سنوات فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون"[2].

كما أنّ إهمال الحاضنة لشؤون الصغير وتركه ضائعًا في الشوارع أو إهماله لدراسته يجعلها غير آمنة ويسقط حقها في الحضانة[3]، فوفقا للقرار" إن الحضانة حق وواجب في آن واحد، وبالأخص واجب للقيام بنفقة الأولاد المحضونين وصيانتهم، وتتعرض الأم التي تهمل أولادها بدون عذر إلى سقوط حقها في حضانتهم، وعليه فقد أجاد تطبيق القانون قاضي الموضوع الذي بعد الاطلاع على الوثائق المقدمة ونتائج البحث أثبت أن الأم أهملت أولادها

[1]– قرار رقم 222655، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، 1999/05/18، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، 2001، ص185.

[2]– قرار رقم 134951، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/05/21، المجلة القضائية، ع2، 1997، ص86.

[3]– صديق تواتي، المرجع السابق، ص471.

مند وفاة أبيهم، وأن الأولاد لازموا جدتهم لأب التي قامت بنفقتهم وتعليمهم واستنبط من ذلك فائدة إبقاء الأولاد عند تلك الجدة"[1].

وتنص المادة 71 ق أج أنّه:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير اختياري"[2]، فيتعين على القاضي التفريق بين سبب سقوط الحضانة لاضطراري كالمرض أو العجز المؤقت أو الاضطرار للإقامة في الخارج، وبين سبب سقوطها الاختياري أي الإرادي كسوء السلوك أو إهمال المحضون، فإنه بزوال السبب الاضطراري يعود الحق في الحضانة أما في السبب الاختياري فلا تعود الحضانة بعد زواله[3].

وهنا يجب تكييف إقدام الحاضنة على الزواج المسقط لحقها في الحضانة فإن قلنا أنه اختياري فإن حقها لا يعود في الحضانة، أما إذا كُيف على أنه اضطراري فإن حق الحضانة يعود بزوال السبب، وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أنه كيّف هذا الزواج بأنه اضطراري لأن سببه إمّا احتياج، أو ضغط الأهل، أو ضغط المجتمع، أو أن الحاضنة خشيت على نفسها الفتنة، وبالتالي فإنه بانحلال العلاقة الزوجية يزول المانع وهو الزواج ويعود إليها حق الحضانة فوفقا للقرار رقم 201336 بتاريخ 1998/05/21" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير اختياري – ومتى تبين في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من ق أ ج قد طبقوا صحيح القانون"[4]، وفي قرار آخر للمحكمة العليا رقم 252308 بتاريخ2000/11/21 قضت" إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب

---

[1]– **المحكمة العليا**، الغرفة المدنية، مجموعة أحكام وزارة العدل، ج1، ص82/ النشرة النسوية، 1968، ص136، نقلا عن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص369.

[2]– أمر رقم 05–02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[3]– صديق تواتي، المرجع السابق، ص478.

[4]– المرجع نفسه، ص477.

السقوط، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم، رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أ يعد مخالفًا للقانون وقصور في التسبيب"[1].

الفرع الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند التنازل عن الحضانة لمن أسندت إليه

ضبط المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين فجعل الأم هي الأولى بحضانة ابنها ويمكنها التنازل عنها لغيرها ما لم يضر بمصلحة المحضون، وهو ما ذهبت إليه المادة 66 ق أ ج[2]، وللقاضي وحفاظا على مصلحة المحضون أن يرفض التنازل إذا لم يوجد من يتولى الحضانة فوفقا للقرار 51894 بتاريخ 1988/12/19" من المقرر شرعًا وقانونًا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها التنازل وله القدرة على حضانتهم- فإن ووجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها- ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"[3].

ولا يعتد بالتنازل إذا كان المحضون بحاجة إلى أمه أكثر من أي حاضن آخر كون رعاية الأم تختلف عن أي رعاية لشفقتها وإحساسها بولدها، وهذا ما قضت به المحكمة في القرار رقم 54353 بتاريخ 1989/07/03" ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها، رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضًا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من

---

[1]- قرار رقم 252308، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/11/21، المجلة القضائية، ع2، 2001، ص284.

[2]- أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

[3]- قرار رقم 51894، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية، ع4، 1990، ص70.

رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وفي قرار آخر للمحكمة رقم 189234 بتاريخ 1998/04/21" من المقرر قانونًا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون"[2].

وللقاضي السلطة التقديرية في إعادة الحضانة لمن تنازل عنها مراعاة لمصلحة المحضون، فإذا تراجعت الأم الحاضنة عن التنازل وطالبت بها، فإنه يمكن إعادة إسنادها لها إن كان في ذلك مصلحة للمحضون، وهذا ما قضت به المحكمة في قرار لها رقم 220470 بتاريخ 1990/04/20" من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 ق أ وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3]، وفي قرار آخر رقم 257741 بتاريخ 2001/05/23

[1]– قرار رقم 54353، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1980/07/03، المجلة القضائية، ع1، 1992، ص45.

[2]- قرار رقم 189234، **المحكمة العليا**، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1998/04/21، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص175.نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص367.

[3]– قرار رقم220470، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، 2001، ص181.

قضت" إنّ رفض القضاة لطلب التراجع عن الحضانة بعد التنازل عنها دون مراعاة مصلحة المحضون يعد خطأ في تطبيق القانون"[1].

وللقاضي أيضا السلطة التقديرية في رفض طلب استعادة الحضانة بعد التنازل عنها كجزاء على الإهمال والتفريط في هذا الواجب وهذا ما قضت به المحكمة في قرار لها رقم 53340 بتاريخ1989/03/27" من المقرر فقها وقانونًا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها لا ويقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية"[2].

[1]– قرار رقم 257741، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/05/23، المجلة القضائية، ع1، 2003، ص363.

[2]– قرار رقم 53340، **المحكمة العليا**، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، المجلة القضائية، ع3، 1991، ص85.

خاتمة

خاتمة: إسناد الحضانة يقوم على قاعدة محورية وهي مصلحة المحضون، ويتضح ذلك في تكرارها في المواد المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة، وإن كان المشرع لم يضبط بدقة مصطلح مصلحة المحضون، وترك أمر تقديره للقاضي وهي تختلف من محضون لآخر، وقد خلصنا من خلال البحث إلى جملة من النتائج والاقتراحات التي نلخصها فيما يلي:

1-النـــتـــائج

- الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري هي آلية المقصد منها حماية المحضون الذي لا يمكنه أن يعتني بشؤون نفسه، وقد حرص المشرع على تنظيمها.

- ترتيب المشرع الجزائري لمستحقي الحضانة يختلف عن الفقه الإسلامي والذي يبدوا أن ترتيب هذا الأخير اجتهاد وليس أمرا توقيفيا، عدا الأم التي تم تقديمها على سائر الحاضنين بأحاديث نبوية، وما أضافه المشرع الجزائري هو نصه على إمكانية خروج القاضي عن الترتيب عملا بمصلحة المحضون، وهو ما يؤكده الاجتهاد القضائي، كما أنه ساوى بين الأم والأب في استحقاق الحضانة.

- المادة 64 ق أ ج التي تتحدث عن أصحاب الحق في الحضانة جاءت مختصرة خاصة عندما نصت " على الاقربون درجة" فالمشرع لم يحدد ولم يوضح من هم.

- نص المشرع على إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال اختلال أحد الشروط الواجب توافرها أو الإخلال بالواجبات وتسليم المحضون إلى من هو أهل لذلك، وما يلاحظ أن من أسباب إسقاط الحضانة عن الأم زواجها بغير محرم للمحضون وهذه المادة تستدعي إعادة النظر من طرف المشرع.

- حدد المشرع الجزائر على غرار الفقه الإسلامي مدة للحضانة، والتي يعتقد فيها أن المحضون استغنى عن غيره في القيام بشؤونه، ومددها للذكر وحصر التمديد للأم دون غيرها حتى ولو كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك وهذا فراغ يجب معالجته.

– مدار الحضانة مراعاة مصلحة المحضون فحيثما وجدت تلك المصلحة وجب على القاضي مراعاتها عند إسناده الحضانة، ويعتمد القاضي على معايير وكذلك وسائل لتحديد هذه المصلحة.

– الملاحظ من خلال الاجتهاد القضائي أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في إسناد الحضانة، ويظهر ذلك في عدة حالات وهي عند الأخذ بترتيب الحاضنين إذ مكنه من التزام الترتيب أو الخروج عليه، وكذلك عند إسقاط الحضانة عمن أسندت له، وعند إعادتها في حال تنازل عنها من أسندت.

2– الاقتراحات

– إعادة صياغة نص المادة 64 ق أ ج التي تتحدث عن أصحاب الحق في الحضانة وذلك بإعطاء الأولوية للأقربون من النساء لأنهم الأكثر صبرًا وتحملًا لأعباء الحضانة

– إعادة صياغة نص المادة 62 ق أ ج ورفع اللبس الوارد فيها بضرورة تحديد وحصر الشروط اللازم توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلًا لإسناد الحضانة، مثلما فعل الفقه الإسلامي.

– يجب منح حق طلب تمديد الحضانة للأم وغيرها من الحواضن إذا كان ذلك فيه مصلحة المحضون.

– النص على عدم إسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها بقريب غير محرم للمحضون، إذا ثبت أن الطفل بحاجة إليها، وذلك من خلال وضع استثناءات على نص المادة 66 ق أ ج.

الـفهـارس

أولا: قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش

أولا: كتب الحديث

❖ أبوداود(سليمان بن الأشعث ابن اسحاق)، سنن أبي داوود، تحقيق:أبي تراب عادل بن محمد، دار التأصيل، بيروت، لبنان، ط1، 1436هـ، 2010، ج3.

ثانيا: كتب الفقه الإسلامي على المذاهب

- **كتب الحنفية:**

❖ ابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم بن محمد)، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ،1997، ج4.

❖ الحصكفي (محمد علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان)، الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1423.

❖ الغنيمي (عبد الغني)، اللباب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، ج3.

❖ الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود)،تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2002، ج5.

❖ الكليبولي (عبد الرحمان بن محمد بن سليمان)، مجمع الأنهر، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان،ط1، 1419هـ، 1998، ج2.

❖ النَّسفيَّ (عبد الله بن أحمد النفسي)، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ، 2011.

- **كتب المالكية:**

❖ البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب)، التلقين، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، مكة المكرمة، دط، دت، ج1.

❖ التسولي (أبو الحسن بن عبد السلام)،تحقيق: محمد عبد القادر شاهين ، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1998.

❖ الدردير(أحمد بن محمد بن أحمد)، أقرب المسالك، دار المعرفة ، بيروت ، دط، دت.

❖ ابن أنس الأصبحي (مالك)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994، ج2.

❖ المجَّاجي(محمد سكحال)، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1431هـ، 2010، ج2.

- **كتب الشافعية**

❖ الأسدي (بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر) ، بداية المحتاج، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني ، دار المنهاج، السعودية، ط1432،1هـ،2011.

❖ الشرْبيني(شمس الدين محمد بن محمد الخطيب)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط ، 1421هـ، 2000، ج5.

❖ الشيرازي (أبو اسحاق)، المهذب في فقه الامام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، سوريا، ط1، 1417هـ، 1996، ج4.

- **كتب الحنابلة**

❖ ابن قدامه (عبد الله بن أحمد بن محمد) ، الشرح الكبير، تحقيق :محمود عبد الوهاب فايد، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلام، د م، ط1، 1416هـ، 1996، ج24.

❖ البهوتي(منصور بن يونس بن ادريس)، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، 1403هـ، 1983، ج5.

❖ المَرْداوِيّ(علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر للطباعة للنشر والتوزيع والاعلان، د م، ط 1، 1416هـ، 1996، ج24.

- **كتب الظاهرية**

❖ ابن حزم(أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ، 2003م، ج10.

ثالثا: كتب الأصول ومقاصد الشريعة الإسلامية

❖ الغزالي (أبو حامد)، المستصفى من علم الأصول، دن، دم، دط، دت، ج1.

❖ البوطي (رمضان)، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دم، دط، دت.

❖ الرازي (محمد عمر)، **المحصول**، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة ،بيروت، ط 3، 1997، ج 2.

❖ الطوفي (نجم الدين)، التعيين في شرح الأربعين، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، مؤسسة الريان ، بيروت، ط1، 1998.

رابعا: كتب المعاجم

❖ ابن فارس(أبو الحسن أحمد)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د م، د ط، 1399ه، 1979، ج2.

❖ الفيروز أبادي(مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،ط8،1426ه ،2005.

خامسا: الاتفاقيات والمواثيق الدولية

❖ الإعلان العالمي لحقوق الانسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10ديسمبر 1948.

❖ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/ 180المؤرخ في 18ديسمبر 1979،تاريخ بدء النفاذ 3سبتمبر 1981.

❖ اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 44/ 25المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، وبدأ نفاذها في2 سبتمبر 1990 بموجب المادة 49 منها.

سادسا: النصوص القانونية والأوامر

❖ قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، ع 24،المؤرخة في 12رمضان عام 1404ه الموافق 12يونيو 1984.

❖ أمر رقم 05-02 المؤرخ في18محرم1426ه الموافق27 فبراير2005، ج رج ج،ع15، المؤرخة في 18محرم 1426ه الموافق 27 فبراير 2005.

❖ قانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع 48، مؤرخة في18 ذو الحجة عام 1443ه الموافق 17 يوليو 2022.

❖ المرسوم الرئاسي رقم96-51المؤرخ في 2 رمضان عام 1416ه الموافق 22 يناير1996 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء

على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر ج ج ،ع6، س33، الأربعاء 4 رمضان عام1416هـ الموافق 24 يناير 1996.

❖ المرسوم الرئاسي رقم 92-416 المؤرخ في 24جمادى الثانية عام 1413هـ الموافق 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل، ج رج ج، ع91، س29، الأربعاء 28 جمادى الثانية عام 1413هـ الموافق 23 ديسمبر 1992.

سابعا: كتب القانون

❖ الجندى (أحمد نصر)، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، دط، 2004.

❖ بن شويخ (رشيد)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.

❖ تواتي (صديق)، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، دم، دط، دت، ج1.

❖ سعد (عبد العزيز)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه لجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط،2007.

❖ بختي (العربي)، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دم، دط، 2013.

❖ بلحاج (العربي)، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، دم، ط2، 2007.

ثامنا: أبحاث ومقالات العلمية

❖ بن داود (حنان)، بن عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث في دراسات القانونية والسياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، مج4، ع2، 2019.

❖ إلغات(ربيحة)، الحضانة بين أحكام التشريع الاسلامي وقانون الأسرة، حوليات، ع27، 2015.

❖ عيساوي(عادل)، السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي، حوليات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، مج 34، ع4، 2020.

❖ بجاق(محمد)، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسات القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، مج11، ع17، 2014.

❖ بن شويخ (مروة)، مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، ع3، 2017.

❖ ونوغي(نبيل)، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، بريكة، الجزائر، مج5، ع2.

❖ عبد الكريم (نذير)، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، مج6، ع4، 2021.

تاسعا: الرسائل الجامعية

❖ مبدوعة (حدة)، ضوابط رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأسرة وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص الحقوق والأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020 /2021.

❖ حميدو (زكية)، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004.

❖ يوبي (سعاد)، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتورة، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان ،2019.

❖ عماري(سناء)، الآليات القانونية والقضائية لحماية مصلحة المحضون في ق أ ج، أطروحة الدكتورة، تخصص قانون الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2022.

عاشرا: القرارات القضائية

❖ قرار رقم 171684، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/09/30، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، 2001.

❖ قرار رقم 179471، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، ص 172، نقلا عن: بالعربي الحاج.

❖ قرار رقم179126، المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/02/17، ع خاص، 2001.

❖ قرار رقم220470، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خاص، 2001.

❖ المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/14، نشرة القضاة ،1970، أكتوبر– ديسمبر.

❖ قرار رقم 222655، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 199/05/18، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، 2001.

❖ قرار رقم 58220، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05، المجلة القضائية، ع3، 1993.

❖ قرار رقم 138949، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية، ع2، 1996.

❖ قرار رقم 153640، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية، ع1، 1997.

❖ قرار رقم 189260، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/04/21، ع خاص،2001.

❖ قرار رقم 54353، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1980/07/03، المجلة القضائية، ع1، 1992.

❖ قرار رقم 273526، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، ع1، 2004.

❖ قرار رقم 282153، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع1.

❖ قرار رقم265727، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع2، 2004.

❖ قرار رقم 372292، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، المجلة القضائية، ع1، 2007.

❖ قرار رقم 424292، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2008.

❖ قرار رقم 613469، المحكمة العليا، غرفة الأسرة والمواريث، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2012 .

❖ قرار رقم 650014، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/10/13، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2012.

❖ قرار رقم 0842551، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2015/01/15، المجلة القضائية، ع1، 2015.

❖ قرار رقم 1476011، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2022/01/05، ع1، 2022.

❖ قرار رقم 153640، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/02/28، المجلة القضائية، ع1، 1997.

❖ قرار رقم 19287، المجلس الأعلى، بتاريخ 1979/04/16، ع2، 1981.

❖ قرار رقم 26997، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1982/02/22، نشرة القضاة، 1982.

❖ قرار رقم 50270، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/07، المجلة القضائية، ع3،1991 .

❖ قرار رقم 52221، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، المجلة القضائية، ع1، 1993.

❖ قرار رقم 53340، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، المجلة القضائية، ع3، 19901.

❖ قرار رقم 53578، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/05/22، المجلة القضائية، ع4، 1991.

❖ قرار رقم 54353، بتاريخ 1989/07/03، مجلة قضائية، 1992، ع1.

❖ قرار رقم 59013، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1990/02/19، المجلة القضائية، ع4 ،1991.

❖ قرار رقم 59156، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/03/19، المجلة القضائية، ع2، 1991.

❖ قرار رقم 134951، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/05/21، المجلة القضائية، ع2، 1997.

❖ قراررقم201336، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1998/07/21، ع خ،2001.

❖ قرار رقم 252308، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/11/21، المجلة القضائية، ع2، 2001.

❖ قرار رقم 257741، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/05/23، المجلة القضائية، ع1، 2003.

❖ قرار رقم 275990، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/31، المجلة القضائية، ع3، 2003.

❖ قرار رقم581222، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2010/10/14، المحكمة العليا، ع1،2011.

❖ قرار رقم 0870634، 2015/06/11، فهرس رقم 15/00822

❖ قراررقم347914، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية، ع1، 2006.

❖ قرار رقم 51894، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية، ع4، 1990.

❖ قرار رقم 37789، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1985/12/30، غير منشور.

❖ قرار رقم 265722، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية، ع2، 2004.

❖ قرار رقم 54353، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1980/07/03، المجلة القضائية، ع1،1992.

❖ قرار رقم693936، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2012/09/13، المجلة القضائية، ع1، 2013.

ثـانيا:فهـرس المـوضـوعـات

صفحة

إهداء:.....

شكر وتقدير:.....

مقدمة 1-4

الفـــصل الأول: مـــــاهية الحـــضانة

تمهيد:.....6

المبحث الأول: مفهوم الحضانة 7

المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها 7

الفرع الأول: تعريف الحضانة 7

الفرع الثاني: حكم الحضانة 9

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة 12

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين 12

الفرع الثاني: شروط الحاضنين 14

المبحث الثاني: سقوط وانتهاء الحضانة.....19

المطلب الأول:سقـوط الحضــانة.....19

الفرع الأول:سقوط الحضانة بسبب عدم القدرة على رعايته.....19

الفرع الثاني: سقوط الحضانة للتنازل الضمني من الحاضن.....20

الفرع الثالث: سقوط الحضانة بالتنازل الصريح 23
المطلب الثاني: انتهاء الحضانة 26
الفرع الأول: انتهاء الحضانة في الفقه الإسلامي 26
الفرع الثاني: انتهاء الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 28

الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

تمهيد:.....32
المبحث الأول: مفهوم مصلحة المحضون ووسائل تقدير القاضي لها 33
المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون 33
الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون 33
الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون 36
المطلب الثاني: معايير ووسائل تقدير مصلحة المحضون 37
الفرع الأول: معايير تقدير مصلحة المحضون 37
الفرع الثاني: وسائل تقدير القاضي لمصلحة المحضون 40
المبحث الثاني: حالات تقدير القاضي لمصلحة المحضون عند سناد الحضانة 43
المطلب الأول: تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين وتمديد الحضانة.....43
الفرع الأول: تقدير مصلحة المحضون عند ترتيب الحاضنين 43
الفرع الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة.....47
المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه وعند تنازله عنها 48
الفرع الأول: تقدير مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة لمن أسندت إليه.....49

الفرع الثاني: تقدير مصلحة المحضون عند تنازل عن الحضانة لمن أسندت إليه 52

خاتمة 56

أولا:قائمة المصادر والمراجع 59

ثانيا:فهرس الموضوعات.....67

الملخص بالعربية.....

الملخص بالانجليزية.....

ملخص باللغة العربية

موضوع سلطة القاضي في إسناد الحضانة له أهميته النابعة من الفئة التي أراد الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري حمايتها، ومن الحضانة ذاتها فهي آلية لا غنى عنها في توفير حاجيات الصغير وتنشئته، وإن هدفنا من هذا البحث يكمن في تسليط الضوء على الممارسة العملية للقاضي عند إسناده الحضانة وموازنته بين تطبيق نصوص قانون الأسرة ومراعاة مصلحة المحضون التي جعلها المشرع الجزائر الأساس في إسناد الحضانة، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حالة غموض أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة تتعلق بالمحضون، واعتمدنا في ذلك على المنهج المقارن والوصفي.

وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج من أبرزها: أنّ مدار الحضانة مراعاة مصلحة المحضون فحيثما وجدت وجب على القاضي مراعاتها، سواء في ترتيب الحاضنين عند إسنادها أو عند إعادتها لمن أسقطت عنه أو لمن تنازل عنها، مع ذلك هناك بعض المسائل أغفلها المشرع رغم أهميتها منها؛ المتعلقة بتفصيل شروط الحضانة، وكذا عدم تحديده للأقربون درجة الوارد في المادة 64 ق أج، ومما نقترحه ضبط مصطلح مصلحة المحضون لأنه فضفاض ويخضع للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي، وإعادة صياغة المادة 64 ق أ ج بإعطاء الأولوية للأقربون من النساء لأنهن الأكثر صبرا وتحملا لأعباء الحضانة.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، السلطة التقديرية، القاضي، المحضون

الملخص باللغة الانجليزية

The issue of the judge's authority in assigning custody has its importance stemming from the category that Islamic jurisprudence and the Algerian legislator wanted to protect, and from custody itself, it is an indispensable mechanism in providing the needs of the child and his upbringing, and our goal from this research lies in highlighting the practical practice of the judge when assigning custody and balancing between the application of the provisions of the family law and taking into account the interest of the custodians, which the Algerian legislator has made the basis for assigning custody, and Comparative and descriptive approach.

We have come to a set of conclusions, the most prominent of which are: that the custody must take into account the interests of the custodians, wherever they exist, the judge must take them into account, whether in the order of the custodians when assigning it or when returning it to the one who dropped it or to the one who relinquished it, however, there are some issues overlooked by the legislator, despite their importance; related to the detail of the conditions of custody, as well as his failure to specify the degree of relatives contained in Article 64 S. A. C., and from what we propose to adjust the term of custody interest because it is loose and subject to the broad discretion of the judge, and reformulating Article 64 S. A. C by giving priority to the closest women because they are the most patient and bear the burdens of custody.

Keywords: Custody, Discretion, Judge, Custodians