جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون اسرة

إعداد الطالبتين :
كرابة حليمـــة
بن الذيب مليكة

مصلحة المحضون و سلطة القاضي في تقديـرها

لجنة المناقشة

حاحة عبد العالي	بروفيســور	جامعة بسكرة	رئيسا
لمعيني محمد	استاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
توفيق محمد شعيب	استاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2024 - 2025

الإهداء

الى كل من ساندنا و اعاننا و حثنا على اكمال مسارنا الدراسي.....

الى كل افراد عائلتنا فردا فردا .....

الى كل اساتذتنا .....

الى زملاءمنا في العمل و الدراسة .....

شـكر و عـرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي إليه لولاه.

و الصلاة و السلام على اشرف خلق الله سيدنا محمد عليه ازكي الصلاوات و التسليم

قبل كل الخلق ، نشكر الخالق مولانا عز و جلى على شتى نعمه من بينها نعمة بلوغنا اتمام هذا العمل المتواضع و تقديمه في هذا القالب "فالحمد لله" الذي تتم باسمه الصالحات .

نتقدم بجزيل الشكر و العرفان الى كل من ساهم في تقويم مضمون عملنا او تعديل عناصره قصد الرقي به الى درجة و مستوى الشهادة التي يكافؤها .

نتقدم بجزيل الشكر الى استاذنا المشرف : الدكتور لمعيني محمد الذي اشرف على انجاز هذا العمل بالرغم من كل مشاغله و ندرة وقته .

كما نتقدم بخالص التقدير و العرفان لكل الاساتذة الذين ساهموا في تأصيل و اثراء مكتسباتنا القانونية منذ بداية مساري الجامعي لغاية تخرجي بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة محمد خيضر بسكرة .

مقدمة :

يعد الطفل اللبنة الأولى المكونة للأسرة و المجتمع والدولة ككل ، لذا ركزت جل التشريعات بما فيها التشريع الجزائري من خلال قانون شؤون الأسرة على كل الجوانب المحيطة بهذا الأخير – المحضون – قصدا من المشرع لتحقيق الغاية المرجوة من ذلك ألا و هي حماية الطفل من شتى المخاطر ، النفسية منها و الاجتماعية ، و صيانته من مختلف أثار الطلاق و تبعاته ، و عدم تركه عرضة للتصادمات الوارد وقوعها بين طرفي العلاقة الزوجية ، كون أن موضوع الحضانة لا يمكن الحديث عنه إلا بعد وقوع مسألة فك الرابطة الزوجية و الانشقاق بين أبوي المحضون ، و مراعاة لمصالح هذه الفئة الحساسة من المجتمع ، حاول المشرع من خلال نصوصه القانونية مواكبة نصوص الشريعة الإسلامية و تكريس كل ما نصت عليه هذه الأخيرة – الشريعة الاسلامية – في محاولة منه لدرء الضرر عن المحضون و ضمان نشأته المستقرة و الآمنة حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية، وضمان حقوقه و حفظه و صيانته من شتى الاثار المترتبة عن الانحلال الاسري ، و ذلك من خلال التركيز على مسألة الحضانة و معالجة جل الاشكالات المتعلقة بها و التي تطرأ خلال فترة ممارسة الحضانة و البحث في كل ما هو انسب للمحضون ، بالاضافة للشروط الواجب توفرها في الحاضن و ما يجب ان يوفر من طرف هذا الاخير لممارسة حق الحضانة ، مع مراعاة حقوق الطرف الآخر –غير الحاضن– و ما يترتب له من حقوق و ما عليه من واجبات ، الى جانب حدود ممارسة الحضانة في اطار مراعاة مصلحة المحضون هذا من جهة و من جهة اخرى ، مسألة اسقاط الحضانة و الاسباب المؤدية لذلك و الاجراءات المتخذة في هذه الحالة لاعادة الاستقرار الى وضع المحضون من جديد .

و الجدير بالذكر أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة ، حيث فتحت المجال للقاضي و منحته السلطة التقديرية في مراعاة كل ما سبق ذكره و تقدير

الأنسب لمصلحة المحضون وفقا لما يسمح به القانون و بعد إتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في هذه الحالة و في ذات الصدد ، فتح المشرع الجزائري المجال الواسع للقاضي من اجل إعمال سلطته التقديرية و البحث و التحقيق في وضعية المحضون و ما يجب ان يتوفر له و تقدير ما هو انسب لمصلحته و تحديد الطرف الأولى بحضانته حسب الحل الوضعي الملائم له ، إلا أن هذه السلطة تتحدد و تتقيد في الحالات التي يتوفر فيها النص القانوني الصريح و المضبوط المتعلق بالتفاصيل الخطيرة و الدقيقة المرتبطة بمصلحة المحضون .

و باستقراء مختلف نصوص قانون الأسرة خاصة بمسألة الحضانة و مصلحة المحضون نجد أن المشرع الجزائري قد تبصر في ذلك قابلية القاضي للتقدير الأمثل لهذه المصلحة من خلال إعمال سلطته في إجراء البحث و التحقيق بنفسه خلال الجلسة أو بواسطة مساعدين للقضاء خارج الجلسة و الوصول إلى الحقيقة التي تساهم في اتخاذ القرار الأمثل المتعلق بالمحضون قبل تقرير مصير حضانته و مآلها ، كون ان القاضي يعد الأقدر من غيره في ذلك ، بحكم خبرته في البحث في وقائع النزاع و الوصول الى مسبباته و طرق فضه ، إذ له القدرة بهذا على معالجة قضايا الحضانة بكل دقة و موضوعية و أريحية مع مراعاة تطبيق الإجراءات و القانون الأنسب لمصلحة هذا الأخير – المحضون – مع العودة اليه في حال وقوع أي إشكال يتعلق بحضانته .

وفي اطار استغلال قضاة الموضوع لهذه السلطة و إعمالا لذات المبدأ فالباحث في مضمون الاحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية و المتعلقة بمسألة الحضانة يجد انها عبارة عن أحكام و قرارات اجتهادية بحت على مدار و مختلف أنواعها ، سواءا المتعلقة منها بإسناد الحضانة، أو إسقاطها أو الفصل فيما يترتب عنها من اثار قانونية ، و يظهر من خلالها مدى إعمال القضاة لهذا المبدأ و استغلالهم للسلطة التقديرية الممنوحة لهم على اكمل وجه و حسن تطبيقها لصالح المحضون ، وبالتالي يتجلى من

خلالها دور القاضي في تقدير هذه المصلحة و تغليبه لمصلحة الطفل المحضون على طرفي الرابطة الزوجية المنفكة و بعيدا عن أسبابها و دواعيها .

أهمية الموضوع :

يكتسي موضوع دراستنا اهميتين بالغتين الاولى نظرية و الثانية عملية نوجزهما فيما يلي :

الأهمية النظرية: تكمن هذه الاولى في محاولة فهم الإطار القانوني للحماية التي خص بها المشرع الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائر ي ، و الاحاطة بالسلطات التقديرية التي سمح للقاضي باعمالها في سبيل تقدير مصلحة المحضون، حفظا منه لحقوقه و حرصا منه على رعايته و حفظ أمنه و استقراره حتى بعد الشقاق الأسري التي لا يد له فيه ، وهذا ما جعل من موضوع الحال يكتسي أهمية تستحق البحث و الاجتهاد للتعمق في شتى جوانبه، فبالرغم من كون أن المشرع منح للقاضي السلطات التقديرية لتطبيق كل النصوص القانونية التي تصب في مصلحة الطفل المحضون إلا انه قد تواجهه في بعض الأحيان بعض إشكالات التي تتعارض مع هذه المصلحة، و هو الأمر الذي لا بد للقاضي المختص معالجته و الفصل فيه

الأهمية العملية: تتجلى هذه الأخيرة من خلال البحث التطبيقي و العملي في ساحة الجهات القضائية عن ما هو معمول به حقا و ما يتعلق بمسألة تطبيق القاضي لسلطاته التقديرية و إعماله لصلاحياته في تقرير ما هو انسب للطفل المحضون ، و ما هو مضر له و إدراك الآليات القانونية التي تمكن المشرع من بسط رقابته على هذا الأخير – القاضي – و مراجعة مدى إعماله لما هو ممنوح له من سلطات ، و كيفية إعماله لها باعتبار أن للسلطة التقديرية قد تكون لها احيانا بعض الأثار السلبية ، كون القاعدة مرنة تمكن القاضي من التحكم فيها وفقا للمقتضيات المعيشية و الاجتماعية و هي امور ترجع لتقدير القاضي ، ما يستلزم البحث عن موقف القضاء بهذا الخصوص .

بالإضافة إلى التطرق لحالة غياب النص القانوني ، و مدى إمكانية لجوء القاضي للاعتماد على الحلول التي أشار إليها الفقه الإسلامي و الشريعة الإسلامية اللذان يعتبران مصدرا من مصادر قانون شؤون الأسرة بصفة خاصة .

إشكالية الموضوع :

كغيره من المواضيع القانونية ، يطرح موضوع الحضانة و مآلها و ما يترتب عنها من أثار ، إشكاليات قانونية عديدة اجتهد الفقهاء و الباحثون القانونيون في مناقشة جل النقاط المتعلقة بها ، في سبيل البحث عن حل قانوني متفق عليه ، ومراعاة منهم للغاية المرجوة من المشرع ألا و هي حفظ و صيانة حقوق و مصلحة المحضون في نهاية المطاف ، و كغيره من المواضيع يعالج موضوع دراستها الحالية احد الإشكاليات الرئيسية بالغة الأهمية التي تتعلق بأحد جوانب الحضانة و التي يمكن صياغتها في الطرح التالي:

مـــا مـــدى سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون ؟

الدراسات السابقة :

من اهم الدراسات التي كانت مرجعا و ركيزة لدراستنا نذكر ما يلي :

_ سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2014/2015.

_ بركات الربيع بعلي عز الدين، رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق، مذكرة ماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018.

_ حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004/2005.

_ مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة الجزائر، 2014/2015.

حيث تطرقت كل من الدراسات المذكورة اعلاه لمناقشة مسألة الحضانة بصفة شاملة مبدئيا ثم تناولت احد الجوانب المتعلقة بها بصفة مدققة و متخصصة اكثر في هذا الشأن ، و عمل اغلبها على إبراز مصلحة المحضون في الجانب الثانوي، دون التركيز على سلطة القاضي في ذلك من الناحية التطبيقية، وهذا ما دفعنا إلى القيام بهذه الدراسة.

صعوبات الدراسة

في سبيل انجازنا لهذه الدراسة تصادمت خطتنا بجملة من الصعوبات المتمثلة فيما يلي :

_ ندرة المراجع المتخصصة و التي لم تتطرق بشكل خاص لسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون ، ونقص البحوث العلمية التي تطرقت لمدى ما مُنح للقاضي من سلطات لازمة لممارسة مهامه ضمانا لمصلحة المحضون ، كون هذه الجزئية المتعلقة بمصلحة المحضون و التي يختص القاضي بتقديرها لا تتعلق بموضوع الحضانة في مجمله و هو ما دفعنا للتركيز على هذا الجانب .

_ عدم التوسع في الوضعيات القانونية النادرة الوقوع المتعلقة بمستحقي الحضانة و الاولى فيهم انذاك بالحضانة و الشروط الواجب توفرها فيهم خاصة و ان الموضوع بالغ الاهمية لمساسه بمصلحة المحضون.

منهج الدراسة المتبع

الجلي بالوضوع ان مقتضيات دراستنا تستدعي بالطبيعة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يتناسب مع الدراسات القانونية، كما استعنا بالمنهج التحليلي بالموازاة مع سابقه و الذي كان معتمد في تفسير المواد القانونية و الاجتهادات القضائية و ادراك الغاية من وراءها ، وتحليل مدى تطبيق القاضي لحدود السلطة التقديرية الممنوحة له ، واستعملنا في ذلك المنهج المقارن خاصة حين عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون 84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02.

خطة الدراسة :

في صدد معالجة الإشكالية الرئيسية محل الدراسة قمنا بصب الإجابة في قالب خطة ثنائية و ذلك بتقسيمها لفصلين أساسيين على النحو التالي :

في الفصل الاول تناولنا سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة اما الفصل الثاني ، فتطرقنا لسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسقاط الحضانة

الفصل الاول

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة

اهتمت الشريعة و المشرع الجزائري على حد سواء بمصلحة المحضون باعتباره اللبنة الاساسية المكونة للمجتمع و حرص المشرع بصفة خاصة على مراعاة شتى ظروف اسناد حضانة الطفل المحضون حال وقوع الشقاق بين طرفي العلاقة الزوجية اين رسخ جملة من النصوص القانونية التي تحقق هذه الرعاية بالاضافة لمنحه جملة من السلطات للقاضي المختص في تقدير مصلحة المحضون ، ولفهم قاعدة ""مصلحة المحضون"" لا بد لنا التطرق إلى عدة مفاهيم مهمة كتعريف الحضانة وتحديد خصائصها، وذلك إلى جانب تبيان المقصود بمصلحة المحضون ومعايير المعتمد عليها في تقديرها، باعتبار مصلحة المحضون أهم معيار في إسناد الحضانة الى جانب ضرورة معرفة الشروط الواجب توافرها في شخص الحاضن.

وهذا ما سيتم تناوله ضمن هذا الفصل، بحيث تم تقسيمه إلى مبحثين، نتطرق خلال المبحث الاول لمفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون ، أما في المبحث الثاني نتعرف على كيفية تقدير القاضي لمصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة.

المبحث الأول : مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون

من ابرز الآثار المترتبة عن فك و انحلال الرابطة الزوجية، هو تقرير مصير المحضون من خلال وضعه في حماية الطرف المتمكن ماديا و معنويا للاهتمام به والعناية بشؤونه، وبالتالي الحضانة تربية الولد منذ أول وجود سواء كان ذلك من الأم أو ممن يقوم مقامها.

وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نبين المقصود بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون في (المطلب الأول) ، بينما نتناول تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

قبل التعمق في موضوع مراعاة مصلحة المحضون ، لابد من القيام بتعريف الحضانة التي يثور النزاع حولها بعد الطلاق أي مصير الطفل بعد الطلاق.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها

باعتبار الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وهم زينة الدنيا، لقوله تعالى " المال والبنون زينة الحياة الدنيا".[1] فالحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن، وتتمثل في القيام بتلبية حاجيات المحضون، من إطعام ولباس و تنظيف لجسده، والحكمة منها هي القيام بشؤون المحضون لعجزه عن التكفل بمصالحه.

أولا_ تعريف الحضانة: للاحاطة بالمفهوم الشامل للحضانة كان لا بد من التطرق لمفهومها اللغوي ، ثم الشرعي ثم التعريف القانوني لها .

---

1 : سورة الكهف، الآية 46.

1_ تعريف الحضانة لغة : الحضن بالكسر: مادون الإبط إلى الكشح ، و حضن الصبي حضنا.

وحضانة بالكسر : جعله في حضنه أو رباه كاحتضانه و الطائر بيضه حضنا وحضانا وحضانة، بكسرهما، وحضونا: رخم عليه للتفريخ.[1]

2 _ تعريف الحضانة شرعا : عرف الفقهاء الحضانة بتعريفات متعددة وكلها قريبة من بعضها نجملها في الآتي : عرفها الحنفية بأنها : تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة. و عرفها الشافعية بتربية الصبي بما يصلحه كالتعهد بغسل جسده ، ثيابه ودهنه، وكحله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام ، و عرفها الحنابلة والإباضية: بحفظ الولد في نفسه ومؤنه و طعامه، ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسده.[2]

3 _تعريف الحضانة قانونا : عرفتها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".[3]

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أهدافها المتمثلة في:

- تعليم الولد ،
- تربيته على دين أبيه ،
- السهر على حمايته ،
- حماية الطفل من الناحية الخلقية ،
- حماية المحضون صحيا ،

---

1 : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 375.

2 : خالد داودي، الحضانة، ط1، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018، ص 14.

3 القانون رقم 84_11 المؤرخ في رمضان 1404هـ، الموافق ل : 25 فبراير 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 ، الصادر بتاريخ 27/02/2005.

محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عند قضاءها بالطلاق و فصلها في مسألة الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.[1]

ثانيا: خصائص الحضانة : الحضانة وضعية قانونية تتميز بجملة من الخصائص التي نجملها فيما يلي:

1_ الحضانة من النظام العام : الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب، فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها.

2_ الحضانة حق مشترك : تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بوجهين، الاول كون الحضانة حقا و الثاني كونها واجبا في نفس الوقت، فهي من الجهة حق للمحضون وحق للحاضن ، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن.

3_ الحضانة غير قابلة للتجزئة : إن المقصود بتجزئة الحضانة، هو أن يكون طلب الأم مقتصرا على الذكور فقط دون الإناث، أو مقتصرا على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سنا وتترك الآخرين .

4_ الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه : بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته، سواء بأجر أو تبرعا.[2]

---

1 : أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014/2015، ص9.

2 : صالح خيضر ، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل 2015/2016، ص12.

الفرع الثاني : معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

للاحاطة بالمعنى الشامل لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون وجب اولا التطرق لتعريف وخصائص قاعدة مصلحة المحضونا ، ثم شرح طبيعة مصلحة المحضون ، و اخيرا التعرف على معايير تقدير مصلحة المحضون.

أولا _ مفهوم وخصائص قاعدة مصلحة المحضون

سنتطرق بداية لتعريف مصلحة المحضون لغة واصطلاحا وقانونا ثم نتطرق لمعنى مراعاة مصلحة المحضون وفي الأخير سنتطرق إلى خصائصها.

1 _تعريف قاعدة مصلحة المحضون : للاحاطة بمضمون قاعدة مصلحة المحضون كان لابد من التطرق لتعريف المصلحة ثم تعريف مصلحة المحضون :

أ_تعريف المصلحة : التمكن من مفهوم هذا القاعدة يستدعي التطرق اولا للمفهوم اللغوي للمصلحة ثم المفهوم الاصطلاحي ، و اخيرا المفهوم القانوني لها .

أ_1_التعريف اللغوي للمصلحة المصلحة لغة من الصلاح، وهي مفردة مصالح وهي كالمنفعة، والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، فهي كل ما يبعث على الصلاح، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.[1]

أ_2_التعريف الاصطلاحي للمصلحة : هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم وأموالهم طبقا لترتيب معين فيما بينهما.

ومنزلة الحضانة تندرج تحت هذه المصالح الضرورية ولاسيما المتعلقة بحفظ النسل والنفس والدين.

لأن الغرض من الحضانة، هو تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويحميه عما يضره،

---

1 : مسعود جبران الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة 03 ، دار العلم للملايين ،بيروت، المجلد 02 ، 1978، ص 1389.

ولو كان كبيرا أو مجنونا أو معتوها .[1]

وعرفها الخوارزمي : أنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق، وقال الإمام الغزالي انها جلب المنفعة ودفع المضرة ، حتى ان الشاطبي فقد بسط تعريفها وذكر معناها في الدين قال: "و اعني بالمصالح ما يرجع إلى القيام بحياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية حتى يكون منعما على الإطلاق".[2]

أ_3_التعريف القانوني للمصلحة : لم يحدد قانون الأسرة الجزائري تعريفا واضحا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة، وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة، اغلبها ما تعلق بمادة الحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر ومثال ذلك المواد (6،64،65،66،67،69،84،89،90،96) من قانون الأسرة الجزائري، فحسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه : "من المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المواد 64 من قانون الأسرة الجزائري" لذا فإن مصلحة المحضون هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شانها شان القواعد الأخرى المنتمية للنظام العام، الآداب العامة، حسن النية وغيرها).

وعليه كان على المشرع أن يحدد أهم الملامح والعناصر الأساسية التي تقوم عليها مصلحة المحضون ، وما يمكن استنتاجه أن مصلحة المحضون قاعدة تتقمص كل

---

1 : سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر ، الوادي، 2014/2015، ص177.

2 : ساري نوري، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة 2013/2014، ص6.

الأشكال وتقترن بكل الأزمنة وتترجم بطريقة واضحة تطور قانون الأسرة الذي أصبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الاهتمام.[1]

ب_ تعريف مراعاة مصلحة المحضون : ان التمعن في نصوص قانون الأسرة يكشف أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة بالحياة، والحياة عبارة عن ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع و القضاء، واجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية " دار المفسدة مقدم على جلب المصلحة ".[2]

اين قضت المحكمة العليا انه "**من المقرر قانونا لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد اسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة، وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة اسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب أستاذ يجعله اقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب ، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا ، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض**".[3]

2_ خصائص قاعدة مصلحة المحضون : رغم عدم وضع المشرع الجزائري تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لضبطها إلا أن هناك مميزات وخصائص تنفرد بها وهي:

---

1 : صالح خيضر، مرجع سابق، ص 49.

2 : دغنوش انيس ميهوبي محمد العيد مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر ، 2020/2021، ص 41.

3 : انظر إلى الملف رقم 89672، القرار الصادر بتاريخ 23/02/1993، المحكمة العليا، عرفة أحوال الشخصية والمواريث، عدد خاص اجتهاد ،قضائي، 2001، ص166.

أ_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية : أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات و المحيط الذي يترعرع فيه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة للطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة و لا يمكنه أن يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه، بينما يستقل الطفل الأكبر سنا ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده.

ب_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية : أي أنها ليست قاعدة ثابتة بل هي قابلة للتغيير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان أخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة عن الحاضن من اجل مراعاة مصلحته.

في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان هما تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية و تحقيق الأمن و استقرار النفسي والعاطفي للطفل ، وهما العنصران اللذان احتكم إليهما قضاء المحكمة العليا بالجزائر من خلال القرار الصادر بتاريخ 18/02/1997 الذي جاء فيه : "**إن قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون**".

وفي قرار آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 2008/02/13 جاء فيه:" **إن قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء للجدة لأم دون تبيان معايير مصلحة المحضونين لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني**". [1]

---

1 : صالح خيضر، فارس دبه، المرجع سابق، ص50.

ثانيا_ طبيعة مصلحة المحضون :

لقد كان موضوع الطفل محل اعتبار وعناية الفقه والتشريع والقضاء، واجمع كلهم على اعتبار مصلحة الطفل والعمل بها وهذا ما تجسد على المستويين الخارجي لما عكسته اتفاقية حقوق الطفل من

حماية لهته الفئة، وعلى المستوى الداخلي وهذا لم يكتنف من أهمية حياة الأسرة والمجتمع وإذا كان الأمر هكذا بالنسبة للفقه، فان الأمر بالنسبة للتشريع الوطني لا يختلف عنه.

وان لم يعطي المشرع الجزائري في قانون الأسرة مفهوما للمصلحة ، إلا انه أدلى بها في عدة مواد، أما الاجتهاد القضائي ابقى على مفهوم مصلحة المحضون شغله الشاغل، إلا انه لابد من تكريسه على ارض الواقع، إعمالا لما جاءت به النصوص القانونية.

أما الشريعة الإسلامية فكانت هي السباقة في معالجة مصالح الناس وحماية الطفل و مراعاة مصالحه ، وفي ظل الفراغ التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري في تحديد المصلحة و المعايير الضابطة لها، لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا بإحالة المادة 22 من قانون الأسرة التي أحالتنا إحالة صريحة، فلما كان المحضون لصغر سنه لا يعرف مصلحته، كان من الواجب على الأولياء حمايته من كل ما من شانه أن يمس المصلحة ، ولكن قد تتعارض مصالح الآباء خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية، والتي يتقرر بموجبها بقاء الأولاد عند احدهم ويبقى للطرف الآخر حق الزيارة، فلابد أن يكون هناك طرف ثالث يعهد له تقدير مصلحة المحضون وهو القاضي، وهذا ما تتسم به من طبيعة مما تجعلها متغيرة.[1]

ثالثا_ معايير تقدير مصلحة المحضون :

إن عدم ورود تعريف شامل جامع ودقيق لمصلحة المحضون ، لم يحل دون اقتراح

---

1 : دغنوش أنيس ميهوبي محمد العيد، المرجع السابق، ص42.

بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقدير هذه الاخيرة ، والتي من شأنها ان تقربه من العدالة والموضوعية، ونجملها في ثلاث معايير أساسية.

1_ المعيار المعنوي الروحي : أول معيار يلجأ إليه القاضي لتقدير مصلحة المحضون ، ولا شك أن الفقه لا يعارض على هذا المعيار، بل يؤكده متبعا في ذلك المتخصصين في علم النفس، و على قضاة الموضوع أن يصغوا إلى علماء النفس لسد ثغرات سكوت القانون، ولهذا تستدعي طبيعة هذا النوع من الشؤون الاستعانة والاعتماد على النتائج الطبية، منها النفسية والعامة، لتوضيح أهمية العنصر النفسي والروحي في حياة الطفل.[1] فمن الأكيد أن الحنان والعطف اللذان يمدهما الوالدين لأبنائهما ، و الأم على الخصوص، لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية.

ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام، ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يرعاه ويعتني به ويحسن معاملته، ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[2]

2_ المعيار المادي : إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي، لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح ولأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهو ما يحتم دفع تكاليف لا بد منها.

المشرع الجزائري اقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغر سنه أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو

---

1 : حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004/2005، ص105.

2 : دغنوش أنيس، المرجع السابق، ص45.

بدنية.[1]

و نظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وذلك بتوفير الحاجات الضرورية له مما يجعله يعيش في اطمئنان واستقرار ، أقر المشرع الجزائري إنشاء صندوق النفقة وفقا للقانون 01/15 ، و إن كان لم يضع له النصوص التنظيمية بعد، بهدف حماية الحقوق الأساسية ليضمن له العيش الكريم، حتى يبلغ سن الرشد.[2]

3_ معيار الأمن و الصحة : يعتبر هذا المعيار هو الأخر من أهم المعايير التي ترتكز عليها تربية المحضون، بل مصلحة المحضون ، إذ أن وجوده إلزامي لا يمكن الاستغناء عنه، يجري الفقه المعاصر في كافة آرائه على الاعتراف بهذا المعيار لتقدير مصلحة المحضون، وقد اهتدى الأستاذ دونيي بوجهين يمكن للقاضي الاسترشاد بهما للبحث عن تلك المصلحة، الأول سيادة المصلحة المعنوية على المصلحة المادية، والثاني أمن الطفل واستقراره ، فالأهم هو أن يتمكن الطفل من الاستمرار في العيش داخل الإطار الاعتيادي دون أي إزعاج.[3]

والعنصر الصحي هنا نقصد به، ألا يكون الحاضن عاجزا عن القيام برعاية المحضون، والمقصود بالعاجز هو الشخص الطاعن في السن الذي لم يعد قادر على رعاية المحضون ، أو مصاب بعاهة أو صحته تلحق أذى بالمحضون إذا كان مصاب بمرض معدي، وعلى هذا الأساس يجب التأكد من سلامة الحاضن من أي مرض سواء في جسمه أو عقله.[4]

---

1 : أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص32.

2 : بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2016، ص 528.

3 : حميدو زكية، المرجع السابق، ص 111.

4 : المرجع نفسه، ص117.

المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين .

أناط الشارع أمر حضانة الطفل إلى أوثق الناس صلة به وأكثره عطفا وهما الأبوان، ومن يقربهما، واتفق الفقهاء على تقديم النساء على الرجال في الحضانة، وعلى تقديم الأم على سواها من النساء زوجة كانت أم مطلقة في العدة أم منتهية العدة متى استجمعت شروط أهلية الحضانة، وفي هذا المطلب سنتعرف على ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري، وأصحاب الحق في الحضانة حسب القضاء.[1]

الفرع الأول: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لم يترك المشرع مسألة احقية الحاضن باسناده الحضانة له محل الجزافة او الغموض انما رتب ضمن النص القانوني و على مر التعديلات مستحقي الحضانة ، و منح القاضي المختص في الموضوع السلطة التقديرية للتأكد من الشخص الاحق بها في ظل توفر الشروط المنصوص عليها و فيما يلي سنتطرق إلى أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، وبعد تعديله و توجه القضاء في ذلك .

أولا: ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة رقم 84-11، فإن:" **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.**"

فالمشرع الجزائري هنا قدم النساء على الرجال في هذا الترتيب، و غلب الأم على سواها من النساء زوجة كانت أم مطلقة في العدة أم العدة المنتهية متى استجمعت شروط أهلية الحضانة، حيث أعطى الأولوية في حضانة الطفل بعد الأم للنساء اللواتي يدلين

1: أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص 170.

بالقرابة إلى الأم وجعل الأب يليهم في المرتبة. [1]

وهذه القاعدة يجري تطبيقها في القضاء الجزائري حيث أكد أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها، وهذا ثابت محل الإجماع فقها ، ومكرا قانونا وقضاءا، حيث قضى المجلس الأعلى، متى كان المقرر شرعا[2] أن الحضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبر شرعي، فإذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبي عن المحضون، تسقط عنها الحضانة وتليها أمها مباشرة ، لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك كون الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها ، لهذا فضلت على الجدة أم الأب.[3]

تليها الخالة المحضون بالعموم سواء أخت للأم أو أخت للأب، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأقرته المادة 64 قبل تعديلها لأن الخالة تحمل شفقة الأم على المحضون، ثم يأتي الأب وأم الأب والأقربون درجة.[4]

الفرع الثاني : مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 02/05

جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ان " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

---

1 : بن محاد كريمة، خلفاوي خديجة مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والسياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016/2017، ص 52.

2 : أنظر لقرار المجلس الأعلى، رقم 32594 ، بتاريخ 02/04/1984، قضية (ب.ن) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1989، ص77.

3 : خالد داودي، المرجع السابق، ص41.

4 : باديس دياني، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة (متاع دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دون طبعة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2008، ص73.

الملاحظ بأن النص الجديد أوجد ترتيبا جديدا لمستحقي الحضانة، بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبعده تأتي كل من الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة.

مع الإشارة بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي باستطاعته أن يُعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون كون أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضنة ، إذا حكم القاضي بالحضانة فانه يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر، ويحدد أيام الزيارة في منطوق حكمه وكذا الساعات المسموح فيها بذلك وكذا مكان ممارسة ذلك الحق. [1]

الفرع الثالث : أصحاب الحق في الحضانة في نظر القضاء

إذا وجد من يستحق الحضانة فهو أهل لذلك، أما إذا تعدد أهل الحضانة في المرتبة الواحدة قدمت أقربهن درجة على الترتيب المبين، فان تساوين في الدرجة كأخوات شقيقات، فان كانت أحداهن أصلح لتربيته قدمت، وان تساوين في المرتبة و درجة القرابة والصلاحية للحضانة اختار القاضي من شاء منهن.

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

من خلال ما سبق نلخص إلى أن مصلحة المحضون هي أساس الحضانة التي تجب مراعاتها في كل الجوانب التي تخص المحضون نفسيا أو ماديا، وبغض النظر عن مثيرها سواء كانت أما أو أبا أو جدة أو غيرها.[2]

---

1 : لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص205.

2 : كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي منحد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2012/2013، ص46.

المبحث الثاني: تقدير القاضي لمصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة

كما ذكرنا أعلاه في التعريفات الخاصة بالمصلحة الحضانة ومميزاتها وكذلك المعايير التي من شأنها المساهمة في ادراك القاضي لمصلحة المحضون، سنتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توفرها في الحاضن سواء الحاضنين من النساء أو الحاضنين من الرجال (المطلب الأول) ثم لنتطرق إلى حالات إسناد الحضانة ومدتها (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الشروط القانونية الواجب توافرها لاكتساب الحضانة مع تقدير مصلحة المحضون

ان قوام الحضانة مبني على الصغير وحمايته ، فنظرا لأهمية الحاضن في حياة المحضون ، فقد اشترط المشرع شروطا كثيرة لتولي الحضانة، وذلك بهدف حماية مصلحة المحضون هذا ما أشارت إليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري و بدون تفصيل، لأن شروط الحاضن عديدة،[1] تنقسم إلى ماهو عام يخص كل من الرجال والنساء معا، ومنها ما يخص النساء فقط، ومنها ما يخص الرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الرجال والنساء معا.

المقصود بالشروط العامة هو جملة الشروط الواجب توفرها في الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى و فيما يلي نعدد هذه الشروط و المتمثلة في :

أولا: كمال الأهلية .

يتحقق ذلك بالبلوغ والعقل، يجب أن تكون الحاضنة بالغة أي راشدة وسن الرشد

---

1 : الغوثي بن ملحة، ق الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص134.

حسب نص المادة 40 من قانون المدني هو تسعة عشرة سنة كاملة[1]، فلا تثبت الحضانة لصغير ولا لمجنون، أو معتوه، فهؤلاء غير قادرين على تحمل وإدارة أمورهم بأنفسهم بل يحتاجون هم كذلك إلى من يقوم بشؤونهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم .[2]

هذا ما أكده المشرع في الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة بنصه على أنه:" **يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".

ثانيا: الإسلام

يعتبر الإسلام ضرورة لازمة في منح حق للحاضن في رعاية المحضون، وبالتالي سبب عدم مباشرة الحضانة هو عدم توفر الدين الإسلامي لدى شخص الحاضن، سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى، هذا ما أقر به الشافعية والحنابلة.

أما عند المالكية والحنفية الإسلام ليس بشرط في الحاضن، وأن حق الحضانة للحاضنة إنما هو للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين.[3]

باستقراء نصوص المواد 11 و 12 و 13 من القانون المدني التي جاءت ضمن الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، يتضح لنا أن المشرع نص على تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار الشخصية التي تحيلنا إلى تطبيق قانون الأسرة إذا كان الزواج مختلط، وعليه فان الأم هي الأولى بالحضانة وهذا ما جاء في المادة 64 من الأمر رقم 05_02 وبالتالي المشرع الجزائري لم يشترط شرط الإسلام في الحاضن وهو ما نستشفه من المادة 62 من قانون الأسرة: "... بتربيته على دين أبيه...".

---

1 : الأمر رقم 75_58 ، المؤرخ بتاريخ 20 رمضان عام 1395 ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

2 : أحمد على جردات الحضانة والضم ومتعلقاتها (أحكامها الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في ظل القانون الجديد، ط01، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص26.

3 : بركات الربيع، بعلي عز الدين، رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق، مذكرة ماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2017/2018، ص 10.

كذلك جاء في احد قرارات المحكمة العليا انه لا يوجد مانع في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة، بنصه في القرار على انه : " **من المقرر قضاء مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنه من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة**". [1]

ثالثا _ القدرة على القيام بشؤون المحضون

بمعنى يكون الحاضن أو الحاضنة قادرا على القيام بالحضانة بكل متاعبها، فإن كان عاجزا عن ذلك فإنه لا يكون أهلا للحضانة.

لم يذكر المشرع الجزائري شرط القدرة صراحة، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه اعتبر شرط القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة ، فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرض يعجزها عن القيام بشؤونه، أو لقاطنة مع مريض مرضا معديا بحيث لا تتوفر له الرعاية ولا الجو الصالح . [2]

رابعا: الأمانة

بالنسبة للامانة ، فلا تثبت الحضانة لغير أمينة على تربية الصغير وتقويم أخلاقه، فلو كانت المرأة فاسقة وكان فسقها يشغلها عن العناية بالغير ويؤدي إلى ضياعه إذا تُرك عندها لم يكن لها حق الحضانة، وإذا كانت المرأة سيئة السلوك وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها ويألف ما تفعله يسقط حقها في الحضانة و مراعاة للصغير حتى لا يشب دارجا على الرذيلة.[3]

---

1 : انظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم 86597 ، بتاريخ 25/12/1989، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1989، ص61.

2 : أنظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09 ، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص76.

3 : عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2004، ص 269.

بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها أن إسناد حضانة البنات الثلاثة للأم الحاضنة بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون.[1]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال .

إضافة إلى الشروط العامة التي تطرقنا إليها سابقا و الواجب توفرها في طالب اسناد الحضانة ، هناك جملة من الشروط الخاصة التي قسمت الى فوجين ، فوج من الشروط الخاصة بالنساء(أولا) و فوج من الشروط الخاصة بالرجال (ثانيا) .

أولا: الشروط الخاصة بالنساء : بحكم ان النساء أولى درجة بالحضانة لأنهم الأكثر شفقة و الأحن قلبا لتدبير شؤون المحضون و هناك جملة من الشروط الواجب توفرها في الحاضنة و هذه الشروط كالآتي:

1_ ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه

اتفقت المذاهب الأربعة المالكية، الشافعية الحنابلة، الحنفية، أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم عما رواه عبد الله بن عمرو (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أ نت أحق به ما لم تنكحي).[2]

و بالتالي الأم أحق بالحضانة بما بذلته من مشقة من أجل الحفاظ عليه، فقضى الرسول صلى الله عليه وسلم ببقاء الولد عند أمه، ما لم تتزوج برجل آخر.

أما الأم إذا تزوجت بذي رحم بعم صغيرها مثلا، أي بقريب إلى الصغير، فانها في هذه الحالة تبقى محتفظة بحقها في الحضانة، لأن العم قريب من الأب في حب الطفل

---

1 : أنظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم 30/09/1997 ، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، مأخوذ عن طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2008، ص156.

2 : باديس ديابي، المرجع السابق، ص63.

والحرص عليه باعتباره يستطيع تحمل النفقة والرحمة. [1]

وتجدر الإشارة إلى ان هذا الشرط منصوص عليه في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أنـه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، و كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في القرار المؤرخ في: 1986/05/18: بقضاءها " أن حق الأم في الحضانة يسقط بزواجها بغير قريب محرم .[2]

2_ عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه : معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه المحضون ويعرضه للأذى والهلاك لا يجوز ، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته و صحته و خلقه.

وتنص المادة 70 من القانون الأسرة الجزائري على أنه : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، وكذلك ما جاء في نص المادة 72 من نفس القانون على أنه : " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضـانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار".

والملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 وما جاءت به المادة 70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.[3]

---

1 : رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة (الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2006، ص187.

2 : قرار المحكمة العليا، رقم 331058، الصادر بتاريخ 18/05/2005 ، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2005، ص383.

3 : باديس ديابي، المرجع السابق، ص66.

3_ عدم امتناع الحاضنة عن حضانة المحضون مجانا عند إعسار الأب : إن امتناع الأم عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، وأن امتناعها عن الحضانة يعد شرطا من شروط استحقاقها لها ، فإذا لم يستطع الأب دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة، يرى أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضن الصغير مجانا مع وجود متبرعة.[1]

4 _أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه : وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة وعلى هذا فلا حضانة لغير القريبة وإن كانت محرما له كالأم أو الأخت من الرضاع ولا للقريب غير المحرم كبنت العم أو العمة أو الخالة.[2]

ثانيا : الشروط الخاصة بالرجال : خص المشرع الرجل دون المرأة بجملة من الشروط لا بد من توفرها حتى يستطيع طلب اسناد حضانة المحضون اليه و تتمثل فيما يلي:

1_ ثبوت الحضانة للعاصب يبنى على الإرث و لا إرث مع اختلاف الأديان.

باعتبار ان الدين مانع من موانع الإرث في الإسلام، فإذا وجد لغير المسلم أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فحضانته لشقيقه غير المسلم. [3]

2 _أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى .

اتفق الفقهاء على أن يكون الحاضن للأنثى محرما لها، وأقر الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين، أما في حالة عدم بلوغ الطفلة فلا مانع من حضانتها ، لأنه في حالة البلوغ لا يمكن لابن العم أن يحضن ابنة عمه البالغة إلا إذا لم يكن لها أحد حسب رأي الحنفية.[4]

1: زكري فوزية، عميور مريم، دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2018/2019، ص 29.

2 : رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص187.

3 : المرجع نفسه، ص189.

4 : باديس ديابي، المرجع السابق، ص67.

المطلب الثاني: تقدير القاضي لمصلحة المحضون في حالات اسناد وتمديد الحضانة

يتم إسناد الحضـانة بناء على دعوى في حالة انفصال الزوجين عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع أو في حالة الوفاة أو الفقدان وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة لمن يستحقها، و تعود له ايضا السلطة الكاملة في تقدير مسألة فترة الحضانة ، بما فيها من تمديد فترة الحضانة من عدمه .

الفرع الأول: تقدير القاضي لمصلحة المحضون في حالات اسناد الحضانة .

حالات اسناد الحضانة هي حالتين بارزتين و سنتناول ضمن هذا الفرع حالة الطلاق وما في حكمه و حالة الوفاة أو فقدان .

أولا: حالة الطلاق وما في حكمه : تقع حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج عند طلب فك عقدة النكاح بينه وبين زوجته حين استحالة العشرة الزوجية بين الطرفين حتى ولو كان القانون لم يحدد حالات الطلاق إلا أن القضاء قد دأب في معرفة أسباب فك العصمة الزوجية من طرف الزوج وذلك تماشيا وحكمه الذي جعله الله ابغض حلاله.[1]

وذلك حسب نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على انه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وفي حالة الطلاق بالتراضي طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة، وحتى في جميع الحالات التي قد تؤدي لفك الرابطة الزوجية والتشتت الأسري، أو إذا رفعت الزوجة دعوى ضد زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع الأحوال يكون موضوع الحضانة من

---

1 : الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر،2016/2017، ص 75.

بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ذلك انه متى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الحالات المذكورة سابقا لم يعد لها البقاء في بيت الزوجية وكان للزمن الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون.[1]

ثانيا: حالة الوفاة أو الفقدان : إذا كانت دعوى الحضانة في الحالة الأولى دعوى تبعية لدعوى الانفصال، فإنها تكون في مثل هذه الحالات دعوى أصلية في حالة ما إذا توفي من اسندت اليه الحضانة أو الفقد، و يكون من حق أي شخص أخر توفرت فيه الشروط القانونية والشرعية للحضانة أن يرفع دعوى أمام المحكمة مطالبا بإسناد الحضانة له وذلك لرعاية المحضون، وفي حالة الوفاة ترفع الدعوى بعد إثبات ذلك، أما في حالة الفقد فإنها ترفع بعد إصدار الحكم بالفقد.[2]

الفرع الثاني: مدة الحضانة .

كما سبق القول ، ان حماية و مراعاة مصلحة المحضون تقتضي من القاضي المختص تحديد مدة الحضانة و التصريح بها في الحكم القضائي و المقصود بمدة الحضانة هي الفترة الزمنية مابين بدايتها ونهايتها.

أولا: مدة الحضانة : الجدير بالاشارة ان مدة الحضانة تنتهي إذا استغنى الصغير عن خدمة النساء وقدر أن يقوم بنفسه بحاجياته الأولية من مأكل وملبس وتنظيف، فقانون الأسرة الجزائري في المادة 65 منه ينص على انه :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

---

1 : الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، ، مرجع سابق، ص76.

2 : عزايز حرية، باهي فاطمة، إشكالات إسناد الحضانة وممارستها ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة 2017/2018، ص50.

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ميز بين الذكر والأنثى، فحدد مدة الحضانة القانونية وجعلها تنتهي ببلوغ الذكر، و حددته بعشر سنوات، أما حضانة الأنثى تركها تستمر إلى سن الزواج القانوني المطبق في الجزائر وهو بلوغ الأنثى 19 سنة كاملة[1]، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها ومنها القرار الذي قضت فيه بانه : " تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[2]

كذلك القرار الذي قضى بانه : "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج".[3]

ثانيا : تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون : من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى للمطالبة بتمديد حضانة الولد الذكر دون الأنثى بحجة أن هذه الأخيرة مدة حضانتها طويلة تمتد لبلوغها سن الزواج ، إلا في حالة الأم التي لم تتزوج ثانية مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، و التمديد يكون إلى 16 سنة.[4]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من القرارات، حيث صدر قرار لها بتاريخ 1999/12/10 يقضي بأنه : " **من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة**

1: العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2013، ص 139.

2 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 08/05/2002، ملف رقم 282033 ، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2017، ص 350.

3 : أنظر إلى القرار 13/03/1989، ملف رقم 52221 ، المجلة القضائية، عدد 01، 1993، ص48.

4 : مغاري حياة ، فركوس دليلة دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58 ، العدد 04 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2021، ص156.

بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون "[1] .

وكذلك قرار آخر صادر بتاريخ 2015/01/15 مفاده أنه "**يكون التمديد في الحضانة إلا للأم الحاضنة طبقا للقانون دون غيرها من النساء ، ممن لهن الحق في الحضانة"** .[2]

و لو ان المشرع قد وضع الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا انه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن هذا الأخير سلطته غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

_ أن التمديد يتعلق بالذكر دون الأنثى.

_ أن يكون حد التمديد هو بلوغه 16 سنة، إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة إلى أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون.

---

1 : أنظر إلى القرار رقم 25566 الصادر في 10/12/1999، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص 76.

2 : أنظر القرار رقم 0842551، الصادر بتاريخ 15/01/2015، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015، ص 231.

خلاصة الفصل

نستخلص مما سبق أن الحضانة هي تربية الطفل ورعايته من أجل العيش في أمان ومصلحة المحضون هي أساس إسناد الحضانة لذلك تتطلب شروط استحقاقها عن طريق إجراءات خولها المشرع لقاضي شؤون الأسرة ، فكلما كانت الشروط المنصوص عليها قانونا و المقدرة من طرف القاضي أكثر تحققا كان الشخص المؤهل لذلك في المرتبة الأولى ، و الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إنما هو الموجه للقاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة و المؤهلين لها بعد تأكده من توفر الشروط المطلوبة في الحاضن وتبقى السلطة التقديرية للقاضي عند إصدار حكمه سواء عند الإسناد إلى من يستحقها أو تمديدها من حيث الفترة .

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسقاط الحضانة

تعد مسألة إسناد الحضانة لمن يستحقها بعد انحلال الرابطة الزوجية من اخطر المسائل و السلطات التي منحها المشرع للقاضي و خصه بتقديرها ، كون هذه الاخيرة ينتج عنها آثار تتطلبها ممارسة الحضانة و حماية لمصلحة المحضون ، فكلما كانت المصلحة قائمة تكون الحضانة قائمة، وكلما انتفت المصلحة سقطت الحضانة سواء لأسباب قانونية أم اختيارية .

إلا ان سلطة القاضي في تقدير ما هو أصلح للمحضون يتم بجملة من الوسائل و الاليات القانونية التي سخرها المشرع مسبقا لهذا الاخير و منحه اياها _ للقاضي _ للمساهمة في تنوير بصيرته و هذه الوسائل تتجلى في الخبرة المعاينة، سماع الشهود، واليمين، وهذا ما يعرف بالضوابط الإجرائية، و كل ما سبق ذكره يرتب بالنتيجة الآثاراثار بالغة الاهمية تتمثل في النفقة ، و حق المحضون في السكن، و حق الزيارة، و هو ما سنتناوله ضمن مبحثين اساسيين ضمن هذا الفضل اين نتطرق في المبحث الاول لسلطة القاضي في تقدير مسقطات الحضانة و اعادة اسنادها ثم نتطرق لآثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة ضمن المبحث الثاني .

المبحث الأول : سلطة القاضي في تقدير مسقطات الحضانة و اعادة اسنادها .

كما سبق و ان شرحنا فان للقاضي السلطة التقديرية بموجب القانون في تقدير مسألة الاحق بالحضانة و اسنادها لمن كان أهلا لها وتوفرت فيه الشروط اللازمة للقيام برعاية المحضون، وفي حالة عدم القدرة على رعايته يلجأ صاحب الحق في الحضانة إلى رفع دعوى امام قاضي الموضوع من اجل إسقاط الحضانة، وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنقوم بالتطرق إلى سلطة القاضي في اعادة اسناد الحضانة إلى من يستحقها بعد سقوطها ، وهذا مع إبراز مصلحة المحضون في كل منهما.

المطلب الأول : سلطة القاضي في تقدير حالات سقوط الحضانة.

تسقط الحضانة إذا وجد احد الموانع التي تمنع من استحقاقها أو زال شرط من شروطها، ومن أسباب السقوط ما يلي:

الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة.

تسقط الحضانة لعدة أسباب قانونية تتجلى في ما يلي:

أولا: زواج الحاضنة بغير قريب المحرم : جاء في نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري انه : " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، و اعتبر المشرع زواج الأم الحاضنة بغير قريب المحرم سببا من أسباب سقوط الحضانة، لأن الأجنبي قد يبغض المحضون ولا يعامله معاملة حسنة تليق به، في كل الأحوال لا بد من مراعاة مصلحة المحضون في كل قضية، فالغرض من ترك المشرع للنص مفهوم بصفة بعمومية هو منح السلطة التقديرية للقاضي.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها آخر ذهبت فيه لأنه : " **من المقرر في**

---

1 : مغاري حياة فركوس دليلة المرجع السابق، ص 170.

أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون مما يستوجب معه نقض القرار ".[1]

الملاحظ أن نص المادة 66 اشترطت مراعاة مصلحة المحضون عند التنازل فقط، ويفهم من نص المادة أنه عند تزوج الحاضنة بغير قريب محرم فإنه تسقط عليها الحضانة دون أن يراعى في ذلك مصلحة المحضون ، وهذا غير صحيح، لأنه إذا نظرنا إلى أحكام الحضانة بشكل عام نجد أن المشرع قد راعى مصلحة المحضون في هذه الحالة، وذلك أن سقوطها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وإسنادها أيضا للحاضن الجديد وهو ما سيراعي فيه القاضي مصلحة المحضون، وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها التي اقرت فيها ان: "**مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"** ، و قضاءها ايضا في قرار اخر بانه **" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، اين يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع "** . [2]

بالتالي إذا كانت الحضانة تسقط عن الأم الحاضنة بعد زواجها بغير قريب المحرم، فإنه كذلك تسقط حضانة عن الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك بموجب حكم قضائي يقضي بسقوطها يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة من قانون الاسرة الجزائري ، وهذا ما أكدته المادة 70 منه بنصها على انه " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم

---

1 : انظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40438، الصادر ،05/05/1986، المجلة القضائية، العدد02، 1989، ص75.

2 : محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17 ، جامعة الوادي، الجزائر، ص206.

المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".[1]

ثانيا : تخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري .

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أنه : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، غير أن المشرع لم يحدد شروط الحضانة بشكل خاص ودقيق، مما جعل سلطة القاضي واسعة في تقدير ذلك مراعاة لمصلحة المحضون بدرجة أولى قبل إصدار حكم سقوط الحضانة.

فإذا ما عجز الحاضن على تربية المحضون على دين أبيه، و توفير الرعاية، وحفظ صحته سقط حقه في الحضانة.[2]

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون بتقريرها أن لا بد ان يكون الحاضن قادر على حفظ الطفل فقضت في قرار لها : " **انه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي**". [3]

وقضت المحكمة العليا بالتطبيق السليم للقانون من طرف قضاة المجلس في إسنادهم حضانة البنت إلى والدتها، رغم ثبوت ارتكابها الزنا متى كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، وهو ما كرسه القضاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ

---

1 : كريمة محروق ، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر العلوم الإسلامية، مجلد 31 ، العدد 2 ، قسنطينة ، 2017، ص361.

2 : بن داود حنان، بن عمار محمد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد 02، 2019، ص245.

3 : انظر القرار رقم 33921، الصادر بتاريخ 09/04/1984، المجلة القضاة، العدد 04، مأخوذ عن مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص164.

15/07/2010 قضي بأنه:" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون في ذلك" [1] .

ثالثا : سفر الحاضنة بالمحضون : قد يؤدي ايضا انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي لسقوط حق الحضانة بسبب استحالة ممارسة حق الزيارة من طرف الأب إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون في بقائه مع الحاضنة فيجوز له إثبات حق الحضانة لها، وبالتالي في هذا مراعاة حق الوالدين وذلك بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وبين إشراف أبيه عليه، حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من عطف و حضانة امه و من رعاية أبيه.[2]

وهذا ما جاءت به المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على انه: " **إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**" ، معنى هذا أن إسقاط الحضانة من عدمه بسبب السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إذ له إبقاؤها أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ويظهر هذا من خلال عدة اجتهادات للمحكمة العليا حيث نرى تغيير في اجتهاداتها، وذلك بحسب تقدير مصلحة المحضون : فقد قضت بانه : " **من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ، ومتى كان الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة و ولي المحضونين تزيد على ألف كيلو متر فإن المجلس بإسنادهم**

---

1 :انظر إلى الملف رقم 564787 ، القرار بتاريخ 15/07/2010 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010، ص262.

2 : أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق) وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص251.

حضانة الولدين إلى أمهم قد أخطؤوا في تطبيق القانون ".[1]

رابعا: عمل الحاضنة المؤدي إلى إهمال المحضون : إن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها ، و عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، هذا يعني أنه حتى ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سبب من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حقها إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، مما يخل بمصلحة المحضون [2]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/07/2000 بقولها : " **من المستقر عليه قضاءا أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة واعتبارها عاملة قدأخطؤوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور والتسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه** .[3]

الفرع الثاني: الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة .

الى جانب الأسباب القانونية المسقطة للحق في الحضانة، فمن الممكن أن يزول هذا الحق لاسباب اخرى نوردها فيما يلي :

---

1 : انظر إلى الملف رقم 43594 المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 22/09/1986، المجلة القضائية، العدد04، 1992، ص 41.

2 : سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر ، 2007، ص142.

3 : انظر القرار 18/07/2000، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 245156، اجتهاد قضائي، 2001، نقلا عن لحسين بن آث ملويا المرجع السابق، ص484.

أولا : سقوط الحضانة بالتقادم : نص المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري على سقوط الحضانة إذ لم يطالب بها من له حق فيها بمضي سنة دون عذر ، لكن السلطة التقديرية تعود للقاضي في الاخير و هو الذي يقدر واقع الظروف إذا كان التأخير يعني به أمن تجب له الحضانة انه قد تنازل عنها أو انه لم يرد التنازل عنها، وهذه السلطات استمدت بالخصوص من عبارة:" بدون عذر" اين منحت و وسعن من سلطة القاضي وذلك صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/25 بنصها على أنه:" **متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ...**".

لكن السؤال المطروح يدور حول كيفية حساب مدة السنة ، فهل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق ، أو من يوم التبليغ بالحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بأحد الوالدين ؟ ، هنا فالقاضي عليه أن يسد الثغرات في غياب النصوص التشريعية أو غموضها، وقد تأكد هذا من خلال ما تضمنه الاجتهاد القضائي في قرار جاء فيه انه :" **ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة...**" ، وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق بمرور هذه المدة.[2]

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

---

1 : حميدو زكية، المرجع السابق، ص505.

2 : انظر إلى الملف رقم 328229، الصادر في 09/07/1984، المجلة القضائية، العدد 01، 1990، نقل عن جمال السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد 13، العدد 02 ، جامعة تمنراست الجزائر 2021، ص511.

الحالة الأولى: حال علم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن المطالبة بالحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

الحالة الثانية : أن يعلم صاحب الحق في الحضانة بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.[1]

ثانيا : سقوط الحضانة بالتنازل عنها: يعتبر التنازل عن الحضانة حق للحاضن من جهة وهو مقيد بمصلحة المحضون من جهة أخرى، يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم قضائي ، لكن هذا لا يعني أن المتنازل على الحضانة يفقد حقه في استعادتها، بل يمكنه التراجع عن التنازل عنها، ويكون التنازل إما بالإرادة المنفردة، أو بالتنازل الاتفاقي.

1_ التنازل عن الحضانة بإرادة الحاضن المنفردة : للحاضنة حق التنازل عن حضانتها ، ويقرر هذا الأثر قانون الأسرة الجزائري حيث يقضي في المادة 66 منه أنه: " يسقط حق الحاضنة، وبالتنازل"، لكن ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، و أن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون وحده [2] ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 07/12/1987 الذي قضى بانه : "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة".[3]

---

1 : غريسي، كربال سهام، المرجع السابق، ص97.

2 : حميدو زكية، المرجع السابق، ص467.

3 : انظر إلى ملف رقم 44858، مجلة القضاة، 1990، العدد 03، نقلا عن مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص174.

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا بانه : " **من المقرر قانونا 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 المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون**". [1]

فالتنازل يمكن أن يطرح فرضيتين، الأولى أن هذا التنازل يكون لصالح مصلحة المحضون ويجب أن ننظر إلى تنازل الحاضنة على أساس فقدت شروطها، وذلك يتجلى في عدم استعدادها ورغبتها للحضانة، أما الثانية هي أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون وفي صالح الحاضنة وهنا لا مفر من تطبيق الشرط الأساسي وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون.

2_ التنازل عن الحضانة بمقتضى اتفاق : هو التنازل الناجم عن الاتفاق بين صاحب الحق في الحضانة والطرف الثاني الذي يستلمها بشرط أن يكون من مستحقي الحضانة، وهذا التنازل إما يكون مقابل طلاق بالتراضي أو مقابل خلع.

أ_ الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي.

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة صراحة في قانون الأسرة، فقد اعتمد على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في القانون المدني الجزائري، فأي تعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، دون المساس بمصالح المحضون.

ب_ التنازل عن الحضانة مقابل الخلع : اختلف الفقهاء في مثل هذا النوع حيث يرى المالكية إجازة إسقاط الحضانة بالخلع، وانتقالها إلى الأب إذا توفر الشرطان التاليان:

- أن يكون الأب قادر على حضانة الولد ،
- أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه ،

---

1 : انظر إلى الملف رقم 189234، القرار الصادر في 21/04/1998، اجتهاد ،قضائي 2001، مأخوذ من المرجع نفسه، ص174.

وإلا يقع الطلاق ولا تسقط الحضانة، فالمشرع الجزائري لم يشر للخلع في باب الحضانة، وإنما قد أشار إليه في المادة 54 الفقرة 02 من قانون الأسرة بقوله : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فمن المحتمل أن تتنازل الزوجة عن الحضانة مقابل الخلع، أي بحريتها بشرط أن ينظر إلى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار[1] ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بقضاءها انه : " من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة، كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شُرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها انها غير قادرة على البقاء مع زوجها، و تعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه".[2]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعادة اسناد الحضانة إلى مستحقيها بعد سقوطه.

تعود الحضانة للحاضن الذي سقطت عنه عندما يزول المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضن فيه، أما ما كان بارادته فإذا زال فلا يعني ان تعود الحضانة اليه بزواله ، وهذا ما سنتناوله في عودة الحضانة إلى من سقطت حضانتها عنها بالزواج وعودة الحضانة لمن سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها.

الفرع الأول: عودة الحضانة لمن سقطت الحضانة عنها بالزواج .

من سقطت حضانتها لزواجها ثم طلقت من زوجها تعود لها حضانة إن كان الطلاق بائنا فور وقوع الطلاق، بلا خلاف لارتفاع ولاية مطلقها عنها.[3]

أما إذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت عودة الحضانة للمطلقة رأيان ، فقد قال الشافعية

---

1 : كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر ، الوادي، 2014/2015، ص 113.

2 : انظر إلى ملف رقم 26709، القرار بتاريخ 08/02/1982، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد خاص، ص258.

3 : عثمان التكروري، المرجع السابق، ص274.

واحد قائلي الحنبلية،أن حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق، دون حاجة إلى انتظار العدة، لأنه عزلها عن فراشه، ولم تعد مشغولة به، فالعلة التي سقطت الحضانة بسببها قد زالت ولذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها.

أما الحنفية فقالوا: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود، إلا إذا انقضت عدتها، لأن المعتدة زوجة حكما، و تأخذ أحكام الزوجة بشكل عام، فهي ترث ولها النفقة، ويقع عليها الطلاق و الايلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بزوج بأختها أو عمتها أو خالتها، ولذلك فهي في العدة زوجة فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقطعت الزوجية، ويكون انقطاع الزوجية، بانتهاء العدة. [1]

و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/11/21 اين قضت بانه :" **حيث جاء في القرار المنتقد بان زواج الطاعنة قد اسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998 حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لان سقوط الحضانة المدعى بها من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا، بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين و هو الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة**" [2].

الفرع الثاني : عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها

إذا سقطت الحضانة لتخلف شرط من الشروط السالفة الذكر، ثم زالت الموانع، فان عقل المجنون ، وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر وبلغ الصغير فهل يعود حقهم في ممارسة الحضانة

---

1 : محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص392.

2 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 21/11/2000 ، الملف رقم 252308، نقلا عن سناء عماري، ص 77.

أم لا ؟ ، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: عودة اسناد الحضانة لمن سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها وفقا للشريعة الإسلامية .

ثبت عن الفقهاء انه إذا ما سقطت الحضانة لعذر كالمرض و الخوف من مكان ، و سفر الحج ثم زال العذر بشفائها من المرض وتحقق الأمن ، والعودة من السفر عادت الحضانة إليها، لان المانع من الحضانة هو العذر سواء كان اضطراريا او غير ذلك وقد زال، وإذا زال عاد الممنوع.[1]

و هنا اختلف و انقسم رأي الفقهاء إلى فريقين :

الفريق الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن حقهم يعود في ممارسة الحضانة إذا زالت الموانع، لان سببها قائم ، وإنما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق .

الفريق الثاني: ذهب المالكية إلى أن الحاضنة إذا سقط حقها في الحضانة من غير عذر كما لو اسقط حقها منها بعد استحقاقها ، أو سكتت عاما فأكثر عن المطالبة بها فان الحضانة لا تعود لها في ذلك كله، ولو زال المانع بطلاق، أو موت أو فسخ على المشهور ، أما إن كان إسقاطها لعذر ، أو مانع خارج عن إرادتها كالمرض، أو سفر ولي المحضون، وزال العذر، أو المانع عادت إليها الحضانة.[2]

ثانيا : عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها في قانون الأسرة الجزائري .

نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

---

1 : رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص192.

2 : مطروح عدلان الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر ، 2014/2015، ص256.

ويتضح من هذه المادة انه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لاسباب ليست من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافرت لديه الاسباب التي كانت تنقصه واثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة، لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.

بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل له لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادته دخل فيه فان زال المانع لا تعود الحضانة بزواله [1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 و الذي قضى بان تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة.[2]

المبحث الثاني: نتائج اعتراف القاضي بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة .

كون ان القواعد القانونية هي قواعد عامة ومجردة، بالتالي القاضي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، إلا أن القانون خول للقاضي ضوابط قضائية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لمراعاة

---

1 : بركات مروان، شريفي عبد الغاني الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر ، 2019/2020 ص 75.

2 : انظر إلى الملف رقم 235456، قرار بتاريخ 22/02/2000 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 280.

مصلحة المحضون.

المطلب الأول : الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون

حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة، له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكله وظروفه حتى يصدر حكمه، اما عن طريق القيام بها بنفسه، او عن طريق الاستعانة بآراء أشخاص مؤهلين، أو شهود، أو تعيين مساعدة اجتماعية.

الفرع الأول: الخبرة .

تعرف الخبرة بانها تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير رأيه بشأنها، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في المستقبل القريب، فالخبرة مضمونها الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده، حسب نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه : " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"[1]، فالقاضي هو الذي يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون النفسية والصحية وجمع المعطيات الاجتماعية قبل البت في تحديد الشخص المناسب لإسناد الحضانة إليه،[2] وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 425 بنصه على انه : يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."، قد يلجأ القاضي إلى خبراء في

---

1 : القانون رقم 08_09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل : 25 فيبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخة بتاريخ 23 ابريل 2008.

2 : الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة عتو سامية، المرجع السابق، ص 54.

مجال الطب كاعتماده على خبير في الطب العقلي العصبي من أجل الوقوف على صحة المحضون، وكذا بالمختص الاجتماعي من أجل التحقق من البيئة الإجتماعية له، وغيرهم من الخبراء كما نصت المادة 126 من ق إ م إ على ذلك:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، سعيا من القاضي إلى حل القضية بأحسن الطرق على أساس مراعاة مصلحة المحضون . [1]

هذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 16/11/2005 و الذي جاء فيه انه' إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية "، [2] و في قرار آخر صدر عن المحكمة العليا بتاريخ : 13/07/2005 أقرت من خلاله :" بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعد قصورا في التسبيب".[3]

و بالتالي يجب على القاضي قبل إسناد الحضانة أن يرى التقرير المعد من طرف المرشدة الاجتماعية وهذا ما أكده القرار المؤرخ في : 17/05/2006 و الذي جاء فيه انه : " **يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من**

---

1 : بن عصمان نسرين إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008/2009، ص168.

2 : انظر إلى ملف رقم 337176، قرار بتاريخ 16/11/2005، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 65، 2010، ص 319.

3 : انظر إلى ملف رقم 332324 ، قرار بتاريخ 13/07/2005 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 59، 2006، ص236.

يستحقها حسب مصلحة المحضون"،[1] وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/05/18 بأن يستعين القاضي، في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية " [2] .

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/17 انه :" من الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم للأب مع وجود خالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم وقبل وفاتها بسبب الميراث، حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم للأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة ، إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم من غيرها وعليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالة القضية لنفس المجلس." [3]

الفرع الثاني: المعاينة .

إذا كانت الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب أو كانت الخبرة التي قام بها الخبير لم تتوصل إلى بيان وتوضيح المعلومات الفنية المطلوبة، يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف على وقائع وجوانب النزاع

---

1 : انظر إلى الملف رقم 364850، القرار بتاريخ 17/05/2006، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 ، 2007، ص 437.

2 : انظر إلى الملف رقم 330566، القرار الصادر في 18/05/2005 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2005 ، ص 301.

3 : انظر إلى الملف رقم 123889 ، القرار الصادر في 24/10/1995، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 111.

المعروض عليه.[1]

يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة قصد معرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، و مدى قرب السكن من المدرسة ، وبعده ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى مستحقيها ، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية من خلال نص المادة 56 من نفس القانون.[2]

وبهذا جاءت المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إذا نصت على انه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء المعاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك" ، و يحدد القاضي خلال الجلسة يوم وساعة ومكان الانتقال، كما يدعو الخصوم إلى حضور العمليات إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر ، وفي حالة غياب الخصوم أو احدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/21 اين قضى بأن" **الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال و البيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب**". [3]

---

1 : دثوش مفيدة ، زغداوي الهام، مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل،2020/2021، ص 63.

2 بن عصمان نسرين إيناس المرجع السابق، ص 170.

3 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 21/05/2003، في الملف رقم 302428، نشرة القضاء، 2006، العدد 58، ص202 ، نقلا عن سناء عماري، ص201.

الفرع الثالث : سماع الشهود.

تخضع الشهادة سواء في القضايا المدنية أو غيرها لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها و يصدقها كما له الحق في رفضها، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب مراعاة الشروط القانونية المتعلقة بالشهود على أن يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة، غير أن السلطة التقديرية تبقى بعد ذلك للقاضي في الأخذ بها كما سبق ان ذكرنا [1]، وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله :"يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية " .

أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع :

خول القانون للقاضي بعض الحقوق التي يستند إليها أثناء النزاع من بينها الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، و تحديد أيهما أصلح لحماية المحضون، بما في ذلك الاعتماد على الدلائل المقدمة من طرف كل واحد منهما والموازنة بينهما في الإثبات، ولقاضي شؤون الأسرة أن يلجأ إلى طلب إجراء مدني إذا رأى أن ملابسات القضية تستدعي ذلك ، وتنص المادة 454 من ق إ م إ على أنه : " يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة : [2]

1_ سماع الأب و الأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة من سماعه ،

2_ سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك ،

---

1 : مسيكة محمد صغير، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016/2015، ص 67.

2 : برادع حياة، كلاسي كاميليا ، الحضانة بين مستلزمات النص القانوني ومصلحة المحضون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة،2020/2021، ص 55.

3_ الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي[1]،

يبقى السؤال المطروح هل يمكن الاعتماد على رأي المحضون في القضايا المتعلقة به؟

من خلال دراسة نصوص مواد قانون الأسرة ، نجد ان المشرع الجزائري له اتجاهين بحسب طبيعة القضية:

الاتجاه الأول: هو ما يتعلق بالكفالة، بموجب المادة 124 من قانون الاسرة اين يمنح المكفول حرية الاختيار مع من يريد البقاء مع كفيله أو العودة إلى والديه إذا بلغ سن التمييز، ورأيه مهم في هذه الحالة.

الاتجاه الثاني: أحالنا المشرع إلى نص المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية هنا نرى أن المحضون إذا استدعى الامر سماعه، لا تكون له أهلية التقاضي، وبالتالي قانون الأسرة لم يأتي بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة.[2]

بالرجوع إلى أحكام القضاء تباينت حول ذلك حيث قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 بأنه: " **يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مع مراعاة سماح الزوج ومراعاة رغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم إلى حين المواجهة أمام المجلس وبحسبه فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض**".[3]

ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة :

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج احد الخصوم

---

1 : عماري سناء، المرجع السابق، ص 201.

2 : بن عصمان نسرين إيناس المرجع السابق، ص 166.

3 : انظر إلى الملف رقم 26225 القرار الصادر في 14/12/1981، المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، نشرة القضاة، عن عماري سناء، المرجع السابق، ص202.

بالإضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم وكل هذا من اجل جمع اكبر قدر من المعلومات التي من شأنها ترجيح رأيه[1] ، وهذا عملا بنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على انه: " يجمع المعلومات التي يراها القاض مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

فقد اعتمد القرار الصادر بتاريخ 21/10/1982 عن مجلس قضاء قسنطينة، على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما وعلى رغبتها في البقاء عند جدتهما لأبيهما، و اعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.[2]

الفرع الرابع: اليمن .

هي الاستشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله، والخوف من بطشه وعقابه، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين: يمين حاسمة تحسم النزاع، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى فيطلب القاضي من المتخاصمين على الحضانة في حالة تساوي درجاتهم و حظوظهم وقربهم من المحضون الحلف على بعض الأمور كالأماكن أو المواقف أو التصرفات أو العلاقات التي يراها ترجيحية والمتعلقة بحياة المحضون لكي يسند حضانته للأقرب تحقيقا لمصلحة المحضون . [3]

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون

سنتطرق في هذا المطلب إلى آثار الحضانة، ولعل أهم أثر لها هو النفقة وهي حق ثابت سواء للإناث أو الذكور ، كما أنه يترتب على انحلال رابطة الزواج مشكلة السكن والتي هي من حق المحضون، إضافة الى أثر آخر وهو حق رؤية المحضون الذي أقره المشرع

---

1 : سناء عماري، المرجع السابق، ص202.

2 : قرار المحكمة العليا رقم 32594، الصادر بتاريخ 02/04/1984، نقلا عن مسيكة محمد الصغير، ص67.

3 : مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص68.

سواء لأحد الأبوين أو لكليهما إذا كانت الحضانة للغير.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

تعد نفقة المحضون من اهم الحقوق التي تمنح للمحضون و من اخطر الالتزامات التي يلتزم بها الواحبة عليه و نتطرق فيما يلي إلى نفقة المحضون (أولا)، ثم أجرة الحضانة (ثانيا).

أولا : نفقة المحضون :

إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها وإنما جاء ببعض مشتملاتها وألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة الجارية بين الناس، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".[1]

أي ان نفقة الأب على ابنه ملزمة في إطار عمود النسب، رغم أن الأصل هو نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إذا كان له مال فإن لم يكن له أُلزم الأب بالنفقة على ولده، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور تستمر إلى غاية بلوغ سن الرشد، والإناث إلى غاية الدخول بها ، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". [2]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا انه " من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب ، ومتى تبين من قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى عاتقا على والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية، أو

---

1 : بن داود حنان المرجع السابق، ص 237.

2 : باديس ديابي، المرجع السابق، ص 85.

حصولها على كسب، وعليه فإن القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الاسرة الجزائري ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة". [1]

1_ شروط وجوب النفقة : يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

- أن يكون الابن لا مال له، فلا تجب النفقة إلى الابن الذي له ماله خاص سواء كان قادر أو عاجز،
- أن يكون الابن عاجزا عن الكسب،
- أن يكون الأب قادر على الإنفاق،
- نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب، أي إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق، فتنتقل بقوة القانون إلى الأم، وفي حالة عجز الأب وعدم قدرة الأم تنتقل إلى الأصول، و حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري : " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".[2]

2 _ تقدير تاريخ استحقاق النفقة : تحديد النفقة في القانون يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين (الزوجة، الزوج، ظروف المعاش)، فالقاضي إذا قدر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها، فزيادة النفقة و الدعوى تخفيض النفقة لا يكون مقبولا قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 الذي قضى بانه : " **من المقرر قانونا في تقدير النفقة ان يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش ، ولما كان ثابتا في القضية الحال أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف**

---

1 : انظر إلى الملف رقم 218736، القرار الصادر بتاريخ 16/02/1999، المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد خاص 2001، ص 206.

2 : بن داود حنان المرجع السابق، ص 238.

الذي قدر النفقة حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنـه و الأخذ بالشهادة الصادرة عن البلدية التي تصادق فقط على إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ، ولما كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". [1]

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1996/04/23 ما يلي: " **من المقرر قانونا أنـه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجة الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل الحكم الصادر في 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة و المدرسة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن** .[2]

و تستحق المرأة النفقة من تاريخ رفع الدعوى، فقد أكد ذلك القرار الصادر بتاريخ 25/12/1989 و الذي قضى بانه " **من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفـع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله...**". [3]

وبالتالي استحقاق النفقة يكون بالاتفاق بين الطرفين، بحيث أن المدين بالنفقة ومستحقها

---

1 : انظر إلى الملف رقم 216886، القرار بتاريخ 16/03/1999، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص 1992، ص203.

2 : انظر إلى ملف رقم 136604 ، القرار الصادر في 23/04/1996، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 89.

3 : انظر إلى ملف رقم 57506 ، القرار الصادر في 25/12/1989، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص65.

يتفقان على كيفية أداء النفقة و مقدارها و مدتها ، ويمكن أن يكون استحقاقها عن طريق القضاء بامتناع من تجب عليه النفقة ، وإذا لم تطالب الحاضنة بحقها في نفقة الأبناء ومضى أكثر من سنة ضاع حقهم.[1]

ثانيا: أجرة الحضانة :

لما كانت الحضانة خدمة للطفل و من اجل القيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال، هذا العمل تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ المحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا ويسمى بأجرة الحضانة وهي تختلف عن النفقة، فهذه الأخيرة تسدد لتغطي حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدماتها إذا طالبت بها.[2]

إن الحاضنة إما أن تكون أما أو غيرها من سائر الحاضنات، فإن كانت أما وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها ، أوكانت معتدة من زوجها والد المحضون، فلا أجرة لها على حضانتها ، وذلك لوجوب الحضانة عليها ديانة، ثم إن النفقة واجبة لها على الزوج أثناء العدة، فلا تستحق معها أجرة على الحضانة، أما بعد انقضاء العدة فتستحق الأجر من مال الصغير إن كان له مال، وإلا فمن مال أبيه أو تلزمه النفقة.

أما إن كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة، لأن السبب الذي وجبت الأجرة فيه للأم، في حال انعدام الزوجية، موجود في غير الأم، لأن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها، والأب يلزمه ثلاثة أنواع من النفقة على ولده، أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد، وهذا حال لم يوجد متبرع بالحضانة.[3]

قال تعالى:" فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا

---

1 : بن داود حنان المرجع السابق، ص 239.

2 : خرباب أسمهان ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس الجزائر 2019/2020، ص36.

3 : محمد سمارة، مرجع سابق، ص394.

بينكم بمعروف و إن تعاسرتهم فسترضع له أخرى".[1]

بالتمعن في المواد 75،76،77،78 من قانون الأسرة الجزائري نجد انه لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما في القضاء بأجرة الحضانة من عدمها ، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فنجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة ، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسالة وخاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على اكمل وجه، و عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل، و فيه الحاق للضرر بالمحضون، والحضانة قُررت لنفع المحضون لا لضرره.[2]

وفي هذا المجال نجد رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/04/12 اين قضى بأنه:" لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء".[3]

الفرع الثاني: حق المحضون في السكن

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون ، و الأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم قال تعالى " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده". [4] ، لذا نصت المادة 72 من قانون الأسرة انه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى

---

1 : سورة الطلاق، الآية 6.

2 : بن عصمان نسرين إيناس، ص121.

3 : انظر إلى الملف رقم 355718 ، القرار بتاريخ 12/04/2006، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نقلا عن زكرياء مطرفي، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2018/2019، ص45.

4 : 3 سورة البقرة، الآية 233.

ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن. [1]

و هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق منه ، و من ثم فإن استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة يصح بتوافر الشروط الآتية:

_ أن تكون الحاضنة المطلقة وهي أم المحضون، لأنه إذا أسندت الحضانة إلى الجدة أو الخالة، لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة، ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

_ أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها ، يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

_ أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار [2]، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بقولها انه : "من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد ، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها، رغم أنها عاملة لكون أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[3]

وبالتالي أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة ومنها فإنها من التزامات

---

1 : يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر ، 2007، ص 70.

2 : أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري) طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 329.

3 : انظر إلى الملف رقم 189260، القرار الصادر 21/04/1998، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص213.

الأب اتجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي .[1]
كما لا يمكن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، لأنه يعد انتهاكا للقانون، وإذا تماطل هذا الأب في توفير السكن أو في تقديم ثمن إيجاره فإنه من حق الزوجة المحكوم لها بحق الحضانة أن تبقى بمسكن الزوجية ولا تجبر على الخروج منه إلى غاية تنفيذ الأب للحكم الذي ألزمه بتوفير السكن أو دفع بدل الإيجار ، وهو ما نستخلص منه ان الهدف من وجوب إعداد سكن للمحضون مع حاضنته هو الحرص على أمنه وراحته. [2]

الفرع الثالث: حق زيارة المحضون

من حق أبوي المحضون متابعة ولدهما وزيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ و مراقبة وضعه الصحي وتلبية طلباته و ادراك سلوكه، وحق الزيارة حق ثابت للوالدين، لأن حرمان احدهما من ذلك يضر بالطرف الأخر.[3]
فقد كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد القضاء بالطلاق يقضون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة ذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع نص المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و أصبح من حق أي طرف من مستحقي الحضانة بما فيهما الأب و الأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة

---

1 : بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05/02 ، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 431.

2 : ضيف الله عادل قاسم تواتي الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2016/2017، ص46.

3 : إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الأحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر، 2014/2015 ص 97.

فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة.[1]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1990/04/16 رقم 59784 جاء فيه " انه متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا كما تقتضيه حال الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والعطف عليهم".

فحق الزيارة يمكن أن يكون لمن تقرر لصالحه بموجب أمر على عريضة وفق ما تنص عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة ، وللأب حين استخدام حقه في الزيادة أخد أبنائه، ولو لساعات محدودة مع الاشارة لان الفترة و الوقت يتم تحديده وفقا لسن الأبناء، فإذا كان الطفل المحضون رضيعا فلا يجوز أخذه والاحتفاظ به لوقت طويل.

و تجدر الاشارة لعدم جواز ممارسة حق الزيارة في بيت مطلقته كونها أصبحت أجنبية عنه وهذا المبدأ أقرته المحكمة العليا بالقول انه " من المقرر شرعا انه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.[2]

وقد جعل القاضي الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في احد قراراتها بالقول " انه من المقرر شرعا انه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له الزيارة أيضا، ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، الذي يجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 قانون أسرة الجزائري، فان

---

1 : خرباب ،اسمهان مرجع سابق، ص 46.

2 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 21440، مجلة القضائية، سنة 2001، ص 194، نقلا عن يوسف دلاندة، ص75.

القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

أولا: مكان الزيارة : يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع به المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات محدودات وبذلك لا يمكن أن يسبب مكان الزيارة إحراجا للزائر كان يكون بمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية. [2]

إذا قررت المحكمة العليا في 1990/04/30 بأنه : **من المستقر فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولدان يسهل على الأخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالقانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان – في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فقد تجاوزوا اختصاصاتهم وقيدوا حرية الأشخاص وخالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".** [3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها القاضي بانه : " **من المقرر شرعا انه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ، ومتى كان في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن بسبب المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لان المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عنه، وان الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال متى تمتعت البنت**

---

1 : قرار رقم 189181 صادر في 21/04/1998، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص192، نقلا عن إيمان عماري، ص98.

2 : الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة عتو سامية، مرجع سابق، ص 70.

3 : قرار رقم 79891 صادر في 30/04/1990، مجلة القضائية، 1992، عدد 01، ص45، عن إيمان عماري، ص(ص 100.

برعاية والدها ولو لساعات محدودة ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار ". [1]

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

المشرع الجزائري لم ينص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا أو أسبوعيا أم شهريا، ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل و الأعياد و المناسبات الدينية والوطنية. [2]

وقد حددته المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت انه " **متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ومن ثم، فان القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**". [3]

---

1 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 214290، بتاريخ 15/12/1998 ، نقلا عن الهاشمو فاطمة الزهراء، عتوا سامية، ص70.

2 : ضيف الله عادل قاسم تواتي المرجع سابق، ص 50.

3 : انظر إلى الملف رقم 59784 ، القرار صادر في 16/04/1990 مجلة القضائية، العدد 04 ، سنة 1991 ، ص 126، نقلا عن إيمان عماري، ص99.

خلاصة الفصل

نستخلص مما سبق أن القاضي في شتى الحالات يغلب مصلحة المحضون عند النطق بالحكم في موضوع الحضانة و إسقاطها حيث أن الحاضنة يمكن أن يسقط حقها في ممارسة حضانتها اتجاه الأولاد ذكورا كانوا أم إناثا عند تخلف أحد الشروط الواجب توفرها فيها أو وجود مانع يمنعها من ممارسة حضانتها ، ويمكن للحاضنة أن تعود لها حضانتها بعد سقوطها إذ زال السبب.

فسلطة القاضي الواسعة في تقدير مصلحة المحضون و حيث ما تحققت هذه المصلحة اتجه إليها محاولا بذلك وضع المحضون في يد آمنه و محيط متوفر شروط السلامة المادية و المعنوية ، فسلطته تمكنه من تكييف الوقائع والدلائل والبراهين وتقديرها بكل حرية مستنبطا الحكم الملائم.

وعلى الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة والحقوق المتعلقة بها بموجب النصوص الخاصة بتشريع الاسرة و ذلك على مدار ممارستة الحضانة الا ان للقاضي بالغ السلطة و الرأي في التقدير الراشد لما هو انسب للمحضون في اطار ما يسمح به القانون .

خاتمـــة :

ختاما لما تضمنه فصلا الدراسة المتعلقة بمصلحة المحضون و سلطة القاضي في تقديرها نخلص لكون ان مصلحة المحضون تتبلور فيما حدده المشرع من شروط و ظروف واجب توفرها لرعاية هذا الاخير و هو الامر الذي يتطلب مسبقا الاحاطة بمعنى " مراعاة مصلحة المحضون و المعايير الواجب الاعتماد عليها في تقدير كل ما هو انسب لمصلحة هذا الاخير ، مع الاشارة الى ان هناك فعالية بالغة للسلطة الممنوحة للقاضي المختص في هذا الشأن كون ان دوره يتجلى في تقديره لتطبيق النص القانوني المناسب الذي المتلائم مع الظروف المحيطة بالمحضون خاصة فيما يتعلق بمسألة مراعاة الانسب و الاحق في الحضانة من بين الاشخاص الذين خول لهم القانون ذلك ، بالاضافة الى سلطته الواسعة في تقرير مسألة اسقاط الحضانة و اسنادها للاحق بها من المسقطة عليه من جهة ، ثم تقدير مدى امكانية اعادة اسناد الحضانة في خضم توفر الشروط اللازمة في طالبها من جديد .

و نرى أن المشرع الجزائري من خلال ما تم سنه من النصوص القانونية قد اولى بالغ الاهمية لمسألة تقدير مصلحة المحضون كما و قد منح القاضي المختص واسع السلطة التقديرية في اطار ما يسمح به القانون طبعا ، و ذلك بغية حماية المحضون من الضياع، حيث كان تدخله من خلال تعديل قانون الأسرة الجزائري، الذي جاء بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون اهمها هو تغيير ترتيب أصحاب الحق محاولة منه المساواة بين جهة الأم و جهة الأب، وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، بالاضافة لإلغاء فقرة ثانية وما بعدها من المادة 52 وتعديل المادة 72 المتعلقة بسكن الحاضن نظرا لتضارب الحاصل بينهما، وذلك حتى تنسجم النصوص مع بعضها البعض، بغية حماية مصلحة الأولاد بعد الطلاق.

ومن خلال ما سبق استخلاصة تم التوصل إلى جملة من النتائج و الملاحظات نذكر منها مايلي :

- أن تشريع الأسرة الجزائري نظم مسألة الحضانة و نص على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منه مع ترك السلطة التقديرية لهذه المصلحة في يد القاضي المختص بناء على الوقائع المطروحة أمامه.
- أن مصلحة المحضون مرتبطة بمصلحة الغير في اغلب الاحيان ، كالنفقة والزيارة والمسكن.
- لم ينص المشرع الجزائري على وسائل قانونية صريحة تحقق مصلحة المحضون، انما ترك سلطة تقديرها و تقدير مدى ملائمتها للمحضون لأمر للقاضي بمنحه سلطة واسعة في التكفل بالمحضون حسب ما تمليه عليه الظروف المحيطة بالمحضون وخبرته.
- لا يمكن للقاضي وضع قواعد ثابتة لتقدير مصلحة المحضون و اسقاطها على لشتى المحضونين كون ان الوقائع غير مستقرة و تختلف من محضون لآخر، الا ان القاضي يستدل من خلال ظروف وملابسات كل قضية الى ما هو انسب للمحضون ، و هو ما يبرر اختلاف الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع.
- المشرع الجزائري من خلال قانون الاسرة سمح بتمديد الحضانة للولد وأعطى هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأي أحد غير الأم طلب تمديدها حتى لو اقتضت مصلحة المحضون ذلك، دون إعطاء مبرر خاصة وأن هذا التمديد لا خلفية شرعية له.

- ترك سلطة تنظيم و تقرير المسائل التطبيقية المتعلقة بحق الزيارة و بكيفية ممارستها من حيث المكان والزمان للقاضي و عدم تطرق النصوص القانونية لها ما يعد اشكالا و ثغرة قد تتسبب في تناقض الاحكام .
- عمل الحاضنة لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة ما لم يكن يضر بمصلحة المحضون، تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق الام العاملة ، وحقها في حضانة أولادها .
- الارتباط الوثيق لعمل القاضي بالخبراء المختصين النفسانيين و الاجتماعيين قبل الفصل في المسائل الخاصة بالمحضون لتسهيل بسط السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

اما بالنسبة للتوصيات والاقتراحات المستخلصة من خلال دراستنا و التي من شأنها ان تساهم في تحقيق مصلحة المحضون نذكر ما يلي :

- ضرورة تحيين المشرع للنصوص القانونية المتعلقة بالحضانة و العمل على تفصيلها بدقة لتعلقها بمصلحة فرد بالغ الاهمية و الحساسية ، وتدارك النقائص الموجودة و احاطة موضوع الحضانة بحماية قانونية اشد .
- وضع مفهوم قانوني صريح لقاعدة مصلحة المحضون مع تحديد معاييرها و شروطها للمساهمة في تسهيل اعمال سلطة القاضي التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون .
- ضرورة تنظيم المشرع للجوانب المتعلقة بحق الزيارة بتحديد مكانها ومدتها باعتبارها من ابرز و اهم الحقوق المتعلقة بالمحضون.
- ضرورة تحديد المشرع صراحة للشروط الواجب توافرها في الحاضن، تحقيقا لمصلحة المحضون و تسهيلا لاعمال السلطة التقديرية للقاضي .

وفي الأخير يمكن القول أن القاضي و من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له يعد الحلقة الرابطة بين المحضون و الحماية القانونية الواجبة له ، أي ان له بالغ الفعالية في تقرير و اعمال حق الحضانة و تطبيقه على ارض الواقع مع الاحاطة و حماية كل ما يتعلق بهذا الحق و ما يجب له ، و هذا في اطار اعتماده على ما هو منصوص عليه في تشريع الاسرة بما يضمن تحقيق الافضل لمصلحة المحضون .

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ_ القرآن الكريم

ب_ القواميس والمعاجم

- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، سنة 2008.
- مسعود جبران، الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة 03 ، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد 02، سنة 1978.

ج: القوانين

- الأمر رقم 75_58 المؤرخ بتاريخ 20 رمضان عام 1395 ، الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 84_11 المؤرخ في رمضان 1404هـ، الموافق ل : 25 فبراير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 43 ، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.
- القانون رقم 08_09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجريدة الرسمية عدد 21، المؤرخة بتاريخ 23 ابريل 2008 المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق ل 12 يوليو سنة 2022 .

ثانيا: قائمة المراجع

أ: الكتب

- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 2009.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 05/02 ، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006)، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- أحمد علي جردات، الحضانة والضم ومتعلقاتها (أحكامها الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في ظل القانون الجديد، ط01 ، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض ، نفقة، عدة حضانة، متاع دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دون طبعة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

- خالد داودي، الحضانة، ط1، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة(الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2013 .
- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق ، ط2، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007 .
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.
- محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

ب_ الأطروحات والرسائل الجامعية

1_ الأطروحات

- حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004/2005 .
- مطروح عدلان الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية جامعة وهران احمد بن بلة الجزائر، 2014/2015.

2: المذكرات الجامعية

أ: رسائل الماجيستر

- إيمان ،معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الأحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر، 2014/2015.
- أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015.

ب _مذكرات الماستر

- بركات ،مروان شريفي عبد الغاني، الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة قسم الحقوق كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2019/2020.

- برادع حياة كلاسي كاميليا ، الحضانة بين مستلزمات النص القانوني ومصلحة المحضون، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون الأسرة قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2020/2021.
- بن عصمان نسرين إيناس مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008/2009.
- بركات الربيع، بعلي عز الدين رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق، مذكرة ماستر، تخصص أحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018.
- بن محاد كريمة، خلفاوي خديجة مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق والسياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016/2017.
- خرباب أسمهان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر،2020/2019.
- زكري فوزية، عميور مريم، دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر ، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2018/2019.
- دثوش مفيدة، زغداوي الهام، مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أسرة قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل الجزائر، 2020/2021.
- زكرياء مطرفي، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة،

مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018/2019.

- ساري نوري مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2013/2014.
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2014/2015.
- ضيف الله عادل، قاسم تواتي، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2016/2017.
- صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2015/2016.
- عزايز حرية، باهي فاطمة إشكالات إسناد الحضانة وممارستها ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2018/2017.
- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص أحوال شخصية ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014/2015.
- الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة عتو سامية مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، الجزائر، 2016/2017.

- مسيكة محمد صغير، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال الشخصية قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/2016.

ج . المقالات:

- بن داود حنان بن عمار محمد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04 ، العدد02، 2019.
- بوبكر خلف مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2016.
- جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13 ، العدد 02 ، جامعة تمنراست، الجزائر، 2021.
- كريمة محروق ، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر العلوم الإسلامية، المجلد 31 ، العدد 2، قسنطينة، 2017.
- محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات العدد 17 ، جامعة الوادي، الجزائر.
- مغاري حياة، فركوس دليلة دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58 ، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021.

د: القرارات القضائية

- الملف رقم 26709، القرار بتاريخ 08/02/1982 ، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد خاص.
- الملف رقم 32594 ، قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 02/04/1984 ، قضية (ب.ن) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989.
- الملف رقم 40438، قرار المحكمة العليا ، الصادر 05/05/1986، المجلة القضائية، عدد02،1989.
- الملف رقم 52221 ، قرار 13/03/1989، المجلة القضائية، عدد 01، 1993.
- الملف رقم 57506 ، القرار الصادر في 25/12/1989، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1991.
- الملف رقم 89672، القرار الصادر بتاريخ 23/02/1993، محكمة العليا، عرفة أحوال الشخصية والمواريث، عدد خاص، اجتهاد قضائي، 2001.
- الملف رقم 43594 المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 22/09/1986، المجلة القضائية، 1992، العدد 04.
- الملف رقم 123889 القرار الصادر في 24/10/1995، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية نشرة القضاة العدد 52، 1997.
- الملف رقم 136604، القرار الصادر في 23/04/1996، المحكمة العليا، غرفة الأحـوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 1997.
- الملف رقم 189260، القرار الصادر 21/04/1998، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، اجتهاد قضائي، عدد خاص.
- الملف رقم 216886، القرار بتاريخ 16/03/1999، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 1992، 12 القرار رقم 25566 ،

الصادر في 10/12/1999 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا عدد خاص، 2001.

- الملف رقم 235456 ، قرار بتاريخ 22/02/2000 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.
- الملف رقم 331058، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/2005 ، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2005.
- الملف رقم 330566، القرار الصادر في 18/05/2005 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2005.
- الملف رقم 332324، قرار بتاريخ 13/07/2005 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 59، 2006.
- الملف رقم 337176 ، قرار بتاريخ 16/11/2005 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 65، 2010.
- الملف رقم 364850، القرار بتاريخ 17/05/2006، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007.
- الملف رقم 564787 ، القرار بتاريخ 15/07/2010، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2010. 20 قرار المحكمة العليا، رقم 0842551 ، الصادر بتاريخ 15/01/2015 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015.

فهرس المحتويات :

مقدمة ..... ص 05

الفصل الاول : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة..... ص 12

المبحث الأول : مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون..... ص 13

المطلب الأول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون..... ص 13

الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها..... ص 13

أولا_ تعريف الحضانة..... ص 13

1_ تعريف الحضانة لغة ..... ص 14

2 _ تعريف الحضانة شرعا ..... ص 14

3 _تعريف الحضانة قانونا ..... ص 14

ثانيا: خصائص الحضانة ..... ص 15

1_ الحضانة من النظام العام ..... ص 15

2_ الحضانة حق مشترك ..... ص 15

3_ الحضانة غير قابلة للتجزئة ..... ص 15

الفرع الثاني : معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون..... ص 16

أولا : مفهوم وخصائص قاعدة مصلحة المحضون ..... ص 16

1 _تعريف قاعدة مصلحة المحضون ..... ص 16

أ_تعريف المصلحة ..... ص 16

ب_ تعريف مراعاة مصلحة المحضون ..... ص 17

2_ خصائص قاعدة مصلحة المحضون ..... ص 17

أ_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية ..... ص 19

ب_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية ..... ص 19
ثانيا_ طبيعة مصلحة المحضون ..... ص 20
ثالثا_ معايير تقدير مصلحة المحضون ..... ص 20
1_ المعيار المعنوي الروحي ..... ص 21
2_ المعيار المادي ..... ص 21
3_ معيار الأمن و الصحة ..... ص 22
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين ..... ص 23
الفرع الأول: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ..... ص 23
أولا_ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري..... ص 23
ثانيا _ مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 02/05 ص 24
الفرع الثاني : أصحاب الحق في الحضانة في نظر القضاء..... ص 24
المبحث الثاني: تقدير القاضي لمصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة..... ص 26
المطلب الأول : الشروط القانونية الواجب توافرها لاكتساب الحضانة مع تقدير مصلحة المحضون..... ص 26
الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الرجال والنساء معا..... ص 26
أولا: كمال الأهلية ..... ص 26
ثانيا: الإسلام ..... ص 27
ثالثا _ القدرة على القيام بشؤون المحضون ..... ص 27
رابعا: الأمانة ..... ص 27
الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال ..... ص 29

أولا: الشروط الخاصة بالنساء ..... ص 29
ثانيا : الشروط الخاصة بالرجال ..... ص 31
1_ ثبوت الحضانة للعاصب يبنى على الإرث و لا إرث مع اختلاف الأديان..... ص 31
2 _أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى..... ص 31
المطلب الثاني: تقدير القاضي لمصلحة المحضون في حالات اسناد وتمديد الحضانة..... ص 32
الفرع الأول: تقدير القاضي لمصلحة المحضون في حالات اسناد الحضانة ..... ص 32
أولا: حالة الطلاق وما في حكمه ..... ص 32
ثانيا: حالة الوفاة أو الفقدان ..... ص 33
الفرع الثاني: مدة الحضانة ..... ص 33
أولا: مدة الحضانة ..... ص 34
ثانيا : تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون ..... ص 34
خلاصة الفصل ..... ص 36
الفصل الثاني : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند اسقاط الحضانة ..... ص 37
المبحث الأول : سلطة القاضي في تقدير مسقطات الحضانة و اعادة اسنادها ..... ص 38
المطلب الأول : سلطة القاضي في تقدير حالات سقوط الحضانة..... ص 38
الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة..... ص 38
أولا: زواج الحاضنة بغير قريب المحرم ..... ص 38

ثانيا : تخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري ..... ص 41
ثالثا : سفر الحاضنة بالمحضون ..... ص 42
رابعا : عمل الحاضنة المؤدي لاهمال المحضون ..... ص 43
الفرع الثاني: الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة ..... ص 44
أولا : سقوط الحضانة بالتقادم ..... ص 45
ثانيا : سقوط الحضانة بالتنازل عنها..... ص 46
1_ التنازل عن الحضانة بإرادة الحاضن المنفردة ..... ص 47
2_ التنازل عن الحضانة بمقتضى اتفاق ..... ص 47
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعادة اسناد الحضانة إلى مستحقيها بعد سقوطها ..... ص 47
الفرع الأول: عودة الحضانة لمن سقطت الحضانة عنها بالزواج ..... ص 47
الفرع الثاني : عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها..... ص 48
أولا: عودة اسناد الحضانة لمن سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها وفقا للشريعة الإسلامية ..... ص 48
ثانيا : عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها في قانون الأسرة الجزائري ..... ص 49
المبحث الثاني: آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة ..... ص 50
المطلب الأول : الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون..... ص 51
الفرع الأول: الخبرة ..... ص 51
الفرع الثاني: المعاينة ..... ص 52

الفرع الثالث : سماع الشهود..... ص 55
أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع ..... ص 55
ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة ..... ص 56
الفرع الرابع: اليمن ..... ص 57
المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون..... ص 57
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة..... ص 58
أولا : نفقة المحضون ..... ص 58
1_ شروط وجوب النفقة ..... ص 60
2 _ تقدير و تاريخ استحقاق النفقة ..... ص 61
ثانيا: أجرة الحضانة ..... ص 61
الفرع الثاني: حق المحضون في السكن..... ص 64
الفرع الثالث: حق زيارة المحضون..... ص 64
أولا: مكان الزيارة ..... ص 66
ثانيا: مدة الزيارة ..... ص 67
خلاصة الفصل ..... ص 68
خاتمة ..... ص 69
قائمة المصادر و المراجع ص73

ملخص :

من خلال دراستنا لموضوع مصلحة المحضون و سلطة القاضي في تقديرها نخلص الى أن مصلحة المحضون من اهم القضايا التي عالجها قانون الاسرة و القضاء الجزائري على حد سواء ، و ذلك من خلال تطرق قانون الاسرة الجزائري لحالة اسناد الحضانة لمستحقيها و حالات اسقاط الحضانة ، بالاضافة لوضعية تمديد فترة الحضانة و اعادة اسنادها لمن سقطت عنها او لمن سقطت عنه و كل هذا تم تقنينه و بالمقابل ، تم منح قاضي شؤون الاسرة السلطة التقديرية الكافية لمطابقة الوقائع المحيطة بالمحضون و ظروف نشأته مع ما يتلائم و يتوافق من النصوص القانونية التي تحقق مصلحته و ترعاها و الاجراءات اللازمة التي تحقق حماية المحضون في ذات الوقت .

الكلمات المفتاحية : مصلحة المحضون – السلطة التقديرية للقاضي – رعاية المحضون.

Summary:

Through our study of the issue of the child's interest and the judge's authority to assess it, we conclude that the child's interest is one of the most important issues addressed by the family law and the Algerian judiciary alike, and that is through the Algerian family law's treatment of the case of assigning custody to its beneficiaries and cases of dropping custody, in addition to the case of extending custody. The period of custody and its reassignment to the one to whom it was dropped or to the one to whom it was dropped. All of this has been codified, and in return, the family affairs judge has been given sufficient discretion to match the facts surrounding the child and the circumstances of his upbringing with what is appropriate and compatible with the legal texts that achieve and protect his interests and the procedures. Necessary to ensure the protection of the child in custody at the same time.

key words : The interest of the child in custody _ Judge's discretionary power – Care of the foster child