جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):

(1) سي العابدي شيماء
(2) عشيبة زوينة

يوم: .....

السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة

لجنة المناقشة:

د/ كيحل عز الدين	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
د/ زوزو زوليخة	أستاذة محاضرة	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
د/ بلجراف سامية	أستاذة	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022 – 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة

إلى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

أهدي هذا العمل إلى من أحمل اسمه بكل افتخار إلى من علمني

العطاء بدون انتظار إلى من أفنى زهرة شبابه في تربية

أبناءه مصدر قوتي وجهدي

أبي العزيز.

إلى معنى الحب والحنان والتضحية إلى من سهرت على تربيتي

والتي رع الله من شأنها وجعل الجنة تحت أقدامها

إلى من كانت دعواتها الصادقة سر نجاحي

أمي الغالية.

إلى من شاركني حنان الوالدين وساندني على مواصلة مشواري الدراسي

أخي "سفيان" .

إلى أختي وزوجة أخي الذين واصلوا دعمهم لي بالقول والفعل

"أريج" و "نجاح".

إلى روح جدتي الغالية "فاطمة" وجدي "صادق" و "علاوة" الذين لطالما

تمنية وجودهم ورحلوا دون أن يريا ثمرة هذا الجهد

رحمهم الله وأسكنهم فسيح جناته.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع ولكل من قدم لي يد المساعدة

وتمنى لي التوفيق والنجاح.

شيماء سي العابدي

الإهداء

الحمد لله والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى

وأهله ومن وفى أما بعد

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية

بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح

بفضله تعالى مهداة.

إلى روح أبي الزكية الطاهرة.

إلى من أفضلها على نفسي ولما لا فلقد ضحت من أجلي

ولم تبخل بجهد في سبيل إسعادي على الدوام

أمي الحبيبة.

إلى إخواني ولكل العائلة الكريمة.

وإلى كل أصدقائي ورفقاء دربي في مختلف مراحلي الدراسية

إلى كل هؤلاء أهديهم هذا العمل المتواضع،

سائلتا الله العلي القدير أن ينفعنا به

ويمدنا توفيقه.

زوينة عشيبة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي ما تم جهد ولا ختم سعي إلا بفضله

وما تخطينا هذه العقبات والصعوبات

إلا بتوفيقه فالشكر لله الذي وفقنا

لإتمام هذه المذكرة.

نتقدم بجزيل الشكر بالمحبة والاحترام إلى

الأستاذة "زوزو زوليخة"

التي كان لها الفضل في إتمام هذه المذكرة

مما قدمته لنا من مساعدة وتوجيه

وتقديم الملاحظات

والشكر لها على التواضع والتفهم وحسن المعاملة.

والشكر موصول إلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة بسكرة

وامتناني إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة

بقبول مناقشة مذكرتنا.

كما أشكر كل من ساهم بتقديم يد العون

من قريب أو بعيد مهما كانت نوعية ودرجة المساعدة

في إنجاز وإتمام هذه المذكرة.

قائمة المختصرات

- ط: طبعة.
- ج: جزء.
- ص: صفحة.
- ع: عدد.
- م: مجلة.
- ج ر: جريدة رسمية.
- ا ق: اجتهاد قضائي.
- م ق: مجلة قضائية.
- م ع: محكمة عليا.
- م ج: مجلة جزائرية.
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق م: قانون مدني.
- غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- غ ق خ: غرفة القانون الخاص.
- د ب ن: دون بلد النشر.
- د س ن: دون سنة النشر.
- ق ا م ا: قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

مقدمة

مقدمة:

الزواج الخلية الأساسية لإنشاء أسرة أساسها المودة والرحمة والطمأنينة وبه تكون العلاقة ناجحة ومستقرة. بحيث قد يحدث في الزواج مشاكل بين الزوجين تؤدي بهم إلى الطلاق والتي من خلالها قد تؤدي إلى العديد من التأثيرات السلبية على الأولاد، لأن استقرار الأسرة له أثر في تنشئة الأولاد تنشئة سليمة، فهم ثمرة الحياة الزوجية واللبنة الأولى التي تكون الأسرة والمجتمع، فكان لابد من حماية الطفل من الهلاك والبعد به عن المخاطر.

فمن أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية والتي أقرتها الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والتي تمس بالطفل أساسا هي حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، فولاية الحضانة تثبت على الطفل، فهو يحتاج إلى من يرعاه ويقوم بشؤون حياته التي لا يستطيع هو أن يقوم بها بمفرده.

لهذا وضعت الشريعة والقانون أحكاما تنظم قضايا الحضانة جبرا للضرر الذي قد يواجه المحضون، بسبب الفرقة بين أحد والديه أو كليهما أو انقطاع العلاقة الزوجية بينهما.

فالإشكال الذي يطرح هو مسالة إسناد الحضانة بعد انتهاء الرابطة الزوجية والخلافات التي تنشأ بين الطرفين على من يتولى رعاية وحضانة الأطفال.

فالحضانة تعد من المسائل القانونية التي نظمها المشرع الجزائري بنصوص واضحة ضمن أحكام قانون الأسرة التي تساعد القاضي في حل مسائل الحضانة والإشكالات التي تثيرها.

المشرع الجزائري فتح للقاضي مجالا أثناء ممارسة عمله القضائي للإعمال بسلطته التقديرية بكل دقة، لذا تقع المسؤولية التقديرية على القاضي عند إسناده للحضانة في اعتبار تحقق مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها من خلال ضبط كل التفاصيل المرتبطة بها. فدور المشرع هو تذكير القاضي بتغليب مصلحة المحضون نظرا لأهميتها في أحكام الحضانة والعمل على حسن تطبيقها.

أهمية موضوع الدراسة:

تكمن أهمية دراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة في جانبين أساسيين:

من الناحية العلمية:

- أن أهمية الحضانة تكمن في ضرورتها للطفل وذلك بحاجته للرعاية وحماية مصالحه، لذلك أعطاه القانون والشريعة أهمية بالغة، باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة والمجتمع.
- أن يكون الطفل المحضون عضوا فعالا في المجتمع وتمكينه من العيش الحسن والحياة الكريمة.
- تكون مصلحة المحضون في تأمين حاجياته الأساسية من رعاية وتربية وتعليم وحماية، ولا تتوفر إلا بوجود الوالدين، وفي حالة غياب وجودهم خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية يجب العودة إلى القوانين التي تنظم شؤون الأسرة.
- المحافظة على حقوق الطفل المحضون والقيام بها على أكمل وجه.

من الناحية العملية:

- يعتبر دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة للأم أو الأب أو غيرهما عند فك الرابطة الزوجية، لأن المصلحة مسألة موضوعية أوكلها القانون للاجتهاد القضائي، فإعمال القاضي لهذه القاعدة يكفل حماية كافية للطفل، إلى أن المشرع اكتفى بالنص عليها دون تحديد مفهومها. فمبدأ مصلحة المحضون تكون من خلال التعاون بين المشرع مما وضعه من نصوص قانونية، والقاضي يعمل على الفصل فيها وتفسيرها بغرض الوصول إلى الحلول المتعلقة بمسألة المحضون.
- جعل المشرع قاعدة مصلحة المحضون هي المصلحة الأساسية التي يجب على القاضي الاعتماد عليها عند إسناد الحضانة والتي من خلالها قد تثور إشكالات تمس بهذه المصلحة والتي يجب على القاضي حلها والتصدي لها.

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع الدراسة نوجزها فيما يلي:

الأسباب الذاتية:

- الرغبة الشخصية التي دفعتنا لدراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة هو الميل والرغبة لدراسة قانون الأسرة ولمعرفة الأشخاص الذين تسند لهم

الحضانة ومن تتوفر عنده مصلحة الطفل المحضون، خوفا من الخطر الذي قد يواجهه نتيجة الإهمال بعد الطلاق اعتمادا بذلك على النصوص القانونية والقرارات القضائية.

الأسباب الموضوعية:

- دراسة هذا الموضوع، خاصة في موضوع مصلحة المحضون وسلطة القاضي في تقديرها.
- كثرة الخلافات والمشاكل بين الأسر في حالات الطلاق أو الوفاة حول موضوع حضانة الطفل.

أهداف الدراسة:

تكمن أهداف الدراسة في:

- تبيان أهمية الحضانة ودورها في حياة الطفل من حيث تكوينه العقلي والنفسي والجسمي.
- اكتشاف دور القاضي وسلطته التقديرية التي تصب لمصلحة المحضون.
- معرفة الأسس والمعايير التي اعتمد عليها المشرع في تطبيق قاعدة مصلحة المحضون.
- توضيح النصوص القانونية في إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون وفق قانون الأسرة الجزائري.
- تحديد أهمية دور القاضي في إسناد الحضانة.
- تبيان الشخص الأصلح والأقدر عند إسناد الحضانة.
- معرفة الإجراءات التي يستعين بها القاضي عند إسناده للحضانة.

الإشكالية:

يطرح الموضوع إشكالية والتي يمكن من خلالها أن نعالج موضوعنا والتي تتمثل في:

- هل وفق المشرع في إعطاء سلطة واسعة للقاضي عند إسناد الحضانة؟

منهج الدراسة:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية من خلال إعطاء الصورة المتعلقة بموضوع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، وضحيتها الأولى هو الطفل الذي يحرم من أحد أبويه أو كليهما، وتبيان المبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي التي على أساسها صدرت قرارات المحكمة العليا، مع ربطنا بين الجانب النظري والتطبيقي بتوظيف الأحكام والاجتهادات القضائية.

واعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي يتطلب الموضوع تحليلها.

الدراسات السابقة:

من أهم الدراسات السابقة التي اطلعنا عليها ولها صلة بموضوع الدراسة وتمت الاستفادة منها نذكر:

1. أطروحة دكتوراه للباحثة: عماري سناء بعنوان الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري بجامعة محمد خيضر بسكرة سنة 2021-2022.
2. أطروحة دكتوراه للباحثة: عمامرة مباركة بعنوان الحماية القانونية للطفل ضحية إهمال الأسرة في التشريع الجزائري بجامعة الحاج لخضر بباتنة سنة 2017-2018.
3. مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير للباحثة: إيمان معمري بعنوان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي سنة 2014-2015.
4. مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير لباحثة: سلامي دليلة بعنوان حماية الطفل في قانون الأسرة بجامعة يوسف بن خدة ببن عكنون سنة 2007-2008.

صعوبات الدراسة:

تكمن الصعوبات التي واجهتنا في موضوع دراستنا:

- بقلة الشروحات القانونية والتعريفات التي تتعلق بمصلحة المحضون.

وبناء على ما تقدم سنتناول هذا الموضوع بالإجابة على الإشكالية وفقا للخطة التالية:

تطرقنا في الفصل الأول إلى دور القاضي في تقرير حق الحضانة، وينقسم هذا الفصل إلى مبحثان، المبحث الأول ماهية الحضانة والذي قسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول تعريف الحضانة والثاني خصائص الحضانة. أما المبحث الثاني فهو تقرير القاضي مصلحة المحضون وفق شروط إسنادها وقسم لمطلبين، المطلب الأول أصحاب الحق في الحضانة والثاني شروط تولي الحضانة.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون، والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول تقدير مصلحة المحضون وفق أحكام قانون الأسرة وقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول مبدأ مراعاة قاعدة مصلحة المحضون، والثاني ضوابط ومعايير تطبيق قاعدة مصلحة المحضون. والمبحث الثاني تحت عنوان سلطة القاضي في تقدير ومراعاة مصلحة المحضون وجاء في مطلبين، المطلب الأول سلطة القاضي في ترتيب الحواضن والمصلحة المادية للمحضون، والثاني السلطة المخولة للقاضي في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بمصلحة المحضون، وأخيرا الخاتمة.

الفصل الأول
دور القاضي في تقرير حق الحضانة

الفصل الأول: دور القاضي في تقدير حق الحضانة

تعتبر الحضانة من أبرز النتائج المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، كما أنها مسألة من المسائل التي تولتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري، من اجل وضع الطفل عند من هو أقدر على القيام بشؤونه وكفالته بغرض الحفاظ على بدنه وعقله ودينه ورعايته ماديا ومعنويا، وهذه المسألة من أهم الأولويات التي يجب الأخذ بها، لأنها تقوم من ولادة الطفل ولا تظهر مصلحته إلا عند التفرقة بين الزوجين، ولا تكون إلا وفق شروط يجب توفرها في الحاضن تضمن حماية الطفل.

ولدراسة هذا الموضوع وتحديد مضمونه لابد من الوقوف على عدة مسائل والتي سنتطرق إليها في هذا الفصل المقسم إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية الحضانة.

المبحث الثاني: تقرير القاضي مصلحة المحضون وفق شروط إسنادها.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

حضانة الوالدين لأولادهما الذين هم ثمرة العلاقة الزوجية حين تكون العلاقة الزوجية قائمة واجبة عليهم وتصبح هذه القضية تحتاج إلى علاج في حالة الطلاق بين الزوجين أو لسبب أخر فنجد إن الطلاق تترتب عليه أثار منه مسألة الحضانة التي سنتناولها في مبحثين وهما تعريف الحضانة في (المطلب الأول)، وخصائص الحضانة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الحضانة هي القيام بتربية ورعاية الطفل الذي لا يستقل بأمره، بحيث يكفل له التربية الصحيحة والخلقية السليمة، والمحافظة على المحضون تكون شاملة، وتكون هذه الرعاية والحماية ممن له الحق في كفالة الطفل ومن هو الأقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، وهذا ما سنتطرق إليه في هذه الفروع.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

أولا: الحضانة لغة

هي ضم الشيء إلى الحضن، أي: مصدر للفعل حضن وهو يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية[1]. ويقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه بمعنى رقد عليه للتفريخ، وحضن الطائر أفراخه إذا غطهما بجناحيه[2].

وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها.

والحضانة مأخوذة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح: الصدر والعضدان وما بينهما. قالوا واحتضن الصبي وغيره جعله في حضنه أي رباه. والحضن حضنا وحضانة. ويقال حاضن، وحاضنة، والاسم الحضانة.

وحضن الصبي حضنت وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضانه[3].

الفرع الثاني: تعريفها لدى الفقهاء

أولا: تعريف المالكية

---

[1] نرمين أبو بكر محمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، ط1، منشورات الحلبي الحقيقية، لبنان، 2014، ص23.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص15.

[3] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص86.

الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه وذهابه ومجيئه. فالمحضون خلق ضعيف يفتقر إلى من يكفله بالتعهد والتربية حتى يقوم بنفسه على شؤونه دون مساعدة من أحد.

وقيل الحضانة هي صيانة العاجز عن القيام بمصالحه. أي صيانته عن خدمة نفسه، وهذا المعنى يدخل تحته الطفل الصغير والمعتوه والقيام بمصالحه من الخدمة وغيره[1].

ثانيا: تعريف الشافعية

هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل، وكبير مجنون. أي تنميته بما يصلح، يتعهده بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤنه.

وعرفها الفقيه الرملي بأنها حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون، وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره[2].

وقيل: هي تربية من لا يستقل، أي يفعل ما يصلحه ويقيه عما يضره[3].

ثالثا: تعريف الحنابلة

الحضانة هي حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.

وعرفت بحفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم؛ كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه[4].

وقيل: هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه. أي تعهد من لا يستطيع تعهد نفسه والقيام بشؤونه وحده[5].

رابعا: تعريف الأحناف

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص87.

[2] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص25.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص19.

[4] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3 4، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص10.

[5] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص19.

الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة، ممن له الحق في الحضانة[1].

وقيل: أنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها[2].

والذي يبدو من تعريف الفقهاء أنه لا يوجد بينهما خلاف كبير في الحضانة[3]، فيتبين من تعريفهم أن المقصود من الحضانة هي تربية المحضون وتنشئته تنشئة سليمة على الإسلام والأخلاق الفاضلة وتربية جسمه وعقله ووجدانه وإصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة إليه من تنظيف ولباس ومأكل ومشرب وغير ذلك[4].

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في قانون الأسرة

نجد أن المشرع الجزائري لم يخرج في تعريفه عن تعريف الفقهاء للحضانة، لأنه غالبا الحضانة متفق عليها، بحيث تعتبر من الضروريات في رعاية الأولاد وحمايتهم. وقد جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 على أن:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فالمشرع الجزائري في تعريفه للحضانة اعتمد على الأسباب والأهداف المتمثلة في:

- رعاية الولد وتعليمه.
- تربيته على دين أبيه.
- السهر على حمايته.
- حفظه صحة وخلقا.
- أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك[5].

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص87.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص17.

[3] إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، 2008، ص442.

[4] محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، عمان، 2008، ص229.

[5] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة، الجزائر، 2008، ص68.

وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل بوضعه عند من هو قادر على الاهتمام به والاعتناء بشؤونه في فترات حياته. ومن هنا فانه يتعين على المحكمة عند الحكم بالطلاق والفصل في حق الحضانة، أن تراعي كل الجوانب الذي تضمنها تعريف المادة 62 ق أ ج[1].

وأهداف الحضانة من خلال تعريف المشرع الجزائري في المادة 62 هي:

أولا: تعليم الولد

يقصد به التعليم الرسمي والأساسي، فمدام التعليم مجانيا وإجباريا، فكل طفل له الحق أن ينال من التعليم ما ينمي معلوماته ومعارفه وقدراته ومواهبه العقلية[2].

فمن المعروف أن أول آية نزلت من القرآن الكريم نادت بالقراءة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿**اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ**﴾. سورة العلق: الآية من 5/1.

فلا دليل أقوى من هذا يوضح مكانة التعليم في الأمة الإسلامية[3].

ولا يقل الحق في التعليم أهمية عن حقوق الإنسان إذ يعتبر القانون الدولي لحقوق الإنسان، حماية كل أمتهم بتطوير الاحترام العالمي لحقوق النشر، دون أن تكون هناك فئة تتمتع من الحقوق بدرجة أعلى من فئة أخرى[4].

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه

يقصد به أنه يجب أن تتم تربية الولد وفق مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان اعتبار أن زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فيستلزم عليها أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل إذا حكم القاضي بمنح حق الحضانة إلى الأم الغير مسلمة، لأنها تعتبر كالمسلمة في هذه الحالة[5].

---

[1] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص380.

[2] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص107.

[3] نفس المرجع، ص106.

[4] موالفي سامية، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة1989، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2002، ص116.

[5] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، كلية الحقوق، 2007-2008.

وهذا ما أثبته المشرع الجزائري في المادة 62 ق ا ج بقوله:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...".

هذا يعني أنه حتى وإذا كانت الأم الحاضنة كافرة، تقوم بتربية الطفل وتنشئته على دين أبيه، فهذا ما أوجبه عليها القانون أن تقوم به[1].

وجاء في القرار رقم 51894 الصادر في 1988/12/19:" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا أن خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".

ولما كان قضاة الاستئناف –في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الوالدين باعتبارها أنها أصبحا يافعين، إلا إنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من ق أ[2].

ثالثا: السهر على حمايته

لابد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها وجوانبها المادية والمعنوية، فلا يكون عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كترهيبه، أو تخويفه، أو شتمه، الذي قد يؤدي بالطفل إلى اضطراب نفسي وعاطفي، وليس معنى ذلك أن يترك الطفل وأن يؤدب كلما استدعت الحاجة، ثم إن الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لا بد من حماية الطفل حتى من نفسه[3].

رابعا: حمايته صحيا

[1] معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، قسم الحقوق، 2014–2015، ص19.

[2] القرار رقم 51894 الصادر في 1988/12/19، عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص251.

[3] كمال صمام، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، قسم الحقوق، 2014–2015، ص16.

تتمثل في العناية بإعداد طعام الصغير وتنظيف جسمه و ثيابه وفراشه، مع السهر على حمايته من تعريض نفسه للأخطار الجسدية التي يمكن أن يقع فيها، وهذا ما تتطلبه السنوات الأولى من حياته[1].

خامسا: حمايته خلقيا

وذلك بتنشئة الطفل لأن يكون فردا صالحا سويا بإعداده على حسن الخلق وتهذيبه وعدم تركه للشارع ورفقاء السوء[2].

ترجع صعوبات تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه أساسا إلى مصلحة المحضون الذي يتعين على القاضي أخذه بعين الاعتبار عند إصداره للحكم باستحقاق الحضانة أو إسقاطها. ففي التشريع الجزائري عند إسناد الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة يشترط إقامتها في الجزائر لضمان تربية المحضون على الدين الإسلامي[3].

مع مراعاة كل الأهداف التي تضمنتها المادة 62 من ق ا ج.

الفرع الرابع: مشروعية الحضانة وحكمها

سنتطرق في هذا الفرع إلى مشروعية الحضانة والحكم الشرعي لها.

أولا: مشروعية الحضانة

الحضانة مشروعة، ومشروعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

1. من الكتاب:

وقول الله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾. سورة البقرة: الآية 233.

وقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾. سورة الطلاق: الآية 06.

---

[1] زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008، ص56.

[2] طاهري آسية، التنازع في قضايا الأحوال الشخصية الحضانة والسكن نموذجا (دراسة مقارنة)، أطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2017-2018، ص33.

[3] حياة عفرة، إشكالات إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد02، 2022، ص772.

دلت هذه الآيتين على أحقية الطفل في الرضاع، ولا شك أن فترة الرضاع من مدة الحضانة[1].

وقوله سبحانه وتعالى في شان ولادة السيدة مريم عليها السلام: ﴿**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا** ۖ﴾. سورة آل العمران: الآية 37.

دلت هذه الآية أن سبحانه وتعالى رباها تربية كاملة، ونشأها تنشئة صالحة عندما عهد بأمر كفالتها والقيام إلى مصالحها إلى زكريا[2].

2. السنة النبوية:

ورد في رواية ابن داود في حديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق بهم ما لم تنكحي[3].

الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها، ودل الحديث أن الأم إذا نكحت، سقط حقها من الحضانة[4].

وبما روى عن سعيد بن المسيب:" أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم ابنه عاصم، فتنازعا، وارتفع إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقال له أبو بكر: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر، ودفعه إليها".

في هذا الحديث دليل على مشروعية الحضانة وأن الأم أحق بها عند الفرقة بين الزوجين[5].

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفئة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص7.

[2] محمد عقلة الإبراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2013، ص314.

[3] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص11.

[4] عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011، ص326.

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 8، 9.

وعن البراء بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها؛ هي ابنة عمي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد ابنة أخي، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال الخالة بمنزلة الأم[1].

في الحديث دليل على أن الخالة في الحضانة بمنزلة الأم، وقد ثبت بالإجماع، أن الأم أقدم الحواضن، فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم، وأقدم من الأب والعمات[2].

3. من الإجماع:

والذي يدل على هذا الإجماع أن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة أم عاصم ابنه. وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم فكل منهما يدعي حضانته لنفسه، فخاصمها عمر بين يدي الخليفة أبى بكر الصديق ليأخذه منها فقال له أبو بكر: ريحها ومسها ومسحها خير من الشهد عندك، وكان عمر في هذه الخصومة بحضرة الصحابة ولم ينكر على الخليفة حكمه أحد منهم ذلك فكان إجماعا[3].

فقد أجمع العلماء على مشروعية الحضانة[4].

4. من المعقول:

من ناحية المنطق والمعقول فلقد أثبتت الدراسات أن الأم أكثر أمداد للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[5].

فالصغير في حاجة إلى من يقوم عليه ويربيه، فالحضانة حق للصغير؛ لاحتياجه إلى من يمسكه، فمرة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة جسمه في حضانته، ومرة إلى من يقوم بماله

---

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص11.

[2] عبد الله عبد المنعم العسيلي، مرجع سابق، ص327.

[3] ضو مفتاح غمق، الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، ط1، دار شموع الثقافة، (د ب ن)، 2002، ص18.

[4] مصطفى أمين حيدر الأتروشي، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري، ط1، دار قنديل، عمان، 2010، ص443.

[5] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص303.

حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهم إلى من هو أقوى به وأبصر، فالولاية إلى المال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء، وحق الحضانة ترك إلى النساء لأنهم أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهم، وملازمتهم للبيوت[1].

ثانيا: حكم الحضانة

الحضانة واجبة لأن الطفل إذا ترك ضاع وهلك وكذلك كل من لا يستقل بالقيام بأمور نفسه كالكبير العاجز والحضانة فرض كفاية إن قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين[2]. فلا شك أن الولد الصغير محتاج إلى من يعتني به، ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه، لأنه يكون عاجزا في هذه المرحلة عن القيام بمصالح نفسه وغير مدرك لما ينفعه، وما يضره، والشارع قد ناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته، ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه وماله[3]، لأن الطفل بعد مرحلة الصغر يكون في حاجة إلى من يقوم
بالإشراف على تعليمه وتهذيبه وصيانته من عوامل الانحراف ولا شك أن الأب أقدر على ذلك من الأم لكمال رأيه وحسن تصرفه[4].

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق الجم، حتى أنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله[5].

المطلب الثاني: خصائص الحضانة

نجد أن الحضانة واجبة لأن المحضون يهلك في حالة تركها فيجب حفظه من الخطر والإنفاق عليه وحمايته من المهالك[6]. فلا يجوز الإخلاء بحق بحقه لأنه غير قادر على رعاية نفسه لصغر سنه، بحيث تقتضي مصلحته في حفظه وتربيته وإطعامه وإبعاد كل ما يضره.

---

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص12.

[2] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص231.

[3] نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، (د س ن)، ص206.

[4] الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2011، ص42.

[5] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص356.

[6] نفس المرجع، ص356.

فسنتناول الحضانة من النظام العام في (الفرع الأول)، والحضانة حق مشترك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

الحضانة واجبة وسببها هو عدم استقلال الطفل المحضون بمصالحه، وعدم استقلاله سببه صغر سنه، أي ما يمنعه من مباشرة أموره والقيام عليها، وتعهد نفسه وقضاء حوائجها ومن أجل ذلك وجبت الحضانة لحفظه من الهلاك[1]. والواجب لا يتحقق إلا بعاتق الأبوين مع وجودهم وقدرتهم على الحضانة، وتفضل الأم في ذلك، وإذا فقدت ما يمنحها ذلك تنتقل للأب. وبعدهما القريب ومن هو أقدر على أداء الواجب[2].

فالصغير يحتاج إلى الرعاية الدائمة في كل شؤون حياته، من مبيته وتنظيفه في الجسم والملبس ورعايته والوقوف عليه حتى يستقيل ويستطيع الاعتماد على نفسه دون مساعدة غيره، لذلك كانت الحاجة إلى من يتعهده بحضانته[3].

فالحضانة شرعت لحفظ الأنفس ورعايتها وصونها عن الهلاك[4].

الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك

تقتضي الحضانة حفظ المحضون بإمساكه عما يؤذيه، وتربيته، وإطعامه، وغسله، كون الطفل عاجز للقيام بمصالحه[5]. فالحضانة هي حق مشترك، حق الحاضنة وحق المحضون وحق الحاضن أو من يقوم مقامه[6].

وهي حق للحاضن بحيث فوضت الولاية بالمال والعقود للرجال لأنهم أقدر على ذلك[7]. وحق للحاضنة لأن الأم أحق بإرضاع ولدها وأكثر شفقة وحنان علية، وحق للمحضون لأنه يهلك بتركها ويضيع، ولكن حق الولد أقوى من حق الحاضنة، لذلك فهي تتم بإشراف القاضي[8].

---

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص93.

[2] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص51.

[3] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص92.

[4] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق ص233.

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص11.

[6] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص357.

[7] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص11.

[8] عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص254.

فإذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بدون عذر بعد وجوبها لها ثم أرادة العودة لها، فلا تعود لأن الحضانة حق للحاضن، بناءا على أن حق الصغير منها لا يسقط[1]. ولذلك إذا كان نفع المحضون في يد حاضنته، وتركته للأب قبل بلوغه لقاء مصلحة ذاتية كان هذا باطلا، فيهدر وتجبر على حضانة الصغير إذا كانت هناك مصلحة للطفل في إمساكه[2]. وتجبر على الحاضنة إذا لم يكن هناك حاضنات غيرها، أو وجد من يستحق الحضانة لكن المحضون رفضها[3].

جاء في حاشية ابن عابدين: لو طلق رجل زوجته ولها منه ولد صغير وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد.

الجواب: نعم لها ذلك فان أقوى الحقين في الحضانة للصغير ولكن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا[4].

وقال ابن الماجشتون من المالكية: أن الحضانة من حق المحضون وبني على ذلك أن الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون ثم خلت من الزوج، لها أن تأخذ المحضون. ومن مؤدي هذا القول هم الاعتداء بحق المحضون، فإذا وجد مانع يمنع حق الحاضنة ثم زال هذا المانع كان لها أن تعود للحاضنة باعتبار أنها حق للمحضون[5].

إلى أن بعض الفقهاء اعتبروا أن الحضانة حق لله تعالى تسقط بإسقاط الحاضن أو إرادة المحضون، ووجه هذا القول أن الحضانة تحقق مصلحة عامة للمجتمع[6]. باعتبارها ضرورة لحفظ الأنفس وصيانتها تحقيقا للمصلحة الاجتماعية[7]، بحسن تربية الأفراد وتنشئتهم تنشئة سليمة، فكانت الحضانة حقا لله بهذا الاعتبار.

---

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص95.

[2] عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص317.

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص151.

[4] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص153.

[5] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص96.

[6] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص231.

[7] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص254.

وللمجتمع أيضا كفالة الطفل في حفظه والقيام بشؤونه ورعايته عند عدم وجود الولي الحاضن أو الحاضنة التي تتولى هذه المهمة، وقد أشار القانون إلى اعتبار هذا الجانب حيث نص على وجوب تحقق شروط خاصة فيمن يتولى الحضانة ومنع الحاضنة من السفر بالمحضون إذا خشي عليه من الضياع[1].

ومنه تعتبر الحضانة حق وواجب في نفس الوقت[2]؛ فهي حق للمحضون والحاضن وواجبة على الحاضن الذي تم إسناد الحضانة إليه، فإذا وقع الطلاق سينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم بحضانة الصغير، وينتج حق للولد على حاضنه، سواء كانت الأم أو غيرها يتعلق بحضانته. وعلى الحاضن أن يتنازل عن الحضانة باعتبارها حق للحاضن والمحضون، بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون[3].

[1] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص231.

[2] غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص47.

[3] إيمان معمري، مرجع سابق، ص23، 24.

المبحث الثاني: تقرير القاضي مصلحة المحضون وفق شروط إسنادها

يحتاج الطفل المحضون إلى من يرعاه ويحميه والقيام بتربيته والاهتمام بشؤونه، لأنه عاجز عن القيام بمصالح نفسه وغير قادر على إدارة أموره وحماية نفسه عما يؤذيه، فالطفل يحتاج إلى من يعتني به ويتعهده. ونجد أن المشرع أعطى الحضانة إلى الأم لأنها أشفق على الصغير وأقدر على خدمته وتربيته، وللأب لأنه قادر على حمايته وصيانته والتصرف في نفس المحضون وماله، وقد تنتقل الحضانة إلى الغير في حالة ما إذا كانت حضانة الطفل أصلح لغيرهما، ولا تثبت إلا لمن توفرت فيه شروط الحضانة وأن يكون أهلا للقيام بذلك.

فسنتناول من خلال هذا المبحث أصحاب الحق في الحضانة في (المطلب الأول)، وشروط تولي الحضانة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة

اعتمد المشرع الجزائري في إعطاءه للحضانة صيانة للطفل، إلى من هو أقرب إليه والقادر على تربيته ورعايته والقيام بأمور حياته مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول إلى حق الحضانة في قانون الأسرة 84-11، والفرع الثاني إلى حق الحضانة في قانون الأسرة 05-02.

الفرع الأول: الحق في الحضانة في قانون الأسرة 84-11

نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[1].

فمن الطبيعي نجد أن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير. بحيث أن المرأة أكثر عاطفة، وصبرا على احتياجاته المتنوعة. وأكثر شفقة ورحمة على الطفل من الرجال بحكم

[1] المادة 64 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15، 2005.

الفطرة والتكوين، فنجد أن المشرع قدمها على الرجال في استحقاق الحضانة[1]. فالأم أول الحاضنات[2]، كونها ذات شفقة وحنان وعطف على المولود[3]، ذلك لأن الله خلق في تكوينها الجسدي والخلقي والنفسي ما يجعلها أهلا لذلك، كما يسر لها من السبل بحيث تقوم بوظيفتها خير قيام[4]. وقد ورد في هذا الشأن أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له جواء، وثدي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال لها الرسول صلى الله علية وسلم: أنت أحق بهم ما لم تتزوجي[5].

يتبين من هذه المادة أن الأصل في الحضانة للنساء، كونهم الأقدر من الرجال على أداء مهمتهم في خدمته، وعلى هذا تكون الأم الأولى وأحق الناس بحضانة ولدها، وقرابتها مقدمة على قرابة الأب[6]، فقدم النساء على الرجال في الحضانة لكونهن الأقدر من الرجال على القيام بما يحتاج إليه الصغير، وأحق النساء وأولاهم بحضانة الولد هي أمه[7]، فالأم لها الأسبقية في حضانة مولودها كلما توفرت فيها الشروط الشرعية والقانونية[8].

وهو ما جاء في قانون الأسرة رقم 84-11 حق الولد في الحضانة لأمه حسب المادة 64 بقوله:" الأم أولى بحضانة ولدها...". فالمشرع الجزائري كان مدركا أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، وإذا انصرفت لها الحضانة لا تأخذ منها إلا بموجب مبرر

[1] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 134.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص153.

[3] عبد الله عبد المنعم العسيلي، مرجع سابق، ص327.

[4] ضو مفتاح غمق، مرجع سابق، ص18.

[5] بالحاج العربي، مرجع سابق، ص381.

[6] أنور العمروسى، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، ج1، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص324.

[7] عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص62.

[8] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص173.

شرعي، أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته والاعتناء به[1]، لأن الأم أقرب الناس إليه وأرفقهم به وأقدر وأصبر على تربية الطفل ورعاية مصالحه في المرحلة الأولى من حياته[2].

فنلاحظ أن نص المادة 64 في ترتيبها لمستحقي الحضانة اكتفى بتحديد خمس أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة، دون بيان الأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص، بعد هذا التحديد الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا فبترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[3].

وكما يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري بعد إعطاءه حق الحضانة للأم، قام بترتيب مستحقي الحضانة مبتدئا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربون الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[4]. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادرفي1968/09/25
والذي جاء فيه:" من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون. إن الأم لأولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ومن المقرر أيضا أن الحكم بالحضانة يقابله الحكم بحق الزيارة "[5].

بحيث أن القاضي عند حكمه بإسناد الحضانة إلى الأم وتنازلت عنها أو سقط حقها فيها، فتنتقل الحضانة إلى أم الأم أو الخالة ولا يكون إلا بموجب مبرر شرعي. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1982/02/22 على أنه:" متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص304.

[2] طاهري حسين، مرجع سابق، ص151.

[3] أحمد شامي، مرجع سابق، ص306.

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص381.

[5] بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص347.

لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي"[1]. فالقاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت الأم عنها، أو سقط حقها فيها لمبرر شرعي كالزواج من زوج أجنبي عن المحضون، فالجدة هي الأم وإن علت ثم تليها الخالة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:" الخالة بمنزلة الأم "[2].

نجد أن المشرع في قانون الأسرة 84-11 أعطى أولوية الحضانة للأم والأقربين من جهة الأم، ثم للأب وأقاربه، مع أنه لم يجعل هذا الترتيب إلزامي، بل لا بد من مراعاة مصلحة المحضون في ذلك. فالقاضي يسند الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط اللازمة للرعاية لتحقيق مصلحة المحضون[3].

الفرع الثاني: الحق في لحضانة في قانون الأسرة 05-02

قام المشرع الجزائري بتعديل في نص المادة 64 الذي وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم بترتيب جديد. وهذا ما نصت عليه في قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الامر 05-02:" الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فترتيب مستحقي الحضانة بعد التعديل الجديد للمادة 64 في جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبعده تأتي الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة[4].

هذا يعني أن في التعديل القديم للمادة 64 من ق أ ج، كان الأب في المرتبة الرابعة بعد الجدة لأم والخالة، لكن بعد تعديل المادة قفز المشرع بالأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم كونه الأقدر على تولي مصالح الطفل بعد الأم مباشرة.

فلما كان الطفل عاجز عن القيام بمصالح نفسه وعدم قدرته لصغر سنه جعل الله عز وجل ذلك إلى من يولي عليه، ففوضت الولاية في المال والعقود للرجال لأنهم أقدر على ذلك،

---

[1] القرار رقم 32594 الصادر في 1989/04/02، م ق، 1989، عدد1، ص77، نقل عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص350.

[2] أحمد شامي، مرجع سابق، ص305.

[3] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص254.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدي، الجزائر، 2014، ص76.

إلى أنه فوض التربية للأم كونها أشفق وأحن في ذلك، ففي حالة فك الرابطة الزوجية يبقى الطفل في حضانتها[1]، ولما كانت الأنثى أكثر شفقة ورحمة على الصغير وأليق لحضانته، وأشد صبرا على تلبية حاجياته المتنوعة، لهذا قدمها المشرع على الرجل في استحقاقها الحضانة[2]. فقد أعطيت الأولوية للأم لأنها لأحن والأقدر إذا توافرت فيها شروط الحضانة، فالأحق من النساء وأولاهن بحضانة الولد هي أمه[3]. فبعد وضع الأم في المرحلة الأولى وفوضت الحضانة إليها لأنها أشفق وأرفق به من غيرها وأقدر وأصبر على تحمل المشاق في سبيل حضانته وتربيته في هذه المرحلة من حياته[4].

وللأب الأولوية في الحضانة بعد الأم، نظرا للأهمية والواجبات التي يقوم عليها الأب بتحمل مسؤوليات كبيرة في الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عليه النفقة، كون الابن هو نتاج علاقة زوجين بين الأم والأب، فهو ابن مشترك لكليهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه والأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة[5]، لأنه أصل النسب وأقرب من غيره للمحضون[6]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر ب2001/02/12:" إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون"[7]. إلى أن القاضي يستطيع أن يقضي على مخاوفه في حالة إسناده الحضانة إلى الأب متى رأى أن مصلحة الطفل المحضون لا تتحقق إلا مع أبيه، لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن هو أقدر وأجدر بالقيام بأعبائه حماية لمصلحة المحضون[8].

---

[1] وسيم حسام الدين الأحمد، المركز القانوني لحقوق الطفل في العالم العربي (دراسة حالة حقوق الطفل في الجزائر)، دار الابتكار، الجزائر، (د س ن)، ص114.

[2] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص256.

[3] عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية، الإسكندرية، 2001، ص129.

[4] عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص132.

[5] أحمد شامي، مرجع سابق، ص309.

[6] عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص143.

[7] القرار رقم 256629 الصادر في 2001/02/12، م ق، 2004، العدد 02، ص421 نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة بنقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05-02، دار هومة، الجزائر، 2007، ص86.

[8] أحمد شامي، مرجع سابق، ص309.

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، وهذا ما جاء في القرار الصادر في 1993/02/23:" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق أ بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أقدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[1].

فهذا الترتيب ليس من النظام العام بل هو مرهون بمدى مراعاة مصلحة المحضون، فمتى وجدت هذه المصلحة أسندت الحضانة للشخص، ومتى فقدت هذه المصلحة أسلبت منه وانتقلت إلى من يليه في الرتبة إذا كان ذلك يحقق مصلحة المحضون[2].

فالوضع الطبيعي أن الأم والأب والجدات أقرب رحما من غيرهم وأشفق على الصغير ويعملون لمصلحته[3]، فإعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لان الطفل قد تعود على العيش معهم ولذلك تقدم الجدة لام وللأب على الخالة لخبرتهم وهناك اعتبار مادي ومصلحي وهو أن إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد في اطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر[4].

لهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع فالطفل دائما بين الأبوين تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين، فإسناد الحضانة بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها إلى الجدات هو أمر منطقي تماما[5]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر في 2008/02/13:" يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون"[6].

---

[1] القرار رقم 89672 الصادر في 1993/02/23، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، ص166 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، ص354.

[2] حيدرة محمد، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 02، 2018، ص14.

[3] ضو غمق مفتاح، مرجع سابق، ص36.

[4] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص256.

[5] نفس المرجع، ص256.

[6] القرار رقم 424292 بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد الأول، ص267 نقلا عن عماري سناء، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021-2022، ص78.

مع الإشارة بأن هذا الترتيب غير ملزم للقاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون أن يراعي ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن[1].

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن القاضي توجهه مصلحة المحضون، وتجبره على اختيار الحاضن الأكثر والأقدر لهذه المصلحة، فالقاضي يمكنه أن يخرج عن هذا الترتيب كلما دعت مصلحة المحضون ذلك[2].

المطلب الثاني: شروط تولي الحضانة

يترتب عن فك الرابطة الزوجية شروط[3]، وهذه الشروط تكون عامة وتكون خاصة من النساء، وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال[4]. فيشترط في الحاضن الأهلية، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري:" ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". فيمكن الاستناد بأحكام الشريعة الإسلامية لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة. وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالرجال

سنتناول في هذا الفرع الشروط الخاصة التي يجب أن تتوفر في الرجال.

أولا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

لأن الحضانة تعتبر نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين[5]، فيشترط في الحاضن اتحاد الدين؛ لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، فإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليس له الحق في

[1] الحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص76.

[2] أحمد شامي، مرجع سابق، ص310.

[3] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص6.

[4] أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق الخلع وحقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004، ص232.

[5] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص261.

الحضانة؛ لأنه لا توارث بينهما، وعليه فإن كان الصبي مسلما وله أخوان مسلم وذمي، فالمسلم هو الذي له حق الحضانة[1]. إذ قد بني حق الحضانة في الرجل على الميراث[2].

ثانيا: أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة

وهو أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن هناك من يحضن من النساء عند الرجال فلا حق له في الحضانة وهذا الشرط ذهب له المالكية[3].

نجد أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص في ذلك. فيمكن للقاضي العودة إلى المذاهب الفقهية، التي جاءت بها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[4].

ثالثا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

إذا كان الحاضن رجلا والمحضون أنثى مشتهاة يشترط أن يكون محرما لها، حتى لا يجوز له الزواج بها، وقد حدد الحنفية والحنابلة سنها بسبع سنين (7 سنوات)، حذرا من الخلوة بها لعدم المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق، لأنه لا فتنة، فلا يكون لأبن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة[5]. وهذا ما جاء به مذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول ذلك لأن الحضانة يعق فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون ولذا اشترطت المحرمية[6].

فهو إذن شرط ضروري رغم أن المشرع اكتفى من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري باشتراط أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك[7].

---

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص34.

[2] عز الدين بن عبد الله، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، 2013/09/26، https://montada.echoroukonline.com/showthread.php?t=251036

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

[4] كمال صمام، مرجع سابق، ص65.

[5] عبد المطلب عبد الرازق حمدان، مرجع سابق، ص42.

[6] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص238.

[7] مجدوب نوال، آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، مغنية، العدد 01، 2010، ص18.

لكن في حالة إذا انتقلت الحضانة إلى القاضي لعدم وجود أي حاضن لا من النساء ولا من الرجال ذي الرحم المحرم جاز له أن يعهد بها إلى ابن عمها وإبقاءها عنده إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها معه[1].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

سنتناول في هذا الفرع الشروط التي يجب توفرها في النساء.

أولا: ألا تكون متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم منه

إن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الطفل المحضون، أو بقريب غير محرم له، فإن كانت كذلك فلا حق لها في الحضانة[2]، لكن إن كانت متزوجة بمحرم للصغير كعمه أو جده أو كانت خالية من الأزواج فلا يسقط حقها في الحضانة[3]. فيشترط ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير لقول النبي صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به مالم تنكحي"، لأنها تكون مشغولة بأمور الزوج ولا تعطي اهتماما للصغير، إلى أن الزوج قد يعامل الصغير بعنف وكراهية[4]، ذلك أن زوج الأم لا يطمئن عادة لوجود الصغير مع أمه، فيكون ظنه هو إيذائه[5]، وهو غير مأمون خاصة على الأنثى[6]. وهذا السبب لا يتحقق إذا كان الزوج محرما للصغير لأن المحرم يكون عطوفا على الصغير ويعتبره كولده ولا يتضرر منه ومن وجوده مع زوجته وفي منزله بسبب القرابة والشفقة[7].

لكن إن تزوجت ثم طلقت، هل لها الحق أن تطلب حضانته؟

---

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص236.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره) دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب القانونية، ليبيا، 2006، ص230.

[3] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص260.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص38.

[5] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص89.

[6] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص260.

[7] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص260.

قال ابن الرشيد: إنها إن تزوجت سقط حق حضانتها في الولد، فليس لها أن تأخذه إن مات عنها أو طلقها وقيل إنما حضانتها تسقط مادامت مع الزوج، فإن مات عنها أو طلقها رجعت فأخذت ولدها وكانت أحق بحضانتها[1].

هذا يعني أن المرأة إن تزوجت يسقط حقها في حضانة الولد، لكن إذا تم الطلاق أو وفات بعد ذلك فيرجع لها الحق في المطالبة بأخذ ولدها لأنها لها الحق بحضانتها.

فنجد أن المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون الأسرة التي نصت على:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضرب مصلحة المحضون".

فالمشرع هنا أخذ بمذهب مالك الذي يسقط حضانة الأم في حالة تزوجها بغير قريب محرم، ويجب إثبات ذلك من قبل المدعي، ويقول القاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي:" وإذا تزوجت الأم ودخل بها سقطت حضانتها، لقول صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به مالم تنكحي"، ولأنه يلحق الضرر بالصبي كونه من زوج أمه ويلحق أباه أيضا، فكان له إزالته عنه..."[2].

ثانيا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغض المحضون

من يكره المحضون ويحقد عليه يجب ألا يسكن مع الحاضنة لأن الحضانة هي حفظ الصغير وإقامته مع من يبغضه قد يعرضه للأذى والضياع[3]، فالمقصود من الحضانة حفظه ورعايته[4]، فيشترط في الحاضنة ألا تقيم بالمحضون في بيت الشخص الذي يبغضه ويكرهه، حتى ولو كان قريبا[5]، وعلى هذا إذا تزوجت أم المحضون بأجنبي وسقط حقها في الحضانة، وأخذت أمها الولد، فإن أقامت به في مسكن واحد مع زوج ابنتها فكان للأب المحضون أخذه منها، أما إذا أقامت به في بيت رجل آخر كزوج خالته، فلا يسقط حقها في الحضانة لأن هذا

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص260.

[2] لحسن بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 76، 77.

[3] ضو مفتاح غمق، مرجع سابق، ص37.

[4] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص25.

[5] عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص41.

لا يبغض الصغير ولا يكرهه[1]، فلا حضانة لجدة أم الأم إذا سكنت معها أبنتها وهي متزوجة بشخص أجنبي إلا إذا تفردت بالسكنى معها[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

ذلك أنه يخشى على الطفل إذا سكنت مع أم المحضون التي تقيم مع غير قريب محرم، لأنه سيعامل الطفل معاملة غير لائقة، فالأولى أن يقيم الطفل مع أبيه وقد يكون العكس، إذا تبين للقاضي ذلك فلا يسقط الحضانة[3].

ثالثا: أن تكون الحاضنة ذا رحم محرم للمحضون

يشترط فيها أن تكون ذات رحم محرم للطفل كأمه، وأخته، وخالته، وجدته، لأن الحضانة مبنية على الشفقة، وذات الرحم المحرم هي من تكون أشفق على المحضون[4]، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا بنات الخال والخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية[5]. فلو كانت الحاضنة أجنبية من محضونها– لا يثبت لها حق الحضانة، حتى ولو كانت محرمة عليه كأمه رضاعا وأخته رضاعا. وكذلك كبنت عمه وبنت عمته وبنت خالته[6].

الفرع الثالث: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالرجال والنساء

تثبت الحضانة للرجل كما تثبت للنساء، فتكون بمن هو أقدر على رعاية الطفل وحمايته وتوفير احتياجاته المتنوعة، فهناك شروط عامة يجب توفرها في كل من الرجل والمرأة، وهي ما سنتناولها في هذا الفرع.

أولا: العقل

الحضانة هي ولاية تثبت على الطفل لحمايته من كل ما يضر بع ويؤذيه، ولتربيته وتقويمه على أحسن وجه، فالحاضن هو كل شخص يتولى شؤون الطفل[7]، فلا حضانة

---

[1] عثمان التكروري، مرجع سابق، ص261.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص41.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص79.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص40.

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

[6] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص130.

[7] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص259.

لمجنون أو معتوه سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا،[1] فالمجنون ومن في حكمه ليس أهلا للحضانة،[2] إذ لا يحسن القيام بشؤون نفسه فكيف له أن يقوم بشؤون غيره،[3] فالمحضون سيضيع عنده لأنه لا يحسن على القيام بأموره[4]، ويخشى عليه من الضرر وهو عندهم[5]، وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالا يليق[6].

ولقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري:" من كان فاقد الأهلية أو نقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون". فلا حضانة للمجنون لأنهم في حاجة إلى من يرعى شؤونهم، وهو ما أكدته أيضا المواد 42 43 44 من القانون المدني.

ثانيا: البلوغ

اعتبر شرط البلوغ محل اتفاق بين الفقهاء لان الصغير إذا كان مميزا لا يمكنه أن يعطي للمحضون ما يحتاج إليه من رعاية وعطف وحنان، فقبل البلوغ الشخص غير مدرك للدور الذي يتقابل فيه مع المحضون، لذلك اشترط البلوغ في الحاضن حتى يكون قادرا ومدركا للدور الذي يقوم به اتجاه الصغير وهو المحضون[7]، فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا[8] فهو لا يحسن القيام عليه ورعايته[9]، لأن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه والقيام بشؤونه، فلا يصلح لرعاية غيره[10]. فيشترط في الحاضنة والحاضن البلوغ لأن غير

---

[1] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص236.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص229.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2002، ص401.

[4] محمود على السرطاوي، مرجع سابق، ص236.

[5] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ص259.

[6] عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، ص35.

[7] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص104.

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

[9] رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص401.

[10] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 383.

البالغ لا يستطيع أن يقوم بشؤون نفسه فكيف يوكل له القيام بشؤون غيره[1]، وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة"[2].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05-02 حيث جاء فيها:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"[3]. وما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري" يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

يمكن القول أن الأم رغم صغر سنها وهي متزوج تقدر على تربية الطفل وتكون أهلا لتحمل كامل المسؤولية الناتجة عن الزواج تقدر أيضا على احتضان الطفل وهي مطلقة، إلا إذا ثبت بالدليل عدم قدرتها على ذلك.

ثالثا: القدرة عل التربية

يشترط في الحاضن أن يكون قادرا على تربية المحضون وصيانته والمحافظة عليه[4]، فلا حضانة لشخص عاجز لا يمكنه المحافظة على شؤونه الخاصة والقيام بأموره لذلك فهو لا يمكنه المحافظة على شؤون المحضون وتوفير الراحة له[5]. فالعاجز غير مطالب للقيام بفعل لغيره بسبب عجزه[6]، أي بمعنى أن يكون الحاضن صحيح الجسم خالي من الأمراض، قادر على القيام بكل متاعب الحضانة، فلو كان العجز عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال لحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير لا تكون أهلا للحضانة، كما لو كانت

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة)، ط1، نشر إحسان، (د ب ن)، 2014، ص231.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص383.

[3] المادة 7 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمعدل قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15، 2005.

[4] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص152.

[5] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص105.

[6] ضو مفتاح غمق، مرجع سابق، ص36.

مريضة مرضا معديا كان لوجود الطفل معها خطرا على حياته[1]، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه[2]، فسوء السلوك الذي يخشى من أثره الخطير على الطفل يمنع من الحضانة[3]. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/07/09:" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[4].

والمشرع صرح في المادة 02/67 من الأمر 05-02 المعدل:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، فعمل المرأة لا يسقط حقها في الحضانة ما لم يتوفر دليل ثابت في حرمان المحضون من حقوقه، مع وجوب مراعاة مصلحة المحضون[5].

رابعا: الأمانة

وهو أن يكون الحاضن ثقة عدلا يتقي الله في تعهد الطفل وتربيته[6]، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه[7]، وحتى تتحقق هذه الأمانة لا بد من توافر أمرين:

_ أن لا تكون الحاضنة فاسقة مستهترة، أو فاجرة فجورا يضيع الولد معه بفسقها أو فجورها.

_ أن لا تنشغل الحاضنة عن المحضون بعمل خارج البيت، بحيث لا تقيم في البيت الذي يقيم فيه المحضون أكثر النهار والليل، مما يؤدي بهذا إلى تعرض المحضون للإهمال والضرر، فبانشغالها عن المحضون لا تكون أهلا للحضانة[8].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص383.

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص407.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص402.

[4] القرار رقم 33921 الصادر في 1984/07/09، مزق، 1989، عدد 04، ص76، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص340.

[5] المادة 67 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 في 27 فبراير 2005، ج ر 15، ص22.

[6] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009، ص171.

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

[8] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 21، 22.

فالطفل ينشأ في نفسه انطباع صور ما يراها في محيطه وما يحصل أمامه، وينشأ من خلالها أخلاق سيئة، فحسب المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يشترط على الحاضن حفظ المحضون صحة وخلقا، أي أن الفاسق لا يمكنه أن يحفظ الصغير لا صحة ولا خلقا.

خامسا: الإسلام

نرى أن فقهاء المالكية لا يشترطون إسلام الحاضن مع ملاحظة أن المالكية لا يثبتون الحضانة للرجال إلا إذا كان عندهم من النساء من تصلح لحضانة الطفل بحيث أن المالكية لا يشترطون إسلام الحاضنة، ولكن يقيدون ذلك ألا يعلم للمحضون غير دينه، أو ألا يكون المحضون يعقل الأديان وهو الحاضن الغير المسلم[1]. سواء كانت هذه الحاضنة هي الأم أو غيرها، وسواء كانت كتابية أو غير كتابية[2].

فنجد أن المشرع الجزائري ساير الفقه المالكي في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في قوله:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقا"، ففي قوله القيام بتربيته على دين أبيه، هو تربية الأولاد في حالة وجودهم على دين أبيهم وهو الإسلام.

وكما جاء في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ**﴾. سورة آل العمران: الآية 19.

وقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ**﴾. سورة آل العمران: الآية 85.

هذه هي شروط الحضانة العامة للرجال والنساء والشروط الخاصة لكل واحد منهم، فإذا توافرت هذه الشروط في الشخص الحاضن ثبتت له الحضانة، وإذا انعدم توافر أي شرط من هذه الشرط فإن حق الحضانة يسقط.

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص153.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص231.

خلاصة الفصل

نستخلص من خلال هذا الفصل أن الحضانة هي حفظ الولد وصيانته والقيام على مصالحه وحمايته وتربيته ورعايته صحة وخلقا، بشرط أن يكون الشخص الحاضن قادرا وأهلا للقيام بذلك.

أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة، نشير إلى أن التعديل الوارد على المادة 64 من قانون الأسرى الجزائري قد يثير من ترتيب ذوي الحق في الحضانة إن كانت المادة سالفة الذكر قبل تعديلها أعطت الحضانة للأم ثم للجدة للأم، وهو ما كان في صالح الولد المحضون أكثر مما هو عليه الوضع بعد تعديل النص، لأن النص الجديد يقرر حضانة الأب مباشرة في حالة زواج الأم مرة ثانية بدل الجدة لأم، حيث ستكون أصلح برأينا في حالة زواج الأم مرة ثانية، وهو مالا يتحقق في ظل المادة 64 من القانون
05-02، إلى أن القاضي ليس ملزما بهذا الترتيب، فباستطاعته أن يعين الحاضن دون أن يعود إليه، لكن يجب عليه أن يراعي لمصلحة المحضون في ذلك فالمصلحة المعتمدة هي المعيار الأساسي في اختيار الحاضن.

والحضانة لا تستند على الحاضن إلا بتوفر شروط في الحاضنين، شروط خاصة بالرجال والنساء، فلا تثبت الحضانة إلا إذا توفر في الحاضن شرط من هذه الشروط، وإلا فقد سقط حقه في الحضانة.

الفصل الثاني
سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون

الفصل الثاني: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون

المشرع الجزائري أعطى السلطة التقديرية للقاضي عند إسناد الحضانة مراعيا في ذلك مصلحة الطفل المحضون، إلى أن المشرع لم يعرف قاعدة مصلحة المحضون لصعوبة الأمر المتعلق بالأسرة والآثار المترتبة عليها، وإنما حددها من خلال الأسس والمعايير التي تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة، وقد تم تحديد ذلك من المادة 62 إلى المادة72 من قانون الأسرة الجزائري، التي قامت بضبط مجموعة من الحقوق والقواعد الأساسية المتمثلة في حماية ورعاية الطفل المحضون.

وللتوضيح سنتطرق في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون وفق أحكام قانون الأسرة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير ومراعاة مصلحة المحضون.

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون وفق أحكام قانون الأسرة

وضعت التشريعات قاعدة مصلحة المحضون التي يستطيع القاضي من خلالها حماية الطفل المحضون ورعاية مصالحه، والتي على أساسها تتدرج الحماية القانونية للمحضون في قانون الأسرة، فجعل القانون هذه القاعدة فوق كل اعتبار، بحيث أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي يستطيع فيها القاضي أن يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

وهذا ما سنتناوله في هذا المبدأ من خلال مبدأ مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في (المطلب الأول)، وضوابط ومعايير تطبيق قاعدة مصلحة المحضون في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ مراعاة قاعدة مصلحة المحضون

يهدف كل من المشرع وفقهاء الشريعة الإسلامية إلى الحماية القانونية للمحضون ورعاية مصالحه، وأهم قاعدة وضعت لذلك هي قاعدة مصلحة المحضون، وقد أخذوا بهذه القاعدة قديما وحديثا، فحظيت باهتمام كبير من طرف المشرعين ضمانا للطفل المحضون.

وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من تعريف قاعدة مصلحة المحضون وخصائصها من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف المصلحة لغة واصطلاحا وفي الشريعة الإسلامية والقانون.

أولا: تعريف مصلحة المحضون لغة

المصلحة لغة هي: الفعل الذي فيه صلاح؛ بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذا الصلاح ضد الفساد والمصلحة واحدة، واستصلح ضد استفسد[1].

والمصلحة تعني المنفعة وإما مصدر بمعنى الصلاح، وتطلع حقيقة على المنفعة ومجازا على السبب المؤدي إلى النفع. وكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتوصيل،

[1] نبيل ونوغي، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، المجلد05، العدد02، 2022، ص74.

أو بالدفع والاتقاء[1].

والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، فهي كل ما يبعث على الصلاح، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة[2].

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون اصطلاحا

عرفها الإمام الغزالي بأنها:" جلب المنفعة ودفع المضرة بمقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصده، لكن يعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، أنفسهم، عقلهم، نسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[3].

وعرفها الخوارزمي:" المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق"[4].

وعرفها الطوفي بقوله:" هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة"[5].

وعرفها أيضا محمد سعيد رمضان البوطي أنها:" المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين لها، والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه"[6].

ثالثا: تعريف مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية

المصلحة هي جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة، وهي نفس المصلحة المعتبرة في الشريعة الإسلامية والتي تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل[7]، لأن

---

[1] غنية سطوطح، مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، الجزائر، المجلد04، العدد03، 2002، ص13.

[2] بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الوادي، العدد44، ص520.

[3] هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد01، 2018، ص383.

[4] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010-2011، ص61.

[5] محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسات القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، 2014، ص189.

[6] نفس المرجع، ص189.

[7] عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص63.

الغرض من الحضانة هو تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويقيه عما يضره[1]. لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**﴾. سورة النحل: الآية 90.

نجد أن الله عز وجل إنما يأمر بالعدل والإحسان تحقيقا لمصالح الناس من خلال النهي عن الفحشاء والمنكر، والبغي لمرضاة الله جل جلاله، لأن في ذلك منفعة كبرى أولى من مفسدة ومضرة تجلب للناس في دينهم وآخرتهم.

رابعا: تعريف مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

نجد أن المشرع الجزائري في المادة 64 من ق أ ج، ركز على مراعاة مصلحة المحضون برعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته[2]، ومن حيث أخذه بعين الاعتبار مصلحة المحضون وبذكر لفظ المصلحة، إلى أنه لم يعطي لها تعريف واضح، تاركا السلطة التقديرية للقاضي في إيجاد الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه والمتعلقة بمسائل الحضانة[3].

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، لذلك حظا مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع والقضاء، وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا. فقانون الأسرة لم يعطي تعريفا لمصطلح المصلحة، ولكن نص عليها في كثير من المواد أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر، كما ربطت المادة 64 ترتيب الحواضن بشرط مراعاة مصلحة المحضون[4].

فمبدأ مراعاة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون للاجتهاد القضائي، فهو الأقدر على الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا، فعند عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يكون قابلا للنقض،

---

[1] جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة الوادي، المجلد13، العدد02، 2021، ص503.

[2] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص521.

[3] إيمان معمري، مرجع سابق، ص38.

[4] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص521.

فالحكم هو الذي يقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون[1]، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما أو مجردا[2].

فرغم أن المشرع لم يعرف مصلحة المحضون إلى أنه ومن خلال نص المادة 62 ق.أ.ج، حدد أسس ومعايير تهدف إلى تحديد هذه المصلحة والمتمثلة في الرعاية والتربية والتعليم بالإضافة على حمايته وحفظه، وحسب نص المادة 64 من نفس القانون فالمشرع رتب مستحقي الحضانة بحيث جعل الأم هي الأولى بحضانة ولدها، لكن في الأخير ربط الترتيب المذكورة في المادة 64 بمراعاة مصلحة المحضون[3].

ومن خلال كل التعريفات يمكن أن نعطي معنى عام لمصلحة المحضون بأنها جلب المنفعة له، أو درء المفسدة عنه، بحيث يحرص القاضي على حماية الطفل ومنع كل ما يؤدي به إلى الضرر، إلى أن هذا التعريف نسبي، فقد يتغير بتغير الظروف والأحوال وبالتالي تترك الحرية للقاضي في تقديرها[4].

الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون

عند تناولنا في الفرع السابق تعريف مصلحة المحضون اتضح أنها تتميز بعدة خصائص وهي كالآتي:

أولا: قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية

المقصود بها أنها تتعلق بكل طفل على حدا، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة لكل طفل، ويحدد مصلحته من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه[5].

فهي تختلف من طفل لآخر، فالطفل الرضيع مثلا يختلف عن الطفل الكبير والبنت تختلف عن الولد[6]، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة، لا يصلح بالضرورة لطفل البالغ

[1] عماري سناء، مرجع سابق، ص303.

[2] إيمان معمري، مرجع سابق، ص39.

[3] جمال غريسي، مرجع سابق، ص504.

[4] محمد بجاق، مرجع سابق، ص190.

[5] سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 46.

[6] محمد بجاق، مرجع سابق، ص190.

السادسة أو السابعة من عمره[1].

فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو والرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن هذه المناطق لا تهتم بالدراسة، فإن ذلك يعد سببا من الأسباب التي تسقط فيها الحضانة في المدن الكبرى، باعتباره تقصيرا في تربية الولد ومتابعة تعليمه. فمصلحة البدو والرحل وبعض المناطق النائية تختلف عن مصلحة أطفال المدن الكبرى[2].

ثانيا: قاعدة مصلحة المحضون مسألة موضوعية

إن قاعدة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية، أوكلها القانون للاجتهاد القضائي، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة معللا وموضحا ذلك[3]؛ لأن عدم اعتبار القاضي عند إصداره الحكم بالحضانة لمصلحة المحضون، يجعل هذا الحكم قابلا للنقض لضعف التسبيب، عندما يقضي الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها؛ لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل والظروف والحوادث[4]. وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر 19968/03/29 أنه:" من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فإنه يجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون"[5].

المطلب الثاني: ضوابط ومعايير تطبيق قاعدة مصلحة المحضون

إن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا دقيقا لمصلحة المحضون، كما أن الفقه الإسلامي أولى عناية لتحقيق مصلحة المحضون بتنظيم أحكامها، في حين جعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها[6]. وهذه المعايير تتمثل في معيار مادي والآخر معنوي، وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية.

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في ق أ ج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، بن عكنون، كلية الحقوق، 2006-2007، ص104.

[2] إيمان معمري، مرجع سابق، ص39.

[3] جمال غريسي، مرجع سابق، ص504.

[4] نبيل ونوغي، مرجع سابق، ص75.

[5] المجلس الأعلى للقضاء، غ ق خ، قرار صادر بتاريخ 1968/03/29، مجلة الجزائر، العدد01، 1968، ص149 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الامر 05-02، مرجع سابق ص346.

[6] إيمان معمري، مرجع سابق، ص40.

الفرع الأول: المعيار المادي

إن إسهام العنصر المادي في رعاية المحضون أمر ضروري بكل طفل تتطلب حتما توفير حاجياته الضرورية وهي أمور لابد منها،[1] ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى غاية انحلالها[2].

ولهذا أوجبت التشريعات على الولي النفقة حتى يستغني عنها بالكسب بالنسبة للذكر وحتى الزواج بالنسبة للأنثى لأن النفقة بعد ذلك تصبح واجبة على الزوج[3]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب، ...طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4].

كما أن المشرع الجزائري نص على مشتملات النفقة في المادة 78 ق أ بأنه:" شمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وعليه فإنه إذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه، فيتولد الاستقرار والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة، والواقع أن استقرار الأسرة يعد أمرا مهما وعنصرا أساسي للأمن فبتوفره يحس المحضون بالراحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن[5].

الفرع الثاني: المعيار المعنوي

تتمثل أهمية هذا العنصر المعنوي في حياة المحضون، خاصة بعد الآثار السلبية التي قد تترتب من خلال انحلال عقد الزواج والتفكك الأسري الناتج عنها[6]، والدراسات النفسية أثبتت أن شخصية الإنسان في الخمس أو سبع سنوات الأولى من عمره، وما يكتسبه فيما بعد ما هو إلا مكمل ومتمم له، ومادامت الأم هي الأكثر عطفا لطفل في مقتبل عمره ولأصبر

---

[1] عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص67.

[2] عماي سناء، مرجع سابق، ص304.

[3] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص528.

[4] القرار رقم 179126 الصادر في 1998/02/19، م ع، غ ا ش، الاجتهاد القضائي، ع خ، 2001، ص198 نقلا عن جمال غريسي، مرجع سابق، ص506.

[5] إيمان معمري، مرجع سابق، ص41.

[6] جمال غريسي، مرجع سابق، ص505.

على خدمته، فلا يتقدم عليها أي شخص إلا لمانع شرعي أو قانوني. وحتى يبلغ الطفل سنا معينا فيصبح الأب أفضل له في الحضانة بحاجته للتربية والتوجيه والحماية[1]. فأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة[2].

ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي الروحي، ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهم للطفل في حياته الأولى، فعند ترك هذا بحرمانه تترتب عليه آثار سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل، ولعل أهمية هذا المعيار، تكمن في درء المخاطر على المجتمع ككل[3]، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون[4].

وبالتالي فالحرمان العاطفي، يؤثر على سلوك الطفل، ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه، وهذا ما يستخلص من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال؛ لأنهم الأقدر على مدهم بالعناية[5].

وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/06/04 ما يلي:" حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لم يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما رعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانون الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"[6].

---

[1] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص527.

[2] عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص65.

[3] الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مدعمة بأحكام وقرارات القضاء لبعض الدول العربية)، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد04، العدد02، 2020، ص196.

[4] إيمان معمري، مرجع سابق، ص40.

[5] نبيل ونوغي، مرجع سابق، ص77.

[6] القرار رقم 368395 الصادر في 2006/06/04، م ع، غ أش، نقلا عن جمال غريسي، مرجع سابق، ص506.

وعليه فالحضانة تتحقق لمن معه مصلحة المحضون، وللأم حق الأولوية على الأب، وعلى هذا يجب على القاضي عند إسناد الحضانة أو إسقاطها أن يعتمد على مصلحة المحضون مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، وعلى الحاضن أو الحاضنة توفير جو يسوده الأمن المعنوي لكي ينشأ الطفل بشخصية مكتملة، من خلال القيام بالواجبات التي تهدف بالفائدة على الطفل المحضون[1]، وعليه فالرعاية المعنوية والنفسية للطفل المحضون غير كافية إذا لم ترافقه رعاية مادية تحقق مصلحته وسد حاجاته الضرورية وتحقيق استقراره المادي والمعنوي[2].

[1] عماري سناء، مرجع سابق، ص304.

[2] جمال غريسي، مرجع سابق، ص507.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير ومراعاة قاعدة مصلحة المحضون

عند انحلال الرابطة الزوجية جعل المشرع الجزائري مسؤولية مصلحة المحضون للقاضي الجزائري في تحديد وتقدير تلك المصلحة نظرا لأهميتها، تحقيقا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ إلى عدة وسائل من خلالها يقدر على إصدار حكمه في ذلك.

وهذه المسألة دفعت بالقاضي للاجتهاد في موضوع الحضانة بهدف الوصول إلى إيجاد مصلحة المحضون ويقرها، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال سلطة القاضي في ترتيب الحواضن والمصلحة المادية للمحضون في (المطلب الأول)، وسلطة القاضي في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بمصلحة المحضون في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في ترتيب الحواضن والمصلحة المادية للمحضون

إن الفقهاء في تقديمهم جهة النساء على الرجال في الحضانة، كونهم لأشفق والأقدر على تربية المحضون، إلى أن المشرع جاء بتعديل جديد في ترتيبه للحواضن مع إبقاء الأم في المرتبة الأولى بحضانة ولدها لشفقتها وحبها للصغير أكثر من أي شخص غيرها، ثم حدد باقي الحاضنين لكونهم أولى المقربين للمحضون.

لذلك منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية لمراعاة مصلحة المحضون، وذلك ما سنتناوله في الفروع الآتية من خلال إبراز دوره في ترتيب مستحقي الحضانة، وتمديد الحضانة وحالات إسقاطها، والمصالح المادية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: دور القاضي في ترتيب مستحقي الحضانة

إن الترتيب الذي تطرقنا إليه سالفا في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الوارد في نص المادة، فإنه ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام[1]، وللقاضي أن يخرج عن هذا الترتيب إذا ثبت بالدليل أن الشخص الحاضن ليس أهلا للقيام بالحضانة كلما دعت ذلك مصلحة المحضون[2]، فالقاضي يسند الحضانة بمراعاته لمصلحة المحضون دون أن يراعي للترتيب

[1] كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، العدد 02، 2017، ص356.

[2] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 310.

الوارد في المادة 64 من ق أ ج، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1993/02/23 بأنه:" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق ا ج بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[1]. وكما جاء في القرار الصادر في 1998/03/17 بأنه:" من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة64 ق ا إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحضانة"[2].

فالسلطة التقديرية للقاضي هي تقدير مصلحة المحضون بتقديم الأب إلى الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره من الحاضنين لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بما للأب دور في ترتيب المحضون[3]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1997/02/18 بأنه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون. ولما كن ثابت- في قضية الحال- أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تأكد ذلك، فعن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[4]. فالترتيب الذي قام المشرع بتغييره لا يشكل صعوبة كبيرة على القاضي لأنه يعود دائما إلى مصلحة المحضون[5]، وللقاضي أن لا يتقيد بالترتيب الوارد في المادة 64 فالمهم هو أن يبحث عن الشخص الأقدر والملائم لإسناد الحضانة له مع توخي دائما مصلحة المحضون[6].

أولا: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة

---

[1] القرار رقم 89672 الصادر في 1993/02/23، ا ق، غ ا ش، ص166 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص354.

[2] القرار رقم 179471 الصادر في 1998/03/17، ا ق، غ ا ش، ع خ، ص172 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص356.

[3] أحمد شامي، مرجع سابق، ص310.

[4] القرار رقم 153640 الصادر في 1997/02/18، م ق، غ أ ش، 1997، عدد01، ص39 نقبل عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص354.

[5] أحمد شامي، مرجع سابق، ص310.

[6] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص256.

الحضانة حق للأم كأي حق من الحقوق ولها أن تتنازل عنها ولا تجبر في حالة وجود من يقوم مقامها[1]، فإذا كانت الأم التي سنجبرها على الحضانة بسبب رفض غيرها من الحاضنين على تولي الحضانة، أو عدم توفر شرط من الشروط القانونية فيهم، هي نفسها لا تتوفر فيها هذه الشروط لعجزها أو لعدم قدرتها ورغبتها فيه[2].

فإذا تعينت حضانة الصغير لعدم وجود غيرها، تجبر الأم على الحضانة للقيام بمسؤولية وواجبات المحضون مراعاة لمصلحته[3]. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر ب 1998/04/21 على ما يلي:" كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة شريط أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تأثر على ضمان مصلحة المحضون"[4].

ثانيا: تأقيت الحضانة

إن منح حق ممارسة الحضانة، يختص به قاضي الموضوع سواء قبل إصدار حكم النطق بالطلاق أو بعده، ففي هذه الحالة فإن اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضون من الأذى يجعل من الضرورة اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة[5]، أو ما جاء به المشرع الجزائري بتعديله الجديد على قانون الأسرة بالأمر 05-02 في المادة 57 مكرر والتي نصت على أن إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة، في أن يحكم بإسناد الحضانة لأي شخص ممن ذكرهم القانون مؤقتا، سواء كانت الأم أو الأب أو إلا من يراه أهلا لها، لتوفر عنصر الاستعجال، إلى حين صدور حكم قطعي

[1] العربي بختي، حقوق الطفل، مرجع سابق، ص90.

[2] جمال غريس، مرجع سابق، ص508.

[3] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص228.

[4] قرار رقم 189234 الصادر في 1998/04/21، ا ق، 2001، ع خ، ص175 نقلا عن جمال غريسي، مرجع سابق، ص508.

[5] كريمة محروق، التدابير الوقتية في مسائل الأسرة في ضوء تعديل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد10، العدد02، 2019، ص325.

في الموضوع خاصة بالفترة المخصصة لسير دعوى الطلاق مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[1].

الفرع الثاني: مدة الحضانة وإسقاطها

سنتناول في هذا الفرع لمدة الحضانة ودواعي سقوطها وإلى كيفية عودة الحق في الحضانة.

أولا: مدة الحضانة

المقرر في الشرع الإسلامية أن الحضانة تبدأ من وقت ولادة الطفل[2]، والأصل فيها أنها تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى سن الزواج، وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار الشخص الذي سيعيش معه[3]. وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري أنه:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

فالمشرع رأى أن إمكانية تمديد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكر بطلب من الحاضنة لأن هذا الحكم مخصص للذكر دون الأنثى، لأن مدة حضانتها طويلة وهي إلى حين بلوغ سن الزواج مقارنة بمدة حضانة الذكر[4]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/03/19 بأنه:" من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت

[1] ايت شعلال نبيل، يايسي لمية، التطبيقات القضائية للحضانة وفق التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، سطيف، المجلد07، العدد الأول، 2023، ص232 233.

[2] العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة الكنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص277.

[3] كريمة محروق، إشكالات تقدير مصلحة المحضونين أحكام القضاء ونصوص القانون، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد02، العدد01، 2017، ص30.

[4] جمال غريسي، مرجع سابق، ص509.

الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني"[1].

فالأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع رفع دعوى المطالبة بتمديد حضانة الولد الذكر وهذا لا يكون لغير الأم؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/12/10 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون"[2]. وجاء في قرار آخر الصادر في 1995/10/24:" إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر (16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[3].

فيشترط أن يكون التمديد خلال سنة من نهاية 10 سنوات وأن يكون الشخص الذي طلبها هو الأم وألا تكون متزوجة ثانية، فإذا انقضت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط عنها الحق في المطالبة بتمديد الحضانة[4]، ولكن في حالة ما إذا أقام أي شخص برفع دعوى يطلب فيها إسقاط الحضانة على الشخص الحاضن وإسنادها إليه ثانية بعد انقضاء مدة الحضانة، فإن على القاضي أن يحكم برفض الدعوى لانقضاء حق الطلب بالحضانة وانتهاء مدتها القانونية باعتبار الدعوى في مثل هذا الحال تصبح غير مؤسسة، وترفض لعدم التأسيس[5].

فبالنظر إلى فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الولد وتنتهي باستغنائه عن خدمة النساء وقدرته على القيام بشؤون نفسه وبمفرده بأن يأكل ويلبس

---

[1] القرار رقم 599156 الصادر في 1990/03/19، م ق، غ ا ش، 1991، العدد02، ص76 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص361.

[2] القرار رقم 66552 الصدر في 1990/12/10، م ق، غ ا ش، 1995، العدد02، ص89 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص361.

[3] القرار رقم 123889 الصادر في 1995/10/24، ن ق، غ ا ش، 1997، العدد52، ص111 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص362.

[4] بشرى عبد الرحمان، راضية عيمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد06، العدد02، 2021، ص870.

[5] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحكمة الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص179.

وينظف نفسه لوحده، وعادة ما يكون ذلك ببلوغ سن التمييز[1]. والقاضي الجزائري قيد انتهاء مدة الحضانة بمصلحة المحضون، وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 65 التي تنص:" على أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون"[2].

فيلاحظ أن المشرع في المادة سالفة الذكر قد حدد الحد الأقصى لتمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلا أنه أعطى السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة هذا الأمر لكن أن يتقيد بالشروط القانونية التالية:

- أن يكون التمديد للذكر دون الأنثى.
- حد التمديد 16 سنة، ويمكن للقاضي أن يمددها وذلك حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون.
- أن تكون الحاضنة هي الأم ولا يحق لغيرها مهما كانت الحجة المستند عليها.
- أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة ثانية.
- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت هذه المدة سقط حقها في المطالبة بالتمديد[3].

ثانيا: سقوط الحضانة

يتولى القاضي إسقاط الحضانة في عدة حالات وهي:

1. سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم

يعتبر زواج الأم بغير قريب محرم من الحالات التي نص عليها المشرع وتؤدي لإسقاط الحضانة عن الأم، وفي ذلك قول الرسول (ص):(أنت أحق به ما لم تنكحي)[4]، فمن خلال الرجوع إلى نص المادة 66 من ق ا ج نجد أنها تنص على:" يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم بالتنازل ما لم يضر بمصلح المحضون". وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 1989/07/03 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص264.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص154.

[3] عمامرة مباركة، الحماية القانونية للطفل ضحية إهمال الأسرة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018، ص148، 149.

[4] قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة لأبحاث القانونية والسياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد07، العدد01، 2022، ص915.

قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[1]. فالمشرع هنا لم يفرق بين الأم الحاضنة أو غيرها من الحواضن إذ اشترط أن لا تكون متزوجة بغير قريب محرم، لما قد يشكل في ذلك خطرا على المحضون[2]. وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/05/05 بأنه:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية انه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة. لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوج بأجنبي عن المحضون[3].

هذا يعني أن الحضانة تسقط بحكم القانون بمجرد زواج الحاضنة من شخص ليس محرم للمحضون، وتمنح الحضانة إلى شخص غيرها له الحق في المطالبة بها، ويكون بناءا على دعوى يقيمها الأب أو غيره مما أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد حسب ما تم ذكرهم في المادة 64 من ق ا ج[4]. هذا لأن الشخص الأجنبي قد يبغض المحضون ولا يعامله معاملة حسنة تليق به وقد يلحق به الضرر، عكس القريب الذي له صلة بالطفل، لكن قد نجد الأجنبي أو زوج الأم أكثر حبا وعطفا وشفقة على المحضون من أقربائه[5]. فالمرأة إذا اختارت الزواج بغير قريب محرم عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن المحضون؟ وهل يحق لها العودة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من ق ا ج على انه:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير اختياري". من خلال هذه المادة فإن الحضانة إذا سقطت بناءا على رغبة واختيار

---

[1] القرار رقم 54353 الصادر في 1989/07/03، م ق، العدد الأول، 1992، ص45 نقلا عن العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص65.

[2] جمال غريسي، مرجع سابق، ص512.

[3] القرار رقم 40438 الصادر في 1986/05/05، م ق، غ أ ش، 1989، العدد الثاني، ص75 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، 364.

[4] غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2017-2018، ص120.

[5] مغاري حياة، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، المجلد58، العدد04، 2021، ص170.

المحضون فإن الحضانة لا تعود لهذا الأخير، أما إذا كان السقوط ناتج عن تطبيق القانون كأن تتزوج الأم الحاضنة من غير قريب ثم طلقت منه، فهنا يكون سبب سقوط الحضانة زال ومنه يجوز لها أن تسترد حضانة أولادها[1]. وهذا ما جاء في القرار الصادر في 1998/07/21 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري. ومتى تبين– في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادت حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقه في الحضانة طبقا لأحكام المادة 77 من ق ا ج قد طبقوا صحيح القانون. متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

فالشرع والقانون عندما أسقطوا حق الحضانة عن الأم بزواجها من غير محارم الطفل، فذلك لا يعني عقابا للمرأة المطلقة أو تمييزها بينها وبين الرجل أو حرمانها من أطفالها أو تخييرها بين الزواج أو الأمومة، وإنما أن يكون ذلك بمراعاة مصلحة المحضون[3].

2. سقوط الحضانة بالتنازل

إن سقوط الحضانة يكون بتنازلها عن حقها القانوني والشرعي في الحضانة ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة قانونا ولا يضر بمصلحة المحضون،[4] وهوا ما جاء في نص المادة 66 من ق ا ج الفقرة الثانية بأنها:" يسقط حق الحضانة... أو بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وهو ما أكده القرار الصادر في 2002/02/13 بأنه:" تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[5].

فالمشرع اشترط أن لا يكون التنازل مضر بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، بصفة عامة كل تنازل

---

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص70.

[2] القرار رقم 201336 الصادر في 1998/07/21، م ق، 2001، ع خ، ص178 نقلا عن صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص92.

[3] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص140.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص388

[5] القرار رقم 282153 الصادر في 2002/02/13، م ق، 2003، العدد01، ص363 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05–02، مرجع سابق، ص368.

من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به[1]، لذلك فالحضانة وإن كانت حقا للحاضنة فالتنازل لا يجب أن يكون لرغبتها، بل يشترط فيه أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة مع توفر الشروط القانونية المطلوبة فيه[2]. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 1988/12/19:" 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 مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها- ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الحضانة"[3]. وجاء في قرار آخر الصادر في 1998/04/21:" 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. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4].

فلا يقبل استرجاع الحضانة إذا تنازل عنها صاحبها اختياريا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1989/03/27 بأنه:" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازل عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية"[5].

فالأصل أن القاضي يقبل التنازل ومتى زال السبب يجوز إعادة إسناد الحضانة لمن تنازل عنها مراعاة لمصلحة المحضون[6]، وهو ما جاء في القرار الصادر ب 1999/04/20 بأنه:" من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من المادة إسناد

---

[1] مزيان محمد، دعاوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة مستغانم، العدد02، 2011، ص77.

[2] كمال صمام، مرجع سابق، ص106.

[3] القرار رقم 51894 الصادر في 1988/12/19، م ق، 1990، العدد04، ص70 نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 05-02، مرجع سابق، ص89.

[4] القرار رقم 189234 الصادر في1998/04/21، ا ق، غ أ ش، ص175 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص89.

[5] القرار رقم 53340 الصادر في 1989/03/27، م ق، 1989، العدد03، ص 85 نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 05-02، مرجع سابق، ص89.

[6] قندوز سناء، مرجع سابق، ص917.

الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من ق أ وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلح المحضون. أخطأ في تطبيق القانون"[1].

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

تنص المادة 62 من أن:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". فإذا اختلت أحد هذه الشروط المنصوص عليها في هذه المادة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو الالتزامات المتعلقة بالحاضن، فهذا يؤدي إلى إسقاط الحضانة[2]. وهذا ما جاء في المادة 67 ق أ ج:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط هذا الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، أي أن الحكمة من هذه هي مصلحة المحضون[3]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/11/07:" من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه يخالف الأحكام الشرعية في غير محله"[4]، فعلى الحاضن أن يتوفر فيه شرط القدرة أي أنه يكون قادرا على حفظ الطفل وصيانته والقيام بمصالحه وشؤونه وحمايته، فإذا تخلف هذا الشرط يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة[5]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/07/09 بأنه:" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن

---

[1] القرار رقم 220470 الصادر في 1999/04/20، ع خ، 2004، ص181 نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 05-02، مرجع سابق، ص91.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص388.

[3] نفس المرجع، ص388.

[4] القرار رقم 50270 الصادر في 1988/11/07، م ق، 1991، عدد03، ص48 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص372.

[5] مغاري حياة، مرجع سابق، ص164.

بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[1].

فيشترط في الحاضن أن يكون صادقا أمينا متحلي بالأخلاق الحسنة، فإذا ثبت عكس ذلك سقط حقه في الحضانة. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/09/30 بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون"[2]. وكما جاء أيضا في القرار الصادر في 1984/01/09 بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمه في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا. وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهم لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها عن طلاقها"[3].

حيث نجد أن الفقرة الثانية من المادة 67 جاءت بأنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضونين وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في العمل وحقها في حضانة أبناءها[4]. وهذا ما جاء في القرار الصادر ب 2000/07/18 بأنه:" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة. ومن ثم فغن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها

[1] القرار رقم 33921 الصادر في 1984/07/09، م ق، غ أ ش، 1989، عدد04، ص76 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص340.

[2] القرار رقم 171684 الصادر في 1997/07/30، ا ق، غ أ ش، ع خ، ص169 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص374.

[3] القرار رقم 31997 الصادر في 1984/01/09، م ق، 1989، ع1، ص73 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص340.

[4] كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص366.

عاملة أخطأ في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

فالمشرع الجزائري كرس هذا الاجتهاد القضائي حيث أعطى الأم العاملة حقها في ممارسة الحضانة كمبدأ عام، ويمكن إسقاطها إذا كان عملها يؤدي بمصلحة المحضون للخطر، ومصلحته هي المعيار الأساسي الذي يجب النظر فيه[2].

4. سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها

نصت عليه المادة 68 من ق أ ج على أنه:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها". أي أن الحضانة تسقط إذا لم يطالب من له الحق فيها بمدة تزيد عن سنة بدون عذر مقبول شرعا وقانونا، ويرجع تقدير هذا العذر المنصوص عليه في المادة إلى القاضي المختص مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون دائما[3]. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/06/25 بأنه:" من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها..."[4]، وجاء في قرار آخر الصادر ب 1985/12/02 بأنه:" حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها"[5].

ومراعاة لمصلحة المحضون ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر ب 1999/05/18 بأنه:" من المقرر قانونا انه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون"[6]. أي أن المحكمة العليا ذهبت إلى عدم المطالبة بالحضانة بمرور سنة بدون

---

[1] القرار رقم 245156 الصادر في 2000/07/18، أ ق، غ أ ش، ع خ، ص188 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص357.

[2] مغاري حياة، مرجع سابق، ص168.

[3] صليحة بوجادي، الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، المجلد12، العدد01، 2021، ص272.

[4] القرار رقم 33633 الصادر في 1984/06/25، م ق، 1989، عدد03، ص45 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص376.

[5] القرار رقم 38825 الصادر في 1985/12/02، ن ق، العدد44، ص175 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص 377.

[6] القرار رقم 222655 الصادر في 1999/15/18، ا ق، غ أ ش، ع خ، ص185 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص378.

عذر لا يسقط الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون متوفرة فيه[1]، وأكد هذا القرار الصادر ب 1984/07/09 بأنه:" ... ما استقر عليه الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة..."[2].

إلا أن هناك حالات لا يسقط الحق فيها إذا ثبت المعني بالأمر توافر عذر منطقي ومقبول طبقا لنص المادة 68 من ق أ ج[3]، ومن هذه الأعذار نذكر:

_أن يكون جاهلا انه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة.

_ أن لا يكون الحاضن على علم بأن سكوته على المطالبة بها في المادة المحددة يسقط حقه فيها[4].

إلا أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 ق أ وعدم استعانة القضاء بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون[5].

5. سقوط الحضانة عند الإستطان في بلد أجنبي

إذا أراد الشخص الذي له الحق في الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، فالأمر يرجع السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما جاء في المادة 69 من ق أ ج التي تنص على:" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي ورفع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر ب 1993/06/23 بأنه:" من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل له حق

[1] كريمة محروق، إشكالات تقدير مصلحة المحضون بين أحكام القضاء ونصوص القانون، مرجع سابق، ص39.

[2] القرار رقم 32829 الصادر في 1984/07/09، م ق، 1990، عدد01 ص60 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص376.

[3] مقراني جمال، إشكالات حق الحضانة في السكن وسلطة القاضي من تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، المجلد02، العدد01، 2017، ص97.

[4] مجدوب نوال، مرجع سابق، ص24.

[5] مقراني جمال، مرجع سابق، ص97.

الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل أي شرط"[1].

فالقضاء أسقط الحضانة عن الأم في العديد من أحكامه لإقامتها في بلد أجنبي، وهو ما جاء به القرار الصادر ب 1995/11/21 بأنه:" إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبناءه المقيمين مع الحاضن في الخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[2]. وأكد هذا الاتجاه القرار الصادر في 1986/09/22 بأنه:" من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من سنة"[3].

صدر قرار عن المحكمة العليا الصادر ب 1989/01/02 بأنه:" من المقرر قضاء في مسألة الحاضنة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة..."[4]. أي انه من خلال هذا القرار أن إقامة أحد الأبوين في دولة غير مسلمة هو سبب لإسقاط الحق في الحضانة أي أنه إقامة الصغير في بلد مسلم لا يسقط الحق في الحضانة، وهذا ما أكده القرار الصادر في:" 1990/02/19 بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا لشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

---

[1] القرار رقم 91671 الصادر في 1993/06/23، م ق، غ أ ش، 1994، العدد01، ص72 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص382.

[2] القرار رقم 111048 الصادر في 1995/11/21، ن ق، 1997، العدد52، ص102، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص382،

[3] القرار رقم 43594 الصادر في 1986/09/22، م ق، 1992، العدد 04، ص41، ن ق، العدد44، ص175 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص379.

[4] القرار رقم 52207 الصادر في 1989/01/02، م ق، 1990، العدد04، ص74، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص380.

[5] القرار رقم 59013 الصادر في 1990/02/19، م ق، 1991، العدد04، ص116 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص381.

ومن هنا فإن الأمر موكل إلى القاضي في تقدير أسباب سقوط الحضانة، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[1].

6. سقوط الحضانة عن الجدة والخالة

وهو ما جاء في المادة 70 ق أ ج بأنه:" تسقط الحضانة عن الجدة، والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". يتضح من خلال هذه المادة أنه إذا سكنت الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة بقريب غير محرم فيسقط حقهما في الحضانة، فالسبب الذي أسقطت من أجله الحضانة عن الأم المتزوجة بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك سيطبق عليها نفس الحكم[2]. وهذا ما جاء في القرار الصادر ب 1988/06/20 بأنه:" من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس"[3].

فالشرع في هذه المادة لم يبين قصده من سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون عن الخالة والجدة دون غيرهما[4]، فللقاضي السلطة التقديرية أن يسقط الحضانة عن الجدة والخالة في حالة الضرر بالمحضون في المساكن[5].

ثالثا: عودة الحضانة إلى مستحقيها

يعود الحق في الحضانة إلى صاحب الحق فيها إذا كان سبب سقوطها خارج عن إرادة الحاضن[6]، فهو ما جاءت به المادة 71 من ق أ والتي تنص على:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري". من خلال هذه المادة يتضح أنه إذا سقط حق الحضانة عن الحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون الحاضن غير قادر على ضمان العناية

---

[1] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص389.

[2] أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة بقانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، معهد العلوم القانونية، باتنة، العدد01، 1994، ص56.

[3] القرار رقم 50011 الصدر في 1988/06/20، م ق، 1991، العدد02، ص57، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص382.

[4] ايت شعلال نبيل، يايسي لمية، مرجع سابق، ص937.

[5] كمال صمام، مرجع سابق، ص128.

[6] نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص213.

للمحضون وحمايته ورعايته صحة وخلقا[1]، فحق الحاضن في الحضانة يعود إذا سقطت عنه لعذر[2]، أما إذا كان سبب السقوط ناتج عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته فإن حق الحضانة لا يعود إليه بعد سقوطه[3]. وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/02/25 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير اختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون لم كان من الثابت –في قضية الحال– أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضي بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا اختياريا ورضائيا يكون قد خالف القانون"[4].

إلا أنه هناك قرار آخر اعتبر أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من قريب محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة حضانتها وهو ما جاء في القرار الصادر في 1998/07/21 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير اختياري. ومتى تبين –في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 ق أ ج قد طبقوا صحيح القانون"[5]. وعلى ذلك فإذا فقدت الحاضنة الحق في الحضانة بالتزوج من غير قريب محرم، ثم طلقت من زوجها، باستطاعتها المطالبة باسترداد الحق في الحضانة من خلال رفع دعوى أمام القاضي، ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون في ذلك بالاستجابة لها من عدمه[6].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص390.

[2] محفوظ بن الصغير، مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد09، 2018، ص114.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 390.

[4] القرار رقم 58812 الصادر في 1990/02/25، م ق، غ ا ش، 1992، العدد04، ص58 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05–02، مرجع سابق، ص 383.

[5] القرار رقم 201336 الصادر في 1998/07/21، ا ق، غ أ ش، ع خ، ص178 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05–02، مرجع سابق، ص384.

[6] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص459.

نجد أن سقوط الحضانة تكون بسبب من الأسباب التي ذكرناها فيما سبق، فلا يعود له الحق في الحضانة إذا تبين أن سببها هو التخلي عن المحضون اختياري وبرغبته، أما إذا كان ذلك السبب قانوني فلا يحرم الحاضن من استرجاعها.

الفرع الثالث: المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة

أولا: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

1. نفقة المحضون

جاء في النص 75 من ق أ ج على أنه:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[1]. فواجب النفقة يكون على الأب لأولاده من الذكور والإناث وهذا لسبب قصرهم وعجزهم، أي عدم بلوغهم سن الرشد وهو 19 سنة، تسقط النفقة إذا كان الولد ماله يكفيه لمعيشته ذكرا كان أو أنثى، وتستمر في حالة العجز إذا كان الولد مصابا بحالة تمنعه من الكسب[2]. حيث قال ابن القاسم بخصوص وجوب نفقة الأب على الأبناء البالغين والعاجزين لسبب حالتهم المرضية:" لان الولد إنما أسقط عن الأب فيه لنفقة حين احتلم وبلغ الكسب وقوي على ذلك، ألا ترى انه قبل الاحتلام أنما ألزم الأب نفقته لضعفه وضعف عقله وضعف عمله، فهؤلاء الذين ذكرت عندي (أي المجانين والمرضى مرض مزمن) أضعف من الصبيان، فمن الصبيان هو قبل الاحتلام قوي عن الكسب إلا أنه على كل حال على الأب نفقته ما لم يحتلم إلا أن يكون للصبي كسب يستغني به عن الآباء أو يكون له مال ينفق عليه من ماله..."[3].

وقد وردت أحكام النفقة في المادة 78 ق أ ج:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[4]، يعني أن النفقة هي كل ما

---

[1] المادة 75 من القانون رقم 84_11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، رقم 15.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص82.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق والخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2013، ص228.

[4] المادة 78 من القانون رم 84_11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

يحتاجه الإنسان في حياته من غذاء ولباس وعلاج ومسكن، فإن لم يكن للمحضون مال فالقاضي أمر والد المحضون بالنفقة عليه[1]، فالأنثى تبقى محل نفقة والدها إلى غاية الدخول بها، وهذا ما جاء في القرار الصادر ب 1999/02/16 بأنه:" من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على الكسب. ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عائق والدها إلا أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 ق أ ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة"[2]. فتنتقل النفقة من الأب إلى الأم في حالة:

- إذا كان الأب عاجزا عن النفقة والأم قادرة.
- إثبات عجز الأب بالدليل وقدرة الأم على الإنفاق[3].

فهذا ما جاء في القرار الصادر ب 1999/03/16 بأنه:" من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش"[4]، فالقانون وضع للقاضي قيدا لا يجب أن يتعداه فهو أن يراعي عند تقديره النفقة على من يستحقها حال الطرفين والظروف المعيشية[5].

2. أجرة الحضانة

من خلال المواد 76 77 78 نجد أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن أجرة الحضانة التي تستحقها الحاضنة، وأن نص المادة 222 ق أ تحيلنا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية[6]،

---

[1] عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة المجلد06، العدد04، 2021، ص476.

[2] القرار رقم 18736 الصادر في 1999/02/16، ا ق، غ ا ش، ع خ، ص206، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق ص425.

[3] إيمان معمري، مرجع سابق، ص78.

[4] القرار رقم 216886 الصادر في 1999/03/16، ا ق، غ أ ش، ع خ، ص203 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص163.

[5] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص163.

[6] عبد الكريم نذير، مرجع سابق، ص477.

فالجمهور غير الحنفية رأوا أنه ليس للحاضن أجرة على الحاضنة سواء أما أم غيرها، لأن الأم تستحق النفقة إذا كانت زوجة وغيرها نفقتها على الأب، فإذا احتاج المحضون غلى خدمة فالحاضن أجرة[1].

وقال الحنفية لا تستحق الحاضنة أجرة عللا الحضانة باعتبارها أنها زوجة قائمة لأبي المحضون، سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأنها تستحق نفقة الزوجية أو نفقة العدة، وما تأخذه بعد انقضاء العدة ذلك يعتبر أجرة عملها[2]. إضافة إلى أن الصغير إذا كان فقيرا فأجرته تجب على أبيه أما إذا كان الصغير له مال فتجب أجرة حضانته في ماله[3].

إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يتكلم عن أجرة الحضانة ولم يعطي نصا يدل على ذلك، فما دامت هناك إحالة من فقهاء الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق ا ج فيجوز للحاضنة المطالبة بأجرة الحضانة وللقاضي أن يلبي طلبها ويحكم لها استنادا لنص المادة 222 ق أ ج[4].

ثانيا: سكن المحضون وحق الزيارة

1. سكن المحضون

هو المسكن الذي كان يسكن فيه الزوج وزوجته وأولاده قبل الطلاق وهو ما كان يسمى بمسكن الزوجية[5]، فالمشرع أوجب توفير هذا المسكن سواء كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة[6]. وهذا ما جاء به المشرع في المادة 72 ق أ ج على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص361.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، بن عكنون، 2000، ص271.

[3] مِؤمن محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديثة، (د ب ن)، 2009، ص58.

[4] معمري إيمان، مرجع سابق، ص84.

[5] مصطفى مجدي هرجى، الحلول العملية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص81.

[6] أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، (د س ن)، ص54.

الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"[1].

من خلال هذه المادة المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا لمسكن الحضانة وإنما اكتفى بالإشارة إليه فقط، حيث يتضح من هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة حق السكن حتى ولو كانت الحاضنة لابن أو بنت واحدة[2]. فلما جاءت المادة 72 بصياغة" وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية"، أي أن القانون اشترط أن تكون المطلقة حاضنة ولم يحدد عدد الأولاد الحاضنين[3]، فعلى الأب أن يوفر سكنا لائقا وملائما لممارسة الحضانة، وإذ تعذر عليه الأمر يدفع بدل الإيجار وعلى الحاضنة أن تبقى في بيت الزوجية حتى يقوم الأب بتنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن[4]، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/11/25 بأنه:" طبقا للمادة 72 م قانون الأسرة، فإن نفقة المحضون وسكنه تكون على عاتق والده الذي عليه أن يهيئ له سكنا وإن تعذر عليه أجرة الكراء"[5].

كما أن الأب لا يعفى من توفير المسكن لممارسة الحضانة وحتى ولو كان للأم الحاضنة مسكنا خاص بها، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/07/31 بأنه:" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كانت للحاضنة سكنا"[6].

فإن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه:" ... تبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فالمشرع هنا لم يوفق في هذه الفقرة لأنه بمجرد إنهاء العدة تصبح المطلقة أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق،

---

[1] المادة 72 من القانون رقم 84_11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

[2] حمشة نور الدين، تقدير مصلحة المحضون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة-1-، المجلد09، العدد01، 2002، ص749.

[3] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص71.

[4] مغاري حياة، مرجع سابق، ص159.

[5] القرار رقم 175646 الصادر في 1997/11/25، ن ق، غ أ ش، العدد56، ص30 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص392.

[6] القرار رقم 288072 الصادر في 2002/07/31، م ق، 2004، العدد01، ص285 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، 396.

فلا يمكن تصور بقاء الطرفين مع بعض في نفس المنزل[1]. حيث جاء في هذا القرار الصادر ب 1999/02/16 بأنه:" من المستقر عليه قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله أن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته. والمستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مكان الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص وبالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى والمنطق فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي في المسكن ليكون قضاءهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من ق ا، على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت أجنبية بعد الطلاق عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة"[2].

فحسب المادة 72 ق أ ج اشترط على أن يوفر الأب سكنا للحاضنة يكون لائقا وملائما وتتوفر فيه كل وسائل العيش وأن لا يكون هذا السكن في مكان خالي من السكان، حفاظا للمحضون من النشأة والتربية السليمة تحقيقا لهدف ومضمون ما جاءت به المادة 62 ق أ ج.

2. حق الزيارة

إن زيارة الأطفال هي حق للطرف الغير الحاضن من الأبوين، كما أنها حق للطفل في رأيته لوالده الغير الحاضن وعلى القاضي أن يحكم بحق الزيارة وجوبيا عندما يحكم بالحضانة لأحد الطرفين أو غيرهما[3]، هذا يعني أنه إذا كانت الحاضنة أم الصغير فلا يمكن لها أن تمنع والده من رأيته أو إذا كان الصغير عند أبيه، فلا يحق له أن يمنع أمه من رأيته، هذا يعني أنه لكليهما رأيته وهو في حضانة الآخر، فالشريعة تأبى الإضرار بالولد بحرمانه من راية أحد أبويه[4]. وهذا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية على أنه:" ...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". فيفهم من خلال هذا

[1] مغاري حياة، مرجع سابق، ص160.

[2] القرار رقم 215212 الصادر في 1999/02/16، ا ق، غ أ ش، ع خ، 2000، ص181. نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص393.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق والخلع، مرجع سابق، ص228.

[4] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص92.

أن المشرع ألزم القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الأبوين أو إلى غيرهما حسب الترتيب القانوني، أن يحكم بحق الزيارة حتى ولو لم يطلب أحد منهم ذلك، فالمشرع في هذا الحكم أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم[1]. كما يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسب أهمية بالغة ورعاية دائمة للمحضون كونها شيء مهم في تكوين شخصية المحضون وتجعله مرتبطا بأبويه.

إلا أن هذا الحق كثير من الأبوين يستخدموه كدافع الانتقام بسبب ما حدث بينهم من الطلاق والخلافات وما يؤدي ذلك بالأطفال الحاضنين ضحية لهذه الخلافات[2]، لذلك فقد ترتبت عقوبة جزائية لكل من يخل بهذا الحق ويعبث به وذلك حسب المادة 328 من قانون العقوبات :" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر ألا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعدل أو بحكم نهائي إلا من له الحق في المطالبة به وكذلك كامن خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعت فيها أو أبعده عنه. أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولم وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية على الجاني"[3].

من خلال هذه المادة فالقاصر هنا يقصد به المحضون وهو الطفل الذي انفصل والداه وحكم قضائيا أن يتولى رعايته وتعليمه وتربيته وحمايته من أحد والديه، أو أحد أقاربه ممن له حق الحضانة شرعا وقانونا[4].

فالمشرع الجزائري لم يحدد مدة الزيارة وعددها وإنما أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطلة والأعياد[5]، إلى أن المحكمة العليا قضت بتحديد الزيارة بمدة واحدة في الأسبوع على

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص392.

[2] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص258.

[3] المادة 328 من القانون رقم 66_156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06_23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[4] نادية رواحنة، جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة جيجل، المجلد10، العدد03، 2019، ص627.

[5] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص259.

الأقل وهو ما جاء في قرارها الصادر في 1990/04/16 بأنه:" متى أوجبت أحكام المادة 63 من قانون الأسرة على أن القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا ووفق ما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه للقاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

إلى أنه قد تم تحديد مكان زيارة المحضون وذلك بما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1998/12/15 بأنه:" من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"[2].

فبالاطلاع على الأحكام القضائية لم يتم تحديد المقصود بالزيارة، سوى حق الزيارة في الأعياد والعطل، ففي بعض الحالات يتعذر على الأب زيارة الأبناء كل أسبوع أو كل شهر بسبب ظروفه كتنقله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن المحضونين الصغار، مما قد يؤدي بهذا إلى سوء العلاقات بين الأبوين في استخدام حق الزيارة[3]، لذلك وجب تنظيم هدا الحق حتى لا يأخذ بذلك الإضرار بالمحضون[4].

فالأم قد ترفض ذلك بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، فلو أن المشرع يأخذ بهذه المسألة لأنها من الأهمية حتى لا يضر الأبوين والصغار معا، ويصبح نص المادة 64

---

[1] القرار رقم 59784 الصادر في 1990/04/16، م ق، 1991، العدد04، ص126 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص352.

[2] القرار رقم 214290 الصادر في 1998/12/15، ا ق، غ أ ش، ع خ، ص194، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص356.

[3] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص259.

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، 172.

يشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع ولا تبقى أي حجة يتذرع بها كل الطرفين[1].

المطلب الثاني: السلطة المخولة للقاضي في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بمصلحة المحضون

نجد أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون قاعدة أساسية، وأعطى لها أهمية كبيرة بجعلها الأسمى وفوق كل اعتبار، فالمشرع ترك مسألة تحديد وتقدير مصلحة المحضون لعمل القاضي وفق سلطته التقديرية وما هو أفضل وأنسب له، فكل قضية يمكن أن تطرح له تختلف من قضية لأخرى. وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/02/18 بأنه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون"[2]. وهذا ما قد يؤثر على القاضي عند تقديره لتلك المصلحة، حيث منحه المشرع السلطة باتخاذه الإجراءات وذلك بلجوء إلى الوسائل التي من خلالها يقدر أن يصدر حكمه وهو ما سنتناوله من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: إجراء الخبرة

جاء في نص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبيرا أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة". من خلال هذه المادة يتضح أنه للقاضي أن يستعين بخبراء من أي تخصص تتوفر لديهم مؤهلات التي تفيده في إصدار حكمه.

ويقصد من الخبرة أنها الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أشخاص مختصون للبت في أمور فنية تكون محل نزاع أو حالة واقعية معينة محتمل حصولها في المستقبل القريب، فالخبرة تتناول الوقائع المادية، أو المسائل القانونية فتبقى من اختصاص القاضي وحده[3].

وقد نصت المادة 425 ق ا م على أنه:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن

---

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص259.

[2] القرار رقم 153640 الصادر في 1997/02/18، م ق، 1997، العدد01، ص39 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص354.

[3] جمال غريسي، مرجع سابق، ص313.

يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة". فللقاضي أن يطلب بتعيين خبير مختص لدراسة المحضون من خلال حالته الصحية والنفسية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر ب 1997/02/18 بأنه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[1]. وأكدته المحكمة العليا في قرار آخر الصادر في 2005/05/18 على أنه:" يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[2]. وجاء في قرار آخر الصادر ب2005/07/13 بأنه:" إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المرشدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب"[3].

الفرع الثاني: المعاينة

إذا رأى القاضي أن الخبرة لا تكفي في بعض القضايا لحل النزاع، فيرى القاضي أنه من الضروري الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعاينة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، كمراعاته لمدى ضيق المكان أو اتساعه، وإلى حالة الحي الذي يعيش فيه المحضون، ومدى قربه من المدرسة وبعده[4]. وذلك وفقا لنص المادة 146 من ق ا م ا الذي جاء فيه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أم تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

---

[1] القرار رقم 153640 الصادر في 1997/02/18، م ق، 1997، العدد01، ص39 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02، مرجع سابق، ص354.

[2] القرار رقم 330566 الصادر في 2005/05/18، م م ع، 2005، العدد01، ص301 نقلا عن الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مرجع سابق، ص198.

[3] القرار رقم 332324 الصادر في 2005/07/13، م ق، غ أ ش، 2006، العدد56، ص236 نقلا عن الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مرجع سابق، ص198.

[4] محمد بجاق، مرجع سابق، ص191.

ويمكن أن يأمر باصطحاب من يختاره من ذوي الاختصاص وله اتخاذ كافة الإجراءات التي يراها مهمة[1]، وهذا طبقا لنص المادة 148 ق ا م ا بأنه:" يمكن للقاضي أثناء تنقله سماع أي شخص من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذ رأى في ذلك ضرورة. كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم"، وفي هذا جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 1982/05/19 بأنه:" من المقرر قانونا أن الانتقال للمعاينة إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي ليطلع شخصيا على مواطن النزاع ويبني تقديره عليها بعين المكان، ولما كان هو الحاكم يكفي أن يثبت في حكمه ما شاهده وقدره دون وجوب تحرير محضر بالمعاينة..."[2].

الفرع الثالث: سماع الشهود

للقاضي أن يأخذ بشهادة الشهود إذا رأى أنه ضروريا في ذلك، مع مراعاة القاضي عند الاستماع الشروط القانونية المتعلقة بالشهود[3]، فبالرجوع إلى نص المادة 150 ق ا م ا نجد أن المشرع نص فيها على سماع الشهود:" يجوز الأمر بالسماع حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيد للقضية". حيث جاء في قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ**﴾. سورة البقرة: الآية 283.

بالرجوع إلى نص المادة 454 ق ا م ا نجده ينص على أنه:" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي".

فمن خلال نص هذه المادتين يتبين ما يلي:

أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع

---

[1] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص530.

[2] القرار رقم 221117 الصادر في 1982/05/19، م ق، 1989، العدد01، ص29 نقبل عن عيسة طعيبة، مرجع سابق، ص75.

[3] نفس المرجع، ص76.

يجوز للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أي منهما الأصلح على مراعاة مصلحة المحضون، ويستطيع الاعتماد بذلك على الوثائق المقدمة من الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى تكون قناعته فيما هو أصلح لرعاية المحضون[1].

ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة

للقاضي أن يطلب حضور الخصوم أو أصهار، أو زوج أحد الخصوم، بالإضافة إلى الأخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم، لجمع المعلومات التي يستطيع القاضي من خلالها ترجيح رأيه على من هو أصلح لرعاية مصلحة المحضون[2]، وهو ما جاء في المادة 459 ق ا م ا بأنه:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة قاصر وسلوك الأبوين".

فللقاضي الاستماع إلى المحضون متى رأى في ذلك مصلحة له وتكون على انفراد وفي مكتبه، وأن يكون التخيير حسب الترتيب المنصوص عليه قانونا، وأن يكون الطفل ناضجا، فإذا رأى القاضي انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة عند الحاضن الأول، فقوام الحضانة هو مراعاة وتحقيق مصلحة المحضون[3]. وهو ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1981/12/14 بأنه:" يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة 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"[4].

[1] جمال غريسي، مرجع سابق، ص514.

[2] فاطمة عزيزان، مسعودة علواش، السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، المجلد24، العدد02، 2022، ص609.

[3] بوبكر خلف، مرجع سابق، ص530.

[4] القرار رقم 26225 الصادر في 1981/12/14، المجلس الأعلى، غ ق خ، نقلا عن نبيل ونوغي، مرجع سابق، 78.

خلاصة الفصل

نستخلص من خلال ما تعرضنا له في هذا الفصل أن مصلحة المحضون هي الأسمى واللبنة الأولى التي ينظر فيه القاضي عند إسناده للحضانة، فله كامل القدرة في تقدير مصلحة المحضون، وفي حالة عدم تحقق هذه المصلحة يعمل القاضي بذلك محاولا وضع الطفل المحضون في أيدي أمينة وعند من هو الأقدر على رعايته.

إلا أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا لمصلحة المحضون، فقد أقر بحقه في الحضانة لما وضعه من ترتيب لأصحاب الحق في الحضانة، لكنه لم يلزم القاضي بتباع هذا الترتيب وإنا ألزمه بمراعاة مصلحة المحضون، أي أن قاعدة مصلحة المحضون أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي حسب سلطته التقديرية في موضوع الحضانة.

فإن اهتمام الشرع والقانون بالحضانة من حيث مدتها وحالات سقوطها وأجرتها ومسكن المحضون وغيرها من الأحكام، مراعيا فيها مصلحة المحضون في جميع الأحوال، والتي من خلالها يكفل للمحضون حياة مستقرة وضمانا لسلامته من كل ما قد يؤدي به إلى الهلاك.

فالمشرع أجاز للقاضي بالبحث عن مصلحة المحضون وتحقيقها وذلك باللجوء إلى عدة آليات واتخاذ إجراءات يسعى من خلالها إلى معرفة أحوال المحضون وظروفه حتى يقدر القاضي على إصدار حكمه.

الخاتمة

خاتمة

يتبين بعد دراستنا لموضوع السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة أن المشرع الجزائري أعطى أهمية للمحضون في قانون الأسرة الجزائري، لما أولاه من رعاية الطفل وحمايته، والتي يعمل بها القاضي عند إسناده للحضانة تحقيقا بذلك لمصلحة المحضون.

وهذه هي القاعدة الأساسية التي تعتبر في حقيقتها قاعدة شخصية وذاتية تختلف من طفل لآخر، فما يصلح لطفل حديث الولادة، لا يصلح لطفل بلغ سنة ما من عمره، لأنها مسألة قابلة للتغيير وفقا لضوابط ومعايير هذه القاعدة.

فللقاضي كامل السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع الجزائري بإسناد الحضانة إلى من هو أقدر على حماية وحفظ المحضون مع مراعاته لمصلحة المحضون في ذلك، فالمصلحة المعتمدة هي المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي عند اختيار الحاضن ولا تسند إلا بتوفر شروط في الحاضنين وإلا فقد سقط حقه في الحضانة.

فقاعدة مصلحة المحضون هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي حسب سلطته التقديرية في موضوع إسناد الحضانة.

وهذا ما أوردناه من خلال ما تطرقنا إليه في أقوال الفقهاء والنصوص القانونية والقرارات القضائية والذي يقوم على أساسه حفظ الطفل ورعاية شؤونه.

فمن خلال الدراسة التي قمنا بها سوف نبرز أهم النتائج المتوصل إليها وهي:

1. أن المشرع الجزائري من تعريفه للحضانة أعطى كل ما هو أصلح للمحضون من خلال أسباب وأهداف الحضانة طبقا لما جاء في المادة 62 من ق أ ج، وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.
2. فقهاء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري اعتبروا أن مراعاة مصلحة المحضون هي القاعدة الأساسية في جميع الأحوال.
3. لم يتم إعطاء تعريفا لمصلحة المحضون وإنما اكتفوا بذكر عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون"، والتي جاءت تقريبا في أغلب المواد المتعلقة بالحضانة نظرا لأهميتها، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي مراعيا في ذلك لما يعيشه المحضون من ظروف.

4. المشرع الجزائري لم يحدد شروط استحقاق الحضانة وإنما اكتفى بالإشارة إليها في المادة 62 بعابرة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". وترك السلطة التقديرية للقاضي برجوعه إلى الفقه الإسلامي لتحديد ذلك.
5. الحضانة تسند إلا لمن تتوفر فيه الشروط المحددة فقها وقانونا.
6. من خلال المادة 64 نلاحظ أن المشرع عند ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة لم يحدد من هم الأقربون درجة.
7. تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إذا كانت الأم لم تتزوج ثانية وذلك حسب ما تقتضيه مصلحته.
8. تسقط الحضانة عن صاحبها ويعود له الحق في استرجاعها إذا زال السبب والمانع في سقوطها.
9. للقاضي اتخاذ كل الوسائل والإجراءات القانونية التي تساعده على الإعمال بسلطته في تقدير مصلحة المحضون لإصدار حكمه في ذلك نظرا لتغير المصلحة في كل حالة.
10. للقاضي أن يخرج عن هذا الترتيب إذا وجد أن مصلحة المحضون لا تتوفر، وثبت بالدليل أن الشخص الحاضن ليس أهلا لذلك.

من خلال النتائج التي توصلنا إليها يمكن إبداء وإدراج بعض التوصيات والاقتراحات التي تتمثل في:

1. على المشرع أن يعدل في المادة 62 ق أ ج بتحديد الشروط الواجب توفرها في الحاضن، وهذا حرصا على مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة.
2. رغم مراعاة المشرع لمصلحة المحضون، إلى أنه يجب عليه وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون وتحديد ضوابط ومعايير تطبيقها باعتبارها القاعدة التي يفصل فيها القاضي من خلال سلطته التقديرية في مسألة الحضانة.
3. على المشرع وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة من حيث مدتها ومكانها.
4. أن يوضع تحت تصرف القاضي مختصون نفسانيون واجتماعيون وأطباء يوضحون الوقائع التي تساعد القاضي عند إصدار حكمه بخصوص المحضون.

5. على المشرع التدخل لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها ضمانا لحماية المحضون كونها تمس لمصلحته.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3و4، دار الثقافة، عمان، 2009.
2. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
3. عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
4. عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر، الإسكندرية، 2005.
5. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
6. محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008.
7. بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
8. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
9. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
10. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
11. ضو مفتاح غمق، الحضانة في الفقه الإسلام والتشريع الوضعي، ط1، دار شموع الثقافة، د س ن، 2002.

12. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
13. نرمين أبو بكر محمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، منشورات الحلبي الحقيقية، لبنان، 2014.
14.رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
15. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009.
16. محمد علوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.
17. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2008.
18. يوسف دلاندة، قانون الأسرة بنقح بتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05-02، دار هومة، الجزائر، 2007.
19. العربي بختي، حقوق الطفل في حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الجزائر، 2013.
20. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
21. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
22. العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
23. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011.
24. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

25. أنور العمروسى، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، ج1، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص324.
26. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د س ن.
27. الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2011.
28. عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، منشأة معارف، الإسكندرية، 2002.
29. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
30. غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية، والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
31. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
32. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013.
33. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحكمة الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013.
34. وسيم حسام الدين الأحمد، المركز القانوني لحقوق الطفل في العالم العربي دراسة حالة حقوق الطفل في الجزائر، دار الابتكار، الجزائر، د س ن.
35. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، 2014.
36. لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013.
37. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005.
38. عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية، الإسكندرية، 2001.
39. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.

40. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق الخلع حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004.
41. مصطفى أمين حيدر الأتروشي، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري، ط1، دار قنديل، عمان، 2010.
42. مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وأثاره، ط1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006.
43. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، 2008.
44. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر إحسان، د ب ن، 2014.
45. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2002.
46. عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
47. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
48. مصطفى مجدي هرجي، الحلول العملية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
49. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، 2000.
50. مؤمن محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديثة، د ب ن، 2009.
51. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا في آخر تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
52. عقلة الإبراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2013، ص314.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أطروحات الدكتوراه

1. عماري سناء، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021-2022.
2. طاهري آسية، التنازع في قضايا الأحوال الشخصية الحضانة والسكن نموذجا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية العلوم الإنسانية، قسم الشريعة والقانون، 2017-2018.
3. عمامرة مباركة، الحماية القانونية للطفل ضحية إهمال الأسرة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018.
4. غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق، 2017-2018.

مذكرات الماجستير

1. كمال صمام، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرو ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، قسم الحقوق، 2014-2015.
2. زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008.
3. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكر ماجستير، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، بن عكنون، كلية الحقوق، 2007-2008.
4. أيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، قسم الحقوق، 2014-2015.
5. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق2010-2011.
6. صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، كلية الحقوق، 2006-2007.

7. أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، د س ن.
8. موالفي سامية، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة1989، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2002

ثالثا: المقالات

1. جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة الوادي، المجلد13، العدد02، 2021.
2. نبيل ونوغي، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، المجلد05، العدد02، 2022.
3. آيت شعلال نبيل، يليسي لمية، التطبيقات القضائية للحضانة وفق التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، سطيف، المجلد07، العدد الأول، 2023.
4. الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مدعمة بأحكام وقرارات القضاء لبعض الدول العربية)، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد04، العدد02، 2020.
5. صليحة بوجادي، الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد الشبير الإبراهيمي، برج بوعريريج، المجلد19، العدد01، 2021.
6. أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، باتنة، العدد01، 1994.
7. قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة لأبحاث القانونية والسياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد07، العدد01، 2022.

رابعا: المجلات العلمية

1. حيدرة محمد، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد02، 2018.
2. حياة عفرة، إشكالات إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد02، 2022.
3. مجدوب نوال، آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، مغنية، العدد01، 2010.
4. كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، العدد02، 2017.
5. كريمة محروق، التدابير الوقتية في مسائل الأسرة في ضوء تعديل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد10، العدد02، 2019.
6. بشرى عبد الرحمان، راضية عيمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد06، العدد02، 2021.
7. كريمة محروق، إشكالات تقدير مصلحة المحضون بين أحكام القضاء ونصوص القانون، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد02، العدد01، 2017.
8. غنية سطوطح، مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد04، العدد02، 2002.
9. محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، 2014.

10. هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد11، 2018.
11. بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الوادي، العدد44، 2016.
12. مغاري حياة، فركوس دلال، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر-1-، المجلد58، العدد04، 2021.
13. مقراني جمال، إشكالات حق الحضانة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، المجلد02، العدد01، 2017.
14. محفوظ بن الصغير، مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد09، 2018.
15. عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد06، العدد04، 2021.
16. فاطمة عزيزان، مسعودة علواش، السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر، المجلد24، العدد02، 2022.
17. نادية رواحنة، جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة جيجل، المجلد10، العدد03، 2019.
18. حمشة نور الدين، تقدير مصلحة المحضون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة-1-، المجلد09، العدد01، 2022.

19. مزيان محمد، دعاوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة مستغانم، العدد02، 2011.

خامسا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
2. القانون رقم 66_156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06_23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1. عز الدين بن عبد الله، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، 2013/09/26، https://montada.echoroukonline.com/showthread.php?t=251036

الفهرس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
الإهداء	
شكر وتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**أ-هـ**
الفصل الأول: دور القاضي في تقدير حق الحضانة	**8**
المبحث الأول: ماهية الحضانة	**9**
المطلب الأول: تعريف الحضانة	**9**
الفرع الأول: مفهوم الحضانة	**9**
أولا: الحضانة لغة	**9**
الفرع الثاني: تعريفها لدى الفقهاء	**9**
أولا: تعريف المالكية	**9**
ثانيا: تعريف الشافعية	**10**
ثالثا: تعريف الحنابلة	**10**
رابعا: تعريف الأحناف	**10**
الفرع الثالث: تعريف الحضانة في قانون الأسرة	**11**
أولا: تعليم الولد	**12**
ثانيا: تربية الولد على دين أبيه	**12**
ثالثا: السهر على حمايته	**13**
رابعا: حمايته صحيا	**13**

خامسا: حمايته خلقيا	**14**
الفرع الرابع: مشروعية الحضانة وحكمها	**14**
أولا: مشروعية الحضانة	**14**
1. من الكتاب	**14**
2. السنة النبوية	**16**
3. من الإجماع	**17**
4. من المعقول	**16**
ثانيا: حكم الحضانة	**17**
المطلب الثاني: خصائص الحضانة	**17**
الفرع الأول: الحضانة من النظام العام	**18**
الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك	**18**
المبحث الثاني: تقرير القاضي مصلحة المحضون وفق شروط إسنادها	**21**
المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة	**21**
الفرع الأول: الحق في الحضانة في قانون الأسرة 84-11	**21**
الفرع الثاني:الحق في الحضانة في قانون الأسرة 05-02	**21**
المطلب الثاني: شروط تولي الحضانة	**27**
الفرع الأول: الشروط الخاصة بالرجال	**27**
أولا: شرط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون	**27**
ثانيا: أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة	**28**
ثالثا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى	**28**
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	**29**

أولا: ألا تكون متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم منه	**29**
ثانيا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغض المحضون	**30**
ثالثا: أن تكون الحاضنة ذا رحم محرم للمحضون	**31**
الفرع الثالث: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالرجال والنساء	**31**
أولا: العقل	**31**
ثانيا: البلوغ	**32**
ثالثا: القدرة عل التربية	**33**
رابعا: الأمانة	**34**
خامسا: الإسلام	**35**
خلاصة الفصل	**36**
الفصل الثاني: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون	**38**
المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون وفق أحكام قانون الأسرة	**39**
المطلب الأول: مبدأ مراعاة قاعدة مصلحة المحضون	**39**
الفرع الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون	**39**
أولا: تعريف مصلحة المحضون لغة	**39**
ثانيا: تعريف مصلحة المحضون اصطلاحا	**40**
ثالثا: تعريف مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية	**40**
رابعا: تعريف مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	**41**
الفرع الثاني: خصائص قاعدة مصلحة المحضون	**42**
أولا: قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية	**42**
ثانيا: قاعدة مصلحة المحضون مسألة موضوعية	**43**

المطلب الثاني: ضوابط ومعايير تطبيق قاعدة مصلحة المحضون	**43**
الفرع الأول: المعيار المادي	**44**
الفرع الثاني: المعيار المعنوي	**44**
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير ومراعاة قاعدة مصلحة المحضون	**47**
المطلب الأول: سلطة القاضي في ترتيب الحواضن والمصلحة المادية للمحضون	**47**
الفرع الأول: دور القاضي في ترتيب مستحقي الحضانة	**47**
أولا: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة	**48**
ثانيا: تأقيت الحضانة	**49**
الفرع الثاني: مدة الحضانة وإسقاطها	**50**
أولا: مدة الحضانة	**50**
ثانيا: سقوط الحضانة	**52**
1. سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم	**52**
2. سقوط الحضانة بالتنازل	**54**
3. سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62	**56**
4. سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها	**58**
5. سقوط الحضانة عند الإستطان في بلد أجنبي	**59**
6. سقوط الحضانة عن الجدة والخالة	**61**
ثالثا: عودة الحضانة إلى مستحقيها	**61**
الفرع الثالث: المصلحة المادية للمحضون في قانون الأسرة	**63**

أولا: نفقة المحضون وأجرة الحضانة	**63**
1. نفقة المحضون	**63**
2. أجرة الحضانة	**64**
ثانيا: سكن المحضون وحق الزيارة	**65**
1. سكن المحضون	**65**
2. حق الزيارة	**67**
المطلب الثاني: السلطة المخولة للقاضي في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بمصلحة المحضون	**70**
الفرع الأول: إجراء الخبرة	**70**
الفرع الثاني: المعاينة	**71**
الفرع الثالث: سماع الشهود	**72**
أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع	**72**
ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة	**73**
خلاصة الفصل	**74**
خاتمة	Erreur ! Signet non défini.
قائمة المصادر والمراجع	

الملخص:

تعتبر الحضانة أهم وسيلة لرعاية المحضون من خلال العناية به والاهتمام الواسع بالحفاظ على مصلحته، وذلك بتحديد أصحاب الحق فيه ضمن شروط ضرورية يجب توفرها في الحاضن من أجل مصلحة المحضون لحمايته من الضياع، مع إمكانية عدم الاعتماد على ترتيب مستحقي الحضانة إذا اقتضى الأمر ذلك.

فالمشرع الجزائري أعطى للقاضي في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة لإسناد الحضانة مع مراعاته في ذلك مصلحة المحضون، فأينما تحققت هذه المصلحة توجه إليها ووضع المحضون عند من هو اقدر على ذلك، وفقا لأسس ومعايير إجرائية يمكن للقاضي الاعتماد عليها من أجل الفصل فيما هو أصلح للطفل المحضون، مستندا في ذلك على النصوص القانونية والقرارات القضائية وبعض الآراء الفقهية المتعلقة بمسائل الحضانة.

Summary:

Custody is considered the most important means of caring for the fostered child through taking care of him and the wide interest in preserving his interest, by defining the owners of the right to it within necessary conditions that must be met by the custodian for the interest of the fostered to protect him from loss, with the possibility of not relying on the arrangement of those entitled to custody if necessary.

The Algerian legislator gave the judge in this field a wide discretionary power to assign custody, taking into account the interest of the fostered child. Based on legal texts, judicial decisions, and some jurisprudential opinions related to custody issues.