الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جـــامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجـــــل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبتين:
✓ دثوش مفيدة
✓ زغداوي إلهام

إشراف الأستاذ:
برزيق خالد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بن غريب رابح	أستاذ محاضر "أ"	محمد الصديق بن يحي -جيجل	رئيسا
برزيق خالد	أستاذ مساعد "أ"	محمد الصديق بن يحي -جيجل	مشرفا ومقررا
بركاني خديجة	أستاذ مساعد "أ"	محمد الصديق بن يحي -جيجل	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

شكر وعرفان

إن الحمد لله نحمده ونستعين به، هو الذي وفقنا وأعاننا على انجاز

هذا العمل فهو أحق أن يشكر ويحمد.

كما نتقدم بخالص شكرنا وتقديرنا إلى أستاذنا الفاضل: "برزيق خالد"

على توجيهاته ونصائحه القيمة، ونشكر أيضا لجنة المناقشة وكل من

تلقينا منه علما صالحا وعملا مفيدا لمواصلة مشوارنا.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كافة الأساتذة في كلية الحقوق.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال الله فيهما: ۞وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا۞

إلى أجمل وأحلى كلمة ينطق بها اللسان.....موطن الحب والحنان

"أمي الغالية"

إلى مصدر الأمان الذي أفنى عمره من أجل راحتي....إلى الذي تعلمت من أجله معنى الكفاح.....إلى رمز التضحية والعطاء

"أبي الغالي"

إلى من رافقوني في الحياة: إخوتي وأخواتي وأولادهم الأعزاء

إلى صاحبة القلب الطيب إلهام التي عملت معي لإتمام هذا العمل

إلى كل من يعرفني أهدي هذا العمل

مفيدة

إهداء

إلى أغلى إنسانة في الوجود أمي الحبيبة أطال الله في عمرها

إلى عماد البيت وأساسه والدي رحمه الله

إلى كل إخوتي و أخواتي خاصة أخي زكرياء رحمه الله

إلى صديقتي العزيزة مفيدة التي عملت معي بكد بغية إتمام هذا العمل

إلى كل من سقط من قلمي سهوا أهدي هذا العمل

إلهام

قائمة المختصرات

ج : الجزء

ج . ر : الجريدة الرسمية

د . س . ن : دون سنة النشر

ص : الصفحة

ط : الطبعة

غ .أ . ش : غرفة الحوال الشخصية

م . ع : المحكمة العليا

ق .أ . ج : قانون الأسرة الجزائري

ق . إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق . ع . ج : قانون العقوبات الجزائري

م.ج : مجلة قضائية

مقدمـــــة

مقدمة:

إن مبدأ مصلحة الطفل أو المحضون من المبادئ الأساسية التي حرصت التشريعات العربية وحتى الدولية لإعمالها كأساس لإسناد الحضانة، حيث تعتبر كأثر للطلاق وأكثر القضايا تداولا في المحاكم الجزائرية وبالتالي تمثل فئة الأطفال المحضونين قسما لا يستهان به في المجتمع لدى وجب الاهتمام بالقواعد التي تخصها أي حمايتها قانونيا باعتبارها الأكثر ضعفا فيه، وبذلك قد خصت الشريعة الإسلامية للطفل صاحب المصلحة بعناية شديد في جل أحكامها حتى لا يتعرض الناس للحرج والمشقة في التعاملات والحرص على دفعهم لتحقيق الصالح العام، ويتجلى هذا من خلال ضبط وتحديد معايير تلك المصلحة ؛ بخلاف ما فعله التشريع الجزائري الذي لم يدرج للمصلحة أي مفهوم ولا ضابط وإنما تركها على عاتق القضاء في تجسيدها.

كما لا تقوم مصلحة الطفل المحضون إلا من يوم الفرقة، إذ يكون حق ممارسة الحضانة مصدره التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل من أجل استحقاق الحضانة أو إسقاطها.

فالحماية القانونية للطفل في تشريع الأسرة الجزائري تندرج ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية ويعالجها والمتمثل في مصلحة الطفل، وتتجلى هذه الأخيرة كنزعة فطرية لدى الإنسان ومن ثم الطفل، فباعتباره كائن صغير فهو لا يعرف مصلحته ومراعاتها هي من واجب ومهمة الآباء، إلا أنه قد تتعارض مصلحة هؤلاء بمصلحة الطفل، فتخول إلى أشخاص آخرين. وهنا يتدخل القاضي في تقدير هذه المصلحة والتي تتغير بحسب كل حالة على حدى من خلال الدعاوي المرفوعة أمامه، مراعيا في ذلك تطور المجتمع وساعيا دائما إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل، من هنا ينحصر دور المشرع في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل ويخول له مهمة تحديد ما تشتمل عليه من الناحية العلمية.

أهمية الموضوع

الطفل كمخلوق بشري ضعيف له حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة على حمايتها، لضمان تمتع الطفل بها لتنشئته تنشئة صالحة وتوفير له بيئة صحية ومناسبة فمن الناحية العلمية يعد هذا البحث هو محاولة لتوضيح الإطار القانوني لحماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والوقوف على آلياتها القانونية.

أما من الناحية العملية فنجدها من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق وخاصة أن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث في معايير وضوابط تقدير القضاء لهذه المصلحة.

الهدف من الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- يجب على الوالدين التفكير بأطفالهم قبل لجوئهم إلى الطلاق.
- الحرص على استيفاء حقوق المحضون.
- الحرص على أن يستوفي كل طفل حقه في الرعاية والتربية كبقية الأطفال.
- معرفة الوضعية الصعبة التي يعيشها بعض الأطفال بسبب افتراق والديهم والصراع فيما بينهم حول الحضانة وما يسود هدا النزاع من جو وتوتر سلبي على حياة الأطفال.
- تقسيم مدى كفاية النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لحماية مصلحة الطفل المحضون.

منهج الدراسة

اقتضت طبيعة الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية كما وظفنا أيضا المنهج التحليلي الذي كان معتمد لتفسير النصوص القانونية وتحليلها من خلال آراء الفقهاء والاجتهادات القضائية، والمنهج المقارن حينما عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون 84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02.

الإشكالية

يطرح موضوع الدراسة إشكالية رئيسية تتمثل في: **ما مدى نجاعة الآليات والضمانات التي وضعها المشرع الجزائري لحماية مصلحة المحضون ؟**

كما يطرح تساؤلات فرعية نوجزها فيما يلي:

هل المشرع وفق في توفير الحماية القانونية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري ؟

- هل تمت مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين ؟
- كيف كرس المشرع الجزائري معيار مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة ؟
- ما هي الجهة الأكثر أمنا وحفظا للمحضون ؟

الدراسات السابقة

وقفنا من خلال بحثا في الموضوع على بعض الدراسات المهمة:

- أطروحة دكتوراه للباحثة حميدو زكية بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2005/2004
- أطروحة دكتوراه للباحث شامي أحمد، بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2014.
- مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير للباحثة بن عصمان نسرين إيناس بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2009/2008.
- مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير للباحثة عماري سناء بعنوان التطبيقات القضائية لحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، والتي تمت مناقشتها بجامعة الشهيد حمه لخضر الوادي سنة 2015/2014.

صعوبات الدراسة

اعترضت إنجاز عملنا هذا، العديد من الصعوبات نظرا لقلة المراجع المتخصصة المعالجة للموضوع، كون هذا الأخير لا يتعلق بالحضانة ككل وإنما يتناول موضوع دراستنا جزئية منه ألا وهو مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي، فمعظم الذين تعرضوا إليه لم يعطوه حقه من الدراسة والبحث وإنما تطرقوا في دراستهم إلى جزئيات ثانوية فقط.

تقسيم الدراسة

للإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا الموضوع إلى فصلين كل فصل يحتوي على مبحثين كل مبحث يحتوي على ثلاث مطالب، حيث تناولنا في الفصل الأول

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بينما تناولنا في المبحث الثاني ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أما الفصل الثاني تناولنا فيه مصلحة المحضون على ضوء العمل القضائي وقسماه إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه تكريس مبدأ مراعاة مصلحة المحضون بينما المبحث الثاني تناولنا فيه الدعاوي القضائية المقررة لحماية مصلحة المحضون، وأخيرا الخاتمة حيث عرضنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

الفصل الأول:

تمهيـــد:

إن أصـحاب الحـق فـي الحضـانة متعـددين ومـراتبهم ودرجـاتهم مختلفـة حسـب القـانون ووفقـا للشـريعة الإسـلامية، حيـث أن قـانون الأسـرة الجزائـري ذكـرهم ورتـبهم حسـب درجـات[1]، وحسـب ماجـاء فـي المـادة 64 منـه والتـي تـنص علـى مـا يلـي: "الأم أولـى بحضـانة ولـدها، ثـم الأب، ثـم الجـدة لأم، ثـم الجـدة لأب، ثـم الخالـة، ثـم العمـة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"[2].

نلاحـظ مـن خـلال هـده المـادة أن الحـق أعطـي لـلأم الأولـى بـذلك لأنهـا الأقـرب درجـة باعتبارهـا السـاهرة علـى تربيـة ورعايـة ولـدها فـي المرحلـة الأولـى مـن عمـره، ويعـد تقـديم النسـاء عـن الرجـال باعتبـارهم أحـق برعايـة وحمايـة الأطفـال وإدارة شـؤونهم فـي المراحل الأولى من حياتهم.

كمـا قـد قـررت الفقـرة الثانيـة مـن نفـس المـادة بأنـه: "علـى القاضـي مراعـاة مصـلحة المحضـون" وبالتـالي فالترتيـب الـوارد فـي هـذا الـنص لـم يـأتي علـى سـبيل الحصـر، فـيمكن للقاضـي مـع مراعـاة لمصـلحة المحضـون أن يقضـي بحضـانة الطفـل للخالة أو الجدة بالرغم من وجود الأب أو الأم إذا وجد سبب من أسباب السقوط[3].

---

[1]: بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ط 1، دار الخلدونية للطباعة والنشروالتوزيع ،الجزائر ،2008.ص 154.

[2]: المادة 64 من القانون 11/84، المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

[3]: عبدالعزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1966، ص 292.

وعليـه سـنتناول فـي المبحـث الأول مـن هـذا الفصـل تقـدير مصـلحة المحضـون فـي الفقـه الإسـلامي والتشـريع الجزائـري، ثـم أصـحاب الحـق فـي الحضـانة فـي الفقـه الإسلامي والتشريع الجزائري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مـن منطلـق فكـرة أن مصـلحة الطفـل الأجـدر وأسـاس إنشـاء الحضـانة وتـوفير لـه حمايـة ماديـة أو معنويـة باعتبـاره عمـود بنـاء المجتمعـات، لـدى فـإذا حكـم القاضـي بالفرقـة أو انحـلال العلاقـة الزوجيـة وتنـازع حضـانة الولـد فـيمن لـه أحقيـة بالحضـانة، فعلـى القاضـي أن يقـوم بتحريـات جـادة وذلـك حفاظـا علـى مصـلحة المحضـون ويحكـم بإسـناد حـق الحضـانة لمـن يـراه أهـلا لهـا دون مراعـاة ترتيـب أصـحاب الحـق فـي الحضانة[1].

لـذا حاولنـا تنـاول هـذه المضـامين وفـق ثـلاث مطالـب، ففـي الأول مفهـوم مصـلحة المحضـون فـي الفقـه الإسـلامي والتشـريع الجزائـري، وذلـك مـن خـلال تعريـف الحضـانة فـي الفقـه الإسـلامي والتشـريع الجزائـري، والمطلـب الثـاني حكـم ومشـروعية الحضـانة، والمطلـب الثالـث شـروط ممارسـة الحضـانة فـي الفقـه الإسـلامي والتشـريع الجزائـري وذلـك مـن خـلال الشـروط العامـة الواجـب توفرهـا فـي الحاضـنين والشـروط الواجب توافرها في النساء والرجال[2].

[1]:سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 293.

[2]: باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012. ص ص 123-124.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

لإعطـاء مفهـوم للحضـانة، لابـد مـن بيـان جملـة مـن التعريفـات الفقهيـة تخـدم مصلحة المحضون في هذه الدراسة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

أولا: تعريـــف فقهـــاء المالكيـــة: يعـرف الإمـام مالـك الحضـانة بتربيـة الولـد وحفظـه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء.

ثانيـا: تعريـف الشـافعية: عرفوهـا بأنهـا: "حفـظ مـن لا يسـتقل بـأمره وتربيتـه بمـا يصـلحه ويقيه ما يضره"[1].

ثالثا: تعريف الحنفية: عرفها الحنفية بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة.

فهـذا التعريـف يعتبـر جـامع ومتفـق مـع المعنـى اللغـوي لتطرقـه إلـى طرفـي الحضانة، الحاضن والمحضون.

رابعا: تعريف فقهاء الحنابلة

فقـال ابـن قدامـة: هـي كفالـة الطفـل وحفظـه مـن الهـلاك، والإنفـاق عليـه وإنجـازه من المهالك.

وعرفهـا البهـوتي فقـال: هـي حفـظ الصـغير والمعتـوه – وهـو المختـل العقـل – والمجنـون عمـا يضـرهم وتـربيتهم بعمـل مصـالحهم، مـن غسـل بـدنهم وثيـابهم ودهـنهم وتكحـيلهم وربـط طفـل بمهـد وتحريكـه لينـام ونحـوه، وقـال أبـو النجـا: هـي لفـظ صـغير

---

[1]: عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة لنيـل شـهادة الماسـتر، تخصـص الأحـوال الشخصـية، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة زيـاني عاشـور، الجلفـة، 2018/2017. ص ص 3-4.

ونحـوه عمـا يضـره، وتربيتـه بعمـل مصـالحه، وقـد نـص ابـن قدامـة علـى أنهـا كفالـة كالمالكيـة، أمـا البهـوتي وأبـو النجـا فقـالا: هـي حفـظ فشـابها بـذلك الحنفيـة والشـافعية، والظاهر أن لا خلاف في المعنى، وإنما هو خلاف في الألفاظ.[1]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في التشريع الجزائري.

تـنجم الحضـانة عـن الآثـار القانونيـة للطـلاق بـين الـزوجين وهـي وضـع الولـد موضـع مـن لـه الحـق فـي رعايتـه وحمايتـه ،إذ تعتبـر الحضـانة رعايـة التشـريع الإسلامي بالطفل المحضون.

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضـانة لغـة: ضـم الولـد ورعايتـه وحمايتـه كـالمرأة إذا حضـنت ولـدها، وتسـمى المرأة الحاضنة[2].

ثانيا: تعريف الحضانة إصطلاحا

نصـت المـادة 62 مـن قـانون الأسـرة علـى أن: " الحضـانة هـي رعايـة الولـد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا"[3].

ومـن ثـم فهـي حـق مكـرس لـلأولاد ولمصـلحتهم، وهـي تربيـة الولـد حتـى يبلـغ أشـده، ممـن لـه حـق الحضـانة، فـي المـدة التـي لا يسـتغني فيهـا عـن النسـاء. و أسـاس

---

[1]: عماري زين الدين، مرجع سابق ، ص ص 3-4

[2]: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري؛ مقدمة-الخطبة،الزواج، الطلاق ،الميراث ،الوصية، الجزء الأول، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2005. ص 379.

[3]: المادة 62من القانون 11/84، مرجع سابق.

الحضـانة هـو مصـلحة الولـد الـذي يتوجـب وضـعه عنـد مـن هـو أقـدر وأجـدر بحمايتـه وبرعايته وإدارة شؤونه[1].

المطلب الثاني: حكم ومشروعية الحضانة

لقـد شـرعت الحضـانة كحـق للطفـل المحضـون لكونـه يحتـاج لمـن يرعـاه ويحميـه ويقـوم بـإدارة شـؤونه لأنـه يعتبـر فـي مرحلـة يكـون عـاجزا لصـغر سـنه وعـدم القـدرة علـى القيـام بـأموره بنفسـه، ولهـذا وجـب الحفـاظ علـى المحضـون مـن الهـلاك، وهـذا الوجـوب عينـي، فرعايـة مصـالح الصـغير واجبـة وتتحقـق هـذه الرعايـة بحضـانته، ومـا لا يـتم الواجـب إلا بـه فهـو واجـب فهـي فـرض كفايـة إن قـام بـه قـائم سـقط عـن البـاقين؛ أمـا دليل مشروعيتها في مستندها الكتاب والسنة و إجماع علماء الأمة.

وهـذا مـا سـنقوم بدراسـته وفـق فـروع كـالآتي، الأول حكـم الحضـانة أمـا الثـاني مشروعية الحضانة من الكتاب والسنة والإجماع.

الفرع الأول: حكم الحضانة

تعتبـر الحضـانة واجبـة لأن المحضـون يهلـك بـالتخلي عنهـا؛ فيجـب حمايتـه والحفاظ والإنفاق عليه ورعايته وتأمينه من الهلاك.

وتتطلـب الحضـانة الحكمـة والفطنـة واليقظـة والتجلـد، حتـى أنـه يكـره للإنسـان الدعوة على طفل أثناء تربيته ويكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله[2].

---

[1]: الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.2008، ص 131.

[2]: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007. ص ص 356-357.

وكمـا ذكرنـا سـابقا، أن الحضـانة علاقـة ثلاثيـة الأطـراف الحاضـن والصـغير المحضـون ووالـد الصـغير وعلـى إثـر هـذا فـإن الحضـانة متعلقـة بكـل طـرف مـن هـذه الأطـراف وفـي كـل الظـروف فـإن للحضـانة مكـان وزمـان ومقابـل، وهـو مـا نسـتدرجه فيما عرض بتناوله مذهب الأحناف.

أولا: مكان الحضانة

ومكـان إلا يأخـذ بـه ولا يقصـد بـه الإقامـة أو المسـكن فحسـب بـل يتسـع ليشـمل البلـد الـذي يسـكنه أو يقـيم فيـه الحاضـن– رجـلا أو إمـرأة – لأنـه مقيـد ببلـد المحضـون فليس له الحق بأن ينتقل بالمحضون كيفما يشأ ويحلو له.

أ: بلد الحضانة

إن أصـل موقـع الحضـانة هـو المـوطن المعتـاد لإقامـة الـزوجين، فـإذا أنحلـت العلاقـة بينهمـا فـالحق لـلأب بـأن يأخـذ الطفـل بعيـدا عـن مـوطن سـكناه، ولا يمكـن لـه السـفر بالمحضـون سـواء كانـت الأم هـي الحاضـنة أو غيرهـا مـن الحاضـنات مـن النساء حتى يسقط حضانته.

وفـي حالـة كـون الأم هـي الحاضـنة وأرادت السـفر مـن البلـد المعتـاد لهمـا، فـإذا كانت لا تزال زوجة فله الحق من منعها بماله من ولاية الزوج.

أمـا إذا لـم تحصـل الفرقـة البائنـة بـين الـزوجين فللزوجـة أن تنتقـل بالمحضـون مـن بلـد الزوجيـة المعتـاد بشـروط، غيـر أنـه لا يسـري ذلـك علـى غيـر الأمهـات الحاضـنات مـن النسـاء[1]، فـلا يجـوز لغيـر الأم الانتقـال بالمحضـون دون إذن زوجهـا[2]؛ ولـيس

[1]: محمد كمال الدين إمام،جابر عبد الهادي سلام الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003. ص 495.

[2]: أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، آثار التفريق بين الزوجين، الجزء 3، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 1871.

لغيـر الأم أن تنتقـل بالصـغير دون أخـذ ادن أبيـه مـن مكـان حضـانته، وإلا يسـقط حقها في الحضانة، إلا أن الأم الحاضنة ليس لها ذلك إلا في حالتين هما:

- ✓ إذا رجعـت المطلقـة إلـى بلـد إقامتهـا وإن كـان بعيـدا بشـرط إتمـام الـزواج فيـه، لأن إرغامهـا علـى البقـاء فـي مـوطن الأب فيـه إضـرار بهـا والمبـدأ العـام ألا تضـار والـدة بولدها.
- ✓ أن يكـون موطنهـا قريـب ليـتمكن الأب مـن رؤيـة ولـده دون ضـرر؛ أمـا غيـر الأم مـن الحاضـنات فلـيس لهـن الحـق فـي نقـل المحضـون مـن إقامـة حضـانته دون ادن أبيه.

ب: مسكن الحضانة

الأصـل أن مسـكن الزوجيـة هـو مسـكن الحضـانة لإقامـة الأم الحاضـنة طالمـا كانـت الزوجيـة قائمـة ولـم تحصـل الفرقـة بـين والـزوجين، أو كانـت المـرأة مطلقـة رجعيـة أو معتمدة من طلاق بائن.

أمـا بعـد العـدة أو إذا كانـت الحاضـنة غيـر الأم، فـإن مسـكن الحضـانة يكـون جـزء مـن النفقـة المسـتحقة ونفقـة الصـغير أصـلا فـي مالـه إن كـان لـه مـال، وإلا فهـي تعـد واجبـة علـى الأب متـى طالبتـه الحاضـنة بهـا. إلا أن المشـرع المصـري فـي ظـل أزمـة الإسـكان التـي يمـر بهـا المجتمـع تـدخل لصـالح الطفـل المحضـون وحاضـنته؛ وجـاء القـرار بقـانون رقـم 1979 فـي مادتـه الرابعـة بـالنص علـى أنـه: "للمطلقـة الحاضـنة بعـد طلاقهـا الاسـتقلال مـع صـغيرها بمسـكن الزوجيـة المـؤجر مـا لـم يهيـئ المطلـق مسـكنا آخـر مناسـبا، فـإذا انتهـت الحضـانة أو تزوجـت المطلقـة فللمطلـق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ قانونا".

وقـد أثـار الـنص زوبعـة مـن النقـد الفقهـي، ثـم أوقفـت المحكمـة الدسـتورية العمـل بقـانون رقـم 44 لسـنة 1989 لعيـوب فيـه فسـقط معـه الـنص السـالف الـذكر، وعـاد المشرع بالتدخل مرة أخرى بصورة معدلة في القانون رقم 100 لسنة 1985.

ونصـت المـادة 18 مكـرر ثالثـا بـأن " علـى الـزوج المطلـق أن يهيـئ لصـغاره مـن مطلقتـه ولحاضـنتهم المسـكن المناسـب، فـإذا لـم يفعـل خـلال مـدة العـدة اسـتمروا فـي شـغل مسـكن الزوجيـة المـؤجر دون المطلـق مـدة الحضـانة. وإذا كـان مسـكن الزوجيـة غيـر مـؤجر كـان مـن حـق المطلقـة أن يسـتقل بـه إذا هيـأ لهـم المسـكن المسـتقل المناسب بعد انقضاء العدة "[1].

ويخيـر القاضـي الحاضـنة بـين الاسـتقلال بمسـكن قيـام الزوجـة وبـين أن يقـدر لهـا أجـر مسـكن مناسـب للمحضـونين ولهـا. أمـا فـي حالـة مـا إذا انتهـت مـدة الحضـانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده وإذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا...

وسـبق لنـا أن وجهنـا النقـد لهـذا التـدخل التشـريعي، وقلنـا أن المقصـود الأصـلي منه ليس حماية لمصلحة الطفل المحضون. وإنما تقييد لحق الطلاق.

وجـاءت المحكمـة الدسـتورية العليـا فأصـدرت حكمهـا بإلغـاء هـذا الـنص لمخالفتـه للدسـتور فـي حكـم لـه أسـباب قويـة وأدلتـه الرصـينة، وبعـد حكـم محكمتنـا العليـا لـم يعـد لهـذا الـنص مكـان فـي التطبيـق القضـائي، وعـاد أمـر مسـكن الحضـانة يقضـي بـه علـى أرجـح الأقـوال فـي المـذهب الحنفـي، حيـث تطالـب الحاضـنة التـي لا مسـكن لهـا بمسـكن مناسـب أو بـأجرة مسـكن، ويجـب ذلـك فـي مـال الصـغير إذا كـان لـه مـال وإلا فيجب في مال أبيه[2].

[1]: محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص 496-497.

[2]: مرجع نفسه، ص 497.

الفرع الثاني: مشروعية الحضانة

سـنعرض دليـل مشـروعية الحضـانة كالتـالي: "مـن القـرآن، مـن السـنة النبويـة الشريفة، ثم من الإجماع للإمام ابن رشد رحمه الله".

أولا: من القرآن الكريم

1: قولـه جـل جلالـه "والوالـدات يرضـعن أولادهـن حـولين كـاملين لمـن أراد أن يـتم الرضاعة "[1].

2: قولـه تعـالى: "ذلـك مـن أنبـاء الغيـب نوحيـه إليـك ومـا كنـت لـديهم إذ يلقـون أقلامهـم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصون"[2].

وجـه الاسـتدلال: اقتـرع زكريـاء – عليـه السـلام – مـع قومـه فـي كفالـة مـريم، فقـال لهـم زكريـاء "ادفعوهـا لـي فـإن خالتهـا تحتـي"، فقـالوا "لا تطيـب أنفسـنا" فـاقترعوا معـه، فقرعهم زكرياء فكفلها.[3]

3: قولـه عـز وجـل "واخفـض لهمـا جنـاح الـذل مـن الرحمـة وقـل رب ارحمهمـا كمـا ربياني صغيرا"[4].

4: قولـه جـل جلالـه حكايـة عـن أخـت موسـى – عليـه السـلام – أنهـا قالـت لآسـية زوجتـه: "هـل أدلكـم علـى أهـل بيـت يكفلونـه لكـم وهـم لـه ناصـحون فرددنـاه إلـى أمـه كـي تقر عينها ولا تحزن ولتعلم أن وعد الله حق ولكن أكثرهم لا يعلمون"[5].

---

[1]: سورة البقرة، الآية 233.

[2]: سورة آل عمران، الآية 44.

[3]: نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003. ص ص 205-206.

[4]: سورة الإسراء، الآية 24.

[5]: سورة القصص، الآية 12- 13.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

1: ما جاء في الحديث، عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر وأن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإنَّ أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي"[1].

ووجه الدلالة من الحديث ظاهرة حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بمشروعية الحضانة لحاجة المحضون إلى ذلك، كما أنه شرعت الحضانة لتحصيل مصلحة المحضون، ويتم ذلك بكفالته وحماية والاعتناء به، بكون الولد المحضون غير قادر عن إدارة شؤونه بنفسه.

ومن هذا ألزم الله تعالى الأسرة المسلمة بحضانة أولادها الصغار العاجزين إلى حين استطاعتهم تدبير شؤونهم وأمورهم بأنفسهم[2].

2- عن القاسم بن محمد قال "كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار فولدت له عاصم، ثم فارقها عمر رضي الله عنه، فركب يوما إلى قباء، فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركت جدة الغلام، فنازعته إياه، فأقبلا، حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال عمر: "ابني"، وقالت المرأة: "ابني"، فقال أبو بكر رضي الله عنه: "خل بينها وبينه"، فما راجعه عمر الكلام.

وفي رواية زيد بن إسحاق بن جارية الأنصاري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه، فقضى به أبو بكر

---

[1]:ولد خسال سليمان ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012. ص 182.

[2]: وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007. ص ص 288- 289.

رضـي الله عنـه لأمـه، ثـم قـال: سـمعت رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم يقـول: "لا تولـه والدة عن ولدها"[1].

ثالثا: من الإجماع

قـال الإمـام ابـن رشـد رحمـه الله تعـالى: "وأمـا الإجمـاع فـلا خـلاف بـين أحـد مـن الأمـة فـي إيجـاب كفالـة الأطفـال الصـغار، لأن الإنسـان خلـق ضـعيفا، مفتقـر إلـى مـن يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه، ويستغني بذاته"[2].

المطلب الثالث: الشروط العامة لاستحقاق الحضانة

لقـد نصـت المـادة 2/62 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري علـى مـا يلـي: "يشـترط فـي الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[3].

ومن بعض هذه الشروط الواجب توفرها في الحاضنين نذكر:

الفرع الأول: الشروط العامة في الحاضنين

ويشترط في الحاضن حتى يكون له الحق في حضانة الطفل المحضون ما يلي:

أولا: العقل والبلوغ

لا تثبـت حضـانة نـاقص الأهليـة أو عـديمها كالصـغير والمعتـوه والمجنـون، لأن الصغير والمجنون لا يقدرا عليها، وهو أصلا محتاج لمن يكفله فلا يكفل غيره.

ثانيا: القدرة والكفاءة

فـلا تجـوز حضـانة مـن لـيس باسـتطاعته رعايـة المحضـون وحفظـه، الكبيـر المسـن، أو المـريض العـاجز، أو الأصـم والأعمـى، وكـذلك فـلا حضـانة لرجـل لـيس لـه حاضنة من النساء لأنه ليس قادرا على الحضانة وحده.

---

[1]: نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق. ص 206.

[2]:ولد خسال سليمان ، مرجع سابق. ص 182.

[3]: المادة 2/62 من القانون 11/84، مرجع سابق.

ثالثا: الأمانة

لا حضـانة لفاسـق، لأنـه تنعـدم فيـه الثقـة فـي أداء واجـب الحضـانة والمحضـون غيـر مـؤمن فـي إطـاره، حيـث أنـه يقـوم برعايتـه وتربيتـه علـى أسـلوبه، فـلا حضـانة لمـن تنتفـي فيـه الصـفات الخَلقيـة والخُلقيـة كالسـكير والفـاجر، أو اللهـو الحـرام، ولا حضـانة لمغنيـة، فـإن تـرك الصـلاة قـد خـان الأمانـة ولا حضـانة لتـارك الصـلاة لأنهـا عمـاد الدين.

ومـن الأمانـة ألا يكـون الحاضـن مهمـلا أو غيـر مهـتم فـي رعايـة المحضـون، أو منشـغلا عنـه إذ أنـه لا وقـت لمتابعتـه ورعايتـه والقيـام بواجبـه اتجاهـه حتـى وإن كانـت تلـك الأمـور المنشـغل بهـا مباحـة شـرعا وقانونـا، إلا إذا كـان انشـغال الحاضـن لا يـؤثر علـى مصـلحة المحضـون، كالحاضـن الـذي يتـرك المحضـون لمـن يقـوم برعايتـه فـي غيابه.

رابعا: الرشد

فـلا حضـانة لسـفيه مبـدر، لعـدم قدرتـه تـدبير وإدارة أمـوال المحضـون أو ينفـق عليـه مـا لا يلـزم إنفاقـه، لأن الغيـر مـأمون علـى المـال غيـر مـأمون علـى الـنفس والغيـر مأمن على مال نفسه لا يستطيع تأمين مال غيره.

خامسا: أن يكون محل إقامة الحاضن بالمحضون آمنا

وذلـك لكـي لا يكـون معـرض لأي خطـر أو ضـياع، أو مهـدد ومالـه معـرض للسـرقة فـلا حضـانة لمـن بيتـه و إقامتـه مـأوى للفسـاق، خشـية علـى البنـت المحضـونة أو خشية سرقة مال المحضون أو غصبه[1].

[1]:سـمارة محمـد ، أحكـام وآثـار الزوجيـة، شـرح مقـارن لقـانون الأحـوال الشخصـية، ط3، دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع، الجزائر،2010. ص ص 389-390.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الحاضنين من النساء

ألا تتـزوج بغيـر ذي رحـم محـرم مـن الصـغير، فـإذا تزوجـت بهـذا الأخيـر أو بـأجنبي سـقط حقهـا فـي الحضـانة، و اسـتدلوا علـى هـذا الشـرط مجموعـة مـن العلمـاء، بقولـه صـلى الله عليـه وسـلم لمـا رواه أحمـد وغيـره أن امـرأة قالـت: " يـا رسـول الله، إن ابنـي هـذا كـان فـي بطنـي لـه وعـاء وحجـري لـه حـواء وثـديي لـه سـقاء، وزعـم أبـوه أن ينزعـه فقـال: "أنـت أحـق بـه مـا لـم تنكحـي" وهـذا الحـديث يؤكـد ويصـرح بـأن الأم أحـق بالحضـانة مـن الأب، إذا لـم تتـزوج بقريـب غيـر محـرم منـه، أو بـأجنبي. وذلـك حفاظـا علـى مصـلحة المحضـون و اجتنـاب الأضـرار التـي تلحقـه مـن الأجنبـي الـذي تتزوجـه أمـه، وهـذا بخـلاف مـا إذا تزوجـت الحاضـنة بـذي رحـم محـرم للمحضـون لأنـه يحمـل لـه مـن الشـفقة التـي تبعـث للمحضـون الرعايـة والسـهر علـى حمايتـه وكفالتـه، وتربيتـه على أكمل وجه دون شعور الطفل المحضون بمن يكفله بأنه غريب عنه[1].

الفرع الثالث: الشروط الخاصة الواجب توفرها في الحاضنون من الرجال

وزيادة عن الشروط العامة السالفة الذكر ما يلي:

أولا: أن يكون عنده من يحضن المحضون من النساء

وذلـك لعـدم القـدرة علـى رعايـة وإدارة شـؤون الصـغار كالنسـاء كـالأم أو الزوجـة أو الخالة أو متبرعة.

ثانيـا: أن يكـون محرمـا مـن المحضـون كـالأب أو الأخ أو العـم فـي حالـة مـا إذا كـان المحضون بنت، وفي حالة عدم وجود محرم كابن العم فلا يحق له حضانتها[2].

---

[1]: رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الإلتزام الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط2 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2011. ص ص 590- 591.

[2]:سمارة محمد ، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 391.

ثالثا: أن يكون موافقا للمحضون في الدين

لأن ثبـوت الحضـانة للعاصـب يبنـى علـى الإرث وذلـك فـلا إرث مـع اخـتلاف الأديـان لأن الـدين مـانع مـن الموانـع الإرث فـي الإسـلام، فـإذا وجـد لغيـر المسـلم أخـوان شقيقان أحدهما مسلم والأخير غير مسلم فحضانته لشقيقه غير المسلم[1].

المبحـث الثـاني: ترتيـب أصـحاب الحـق فـي الحضـانة فـي الفقـه الإسـلامي والتشـريع الجزائري

تـم التطـرق سـابقا إلـى شـروط اسـتحقاق الحضـانة، ولكـن مـا يجـب الإشـارة إليـه أنـه لـيس لكـل شـخص تـوفرت فيـه الشـروط لـه الأحقيـة فـي الحضـانة. فالفقـه قـدم الحواضـن بعضـهم علـى بعـض بحسـب مصـلحة المحضـون، وهـذا مـا يـتم تناولـه بالدراسـة مـن خـلال ترتيـب الحاضـنين مـن الناحيـة الفقهيـة والناحيـة التشـريعية علـى ضوء القانون.

المطلب الأول: الترتيب الفقهي لمستحقي الحضانة.

قبـل التطـرق لترتيـب أصـحاب الحـق فـي الحضـانة، يجـب مناقشـة أولا مـن هـو صـاحب الحـق فيهـا، ثـم نعـرض الترتيـب الفقهـي الـذي جـاء فـي النسـاء والرجـال لاستحقاقهم للحضانة.

الفرع الأول: صاحب الحق في الحضانة

نبـين مـن خـلال هـذا الفـرع صـاحب الحـق فـي الحضـانة فـي الشـريعة الإسـلامية والتشريع الجزائري.

أولا: صاحب الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في أن الحضانة هل حق للحاضنة أو هي حق للولد؟

[1]: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ص ص 404-511.

قـال الـبعض أنهـا حـق للحاضـنة، فـإذا امتنعـت عـن الحضـانة لا تجبـر عليهـا، لأن بامتناعها أسقطت حقها ولا يجبر صاحب الحق على استيفاء حقه.

وقـال الـبعض الآخـر أن الحضـانة حـق للصـغير، فـإذا امتنعـت مـن لهـا حـق الحضـانة أجبـرت عليهـا، لأنهـا واجبـة عليهـا وحـق للصـغير عليهـا، فـلا تملـك إسقاطها.

والصـحيح فـي المـذهب الحنفـي أن الحضـانة حـق للصـغير وللحاضـنة معـا، وأن أقـوى الحقـين فـي الحضـانة هـو حـق الصـغير؛ وإذا تعينـت الحاضـنة أمًـا كانـت أو غيرها للحضـانة فتجبـر عليهـا محافظـة علـى الصـغير، كمـا لـم توجـد لـه سـوى أمـه، أو جدتـه، أو عمتـه مـن ذوات المحـارم[1]، ويجبـر الأب علـى أخـذ ولـده بعـد اسـتغنائه عـن حضانة النساء.

ويترتب على ما تقدم الأحكام التالية:

- ✓ إجبار الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها مراعاة لحق الصغير.
- ✓ إذا خالعـت الأم زوجهـا علـى تـرك ولـدها الصـغير عنـده صـح الخلـع ويبقـى الشـرط محافظة عليه من الضياع.
- ✓ إذا لـم تتعـين الحضـانة علـى الحاضـنة فـلا تجبـر عليهـا وتنتقـل الحضـانة إلـى مـن يليها.
- ✓ لـيس لـلأب أن ينقـل الصـغير مـن البلـد الـذي تقـيم فيـه حاضـنته، كمـا لا يصـح أن يؤخذ منها ويعطي لغيرها بمسوغ شرعي[2].

---

[1]: إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، القسم الأول: الزواج، القسم الثاني: الفرقة وحقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999. ص 394.

[2]: رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق. ص 355.

ثانيا: صاحب الحق في الحضانة في التشريع الجزائري

اعتبـر المشـرع الجزائـري أن الحضـانة حـق للحاضـنة والمحضـون معـا، ويظهـر ذلـك مـن خـلال نـص المـادة 68 مـن قـانون الأسـرة التـي جـاء فيهـا علـى أنـه "إذا لـم يطلـب مـن لـه الحـق فـي الحضـانة مـدة تزيـد عـن سـنة بـدون عـذر سـقط حقـه فيهـا"[1] بتحليـل نـص هـذه المـادة، نجـد أن المشـرع الجزائـري قـد اعتبـر الحضـانة حـق للحاضـن، ويتجلـى ذلـك مـن خـلال ذكـره لمصـطلح مـن لـه الحـق فـي الحضـانة، الـذي قصـد بـه الحاضـن ؛ كمـا أنـه جـاء فـي الفقـرة الثانيـة مـن المـادة 67 مـن قـانون الأسـرة علـى أنـه " لا يمكـن لعمـل المـرأة أن يشـكل سـببا مـن أسـباب سـقوط الحـق عنهـا فـي ممارسـة الحضـانة "[2]؛ ممـا يؤكـد أن المشـرع الجزائـري اعتبـر الحضـانة حـق للحاضنة.

كمـا أن نـص المـادة 66 مـن قـانون الأسـرة ورد فيـه أن الحاضـنة يسـقط حقهـا فـي الحضـانة إذا تزوجـت بغيـر قريـب محـرم وبالتنـازل مـا لـم يضـر هـذا التنـازل بمصـلحة المحضـون، ممـا يبـين باعتبـار المشـرع الجزائـري الحـق للحاضـن، لـذلك أتـاح له إمكانية التنازل عن الحضانة[3].

وقـد جـاء قـرار المحكمـة العليـا الصـادر بتـاريخ 2012/07/03، ليؤكـد ذلـك إذ جـاء فيـه أن "عمـل الحاضـنة لا يوجـب إسـقاط حقهـا فـي حضـانة ولـدها مـا لـم يتـوفر الـدليل الصـحيح علـى أن هـذا العمـل يحـرم المحضـون مـن حقـه فـي العنايـة والرعايـة،

---

[1]: المادة 68 من القانون 84-11، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، مرجع سابق.

[2]: المادة 67 من القانون 84-11 مرجع نفسه

[3]: المادة 66، مرجع نفسه

فضـلا عـن ذلـك أن الحضـانة ليسـت حقـا للحاضـنين فقـط، وإنمـا هـي حـق للمحضـون أيضا"[1].

الفرع الثاني: ترتيب الحواضن من النساء حسب المذاهب الفقهية

أولا: الحنفية: يرون أن الأحق بالحضانة هم

الأم للإجمـاع، ثـم أم الأم أي الجـدة لأم وإن علـت ؛ ثـم أم الأب وإن علـت، ثـم أخـوات المحضـون وتقـدم مـنهن الشـقيقة علـى مـن كانـت لأم أو لأب، ثـم بنـات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم بنات الأخوات الشقيقات على بنات الأخوات لأم.

ثـم الخـالات و تلـي مـرتبتهن مرتبـة بنـات الأخـوات الشـقيقات أو لأم وتقـدم لأم علـى الخالـة لأب، ثـم بنـات الأخـوات لأب لأن شـفقتهن دون شـفقة بنـات الأخـوات لأم، ثـم بنـات الإخـوة وتقـدم مـنهن الشـقيقة ثـم مـن كانـت لأم ثـم مـن كانـت لأب، ثـم العمـات ويعـين بنـات الأخ لأنهـن وإن اشـتركن فـي الإدلاء للمحضـون بالـذكر، ثـم الخالـة وتقـدم الشـقيقة ثـم لأم ثـم لأب، ثـم خالـة الأب الشـقيقة ثـم لأم ثـم لأب[2]، ثـم عمة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب، ثم عمة الأب الشقيقة ثم لأم ثم لأب.

وعنـدما يجتمـع صـنف مـن درجـة واحـدة كـالأخوات مـثلا، تقـدم مـن كانـت شـقيقة، ثـم مـن كانـت لأم ثـم مـن كانـت لأب، وهكـذا بالنسـبة للأصـناف الأخـرى مثـل بنـات الأخوات، والخالات وبنات الإخوة والعمات وخالة الأم وخالة الأب، وعمة الأب[3].

---

[1]: قرار المحكمة العليا، رقم 274207، الصادر بتاريخ 2004/07/03، غ،أ،ش، قضية (ع،ل) ضد (ف،ح)، المجلة القضائية، العدد 1، 2004. ص،263.

[2]: رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق. ص ص 587-588.

[3]: التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2004، ص 267.

ثانيا: المالكية

أحـق النـاس بالحضـانة فـي هـذا المـذهب هـم: الأم، ثـم أم الأم، ثـم أخـت الأم أي الخالـة، ثـم خالـة الأم، ثـم عمـة الأم، ثـم الجـدة لأب وإن علـت، ثـم الأب، ثـم الأخـت، ثـم عمـة المحضـون، ثـم عمـة أبيـه، ثـم الوصـي، ثـم الجـد لأب، ثـم ابـن الأخ، ثـم العـم، ثم ابن العم، ثم القاضي[1].

ثالثا: الشافعية

إذا تنـازع الإنـاث فـي الحضـانة، قـدمت الأم ثـم أمهاتهـا، ثـم تقـدم القربـى فـالقربى، ثـم أم الأب، ثـم أمهاتهـا، ثـم أم الجـد، ثـم أمهاتهـا، ثـم أمهـات أب الجـد، ثـم الأخـت للأبـوين، ثـم الأخـت لأب، ثـم الأخـت لأم، ثـم الخالـة مـن الأب والأم، ثـم الخالـة مـن الأب ثـم الخالـة مـن الأم، ثـم العمـة مـن الأب والأم، ثـم العمـة مـن الأب، ثـم العمـة مـن الأم، فـإن اجتمـع مـع النسـاء رجـال، والجميـع مـن أهـل الحضـانة، قـدمت الأم ثـم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات، ثم الخالة، ثم العمة[2].

رابعا: الحنبلية

أحـق النـاس بالحضـانة: الأم ثـم أمهاتهـا تقـدم الأقـرب فـالأقرب ثـم يلـيهم الأب، ثـم أم الأب وإن علـت، ثـم أم أبـي الأب وإن علـت، ثـم الأخـت لأم، ثـم الأخـت لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأب، ثم الخالة لأم، ثم العمة لأبوين[3].

---

[1]:سارة محمد ، مرجع سابق، ص 386.

[2]: أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009. ص 18.

[3]: أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012. ص 336.

الفرع الثالث: ترتيب الحواضن من الرجال حسب المذاهب الفقهية

أولا: الحنفية

حسب هذا المذهب ؛ عند انعدام المحارم من النساء، تنتقل الحضانة إلى العصبة كترتيب الميراث والولاية في النكاح، فأولى العصبات هم: الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب وإن نزل، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم إن كان المحضون غلاما، فإن كانت المحضونة أنثى فلا يكون له حق الحضانة، وإذا تساوى الحاضنون من نفس الدرجة يقدم من هو الأنفع للمحضون[1].

ثانيا: المالكية

يرون أن الأحق في الحضانة هم: الأب ثم الوصي، ثم الأخ الشقيق، الأخ لأب ثم الجد لأب، ثم الجد لأم، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم[2]

ثالثا: الشافعية

حسبهم؛ إن اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء، قدم الأب، ثم أبائه ثم بعدهم العصبات، يقدم الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث، فبعد أباء الأب يأتى الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب[3].

---

[1]:سمارة محمد ، مرجع سابق. ص 385.

[2]: بن معاد كريمة، خلفاوي خديجة، مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، سنة 2017. ص 48.

[3]: أحمد محمد علي داود، مرجع سابق. ص 19.

أما إذا اجتمع الحاضنون رجالا ونساء فيكون ترتيبهم كما يلي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الأب لأنه أشفق على ولده من كل من يأتي بعده، ثم أم الأب، ثم الجد لأب، ثم الأخوات، ثم الإخوة، ثم الخالات ثم بنات الأخوات، ثم أبناء الأخوات، ثم بنات الإخوة ثم أبناء الإخوة، ثم العمات ثم الأعمام، وإذا تساووا الحاضنون من درجة واحدة أقرب بينهم ، تنتقل الولاية إلى القاضي ولا حضانة لدوي الأرحام[1].

رابعا: الحنبلية

يرون أن الأحق بالحضانة هم ؛ الأب، الجد من جهة الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم، ذوو الأرحام[2].

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في التشريع الجزائري.

أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة حيث جعل الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة وشفقة وحرص على تربيته ورعايته في المرتبة الأولى تحقيقا لمصلحة المحضون، ودلك بالنظر لتغير ظروف المجتمع الجزائري لدلك عدل نص المادة 64 من قانون الأسرة وأخذ ترتيبا جديدا لأصحاب الحق في الحضانة وفقا لما يحقق مصلحة الطفل، وفي هدا الصدد سنبين ترتيب المشروع الجزائري لمستحقي الحضانة قبل التعديل وبعده.

[1]:سمارة محمد ، مرجع سابق. ص 387.

[2]: بن معاد كريمة، خلفاوي خديجة، مرجع سابق، ص 48.

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

وفقـا لـنص المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة رقـم 84- 11، فـإن "الأم أولـى بحضـانة ولـدها، ثـم أمهـا، ثـم الخالـة، ثـم الأب، ثـم أم الأب، ثـم الأقربـون درجـة مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي كـل دلـك"[1]، حيـث أعطـى المشـرع حضـانة الولـد لأمـه لأن مصـلحة المحضـون لا تتحقـق إلا عنـدها، ثـم رتـب المسـتحقين لهـا ابتـداء بجهـة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربون درجة كما سيأتي بيانه:

أولا: الأم ومن يليها من قريباتها

لقـد سـار المشـرع الجزائـري بشـأن ترتيـب أصـحاب الحـق فـي الحضـانة وفـق مـا أجمعـت عليـه المـذاهب الأربعـة: المالكيـة، والحنفيـة، والشـافعية، والحنابلـة، وذلـك حسب نص المادة 64 قبل تعديلها السالفة الذكر وذلك كما يلي:

1 – الأم: مـن خـلال نـص المـادة أعـلاه نجـد أن المشـرع الجزائـري جعـل أولويـة حـق الحضـانة لـلأم بالدرجـة الأولـى، لأنهـا أعطـف النـاس علـي صـغيرها وأكثـرهم تحمـلا لمتاعـب رعايتـه[2]، وقـد جـاء فـي قـرار المحكمـة العليـا الصـادر بأنـه: "مـن المقـرر شـرعا وقانونـا أن الأم أولـى بحضـانة ولـدها ولـو كانـت كـافرة، إلا إذا خيـف علـى دينـه، وأن حضـانة الـذكر للبلـوغ، والأنثـى حتـى الـزواج"[3]، كمـا جـاء فـي قـرار آخـر للمحكمـة العليـا بأنـه: " متـى كـان مـن المقـرر شـرعا أن حضـانة الأبنـاء تسـند لأمهـم، ولا يسـقط عنهـا هـذا الحـق إلا بموجـب مبـرر شـرعي، كمـا أنـه لايجـوز تجزئـة الحضـانة إلا لـنفس السـبب، فـإن القضـاء بمـا يخـالف أحكـام هـذا المبـدأ يعـد خرقـا لأحكـام الشـريعة

---

[1]: قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد 43، الصادر بتاريخ 22يونيو 1984.

[2]:العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ، ص 380.

[3]: م.ع، غ. أ. ش، قرار رقم 52221، صادر بتاريخ 1989/03/13، م ق، ع 1989، ص 48.

الإسـلامية، وقواعـد القـانون الوضـعي"[1]، ذلـك أن تحديـد أصـحاب الحـق فـي الحضـانة وتـرتيبهم فيمـا عـدا الأم لـم يـرد عليـه نـص فـي القـرآن الكـريم، ولا فـي السـنة النبويـة، وإنمـا هـو خلاصـة اجتهـاد فقهـي، وعلـى هـذا الأسـاس القـانوني اتفـق الفقـه الإسـلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال[2].

2 – أم الأم (الجـــدة لأم): تـأتي الجـدة لأم فـي المرتبـة الثانيـة بعـد الأم فـي حـال إسـقاط الحضـانة عـن أم المحضـون، لأي سـبب كـان سـواء تعلـق الأمـر بالوفـاة أو الـزواج أو لأي سـبب آخـر، فالقاضـي مـثلا يحكـم بإسـناد الحضـانة لأم الأم اذا طلبتهـا وتنازلـت عنهـا الأم، أو سـقط حقهـا فـي ذلـك لمبـرر شـرعي كـالزواج مـن زوج أجنبـي عن المحضون[3].

وبـالعودة لأحكـام الشـريعة الإسـلامية فهـي تتفـق مـع مـا جـاء فـي القـانون، لأن أم الأم مثـل الأم لمشـاركتها فـي الإرث، والـولادة، وكـذلك لأن الجـدة أكثـر رأفـة، وشـفقة علـى المحضـون مـن غيرهـا، ولهـذا فضـلت الأم علـى الأب، وفضـلت الجـدة لأم علـى الجدة لأب لهذا السبب[4].

والملاحـظ أن المشـرع الجزائـري فـي نـص المـادة 64 السـالفة الـذكر قـد توقـف عنـد أم الأم فحسـب، لكـن جمهـور فقهـاء الشـريعة الإسـلامية، وبعـض القـوانين العربيـة لاسـيما قـانون الأسـرة السـوري فـي المـادة 139 فـي الفقـرة الأولـى منـه لـم يتوقـف عنـد أم

---

[1]: م.ع، غ.أ. ش، قرار رقم 32594، صادر بتاريخ 1984/04/02، م.ق، ع 01، 1989، ص 77.

[2]: أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 504.

[3]:شامي أحمد ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص ص 304-305.

[4]: خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر ن بسكرة ن 2015/2014، ص 11.

الأم، بـل تعـداها إلـى جـدة الأم ن أي أخـد بقاعـدة (حـق الحضـانة لـلأم فلأمهـا وإن علت)[1].

وحضـانة أم الأم لمحضـونها تتقيـد بجملـة مـن الشـروط الواجـب توفرهـا فـي كـل حاضن بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي[2].

3 – الخالـــة: تعتبـر الخالـة أم، كـون شـفقتها علـى المحضـون مـن شـفقة أمـه وهـذا متفـق عليـه، حيـث روي عـن علـي رضـي الله عنـه قـال: "خـرج زيـد بـن حـارث إلـى مكـة، فقـدم بابنـة حمـزة، فقـال: جعفـر أنـا آخـذها أنـا أحـق بهـا، ابنـة عمـي وعنـدي خالتهـا وإنمـا الخالـة أم، فقـل علـي: أنـا أحـق بهـا أنـا أخرجـت إليهـا، وسـافرت، وقـدمت بهـا، فخـرج النبـي صـلى الله عليـه وسـلم فـذكر حـديثا قـال: وأمـا الجاريـة فأقضـي بهـا لجعفـر تكـون مـع خالتهـا وإنمـا الخالـة أم، والخالـة بعمـوم اللفـظ سـواء كانـت أختـا شـقيقة لأم أو غير شقيقة[3].

وجـاء ترتيـب الخالـة عمومـا فـي المرتبـة الثالثـة بعـد أم الأم، وهـو مـا اتفـق عليـه فقهـاء الشـريعة الإسـلامية، وأكدتـه المـادة 64 السـالفة الـذكر، وهـذا مـا كرسـه إجهـاد المحكمـة العليـا فـي العديـد مـن قراراتهـا، فقـد جـاء أنـه: "مـن المقـرر قانونـا أنـه لا يمكـن مخالفـة الترتيـب المنصـوص عليـه فـي المـادة 64 مـن (ق.أ.ج) بالنسـبة للحاضـنين، إلا إذا ثبـت بالـدليل مـن هـو أجـدر للقيـام بـدور الحمايـة، والرعايـة للمحضـون، ولمـا كـان ثابـت فـي قضـية الحـال، أن القـرار المنتقـد أسـقط حضـانة الولـدين الصـغيرين عـن الطاعنـة، وهـي خالتهمـا التـي تـأتي فـي مرتبـة أسـبق مـن الطـاعن، بحجـة أن مركـز الأب كأسـتاذ يجعلـه أقـدر علـى الرعايـة، والإنفـاق مـن الخالـة، مـع العلـم أن الإنفـاق

---

[1]: قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، 2004/2001، ص 14.

[2]: شامي أحمد، مرجع سابق، ص 304.

[3]: ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 144.

يكـون علـى الأب، فـإن القضـاة بقضـائهم كمـا فعلـو خـالفوا القـانون، وعرضـو قـرارهم للنقض"[1].

ولعـل نهـج المشـرع الجزائـري هـذا الترتيـب راجـع إلـى كـون قرابـة الأم، غالبـا مـا يكونـون أكثـر شـفقة، وعطفـا علـى المحضـون مـن قرابـة الأب ن وأن النسـاء أصـبر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال [2].

ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه

إذا لـم يكـن للمحضـون أحـد مـن جهـة الأم لانتفـاء الشـروط فـيهم، أو وفـاتهم ن انتقلـت الحضـانة إلـى جهـة الأب، وقـد حـددت المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري السالفة الذكر هؤلاء الأشخاص تحديدا حصريا هم:

1- الأب: يحتـل الأب المرتبـة الرابعـة مباشـرة بعـد الخالـة وإن كانـت أم الأب أسـبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند المالكية والحنفية [3].

2- أم الأب (الجـــدة لأب): تـأتي مرتبـة الجـدة لأب بعـد الأب مباشـرة، وذلـك فـي حالـة مـا إذا لـم توجـد الأم، والجـدة لأم، أو الخالـة، أو وجـد السـبب المسـقط لحـق الحضانة، انتقلت الحضانة إلى الأب، ومن بعده إلى أمه[4].

ويلاحـظ أن المشـرع الجزائـري كـان متـأثرا بالمـذهبين الشـافعي والحنبلـي اللـذين يقـدمان الأب علـى أمـه، وهـذا خلافـا للمـذهبين المـاكي والشـافعي والحنفـي اللـذين

---

[1]: م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 89672، الصادر بتاريخ 1993/02/23، إ.ق، ص144.

[2]: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة، الخطبة، الطلاق، الميراث، الوصية، ج 1، ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2004، ص 380.

[3] : الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص 584.

[4]: فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د س ن ص 376.

يقـدمان أم الأب علـى الأب نفسـه، وكمـا تكـون الحضـانة لأم الأب أو غيرهـا، يجـب أن تتوفر دائما في شخص الحاضن كامل شروط استحقاق أو ممارسة الحضانة.

ثالثا: الأقربون درجة

بـالرجوع إلـى نـص المـادة 64 مـن (ق.أ.ج)، نجـد أن المشـرع الجزائـري وظـف مصـطلح "الأقربـون درجـة " دون تحديـد للمقصـود بـدلك، وأمـام سـكوت المشـرع عـن تحديـد الأقـربين درجـة ، فـإن ذلـك يـؤدي بنـا إلـى الرجـوع لـنص المـادة 222 مـن (ق. أ.ج)، التـي تحيلنـا بـدورها لأحكـام الشـريعة الإسـلامية بـالمفهوم الواسـع دون تحديـد المـذهب المعتمـد، وذلـك فـي ظـل تعـدد المـذاهب الفقهيـة وتنوعهـا ،وبالتـالي فـإن المشـرع الجزائـري اكتفـى بوصـفهم بـالأقربون درجـة، وهنـا يقتضـي التسـاؤل حـول مـا إذا كـان يقصـد بهـم الحواضـن النسـاء، أو حواضـن الرجـال ؟ وهـل يكـون تـرتيبهم، واستحقاقهم على أساس الميراث أم على أساس الولاية[1].

وبـالرجوع إلـى كتـب الفقـه الإسـلامي نجـد آراء الفقهـاء تختلـف فـي تحديـد هـؤلاء الأشخاص، لكنهم متفقون على التصنيف التالي:

1 – القريبات من المحارم: وهن محددات حسب المذاهب كما يلي:

أ – القريبـات مـن المحـارم حسـب المـذهب الحنفـي: يسـند أصـحاب هـذا المـذهب الحضـانة للقريبـات الحاضـنات علـى النحـو التـالي: الأخـت الشـقيقة، ثـم الأخـت لأم، ثـم الأخـت لأب ثـم بنـت الأخـت الشـقيقة، ثـم بنـت الأخـت لأم، ثـم الخالـة الشـقيقة، ثـم الخالـة لأم، ثـم الخالـة لأب، ثـم بنـت الأخـت لأب، ثـم بنـت الأخ الشـقيق، ثـم بنـت

[1]: تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الإجتهاد والتقنين، مجلة الأحياء، باتنة، العدد 04، 2001، ص 32.

الأخ لأم، ثـم بنـت الأخ لأب، ثـم العمـة الشـقيقة لأم فـلأب وعمـة الأب الشـقيقة لأم فلأب[1].

ب – القريبـات مـن المحـارم حسـب المـذهب المـالكي: يرتـب القريبـات مـن المحـارم ابتداء مـن الأخـت الشـقيقة علـى التـي هـي لأم، وهـذه الأخيـرة علـى التـي هـي لأب، ثـم عمتـه أخـت أبيـه، ثـم عمـة أبيـه أخـت جـده، ثـم خالـة أبيـه ن ثـم بنـت الأخ الشـقيق، ثـم التـي لأم، وبعـدها التـي لأب، ثـم بنـت الأخـت الشـقيقة، ثـم التـي لأم، وتليهـا لأب، وإذا اجـتمعن رجحـت بنـات الأخ علـى بنـات الأخـت، وإن تسـاوت الحاضـنات فـي جميـع ذلـك، تقـدمت أكبـرهن سـنا، فـإن تسـاوين مـن كـل وجـه، تقـدم دومـا الشـقيقة علـى التـي لأم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب[2].

ج – القريبـات مـن المحـارم حسـب المـذهب الشـافعي: القريبـات مـن المحـارم هـن الأخـت، ثـم الخالـة، ثـم بنـت الأخـت، ثـم بنـت الأخ، ثـم العمـة، ثـم بنـت الخـال، وتقـدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب على التي لأم[3].

د– القريبـات مـن المحـارم حسـب المـذهب الحنبلـي: ترتـب بـدءا بالأخـت الشـقيقة، ثـم الأخـت لأم، ثـم خـالات الأب، ثـم عمـات أبيـه ن ولا حضـانة لعمـات الأم مـع عمـات الأب لأنهـن يـدلين بـأب أم وهـو مـن دوي الأرحـام، وعمـات الأب يـدلين بـالأب وهـو

---

[1] : عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط3، مطبعة السعادة، مصر، 1996، ص 406.

[2]: كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة ،2013/2012، ص 44.

[3]: خيضر صالح، دبة فارس، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016/2015، ص 37.

مـن أقـرب العصـبات، ثـم أخواتـه، ثـم بنـات أعمامـه، ثـم بنـات عماتـه، ثـم بنـات أعمـام أمه، ثم بنات أعمام أبيه[1].

2- العصبات من المحارم من الرجال:

لقـد حـددت المـادة 150 مـن (ق.أ.ج)[2] مفهـوم العاصـب هـو "مـن يسـتحق التركـة كلهـا عنـد إنفـراده، وأمـا مـابقي بعـد أخـد أصـحاب الفـروض حقـوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

مـن خـلال مفهـوم هـده المـادة فـإن العصـبة ثلاثـة أنـواع: عاصـب بنفسـه وبغيـره ومـع غيـره، والمـراد بالعصـبات مـن المحـارم مـن الرجـال هـم: العصـبة بـالنفس وقـد عـرفتهم المـادة 152 مـن (ق.أ.ج)[3]، بـأنهم "الـذكور الـذين ينتمـون إلـى الهالـك بواسطة ذكر".

وقياسـا علـى الميـراث فـإن حضـانة الولـد تعـود للعصـبة بـالنفس، وهـو مـا حددتـه المـادة 153 مـن (ق.أ.ج) [4]، إذ جـاء فيهـا أن العصـبة بـالنفس أربـع جهـات تقـدم بعضـها علـى بعـض عنـد الاجتمـاع حسـب الترتيـب الآتـي: جهـة البنـوة، جهـة الأبـوة جهـة الأخـوة وجهـة العمومـة، وترتيـب هـذه الفئـة يكـون بنـاء علـى مـا جـاءت بـه الشـريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث، وولاية النكاح.

---

[1]: زكري فوزية، عميور مريم ن دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ن مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، 2019/2018، ص 42.

[2]: المادة 150 من أمر 05-02 تنص على أن: " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده ،أو ما بقي منها بعد أخد أصحاب الفروض حقوقهم وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له ".

[3]: المادة 152 من الأمر نفسه تنص على أن: " أن العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر".

[4]: المادة 153 من الأمر نفسه تنص على أن: " العصبة بالنفس أربع جهات تقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي: جهة البنوة: وتشمل الابن، ابن الابن مهما نزلت درجته، جهة الأبوة: وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد، جهة الأخوة: وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب وأبناؤهم مهما نزلو، جهة العمومة: وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده مهما علا وأبناؤهم مهما نزلو ".

وحسب المذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ، وهو الجد لأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق، أو لأم، ثم يليه الذي لأب، وعم الأب، يكون بمرتبة عم المحضون، وبالتالي يحق له حضانة المحضون، ثم أباء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكر إذ أنه من العصبات غير المحارم، وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى، والعصبات تقدم كما في الميراث الأقرب فالأقرب[1].

3- المحارم من الرجال من غير العصبة

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة المحضون من القريبات المحارم، أو العصبات من المحارم من الرجال، أو من لم يكن أهلا للقيام بممارسة الحضانة، انتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من غير العصبة، وهم على النحو التالي: الجد أبو الأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم[2].

رابعا: من يراه القاضي أصلح للمحضون

إذا تعدد مستحقو الحضانة ولم يكن أهلا لحضانة المحضون أحدا منهم ممن سبق ذكرهم، ففي هذه الحالة وحسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) فللقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعايته، ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة، مثل ابن العم فله حضانة ابنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة، بحيث لا يخشى عليها الفتنة، وعليه فإن المشرع قد أحسن صنعا عندما خول للقاضي اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون، وهو المعيار المكرس في تحديد المستحق للحضانة، ضف إلى ذلك أن المشرع لا يمكن له حصر وتحديد كل الأقارب في

[1]: كربال سهام، مرجع سابق، ص 45.

[2]: زكري فوزية، عميور مريم ن مرجع سابق، ص 44.

مـادة قانونيـة واحـدة، فـالأمر يرجـع للقاضـي فـي انتقـاء الحاضـن الأصـلح للمحضـون من بين أقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك [1].

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

لقـد أورد المشـرع الجزائـري فـي تعديلـه لقـانون الأسـرة بموجـب الأمـر 05-02 ترتيبـا مخالفـا للـذي كـان قـد وضـعه فـي القـانون 84-11، حيـث جـاء فـي نـص المـادة 64 مـن الأمـر 05-02 مـا يلـي: " الأم أولـى بحضـانة ولـدها، ثـم الأب، ثـم الجـدة لأم، ثـم الجـدة لأب، ثـم الخالـة، ثـم العمـة، ثـم الأقربـون درجـة، مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي ذلـك، وعلـى القاضـي عنـدما يحكـم بإسـناد الحضـانة أن يحكـم بحـق الزيارة "[2].

فالتعـديل جـاء مخالفـا لمـا قضـت بـه المـادة وجـاءت معاكسـة لأحكـام الشـريعة الإسـلامية، ويضـل البحـث عـن السـبب فـي تعـديل هـذه المـادة متواصـلا بعـد مـا لـم تصل الأعمال التحضيرية إلى القوانين والمتتبعين في هذا المجال[3].

إلا أن هـذا التعـديل الـذي طـرأ علـى المـادة 64 لـم يوافـق الشـريعة الإسـلامية بـل كـان أقـرب إلـى طبيعـة المعيشـة فـي المجتمـع الجزائـري، ولهـذا لا بـد مـن مراعـاة عنـد إسناد الحضانة المسائل المستمدة من الواقع[4].

وأعطـى المشـرع لـلأب الدرجـة الثانيـة بعـد الأم وقـدموا حـق الأب علـى أم الأم وعلـى الخالـة أخـت الأم، ثـم احتفظـوا بشـرط مراعـاة مصـلحة المحضـون[5]، ويعنـي هـذا فـي جميـع الأحـوال أن مصـلحة الطفـل المحضـون فـوق كـل اعتبـار، وانطلاقـا مـن

---

[1]: خيضر صالح، دبه فارس ن مرجع سابق، ص 39.

[2]: الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3]:ديابي باديس ، مرجع سابق. ص 149.

[4]: بن شويخ الرشيد، مرجع سابق. ص 256.

[5]:سعد عبد العزيز ، مرجع سابق. ص 134.

نـص المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري فـإن حـق الحضـانة يكـون علـى الشـكل التـــالي: 1- الأم، 2- الأب، 3- الجـــدة لأم، 4- الجـــدة لأب، 5- الخالـــة، 6- العمـة، 7- ثـم الأقربـون درجـة مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون، كـل هـذا الترتيـب المسـتمد مـن الفقـه الإسـلامي عمومـا يقـوم علـى أسـاس قرابـة الأم مقدمـة علـى قرابـة الأب عنـد إتحـاد درجـة القرابـة لأن الأم مقدمـة فـي الحضـانة علـى الأب، فتكـون قرابتهـا سـابقة لقرابـة الأب فـي ترتيـب الاسـتحقاق، كمـا أن الجـدة مقدمـة علـى الأخـت مطلقـا.لاتصـال الصـغير بالجـدة مـن طريـق الـولادة، لـذا فهـي جـزء منهـا، كونهـا أولـى بحضـانتها[1]، وفـي حالـة تعـدد مسـتحقي الحضـانة مـن الدرجـة فـأولاهم بمـا أصـلح لهـم للحضـانة قـدرة وخلقـا أو أكبـرهم سـنا وقـد خـول القـانون للقاضـي حـق اختيـار الأصـح على أساس مصلحة المحضون.

فالتعـديل الحاصـل علـى المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري وإن خـرج عـن المـذهب المـالكي وبقيـة المـذاهب فـي مسـألة ترتيـب الحاضـنين، فإنـه حـاول أن يسـاوي بـين جهـة الأم كونـه أبقـى الأولويـة لجهـة الأم علـى جهـة الأب، إلا أنـه أقـر بمبـدأ التـداول وفـي اعتقادنـا أنـه صـحيح مـا نوجـه لـه وإذ كانـت هـذه المـادة واضـحة المعـالم بشـأن المراكـز القانونيـة التـي تعـرف بعـد صـدور القـانون الجديـد إلا أنـه يظـل الإشـكال قائمـا حـول المراكـز القانونيـة التـي أنشـأت فـي ظـل القـانون القـديم ولـم تكتمـل إلا بصدور القانون الجديد[2].

وكان موقف قانون الأسرة الجزائري في هذه النزاعات كما يلي:

لقـد نصـت المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري علـى أنـه " الأم أولـى بحضـانة ولدها.....".

---

[1]: عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق. ص 357-358.

[2]: ديابي باديس ، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 150.

فـيلاحظ بأنــه إذا لـم تطالـب الأم بحقهـا ولـم يكـن لهـا عـذر فـي عـدم المطالبـة بمـا يسـقط حقهـا فـي الحضـانة بعـد مـرور سـنة مـن عـدم المطالبـة بهـا وبحكـم القاضـي بإسناد الحضانة للأب بمجرد عدم مطالبة الوالدة بحضانة الولد[1].

ولقـد علقـت الـدكتورة غنيـة قـري علـى أن المشـرع الجزائـري راع لمكانـة الأم فـي إسـناد حضـانة الأولاد لهـا، فـالأم هـي الأحـق بحضـانة أولادهـا ولا يمكـن لـلأب أن ينـزع منهـا هـذا الحـق، وهـذا إسـنادًا لمـا روي عـن عبـد الله بـن عمـر وأن امـرأة قالـت: يارسـول الله إن ابنــي كــان بطنــي لــه وعــاءًا، وثــديي لــه ســقاء، وحجــري لــه حــواء، وإن أبــاه طلقنـي وأراد أن ينزعـه منـي، فقـال لهـا صـلى الله عليـه وسـلم " أنـت أحـق بـه مـا لـم تنكحي".

إن الترتيـب الجديـد الـذي جـاء بـه الأمـر رقـم 02/05 المـؤرخ فـي فبرايـر 2005 هـو ترتيـب غيـر إلزامـي، بمعنـى أن القاضـي يراعـي مصـلحة المحضـون، فـإذا كانـت المصـلحة تقتضـي أن يكـون الطفـل مـع الجـدة لأب فـيحكم بـذلك رغـم أن المـادة أعطـت الأوليـة للجـدة لأم هـذا مـا ذكرتـه المـادة نفسـها يعـد الترتيـب غيـر إلزامـي بقولهـا "مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون " كمـا أعطـت المـادة للطـرف الثـاني حـق زيـارة الأولاد بحيـث إذا تـم الطـلاق ثـم أسـندت الحضـانة لـلأم فـيحكم لـلأب بحـق الزيـارة نظـرا للحاجـة النفسـية للأطفـال والحفـاظ علـي تـوازنهم عنـد رقابـة والـدهم ولـو مـرة فـي الأسـبوع، بالإضافة في أيام العطلة الدينية والوطنية [2].

وفـي حالـة أعطـى القـانون الأولويـة لـلأم فـي حضـانة ولـدها ولكـن إدا ثبـث بـأن هـذه الحاضـنة لـم تقـم بواجبهـا مـن حيـث تعلـيم الولـد وتربيتـه علـى العقيـدة الإسـلامية

[1]: غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، دار الطليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011. ص ص 150-151.

[2]: مرجع نفسه، ص ص 149-150.

وحمايتـه ورعايتـه صـحيا وخلقيـا فـي هـده الحالـة يسـقط حقهـا فـي الحضـانة لمخالفـة نص المادة 62 من (ق.أ.ج).

يتضـح لنـا مـن خـلال التحليـل السـابق أن الترتيـب المعتمـد مـن قبـل المشـرع سليم وصـحيح يقـوم علـى أسـاس متـين كونـه أعطـى حـق حضـانة الصـغير لـلأم والأب لأنهمـا أكثـر النـاس خوفـا ورعايـة مـن غيرهمـا وبعـد ذلـك نجـده قـد قـدم قرابـة الأم علـى قرابة الأب (الجدة لأم،الجدة لأب)، وذلك على أساس أن الأم مقيد بالأب.

المطلب الثالث: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري

نتنـاول فـي هـذه الدراسـة تقيـيم الترتيـب الـوارد بـين التشـريع الجزائـري والفقـه الإسـلامي كفـرع أول وتقيـيم الترتيـب فـي التشـريع الجزائـري قبـل التعـديل وبعـده كفـرع ثان.

الفرع الأول: تقييم الترتيب الوارد بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

تـنص المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة بـالأمر 05. 02 بقولهـا: "الأم أولـى بحضـانة ولـدها، ثـم الأب، ثـم الجـدة لأم، ثـم الجـدة لأب، ثـم الخالـة، ثـم العمـة، ثـم الأقربـون درجـة، مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي كـل ذلـك وعلـى القاضـي عنـدما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[1].

نـرى مـن خـلال هـذه المـادة أن المشـرع الجزائـري أبقـى علـى حـق الحضـانة لـلأم وقـدم الأب علـى الجـدة لأم والخالـة فـي اسـتحقاقه لحضـانة ابنـه، وبـالرجوع إلـى أحكـام الشـريعة الإسـلامية نجـد أن ترتيـب أصـحاب الحـق فـي الحضـانة بعـد الأم، مـن المسـائل التـي لـم يتحقـق لهـا الإجمـاع ، مـن ثـم ؛ فيكـون المشـرع الجزائـري فـي تعديلـه الأخيـر لقـانون الأسـرة قـد أخـذ فـي هـذه المسـألة بـالرأي الـذي يقـدم الأب علـى سـائر

[1]: المادة 64 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، مرجع سابق.

النسـوة بعـد الأم، لأن تقـديم الأم علـى الأب حسـب هـذا الـرأي كـان بسـبب الأمومـة لا بسبب الأنوثة[1].

وفـي ذلـك يقـول عبـد العزيـز عـامر: قـال ابـن القـيم: إن هـذا يـدل علـى تقـديم جهـة الأبـوة وقـال تأييـد التـرجيح جهـة الأبـوة فـي الحضـانة، إن أصـول الشـرع وقواعـده شـاهدة علـى تقـديم جهـة الأب علـى جهـة الأم وذلـك فـي الميـراث وولايـة النكـاح وغيـر ذلـك. ولـم يعهـد فـي الشـرع تقـديم قرابـة الأم علـى قرابـة الأب فـي حكـم الأحكـام، فـأحق النـاس بحضـانة الطفـل مـن الرجـال هـو الأب، كـون هـذا الأب يتحمـل مسـؤولية كبيـرة فـي واجـب الحضـانة خاصـة وأنـه هـو مـن يتحمـل عـبء النفقـة فلـيس مـن المعقـول أن يكـون هـو المنفـق وغيـره أولـى بحضـانة ابنـه، إضـافة إلـى ذلـك أن هـذا الابـن هـو نتـاج علاقـة زوجيـة بـين الأب والأم، فهـو ابـن مشـترك بينهمـا فـالأب أكثـر حرصـا علـى مصـلحة ابنـه وأقـدر علـى توجيهـه بسـببه صـلة الأبـوة [2]. وبـالرغم مـن التعـديل الجديـد الـذي أحدثـه المشـرع الجزائـري فـي ترتيـب الأشـخاص الـذين يمكـن أن تسـند لهـم الحضـانة، إلـى أنـه يبقـى محافظـا علـي مكانـة الأم باعتبـار هـذه الأخيـرة لهـا الأولويـة فـي حضـانة أولادهـا ولا يمكـن لأي أحـد أن ينـزع منهـا هـذا الحـق، لأنهـا أعطـف وأشـفق علـيهم مـن غيرهـا، وهـو بـذلك كـان أقـرب إلـى طبيعـة المعيشـة فـي المجتمـع الجزائـري، ثـم يلـي الأم الأب ثـم الجـدة لأم ثـم لأب ثـم الخالـة ثـم العمـة وبعـد العمـة يـأتي دور الأقـربين درجـة كمـا قـد تغيـر مصـلحة الصـغير ترتيـب الحاضـنين، لـذلك عنـدما يحكـم بإسـناد الحضـانة فهـو ملـزم بـأن يسـندها لمـن هـو أحـق بهـا وعليـه أن يراعـي مصـلحة المحضـون فـي كـل ذلـك، فمـثلا إذا كانـت مصـلحة الطفـل تقتصـر علـى أن يكـون مـع الجـدة لأب فهنـا يحكـم لهـا بحـق الحضـانة رغـم أن المـادة أعطـت الأولويـة للجـدة لأم،

---

[1]: برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014. ص 30.

[2]:شامي أحمد ، مرجع سابق. ص 309.

هـذا يعنـي ؛ أن الترتيـب الـذي حـدده المشـرع الجزائـري غيـر إلزامـي فهـو يخـدم مصـلحة المحضـون بالدرجـة الأولـى، ولـم يخـرج المشـرع بـذلك عـن أحكـام الشـريعة الإسـلامية باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: تقيم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل.

تـنص المـادة 64 مـن الأمـر 84 – 11 (ق.أ.ج) بقولهـا: "الأم أولـى بحضـانة ولـدها، ثـم أمهـاتهم، ثـم الخالـة ثـم الأب، ثـم أم الأب، ثـم الأقربـون درجـة مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي كـل ذلـك، وعلـى القاضـي عنـدما يحكـم بإسـناد الحضـانة أن يحكم بحق الزيارة"[1].

المـادة 64 مـن الأمـر رقـم 05 – 02 تـنص علـى مـا يلـي: "الأم أولـى بحضـانة ولـدها ثـم الأب، ثـم الجـدة لأم، ثـم الجـدة لأب، ثـم الخالـة، ثـم العمـة، ثـم الأقربـون درجـة مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي كـل ذلـك وعلـى القاضـي عنـدما يحكـم بإسـناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

جـاء قبـل التعـديل مرتبـة الجـدة بعـد مرتبـة أم المحضـون فـي نـص المـادة 64 مـن (ق أج) لكـن بعـد تعـديل قـانون الأسـرة أصـبح أب المحضـون فـي المرتبـة الثانيـة بعـد أمـه وذلـك مـع مراعـاة مصـلحة المحضـون دائمـا غيـر أن هـدا التعـديل طـرح العديـد مـن المشـاكل العالقـة والتـي تخـص بالدرجـة الأولـى أم المحضـون لأنـه بعـد التعـديل الحاصـل فـي المـادة السـابقة أصـبحت أم المحضـون تتخـوف مـن إعـادة الـزواج مـرة ثانيـة، وذلـك كـي لا يسـقط حقهـا فـي الحضـانة، هـذا مـا يشـكل هـاجس بالنسـبة للمطلقـة وبـذلك تفـوت علـى نفسـها فرصـة لإعـادة بنـاء حيـاة جديـدة أو أنهـا تتخـبط فـي مشـاكل مـع طليقهـا، وكنتيجـة عـن رفـع دعـاوى إسـناد الحضـانة[3] وسـقوطها، نسـتنتج مـن هـذا؛

---

[1]:المادة 64 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]:المادة 64 من قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، مرجع سابق.

[3]: عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، مرجع سابق. ص 26.

أن المشـرع الجزائـري فـي تعديلـه للمـادة 64 مـن (ق.أ.ج) قـد طـرح إشـكال فـي مـا يخـص مسـألة إسـناد الحضـانة بعـد زواج أم المحضـون مـرة ثانيـة، وفـي هـذه الحالـة لا يمكـن للمطلقـة إعـادة الـزواج مـن زوج آخـر مـن غيـر وقوعهـا فـي مشـاكل مـع طليقهـا أو تنازلها على الحضانة مقابل زواجها مرة ثانية.

علـى العمـوم يبقـى التعـديل الحاصـل فـي المـادة 64 مـن (ق، أ، ج) متفـاوت بـين المصـلحة والمضـرة للمحضـون، لأنـه هـو الـذي يكـون فـي الموقـف الأصـعب فـي حل النزاع القائم بين الأم والأب حول أحقية الحصول على الحضانة.

خلاصة الفصل

مـن خـلال مـا سـبق نخلـص إلـى أن مصـلحة المحضـون هـي أسـاس إسـناد الحضـانة، ويجـب مراعاتهـا فـي أيـة مسـألة تخـص المحضـون، وبغـض النظـر عـن مثيرها سواء كانت، أما أو أبا أو جدة أو غيرها.

لـدا نجـد أن مسـتحقي الحضـانة رتبـوا علـى حسـب مـدى تـوفر مصـلحة المحضـون لـدى كـل مـنهم، فكلمـا كانـت أكثـر تحققـا كـان الشـخص المؤهـل لـدلك فـي المرتبـة الأولـى وهكـذا، فهـي تعتبـر معيـار يقـاس بـه فـي كـل نـزاع يخـص الحضـانة، وعلـى القاضـي أن يأخـذها بعـين الاعتبـار عنـد إصـدار حكمـه، سـواء عنـد إسـنادها إلـى مـن يسـتحقها أو عنـد الحكـم بإسـقاطها، أو عنـد الحكـم بتمديـدها أو إنهائهـا إلـى غيـر دلـك مـن المسـائل المتعلقـة بالحضـانة؛ هـدا مـا يـتم تناولـه فـي الفصـل الثـاني مصـلحة المحضـون علـى ضـوء العمـل القضـائي حيـث تناولنـا فـي المبحـث الأول تعريـف المصـلحة عنـد المحضـون وسـلطة القاضـي فـي تقـدير مصـلحته، والمبحـث الثـاني سـبل اتصال القاضي بإسناد وإسقاط الحضانة والجرائم الواقعة عليها.

الفصل الثاني:

تمهيـــــد:

يطـرح إسـناد الحضـانة لطـرف دون الطـرف الآخـر مـن مشـاكل عديـدة فـي الميـدان، لا سـيما أمـام الفراغـات الموجـودة فـي قـانون الأسـرة الجزائـري مـن جهـة، وتعقـد مسـألة الحضـانة مـن جهـة أخـرى ممـا يصـعب مـن مهمـة القاضـي بـالرغم مـن تبنيـه مجموعـة مـن القواعـد و المبـادئ لتقـدير مصـلحة المحضـون وحمايتـه، وكثيـرا مـا لا يحتـرم الأطـراف للأحكـام التـي يصـدرها القاضـي وذلـك بغـرض كـل طـرف مـن الأبـوين بالحصـول علـى حضـانة الأطفـال بعـد إنحـلال العلاقـة الزوجيـة، وهـذا مـا يـدفع بهما إلى رفع دعاوي قضائية أمام المحاكم للحصول على حضانة الأطفال.

والجـدير بالـذكر هـو أنـه فـي الغالـب سـواء فـي التشـريع أو فـي الأحكـام الصـادرة بمناسـبة هـذه الـدعاوي "المدنيـة والجزائيـة" لا بـد مـن تقـدير مصـلحة المحضـون وحفظه[1].

كمـا أنـه؛ تترتـب علـى الحاضـنة عـدة آثـار وتبعـات مـن نفقـة المحضـون وسـكنه وحق زيارته وذلك لحماية مصلحة المحضون وحفظه.

وهـذا مـا يـتم تناولـه فـي هـذه الدراسـة فـي المبحـث الأول تكـريس مبـدأ مراعـاة قاعـدة مصـلحة المحضـون مـن هـذا الفصـل كمبحـث ثـاني الـدعاوي القضـائية المقـررة لحماية مصلحة المحضون.

[1]: عينار فاطيمة، مساوي ليدية، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/10/22، ص 36.

المبحث الأول: تكريس مبدأ مراعاة قاعدة ملحة المحضون.

إن المشـرع الجزائـري مـن خـلال نصـوص قـانون الأسـرة نـص علـى قاعـدة مصـلحة المحضـون وجعلهـا أسـاس كـل حكـم مـن أحكـام الحضـانة، فقـد خصـص لهـا خمـس مـواد مـن بـين إحـدى عشـرة مـادة، ومنـه يظهـر جليـا أن الحضـانة بكاملهـا قائمـة علـى مبـدأ مصـلحة المحضـون، فهـذه المصـلحة هـي التـي تفسـر طـرق إسـناد الحضـانة ومن يمارسها وغيرها من الأحكام المتعلقة بها.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون

نتنـاول فـي هـذا المطلـب تعريـف المصـلحة عنـد المحضـون كفـرع أول ثـم تعريـف مصـلحة المحضـون كفـرع ثـان، ومعـايير تقـدير مصـلحة المحضـون كفـرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف المصلحة عند المحضون

أولا: تعريف المصلحة

1: **تعريـف المصـلحة لغـة:** المصـلحة تعنـي المنفعـة، فهـي مصـدر بمعنـى الصـلاح كالمنفعـة بمعنـى النفـع أو هـي اسـم للواحـدة مـن الصـالح، والمصـلحة هـي جلـب النفـع ودفع الضرر [1].

2: **تعريـف المصـلحة شـرعا:** يتفـق الفقهـاء علـى أن مصـلحة الإنسـان بأحكـام الشـريعة الإسـلامية وأساسـها ومـن بـين تعـاريف المصـلحة، التعريـف الـذي قـال بـه الخوارزمي فإنها " المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق ".

[1]: بن غريب رابح، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص 193.

كما عرفها الشرنباصي: "هي ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشة ونبيلة ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق" وأضاف إلى قوله هذا أن قصد الشارع في وضع الشريعة إنما هو مصالح العباد في الآجل والعاجل معا، وأن كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة وهي: الدين، النفس، العقل، السر، والمال يعد بمثابة مصلحة[1].

كما يقول الإمام أبو حامد الغزالي: المصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة[2]، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأمور الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هده الأمور فهي مفسدة ودفعها مصلحة.

3: تعريف المصلحة قانونا: لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا للمصلحة، وإنما نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر ومن المواد 7،64،65،66،67،69،84،89،90،96 من (ق.أ.ج)[3].

كما أنه جاء تعريفها في فقه القانون على عدة أوجه بحيث يرى الأستاذة " دونيه" أنه من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، ويستدرج في طرحه معتبرا مصلحة الطفل مسألة مستقبل وهذا ما يزيد من صعوبتها فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقا من هدا الحاضر

(1): مسيكة محمد صغير،مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ضل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015، 2016 ص 11.

(2): بن غريب رابح، مرجع سابق، ص 193.

(3): كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة، 2013/2012، ص 31.

لكـن مصـلحة الطفـل تتحـد بمـا سـيكون عليـه فـي المسـتقبل[1]، فحاضـر الطفـل لـيس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبلة، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة .

ثانيـا: أنـواع المصـلحة: إن المفهـوم الإسـلامي يعـد أوسـع مفهـوم للمصـلحة مقارنـة بالتشـريعات الوضـعية، فلـم يقصـر المصـالح علـى تلـك التـي تهـتم بالبـدن والمـادة فقـط، بـل أضـاف إليهـا مصـالح القلـب والـروح والعقـل معتبـرا أن المصـالح تقـاس بمـدى قوتها في ذاتها ومدى حاجة الناس إليها. فالمصالح عدة أنواع:

1: أنواع المصالح باعتبار الشارع لها

تنقسم إلى ثلاثة أنواع هي:

أ: المصـلحة المعتبـرة: تعتبـر المصـلحة المعتبـرة إن كـان لا يمكـن للنـاس الاسـتغناء عنهـا والتنـازل مهمـا حصـل مطلقـا لحـاجتهم الماسـة لهـا،إذ بـدونها يحصـل إخـلال بالحياة ولقد قام الدليل الشرعي على رعايتها كالمحافظة على العقل والنفس[2].

ب: المصـلحة المرسـلة: يقصـد بالمصـلحة المرسـلة المنفعـة التـي قصـدها الشـارع الحكـيم لعبـاده مـن حفـظ الـدين والـنفس والعقـل والمـال والعـرض، ودفـع مـا يفـوق هـذه الأصول أو يخل بها، وسميت مرسلة لعدم التنصيص على إعتبارها أو إلغائها[3].

ج: المصـلحة الملغـاة: هـي كـل مصـلحة خالفـت الأدلـة الشـرعية ولـم توافـق مـا جـاء في الشرع من أحكام وهذه لا يصح التعليل بها وبناء الأحكام عليها[4].

---

[1]: كربال سهام، مرجع سابق، ص 30.

[2]: بوخناف صبرينة، بوطار رجاء، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل 2018/2017، ص 22.

[3]: عتموت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2012 ص 849.

[4]:حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين الغاربة للأسرة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2004 ، ص 71.

2: أنواع المصلحة من حيث شمولها

أ: المصـلحة العامـة: وهـي مـا فيـه صـلاح عمـوم الأمـة، ولا تخـص الفـرد بحـد ذاتـه إنما باعتباره جزء من مجموع الأمة، كالجهاد وطلب العلم الذي ترتقي به الأمم[1]

ب: المصـلحة الخاصـة: وهـي تخـص الفـرد بذاتـه باعتبـار صـدور الفعـل منـه، فيحصـل بصـلاحه صـلاح المجتمـع المركـب مـنهم، كحفـظ المـال مـن السـرف بـالحجر علـى السفيه مـدة سـفهه ففـي ذلـك نفـع لصـاحب المـال ليجـده عنـد رشـده أو يجـده وارثـه مـن بعده. وبالتالي الحفاظ على كافة مال المسلمين[2].

3: أنواع المصلحة باعتبار قوتها: تنقسم المصلحة من حيث قوتها إلى:

أ: المصـلحة الضـرورية: وهـي التـي تتوقـف عليهـا حيـاة النـاس الدينيـة والدنيويـة، بحيـث إذا افتقـدت اختلـت الحيـاة الإنسـانية فـي الـدنيا، وفـات النعـيم وحـل العقـاب فـي الآخـرة، وهـي تنحصـر بالاسـتقراء فـي المحافظـة علـى خمـس: الـدين، الـنفس، النسـل، والمال أي المحافظة على الكليات الخمس التي قصدها الشارع الحكيم[3].

ب: المصـلحة الحاجيـة: وهـي مـا قـد تتحقـق مـن دونهـا المقاصـد الخمـس ولكـن مـع الضـيق، فشـرعت لتحصـين أركانهـا أو لحاجـة النـاس إلـى رفـع الضـيق عـن أنفسـهم لكـي لا يقعـوا فـي حـرج قـد يفـوت علـيهم المطلـوب، فشـرع الطـلاق مـثلا لحفـظ النسـل، وشرع شرط توافر الشهود لوجوب الحد في الزنا لنفس القصد[4].

---

[1]: بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص ،كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008 / 2009، ص28.

[2]: بن عصمان نسرين إيناس، ص 28.

[3]: بوخناف صبرينة، بوطار رجاء، مرجع سابق، ص 23.

[4]: الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق التخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر.مرجع سابق، ص 24.

ج: المصـــلحة التحســـينية: وهـــي مـــا لا يـــدخل فـــي النـــوعين الســـابقين، بـــل يرجـــع لاجتنـاب مـا لا تألفـه العقـول الراجحـة، فالمصـلحة التحسـينية تنـزل عـن حـد الحاجـة، وتثبـت لأصـحاب الأخـلاق الفاضـلة والصـفات الرقيـة التـي هـي مـن سـمات كمـال الفرد[1].

ثالثا: شروط المصلحة في الشرع الإسلامي

لقـد ضـبطت الشـريعة الإسـلامية المصـالح ضـمن شـروط لا بـد مراعاتهـا ويمكـن تلخيصها فيما يلي:

1. أن تكون هذه المصلحة ضمن مقاصد الشريعة

فالمصـلحة حتـى تكـون مشـروعة لا بـد أن تقـوم علـى حفـظ مقاصـد التشـريع الخمسـة حفـظ الـدين والـنفس والنسـل والعقـل والمـال، فكـل مـا يفـوت هـذه الأصـول أو بعضها فهي مفسدة[2].

2. عدم معارضة المصلحة للقرآن الكريم

المصـلحة لـيس بـذاتها دليـل مسـتقيم إنمـا هـي مجمـوع جزئيـات الأولـى تفصـيلية مـن القـرآن التـي تقـوم علـى حفـظ الكليـات الخمـس، فيسـتحيل عقـلا أن تخـالف المصـلحة مـدلولها أو تعارضـه[3]. مصـدقا لقولـه تعـالى ﴿ وَمَـنْ لَـمْ يَحْكُـم بِمَـا أَنْـزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الكَافِرُونَ ﴾[4]

---

[1]: بوخناف صبرينة، بوطار رجاء، مرجع سابق، ص 24

[2]: بوغرة أمينة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر التخصص: قانون الأسرة، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، 2015/2014، ص 69.

[3]: بوخناف صبرينة، بوطار رجاء، مرجع سابق، ص 24.

[4]: سورة المائدة، الآية 44

وقولـه: ﴿وَأَنْ حْكُـمْ بَيْـنَهُم بِمَـا أَنْـزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِـعَ أَهْـوَاءَهُمْ وَاحْـذَرْهُمْ، أَنْ يَفْتِنُـوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللهُ إِلَيْكَ ﴾[1].

3. عدم معارضة المصلحة للسنة النبوية:

فالمقصـود بالسـنة هنـا مـا ثبـت سـنده متصـلا إلـى الرسـول صـلى الله عليـه وسـلم من قول أو فعل أو تقرير سواء ورد متواترا أي قطعي الثبوت أو ظني الثبوت[2].

4. عدم معارضتها للقياس:

إن القياس هو مساواة فرع الأصل في علة حكمه، والقياس يتكون من أربعة أمور:

- ✓ أصل القياس: وهو الأمر الذي ورد في حكمه نص من كتاب أو سنة.
- ✓ فرع القياس: وهو الأمر الذي لم يرد النص على حكمه في كتاب ولا سنة.
- ✓ حكم الأصل: ثابت بدليل من كتاب أو سنة.
- ✓ علة الحكم: وهو الوصف المناسب له عقلا والمعتبر معه شرعا[3].

5. عدم تفويت مصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها:

فـي حالـة التعـارض بـين المصـالح، فـلا بـد مـن مراعـاة الترتيـب الأولـى فـي المقاصد وهو ما تم الإجماع عليه، ومثاله مراعاة حفظ النسل على حفظ المال[4].

---

[1]: سورة المائدة، الآية 49.

[2]: بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 33.

[3]: مرجع نفسه، ص 34.

[4]: عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، ص 32.

الفرع الثاني: تعريف مصلحة المحضون

لقد حضي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه، التشريع والقضاء لما يمثله هذا المبدأ من أهمية في حياة الأسرة والمجتمع، وعليه فإن تعريف مصلحة يقتضي منا تعريف الطفل المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة.

أولا: تعريف الطفل المحضون

المحضون لغة: يطلق على الطفل والطفلة الصغيرين والجمع أطفال ولدلك قيل بدا طفلا حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم، كما يعرف بأنه المولود حتى البلوغ.

المحضون شرعا: يقصد به الطفل والطفولة[1] في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة وتمتد إلى مرحلة البلوغ، مصدقا لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ نُخرِجُكُم طفلاً ﴾.

المحضون قانونا: بالنظر في محتوى نصوص الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يعرف الطفل المحضون[2] وإنما التقى فقط بذكر " على القاضي مراعاة مصلحة المحضون، إلا أنه يستفاد ذلك من نص المادة 65 من (ق.أ.ج) التي نصت على أنه" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، والقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية....."[3]

كما نصت المادة 62 من (ق.أ.ج) على أن الحضانة هي رعاية الولد ومعنى الولد ينصرف للأنثى والذكر، وبمفهوم المخالفة نستنتج أن المحضون هو الولد ذكرا كان أو أنثى وحدد القانون حضانة كل منهما بسن معينة، فالذكر إلى سن 10 سنوات يمكن تمديدها إلى سن 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج.

---

[1]: خيضر صالح، دبه فارس، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 47.

[2]: الهاشمو فاطمة الزهراء (نجاة)، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص21.

[3]: خيضر صالح، دبه فارس، مرجع سابق، 47.

وحسب الأستاذ ابن رشد البكري في كتابه[1] " لباب اللباب " فإن المحضون هو: من لا يستقل بأمور نفسه بسبب صغر سنه أو عدم سلامة عقله أو بسبب عزوبيته (بالنسبة للفتاة البكر).

وانطلاقا من هذه التعاريف نتوصل إلى أن المحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة سواء كان القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله وأن الحضانة تثبت مند الولادة باتفاق الفقهاء.

ثانيا: خصائص مصلحة المحضون

✓ **قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية**

بمعنى تتعلق بكل طفل على حدا و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث الولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر[2] وهكذا فإن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل كل حالة حدة، لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل ويخول له مهمة تحديد ما يشتمل عليه من الناحية العملية، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية [3].

---

[1]:عماري سناء، التطبيقات الفضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي سنة: 2015/2014.ص 179.

[2]: مرجع نفسه، ص179.

[3]:حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص 78.

✓ **قاعدة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية**

أو كلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا ،لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة بجعل هذا الحكم قابلا للنقض لضعف التسبيب فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون، وذالك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث[1].

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر 1967/03/29 بأنه: "من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فإنه يجب على قضاه الموضوع مراعاة مصلحة المحضون".

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضى بأنه: "من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون، وهذه يقدرها قضاة الموضوع"[2].

وقضت المحكمة العليا في 2008/02/13 بأنه " يجب عند اسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون ".

✓ **قاعدة مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير**

فما كان يصلح للطفل في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر، فهي قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمانية والمكانية، فهي تختلف من مكان إلى آخر

[1]: عماري سناء، مرجع سابق، ص 179.

[2]: مرجع نفسه، ص 180.

ومـن زمـان إلـى آخـر ومـن طفـل إلـى آخـر، كمـا أنهـا تختلـف مـن قاضـي إلـى آخـر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدينية [1].

الفرع الثالث: معايير تقدير مصلحة المحضون

أولا: المعيـــار المعنـــوي: أول مـــا يعتمـــد عليـــه القاضـــي لكشـــف موقـــع مصـــلحة المحضـون هـو العنصـر المعنـوي والروحـي، الـذي يشـكل حجـر زاويـة تلـك المصـلحة، ولا شـــك أي معظـــم الفقهـــاء لا يعترضـــون علـــى العنصـــر المعنـــوي والروحـــي بـــل ويؤكدونـــه متبعـين فـــي ذلـك المتخصصـين فـــي علـم الـنفس، ولـيس للقضـاة فـــي هـذا الموضـــوع إلا أن يصـــغوا إلـــى علمـــاء الـــنفس لكـــي تســـد ثغـــرات ســـكوت القـــانون ،[2] فأكيـــد أن الحنـــان والعطـــف اللـــذين يمـــدهما الوالـــدان لأبنائهمـــا ومـــن الأم علـــى الخصـــوص لا بـــديل لهمـــا فهـــدين العنصـــرين مهمـــين فـــي تكـــوين بنيـــة الطفـــل العقليـــة والجسـمية، ولهـذا يحـرص علمـاء الـنفس والأطبـاء أشـد الحـرص توفيرهمـا للطفـل فـي حياته الأولى.

فـإذا فقـد الطفـل أمـه وهـو فـي شـهوره الأولـى ،[3] تـرك هـذا الحرمـان آثـارا سـلبية منهـا تعطيـل النمـو الجسـمي والعقلـي والاجتمـاعي للطفـل [4]. ولعـل أهميـة هـذا المعيـار بالإضـافة إلـى مـا قيـل أعـلاه، تكمـن درء المخـاطر عـن المجتمـع ككـل، فالحرمـان العـاطفي يـؤثر علـى سـلوك الطفـل ويـؤدي بـه إلـى الانحـراف والجنـوح، ووقوفـه ضـد المجتمـع الـذي يعـيش فيـه، وهـذا مـا نستخلصـه مـن خـلال القواعـد الفقهيـة والنصـوص القانونيـة فـي ترتيـب الحواضـن وتقـديم النسـاء علـى الرجـال لأنهـن الأقـدر علـى مـده

---

[1]: عماري سناء، مرجع سابق، ص 180.

[2]: شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014.ص 418.

[3]: حميدو زكية، مرجع سابق، ص 105.

[4]: ياسر يوسف إسماعيل المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بينهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين، 2009، ص 53.

بالعنايـة الروحيـة [1] ؛ وأن حرمـان الطفـل الصـغير لفتـرة طويلـة مـن عنايـة الأم قـد يكـون لـه آثـار خطيـرة وعميقـة علـى خصائصـه وشخصـيته، وبالتـالي علـى مسـتقبل حياته.[2]

ومنـه يقتضـي الأمـر علـى الحاضـن أن يهـتم بالمحضـون أحسـن اهتمـام ويعوضـه قـدر الإمكـان الجـو العـائلي الـذي فقـده، بـأن يراعيـه ويعتنـي بـه ويحسـن معاملتـه، ويجـب علـى القاضـي أن يراعـي مصـلحة المحضـون، وذلـك بـأن يختـار لـه الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[3]

ثانيـا: المعيـار المـادي: إن إسـهام العنصـر المـادي فـي حضـانة الطفـل أمـر واضـح، لأن العنايـة بكـل طفـل تتطلـب حتمـا تغطيـة حاجاتـه الضـرورية وهـي تكـاليف لا بـد منهـا، وعليـه فـإذا مـا تـوفر العنصـر المـادي للطفـل مـن مأكـل وملـبس ومسـكن وغيـر ذلـك ممـا يحتاجـه فيتولـد الاسـتقرار والـدوام فـي التصـرفات المعتـادة فـي الحيـاة والواقـع أن اسـتقرار الأسـرة يعـد عنصـرا أساسـيا للأمـن بـه، و يحـس المحضـون براحـة تسـاهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن.[4]

ثالثا: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إذا كانـت مصـلحة المحضـون العمـود الفقـري للحضـانة، فإنـه ينبغـي دراسـة كـل اقتـراح يمكـن أن يسـاعد علـى تحقيقهـا ولهـدا لا غرابـة فـي محاولـة إعطـاء المحضـون فرصـة الإسـهام فـي تحقيـق مصـلحته بنفسـه، وممـا لاشـك فيـه أن وضـع هـذا النظـام لـه فائـدة مـن الناحيـة العمليـة، فالطفـل إنسـان يحـس ويرغـب ويفضـل، ولكنـه إنسـان ضـعيف يفتقـر إلـى بعـد النظـر، ويحتـاج إلـى توجيـه فـي اختيـار حاضـن يتصـف

[1]: حميدو زكية، مرجع سابق، ص 105 ،106.

[2]: ياسر يوسف إسماعيل، مرجع سابق، ص 53.

[3]: شامي أحمد، مرجع سابق، ص 420.

[4]: حميدو زكية، مرجع سابق، ص.ص.112-116-117.

بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسناد الحضانة وفقا لترتيب الحاضنين

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

الفرع الأول: تدخل القاضي لترتيب الحواضن في قانون الأسرة

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون، فالتغير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير إشكالا، فمصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[2].

ومع ذلك كله، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته (ق.أ.ج) على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع

---

[1]: معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصصات الأحوال الشخصية ،جامعة الشهيد حمَه لخضر، الوادي، سنة 2015/2014 ص.ص 41.42.

[2]:شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية، مرجع سابق، ص. 310.

مرتبطا بالنظام والعام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر؛ ولكن الإشكال الذي يمكن أن يطرح إضافة إلى التنازع حول حضانة الولد بين ذوي الحق في حضانته، هو الإشكال الذي ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة ولحضانة الطفل وتوفير شروط العناية بمصلحة ومتطلبات رعايته، ولا يطلبه شخص من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته، فينتج عن ذلك تساؤل وهو: هل يجوز للقاضي إلى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر[1] أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل وحضانته ؟

الفرع الثاني: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة

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

على الرغم من أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق، ولها أن تتنازل عنه متى يشاء لكن، ما يجب عمله في حال عدم توفرها الشروط القانونية للحضانة،بسبب امتناعها لممارسة الحضانة إما لعجزها عنها أو لعدم رغبتها في القيام بها وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة، لأنه في حالة عجزها يمنعها من القيام بمتطلبات الحضانة فلا تحصل مصلحة المحضون وفي حالة عدم رغبتها في الحضانة مع قدرتها عليها فإنها تكسل ولا تقوم بأعمال الحضانة، فتفوت مصلحة المحضون ولم يكن في إجبارها فائدة، ولكن إذا تعينت

[1]: سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 294.

الحضـانة لعـدم وجـود غيرهـا فـلا سـبيل إلا إجبارهـا علـى الحضـانة فهـذا الإجبـار خيـر مـن تـرك المحضـون بـلا حاضـن، كمـا أن مبـدأ مصـلحة المحضـون يسـمح للمحكمـة أن تقضـي بإجبـار الأم علـى الحضـانة حتـى لـو كانـت تنقصـها بعـض شـروط الحضـانة، شـريطة أن تكـون هـذه الشـروط التـي تنقصـها لا تـؤثر علـى ضـمان مصـلحة المحضون.

وبـذلك فـإن المشـرع الجزائـري أخـذ بـرأي فقهـاء: محمـد وأبـو الليـث والهنـداوي وجـواهر زاده مـن الحنفيـة ومالـك فـي روايـة أخـرى وإبـن الماجشـون، وآخـرون مـن المالكيـة، وبعـض الشـافعية، وبعـض الحنابلـة إلـى القـول بـأن الصـغير هـو صـاحب الحق في الحضانة [1].

فـلا تجبـر الأم علـى الحضـانة إذا امتنعـت بالنسـبة وللمالكيـة وفـي حـال مـا إذا أرادت العودة للحضانة لا يجوز لها ذلك.

الفرع الثالث: تأقيت الحضانة

إذا كـان قـانون الأسـرة المعـدل بـالأمر 02/05 قـد رتـب أصـحاب الحضـانة ترتيبـا جديـدا بعـد الطـلاق ومـنح حـق الحضـانة " إلـى الأم ثـم إلـى الأب ثـم إلـى الجـدة لأم ثـم الجـدة لأب ثـم..."[2] ؛ فـإن القـانون قـد أنشـأ وضـعا آخـر بالنسـبة إلـى حـق الحضانة في فترة مابين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق

حيـث نـص فـي المـادة 57 مكـرر جديـدة) مـن (ق. أ. ج): يجـوز للقاضـي الفصـل علـى وجـه الاسـتعجال بموجـب أمـر علـى عريضـة فـي جميـع التـدابير المؤقتـة

[1]: سعد عبد العزيز ،مرجع سابق، ص 295.

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

ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن[1]، على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة وبصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

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

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

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

جعل المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى فوق كل اعتبار، حيث أعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، وهذه السلطة تختلف بنسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، إلا أن القانون قد خول

[1]: سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبة الجديد (أحكام الزواج وأخلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة ط2 ،2009 ص157.

للقاضـي بعـض الوسـائل والضـوابط القضـائية للوصـول إلـى مـا هـو أصـلح للمحضـون، والتي بدورها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الأول: الخبرة

تـنص المـادة 26 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة علـى أنـه " يجـوز للقاضـي مـن تلقـاء نفسـه أو بطلـب أحـد الخصـوم تعـين خبيـر أو عـدة خبـراء مـن نفـس التخصـص أو مـن تخصصـات مختلفـة "، والخبـرة هـي تـدبير تحقيقـي يقصـد منـه الحصـول علـى معلومـات ضـرورية بواسـطة أصـحاب الاختصـاص للبـث فـي أمـور فنيـة تكـون محـل نـزاع بعـد أن يبـدي الخبيـر أو صـاحب الاختصـاص رأيـه بشـأنها، أو بتثبـت وقـائع ماديـة، أو حالـة واقعيـة معينـة تكـون محـل نـزاع حاصـل أو محتمـل حصـوله فـي مسـتقبل قريـب، وتنـاول الخبـرة الوقـائع الماديـة دون المسـائل القانونيـة التـي تبقى من اختصاص القاضي وحده[1].

ومنـه أن يطلـب القاضـي تعـين خبيـر مخـتص بدراسـة حالـة المحضـون الصـحية أو النفسـية وجميـع المعطيـات الماديـة والاجتماعيـة، وهـذا مـا أكـده القـرار الصـادر عـن المحكمـة العليـا المـؤرخ فـي 2005/11/16 الـذي قضـى "إذا كـان مـن المقـرر قانونـا أن الحضـانة تسـتحق بـانحلال الرابطـة الزوجيـة بـالطلاق أو بالوفـاة فـإن علـى قاضـي الموضـوع أن يبحـث أيـن تكمـن مصـلحة المحضـون بمختلـف الوسـائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية"[2].

---

[1]: غصوب عبده جميل، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، مجدا المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010 ص326.

[2]: م.ع.غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/01/16، في الملف رقم (337176)، نشرة القضاة 2010، العدد 65، ص 319، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ج3، ط1، 2013، ص1527.

وفـي قـرار آخـر للمحكمـة العليـا المـؤرخ فـي 2006/05/17 قضـت أنـه: "يسـند القاضـي الحضـانة بعـد وفـاة الأبـوين مسـتعينا بمرشـدة اجتماعيـة إلـى مـن يسـتحقها حسب مصلحة المحضون"[1].

كمـا قضـت المحكمـة العليـا فـي القـرار الصـادر فـي 1999/03/17 "مـن الوجـه الأول المـأخوذ مـن قصـور الأسـباب بـدعوى أن قضـاة الموضـوع قـد أسـندوا حضـانة الأولاد الأربعـة إلـى أختهم لأب مـع وجـود حـالتهم التـي هـي أولـى مـن الأخـت التـي كانـت لهـا عـداوة مـع أمهـم وقبـل وفاتهـا بسـبب الميـراث، حيـث أنـه بالفعـل فقضـاة الموضـوع عنـدما أسـندوا حضـانة الأولاد لأختهم لأب مـع وجـود الخالـة يعتبـر مخالفـا للترتيـب المنصـوص عليـه فـي المـادة 64 مـن قـانون الأسـرة إضـافة إلـى أنهـم لـم يسـتعينوا بمرشـدة اجتماعيـة لمعرفـة الطـرف الـذي يمكـن أن يكـون أقـدر علـى تربيـة الأولاد ورعـايتهم مـن غيـره، وعليـه فالوجـه مؤسـس الأمـر الـذي يتعـين معـه نقـض القـرار المطعون فيه وإحالة القضية لنفس المجلس"[2].

وفـي قـرار آخـر صـادر عـن المحكمـة العليـا بتـاريخ 2005/07/13 أقـرت "بـأن تأييـد الحكـم الـذي أسـند حضـانة الولـد للجـدة دون مراعـاة مصـلحة المحضـون ودون مناقشـة الـدفوع التـي أثارهـا الطـاعن حـول الحالـة النفسـية للولـد والتقريـر الـذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب".

وتطبيقـا لـذلك قضـت المحكمـة العليـا فـي قرارهـا الصـادر فـي 1997/02/18 "الحضـانة تمـنح حسـب مصـلحة المحضـون واعتمـادا علـى تقريـر المرشـدة الاجتماعيـة

---

[1]: م.ع.غ.أ.ش، قرارا بتاريخ 2006/05/17 في الملف رقم (364850)، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 2، ص 437، نقلا عن مرجع نفسه، ص 1408.

[2]: م.ع.غ.أ.ش قرار بتاريخ 1995/10/24، في الملف رقم (123889) نشرة القضاة 1997، العدد، 52، ص111، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 864.

التـي تؤكـد ذلـك فـإن قضـاة الموضـوع إعمـالا لسـلطتهم التقديريـة فقـد طبقـوا القـانون ممـا يستوجب رفض الطعن"[1].

كمـا قضـت المحكمـة العليـا فـي قرارهـا الصـادر فـي 2005/05/18 بـأن " يسـتعين القاضـي، فـي الحكـم بعـدم تحقـق مصـلحة المحضـون بتقريـر مسـاعدة اجتماعية"[2].

الفرع الثاني: المعاينة

إذا كانـت الخبـرة لا تكفـي ولا تفـي بـالغرض المطلـوب أو أن الخبـرة التـي قـام بهـا الخبيـر لـم تتوصـل إلـى بيـان وتوضـيح المعلومـات الفنيـة المطلوبـة، يمكـن للقاضـي المعـروض عليـه النـزاع أن يـأمر بالانتقـال لمعاينـة أمـاكن النـزاع لكـي يتعـرف شـخص على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه[3].

فللقاضـي الانتقـال إلـى المكـان الـذي تمـارس فيـه الحضـانة للمعاينـة ومعرفـة الظـروف المحيطـة بـذلك الوسـط الـذي يعـيش فيـه كـذلك ومـدى قـرب المسـكن مـن المدرسـة بعـده، وهـذه كلهـا يـدخلها القاضـي فـي حسـاباته أثنـاء تقـديره إسـناد الحضـانة إلـى أحـد مسـتحقيها[4]، وذلـك طبقـا لـنص المـادة 146 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة التـي تـنص " يجـوز للقاضـي مـن تلقـاء نفسـه أو بطلـب مـن الخصـوم أن يـأمر بالقيـام بـإجراءات معاينـات أو تقييمـات أو تقـديرات أو إعـادة تمثيـل الوقـائع التـي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

---

[1]: م.ع.غ.أ.ش قرار بتاريخ 2005/07/13 في الملف رقم (332324) نشرة القضاة 2006، العدد 59 ص 236، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق ص، 1324.

[2]: م.ع.أ. ش. قرار بتاريخ 2005/05/18 في الملف رقم (330566)، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد، ص 301 نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق.ص 1274.

[3]: بلعيد بشير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البحث قسنطينة، 2000.ص113.

[4]: بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في اللعب والحضانة، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013 ص 113.

وتعـرف المعاينـة بأنهـا مشـاهدة المحكمـة بنفسـها لمحـل النـزاع علـى الطبيعـة حتـى تـتمكن مـن تكـوين فهـم واقعـي صـحيح للقضـية المعروضـة عليهـا ليسـاعدها علـى الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[1].

وهـذا مـا أكدتـه المحكمـة العليـا فـي قرارهـا الصـادر فـي 2003/05/21 بأنـه "إن الحكـم بإسـقاط الحضـانة عـن الأم دون تعـين مرشـدة اجتماعيـة لمعاينـة ظـروف معيشـة الأطفـال والبيـت الـذي يقيمـون فيـه ودون مراعـاة مصـلحة الأطفـال يعـد قصـورا في التسبيب"[2].

الفرع الثالث: سماع الشهود

نصـت المـادة 150 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة بجـواز الأمـر سـماع الشـهود حـول الوقـائع التـي تكـون طبيعتهـا قابلـة للإثبـات بشـهادة الشـهود ويكـون التحقيق فيها حائزا ومفيدا للقضية[3].

1: الاسـتماع إلـى أطـراف النـزاع: فللقاضـي الاسـتماع إلـى أطـراف النـزاع سـواء الأب أو الأم، وتحديـد أيهمـا الأصـلح لمراعـاة مصـلحة الطفـل، كمـا لـه فـي ذلـك الاعتمـاد علـى الوثـائق المقدمـة مـن كـلا الطـرفين والموازنـة بينهمـا فـي الإثبـات حتـى يسـتطيع تكوين قناعة فيما هو أصلح للطفل.[4]

وتـنص المـادة 454 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة علـى أنـه " يجـوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

---

[1]:سنيكات مراد محمود الأبحاث بالمعاينة والخبرة في القانون المدني لدراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص45.

[2]: م.ع، غ.أ.ش تاريخ القرار 2003/05/21 في الملف رقم (302428) نشرة القضاة، 2006 العدد 58.ص202 نقلا عن جمال سايس ،الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص132.

[3]: دلا ندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة يعني الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجديد (الأعوان القضائية) الطبعة الثانية، دار هومة الجزائري 2009 ص 103.

[4]: بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 165.

- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى قاعدة في سماعه.

- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.

- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو علني".

إلا أن السؤال المطروح هل يعتد برأي المحضون في القضايا المتعلقة به؟ وهل تعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟

فبالرجوع إلى قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم يأتي بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة أما بالنسبة للجانب القضائي تباينت الأحكام حول ذلك، حيث قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1970/10/21 بأن " سماع الأولاد المحضونين والنظر للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة سماع الأولاد في هذا الموضوع"[1].

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/01/11 "من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أو يضع أولاده من يثق بهم من أهله وأقاربه"[2].

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 أقر 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

---

[1]: المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص قرار بتاريخ 1970/10/21 في الملف رقم (غير موجود) نشرة القضاة 1972،العدد 1ص 58 نقلا عن جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر منشورات كليك ط1، ح1، 2013 ص 72.

[2]: م.أ.غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1982/01/11 في الملف رقم(26503) نشرة القضاة، 1982، عدد خاص ص 236، نقلا من المرجع نفسه، ص 145.

المواجهـة أمـام المجلـس وبحسـب فـإنهم اعتمـدوا فـي تأسـيس قـرارهم علـى الفقـه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يتوجب رفض طلب النقض".[1]

وترتيبا على ذلك فإن القاضي قد لاحظ بأن اختيار الطفل فيه فعلا مصلحة له حكم له به وإذا رأى انتفاء مصلحته مع الغير أبقى الحضانة للحاضن الأول[2].

2: الاستماع إلى أفراد العائلة

يجـوز للقاضـي أن يطلـب حضـور أقـارب الخصـوم أو أصـهارهم أو زوج أحـد الخصـوم بالإضـافة إلـى إخـوة وأخـوات وأبنـاء عمـوم الخصـوم وكـل هـذا مـن أجـل جمـع أكبـر قـدر مـن المعلومـات التـي بهـا يسـتطيع تـرجيح رأيـه[3]، وهـذا عمـلا بالمـادة 459 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة التـي تـنص: "يجمـع القاضـي المعلومـات التـي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

المبحث الثاني: الدعاوي القضائية المقررة لحماية مصلحة المحضون.

إن صـاحب الحـق فـي رفـع دعـوى الحضـانة مطالـب إمـا بإثبـات الحضـانة لنفسـه أو إسـقاطها عـن غيـره، وفـي سـبيل السـعي لاحتـرام الأحكـام الخاصـة لهـذه الـدعاوي وتطبيقهـا حفاظـا علـى مصـلحة الطفـل المحضـون ؛ يمكـن لمـن صـدر الحكـم لصـالحه بإسـناد الحضـانة لـه، تمديـدها أو إسـقاطها عـن الغيـر لسـبب مـن الأسـباب أن يسـلك الطريـق الجزائـي إذا تخلـف الخصـم عـن تنفيـذ الحكـم الأول بإتبـاع أحـد الـدعاوي المتعلقـة بمخالفـة أحكـام الحضـانة حسـب الحالـة، وعليـه يكـون لقاضـي شـؤون الأسـرة فـي حـال مـا إذا طـرح نـزاع حـول الحضـانة، هـو الشـخص المخـتص للفصـل فـي

---

[1]: المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1981/12/14 في الملف رقم (26225) نقلا عن زكية حميدو " مصلحة المحضون في القوانين المغاربة للأسرة، مرجع سابق،.184

[2]: المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1981/12/14 في الملف رقم (26225) نقلا عن زكية حميدو " مصلحة المحضون في القوانين المغاربة للأسرة، مرجع سابق، 184.

[3]: صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 113.

النـزاع المطـروح أمامـه، كمـا أن إشـكالات الحضـانة متنوعـة ومتعـددة، وهـذا مـا سـنتناوله فـي هـذا المبحـث مـن خـلال دراسـة أنـواع الـدعاوي التـي ترفـع فـي الحضـانة كما أنه سنتطرق إلى تبعات وآثار إسناد الحضانة.

المطلب الأول: الدعاوي المدنية

كـرس الشـرع الجزائـري مجموعـة مـن الحقـوق للولـد المحضـون، ومـن بينهـا الحـق فـي الحضـانة حيـث خصـص لـه المـواد مـن 62 إلـى المـادة 72 مـن قـانون الأسـرة، حيـث تـنص المـادة 62 علـى أن " الحضـانة هـي رعايـة الولـد وتعليمـه والقيـام بتربيتـه والسـهر علـى حمايتـه، وحفظـه صـحة وخلقـا، ويشـترط فـي الحاضـن أن يكـون أهـلا للقيـام بـذلك "، فـلا بـد مـن مراعـاة مصـلحة المحضـون عنـد إسـناد الحضـانة لأنهـا شـرعت مـن أجـل رعايتـه وتربيتـه وصـيانته والحفـاظ علـى مصـالحه ويشـترط فـي الحاضـن أن يكـون أهـلا لـذلك. مـع الإشـارة أنـه يكـون هـذا مـن خـلال دور القاضـي الـذي يجـب عليـه التحقـق عمـا إذا كـان طالبهـا تتـوفر فيـه شـروط اسـتحقاقها ويحقـق الغايـة المرجـوة منهـا، ولهـذا لا بـد مـن تنـاول الـدعاوي المقـررة مـن طـرف القـانون لحمايـة المحضـون ولمعرفـة مـدى التـزام الحاضـن أو مـن لـه الحـق بالحضـانة، وبالشروط الواجب توفرها. ومدى تحقق الرعاية والاهتمام بالولد المحضون.

الفرع الأول: دعوى إسناد وإسقاط الحضانة

وتتمحـور هـذه الحالـة إمـا فـي حالـة الطـلاق أو الفقـدان أو الوفـاة والتـي نجـد أن القاضـي يبحـث عـن مـن لـه الحـق بحضـانة الطفـل خـلال فتـرة الحضـانة، كمـا أنـه يقـوم في هذه الفترة بتمديدها إن رأى الضرورة تقتضي ذلك.

أولا: دعوى إسناد الحضانة

إن الحضـانة بالإضـافة إلـى اعتبارهـا أثـر مـن آثـار انحـلال الرابطـة الزوجيـة، فإنهـا كـذلك تعتبـر مظهـرا مـن مظـاهر العنايـة التـي توليهـا الشـريعة الإسـلامية للولـد المحضـون، وتسـند مهمـة القيـام بهـذا عـادة إلـى النسـاء. ولهـذا إذا وقـع الطـلاق مـن الـزوجين، فإنـه ينـتج عنـه مباشـرة حـق الأم فـي طلـب الحكـم بحضـانة طفلهـا الصـغير.[1] والفصـل فـي مسـألة إسـناد الحضـانة فـي هـذه الحالـة يكـون فصـلا يحمـل صـورتين أو حـالتين إمـا فـي الـدعوى الراميـة إلـى فـك عقـد الـزواج والتـي أوجـب القـانون علـى القاضـي الفصـل فـي مضـمونها ضـمن متطلبـات دعـوى الطـلاق أو بصـورة منفصـلة والتـي تباشـرها الزوجـة فـي حالـة الوفـاة، ويكـون الإسـناد منفصـلا بـدعوى مستقلة وليس تبعية.

أ: في حالة الطلاق

يعتبـر الطـلاق بـإرادة الـزوج المنفـردة فـي طلـب فـك الرابطـة الزوجيـة بينـه وبـين الزوجـة فـي حالـة اسـتحالة العشـرة الزوجيـة بـين الطـرفين حتـى وإذا كـان القـانون لـم يحـدد أسـباب الطـلاق فـإن القضـاء قـد دأب فـي معرفـة أسـباب فـك الرابطـة الزوجيـة مـن طرف الزوج ؛ وذلك تماشيا وحكمه الذي جعله الله أبغض حلاله.

وفـي حالـة ثبـوت للقاضـي أن طلـب الـزوج للطـلاق فـي هـذه الحالـة يعـد طلـب تعسـفي غيـر شـرعي ولا مبـررات لـه فإنـه جـاز لـه أن يطبـق مـا جـاء بالمـادة 52 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري: "إذا تبـين للقاضـي أن الـزوج قـد تعسـف فـي طلـب الطـلاق فلـه أن يحكـم للمطلقـة بمـا تسـتحقه مـن تعـويض، عمـا لحقهـا مـن ضـرر مـادي ومعنـوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي"[2].

---

(1) لحسين بن شيخ آت موليا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2014، ص 75.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 292.

ب: حالة الفقدان أو الوفاة

إن المبدأ في إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون المصلحة تقتضي ذلك بعد تطبيق صحيح للقانون، [1] كما أن إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوة الطلاق بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهم يتمثل أن الأم تحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.[2]

ثانيا: دعوى تمديد الحضانة

نص المشرع الجزائري في المادة 65 من (ق. أ. ج) على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًا ما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم عند انتهائها مصلحة المحضون "[3]، ويفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة كما أن المشرع الجزائري فرق بين مدة حضانة الذكر التي تقدر ب 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، وبالنسبة للبنت 19 سنة أو سن الزواج والأخير هو سن بلوغ الرشد كما ورد بالمادة 40 من القانون المدني.[4]

---

[1]: صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 ص 251.

[2] : لحسين بن شيخ آت موليا، مرجع سابق، ص 329.

[3]: المادة 65 من الأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرجع سابق.

[4]: عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية والجزائية، الجزائر، 2013، ص 283.

1: إنهاء مدة الحضانة في الفقه

تنتهي وتنقضي مدة الحضانة بالنسبة للطفل متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء الحاضنات وتدبير شؤونه بنفسه، ولقد قدرت هذه المدة ببلوغه عشر سنوات. أما بالنسبة للأنثى ببلوغها مبلغ النساء، فسبب انتهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه هذا السن واستغناءه عن خدمة الحواضن من النساء أنه حينئذ يحتاج للتحلي بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة والأب أقدر من الأم على ذلك.

أما البنت فإنها بعد بلوغها الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدريب على مهمة مستقبلها، والنساء أقدر من الرجال على ذلك ولهذا كان لها أن تبقى في يد الحاضنة، سواء كانت الحاضنة الأم أو غيرها [1].

2: إنهاء مدة الحضانة قضاءًا

من المقرر شرعا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مرة ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني. – ولما كان ثابتا – في قضية الحال، إن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد اللذين تشملهم الحضانة خالف القانون.[2]

الفرع الثاني: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المقيد صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، ولأن سقوط الحضانة لا يكون أمر تلقائي بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية

[1] : نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص 252.

[2] : مرجع نفسه ، ص 252.

بخـلاف دعـوى إسـناد الحضـانة التـي غالبـا مـا تكـون تبعيـة لـدى الطـلاق، كمـا أن إسـقاط الحضـانة لـن يكـون لهـا مفعـول إذا تعارضـت مـع مصـلحة المحضـون، فيمـا تتمثل الحالات التي تؤدي إلى مطالبة إسقاط الحضانة؟

لقـد نـص المشـرع الجزائـري فـي قـانون الأسـرة علـى الحـالات التـي تسـقط فيهـا الحضانة والواردة بالمواد من 66 الى70 منه وهي كالتالي:

- ✓ إذا اختل أحد الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن، (المادة 67 /1).
- ✓ إذا سـكت مـن يسـتحق الحضـانة عـن المطالبـة بهـا لمـدة سـنة مـن غيـر عـذر، (المادة 68).
- ✓ إذا اسـتوطن الحاضـن بلـدا يصـعب علـى ولـي المحضـون القيـام بواجباتـه، (المـادة 69).
- ✓ إذا سـكنت الجـدة أو الخالـة بالمحضـون مـع أم المحضـون التـي تزوجـت بغيـر قريب محرم (المادة 70).

ويعـود الحـق فـي الحضـانة، إذا زال سـبب سـقوطه، غيـر الاختيـاري مـا عـدا الـذي تنـازل عنهـا طبقـا لمـا ورد بالمـادة 71 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري ؛ وبمـا أن الحضـانة حـق مقـرر شـرعا وقانونـا لـلأولاد، فيجـب مراعـاة مصـلحة المحضـون فـي ذلـك، وهـذا وقـد تعامـل القضـاء الجزائـري مـع مسـألة سـقوط الحـق فـي الحضـانة حسـب كل حالة من هذه الحالات.[1]

[1]: الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 125 .

أولا: التزويج بغير قريب محرم

نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "[1]. يفهم من خلال نص هذه المادة أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة، ويمنح هذا الحق لمن طالب به برفع الدعوى، وبالتالي في حالة ما إذا أرادت الحاضنة الاحتفاظ بحضانة ولدها لا بد من زواجها بقريب محرم، وذلك لأن القريب المحرم يوفر العناية الكاملة للمحضون أكثر من الأجنبي نظرًا لوجود صلة الدم التي تربطه به[2]، عكس الزوج الأجنبي الذي نجده في غالب الأحيان لا يعطف على الطفل لأنه لا تربطه أية صلة به، كما أن الزواج بقريب غير محرم يجعل الأم تحتفظ بحضانة الطفل المحضون ولا يسقط حقها فيها لأن من تزوجت معه له الحق في الحضانة وبالتالي يكونا لهما يدًا واحدة برعايته وحفظه [3].

كما أن خلو الحاضنة من الزوج غير المحرم هو شرط استحقاقها للحضانة لكن ليس الأمر على إطلاقه، بل وفقا لآراء فقهية من سقوط الحضانة بالزواج من قريب أو غريب، أو سقوطها في بعض الحالات أو عدم سقوطها مطلقا. ويتم بيان آرائهم كما يلي[4]:

الـرأي الأول: تسقط الحضانة إذا تزوجت الأم الحاضنة أو غيرها بعد استحقاقها إن كان زوجها من غير محارم الصغير، وفي هذا قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية والإباضية.

---

[1]: المادة 66 من الأمر 05-02، مرجع سابق .

[2]: محمد كمال إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج، الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص 492

[3]:عبدالقادر بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له مرجع سابق، ص 359.

[4]: عبير رحبي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1 دار الفكر، الأردن، 2006، ص ص، 163-164.

الـــرأي الثـــاني: لا تسـقط حضـانة الأم الحاضـنة أو غيرهـا للصـغير بـالزواج بعـد استحقاقها بشـرط أن تكـون مأمونـة، وزوجهـا مـأمون، وبـه قـال الحسـن البصـري، وإبـن حـزم وفصـل الحنابلـة فـي قـول بـين المحضـون الـذكر والمحضـون البنـت الأنثـى، فالطفـل إن كـان بنتًـا لـم تسـقط الحضـانة بنكـاح أمهـا. أمـا إذا كـان ذكـرًا سـقطت حضانتها [1].

ومـا يسـعنا إلا أن نقـول أن المفارقـة البينـة تـدل علـى سـعي كـل واحـدة مـن الآراء الفقهيـة السـابقة والتـي مفادهـا مصـلحة الطفـل المحضـون مـع الأخـذ بعـين الاعتبـار رأي دون آخـر، لـذلك وجـب أن نبحـث عـن الحكمـة التـي جعـل مـن أجلهـا الـزواج مسـقطا للحضـانة أو غيـر مسـقطا لهـا، مـع وجـوب دراسـة تطبيـق هـذه الحكمـة فـي مجتمعـه، وبالتـالي الإسـتيفاء بتلـك الآراء المبرهنـة علـى حرصـها الشـديد فـي بلـوغ الأنفع للمحضون[2].

وقـد نـص ابـن حـزم الظـاهري علـى عـدم السـقوط بـالزواج فقـال: "الأم أحـق بحضـانة الولـد الصـغير و الابنـة الصـغيرة حتـى يبلـغ المحـيض و الاحـتلام ، أو الإثبـات مـع التمييـز، وصـحة الجسـم سـواء كانـت أمـه أو حرمـة، تزوجـت أو لـم تتـزوج ورحـل الأب عـن ذلـك البلـد أو لـم يرحـل "وكـذلك احـتج ابـن حـزم بـنص الحـديث" مـن أحـق بصـحبتي، فقـال الرسـول صـلى الله عليـه وسـلم: "أمـك" وعقـب عليـه ابـن حـزم بقوله: "فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة لأنها صحبة".

وعليـه إذا تزوجـت الحاضـنة بقريـب غيـر محـرم مـن الصـغير مثـل عمـه لا تسـقط حضـانتها لكـون العـم صـاحب حـق فـي الحضـانة وقرابتـه للطفـل كـابن أخ تجعلـه ذو شفقة عليه ويرعاه[3].

---

[1]:عبير رحبي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 125 .

[2]: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد رقم 01، 2000، ص 174.

[3]: باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض، نفقة، عدة، حضانة متاع، دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 64.

ويرى ابن القيم أن سقوط حق الحاضنة بالزواج إنما هو لحق الزوج الجديد، فإذا رضي الزوج فلا موجب لسقوط حقها في الحضانة، فيقول ابن القيم في زاد المعاد: "إن الزوج إذا رضي بالحضانة وأثر كون الطفل عنده في حجره لم تسقط الحضانة"[1].

ثانيا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

نصت المادة 68 على أنه: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " [2]، ومن الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق في الحضانة هو عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة، حيث أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

وهذا يعني أن الطفل إذا كان موجودا في رعاية وكفالة خالته، و أن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلبوا بحقهم في حضانة الولد، ومرت عليه سنة فأكثر زال حقهم في الحضانة حتما[3].

وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في قرارهم المؤرخ في 18 / 5 / 1999:

"من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون".

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة وبعد مماطلة المطعون ضده

---

[1]: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص 254.

[2]: المادة 68 من القانون رقم 05-02 مرجع سابق.

[3]: سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 142.

(الأب) فـي عـدم تـوفير المسـكن أصـبح يـدفع بكـون الطاعنـة لـم تسـع فـي التنفيـذ " ممارسة الحضانة " مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية ".

ومـن ثـم فـإن قضـاة المجلـس بقضـائهم بإسـقاط الحضـانة عـن الأم طبقـا لأحكـام المـادة 68 مـن قـانون الأسـرة وعـدم اسـتعانتهم بمرشـدة اجتماعيـة لمعرفـة مصـلحة الأولاد وعـدم الإشـارة إلـى جـنس الأولاد وأعمـارهم فـإنهم بقضـائهم كمـا فعلـوا أخطئـوا فـي تطبيـق القـانون وعرضـوا قـرارهم للقصـور فـي التسـبيب، ممـا يتعـين نقـض القـرار المطعون.[1]

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة

نصـت المـادة 70 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري: " تسـقط حضـانة الجـدة أو الخالـة إذا سـكنت بمحضـونها مـع أم المحضـون المتزوجـة بغيـر قريـب محـرم"[2]، ومـن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج شروط إسقاط الحضانة لهذا السبب وهي:

- ✓ يجب أن تكون الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته.
- ✓ أن تقيم هذه الخالة أو الجدة بالمحضون مع أمه إقامة مستمرة.
- ✓ أن تكون الأم متزوجة برجل أجنبي عن المحضون[3].

و نلاحـظ كـذلك مـن خـلال مـا جـاءت بـه المـادة 70 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري علـى أنهـا تفسـر تكريسـا لمصـلحة الطفـل المحضـون قصـد تنشـئته نشـأة حسنة بعيدًا عن كل ما من شأنه التأثير على أخلاقه وتربيته ومستقبله.[4]

---

[1]:العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 67.

[2]: المادة 70، من القانون 05-02، مرجع سابق.

[3]: سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 302.

[4]:ديابي باديس ، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 67.

رابعا: سقوط الحضانة عند اختلال أحد الشروط

من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ؛ ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن الحاضنة فاقدة البصر، وهم بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاء الاستئناف وإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ[1].

وطبقا لما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري ؛ نلاحظ أنه في حالة ما إذا اختلت إحدى الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن أي أن الحاضن لم يعد قادرا على ممارسة الحضانة بسبب عاهة جسدية أو عقلية أو ربما لم تعد أخلاقه حسنة.

وكذلك عمل المرأة لا يمكن أن يكون سببا في فقدانها الحضانة طبقا لما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة، والقاضي يجب أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون وهنا يجب التنبيه أن القاضي لو لاحظ أن عمل الحاضنة وغيابها المتكرر عن البيت ولمدة طويلة، ففي هذه الحالة قد يتدخل القاضي بناء على طلب من له مصلحة من أجل إسقاط الحضانة[2].

---

[1]: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2004، ص 42.

[2]: تنص المادة 67 من قانون رقم 05-02 على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."

خامسا: سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة ببلد أجنبي

تنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا الشخص الموكول حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[1].

الملاحظ أن المشرع الجزائري في حالة إسناد الحضانة أو إسقاطها إلزام في كل الأحوال مراعاة مصلحة المحضون، وخاصة ما تعلق بالشروط المنصوص عليها بالمادة 62 هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحق في الحضانة يسقط في حالة عدم مراعاة مصلحة المحضون المذكورة في المادة 9 [2]؛ من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة و الرقابة لا يؤدي إلى دائما إلى سقوط الحق في الحضانة، وهذا على خلاف الحالات السابقة و إنما السلطة التقديرية للقاضي في إسقاطها أو عدم إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون عند اتخاذ القرار ؛ ولقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد"[3].

وتأكيدا على اجتهادات المحكمة العليا في إسقاط حق الحضانة عن الأم الحاضنة شريطة إقامتها في بلد أجنبي إعمالا لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أنه المقرر لدى الفقهاء خاصة وأنهم المسافة بستة برود أي ما يعادل بعض الكيلومترات، حيث جاء في تفسير الشيخ خليل " وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي فله نزع المحضون منها ومسافة السفر ستة برود على الأقل "؛ ومما يستوجب القول أنه بمجرد الإقامة ببلد أجنبي تسقط الحضانة تلقائيًا.

---

[1]: المادة 69 من قانون رقم 05-02، مرجع سابق.

[2]:دلاندة يوسف ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ،(الزواج، الطلاق)، مرجع سابق، ص 69.

[3]: قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 02، ص 363.

كما كرست المحكمة العليا في نفس الاتجاه في قرار آخر في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بالجزائر يكون أحق بالحضانة ؛ ومن المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمًا أو أبًا، فارق سكن الوالدين معا، في بلد أجنبي يستلزم ويوجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المعروفة في الحضانة[1].

سادسا: التنازل عن الحضانة

أولا: تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبلها – وله القدرة عليها – قبولها مخالفة أحكام الحضانة.

من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم الحاضنة عن حضانتها لأولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازله ويكون قادرا على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الحضانة.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء زوجته الثانية التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة [2].

ثانيا: حضانة – تنازل الأم عنها – لا تعود إليها – ولا يقبل طلب استرجاعها

---

[1]: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص ص 131-132.

[2]: صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص ص 250-251

مـن المقـرر فقهـا وقانونـا أن الأم المتنازلـة عـن الحضـانة باختيارهـا لا تعـود إليهـا ولا يقبـل منهـا طلـب اسـترجاعها والحصـول علـى حضـانة الأولاد ومـن ثـم فـإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولمـا كـان مـن الثابـت فـي قضـية الحـال أن الطاعنـة تنازلـت عـن حضـانتها باختيارهـا دون أن تـرغم علـى ذلـك أو تكـره، فـإن قضـاة الاسـتئناف الـذين قضـوا بإلغـاء الحكـم المسـتأنف لـديهم ومـن جديـد القضـاء برجـوع المطعـون ضـدها أم الأولاد عـن تنازلهـا عـن حقهـا فـي الحضـانة وإسـناد مـن كـان مـنهم فـي حضـانة النسـاء إليهـا، فـإنهم بقضائهم كما فعلوا الفقه والقانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة [1].

المطلـب الثـاني: سـبل اتصـال القاضـي بإسـناد وإسـقاط الحضـانة والجـرائم الواقعـة عليها

إن الهـدف الأساسـي للحضـانة هـو التربيـة الحسـنة والمثاليـة للطفـل المحضـون، ولهـذا أحاطهـا المشـرع الجزائـري بحمايـة قانونيـة عـن طريـق مجموعـة مـن القواعـد والأحكـام القانونيـة التـي تـنظم كـل المسـائل القانونيـة المتعلقـة لهـذا الحـق، وأوكـل القضـاء مسـؤولية حمايـة وتكـريس هـذه المصـلحة وحـرص علـى تحقيـق مصـلحة المحضـون وحمايـة حقوقـه، حيـث وضـع المشـرع الجزائـري وسـائل قانونيـة لضـمان احتـرام الأحكـام القضـائية وتحقيـق مصـلحة المحضـون ومعاقبـة كـل مـن يخالفهـا ويمـس بكيانهـا وذلـك مـن خـلال تجـريم بعـض الأفعـال الماسـة والتـي تلحـق الأذى والضـرر بالمحضون.

[1]: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام الأسرة، مرجع سابق، ص ص 46-47.

الفرع الأول: جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنته

تعتبر هذه الجريمة من بين الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. وإن المعاقبة عليها تعتبر وسيلة المحافظة على مصداقية أحكام القضاة، وعلى تنفيذها، وهي في آن واحد الأداة اللازمة لضمان تأمين مصلحة المحضون في إطار احترام القانون، وقد ترك المشرع للقاضي حرية تحديد المسائل التطبيقية بما يتناسب على مصلحة المحضون، لأن مصلحته تقتضي متابعة والديه وحمايته عن طريق عرض عقوبات جزائية عن كل من امتنع عن تسليم الطفل المحضون لمن له الحق بحضانته قانونا.

ولما نص قانون العقوبات في المادة 328 من الفقرة الأولى على معاقبة الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع أو يعترض عن تسليم طفل محضون محكوم بإسناد حق حضانته إلى شخص آخر غيره إنما يكون قد وضع مبدأ قوي لضمان احترام القانون واحترام الأحكام الصادرة عن القضاء في آن واحد ولدى يمكن لنا ذكر أركان هذه الجريمة والتي تتمثل فيما يلي:

أولا: أركان الجريمة

أ: عنصر الامتناع عن التسليم

ومن بين العناصر الواجب توفرها لقيام جريمة الامتناع عن تسليم المحضون لمن له الحق في حضانته يعتبر عنصر مادي والمتمثل في الامتناع ذاته وهو إن كان موقفا سلبيا إلا أنه يعتبر من أهم عناصر هذه الجريمة وقيامها، وإمكانية متابعة الجاني ومعاقبته بشأنها، ويمكن أن يحصل الامتناع بشكل واضح ومقصود. وبعد أن يكون الجاني الممتنع قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حتى المطالبة بالمحضون وبعد الاستظهار بمحضر الامتناع أو بشهادة شهود شهادتهم

مقبولـة. وإلا فـلا يعتبـر ممتنعـا عـن تسـليم الطفـل المحضـون إلـى حاضـنه أو لمـن لـه الحق بحضانته وبالتالي لا يمكن متابعته ولا عقابه[1].

ب: عنصر توفر حكم قضائي سابق

ولإمكانيـة قيـام هـذه بجريمـة الامتنـاع عـن تسـليم طفـل المحضـون إلـى حاضـنه أو لمـن لـه الحـق بحضـانته لا بـد مـن تـوفر عنصـر وجـود حكـم قضـائي سـابق الـذي يتضـمن إسـناد حـق الحضـانة أو حـق الزيـارة إلـى مـن يطالـب بتسـليم المحضـون إليـه، وأن يكـون هـذا الحكـم إمـا حـائز لقـوة الشـيء المقضـي فيـه، أو مشـمولا بالنفـاد المعجـل وإمـا قـابلا للتنفيـذ فـورا بقـوة القـانون أو بقـوة مضـمون الحكـم، كمـا يجـب أن يكـون هـذا الحكـم القضـائي صـادر عـن القضـاء وتَـمَّ تبليغـه رسـميا إلـى القضـاء، وهكـذا قضـت المحكمـة العليـا بعـدم قيـام الجريمـة لكـون الحكـم القضـائي بإسـناد حضـانة الولـدين لا مهما غير مشمول بالنفاد المعجل، وغير نهائي كونه محل استئناف.[2]

ج: عنصر القصد أو النية الجرمية

بالإضـافة إلـى الـركن المـادي يجـب تـوفر الـركن المعنـوي فـي هـذه الجريمـة، فهـي تقتضـي تـوفر قصـدا جنائيـا لقيامهـا والمتمثـل فـي علـم الجـاني بصـدور الحكـم القضـائي ونيـة معارضـة تنفيـذ هـذا الحكـم، وهـذه مسـألة تطـرح عـدة إشـكالات فكثيـرا مـا يتمسـك مـن يمتنـع عـن تسـليم الطفـل بعـدم قدرتـه التغلـب علـى عنـاد الطفـل وإصـراره على عدم مرافقة من يطلبه[3].

وبهـذا قضـت المحكمـة العليـا بمـا يلـي: " متـى ثبـت أن المـتهم لـم يعلـن صـراحة عـن رفـض تسـليم البنتـين، ولـم يلجـأ إلـى أي منـاورة لمنـع الوالـدة مـن حقهـا فـي الزيـارة،

---

[1]: سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2014.ص ص 177-178.

[2]:بوسقيعة أحسن ، القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، ط 4، الجزائر، 2006، ص 177.

[3]:بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 1، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 171-173

بـل أن البنتـين همـا اللتـين رفضـتا الـذهاب إلـى والـدتهما كمـا يشـهد بـذلك تصـريح المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنتين يعد خرقا للقانون"[1].

ثانيا: إجراءات المتابعة في جريمة عدم تسليم الطفل المحضون

نصـت المـادة 329 مكـرر علـى أنـه: "لا يمكـن مباشـرة الـدعوى العموميـة الراميـة إلـى تطبيـق المـادة 328 إلا بنـاء علـى شـكوى الضـحية. ويضـع صـفح الضـحية جد للمتابعة الجزائية"[2].

حيـث جـاءت هـذه المـادة المسـتحدثة إثـر تعـديل قـانون العقوبـات لسـنة 2006 بأحكـام جديـدة تخـص شـروط المتابعـة و انقضـاء الـدعوى العموميـة لجريمـة عـدم تسـليم طفـل قضـي بشـأن حضـانته ؛ ولا يمكـن مباشـرة المتابعـة مـن أجـل الجنحـة المنصـوص عليهـا فـي المـادة 328 إلا بنـاء علـى شـكوى الضـحية ويعتبـر صـفح الضـحية وقـف للمتابعة.

ويمكـن الأخـذ بجملـة مـن المبـادئ فـي بلـدنا اسـتقر عليهـا القضـاء الفرنسـي وذلك لتطابق التشريعين في هذا المجال ومنها:

يـتم تسـليم الطفـل بوجـه عـام فـي مسـكن الشـخص الـذي لـه أحقيـة المطالبـة بـه أو المكـان المحـدد فـي الحكـم، وعليـه قضـي فـي فرنسـا بشـأن هـذا المكـان هـو مكـان ارتكاب الجريمة.

وعليـه فـإن القضـاء الفرنسـي اسـتنتج عـدم اختصـاص المحـاكم الفرنسـية عنـدما يتعلق الأمر بعدم احترام حق الزيارة الذي يمارس في الخارج.

وإن صـدور الحكـم السـابق بالإدانـة لا يحـول دون النطـق بعقوبـة عـن كـل امتناع للانصياع [3].

---

[1]: المجلة القضائية 1997/1 ملف 1306911، بتاريخ 1996/07/19، ص 153.

[2]: المادة 329 من القانون 06-23 ، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم بالأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات ،الجريدة الرسمية، عدد، 84، الصادر في 2006/12/24. ص 24.

[3]:بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص ص 185-186.

ثالثا: الجزاء أو العقوبات المترتبة عن جريمة عدم تسليم الطفل

وللحديث عن الجزاء المترتب عن جريمة عدم تسليم الطفل المحضون لمن له الحق في حضانته لا بد من التمييز بين حالتين: في حالة صدور حكم سابق يقضي بتسليم المحضون وفي حالة عدم صدور حكم سابق يقضي بتسليم الولد المحضون وفقا لما نصت عليه المادة 327 من قانون العقوبات.

أ: حالة صدور حكم قضائي سابق: إن رفض التسليم جنحة معاقب عليها من شهر إلى سنة ؛ وغرامة مالية تقدر بـ 20.000 دج إلى 100.000 دج.

ب: في حالة عدم صدور حكم سابق: يعاقب بسنتين إلى خمس سنوات حبس كل شخص لا يقوم بتسليم طفل قضي بشأن حضانته مشمول بالنفاذ المعجل إلى من له الحق في المطالبة بحضانته ورعايته.

بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة سيدي عيش ببراءة أم كانت تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضي في حضانتهم له، فلما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم من رفضوا الالتحاق بأبيهم، فتمَّ الحكم ببراءتها، وهذا بتاريخ: 07 / 01 / 2002 في القضية رقم 3347 / 01 الذي جاء فيه: حيث أن المتهم أنكرت الأفعال المنسوبة إليها أثناء استجوابها وأكدت بأنها لم ترفض إطلاقا تسليم الأطفال لفائدة الضحية، وإنما الأطفال هم الذين رفضوا الذهاب معه.

حيث أنه يتضح من وثائق الملف ولا سيما محضر المعاينة المحرر من طرف السيد المحضر أن المتهمة فعلا قد أبدت استعدادها لتسليم الأولاد لفائدة الضحية إلا أن الأولاد هم الذين رفضوا الذهاب مع والدهم

حيـث أنــه يسـتخلص مـن أوراق الملـف والوثـائق المدرجــة فيــه أن تهمــه عـدم تسـليم الأولاد طبقـا للمـادة 328 مـن قـانون العقوبـات غيـر قائمــة فـي حـق المتهمــة لانعدام أركانها الملاحقة بها [1].

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون

إذا تقـرر حـق الحضـانة لـلأم، فـإن لـلأب حـق زيـارة الولـد المحضـون ورؤيتـه، وهـذا الحـق فرضـته الشـريعة الإسـلامية لمصـلحة المحضـون نظـرا لصـغر سـنه فـلا بـد مـن رعايـة أمـه أو جدتـه، ثـم يـتم تسـليمه بعـد ذلـك لأبيـه أو جـده الـذي هـو أقـدر مـن غيره على تربيته ورعايته، حيث أن الشرائع الحديثة جاءت لتقر تلك المصلحة.

فـإذا اسـتغل الأب فرصـة وجـود الطفـل معـه لحقـه فـي رؤيتـه وقـام بإبعـاده مـن المكـان الـذي وضـعه فيـه مـن وكلـت إليـه حضـانته ورفـض إعادتـه إلـى صـاحب الحـق فـي الحضـانة تقـوم جريمـة الاختطـاف[2] بتوافرهـا لجميـع أركانهـا طبقـا لمـا ورد بالمـادة 328 من (ق.ع.ج)[3].

أولا: أركان الجريمة

لقيـام هـذه الجريمـة لا بـد مـن تـوفر ركنـين أساسـين المتمـثلان فـي الـركن المـادي والركن المعنوي.

---

[1]: بن وارث راشد، م، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص، ط 4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص ص 126-129.

[2]:عبد الله حسين العمري، جريمة اختطاف الأشخاص، أبو الخير للطباعة والتجليد، الإسكندرية، 2009، ص 22.

[3] : تنص المادة 328 على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لايقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني ".

أ: الركن المادي

إن الـركن المـادي لجريمـة اختطـاف المحضـون مـن حاضـنته ركـن أساسـي يتمثـل عـدة صـور أو عـدة حـالات وكـل حالـة كافيـة لتكـوين العنصـر المـادي للجريمـة، كاختطـاف المحضـون ممـن أسـندت إليـه مهمـة الحضـانة وصـورة اختطافـه مـن الأمـاكن التـي يكـون الحاضـن قـد وضـعه فيهـا مثـل المدرسـة ودار الحضـانة أو كتكليـف الغيـر يحمـل المحضـون واختطافـه وإبعـاده عـن المكـان الموجـود بـه، كمـا يـتم الخطـف لانتـزاع الطفـل مـن بيئتـه ونقلـه إلـى مكـان آخـر واحتجـازه فيـه وإخفـاءه عمدًا[1].

مـن لهـم الحـق فـي الحضـانة فـي هـذا الطفـل وعلـى ذلـك فـإن الـركن المـادي يتـوفر عـن طريـق نشـاط إرادي يأتيـه الفاعـل والـذي يتمثـل فـي خطـف الطفـل ونقلـه إلـى مكـان آخـر بعيـدا عـن بيتـه وقطـع صـلته بأهلـه، ويتحقـق هـذا الأمـر بشـأن كـل مـن استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود قاصر معه[2].

كمـا يتحقـق الخطـف إذا انتـزع الجـاني الطفـل المخطـوف مـن منـزل أهلـه أو مـن مدرسـته أو مـن المحـل الـذي يتـدرب فيـه أو مـن الطريـق العـام أو مـن صـديق أو مـن قريـب يـزوره، إذ لا يشـترط أن يـتم الخطـف فـي مكـان معـين طالمـا أدى الخطـف إلـى انتـزاع المخطـوف مـن بيئتـه وقطـع صـلته بأهلـه، لأن الخطـف يتحقـق بنقـل المخطـوف مـن موقعـه كمـا يتحقـق بمنعـه مـن العـودة إليـه ؛ وجريمـة الاختطـاف يمكـن أن تقـع مـن أي شـخص لـيس لـه حـق حضـانة الطفـل أو حفظـه حتـى ولـو كـان أحـد الوالـدين إذا قـام بخطـف المجنـي عليـه ممـن لهـم بمقتضـى القـانون حـق رعايـة الطفـل وحضـانته ولا يـتم تـوافر هـذا الـركن إلا بتحقـق النتيجـة وهـي إتمـام اختطـاف المحضـون فعـلا سـواء مباشـرة أو بواسـطة الغيـر وإذا كـان الاختطـاف قـد وقـع بواسـطة شـخص أو عـدة أشـخاص لصـالح شـخص معـين هـو الأب مـثلا أو الأم أو الجـدة فـإن الشـخص الـذي

---

[1]: عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 178.

[2]:دردوس مكي ، القانون الجزائري الخاص في التشريع الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص 151.

وقـع الاختطـاف لفائدتـه يعتبـر هـو الفاعـل الأصـلي وأن الشـخص الـذي وقـع حملـه علـى الخطـف أو الإبعـاد، ونفـد مـا طلـب منـه يكـون شـريكا فـي الجريمـة لسـبب أنـه قـد جعـل مـن نفسـه أداة ووسـيلة لتنفيـذ الجريمـة لصـالح شـخص آخـر مجانـا أو مقابـل أجر[1].

ب: الركن المعنوي

ويقصـد بـه القصـد الجنـائي أو اتجـاه نيـة الجـاني لقيـام جريمـة الخطـف، وهـي من الجرائم العمدية لا تقع عن خطأ أو إهمال أو مخالفة أنظمة أو رعونة[2].

ثانيا: إجراءات المتابعة والجزاء

لا يشـترط القـانون أيـة شـكوى لتحريـك الـدعوى العموميـة، فالأصـل إذن أن تباشـر النيابـة العامـة المتابعـة الجزائيـة حـين علمهـا بارتكـاب الجريمـة، طبقـا لمـا ورد بالقواعد العامة، وللنيابة العامة سلطة ملائمة المتابعة[3].

نصـت المـادة 326 (ق.ع.ج) علـى أنـه: " كـل مـن خطـف أو أبعـد قاصـرا لـم يكمـل الثامنـة عشـرة وذلـك بغيـر عنـف أو تهديـد أو تحايـل أو شـرع فـي ذلـك يعاقـب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار[4].

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تسديد النفقة

تشـمل نفقـة المحضـون الغـذاء والكسـاء والعـلاج والسـكن وأجرتـه، ومـا يعتبـر مـن الضـروريات، وتعتبـر هـذه النفقـة مـن أعظـم الحقـوق لأنهـا تصـان بهـا حياتـه وتـوفر لـه الأمـن المـادي، وحرصـا علـى هـذه الرعايـة الماديـة للمحضـون أخاطهـا المشـرع بـالتجريم مـن شـأنه عـدم الإخـلال بهـا، وجريمـة عـدم الامتنـاع عـن تسـديد النفقـة مـن الجـرائم التـي تتعلـق بـالتخلي عـن الالتزامـات التـي تفرضـها العلاقـة الزوجيـة أو القرابـة

---

[1]:سعد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 177.

[2]: بن وارث، م، مرجع سابق، ص 125.

[3]:بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 196.

[4]: المادة 326 من قانون رقم 06-03، مرجع سابق.

وذلك بتهرب الملزم بدفعها، وعليه فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب ترتب آثار سلبية، للحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته للمحضون حسب المادة 331 من قانون العقوبات.

أولا: شروط قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة

ويمكن تلخيصها في شرطين أساسين هما: قيام دين مالي ووجود حكم قضائي نافذ.

أ: قيام الدين المالي: ويمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتي بيانها:

1: طبيعة الدين المالي

تتحدث عنه المادة 331 من قانون العقوبات من النفقة الغذائية، ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها، علما أن النفقة كما وردت بالمادة 78 من قانون الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والسكن أو أجرته والعلاج وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة[1].

كما أن قضاء المحكمة العليا يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرارها المؤرخ في

26 / 04 / 2006 بقولها: بأن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، وأسست قضاءها على نص المادة 331 ق.ع [2].

وكذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 26 / 07 / 2006 أن: " النفقة الغذائية في مفهوم المادة 331 ق.ع هي تلك النفقة المحددة نقدًا والمقررة قضاء لإعالة الأسرة وإلى الزوجة أو الأصول أو الفروع، وهي نفقة دورية ومستمرة إلى غاية سقوطها قضاء "، ومنه خلصت إلى أن " نفقة الإهمال المحكوم بها للمطلقة تنتهي يوم النطق بالحكم وتعتبر دينا مدنيا يلزم المطلق بدفعها

---

[1]:بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 163.

[2] :غ، ج، م، ق، 4 قرار مؤرخ في 2006/4/26، ملف رقم 380958.

وتخضـــع لإجـــراءات التنفيـــذ العـــادي ولا يمكـــن إدخالهـــا ضـــمن النفقـــة الغذائيـــة المنصوص عليها في المادة 331 ق.ع "[1].

2: المستفيد من الدين

فـي هـذه الحالـة أي عنـد فـك الرابطـة الزوجيـة وانحلالهـا يكـون المسـتفيد مـن الـدين أي النفقـة الزوجـة والأولاد القصـر وذلـك عمـلا بأحكـام المـواد 70 – 74 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري، إذ أنـه طبقـا لمـا ورد بالمـادة 74 (ق.أ.ج) أن نفقـة الزوجـة تجـب علـى الـزوج بالـدخول بهـا، أمـا نفقـة الأولاد تجـب علـى والـده إلا إذا لـم يثبـت لـه مـال ينفـق بـه علـى نفسـه وتسـتمر بالنسـبة للـذكور إلـى سـن الرشـد أي بلـوغ سـن 19 سنة " المادة 40 / 2 من القانون المدني " وإلى الدخول بالنسبة للإناث[2].

ب: وجـود حكـم قضـائي: تقتضـي جنحـة عـدم تسـديد النفقـة وجـود حكـم قضـائي يـأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد بشرط أن يكون هذا الحكم نافدا.

1: ضـرورة صـدور حكـم: ويعتبـر عنصـر قيـام جنحـة الامتنـاع عـن تنفيـذ حكـم قضـائي يقضي بأداء النفقة الغذائية.

ويمكـن أخـذ عبـارة " حكـم " بمفهومهـا الواسـع ليشـمل الحكـم الصـادر عـن محكمـة ابتدائيـة والقـرار الصـادر عـن مجلـس الاسـتئناف أو الأمـر الصـادر عـن رئـيس المحكمة.

2: حكـم نافـد: يتعـين أن يكـون الحكـم نافـدا وأن يكـون نهائيـا ولكـن مـن الحـائز أن يكـون غيـر نهـائي إذا أمـر القاضـي بالتنفيـذ المعجـل ؛ وطبقـا لمـا نصـت عليـه المـادة 40 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة القـديم تـنص علـى "أن يكـون الأمـر بالتنفيـذ المعجـل، رغـم المعارضـة أو الاسـتئناف وجوبـا عنـدما يتعلـق الأمـر بالنفقـة الغذائية "[3].

---

[1] :غ، ج، م، ق، 5 قرار مؤرخ في 2006/7/26، ملف رقم 366196.

[2] : بوسقيعة أحسن ، مرجع سابق، ص 165.

[3]: مرجع نفسه، ص ص 166-167.

ثانيا: أركان قيام جريمة عدم تسديد النفقة

تعتبر جريمة عدم دفع النفقة من الجرائم العمدية، ولقيامها لا بد من توفر جملة من الأركان وهي كما يلي:

1:الركن المادي: يتكون الركن المادي لجريمة عدم تسديد النفقة بالإضافة لعدم دفع النفقة الشهرية كما وردت بالمادة 78 من قانون الأسرة الجزائري لمدة شهرين، وأن هذا الحكم قد تم تبليغه للمتهم ولا يشترط في ذلك وجود حكم بالطلاق أو الحضانة[1].

2: وجود حكم قضائي يقضي بدفع النفقة المقررة

إن صدور حكم قضائي واجب النفاد موضوعه هو إلزام المدعي عليه تسديد مبلغ النفقة للزوجة أو الأقارب أو أجور حضانة أو رضاعة أو سكن للصغير المحضون.

يجب أن يكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ أي أن يقوم القاضي مصدر الحكم بالإشارة إلى النفاذ المعجل ويبلغ هذا الحكم، أو أن يصدر عن عرفة الأحوال الشخصية بصفة نهائية، ويكون بذلك قابلا للتنفيذ[2].

وليكون الحكم انتهائيا لا بد أن يستنفد جميع طرق الطعن العادية "المعارضة والاستئناف" امتناع من صدر عليه الحكم عن تنفيذ ويشترط امتناعه لمدة ثلاثة أشهر.

ب:امتناع من صدر عليه الحكم عن تنفيذه

ويشترط ليتحقق ذلك امتناع من صدر الحكم في حقه عن تسديد النفقة لمدة ثلاثة أشهر.... عليه بالدفع " بأمر الدفع " ولذلك راعى المشرع ظروف المحكوم

---

[1]:صقر نبيل ، الوسيط في جرائم الأشخاص، مرجع سابق ، ص ص 244-245.

[2]: بن وارث، م، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، مرجع سابق، ص 130.

عليـه إذا رأى أن مهلـة ثلاثـة أشـهر كافيـة مـن أجـل إدارة أمـوره لـدفع المبـالغ المسـتحقة للنفقة للزوجة والأولاد لتدبير أمورهم[1].

3 / الركن المعنوي: لقيام جريمة عدم دفع النفقة:

وتقتضـي قيـام جنحـة عـدم تسـديد النفقـة تـوافر قصـد جنـائي خـاص وهـو الامتنـاع عمـدًا أي اتجـاه إرادة الجـاني لعـدم تنفيـذ وأداء النفقـة المسـتحقة بالإضـافة إلـى توفر القصد العام بعنصرية أي العلم والإرادة [2].

ثالثا: إجراءات المتابعة والجزاء: ومن مراحل المتابعة والجزاء نذكر:

أ: إجراءات المتابعة

يعـود الاختصـاص بـالنظر فـي جنحـة عـدم دفـع النفقـة إلـى محكمـة مـوطن المـدعي أي الشـخص المقـرر باسـتحقاق النفقـة، وهـو الخـروج عـن القواعـد العامـة فـي الإجـراءات الجزائيـة، أمـا فيمـا يخـص النظـر فـي الجـنح المعاقـب عليهـا وهـي المحكمـة التـي يقـع فـي دائرتهـا الجريمـة أو مقـر المـتهم عمـلا بـنص المـواد 329، 331 / 3 من قانون العقوبات الجزائري، أو المحكمة التي ألقى القبض فيها عليه.

ولقـد خـص المشـرع الجزائـري هـذا النـوع مـن الجـرائم لاسـتفادة الطفـل المحضـون منهـا ولسـرعة إجـراءات التقاضـي عـن طريـق شـكوى مـع اسـتدعاء مباشـر وتكليـف الـزوج بالحضـور للجلسـة، كمـا يمكـن لوكيـل الجمهوريـة مباشـرة إجـراءات المتابعـة تلقائيا[3].

ب: جزاء عدم دفع النفقة

يعاقـب علـى جنحـة عـدم دفـع النفقـة المسـتحقة بـالحبس مـن سـتة أشـهر إلـى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 50.000 إلى 200.000 دج.

---

[1]:عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، دار الكتب القانونية، مصر، 2002. ص ص 89-90.

[2]:عادل عبد العليم، مرجع سابق، ص 90.

[3]: عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 57.

بالإضـافة إلـى العقوبـات الأصـلية، يجـوز الحكـم علـى الشـخص المـدان بالعقوبـات التكميليـة المقـررة للجـنح المنصـوص عليهـا فـي المـادة 330 مـن قـانون العقوبات الجزائري[1].

المطلب الثالث: آثار إسناد الحضانة

ترتـب عـن الحضـانة وفقـا لمـا نـص عليـه المشـرع الجزائـري والشـريعة الإسـلامية عـدة آثـار لكـلا الـزوجين المنفصـلين حيـث أنـه تنشـأ بشـأن الحـق فـي الحضـانة آثـار منهـا مـا تعلـق بالحاضـنة ومنهـا مـا تعلـق بنفقـة لصـالح المحضـون، بالإضـافة إلـى الحـق فـي زيـارة المحضـون لأحـد الوالـدين الـذي ابتعـد عـن الطفـل المحضـون بعـد انحلال العلاقة الزوجية وبعد إسناد الحضانة.

الفرع الأول: نفقة المحضون وتقديرها

نصـت المـادة 78 مـن قـانون الأسـرة علـى أنـه: " تشـمل النفقـة: الغـذاء والكسـوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "[2].

أولا: نفقة المحضون وتقديرها

إن نفقـة الأب علـى ولـده واجبـة فـي عمـود النسـب، وهـذا مـا أخـذوا بـه الأئمـة الأربعـة، رغـم أن الأصـل هـو أن مشـتملات نفقـة الولـد تكـون مـن مالـه، إن كـان لـه مـال، وإن لـم يكـن لـه مـال أجبـر وألـزم الأب بالإنفـاق علـى ولـده[3] ؛ وهـذا مـا تبنـاه المشرع الجزائري في نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري[4].

حيـث جـاء فـي قـرار المحكمـة العليـا: أنـه مـن المقـرر شـرعا أن إثبـات دفـع نفقـة الأبنـاء مـن المسـائل الموضـوعية التـي تقتضـي بأنـه فـي حالـة الخـلاف عليهـا بـين

---

[1]:بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 174.

[2]: المادة 78 من الأمر رقم 05-02، مرجع سابق.

[3]:ديابي باديس ، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 84.

[4]: تنص المادة 75 من ق أ ج: "تجب نفقة الولد على الأب مال يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إدا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

الـزوجين، والحـال أن الـزوج حاضـر بالبلـد ويـدعي الإنفـاق علـى زوجتـه وأبنائـه منهـا، فـالقول لـه بيمينـه، وإن القضـاء بمـا يخـالف أحكـام هـذا المبـدأ يعـد خرقـا لمبـادئ وأحكـام الشـريعة الإسـلامية، ولمـا كـان الثابـت فـي قضـية الحـال أن نفقـة الابـن حكـم بهـا علـى أبيـه الطـاعن بـدون دليـل أو يمـين رغـم إدعائـه أنـه لـم يتـرك إبنـه بـدون نفقـة طـوال فتـرة الفـراق، فـإن الحكـم بهـا عليـه دون يمينـه يعـد حيـادا عـن القواعـد الشـرعية المتعلقـة بإثبـات دفـع نفقـة الأبنـاء، مـا يترتـب عليـه قبـول الوجـه المؤسـس علـى مخالفـة أحكـام هـذا المبـدأ ؛ ومتـى كـان ذلـك اسـتوجب نقـض القـرار فيمـا قضـى بـه بخصـوص نفقـة الولد[1].

أمـا بالنسـبة لـلأب المعسـر تسـقط نفقتـه، وذلـك لعـدم قدرتـه علـى الإنفـاق وأن يكـون الولـد محتاجـا للنفقـة إذا لـم يكـن لـه مـال أو لصـغر سـنه أو ذا عاهـة أو مـزاولا للدراسـة أو يسـتغني عنهـا بالكسـب، فيمـا تبقـى البنـت محـل نفقـة عليهـا مـن طـرف الأب إلـى غايـة زواجهـا لتصـبح النفقـة بعـد ذلـك واجبـة علـى زوجهـا ؛ وينتقـل واجـب النفقـة مـن الأب إلـى الأم فـي حالـة مـا إذا كـان الأب عـاجزا والأم قـادرة علـى النفقـة والمقصـود هنـا بـالعجز هـو عـدم القـدرة التامـة علـى الاسـترزاق لا لكونـه فقيـر. حيـث نصـت المـادة 76 مـن (ق.أ.ج) علـى: " فـي حالـة عجـز الأب تجـب نفقـة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[2].

أمـا فقهـاء الحنفيـة قـالوا: بوجـوب أجـرة للحاضـنة إن لـم تكـن العلاقـة الزوجيـة قائمـة بينهـا وبـين أبـي الولـد، ولـم تكـن معتدة مـن طلاقـه الرجعـي. ولا يكـون لهـا الحـق فـي أجـرة الحضـانة إذا كانـت معتـدة مـن طـلاق بـائن وتسـتحق النفقـة مـن أبـي الطفـل، ذلـك أن الأجـرة – حسـب فقهـاء الأحنـاف – ليسـت عوضـا خالصـا، بـل هـي كـأجرة الرضـاع لـلأم مؤونـة ونفقـة، وبمـا أن النفقـة ثابتـة لهـا بقيـام العلاقـة الزوجيـة أو لوجـود

---

[1]: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 407.

[2]: باديس ديابي، مرجع سابق، ص ص 84-85.

العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من نفس الشخص في آن واحد وإن تعدد السبب ؛ وما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة [1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فنلاحظ أنه سكت تماما عن هذه المسألة، وبالعودة إلى قانون الأسرة وباستقرائنا لجميع المواد المتعلقة بالحضانة المادة: 75 – 76 – 77 – 78 لا نجد أي نص يعالج مسألة أجرة الحضانة هذا ما يحلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة وبهذا يرجع الأمر في ذلك إلى مبادئ الشريعة الإسلامية[2].

حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا: أنه من المقرر قانونا أنه يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وتلزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها.

ولما تبين في قضية الحال أن الطاعن أثار موضوع نشوز زوجته، التي رفضت العودة من فرنسا إلى أرض الوطن، وبقيت تتقاضى أجرتها هنالك من عملها عكس حالته، بحيث فقد منصب عمله، وعلى هذا الأساس طلب إعفاءه من نفقة الأولاد، فإن قضاة الموضوع بإغفالهم مناقشة هذين الدفعين سواءً إيجابا أو سلبيا، يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض في كل ما قضي به، باستثناء نفقة العدة[3].

الفرع الثاني: أجرة الحضانة

اختلف جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية في القول باستحقاق الحاضنة أجرة على حضانتها للصغير، فالمالكية قالوا: بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت ميسورة أو معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال، أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس حضانته، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل

---

[1]: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، 1957، ص 410.

[2] : باديس ديابي، مرجع سابق، ص 86.

[3]: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص ص 413-414.

الكسـوة والغـذاء والغطـاء. والحاضـنة تقـبض النفقـة مـن الوالـد وتنفقهـا علـى الولـد المحضون [1].

الفرع الثالث: سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة:

سـنتناول فـي هـذا الفـرع سـكن ممارسـة الحضـانة أولا وحـق الزيـارة ثانيـا كآثـار من آثار الحضانة.

أولا: حق المحضون في السكن

حسـم المشـرع الجزائـري فـي مسـألة تخصـيص سـكن للحاضـنة مـن أجـل ممارسـة الحضـانة وذلـك بصـيغة الوجـوب، إذ جـاء فـي المـادة 72 (ق.أ.ج) المعدلـة: "فـي حالـة الطـلاق، يجـب علـى الأب أن يـوفر لممارسـة الحضـانة سـكنا ملائمـا للحضـانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

وإن كانت المادة 72 (ق.أ.ج) قبل تعديلها تنص على السكن إذ جاء في نصها:

"نفقـة المحضـون وسـكناه مـن مالـه وإلا فعلـى والـده أن يهيـئ لـه سـكنا وإن تعـذر فعليـه أجرتـه ". إلا أن أسـلوبها لـم يكـن صـارما، الشـيء الـذي أدى بالقضـاة يحيـدون مـن مسـألة إلـزام الـزوج بتخصـيص مسـكن لممارسـة الحضـانة أو بـدل إيجـاره مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به.

فـإن المشـرع بتعديلـه هـذه المـادة يكـون قـد راعـى مصـلحة المحضـون والتـي تتمثـل فـي أن يكـون لـه سـكن، غيـر أن المـادة 72 (ق.أ.ج) المعدلـة لـم تسـلم مـن النقـد الموجـه لهـا بشـأن الفقـرة الثانيـة التـي تـنص: "... وتبقـى الحاضـنة فـي بيـت الزوجيـة حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"[2]؛ وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

---

[1]: باديس ديابي، مرجع سابق، ص 86.

[2]: مرجع نفسه، ص87.

1 – أن المشـرع حصـر الحاضـنة فـي الأم المطلقـة إلا أن هـذا غيـر صـحيح فقـد تكون الحاضنة أما أو خالة أو حاضنة أخرى.

2 – تعلـم أن الطـلاق فـي قـانون الأسـرة الجزائـري بـائن، أي أن المطلقـة تصـبح أجنبيـة عن مطلقها فكيف يمكن لها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها.

لـذلك فـإن المشـرع الجزائـري بصـياغته لهـذه المـادة لـم يكـن موفقـا لأنهـا تحمـل الكثير من الغموض وعدم الدقة[1].

ثانيا: حق الزيارة

إن الطفـل المحضـون لابـد لـه أن يعـيش مـع أحـد والديـه ويغـادره الثـاني، وذلـك لانحـلال العلاقـة الزوجيـة القائمـة بينهمـا، وإذا أسـندت الحضـانة لأحـدهما فـإن الحـق يكـون للآخـر فـي زيـارة ولـده المحضـون وذلـك لعـدم منعـه وحرمانـه مـن والديـه حتـى فـي حالة الطلاق [2].

وعليـه فـلا يجـوز لأي منهمـا أن يمنـع الطـرف الآخـر مـن رؤيـة المحضـون بسـبب المشـاكل القائمـة بينهمـا، وهـذا الأمـر مخـالف لأحكـام الشـريعة الإسـلامية والعـرف، لأن الطفـل محتـاج لرعايتهمـا مـن قريـب أو بعيـد وكـذلك فـي حاجـة إلـى رؤيـة والـده وبتواصـل معـه، وهـذا مـا ورد بالمـادة 64 مـن (ق.أ.ج): "علـى القاضـي عنـدما يحكـم بإسـناد الحضـانة أن يحكـم بحـق الزيـارة". فأسـلوب هـذه المـادة جـاء علـى سـبيل الوجوب وذلك في لفظ " وعلى القاضي".

---

[1] ديابي باديس ، مرجع سابق، ص 89.

[2] بوحوية سهيلة، رشيدي فتيحة، الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة ضمن نيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص 50.

ويستنتج من ذلك عدة دلالات من خلال هذه الجملة الأخيرة أهمها:

أن المشرع حينما رتب من لهم الحق في الحضانة خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه جاءت على سبيل الوجوب وليس الاختيار.

أما الجملة الأخيرة أمر المشرع فيها القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة والهدف من ذلك هو مصلحة المحضون لتفادي انقطاعه عن أهله[1].

ومن المستقر عليه فقها وقضاء، أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون قيد أو مراقبة.

فالشرع أو القانون، لا يبني الأمور على التخوف بل على الحق وحده ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت، في قضية الحال. أن المجلس القضائي، لما قضي بزيارة الأم لابنتيها، بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل، تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص، وخالف القانون والشرع.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

---

(1) كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 79.

(2) بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، مرجع سابق، ص 340.

مكان الزيارة ورؤية المحضون:

إن الأصـل أن تـتم الرؤيـة فـي المكـان الـذي يوجـد بـه مـن بيـده المحضـون، إلا أنـه لـيس هنـاك مـا يحـول دون تحديـد مسـكن أم المحضـون أو والـده أي مكـان يليـق برؤيته.[1]

حيـث أن القـانون لـم يحـدد مـدة زيـارة المحضـون التـي يسـتفيد منهـا مـن لـه الحـق فـي الزيـارة، ويرجـع تقـدير هـذه المـدة إلـى رضـا الأطـراف، إلا أن مـا اسـتقر عليـه القضاء أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.

وبـذلك جـرى القضـاء علـى أن الزائـر للمحضـون لـه الحـق فـي ذلـك مـرة كـل أسبوع أي مـن خـلال العطلـة الأسـبوعية، وأكثـر مـن ذلـك غيـر معمـول بـه وغيـر متبنـى من طرف القضاء[2].

أمـا بالنسـبة للشـريعة الإسـلامية فقـد قـررت حـق الزيـارة، الـذي جعلتـه مـن بـاب صـلة الـرحم حيـث جـاء فـي قولـه عـز وجـل: " واعبـدوا الله ولا تشـركوا بـه شـيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى....."

وأيضـا قولـه: "... واتقـوا الله الـذي تسـاءلون بـه الأرحـام إن الله كـان علـيكم رقيبا". وأيضا: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله".

ومـن الأحاديـث الحادثـة علـى ذلـك الصـلة، عـن عائشـة رضـي الله عنهـا قـال رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم " الـرحم متعلقـة بـالعرش تقـول: "مـن وصـلني وصـله الله، ومن قطعني قطعه الله".

---

(1) رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 229.

(2) ديابي باديس ، مرجع سابق، ص 92.

وعـن أنـس رضـي الله عنـه أن رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم قـال: "مـن أحـب أن يبسط له في رزقه وينشأ له في أثره فليصل رحمه".

فحـق الحضـانة متصـل بحـق الرؤيـة، سـواء تعلـق برؤيـة الأب لولـده وهـو فـي حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها إذا كان أبيه أو العاصب غير أبيه.

فالمحضـون إذا كـان فـي حضـانة الأم، وأراد والـده أن يـراه، فإنهـا لا تجبـر علـى أن ترسـله لـه ليـراه لكنهـا لا تمنعـه مـن ذلـك أمـا فـي حالـة العكـس أي فـإذا كـان مـع أبيه، فالأب لا يجبر على أن يرسله لأمه، بل لا يمنعها من هذه الرؤية[1].

[1] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة، مرجع سابق ن ص 58.

ملخص الفصل:

إن الحضـانة مـن أهـم المسـائل التـي تطـرح عـدة إشـكالات علـى المسـتوى القضـائي نظـرا لتعقـد مسـائلها وحساسـية موضـوعها الـذي يعـالج مصـير الطفـل المحضـون بعـد انفصـال أبويـه، لهـذا وضـع القـانون أحكـام وقـرارات قضـائية تسـعى لمراعاة مصلحة المحضون وحمايتها بممارسة دعاوي مدنية.

وبـذلك تعـد الحضـانة مـن المواضـيع الدقيقـة لأنهـا قائمـة علـى معيـار أساسـي ألا وهـو مصـلحة الطفـل المحضـون، إلا أن المشـرع تـرك السـلطة التقديريـة للقاضـي الـذي يعتبـر ملـزم بالبحـث عـن مصـلحة المحضـون مـن جهـة ومـن جهـة أخـرى مـن لـه الحـق فـي إسـناد الحضـانة لـه؛ كمـا أولـى المشـرع حمايـة لحقـوق المحضـون وضـمان احترامهـا مـن خـلال تجـريم الأفعـال التـي مـن شـأنها أن تمـس بأحكـام الحضـانة لعـدم أخـذ الوالـدين الأحكـام القضـائية بعـين الاعتبـار لاسـيما مـا تعلقـت بشـأن حضـانة أطفـالهم كحـق الزيـارة أو عـدم تسـليم المحضـون لمـن لـه الحـق بحضـانته أو إبعـاده عـن حاضـنته أو عـدم تسـديد نفقتـه ؛ فتعـد جـل هـذه الأفعـال مجرمـة فـي نظـر القـانون لمساسها بكيان المحضون.

خاتمـــــــة

إن مصلحة المحضون من أهم المواضيع الشائكة التي تنجر عن التفكك الأسري، ولما كان القاضي راعى لهذه المصلحة لما له من سلطة تقديرية، فإن القانون يخول له كل الصلاحيات التي من شأنها أن تحقق مصلحة المحضون، وهذا المصطلح تقريبا هو الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة غير أنه لم يضبطه بتعريف دقيق وترك مسألة تحقيق المصلحة للطفل المحضون على عاتق القضاء، حيث يتجلى دور هذا الأخير في تحديد المصلحة من خلال تدخله في مسألة ترتيب الحاضنين، وكذا إسناد الحضانة أو إسقاطها لمن لم تتوفر فيه شروط استحقاقها عن طريق إجراءات خولها المشرع لقاضي شؤون الأسرة كإجراء المعاينة والخبرة، كذلك من بين ما جاء به المشرع لحماية الأسرة والمحضون هو نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، ولأن النيابة العامة تعتبر طرف أصليا في جميع قضايا الأسرة، فعليها أن تعيد النظر في إسناد الحضانة إذا رأت مصلحة المحضون تتنافى مع ما تم الاتفاق عليه بالاعتماد على الآليات التي تراها مناسبة بإتحاد هدا القرار حرصا على الاستقرار المادي والمعنوي للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية.

وتحت رعاية مصلحة الولد المحضون أعطى المشرع للوالدين أو الأقارب المذكورين بالمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المطالبة بحق الزيارة فيما يتلاءم مع الظروف لإتحاد المحكمة ما تراه مناسبا من الإجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل من طرف أحد الزوجين في تنفيذ أحكام المادة 328 من قانون العقوبات، وهذا في إطار الحماية الجزائية المقررة للمحضون.

كما أنه يراعي صندوق النفقة مصلحة الطفل المادية ويكمل الجوانب المتعلقة بتقدير مصلحة المحضون، ومما سبق ذكره توصلت في هذه الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها:

لم يحدد المشرع الجزائري شروط ممارسة الحضانة واكتفائه بذكر " أن يكون أهلا للقيام بذلك " وأحال ذلك لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

كما لم يضع المشرع بالنسبة لمصلحة المحضون تعريف دقيق وإنما ترك الأمر للقضاء والسبب في ذلك توسع فكرة مصلحة المحضون والظروف التي يعيشها كل طفل.

أكد المشرع على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة وذلك من خلال المواد المعالجة للحضانة بإلزام القضاء لمراعاة مصلحة المحضون عند اتخاذ أي إجراء.

سلطة القاضي في إسناد الحضانة لترتيب الحواضن في قانون الأسرة باتخاذ جملة من الإجراءات كإجبار الأم أو غيرها على الحضانة وتأقيت الحضانة أثناء رفع دعوى الطلاق وإصدار حكم بالطلاق حسب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

استعانة قاضي شؤون الأسرة في حال الفصل لإسناد أو إسقاط الحضانة لوسائل تمكنه من التحري عن حقائق يستطيع من خلالها إصدار حكم مصلحة المحضون ، وذلك بإجراء التحقيق والمعاينة أو طلب سماع الخصوم لمن له الحق في الحضانة، ويعد في سلطة القاضي خارج ترتيب الحاضنين.

أما بالنسبة لمتابعة القاضي في حال نزاع حول الحضانة من خلال الفصل في الدعاوي المرفوعة أمامه سواء ما تعلق منها بالدعاوي المدنية أو الجزائية وهي

من السبل التي تمكن القاضي بإسناد أو إسقاط الحضانة لمن لم تتوفر فيه الشروط ومعاقبة من يخالفها.

عالج المشرع نفقة المحضون وتقديرها على من تجب في المواد: 75، 76، 78، 80 من قانون الأسرة الجزائري حيث أخذ المشرع بآراء الفقهاء في هذا الشأن؛ أما أجرة المحضون فالمشرع الجزائري لم يتطرق إليها على عكس الفقه الإسلامي والذي تباين في ذلك.

بخصوص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري نصت على توفير مسكن لممارسة الحضانة من جانب الأب أو دفع بدل الإيجار، غير أن الفقرة الثانية منها فنصت على ما يلي: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي الذي يقضي بالسكن"، والذي ثارت العديد من الانتقادات والجدل بشأن هذه المادة.

أما بخصوص حق الزيارة نص عليها المشرع بالمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المسائل المتعلقة بهذا الحق من مكان ومدة الزيارة فترك السلطة التقديرية للقاضي عملا لمصلحة المحضون.

يتضح من كل هذا ؛ أنه يمكن تحقيق وتفعيل جل الضمانات الكفيلة لحماية مصلحة المحضون.

قائمة المراجع

– القرآن الكريم

– السنة النبوية

أولا: المصادر

أ– النصوص القانونية:

1– قانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/ 02، المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج ر، عدد 43، صادرة في 22 يونيو 2005.

2– قانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون المعدل والمتم.

3– قانون 06–23 ، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم بالأمر 66–156، المتضمن قانون العقوبات ،الجريدة الرسمية، عدد، 84، الصادر في 2006/12/24.

ب– الموسوعات:

1 – عتموت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2012

ثانيا: المراجع

أ- الكتب

1- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، القسم الأول: الزواج، القسم الثاني: الفرقة وحقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

2- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1957

3- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2012.

4- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

5- أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، آثار التفريق بين الزوجين، الجزء 3، دار الكتب الاقنونية، مصر، 2006.

6- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ؛ مقدمة –الخطبة – الزواج –الطلاق، الميراث، الوصية ،الجزء الأول، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة، الخطبة، الطلاق، الميراث، الوصية، ج 1، ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999

9- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

10- بلعيد بشير ، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البحث قسنطينة، 2000.

11- بن سعيد عمر الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

12- بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات الغربية ط1، دار الخلدونية، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2008.

13- بن شيخ آت موليا لحسين، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

14- بن غريب رابح، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص 193.

15- بن وارث.م، مذكرات في القانون الجزائري، القسم الخاص، ط4، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

16- بوسقيعة أحسن، القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، ج 1، ط 4، الجزائر، 2006.

17- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 1، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

18- بوغرارة صالح ، حقوق الأولاد في اللعب والحضانة، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

19- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2004.

20- الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.

21- دردوس مكي، القانون الجزائي الخاص في التشريع الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

22- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، (الزواج والطلاق) ط 2، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

23- ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائ، 2012.

24- ربحي عبير شاكر القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر، الأردن، 2006.

25- سايس جمال ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، ج3، ط1، 2013.

26- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2014.

27- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط3، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996

28- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في توبة الجديد (أحكام الزواج وأخلاق بعد التعديل)، الجزائر، دار هومة ط2 ،2009.

29- سعد فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د س ن.

30- سمارة محمد أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

31- سنيكات مراد محمود الأبحاث بالمعاينة والخبرة في القانون المدني لدراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008

32- السيد الشرنباصي رمضان علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

33- السيد الشرنباصي رمضان علي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الإلتزام الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ،في مصر ولبنان، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

34- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ن الإسكندرية ،2010.

35- شحاتة أبو زيد رشدي، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

36- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

37- عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط3، مطبعة السعادة، مصر، 1996

38- عبد العليم عادل، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، دار الكتب القانونية، مصر، 2002

39- عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية والجزائية، الجزائر، 2013.

40- عبدالقادر بن حرزالله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2007

41- العمري حسين عبد الله، جريمة إختطاف الأشخاص، أبو الخير للطباعة والتجليد، الإسكندرية، 2009.

42- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

43- غصوب عبده جميل ، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، مجدا المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010

44- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

45- قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، دارطليطلة الجزائر، الطبعة الأولى، 2011.

46- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

47- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون السرة، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ن 2003.

48- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

49- وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ،2007.

ب: الأطروحات والرسائل والمذكرات الجامعية

1/ أطروحات الدكتوراه:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2004

2- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014.

2/ المذكرات الجامعية:

أ: رسائل الماجيستر

1- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص ،كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008 / 2009.

2- عماري سناء، التطبيقات الفضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي سنة: 2015/2014.

3- معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصصات الأحوال الشخصية ،جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، سنة 2015/2014.

4- ياسر يوسف إسماعيل المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بينهم الأسرية، مذكرة ماجستير، كلية التربية الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين، 2009.

ب: مذكرات الماستر

1- برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014.

2- بن معاد كريمة، خلفاوي خديجة، مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، سنة 2017.

3- بوخناف صبرينة، بوطار رجاء، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2018/2017.

4- بوغرة أمينة، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر التخصص: قانون الأسرة، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، 2015/2014.

5- خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر ن بسكرة ن 2015/2014.

6- خيضر صالح، دبة فارس، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016/2015

7- زكري فوزية، عميور مريم ن دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ن مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، 2019/2018

8- عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زياني عاشور، الجلفة، 2018/2017.

9- عينار فاطيمة، مساوي ليدية، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/10/22.

10- قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، 2004/2001

11- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة، 2013/2012.

12- مسيكة محمد صغير ،مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ضل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015، 2016.

13- الهاشمو فاطمة الزهراء (نجاة)، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق التخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر.

ج: مذكرات التخرج من المعهد الوطني للقضاء

1- قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، 2004/2001.

د: المقالات

1- تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الأحياء، باتنة، العدد 04، 2001.

2- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد رقم 01، 2000.

هـ: القرارات القضائية

1- المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص قرار بتاريخ 1970/10/21 في الملف رقم (غير موجود) نشرة القضاة، العدد1، 1972.

2- المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1981/12/14 في الملف رقم (26225).

3- المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1982/01/11 في الملف رقم (26503) نشرة القضاة، عدد خاص، 1982.

4- قرار المحكمة العليا، رقم 32094، الصادر بتاريخ 1983/04/02، غ-أ.ش، المجلة القضائية، عدد 1، 1989.

5- م.ع، غ.أ. ش، قرار رقم 32594، صادر بتاريخ 1984/04/02، م.ق، ع 01، 1989

6- م.ع، غ. أ. ش، قرار رقم 52221، صادر بتاريخ 1989/03/13، م ق، ع 1989

7- م.ع.غ.أ.ش قرار بتاريخ 1995/10/24، في الملف رقم (123889) نشرة القضاة العدد52، 1997.

8- المجلة القضائية 1997/1 ملف 1306911، بتاريخ 1996/07/19

9- قرار المحكمة العليا، رقم 189234، المؤرخ في 1998/04/21، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

10- م.ع.، غ.أ.ش تاريخ القرار 2003/05/21 في الملف رقم (302428) نشرة القضاة، العدد 58، 2006.

11- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 2004.

12- م.ع.غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/01/16، في الملف رقم (337176)، نشرة القضاة العدد65، 2010.

13- م.ع. غ.أ. ش. قرار بتاريخ 2005/05/18 في الملف رقم (330566)، مجلة المحكمة العليا، 2005.

14- م.ع.غ.أ.ش قرار بتاريخ 2005/07/13 في الملف رقم (332324) نشرة القضاة، العدد 59، 2006.

15- غ، ج، م، ق، 4 قرار مؤرخ في 2006/4/26، ملف رقم 380958.

16- غ، ج، م، ق، 5 قرار مؤرخ في 2006/7/26، ملف رقم 366196.

17- م.ع.غ.أ.ش، قرارا بتاريخ 2006/05/17 في الملف رقم (364850)، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2007.

فهـــــرس

المحتويـــــات

الموضوع	الصفحة
الشكر والتقدير	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ – هـ
الفصل الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	09
المبحث الأول: تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	10
المطلب الأول: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	11
الفرع الأول: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي	11
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في التشريع الجزائري	12
المطلب الثاني: حكم ومشروعية الحضانة	13
الفرع الأول: حكم الحضانة	13-16
الفرع الثاني: مشروعية الحضانة	17-18
المطلب الثالث: الشروط العامة لاستحقاق الحضانة	19
الفرع الأول: الشروط العامة في الحاضن	19-20
الفرع الثاني: الشروط الخاصة الواجب توافرها في الحاضنين من النساء	20-21
الفرع الثالث: الشروط الخاصة الواجب توافرها في الحاضنون من الرجال	21
المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	22

المطلب الأول: الترتيب الفقهي لمستحقي الحضانة	22
الفرع الأول: صاحب الحق في الحضانة	22-24
الفرع الثاني: ترتيب الحواضن من النساء حسب المذاهب الفقهية	24-26
الفرع الثالث: ترتيب الحواضن من الرجال حسب المذاهب الفقهية	26-28
المطلب الثاني:أصحاب الحق في الحضانة في التشريع	28
الفرع الأول: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة 84- 11	28-36
الفرع الثاني: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02	37-39
المطلب الثالث: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري	40
الفرع الأول: تقييم الترتيب الوارد بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي	40-41
الفرع الثاني: تقييم الترتيب الوارد في التشريع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل	41-43
الفصل الثاني: مصلحة المحضون على ضوء العمل القضائي	45
المبحث الأول: تكريس مبدأ مراعاة قاعدة ملحة المحضون	46
المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون	46
الفرع الأول: تعريف المصلحة عند المحضون	46-51
الفرع الثاني: تعريف مصلحة المحضون	52-55
الفرع الثالث: معايير تقدير مصلحة المحضون	55-57
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسناد الحضانة وفقا لترتيب الحاضنين	57

الفرع الأول: تدخل القاضي لترتيب الحواضن في قانون الأسرة	58-57
الفرع الثاني: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة	59-58
الفرع الثالث: تأقيت الحضانة	60-59
المطلب الثالث: سلطة القاضي في إسناد الحضانة تبعا لمصلحة المحضون خارج الترتيب	61-60
الفرع الأول: الخبرة	63-61
الفرع الثاني: المعاينة	64-63
الفرع الثالث: سماع الشهود	66-64
المبحث الثاني:الدعاوي القضائية المقررة لحماية مصلحة المحضون	67-66
المطلب الأول: الدعاوي المدنية	67
الفرع الأول: دعوى إسناد وإسقاط الحضانة	70-67
الفرع الثاني: دعوى إسقاط الحضانة	79-70
المطلب الثاني: سبل اتصال القاضي بإسناد وإسقاط الحضانة والجرائم الواقعةعليها	79
الفرع الأول: جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنته	84-80
الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون	86-84
الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تسديد النفقة	91-86
المطلب الثالث: آثار إسناد الحضانة	91
الفرع الأول: نفقة المحضون وتقديرها	93-91
الفرع الثاني: أجرة الحضانة	94-93
الفرع الثالث: سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة	98-94
خاتمة	103-101
قائمة المصادر والمراجع	115-105
الملخص	

الملخص:

أعطى المشرع الجزائري عناية كبيرة لحماية الطفل المحضون بالسعي إلى تحقيق مصلحته وترجمتها على أرض الواقع من خلال التعاون القائم بين المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، وكذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيا في ذلك مصلحة الطفل. فتقدير تلك المصلحة يعد من المسائل الموضوعية العائدة للقاضي، مما يحتم عليه أن يعلل قراراته تعليلا واضحا، فالمصلحة هنا تعتبر المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه، و تبقى صلاحية تقدير ذلك للقاضي المختص.

وعلى العموم يبقى؛ الاهتمام بالمحضون وبحقوقه من المسائل التي يجب أن تغلب من طرف المشرع والقضاء من جهة ومن قبل الحاضن من جهة أخرى.

Abstract:

The Algerian legislator has given great care to the protection of the foster child by seeking to achieve his interest and translating it on the ground through the existing cooperation between the legislator by drafting legal texts through which he protects the rights of the child, as well as the judge who seeks to interpret and apply them in the best application, taking into account the interest of the child. The assessment of that interest is one of the objective issues of the judge, which makes it imperative for him to explain his decisions with a clear explanation. The interest here is the basic criterion for the protection that must be provided to the child after the dissolution of the marital bond between his parents, and the authority to assess this remains with the competent judge.

On the whole it remains; Caring for the child and his rights is one of the issues that must be overcome by the legislature and the judiciary on the one hand, and by the custodian on the other.