الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مصلحة المحضون في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالبة :

بوعزة أمينة

تحت إشراف الأستاذ:

عثماني عبد الرحمان

لجنة المناقشة :

الدكتورة: إلياس نعيمة أستاذة بجامعة سعيدة ..... رئـيســـــــا

الدكتور: عثماني عبد الرحمان أستاذ بجامعة سعيدة ..... مشرفـا و مقررا

الدكتور: بن عيسى أحمد أستاذ بجامعة سعيدة ..... عضوا مناقشـــا

الأستاذة: سويلم فضيلة أستاذة بجامعة سعيدة ..... عضوا مناقشـــا

السنة الجامعية 2014- 2015

قال الله تعالى:

"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ "

سورة البقرة الأية 233.

كلمة شكر و عرفان

قال صلى الله عليه و سلم "..... من أدى لكم معروفا فكافؤوه فإن لم تجدو فإدعو له حتى ترو أن قد كافأتموه..."

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الدكتور عثماني عبد الرحمان الذي لم يبخل علي بنصائحه و توجيهاته العلمية طوال فترة تحضير هذا البحث ، فضحى بالغالي من وقته في سبيل إنجاز هذا العمل و كان الموجه و الأخ الأكبر المتواضع صاحب الخلق الكريم .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة إلياس نعيمة على قبولها رئاسة لجنة المناقشة.

و نخلص بجزيل الشكر و العرفان إلى الأستاذ بن عيسى أحمد و الأستاذة سويلم فضيلة على قبولهما مناقشة رسالتنا.

الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلاّ بشكرك و لا يطيب النهار إلاّ بطاعتك ، و لا تطيب اللحظات إلاّ بذكرك ، و لا تطيب الآخرة إلاّ بعفوك و لا تطيب الجنة إلاّ برؤيتك الله جلّ جلاله.

إلى من بلّغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمّة، إلى نبيّ الرحمة و نور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم.

يا من أحمل إسمك بكل فخر، يا من أفتقدك ، يا من يرتعش قلبي لذكرك ، يا من أودعتني اللّه أهديك هذا البحث أبي" رحمك الله و أسكنك فسيح جناته ".

إلى حكمتي و علمي ، إلى أدبي و حلمي ،إلى طريق الهداية ، إلى ينبوع الصبر و التفائل و الأمل ،إلى من كان دعائها سر نجاحي ،و حنانها بلسم جراحي ،إلى كل من في الوجود بعد الله و رسوله ، ملاكي أمي الحبيبة.

إلى الينبوع الصافي الذين معهم سعدت ، وبرفقتهم سرت إخوتي و أخواتي.

إلى من أرى التفائل بعينه، إلى شعلة الذكاء و النور ، الذي نقول له بشراك قول رسول الله صلى الله عليه و سلم :" إنّ الحوت في البحر، و الطير في السماء ، ليصلون على معلّم الناس الخير " أستاذي عثماني عبد الرحمان .

نشكر كل الذين كانوا عونا لنا في بحثنا هذا و نورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقي.

قائمة أهم المختصرات

ق.إ.م.إ	قانون إجراءات مدنية و إدارية
ق.أ.ج	قانون أسرة جزائري
ق.ع.ج	قانون عقوبات جزائري
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
ق.ص.ن	قانون صندوق النفقة
غ.ش.أ	غرفة شؤون الأسرة
م.ق	مجلة قضائية
ص	صفحة

خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول : الحضانة و أحكامها

المبحث الأوّل: ماهية وشروط الحضانة

المطلب الأول : تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا

الفرع الأوّل : حكم و أدلة مشروعية الحضانة

الفرع الثاني : الحقوق التي يتضمنها حق الحضانة

المطلب الثاني : تفصيل المذاهب الفقهية حول شروط الحضانة

الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في الحاضنون من الرجال

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الحاضنات من النساء

المبحث الثاني : مستحقي الحضانة و الآثار المترتبة عليها

المطلب الأول:الترتيب الفقهي لمستحقي الحضانة

الفرع الأول : ترتيب مستحقيها من النساء

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة من الرجال

الفرع الثالث : الترتيب الذي أورده المشرّع الجزائري

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الحضانة

الفرع الأول : فترة الحضانة قانونا و تخيير المحضون

الفرع الثاني : نفقة المحضون

الفرع الثالث : إشكالية الزواج المختلط

الفرع الرابع : سقوط الحضانة

الفصل الثاني : المعايير الفقهية و القانونية لإسناد الحضانة

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون

المطلب الأول : تعريف مصلحة المحضون

الفرع الأول : تحديد طبيعة المصلحة

الفرع الثاني : صعوبة حصر مصلحة المحضون

المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم مصلحة المحضون

الفرع الأول : خصائص المصلحة

الفرع الثاني : الضوابط الشرعية للمصلحة

الفرع الثاني : إسقاطات الضوابط الشرعية للمصلحة على مصلحة المحضون

المبحث الثاني : معايير تقدير مصلحة المحضون

المطلب الأول : مراعاة قاعدة مصلحة المحضون

الفرع الأول : المعيار المعنوي مراعاة لمصلحة المحضون

الفرع الثاني : معيار الأمن والصحة

الفرع الثالث : المعيار المادي

المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون

الفرع الأول : التحقيق والمعاينة

الفرع الثاني: دور النيابة العامة

الفرع الثالث :حجية حكم القاضي بحضانة الأولاد

المطلب الثالث : الحماية الجنائية المكرّسة لمصلحة المحضون

الفرع الأول :عدم تسليم الطفل إلى حاضنه

الفرع الثاني: إختطاف المحضون من حاضنه

الفرع الثالث:الإمتناع عن التنفيذ حكم الزيارة

الفرع الرابع :عدم تسديد النفقة

الخاتمة

مقدمة

يعتبر الطلاق أسلوب إجتماعي لإنهاء العلاقة الزوجية، ووقف التفاعل بين الزوجين في الزواج الفاشل، وإن كان نهاية مؤلمة، فإنه أسلوب جيد في إنهاء الزواج الذي خلى من المودة والرحمة والتعاضد بين طرفيه، وإشتدّ فيه الصراع والشقاق وسادته العداوة والبغضاء ، حيث يغدوا إنفصال الزوجين وحل عقد زواجهما أفضل من الحياة الزوجية التعيسة التي يعيشانها معا، حتى ولو كان بينهما أطفال، لأنّ الطلاق العاطفي أكثر خطورة من الطلاق الفعلي على النمو النفسي للأطفال وعلى الصحة النفسية للمتزوجين، إذ يتفق علماء النفس والإجتماع على أنّ الطلاق صمام أمان إنفعالي للزواج الفاشل[1].

كما أنّ نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية من محاسنها ومن دلائل واقعيتها وعدم إغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم وأحوالهم إذ يقول الكاساني:" شرّع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأنّ الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند إختلاف الأخلاق لا يبقى للنكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد – أي مقاصد النكاح - فتغلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه[2].

أمّا الفيلسوف الإنجليزي (بنتام) فيقوم في كتابه أصول الشرائع عن الطلاق:" لو ألزم القانون الزوجين بالبقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما، وكاد كل منهما للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيرة[3].

ولكن إذا فتحنا المجال لإنهاء العلاقة الزوجية في حالة تعرضها للخطر الذي يتعذر معه الإستمرار فيها، ينجم عنه مشكلة شديدة الآثار إتجاه ضحية هذا الإنفصال، وهو مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم[4].

---

1 أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013،ص9.

2 أنظر، محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص32.

3 أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007،ص211.

4 أنظر ، حميدو زكية. مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر كلية الحقوق،تلمسان،سنة2005/2004، ص3.

حيث أنّ ما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملاح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعضها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية [5] ويبقى موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما تختص به من مسائل وأحكام ، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على مواد قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02[6] مجالا للإختلاف الفقهي فيها، إلاّ أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية، إذ لا يعدو أن يكون خلاف في طريقة تكييف وتطبيق بعض الجزئيات، وذلك راجع لطبيعة وأسباب إختلاف الفقهاء،كمسألة إنتقال الحضانة وترتيب مستحقيها.

إلاّ أنّ المشرّع الجزائري قد خرج في بعضها عمّا نص عليه الفقهاء سلفا، مما يستوجب التعرّض لها كونها تمس أحد القضايا المطروحة بصورة مستمرة على القضاء[7]

أمّا عن أهداف الدراسة، ما جاء المشرّع الجزائري في الأمر المذكور أعلاه مخضعا بعض مواد الحضانة للتعديل، حيث جعل الأب أولى بحضانة الولد بعد الأم وفقا للمادة 64، كما أكد على مراعاة مصلحة المحضون فيما يتعلق بإسناد الحضانة تاركا ذلك لسلطة القاضي، مما يصعب حصر معيار مصلحة المحضون المتغيّرة، مما يؤدي بنا بالبحث عن معايير تحتكم لها هته المصلحة.

كما أنّ الشيء الذي لفت إنتباهنا، ودفع بنا إلى معالجة هذا الموضوع، كون أنّ المشرّع علّق معظم الأحكام إن لم نقل كلها على مبدأ مصلحة المحضون، ممّا شغلت هته

---

5 وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه إعتبره أبغض الحلال إلى الله وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف إستثنائية ملحة والتي تجعله دواء وعلاجا للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها، فإذا لم تجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق يذهب كل منهما لحياة جديدة.

6 قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتهم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل27 فبراير سنة2005،ج.ر عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005.

7 أنظر، محفوظ صغير، المرجع السابق، ص280.

القاعدة كل من رجال القانون والباحثين ، حيث إكتفى المشرّع بالنص على هته القاعدة و خوّل للقاضي السلطة التقديرية دون تحديد مفهومها.

وعلى هذا الأساس، تطرح إشكالية حول: المعايير التي يستند إليها القاضي في إسناد الحضانة؟ وما هي الآليات المخوّلة للقاضي لتحقّق من مصلحة المحضون؟

إذ ستكون دراستنا في هذا البحث حول ضوابط المصلحة، وذلك بالتطرق للشريعة الإسلامية بإحالة المادة222 من قانون الأسرة ما دام المشرّع لم يضبطها بنصوص قانونية.

وفي هذا السياق، فإنّ المنهج المعتمد في دراسة هذا الموضوع هو المنهج التحليلي الذي كان معتمد لتفسير النصوص القانونية، والمنهج التاريخي حينما عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون 84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02.

وما ينبغي الإشارة إليه أيضا، هو أنّ معالجتنا لهذا الموضوع ستعتمد على الدراسة المقارنة لتقويم القانون الوطني عن طريق القياس والإستنباط ومن ثم لتبيان أوجه الإختلاف والتشابه بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

كما أنه واجهنا بعض الصعوبات التي كانت حجر إعاقة تعترض عملنا، وهذا راجع لقلّة المراجع وصعوبة حصر الضوابط التي تحتكم لها مصلحة المحضون.

ولما كانت مصلحة المحضون هي الأولى و فوق كل إعتبار، إذ حضيت بعناية كل من الفقه والتشريع والقضاء، سنتناول هذا الموضوع حسب الخطة التالية:

الفصل الأول: نتطرق للحضانة وأحكامها

أمّا الفصل الثاني: فسنعرّج على المعايير الفقهية والقانونية لإسناد الحضانة.

إنّ الحضانة بإعتبارها أثرا من أثار الطلاق فإنها تعتبر كذلك مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة و تسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء . وهي أيضا عامل مادي يتصف بصفتين متلازمتين ، متقابلتين و متكاملتين هما كون الحضانة حق و كونها واجبا . فهي من جهة حق المحضون و حق للحاضن .

ومن جهة أخرى واجب على الحاضن . و لهذا فإذا وقع الطلاق بين زوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة عنه حق الزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير ، كما ينتج عنه حق الولد على أمه بشأن حضانته، وينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد كمبدأ عام ، لكن حتى نفهم الحضانة من جوانبها كونها حق وواجب نعتقد أنه يستحسن أن نقسم موضوع بحثنا إلى عدة قوالب أو فقرات بحيث نعتمد في ذلك إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، بحيث نتناول في الأول (المبحث الأول) ماهية وشروط الحضانة ، ثم نعرّج على مستحقي الحضانة و الآثار المترتبة عليها (في المبحث الثاني):

المبحث الأوّل: ماهية وشروط الحضانة

عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظفاره، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصـــالحة و النبت الحســن ، ذلك أن الفرد الصـــالح هو أساس الأسرة الفاضلة و الأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير، و لهذا نبّه النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة : فقال :"كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"[8] .

فكانت للحضانة في الإسلام أهمية خاصة ، لخطورتها البالغة ، لذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه في حال الوفاة أو العجز و تزداد أهمية الحضانة و يعظم قدرها عندما تكون الفرقة بين الزوجان ، مما تنشأ عن ذلك خلافات و نزاعات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة و لانحرافات إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية و الآداب المرعية ، ويتقيا الله في أنفسهما و أولادهما و يقدما مصلحة الأولاد على حظوظ النفس وحتى نفصل في هذا موضوع لابد من التطرق لتعريف الحضانة ثم نتطرق للشروط التي فصلت فيها المذاهب الفقهية في استحقاق الحضانة وذلك من خلال مطلبين :

[8] أنظر، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 282.

المطلب الأول : تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا

أولا: لغة :

الحضن مادون الإبط إلى الكشح ، وقيل هو الصدر و العضدان وما بينهما ،والجمع أحضان ومنه الاحتضان ، وهو احتمالك الشيء و جعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها و الحضانة مصدر الحاضن و الحاضنة، وحضن الصبي يحضنه حضنا ربّاه والحاضن و الحاضنة الموكلات بالصبي يحفظانه ويربيّانه [9] .

ثانيا: الإصطلاح الشرعي:

تباين تعريفات الفقهاء للحضانة:

فعرّفها الحنفية بأنها: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معيّنة ممن له الحق في الحضانة [10].

وعرّفها المالكية بأنها: حفظ الولد في مبيته ومؤمنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه [11].

والشافعية بأنها : حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره[12] .

---

[9]أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد إبن مكرم إبن منظور ، لسان العرب ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1993 ، ص 267 .

[10] أنظر،إبن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1992، ص 252 .

[11]أنظر، محمد إبن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع ،الهداية الكافية الشافية ، لبيان حقائق الإمام إبن عرفة الوافية ، المكتبة العلمية ، الطبعة الأولى، سنة 1930، ص 230 .

[12] أنظر،شمس الدين محمد إبن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج1 ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأخيرة، سنة 1984 ، ص 225 .

أمّا الحنابلة فعرّفوها بأنها : حفظ الصغير ونحوه – كالمجنون – عمّا يضره أو تربيته بعمل مصالحه [13].

ومن خلال نظرتنا إلى هذه التعريفات في المذاهب المختلفة نجد أنها متفقة في المعنى مختلفة في بعض ألفاظها ، ومن أهم ما أرشدتنا إليه هذه التعريفات أن المحضون هو الذي لا يستقل بأمور نفسه ، وعلى هذا لا تثبت الحضانة على البالغ الرشيد لأنه يستقل بأمور نفسه [14]

ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة حيث عرفتها المادة 62 بأنها : « رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا » حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها و أهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية ، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف [15].

الفرع الأوّل : حكم و أدلة مشروعية الحضانة

حكمها

هي واجبة لأنّ المحضون يهلك بتركها ، فوجب حفظه من الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه و إنجاؤه من الهلاك.

---

[13] أنظر،منصور إبن يونس إبن صلاح الدين إبن حسن إبن إدريس البهوتي ،الروض المربع شرح زاد المستنقع ، جزء أول ، دار مؤيد للنشر ، مؤسسة الرسالة بدون سنة طبع ، بدون مكان النشر ،ص 627 .

[14]أنظر، لجنة من أساتذة قسم الفقه بكلية الشريعة و القانون بالقاهرة ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، بدون دار نشر ، سنة 2009 ، ص 369 .

[15] أنظر، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 283 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1999 ، ص 379 .

وتتطلب الحضانة الحكمة و اليقظة و الإنتباه و الصبر و الخلق الجم ، حتى أنه يكره للإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته ، كما يكره أن يدعو على نفسه و خادمه وماله لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تدعوا على أنفسكم ، ولا تدعوا على أولادكم ، ولا تدعوا على خدمكم و لا تدعوا على أموالكم ،لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء فيستجيب له » وروى أبو موسى عن إبن عباس : أنّ أوس إبن عبادة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه و سلم فقال يا رسول الله: إنّ لي بنات ، وأنا أدعو عليهنّ بالموت، فقال : "يا إبن ساعده لا تدعو عليهن، فإنّ البركة في البنات، هنّ المجملات عند النعمة و المعينات عند المصيبة، والممرضات عند الشدّة، ثقلهن على الأرض،ورزقهن على الله . "[16]

والأدلة على مشروعية الحضانة من الكتاب و السنة كثيرة .

أولا: من الكتاب

قول الله تعالى :« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلاّ وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أراد فصالا عن تراض منهما و تشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف وإتقوا الله وإعلموا أنّ الله بما تعملون بصير » [17] فقال الجصاص – رحمه الله – في هذا دلالة على أنّ الأم أحق بإمساك الولد الصغير ، وإن إستغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأنّ حاجته إلى الأم بعد الرضاع كهي قبله .

وقوله تعالى :« فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا و كفلها زكريا » [18].

---

[16] أنظر،وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء 10 ، دار الفكر المعاصر ، بدون طبعة، دمشق، سنة 2006 ، ص 7296 .

[17] سورة البقرة الآية 233 .

[18] سورة آل عمران الآية 37 .

قوله تعالى :" ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم من يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون " [19].

وجاء في تفسير تلك الآيات قول الإمام القرطبي من يكفل مريم أي من يحضنها قال زكريا أنا أحق بها و خالتها عندي ، فقال بنو إسرائيل نحن أحق بها بنت عالمنا فاقترعوا عليها و جاء كل واحد بقلم واتفقوا أن يجعلوا الأقلام في الماء الجاري فمن وقف قلمه ولم يتحرك في الماء هو حاضنها فقال صلى الله عليه وسلم هنا جرت الأقلام ووفق قلم سيدنا زكريا فحكم له بحضانتها [20]

واستدل بعض العلماء بهذه الآية على إثبات نظام القرعة في حل المشكلات [21].

وإن لم يرد لفظ الحضانة في القرآن الكريم دل عليه باستعمال ألفاظا أخرى مثل قوله جل شأنه "يكفل " كما بيناه أعلاه .

ثانيا : من السنة

عن عبد الله بن عمر أنّ إمرأة قالت : يا رسول الله إنّ بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء ، و إنّ أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

« أنت أحق به مالم تنكحي» .

---

[19] سورة آل عمران الآية 44 .

[20] أنظر، شمس الدين القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبي ، الجزء 4 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1964 ، ص 86 .

[21] لقد أخذ نظام القرعة من النبي صلى الله عليه وسلم ومن حديث أبي هريرة فإنما قدمت الأم في الحضانة لأنها أقدر و أكثر تحمل من الرجل في أمور المولد (المحضون)ولكن إذا بلغ الغلام حدًا يعرب فيه عن نفسه ، و يستغني عن الحمل و الوضع و ما تعانيه النساء ، تساوى الأبوان و زال السبب الموجب لتقديم الأم ، و الأبوان متساويان فيه، فلا يقدم أحدهما إلاّ بمرجع ، و المرجع إمّا من خارج و هو القرعة ، وإن كان يقدم التخيير على القرعة لأنّ هذه الأخيرة تكون عند تساوي الحقوق ، وكان إذا لم يختر المحضون واحد منهما (الأم أو الأب) عدلوا إلى القرعة فهذا لو لم يكن فيه موافقة للسنة لكان أحسن الأحكام و أعدلها و أقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين .

ـ لمزيد من التفاصيل : أنظر، محمد إبن أبي بكر إبن أيوب بن سعد شمس الدين إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الجزء 5، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، الطبعة 27 ، سنة 1994 ص 419 .

وفي هذا الحديث دلالة على أنّ الأم أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج بغير محرم [22] - وإن إختلف الفقه في زواج الأم الحاضنة في أحقيتها بولدها المحضون أم بقاؤها معه وإن كان زوجها غير محرم للمحضون وهذا لمصلحته (المحضون وهذا ما سنفصله لاحقا) -

أما وجه الدلالة من السنة ، الحديث الذي رواه أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى عليه وسلم خيّر غلاما مابين أبيه وأمه ونص الحديث : « أنّ إمرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عيه وسلم ، فقالت : يا رسول الله إنّ زوجي يريد أن يذهب بإبني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة و قد نفعني فقال صلى الله عبيه وسلم : إستهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك و هذه أمك خذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فإنطلقت به »[23]

ومما تقدم من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم دلالة واضحة على وجوب الحضانة بكتاب الله وسنة رسول الله « ص» .

الفرع الثاني : الحقوق التي يتضمنها حق الحضانة

إنّ حق الحضانة لا يقتصر فقط على شخص واحد وهو المحضون بحيث يتجسد حقه في كفالته و حفظه صحة و خلفا من طرف منهم مكفول إليهم هذا الواجب وإنما الحق في الحضانة يتضمن ثلاث حقوق تتمثل في حق المحضون و حق من يقوم بحضانته وحق الأب .

أولا: حق المحضون

منذ لحظة ميلاد الصغير تنشأ عدة حقوق كحقه في العيش وحقه في التربية ، وحقه في أن يتولى شخص رعايته في بداية إرتباطه بالحياة ، بحيث يكون غير قادر على توليه أموره

---

[22] أنظر، مالك إبن أنس ، المدونة ، الجزء 2 ، دار الكتب العلمية للنشر ، الطبعة الأولى ، سنة 1994 ،ص262 ؛ إبن القيم ،زاد المعاد في هدى خير العباد، المرجع السابق ، ص 387 .

[23] أنظر،إبن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 388 .

بنفسه لصغر سنه ، فلابد من يتولى أو يقوم بهذه المهام [24] ، وان إختلف الفقه في إجبار الأم على الحضانة من عدم إجبارها ، ولقد إستقر الأحناف على أنّ المرأة إذا إختلعت مع زوجها على أن تترك وليدها عند الزوج ، فالخلع عند الحنفية صحيح و الشرط باطل ، لأنّ هذا حق الولد ، أن يكون عند أمه ما دام محتاجا إليها [25] .

و هذا ما تجسد في أحد الأحكام [26] ، بحيث أنّ المطعون ضدها قد تنازلت عن الولدين ومع ذلك فقد أسندت لها حضانتهما وذلك لأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون [27] .

و لكن مادام أنّ حق الحضانة هو حق للمحضون ،و أنّ المشرّع حين تكلمه عن ترتيب الحواضن في نص المادة 64 ق . أ . واضعا بذلك معيار مصلحة المحضون في إستحقاق هذه الحضانة فإننا نقول أنه لا يطرح مشكل التنازع حول حضانة الولدين ذوي الحق في حضانته ، وإنما المشكل يكمن في حالة عدم التنازع ، أو بعبارة أخرى عندما يحكم القاضي بالطلاق و تتل الأم في حقها عن حضانة ولدها ، ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضنه الطفل ، ولم يتقدم أحد لطلبه ممن لهم حق الحضانة إذ السؤال الجدير بالطرح ، **هل يجوز للقاضي إستنادا إلى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل لرعاية مصالحه جبرا؟ [28] .**

إنّ في ظل القصور التشريعي ، لا نجد المشرّع الجزائري تكلم عن هذه الحالة وإن كانت موجودة من الناحية العملية على مستوى المحاكم ، إلاّ أنّ الأئمة المسلمون من مالكية وشافعية فبعدما ناقشوا سبب الحضانة من حيث كونه حقا للأم أو حقا للولد وواجب عليها توصلوا إلى إتفاق على أنّ الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق الأخرى ، و لها أن تتنازل عنه متى شاءت إذا وجد من يحضن هذا الطفل بدلا منها .

---

[24] أنظر، ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص 9 .
[25] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7299 .
[26] ملف رقم 220470 بتاريخ 20/ 04/ 1999 .
[27] يراجع نص المادة 66 من قانون الأسرة .

[28] أنظر،عبد العزيز،سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثالثة، سنة 1996 ، ص 294 .

كما إتفقوا على أنّ الحضانة هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به ويمكن أن تجبر على حضانته إذا لم يوجد من يحضنه ، أو لا تتوفر فيه شروط إستحقاق الحضانة ضمانا لمصلحة المحضون . و لكن إذا كانت الأم أصلا لا تتوافر فيها شروط الحضانة أو تخللها سبب من مسقطات حقها في الحضانة ، **فهل نجبرها على حضانة هذا الطفل في ظل غياب مستحقيها لسبب من الأسباب ؟**

يذهب الدكتور عبد العزيز سعد بالقول إنّ مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون ، ولقد إتفق معظم فقهاء المذاهب الأربعة على إجبار الأم على الحضانة عند عدم وجود حاضن أخر أكثر منها رعاية لمصلحة المحضون أو إجبار من يليها درجة إذا لم تتوفر فيها الشروط الأساسية [29] .

ثانيا:حق من تقوم بالحضانة

يثبت حق الحضانة للأم بمجرد الميلاد ، فالقاعدة الشرعية تقول أنّ لا تضار والدة بولدها بكونه جزءا منها لذى فهي أحق الناس بحضانة صغيرها لما لغريزة الأمومة من يسر في التفاهم مع الصغير وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنّ حق الحضانة حق للحاضنة ومن ثم لا تجبر الأم على حضانة ولدها (كما سبق بيانه)[30].

ويترتب على كون أنّ الحضانة حق للحاضنة عدة مسائل منها أنه إذا كان للصغير مرضعة غير أمه يجب على المرضعة أن ترضعه في مكان الحضانة حتى لا يفوت حقها (أمه) في الحضانة ، كما أنه ليس للأب نقل المحضون من البلد الذي تقيم فيه الحاضنة أو صاحبة الحق في الحضانة لما يترتب عليه تفويت حقها في الحضانة و لا يحق للأب نقل المحضون من حاضنته إلى من تليه درجة بدون مصوّغ شرعي ولا لمصلحة المحضون[31] .

---

[29] أنظر،عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 295 .
[30] أنظر،ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 10 .
[31] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7297 .

ثالثا :حق الأب

ومضمون الحق الوارد للأب هو أحقيته في أن يجد من يتعهد وليده في فترات عمره الأولى لذا فللأب أن يراعي إبنه وهو في يد حاضنته و ينفق عليه [32] ، وليس للأب أن يقول للحاضنة إبعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك ، لما فيه ضرر بالمحضون ، و الإخلال بصيانته وليس موافقته على طلبه[33] .

المطلب الثاني : تفصيل المذاهب الفقهية حول شروط الحضانة

إنّ قانون الأسرة الجزائري على عكس ما جاء في القوانين المقارنة من القانون السوري و التونسي والمغربي و غيرهم من القوانين، لم يفرد فصلا محددا ولا مادة للحديث عن الشروط التي يجب توافرها لإستحقاق الحضانة و إكتفى في نص المادة 62 من قانون الأسرة بقوله أن يكون أهلا لذلك، و بصريح المادة 222 من قانون الأسرة التي أحالت إلى الشريعة الإسلامية إحالة صريحة، فلابد من الإستنجاد بقواعد الشريعة الإسلامية وما جاء به الفقهاء في هذا الموضوع و إن كانت هناك شروط متفق عليها و أخرى مختلف فيها .

وهذا ما سيتم بيانه من خلال إستعراض الشروط التي إستوجبها الفقه توفرها في الحاضنون من الرجال ثم التطرق إلى الشروط التي إستوجبها في الحاضنات من النساء وبعد ذلك نعالج أثر تخلف أحد الشروط على إستحقاق الحضانة.

الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في الحاضنون من الرجال

قبل أن نعرض الشروط الواجبة لإستحقاق الحضانة سواء الشروط التي إشترطت في الرجال أو في النساء، لابد من تبيان أوّلا من هو المحضون الذي يحتاج إلى من يحضنه ويرعى أموره.

---

[32] أنظر، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 12 .

[33] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7303 .

فالمحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه كما يؤديه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلاّ على الطفل أو المعتوه، أما البالغ الراشد فلا حضانة عليه وهو الذي يختار الإقامة عند من يشاء من أبويه، فإن كان البالغ رجلا فله الإنفراد بنفسه لإستغنائه عن أبويه ويستحب ألاّ ينفرد عنهما، ولا يقطع بره عنهما ، وإن كانت أنثى لا يجوز لها الإنفراد ولأبيها منعها عن ذلك ، لأنها لا يؤمن عليها إن دخل عليها من يؤذيها ويلحق العار بها و بأهلها ، وإن لم يكن لها أب فلوليها [34] وأهلها منعها من الإنفراد[35].

أما الشروط الخاصة في الحاضن فلا بد أن يكون :

أولا: بالغا عاقلا

فلا حضانة لمجنون أو معتوه ، وإن كان الجنون متقطعا[36] لأنّ الحضانة من صور الولاية ، وإن كان لا ولاية للمجنون أو المعتوه على نفسه فكيف يكون له ولاية على صغير. و الدليل على ذلك أنّ كل من الصغير و المجنون و المعتوه في حاجة إلى من يتولى حضانتهم ويقوم بشئونهم ، فإذا كان المجنون و المعتوه في حاجة لمن يحضنهم من باب أولى لا يحق لهم حضانة الطفل ، وشرط العقل من الشروط التي أجمع الفقهاء جميعا عليها[37]

---

[34] هذا بالنسبة ، للفقه عندما كان للولي سلطة على من يتولى أمورها من و لاية تزويج و غيرها التي تحفظ شرفها ، أمّا ما جاء به المشرّع الجزائري في الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في مادته 11 تخلى عن الولي بحيث أصبح شرط نفاذ ، وجاء بعبارة تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ، كما أنه بإستقراء نص المادة 33 التي جاءت في الفصل الثالث المعنون بالأنكحة الفاسدة من نفس القانون في فقرتها 2 ، أنه يتصور إنعقاد عقد الزواج الراشدة بدون ولي وهذا لعبارة ولي في حالة وجوبه ، فهو يجب على القاصر ، ففي ظل التطور و الإنفتاح وتعديل المادة المذكورة ، أعلاه أصبح للولي لا يمنع موليته من الإنفراد بسكنها .

[35] أنظر،أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، الجزء الأول ، بدون دار نشر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، صفحة 149 .

[36] أنظر،شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر، بدون طبعة، سنة 1994 ، ص195 .

[37]أنظر، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 25 .

وإشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة لسفيه مبذر ، لئلا يتلف مال المحضون أو يتفق عليه منه ما لا يليق[38] .

ثانيا : القدرة على تربية المحضون

فلا حضانة لعاجز عنها فالطفل معروف بحركاته و سكناته فلو كان الحاضن غافلا لهلك المحضون [39]

و لا تثبت لكبير في السن أو مرض فالكبر مانع من النهوض بأعباء الحضانة فيكون غير قادر عليها ، وكذلك الحال بالنسبة للمريض كجذام و البرص المنفر وهذا شرط الحنابلة [40]

ثالثا :الأمانة

ويقصد بها الأمانة حفظ الدين و الخلق ، فلا حضانة لفاسق كشرّيب الخمر و مشتهر بزنا و لهو محرم ، و يشترك في ذلك الرجل و المرأة[41] لأنّ الفاسق لا يلي و لا يؤتمن ، ولأنّ المحضون لاحظ له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته [42]

و قيل المراد بالفسق هنا الزنا المفضي لإشتغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل لا مطلق الفسق الصادق بترك الصلاة

لكن قيد إبن عابدين الفسق بكونه فسقا يضيع به الولد فتكون لها الحضانة ولو سيئة السمعة معروفة بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يفهم فيه فجور أمه[43] فحينئذ ينزع منها

---

[38] أنظر،وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 7305 .

[39]أنظر، أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق -الخلع - وحقوق الأولاد - نفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2004 ، ص 233 .

[40] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7305

[41] أنظر،أحمد إبن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، الجزء 2 ، دار الفكر للنشر ، بدون مكان للنشر ، بدون طبعة و لا تاريخ النشر ، ص 528 .

[42] أنظر،شمس الدين الشافعي، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 195 .

[43] وإن كان هذا الشرط يتعلق بالحاضنة أي في النساء إلاّ أنّ شرط الأمانة مشترك فيه النساء و الرجال لتفادي التكرار في الفرع الثاني سنذكر شروط الواجب توافرها في النساء دون إعادة الشروط المشتركة بين الرجال و النساء .

وشدد بعض الحنفية في هذا الأمر حيث يرى كثرة خروج المرأة مسقط لحضانتها حتى ولو كان خروجا لسبب شرعي لغير معصية بحكم أنّ الولد أمانة عندها ومضيع الأمانة لا يستأمن[44]

وخلاصة القول أنّ لا حضانة للفاسق لعدم الوثوق به في أداء واجب الحضانة ، لعدم إستبعاد بأن الولد ينشأ على طريقته[45]

رابعا : الإسلام

أمّا عن إسلام الحاضن ، أو إتحاد دين الحاضن مع المحضون أو إختلاف دين الحاضن مع المحضون ، فقد إختلف الفقهاء في هذا الشرط كون أنّ الحاضن يشترط فيه الإسلام إذا كان المحضون مسلما على رأيين:

الإسلام عند الشافعية[46] والحنابلة[47] إلى أنه لا حضانة لغير مسلم إذا كان المحضون مسلما و إستدلوا بالأتي:

1) أنّ الحضانة ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح و المال[48]

2) أنّ الحضانة إذا لم تثبت للفاسق فعدم ثبوتها للكافر أولى لأنّ ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه و يخرجه من الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له و تربيته عليه و هذا أعظم الضرر و الحضانة إنما تثبت لحفظ الولد ولا تشرع على وجه يترتب عليه هلاك الولد و هلاك دينه و إذا قلنا بناءا على هذا الرأي- بعدم ثبوت الحضانة لغير المسلم على المسلم فحينئذ

---

[44] أنظر،إبن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 3، دار الفكر للنشر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1992، ص 556 .

[45] مصلحة المحضون مقدمة ، ومصلحته بقائه مع حاضنته لأنها أقدر و أفهم على شؤون الولد في مرحلة الصغر ، أمّا إذا بلغ سن الذي يعقل الفسق سواء كان مع الحاضنة أو الحاضن فإنه تسقط حضانة الفاسق وهذا هو الأصل أمّا الأولى إستثناء.
لمزيد من التفاصيل أنظر ،أبو محمد بن قدامة ، المغنى، لابن قدامة الجزء 8 ، مكتبة القاهرة للنشر ، بدون طبعة ،سنة 1968 ، ص 248 .

[46] أنظر، شمس الدين الشافعي ، مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 197

[47] أنظر،أبو محمد إبن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد، جزء 3، دار الكتب العلمية، بدون مكان نشر، الطبعة الأولى، سنة 1994 ، ص 245 .

[48] أنظر،أبو محمد بن قدامه ، المغنى لأبن قدامه ، المرجع السابق ، ص 248 .

يحتضنه أقاربه المسلون على ترتيب المستحقين فإن لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون و مؤنته في ماله، فإن لم يكن له مال من تلزمه نفقته فإن لم يكن فهو من محاويج المسلمين[49]

أمّا عند المالكية[50] والحنفية[51] ، ذهبوا للقول أنّ الإسلام ليس بشرط في الحاضن و إستدلوا على ذلك بما يلي :

1) ما روي عن رافع بن سنان « أنه أسلم و أبت إمرأته أن تسلم فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إبنتي وهي فطيم أو شبهة وقال رافع إبنتي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : إقعد ناحية وقال لها إقعدي ناحية فأقعد الصبية ثم قال : أدعواها ،فمالت إلى أمها فقال النبي « ص» اللّهم أهدها فمالت إلى أبيها فأخذها » فقد إستدل بهذا الحديث على ثبوت الحضانة للأم الكافرة لأنّ التخيير دليل على ثبوت الحق.

ورد على هذا الحديث بأنّ في إسناده مقال . و قيل بأنه منسوخ أو محمول على أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه يستجاب دعاؤه و أنها ستختار الأب المسلم وقصده بتخييرها إستمالة قلب أمها ، و أيضا دلالة في الحديث على ثبوت الحضانة للأم إذ لو كان للأم حق لأقرها عليه ولما دعا و قال إبن المنذر : و يحتمل أنّ النبي صلى الله عليه وسلم علم أنها ستختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا في حقه[52].

2) أنّ الكافر الأصل يقر على دينه و الفاسق لا يقر على فسقه .

3) أنّ حق الحضانة للحاضنة إنما هو للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك بإختلاف الدين

---

[49] أنظر،شمس الدين الشافعي ، مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 197 .

[50] أنظر، محمد بن أحمد المالكي ، منح جليل شرح مختصر خليل ، جزء 4 ، دار الفكر للنشر ، بيروت ، بدون طبعة ، سنة 1989 ، ص 426 .

[51] ا أنظر، إبن عابدين الحنفي ، رد المختار على در المختار ، المرجع السابق ص 557 .

[52] أنظر،أبو محمد إبن قدامة ، المغنى لإبن قدامة ، المرجع السابق ، ص 249 .

ويرى المالكية أنه إذا خيف على المحضون من الحاضنة غير المسلمة فماذا كان تغذيه بلحم الخنزير أو خمر فتضم الحاضنة لجيرانه المسلمين ليكونوا رقباء عليها لكنه لا ينزع منها .[53]

ويرى الحنفية أنّ حضانة غير المسلمة لها مدى وهو فهم المحضون للدين و عقله له وقيل ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ- ويخاف على المحضون أن يألف الكفر بأن يأخذوه لمعابدهم في حينئذ ينزع منها وإن لم يعقل الدين لإحتمال الضرر[54].

بإستقراء نصوص المواد 11و 12 و 13 من القانون المدني رقم 75 ـ 58 المعدل بالقانون رقم 05- 10 التي جاءت تحت الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان ، يتضح لنا أنّ المشرّع نص على تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار الشخصية التي تحيلنا إلى تطبيق قانون الأسرة إذا كان الزواج مختلط ، وعليه تسند الحضانة للأم فهي أولى وهذا ما جاء بصريح نص المادة 64 من الأمر رقم 05- 02 وبالتالي إذا تفحصنا النصوص المشار إليها فإنّ المشرّع الجزائري لم يشترط شرط الإسلام في الحاضن وهو ما يستفاد من نص المادة 62 من الأمر 05 ـ 02 التي جاءت بعبارة "... بتربيته على دين أبيه ... " فإذا كان يشترط الإسلام لا مجال للحديث عن تربية المحضون على دين أبيه وهذه الحالة تحقق في حالة واحدة فقط وهي إختلاف دين الحاضن مع دين المحضون.

خامسا :أن يكون محرم إذا كان المحضون أنثى

ويبنى على ذلك أنه لا يكون للرجل الحق في حضانة إبنة عمه لأنه ليس محرما لها سدا لذريعة الفساد و الفتنة ، غير أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير إبن عمها فللقاضي أن بقيها عنده إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها من الفتنة من وجودها في بيته[55]

---

[53] أنظر، محمد بن أحمد المالكي ، منح جليل شرح مختصر خليل ، المرجع السابق ، ص 426 .
[54] أنظر،إبن عابدين الحنفي ، المرجع السابق ، ص 558 .
[55] أنظر،ممدوح عزمي ، المرجع السابق ص 30 .

تكلمنا في هذا الفرع على شروط الواجب توافرها في الحاضنون من الرجال بقي لنا التطرق للشروط التي يجب أن تتوافر في الحاضنات من النساء وهذا ما نورده في الفرع الموالي

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الحاضنات من النساء

ويشترط في المرأة :

أولا:ألاّ تكون المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بغير قريب محرم

وهو متفق عليه الحديث الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم حينما جاءته إمرأة قالت يا رسول الله إنّ إبني هذا كان بطني له وعاء ،وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال عليه السلام : "أنت أحق به ما لم تتزوجي"[56]
لأنه يعامل الصغير بقسوة وكراهية ، ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج[57] فإذا كانت متزوجة بذي رحم محرم للصغير يحق لها الحضانة كزواجها من عم الصغير أو الصغيرة.

فإن كانت متزوجة بأجنبي عن الصغير تكون قد أمسكت الصغير في بيت يبغضه ، لذلك نجد بعض الفقهاء من ينادي بسقوط حق الحضانة بنكاح الأجنبي أو القريب غير محرم من الصغير. والقائلون بسقوط حضانة الأم بزواجها بغير والد المحضون يؤسسون هذا الرأي على قول الرسول (ص) للمرأة "أنت أحق به ما لم تتزوجي" نظرا لكون الزوج الأجنبي عن المحضون فيمقته، إلاّ أنّ الزوج المحرم من الصغير ليس كذلك .

وقد قضى البعض بأنّ زواج الأم بغير قريب محرم عن المحضون ، لا يمنع القاضي من تركه في يدها دون ضمه إلى أبيه متى تقررت مصلحة المحضون[58]

---

[56] أنظر،أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة ، الجزء الثاني ، المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر، ص 90 .
[57] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7307 .
[58] ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 27 .

وهذا ما نص عليه المشرّع الجزائري صراحة عند تطرقه لمسقطات الحضانة[59] في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري .

ثانيا: أن تكون ذات رحم محرم من المحضون

فلا حاضنة لبنات العم أو العمة ، ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي ، لعدم المحرمية ، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى

ثالثا: ألاّ تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه

لأنّ سكناها مع المبغض يعرضه للأذى و الضياع ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت ، إلاّ إذا إنفردت بالسكنى عنها ، وهذا شرط عند المالكية كما إشترطوا الشافعية و الحنابلة إرضاع الأم لولدها فإن لم يكن لها لبن ، أو إمتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها ؛لأنّ في ذلك تكلف على الأب إستئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسرا عليه ، فلا يكلف بذلك[60].

كل ما ذكرناه آنفا هي الشروط الواجب توافرها في الحاضن سواء الرجل أو المرأة ، فإذا توافرت في الشخص هذه الشروط ثبتت له الحضانة وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط يكون عرضة لسقوط حقه في الحضانة وهذا ما سنعرضه عند الحديث عن مسقطات حق الحضانة.

---

[59] سيتم التفصيل في مسقطات الحضانة في حينه وما يهمنا في هذه المادة هو التزوج " بغير قريب محرم ... مصلحة المحضون ".

[60] أنظر،وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 7308 .

المبحث الثاني : مستحقي الحضانة و الآثار المترتبة عليها

كنا قد ذكرنا أعلاه شروط إستحقاق الحضانة ، ولكن ما يجب الإشارة إليه أنه ليس كل شخص توفرت فيه الشروط له الحق في الحضانة ، فالفقه قدم الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون ، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشفق ، وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب ثم الرجال وإختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون على النحو التالي علما بأنّ مستحقي الحضانة إمّا إناث فقط ، وإمّا ذكور فقط ، وإمّا الفريقان ، وذلك في سن معيّن فإذا إنتهت تلك السن ، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء[61] .

المطلب الأول:الترتيب الفقهي لمستحقي الحضانة

سنعرض الترتيب الفقهي الذي جاء في النساء المستحقين للحضانة ثم ننتقل إلى عرض الترتيب الذي جاء في الرجال في إستحقاقهم للحضانة.

الفرع الأول : ترتيب مستحقيها من النساء

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها إلاّ أن تكون مرتدة أو فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا و غناء وسرقة ، أو غير مأمونة ، ودليل تقديم الأم من السنة ما روي عن النبي "ص" "أنت أحق به ما لم تنكحي" وقال صلى الله عليه وسلم: "من فرق بين الوالدة وولدها ، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة "

ور وي أنّ عمر بن الخطاب طلّق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فإنطلق إلى أبي بكر

[61] أنظر،أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة ، المرجع السابق ، ص 91 ؛ أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 151 .

رضي الله عنهم ، فقال له أبو بكر« مسحها وحجرها خير له منك ، حتى يشب الصبي فيختار بنفسه »[62]

ثم أم الأم (الجدة) لمشاركتها الأم في الإرث و الولادة ، ثم عند الحنفية ، والشافعية في الجديد : أم الأب لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق ، ثم أم أبي الأب ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه ، وأخر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم .

وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم ، ثم الجد ثم أمهاته.

تلي الجدة الأخت عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة ـ أخت المحضون الشقيقة عند الحنفية و الحنابلة و المالكية الأخت لأم ، لأن الحق من قبلها ، ثم الأخت لأب ، و عكس الشافعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على الأخت لأم، لاشتراكها مع المحضون في النسب ، ولقوة إرثها ، فإنها قد تصير عصبة ، ثم بنات الأخت الشقيقة ثم لأم. و السبب في تقديم الأخوات عند الجمهور هؤلاء على الخالات و العمات أنهن أقرب ، وأنهن أولا الأبوين ، لذا قدم في الميراث[63].

وقدم المالكية الخالة ، ثم الجدة لأب و إن علت ، ثم أبو المحضون على الأخت (أخت المحضون)

ثم الخالة عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة (الخالة الشقيقة) ثم عند الحنفية و الحنابلة و المالكية خالة لأم ثم خالة لأب ، لأنّ الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط..

والأصح عند الشافعية تقديم خالة الأب ، وعمة لأب على من كان من جهة الأم ، لقوّة جهة الأخت .

وقدم المالكية كما سبق الخالة ثم الجدة لأب ثم الجدة لأب وان علت على الأخت

والحاصل أن ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يأتي:

أ) الحنفية : الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، الخالات بنات الأخت ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ ، العمات ، ثم العصبات بترتيب الإرث.

---

[62] أنظر،إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الجزء الخامس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة السابعة و العشرون ، سنة 1994 ، ص 387 .

[63] أنظر،وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7300 .

ب) المالكية : الأم ، الجدة لأم، ثم الخالة ، الجدة لأب وإن علت ، الأخت ثم العمة ، ثم إبنة الأخ ، ثم الوصي ، ثم الأفضل من العصبة .

ت) الشافعية : الأم ، ثم أم الأم ، أم الأب ، الأخوات ، الخالات ، بنات الأخ وبنات الأخت ، ثم العمات ، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث (فهم كالحنفية)

ث) الحنابلة : الأم ، ثم أم الأم ، أم الأب ، الجدة ثم أمهاتها ، ثم أخت لأبوين ، ثم لأم ثم لأب ، الخالة لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم العمة ، الخالة لأب ، ثم عمته ، بنت أخ ، بنت عم لأب ، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب[64] .

بعدما بينا الترتيب الذي جاء عن الفقه فيما يخص ترتيب مستحقي الحضانة من النساء نورد الأن الترتيب الذي جاء في الرجال من مستحقي الحضانة

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة من الرجال

إن لم يكن للمحضون أحد من النساء أو لم تتوفر فيهم الشروط السابق بيانها تنتقل الحضانة إلى الرجال على ترتيب العصبات فإن لم يوجد إلى المحارم من غير العصبات أو لذوي الأرحام .

أولا : المحارم من العصبات

أ ـ الحنفية : الأباء ، الأجداد ، وإن علو ثم الإخوة و أبناؤهم وإن نزلوا ، فالأعمام ثم بنوهم عند الحنفية وغيرهم على الصحيح عند الشافعية و لكن لا تسلم مشتهاة للذكر وارث غير محرم للمحضون كإبن العم فلا حق له في حضانة البنت المشتهاة إتفاقا تحرزا من الفتنة وله حضانة الغلام (الذكر) .

ـ كما رأى الحنفية أنه إذا إجتمع إثنان من درجة واحدة من القرابة كعمين، قدم الأورع ثم الأسن غير الفاسق والمعتوه وإبن العم وإبن عم لفتاه مشتهاة وهو غير مأمون[65] .

---

[64] أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 7300 - 7301 .

ب ـ المالكية : فذهبوا للقول إن لم يكن واحدة من الإناث السابقات ذكرهن تنتقل الحضانة لأب، ثم للأخ الشقيق أو لأم أو لأب ثم للجد لأب الأقرب فالأقرب ثم إبن الأخ المحضون ، ثم العم فإبنه ، ولا حضانة لجد الأم ولا خالها .

ويقدم عند المالكية في حالة تساوي درجة إلى الأسن[66] .

ج ـ الشافعية : وأخذ الشافعية و الحنابلة أنّ الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام ، وأولاهم أبو الأم فأمهاته ، فأخ لأم ، فخال ،ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره[67].

ثانيا: المحارم من غير العصبات

فلقد ذهب الشافعية في إستحقاق الحضانة بعدم إنعدام أهل الحضانة من العصبات و النساء ، وللمحضون أقارب من رجال ذوي الأرحام ومن يدلي بهم ، كالخال و أبي أم ،فلا حضانة لهم ، لفقد الإرث والمحرمية أو لضعف القرابة ، فلا حضانة لمن لا يرث من ذوي الأرحام وهم إبن البنت و إبن الأخت وإبن الأخ من الأم وأبو الأم ، والخال و العم من الأم ، لأنّ الحضانة لمن له قوة قرابة الميراث عند الشافعية ، أمّا قول الحنابلة و الحنفية في هذا ، أنه بعدم وجود عصبات فإنّ الحضانة تنتقل لذوي الأرحام و الأولوية لأب الأم ثم لأم الأم ، فخال الأم و القاضي يسندها لمن هو ثقة وأصلح للمحضون. [68]

ويتبين مما سبق أنه إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة من درجة واحدة كإخوة و أعمام كان أولاهم الأصلح و الأقدر على الحضانة و هو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري ألا وهو مصلحة المحضون.

---

[65] أنظر، إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، المرجع السابق ، ص 563 .

[66] أنظر،أبو الوليد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار المغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، سنة 1988 ، ص 568 .

[67] أنظر،شمس الدين الشافعي ، مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 200 .

[68] أنظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7303 .

الفرع الثالث : الترتيب الذي أورده المشرّع الجزائري

بعدما بينا الترتيب الفقهي لإستحقاق الحضانة سنتطرق للترتيب الذي أورده المشرّع الجزائري حين إسناده للحضانة ، وعليه سنتطرق لهذا التتريب إلى مرحلتين أي قبل التعديل الذي مس قانون الأسرة و هو ما جاء في القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 ثم للترتيب الذي أورده المشرّع في الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

لقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض ، وكانت الإناث أولى من الرجال في إستحقاق الحضانة و هذا ما فصلنا فيه أعلاه ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون رقم 84 - 11 والذي جاء في مادته 64 أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة ، وتبنى في كل ذلك معيار و هو مصلحة المحضون مقدمة في إسناد الحضانة متأثرا بالمذهب المالكي حين ترتيبه للحواضن وهذا لأنّ المرأة أشفق و أرفق ، وبها أليق و أهدى إلى تربية الصغار حين الفرقة تؤول للأم بالإتفاق[69].

وما جاء في المبسوط :«أعلم أنّ الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل المشرّع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم ، فجعل حق التصرف إلى الآباء و لقوّة رأيهم مع الشفقة[70] و التصرف يستدعي قوّة الرأي ، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيت و الظاهر أنّ الأم أحن و أشفق من الأب و في تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد » [71]

---

[69] أنظر،إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المرجع السابق ،ص535 .

[70] الولاية على الطفل نوعان نوع يقدم فيه الأب على الأم ، ومن جهتها وهي ولاية المال و النكاح ، و نوع يقدم فيه الأم على الأب ، وهو ولاية الحضانة والرضاع ، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد ، و توقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه ، وتحصل به كفايته .
- لمزيد من التفاصيل ، أنظر ، إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المرجع السابق ص 392 .

[71] أنظر، محفوظ بن صغير ،المرجع السابق ، ص 301 .

وهذا إذا توفرت في الأم شروط إستحقاق الحضانة فإن سقطت عنها لسبب من أسباب السقوط ، فإنها تنتقل إلى الجدة لأم[72] .

ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « **مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»

وقال شيخ الإسلام إبن تيمية رحمه الله « **الأم أصلح من الأب، لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته، وحمله، وتنويمه، وأصبر عليه، وأرحم فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع، فتعينت في حق الطفل تميز المخيّر في الشرع**»

ثم قال :« ومما ينبغي أنّ الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، بل لا يقدم المعتدي، أو المفرط على العادل البار مطلقاً، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، وإن دفعت به مضرتها، فأمّا مع وجود فساد من أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب» [73]

ولهذا فإنّ الأم هي المدرسة الأولى للطفل التي بها يكون شخصيته و إستقراره النفسي و الأخلاقي ، و إستقامة سلوكه ، وهي بذلك منبع العطف والحنان و مجرى الحب و الشفقة، فلهذا هي أولى بحضانة الطفل بدون منازع.

لتأتي أمها بالدرجة الثانية أخذا بالإمام مالك في الموطأ عن يحي بن سعيد عن القاسم بن محمد قال:« كانت عند عمر إمرأة من الأنصار فولدت له عاصما ، ثم فارقها عمر ـ رضي الله عنه ـ فركب يوما إلى قباء ، فوجد إبنه يلعب بفناء المسجد ، فأخذ بعضده فوضعه بين يده ، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه أباه ، فأقبل حتى أتيا أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ فقال عمر: هذا بعضي ، وقالت المرأة إبني. فقال أبا بكر: خلّ بينه و بينها؛ فإن ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر»[74]

---

[72] المشرّع الجزائري في المادة 64 من القانون رقم 84 ـ 11 قد توقف عند أم الأم فحسب ،فإنّ جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومنه بعض القوانين العربية لاسيما القانون السوري في المادة 139 الفقرة الأولى منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدة الأم أي أخذ بالقاعدة « حق الحضانة للأم ، فلأمها وإن علت » .

[73] أنظر ، إبن تيمية ، الفتاوى الكبرى لإبن تيمية ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية للنشر ، بدون مكان نشر ، الطبعة الأولى ، سنة ،1987، ص 520 .

[74] أنظر ، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 302 .

لتليها بعد ذلك الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة ومن هنا ، أحسن المشرّع حينما خول للقاضي حق إختيار الأصلح للمحضون وهو المعيار الذي ركز عليه كثيرا[75]

إلاّ أنّ المشرّع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05- 02 إعتمد ترتيب مستحقي الحضانة غير الترتيب الذي أورده في القانون 84 ـ 11 وما هو متفق عليه أنّ الأم أولى بالحضانة و هذا ما بيناه أعلاه ومما لا خلاف فيه[76] ، إلاّ أنّ التعديل مس ما يلي الأم في إستحقاق الحضانة بحيث إنتقلت الحضانة من الأم إلى الأب بقوّة القانون وهذا يهدف أساسا إلى حماية مصلحة المحضون ، و يتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي ، التي تقضي بما يضمن و يحقق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ، حيث يفهم من هذا أنّ المشرّع قد راعى في ترتيب الحاضنين هذا المعيار في جميع الأحوال ، بحيث تكون مصلحته (المحضون) فوق كل إعتبار ، إذ يخول للقاضي وفقا لسلطته التقديرية أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأن ذلك ضمان مصلحة المحضون[77] .

كما أنّ المشرّع إستند فيما ذهب إليه من جعل إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلاّ ما ورد عن الفقه الحنبلي ، إذ جاء في المغني : " ولا يشاركها ـ أي الأم في الحضانة في القرب إلاّ أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى إمرأته ، وأمه أولى به من إمرأة أبيه[78] .

وجاء في موضع آخر أنّ المحضون يخيّر بين والديه بشرطين :أولهما أن يكون من أهل الحضانة ، و الشرط الثاني ألاّ يكون المحضون معتوها ، فإن كان معتوها كان عند

---

[75] أنظر، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 382 .

[76] إنّ الأم مقدمة في إستحقاق حضانة ولدها بالدرجة الأولى في كل الشرائع منها المسيحية و الكاثوليكيا و أرثوذكس ، وإنجيليا .

ـ لمزيد من التفاصيل ؛ أنظر ، أحمد المصطفى ، الأحوال الشخصية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، سنة 2008 ، ص 231 وما يليها .

[77] أنظر، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 303 .

[78] أنظر، إبن قدامه ، المغنى لإبن قدامه ، المرجع السابق ، ص 239 .

أمه ، لأنه بهذه الحالة بمنزلة الطفل وكانت الأم أحق بحضانة ولدها المعتوه ، أمّا إذا بلغ المحضون ـ سبع سنوات عند الفقهاء ـ فيخير بين أمه وأبوه و بالتالي إذا إنتفى الشرط الأول و هو ألاّ يكون من أسندت له الحضانة أهلا لها فينتقل إلى الثاني وهو أبوه[79] .

بهذا يمكن القول أنّ المشرّع قد أخذ بالمرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة ، إلاّ أنه كان الضابط في كل ذلك هو المحضون في كل الأحوال .

ومن تحليل نص المادة 64 من قانون الأسرة يتضح لنا أنّ الحضانة وإن كانت حقا للأشخاص المذكورين حسب المادة حسب الترتيب الذي أورده المشرّع إلاّ أنه ما يجب الإشارة إليه أنه هذا الترتيب إلزاما للمحكمة و ليس من النظام العام ، بمعنى آخر يجوز للقاضي وفقا للسلطة التقديرية في تقديره لمصلحة المحضون التي خوله إياها القانون أن يعتمد في حكمه بإسناد حضانة الطفل إلى من طلبها إلى الترتيب المذكور في القانون فقط و لكن بمراعاة مصلحة الطفل المحضون.

فإذا تم الإنفصال بين الزوجين وتنازعا في أحقية حضانة الأولاد ؛ فللقاضي ووفقا لسلطته القيام بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن رأى أنه مصلحة الطفل تكون معه حتى و لو أدى ذلك إلى القفز فوق درجة أو درجتين بحيث يمكن أن يسند حضانة الطفل لجدته أم أبيه إذا تنازعت مع الأب و الأم والخالة في إستحقاق الحضانة و كانت الرعاية الصحية ، والخلقية والتربوية و غيرها تتوفر لدى جدته لأبيه و لا تتوفر لدى أمه و أبيه و خالته[80] .

كما تقرر في إحدى قرارات المحكمة العليا بتاريخ 12/ 02 / 2001 أنّ إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون[81] .

---

[79] أنظر، إبن قدامه ، نفس المرجع ، ص 241 .

[80] أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 294 .

[81] قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 256629 بتاريخ 12/ 02 / 2001 ، مأخوذ عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، قانون الأسرة نصاً و تطبيقاً ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين ميلة ـ الجزائر ، 2008، ص 125 .

و في قرار آخر للمحكمة العليا في 18 / 02 / 1997 ، أنه :« من المستقر عليه قضاءا أنّ الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن[82] .

هذا على عكس إجتهادات بعض الفقهاء المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جهة النساء على جهة الرجال كونهن أشفق و أحن وأكثر صبرا وقدرة على التأثير فيهم[83].

ونقول في هذا الصدد أن القاضي حين الحكم بإسناد الحضانة هو غير مقيد بالترتيب الذي أوردته نص المادة 64 من قانون الأسرة و إنما هو مقيد بمعيار مصلحة المحضون و إن كان هذا المعيار شامل مرن يختلف من قضية لأخرى ومن طفل لأخر ، ولما خول القانون للقاضي من سلطة تقدير هذه المصلحة له أن يتخذ كل الإجراءات التي يتحقق بها من توافر هذه المصلحة لمن أسندت له دون الأخر ، كما أنه لابد أن يراعي القاضي التغيرات التي قد تمس أو تخل بهته المصلحة فما كان له أصلح اليوم قد لا يكون له أصلح غدا وهو ما يقتضي مراعاة طبيعة الأحكام القاضية بإسناد الحضانة .

كما أنّ المشرّع بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [84] إستحدث إجراء يهدف إلى حماية الأسرة بصلاحية قاضي شؤون الأسرة بالإستعانة بمساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة .[85]

كما أنه على القاضي أن ينظر إلى علاقة الطفل مع أبيه و عائلة أبيه ، لأنّ هناك من الحالات ما يكون الطفل أكثر إرتباطا بأقربائه من جهة أبيه . ومن ثم لا مانع من أن نقدم

---

[82] قرار محكمة عليا ، ملف رقم 153640 بتاريخ 18 / 02 / 1997 ، مأخوذ عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 128 .

[83] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 294 .

[84] القانون رقم 09 - 08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008 م يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، لسنة 2008

[85] يراجع نص المادة 425 ق. إ .م. إ.

أم الأب في الحضانة على جهة الأم مادام كما يقول الأستاذ الغوثي إبن ملحة : « أنّ مصلحة المحضون هي مركز إسناد الحضانة ».[86] وهذا ما قضى به القضاء في قرار مؤرخ في 18 جوان 1991 « من المقرر قانونا و شرعا بأنّ الحاضنة تراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون ، وهذه يقدرها قضاة الموضوع »[87]

ومن جهة أخرى ، يجوز للقاضي وفقا لنص المادة محل الدراسة إسناد الحضانة إلى الأقربون درجة حسبما يكون أصلح للمحضون .

الأقربون درجة :

مما لا خلاف فيه أنّ المبدأ المكرس في قانون الأسرة هو الذي يجب إعتماده تحديدا به بطريقة إسناد الحضانة و أنّ مصلحة المحضون هي المعمول بها ولو تعدد أصحاب الحق في الحضانة ، كما أنه توفر للمحضون ضمانة أكيدة حين تعدد الحواضن ، و لكنها في الوقت ذاته لا تسلم من النقاش ، إذ تبقى محل تساؤل حول ما تتضمنه عبارة " الأقربون درجة " من معنى و بمعنى أخر ، أورد المشرّع الجزائري في نص مادة واحدة تصنيفين لمستحقي الحضانة ، بحيث ذكر بعضهم ورتب درجاتهم ، بينما البعض الآخر إقتصر ذكرهم على كلمة "الأقربون درجة".

ومن هنا يقتضي طرح عدة تساؤلات إزاء هذه العبارة الواسعة ، **فهل يقصد المشرع بها الأقربون من النساء الحواضن أم من الرجال ؟ وهل يكون ترتيب هؤلاء الأقارب على أساس الميراث أم بجهة القرابة (قرابة الأم أو قرابة الأب) ؟**

وللإجابة على هته التساؤلات نقول أنّ الأقربون درجة بعضهم أولى من بعض في إستحقاقهم الحضانة ، لذلك ترك المشرّع الجزائري للقاضي إختيار الأصلح من الأقرباء حسب حالة المحضون ، و حسن ما فعل ، لأنّ المشرّع لا يمكنه حصر و ذكر كل الأقارب

---

[86] أنظر ،حميدو زكية،المرجع السابق ،ص361

[87] أنظر،محكمة عليا غ.ش.أ،1991/06/18،ملف رقم75171،غير منشور،مقتبس عن،بلحاج العربي،المرجع السابق،ص122.

في مادة واحدة ، ويرجع للقاضي وفقا للسلطة التقديرية إنتقاء الأصلح للمحضون من بين الحواضن [88]

بعدما عرضنا مستحقي الحضانة ،و التعديل الذي مس نص المادة 64 من قانون الأسرة لابد من تبيان ما يترتب على حق الحضانة من آثار.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الحضانة

بعد إنحلال الرابطة الزوجية ، ويسند الأطفال إلى حاضنهم فإنه تترتب على ذلك آثار عن ممارسة هذه الحضانة منها ما هو ذو طبيعة مادية من ذلك نفقة المحضون وبدل الإيجار ومنه ما هو معنوي من حق زيارة ، وفترة الحضانة ، وهو ما سنفصل فيه في هذا المطلب

الفرع الأول : فترة الحضانة قانونا و تخيير المحضون

نصت المادة 65 على أنه : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون "

وعلى ذلك فإنّ حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة ، والمقرر أنّ النساء أحق بالحضانة من الرجال ، وإنتهاء حضانة النساء للصغار حال إفتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب على ثلاث أراء :

الرأي الأول :

يرى الحنفية أنّ حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز و هو سبع سنين ، و به يفتى، وقيل : تسع سنين ، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين ، وبه يفتى ،و قيل: إحدى عشرة سنة .

[88] أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق ، ص 369- 370 .

وسبب التفرقة بن الذكر و الأنثى هو أنّ الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال ، و الأب على ذلك أقدر و أقوم ، و البنت أحوج إلى تعلم آداب النساء ، و التخلق بأخلاقهن و خدمة البيت ، والأم أقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض [89]

الرأي الثاني :

ذهب المالكية إلى أنّ حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه و تنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور ، و أمّا حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها و دخول الزوج بها [90]

الرأي الثالث :

ذهب الشافعية [91]و الحنابلة[92] إلى أنّ: سن الحضانة يمتد إلى التمييز ،و هو سبع أو ثمان سنوات ، ويستوي في ذلك الذكر و الأنثى ؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أمه و أبيه في سن التمييز ، و لأنّ المميز أعرف بحظه و مصلحته ، فيرجع إليه ، ولا تخير الفتاة عند الحنابلة لأنّ الحظ و الحفظ في كيانها عند الأب .

كما إشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين : أن يكون الأبوان و غيرهما أهلا للحضانة ، و ألاّ يكون الغلام معتوها ، فإن كان معتوها كان عند الأم و لم يخير ، لأنها أحق بكفالة ولدها المعتوه [93].

وإذا إنتهت مدّة الحضانة ضم الولد إلى الولي و يظل للأب الحق في إمساك الصبي حتى يبلغ ، فيخير بين أن ينفرد بالسكن أو يسكن مع أي شاء ، إلاّ إذا بلغ سفيها غير مؤمون على نفسه فيضمه الأب إليه بدفع الفتنة أو العار ، ولا يلزم الأب النفقة على الإبن بعد البلوغ إلاّ أن يتبرع .

فيفهم من هذا النص أنّ الحضانة لها مدّة معيّنة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا .

كما أنّ المشرّع قد فرق بين مدّة حضانة الذكر و الأنثى ، وهذا شيء منطقي نظرا لتباين

---

[89] أنظر ،إبن عابدين الحنفي،رد المحتار على الدر المختار،المرجع السابق ،ص585.
[90]أنظر، محمد إبن أحمد المالكي،منح جليل شرح مختصر خليل،المرجع السابق،ص430.
[91]أنظر، شمس الدين الشافعي،مغني المحتاج،المرجع السابق،ص199.
[92]أنظر، إبن قدامه ،المغني لإبن قدامه،المرجع السابق ،ص249.
[93] أنظر، نفس المرجع ،ص249.

التكوين النفسي و العقلي و الجسدي لكل واحد منهما ،فقرر أنّ حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات و الأنثى بسن الزواج ، أي 19 سنة طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

ومعنى ذلك أنّ في التشريع الجزائري حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل البلوغ ، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوّة القانون هذا كأصل عام [94]

إلاّ أنه بالرجوع إلى المادة المذكورة أعلاه نجد أنّ المشرّع الجزائري أورد إستثناء لهذا المبدأ و هو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون . و بالتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدّة الحضانة، إلاّ أنّ سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بتوافر شروط:

1) يتعلق تمديد مدّة الحضانة بالذكر ، إذ لا يجوز لا للأم و لا لغيرها طلب تمديد أجل إنتهاء حضانة الفتاة مطلقا [95]
2) أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة ، وبالتالي يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة و هذا حسبما تتطلبه مصلحة المحضون ، و لكن لا يمكن له تجاوزها .وإن كان هذا الشرط الأجدر يبقى للقاضي ضمن سلطته التقديرية لأنّ الأطفال وإن كانوا في نفس السن إلاّ أنهم يختلفون عن بعضهم البعض ، والقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون لأنه هو المرتبط بالقضية مباشرة .
3) أن تكون الحاضنة الأم ، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة
4) أن تكون هذه الحاضنة الأم غير متزوجة
5) أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات فإذا فاتت المدّة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد [96] .

---

[94] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 298 ؛ بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص389.
[95] أنظر، عبد العزيز سعد ، نفس المرجع السابق ، ص 299.
[96] أنظر ،بن عصمان نسربن إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون الأسرة المقارن ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2008 - 2009 ، ص 126.

أولا : العلة من جواز بقاء البنت في يد حاضنتها إلى أن تتزوج

العلة في ذلك هو أن بقاء البنت في يد الحاضنة سواء كانت أمها أو غيرها من النساء ، أنّ البنت في فترة البلوغ تحتاج إلى من يرشدها عن عادات النساء التي تطرأ عليها بعد حدوث بعض التغيرات الفيسيولوجية بجسمها فهي في هذه الحالة تحتاج إلى من ترشدها و النساء أقدر على ذلك من الرجال [97] .

ثانيا :عبئ إثبات مصلحة المحضون في بقائه مع حاضنته

الثابت شرعا و قانونا أنّ من مصلحة الصغير أن يضم إلى كنف عاصبه بعد بلوغه أقصى سن لحضانة النساء، فهذا حق للصغير ويحق أيضا للأب أن يضم إبنه ، وهذا الحق مقررا على أساس إستغناء الصغير عن حضانة النساء ، وهذه قرينة قانونية ثابتة بمجرد بلوغ الصغير السن المحددة قانونا .

ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس و عبء إثبات هذا العكس يقع على عاتق الحاضنة و يقوم العكس حول إثبات عدم إستغناء الصغير عن حضانة النساء ، فلا يكفي مجرد القول بأنّ مصلحة الصغير البقاء في يد الحاضنة بل لابد أن تقوم بإثبات هذه القرينة.

وقاضي الموضوع لابد أن يثبت له أنّ أب المحضون لا تتوفر معه مصلحة المحضون فمتى ثبت أنه فاسقا فاسدا يخشى على الصغير منه حتى لا يضيع الصغير على أول طريق الفساد فهنا أجمع الفقهاء على أنه أولى ألاّ يضم إليه بل الأجدر أن يظل في حضانة أمه [98] .

الفرع الثاني : نفقة المحضون

---

[97] أنظر، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 15.
[98] أنظر، نفس المرجع، ص 17.

إتفق العلماء في وجوب نفقة الأولاد الصغار و على الآباء فقد ثبت و جوب هذه النفقة بنصوص من الكتاب و السنة مصداقا لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف »[99]. فالمولود له هو الأب ولما ثبت رزق الوالدات على الأب بسبب الولد وجب الرزق عليه رزق الولد بطريق الأولى .

وما روى من أنّ هند إبنة عتبة زوجة أبي سفيان قالت :« يارسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما آخذ منه وهو لا يعلم ، فقال عليه الصلاة و السلام « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[100]

فإن كان الأولاد فقراء عاجزين عن الكسب لأنوثة أو مرض كعمى و شلل وذهاب عقل وجب الإنفاق عليهم بما يسد حاجاتهم بالمعروف ولو قدر أحدهم على إكتساب كل ما يقوم بحاجته سقطت نفقته من أبيه ، فإن قدر بكسبه على دفع بعض حاجته فعلى الأب إتمام كفايته .

ثم إذا كانت أنثى إستمرت نفقتها على أبيها حتى تتزوج ، فإذا طلقت و إنتهت عدتها عادت نفقتها على أبيها إذ لا منفق عليها غيره .[101]

أمّا إذا كان الأب متوفيا أو عاجزا على الإنفاق فتجب على من يلي الأب في الولاية على الصغير ولاية شرعية من عصبة ، أمّا إذا كان الأب معسرا فالأجرة واجبة عليه و تبقى في ذمته لحين يساره [102].

إلاّ أنّ المشرّع الجزائري جاء بإستثناء حين حديثه عن النفقة ، إذ ورد في نص المادة 76 من قانون الأسرة على أنه في حالة عجز الأب عن النفقة تجب على الأم إذا كانت قادرة على ذلك .

---

[99] الآية 233 من سورة البقرة .

[100] أنظر، أحمد إبراهيم عطيه ، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2008 ، ص 16.

[101] أنظر، نفس المرجع ، ص 17 .

[102] أنظر، عبد الحكم سيد سالمان ،الإجراءات العملية في الحضانة ـ الرؤية ـ الضم ـ أجر الحضانة ـ أجر الرضاع ، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص 32.

أما نفقة المحضون فنص عليها في نص المادة 75 ق.أ.ج[103] وجعلها واجبة على أبيه إن لم يكن للمحضون مال ، وهذا ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ، وذلك أنّ الأب ملزم بالنفقة على الأولاد .

أمّا في حالة ما إذا كان للمحضون مال خاص به ، فإنه يتعين أن تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه [104] .

كما أنها تستمر هذه النفقة بالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول وتستمر في حالة إذا كان الولد عاجزا ،أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء .

غير أنّ المشرّع الجزائري حينما تكلم عن إعسار الزوج عبّر عنها في نص المادة 76 ق.أ « بالعجز» والمقصود بها عدم القدرة التامة على الكسب وليس مجرد الإعسار ، لأنه ملزم بالنفقة وفي حالة الإمتناع عن تسديدها ، يكون عرضة لتطبيق نص المادة 331 قانون العقوبات عليه متى صدر حكم قضائي قابل للتنفيذ ، يقضي بأداء قيمة النفقة لفروعه و إمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل قيمة النفقة المقررة قضاءاً ولمدّة تفوق الشهرين .

كما ذهب في ذات السياق حين تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نصها 323 في فقرة 2 ، حيث الأحكام الصادرة بتقرير النفقة للأشخاص المذكورين أعلاه أو الأحكام الصادرة بزيادتها تكون معجلة النفاذ متى طلب الخصوم ذلك [105] . والغاية في تقرير التنفيذ المعجل في هذه الحالة يرجع إلى كون الإلزام المحكوم به بالنفقة يكون غالبا المصدر الرئيسي للمعيشة وهو حاجة إستثنائية عاجلة وضرورية للمحكوم له بحيث لا يحتمل التأخير في الحصول عليها . فبالرغم من أنّ الحكم لم يتأكد بعد إلاّ أنّ ضرورة الإسراع في التنفيذ تعلوا على إنتظار التأكيد [106].

---

[103] راجع نص المادة 75 ق. أ . ج.

[104] أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 304.

[105] أنظر، عثماني عبد الرحمان، السند التنفيذي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتواره في العلوم ، تخصص قانون خاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس ، سنة 2013 - 2014 ،ص 244.

[106] أنظر، فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجماعية ، 02 - 2010 ، ص 228.

وحرصا على مراعاة مصلحة المحضون و تحقيق له الإكتفاء و الإستقرار النفسي ، نص المشرّع على إمكانية تنفيذ الحكم الصادر عن جهاة قضائية أجنبية متى كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية وفقا للشروط المبينة في المواد 605 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. ومن ثم لا يؤخذ بالحكم الصادر عن المحاكم الأجنبية إلاّ إذا قضت إحدى جهات القضاء الجزائرية بتنفيذه دون الإخلال بما تنص عليه الإتفاقيات الدبلوماسية من أحكام مخالفة [107]

ومتى قضت جهة قضائية و طنية بتنفيذ حكم صادر عن جهة قضائية أجنبية ، قضي في فرنسا بأنّ الطعن بالنقض الذي يرفعه المحكوم عليه في هذا القرار لا يوقف تنفيذه [108]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 355718 بتاريخ 12/ 04 / 2006

« إذ لا يعد مخالفة للقانون ، منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي ، قضى بنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي»[109]

كما أنه يثور مشكل حول طبيعة الدين المالي ، إذ تتحدث المادة 331 من قانون العقوبات في نسختها بالعربية عن النفقة ، وتشمل حسب ما هي معرفة في المادة 78 من قانون الأسرة : الغذاء و الكسوة والعلاج و السكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة بينما حصر النص في نسخته بالفرنسية الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها [110]

ظل هذا التباين يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للدين المالي ، **فهل يشمل ما نص عليه المادة 78 من قانون الأسرة أم أنه ينحصر في الغذاء وحده ؟**

---

[107] أنظر، أحسن بوسقيعة ، الوجيز في قانون الجزائي الخاص ، الجزء الأول ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة السادسة عشر الجزائر، سنة 2013 ، ص 179 .

[108] أنظر، نفس لمرجع، ص 179 .

[109] قرار محكمة عليا، ملف رقم 355718 بتاريخ 12 /04 / 2006 ، مقتبس عن :نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 118.

[110]أنظر، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 175.

دأبت المحكمة العليا إلى غاية 2006 على حصر الدين المالي في النفقة الغذائية و إستقرت على ذلك إلى غاية صدور القرار المؤرخ في 26 - 4 - 2006 حيث قضت بأنّ النفقة تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة و المادة 331 قانون العقوبات بالعربية [111]

أولا : أجرة الحضانة

قبل ما نتطرق إلى معالجة المشرّع الجزائري أجرة الحضانة ، نتطرق للآراء الفقهية فيما يخص إستحقاق الحضانة - (أم المحضون أو غير أم المحضون) - أجرة على قيامها برعاية الولد و تربيته و حفظه عما يضره ، وذلك للإختلاف بين المذاهب الأربعة على وجوب النفقة أو أجرة الحضانة كمقابل الخدمة المقدمة للمحضون وهي تخرج عن نفقة المحضون ، ذلك أن أجرة الحضانة تأخذها القائمة بحضانته سواء من مال المحضون إن كان له مال ، أو من يتولى الإنفاق على المحضون .

للفقهاء رأيان :

ليس للحاضن أجرة على الحضانة في رأي الجمهور غير الحنفية ، سواء أكانت الحاضنة أما أم غيرها ، لأنّ الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة ، وغير الأم نفقتها على غيرها و هو الأب.

لكن إن إحتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه و غسل ثيابه ، فللحاضنة الأجرة .[112]

وقال الحنفية : لن تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي المحضون في أثناء العدّة ، سواء عدّة الطلاق الرجعي أو البائن في الأوجه ، كما لا تستحق أجرا على الإرضاع ، لوجوبها عليها ديانة ، ولأنها تستحق النفقة في أثناء الزوجية و العدّة ، وتلك النفقة كافية للحضانة .

أمّا بعد إنقضاء العدّة فتستحق أجرة الحضانة ؛ لأنها أجرة على عمل [113].

---

[111] أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 176.
[112] أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7314.

غير أنّ المشرّع الجزائري لم يتكلم عن هذه المسألة بخلاف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات المقارنة منها المصري و المغربي و التونسي ، وإنّ سكوت المشرّع عن هذه المسألة لا يعتبر قصور تشريعي ، وإنما للإحالة للفقه الإسلامي بمقتضى النص القانوني 222 من قانون الأسرة لسد هذه الثغرة .

كما أنه مما أجمع عليه إذا كانت الحضانة غير الأم ،فهنا لها أجرة الحضانة. أمّا إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون فهذه الحالة لها أهميتها في الجانب القانوني أكثر من العملي لأنه نادرا ما تطلب الأمهات أجرة على العناية بأولادهن .[114]

إلاّ أنّ المشرّع الجزائري لم يتحدث على أجرة الرضاع وتحكم هذه الأخيرة القواعد المذكورة أعلاه .

ثانيا : توفير مسكن لممارسة الحضانة

الأصل أنّ ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت الزوجية قائمة بينهما، أو أثناء العدة من طلاق .[115] .

لقد نظم المشرّع الجزائري مسألة مسكن الحضانة في مادتين قبل تعديل الأسرة بموجب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، وهما نص المادة 52 [116]ونص المادة 72[117] متضمن في صياغته حق السكن للمحضون غير أنه من تحليل نص المادتين المذكورة أعلاه يتضح لنا من الأولى أنها جاءت في باب الطلاق مما رتب حق المطلقة تعسفيا في السكن يوفره المطلق (الزوج) ولكن متى توافرت جملة من الشروط ، ومتى إنتفى شرط ، سقط حقها في المطالبة بالسكن ، و الشرط الأول : لا بد أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة ، أي تكون حاضنة قانونا لثلاثة أولاد فما فوق . لأنه إذا لم يكن محكوم لها بحضانة مثل هذا العدد من أولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان

---

[113] أنظر، إبن عابدين ، المرجع السابق ، ص 559.
[114] أنظر، حميدو ز كية ، المرجع السابق ، ص 125.
[115]أنظر ، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 289 .
[116]راجع نص المادة 52 ق . أ قبل التعديل .
[117] راجع نص المادة 72 ق . أ قبل التعديل .

المسكن مع المحضونين و ما يعاب على الشرط أنّه يتنافى مع القاعدة الجوهرية في الحضانة وهي مصلحة المحضون ، بحيث إشترط المشرع على ما يقل إثنين من المحضونين ، أمّا إذا كانت أم لحاضن واحد، ليس لها المطالبة بالسكن، وهذا يعد خرقا لقاعدة مصلحة المحضون، لأنها هته الأخيرة لا تنتفي متى قل الأولاد عن إثنين وكان المحضون طفل واحد.

أمّا الشرط الثاني : أن لا يكون لها ولي يستقبلها ، ويؤمن لها مسكن ، فمتى وجد من يضمن لها المسكن ، لا تكون بحاجة لطليقها ليضمن لها السكن .

أمّا الشرط الثالث : فهو أن يكون في وسع الزوج أن يضمن لها حق السكن و هذا ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 52 ق. أ (السابقة) إلاّ أنّ المشرّع حين صياغة هذه الفقرة لم يوفق ، فلقد إستعمل مصطلحين متناقضين ، فإذا ما قلنا (يضمن) فإنّ الزوج مجبر أن يؤمن مسكن لطليقته لممارسة الحضانة متى كانت أم حاضنة لعدد من الأولاد و ليس لها و لي يقبل إيوائها ، فلو أبقى على هذا المصطلح و حده ، كانت المادة واضحة لا لبس في تفسيرها ، إلاّ أنه جاء مصطلح آخر في نفس الفقرة (حسب وسع الزوج) مما غيرت المعنى ، وأصبح توفير مسكن للحاضنة ـ متى توافرت الشروط المذكورة أعلاه ـ حسب وسع الزوج و إستطاعته المادية و بالتالي يمكن لأي زوج أن يتحجج بعجزه و عدم الإستطاعة في توفير مسكن للحاضنة للتنصل من واجبه ، وهذا ما يخل بتحقيق مصلحة المحضون كما أنّ المادة محل التحليل تتعارض مع نص المادة 72 ق، أ (السابقة) ذلك أنّ هذه الأخيرة جاءت على سبيل الإلزام ، بحيث تكون :" نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا لم يكن له مال و إلاّ فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته "

ومن خلال تحليل مضمون النصين ، يتضح أنّ المادة 72 ق أ أكثر إنسجاما وضمانا لمصلحة المحضون و أحسن المشرّع ما فعل بعد التعديل الذي مس المادتين و ألغى الفقرة الثانية من المادة 52 ق . أ ، لعدم إنسجامها مع المادة 72 ق . أ ، ليعيد صياغة المادة 72ق.أ بعد التعديل ، مما أصبحت أكثر حماية لحق المحضون في السكن بغض النظر عن

عدد المحضونين كما كان يشترط التعدد سلفا ، إذ القول به يعد إنكار حق المحضون في السكن متى كان واحدا .

كما أنّ المادة المذكورة أنفا جاءت شاملة لكل الحاضنين على عكس ما جاء في القانون السابق ، إذ يقتصر الحق على أم المحضونين .

و نظرا لهذه الإعتبارات والقضايا التي واجهها القضاء ، وعملا دائما بمصلحة المحضون تفطن القضاء لضرورة تغيير مسار من سبقه ، فكانت ثمرة حنكة أو فكر في تفسير يخدم مصلحة المحضون تولد عنه موقفا مغايرا إعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن أو أجرته ولو كان تحت حضنها طفل واحد ، و تجسد في ذلك في عدّة قرارات أهمها قرار مؤرخ في نوفمبر 29 نوفمبر 1994 الذي جاء فيه « لما ثبت ـ من قضية الحال ـ أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أنّ الطاعة لا يحق لها المطالبة بالسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلاّ إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين» فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته ، مما يتعين معه نقض و إبطال قرارهم وبدون إحالة [118] .

و في قرار آخر صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 25 سبتمبر 2002 ، ورد في حيثياته أنّ « المادة 52 من قانون الأسرة لم تشر قط إلى أنّ الحاضنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره إلاّ إذا كانت حاضنة لأكثر من ولد، بل نصت على أنّ الحاضنة إذا لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج» [119]

و لعل ما أدى بالقضاة قبل هذا الحكم بتفسير نص المادة 52 ق ، أ السابقة بإشتراط عدد من الأولاد هو العبارة التي وردت في نص المادة المذكورة بصفة الجمع « محضونيها » إلى أن جاء حكم المحكمة العليا في 2002 لتفسير نص المادة تفسير آخر .

---

[118] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 134 .

[119] أنظر ، المحكمة العليا ، غ .أ . ش ، م ، 25 / 09 / 2002 ، ملف رقم 285062 ، غير منشور ، ملحق رقم 8 ، مقتبس عن حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 135 .

كما تقرر في قرار آخر أنه : « لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن »[120]

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ 08 / 05 / 2002 ، أنّ المبدأ إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته[121].

ولقد جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 72 قانون الأسرة بعد التعديل على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية[122] حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن . والعمل بهذا النص يؤدي حتما على تحليل ما حرمه الله ، وذلك أنه لا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية فمتى طلقت الزوجة و إنتهت عدتها تصبح أجنبية عن طليقها مما يترتب عليه عدم بقائها في مسكن واحد مما يمكن أن يترتب عليه تجاوزات أن حرمها الله ، كما قد تؤدي إلى مشاحنة وصراع بين الطليقين مما يؤثر سلبا على نفسية و سلوك المحضون .

وبالرجوع إلى نص المادة 61 من نفس القانون ، نجد أنّ المشرّع و قع بين تناقض حين وضعه للنصوص القانونية ، إذ تنص على : « لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها .... »

وهذا يعني بعد إنتهاء مدّة العدة المقرّرة شرعا للمطلقة ،لا مجال لبقائها مع شخص أصبح أجنبيا عنها بحكم الشريعة الإسلامية و ما ترصيه من قواعد ، غير أنّ المشرّع في نص المادة 72 في فقرتها الثانية خرج عن هته القاعدة الشرعية.

أمّا نص المادة 52 من نفس القانون الملغاة ، إستثنت النص في الفقرة الثالثة بيت الزوجية إذا كان وحيدا، ويسقط حق المطلقة في السكن متى تزوجت أو ثبت إنحرافها، مقارنة بالفقرة الثانية من المادة 72 بعد التعديل كانت الأولى صياغتها أحسن من الثانية

---

[120] قرار بتاريخ 31 / 07 / 2002 ، رقم 288072 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص165.

[121] قرار بتاريخ 08 / 05 / 2002 ، رقم 282052 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 166.

[122] مصطلح« بيت الزوجية » ليس في محله ، لأنّ بالطلاق يفك عقد الزواج وكان الأصح أن يستعمل مصطلح آخر مثلا كبيت المطلق أو بيت الطليق .

عندما إستثنت بيت الزوجية من ممارسة الحضانة ، ويبقى في هذا الوضع على الأب توفير مسكن لممارسة الحضانة إذا كان له سكن آخر أو تقديم بدل الإيجار.

و برجوعنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جاء في تعديله، حالة النفاذ المعجل وذلك في نص المادة 323 قانون إجراءات مدنية و إدارية، ومن بين حالات النفاذ المعجل، حالة منح المسكن لمن أسندت له الحضانة ، ويقع على عاتق الأب واجب توفير المسكن [123] و إن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. و العلة من تقرير النفاذ المعجل في هذه الحالة هي ما يشكله المسكن من أهمية لرعاية المحضون لاسيما بالنظر إلى سنه الذي لا يتجاوز 10 سنوات للذكور و إمكانية تمديد سن الحضانة له إلى غاية 16 سنة مع عدم تجاوز سن الأنثى 19 سنة [124] .

و في هذا الصدد يطرح التساؤل بخصوص **مدى إمكانية منح النفاذ المعجل للأحكام المتضمنة إلزام بدفع بدل الإيجار عوضا عن السكن الخاص لممارسة الحضانة عندما يتعذر على الأب توفيره ؟**

طالما أنّ المشرّع جعل بدل الإيجار يعادل في قيمته المسكن الذي يقوم الأب بتوفيره للممارسة الحضانة إعمالا لنص المادة 72 من قانون الأسرة فإنه يمكن للقاضي جعل الأحكام القاضية ببدل الإيجار في هذه الحالة معجّلة النفاذ بالرغم من أنّ المشرّع لم ينص عليها صراحة ضمن حالات النفاذ المعجل القضائي الوجوبي في المادة 323 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك نظرا لأنّ لهما نفس الغرض [125] .

وكما أنه يمكن إستخلاص شروط في شغل مسكن الزوجية من طرف الحاضنة بعد الطلاق :

---

[123] أتاح المشرّع الجزائري في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة إمكانية المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة بموجب أمر على عريضة.

[124] أنظر ، حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ و فقا للقانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، سنة 2012 ، ص 112 .

[125] أنظر، نفس المرجع ، ص113

1) أن يكون الصغير في سن الحضانة وقت الطلاق؛
2) أن تتحقق في الحاضنة شروط الحضانة ؛
3) أن تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة؛
4) ألاّ يكون الأب قد هيأ لصغيره و لحاضنتهم مسكننا لممارسة الحضانة؛
5) ألاّ يكون للمحضون مال ، ذلك أنّ المقرّر شرعا أنّ نفقة الأولاد على الأب لا يشاركه فيها أحد إذا لم يكن للصغير مال ، لأنّ نفقته على أبيه للحاجة ، فإذا كان له مال إندفعت حاجته [126]؛
6) صدور حكم قضائي متعلق بالسكن .

بعدما عالجنا النصوص المتعلقة بحق السكن لممارسة الحضانة ، سنعرج في النقطة الموالية على حق الزيارة ، ومن الأشخاص الذين لهم الحق فيها .

ثالثا : حق الزيارة

لقد أوجب المشرّع على القاضي عندما يحكم بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك (المادة 64 ق ، أ) و المشرّع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، وكان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة ، و الحالات التي يمكن للقاضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن [127] .

[126] أنظر، محمدى فتح الله حسين ، الإجراءا ت العملية و الصيغ القانونية في منازعات مسكن الحاضنة و مسكن الزوجية ، دار المطبوعات للنشر و توزيع الكتب القانونية ، سنة 2008 ، ص 16.
[127] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 392.

أضف إلى ذلك أنّ المشرّع الجزائري حينما ألزم القاضي أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه و بدون أي طلب من أي أحد يكون قد فاته أنّ منح حق الزيارة دون طلب و دون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة و مضرة بالمحضون [128]

وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بالزيارة حدود اللياقة و يصر على أخذ المحضون معه و إصطحابه إلى أماكن غير أخلاقية ، لأنّ المقصود بالزيارة في إعتقادنا هو رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون ، و أنّ حق الزيارة كما نفهمه من نص القانون ومن مناقشات أعضاء المجلس الوطني الشعبي لا يمنح بالضرورة أي حق للمحكوم له بنقل المحضون من مسكن حاضنته و التجوّل به من حي إلى حي ، أو من مدينة إلى مدينة طيلة أيام العطل المدرسية أو الدينية إلاّ برضا الحاضن ، و إلاّ عرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 قانون العقوبات [129] .

إنّ ما يلاحظ على الفقرة الخاصة بالزيارة ، لم يحدد المشرّع من لهم حق الزيارة ، على عكس نظيره المصري إذ نص على أن حتى الأجداد لهم حق الزيارة [130].

الفرع الثالث : إشكالية الزواج المختلط

إنّ من بين المشكلات التي تثار على صعيد المحاكم الوطنية عندما يكون عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية ، و على الرغم من أنّ المشرّع الجزائري نص على حالة الزواج المختلط ضمن القانون المدني ، وجعل قاعدة الإسناد المعتمدة التطبيق في إسناد

---

[128] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 297.
[129] أنظر، نفس المرجع ، 297 .
[130] الرجوع إلى نص المادة 20 في الفقرة الثانية من قانون أحوال الشخصية مصري
– لمزيد من التفاصيل ، أنظر ، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص66 .

الحضانة هي القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى [131] ويسري القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج [132].

و بالتالي تطبيق نص المادة 64 من قانون أسرة في إسناد الحضانة و تكون الأم أولى بحضانة ولدها. أماّ إذا كانت إتفاقية مبرمة بين الجزائر والدولة الأجنبية [133] فنص الإتفاقية هو المطبق في هته الحالة وفي حالة عدم وجود إتفاقية نعود إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني .

وجاءت المعاهدة المبرمة بين كل من فرنسا والجزائر المتعلقة بالزواج المختلط نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين و الأمهات الأجنبيات ، المتعلقة بحضانة الأولاد و بحق الزيارة للأبوين ، وقد أراد واضعي هته الإتفاقية أساسا حماية الطفل ذاته وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة ، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين إذ تسيطر عليه فكرة مصلحة المحضون و حماية القاصر بالدرجة الأولى ، دون إهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية .

أولا : حالة إختلاف دين الحاضنة مع دين المحضون

إعتمادا على قاعدة مصلحة المحضون ، فإنه تسند الحضانة للأم حتى ولو كانت لها ديانة غير دين المحضون ، إذ ثبت لابن عابدين أنّ الفسق المانع من حضانة الأم يكون فسقا يضيع به الولد ، ويكون للأم الحق في الحضانة حتى و إن عرفت بفجورها مصلحة للولد ، مالم يصبح الولد في سن يعقل فجور أمه .

---

[131] راجع نص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني .

[132] راجع نص المادة 13 من ق . م . ج .

[133] مرسوم رقم 88 - 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ليوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية ، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 ، ج . ر، رقم 30، الصادر بتاريخ 27 / 7 / 1988 .

كما أنّ الإسلام كان شرطا عند الشافعية و الحنابلة ، أمّا المالكية و الحنفية لم يشترطا إسلام الحاضنة، سواء أكانت أما أم غيرها ؛ لأنّ مناط الحضانة الشفقة و هي لا تختلف بإختلاف الدين .[134]

ثانيا : إنتقال الحاضنة بالصغير

إذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلاّ أن تخرجه إلى وطنها و قد كان الزوج تزوجها فيه ؛ لأنّ الرجل إذا تزوج في بلد فالظاهر أنه يقيم فيه فقد إلتزم لها المقام في بلدها ، و إذا أرادت أن تنقله إلى بلدها وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك ؛ لأنه لم يلتزم المقام في بلدها فلا يجوز لها التفريق بينه وبين ولده من غير إلتزامه ولا يجوز لها أيضا أن تنقله إلى البلد الذي تزوجها فيه ؛ لأنه دار غربة هذا كله إذا كان بين البلدين تفاوت ، أمّا إذا تقاربا بحيث يمكن الأب أن يطلع على ولده و يبيت في بيته فلا بأس به [135] .

وليس للأب أن يأخذ الصغير من أمه ويسافر به قبل بلوغ الحد الذي يجوز له أخذه فيه ، وعند الشافعي له ذلك [136] .

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه : « إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون » ومؤدى هذا أنّ ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر الحاضن سفر نقلة ـ كما يقول المالكية ـ متروك أمر تقديره لقاضي الموضوع ـ مع مراعاة مصلحة المحضون ـ ولذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19 / 02 / 1990 بأنه : « من المقرّر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون ، والقيام على تربيته على دين أبيه ،

---

[134] أنظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص7302.
[135] أنظر ، أبو بكر إبن علي الحنفي ، الجوهرة النيرة ، الجزء الثاني ، المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى ، سنة 1322 هـ ، ص 92.
[136] أنظر، نفس المرجع السابق ، ص .91.

ومن ثم فإنّ إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون و يستوجب نقضه » [137]

كما قضت في قرار آخر بتاريخ 25 / 12 / 1989 بأنه : « في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد بالجزائر فإنّ من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة » [138] .

وهنا تطرح مسألة سقوط الحضانة بسبب سفر المرأة ، فوفقا لما ذهب إليه المشرّع الجزائري ، فإنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإنّ حقه في الحضانة يسقط إلاّ إذا رأى القاضي أنّ مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه ، أمّا إنتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة . وعلى هذا لم يفرق المشرع في الإستيطان خارج الوطن بين الحاضن و الحاضنة . بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها إلى القاضي [139]

الفرع الرابع : سقوط الحضانة

تسقط الحضانة عند الفقه الإسلامي بأربع أشياء ، الأول سفر الحاضن إلى مكان بعيد فقيل بريد و قيل ستة برد وقيل مسافة يوم ، والثاني ضرر في بدن الحاضن كالجنون و الجذام و البرص ، والثالث قلة دينه و صونه ، الرابع تزوج الحاضنة و دخولها إلاّ أن تكون جدة الطفل زوجا لجده لم تسقط خلافا لإبن وهب و إذا تزوجت ثم طلقت لم تعد حضانتها في المشهور و قيل تعود وفاقا لهما [140] .

---

[137] قرار محكمة عليا بتاريخ 19 / 02 / 1990 ؛ ملف رقم 59013، م . ق . العدد الثالث 1991 ، ص 61 ، مقتبس عن محفوظ بن صغير،المرجع السابق،ص294.

[138] قرار محكمة عليا بتاريخ 25 /12 / 1989 ، ملف رقم 56597،م.ق، العدد الرابع ، 1991 ص 117.

[139] أنظر، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 294 .

[140] أنظر، أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 149.

أمّا من الناحية القانونية فقد نص المشرّع الجزائري في نص المادة 66 قانون الأسرة على أن يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و هذا يعني أنّ كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه [141].

كما نصت نفس المادة المذكورة أعلاه، على أنه تسقط الحضانة بالتنازل عنها [142] ولكن أحسن صنعا المشرّع عندما خول للقاضي حق إختيار الأصلح إنطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا . و عليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[143] .

وهذا ما تجسد في قرار بتاريخ 1999/04/20 حيث أسقطوا حضانة البنت عن الأب و إسنادها للأم بعدما تنازلت عليها من قبل و هذا مراعاة لمصلحة المحضون ، إذ من مصلحتها بقائها مع أمها لأنها أشفق و أحن من زوجة أبيها .

كما أنّ السبب الثالث الذي تضمنه قانون الأسرة كأحد أسباب سقوط الحضانة هو ما ورد النص عليه في المادة 67 حيث جاء فيها أنه تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه .

و نقول أنه إذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانونا وثبت فيما بعد أنّ هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية فإنه لم يعد أهلا للحضانة و يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط حقه في هذه الحضانة على أن تراعي المحكمة دائما مدى توافر مصلحة المحضون[144].

---

[141] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص 300.
[142] أنظر، بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 391.
[143] قرار بتارخ 20 / 04 / 1999 ، رقم 220470 ، مقتبس عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 129.
[144] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 301.

غير أنّ المشرّع حين تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05 / 02 أضاف فقرة جديدة في المادة 67 تخص المرأة العاملة إذ لا يمكن لعملها أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ،غير أنه تكون أسباب سقوط الحضانة خاضعة لقاعدة مصلحة المحضون وهذا ما تقرر في القرار الصادر ب 03 / 07 / 2002 بقوله : « المبدأ عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية »[145].

وكذا ما تقرر في القرار الصادر بتاريخ 18 / 07 / 2000 : « من المستقر عليه قضاء أنّ عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، ومن ثم فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف ، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بإعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وإنعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه» [146] .

وبناءا على هذا أكد المشرّع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها [147] و هذا كأصل عام ، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية

العناية ، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 03 / 07 / 2002 المذكور أعلاه [148].

---

[145] قرار بتاريخ 03 / 07/ 2002 ملف رقم 274207 ، مقتبس عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ص 132.

[146] قرار بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 245156 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ،ص 188 ، مقتبس عن، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 306 .

[147] هذا الموقف من المشرّع يدل على الإتجاه السياسي في تعزيزه لحرية المرأة في العمل ، و طريق إلى تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مناحي الحياة الإجتماعية و السياسية ، كما يلحظ هذا الإتجاه من خلال المادة 19 من قانون الأسرة ، التي تجيز لها إشتراط العمل أو الإستمرار فيه ، وبناءا على تخلف شروطها ، فلها حق طلب التطليق طبقا لنص المادة 53 ق ، أ ، غير أنه الدور الحقيقي للمرأة لا يظهر أثره إلاّ في تربية النشئ ، وكفاية الولد من الرعاية والعناية وعاطفة الأمومة .

[148] أنظر، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 306.

ومن أسباب سقوط الحق في الحضانة ما ورد النص عليه في المادة 68 من قانون الأسرة إذ جاء فيها : « إذ لم يطلب من له الحق في الحضانة مدّة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها »

تجدر الإشارة أنّ دعوى الحضانة مقيّدة بمدّة زمنية معيّنة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدّة سنة بدون عذر . بمعنى أنه قد يكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدّة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يترتب على ذلك سقوط متى أثبت المعني العذر و كان مقبولا « عقلا » و منطقا .

فإذا تم الإنفصال بين الزوجين ويبقى الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب الأم أو من يستحقها ، و مضى على هذا سنة سقط حقهم في المطالبة بها ، ويبقى الأب هو الحاضن الفعلي و القانوني إلى أن تسقط حضانته بالوفاة أو لأي سبب شرعي ، لأنّ حق الحضانة هنا يكون قد سقط بالتقادم ، لعدم المطالبة به أكثر من سنة دون عذر شرعي [149].

كما أنه يسقط كل حق كل من وكلت إليه الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه ، على أن يكون القاضي مقيد بقاعدة مصلحة المحضون في سلطته التقديرية ، وذلك طبقا لأحكام المادة 69 من نفس القانون .

ومتى سكنت الجدة أو الخالة بالمحضون مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم سقطت وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 70 ويقصد بالمساكنة هنا، المساكنة التي تسقط بها حق الحضانة متى كانت مع من سقطت عليها الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم ، والعلّة في ذلك إمساك المحضون في بيت المبغضين له ومنه إسقاط الحضانة عن صاحبتها .[150]

---

[149] أنظر، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 302.
[150] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص545 .

أولا : أثر خروج الزوجة عن طاعة زوجها على حقها في الحضانة :

خروج الزوجة عن طاعة زوجها هو منعها نفسها عن زوجها و خروجها من مسكن الزوجية و عدم الإمتثال لدعوة زوجها للدخول في طاعته ومن ثم تكون ناشزاً ويسقط حقها في النفقة و لكن هذا لا يسقط حقها في حضانة و لدها ، وقد إستقر الفقهاء على أنّ الأم أحق بحضانة ولدها ، سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعدها ولم نجد من الفقهاء من يضع النشوز سببا لإسقاط الحضانة . و من ثم لا يعد النشوز مسقط لحق الأم في الحضانة بل تثبت لها الحضانة [151] .

كما أنه لا يسقط حق الزوجة المطلقة خلعاً في الحضانة [152].

ثانيا : عودة الحضانة إلى مستحقيها :

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أن : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري " ومعنى هذا أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته و ضمان حمايته و العناية بصحته و خلقه و تعليمه ،فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب منه حق الحضانة من أجله [153].

و عليه فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فإنّ هذا الحق سيعود إليها حتماً إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها و لم تتزوج بعده ، أمّا إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجاً عن تصرف من مستحق الحضانة وبناءاً على رغبته و إختياره فإنّ حق الحضانة لا يعود إليه أبداً بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتباً على تنازله الصريح الطوعي أو مترتباً عن إهماله الطوعي لحقه في الحضانة لمدة أكثر من عام ، وأنّ مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره . و مهما

---

[151] أنظر، ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 20.
[152] أنظر، لحسن بن شيخ أث ملويا ، المرجع السابق، ص219 .
[153] أنظر، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 388.

يكن من أمر فإنّ عودة حق الحضانة إلى من كان أهلاً لها لا تكون إلاّ بموجب حكم من المحكمة [154].

[154] أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 304.

إنّ مصلحة المحضون أو الطفل قاعدة فقهية يصعب إفرغها في مادّة قانونية ، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها ، والمشرّع أخذ بها دون أن يحدّد لها معنا عاما مجرّدا ، مما يصعب حصر هذه القاعدة .

فمصلحة المحضون قاعة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن و الحاجيات و المحيط الذي يترعرع فيه ، كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان فتطور الحياة أدّى إلى تطور متطلباتها و إلى تعقيدها أيضا [155].

وما هو أصلح للمحضون اليوم لا يكون أصلح له غدا و هذا للعامل المتغيّر الذي يحكم المصلحة ، وهذا ما يزيد الأمر صعوبة ويجعل القاضي في حيرة بين تحقيق مصلحة المحضون وصعوبة حصر هذه المصلحة في ظل عدم وضع المشرّع تعريفا دقيقا لهته القاعدة ، مما يفتح المجال أمام القضاة ليعبّر عن هذه القاعدة حسب قناعته الفكرية و طريقته في تحليل النزاع المطروح أمامه[156].

وعليه فما المقصود بالمصلحة التي بنيت عليها مسألة الحضانة ؟ وما هي المعايير الضابطة لإسناد الحضانة ؟

---

[155] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 297 .

[156] أنظر، قاسي عبد الله رؤوف ، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، وزارة العدل ، المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2001 إلى 2004 ، ص 31 .

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون

حتى نتمكن من معرفة معنى مصلحة المحضون ، أو الضوابط التي تحكم هذه المصلحة لضمان إستقرار المحضون لابد من تحديد تعريف لهذه المصلحة .

المطلب الأول : تعريف مصلحة المحضون

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة لا نجد تعريف للمصلحة مما يتوجب علينا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية و تعريف الفقه الإسلامي للمصلحة و هذا بصريح نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إحالة صريحة .

و المصلحة في إصطلاح الأصوليين : المصلحة التي لم يشرّع الشارع حكما لتحقيقها و لم يدل دليل شرعي على إعتبارها أو إلغائها و هي مطلقة لأنها لم تقيّد بدليل إعتبار ، أو دليل إلغاء ، و توضيح ذلك يعني أنّ تشريع الأحكام ما قصد به إلاّ تحقيق مصالح الناس أي جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، و أنّ مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ، و لا تتناهى أفرادها و أنها تتجدّد بتجدّد أحوال الناس و تتطور بإختلاف البيئات . و تشريع الحكم قد يجلب نفعا في زمن و ضرر في أخر، و في الزمن الواحد قد يجلب نفعا في بيئة و يجلب ضررا في بيئة أخرى[157] ، كما ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أنّ المصلحة حجة شرعية يبنى عليها تشريع الأحكام و دليلهم على ذلك أمران :

الأمر الأول : أنّ مصالح الناس تتجدد و لا تتناهى ، فلو لم نشرّع الأحكام لما يتجدد من مصالح الناس ، و لما يقتضيه تطورهم و إقتصر التشريع على المصالح التي إعتبرها الشارع فقط ، لعطلت كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة و الأمكنة ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس و مصالحهم ، وهذا لا يتفق و ما قصد بالتشريع من تحقيق مصالح الناس .

---

[157] أنظر ،عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، الجزء 1 ، مكتبة الدعوة للنشر ، الطبعة الثامنة ، بدون سنة نشر ، ص 82 .

الأمر الثاني : أنّ من إستقرأ تشريع الصحابة و التابعين و الأئمة المجتهدين ، شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق المصلحة[158] .

و لكي نتمكن من فهم مصطلح المصلحة المراد تحقيقها من طرف المشرّع حين تبنيها كمعيار في الحضانة سنتطرق لتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث نحدّد طبيعة المصلحة في الفرع الأول ، و تبيين صعوبة حصر هذه المصلحة لطابعها المرن المتغير وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تحديد طبيعة المصلحة

لقد كان موضوع الطفل محل إعتبار وعناية الفقه و التشريع و القضاء ، و أجمع كلهم على إعتبار مصلحة الطفل و العمل بها و هذا ما تجسد على المستويين ، الخارجي لما عكسته إتفاقية حقوق الطفل[159] من حماية لهته الفئة ، و على المستوى الداخلي و هذا لم يكتنف من أهمية في حياة الأسرة و المجتمع ، و إذا كان الأمر هكذا بالنسبة للفقه ، فإنّ الأمر بالنسبة للتشريع الوطني لا يختلف عنه ، و إن لم يعطي المشرّع الجزائري في قانون الأسرة مفهوما للمصلحة ، إلاّ أنه أدلى بها في عدّة مواد[160] .

أمّا الإجتهاد القضائي ظل وبقي مفهوم مصلحة الطفل شغله الشاغل ، إلاّ أنه لابد عليه تكريسه في الواقع ، إعمالا لما جاءت به النصوص القانونية .

أمّا الشريعة الإسلامية فكانت السبّاقة في معالجة مصالح الناس و حماية الطفل ، و في ظل الفراغ التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري في تحديد المصلحة والمعايير الضابطة لها ، لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و هذا بإحالة المادة 222 من نفس القانون السابق إحالة صريحة .

فلما كان المحضون لصغر سنه لا يعرف مصلحته ، كان من الواجب على الأولياء مراعاتها وحمايته من كل ما من شأنه أن يمس مصالحه ، و لكن قد تتعارض مصالح الآباء خاصة بعد إنحلال الرابطة الزوجية ، التي يتقرر بموجبها بقاء الأولاد عند أحدهم و يبقى للطرف الآخر حق الزيارة ، فلابد أن يكون هناك طرف ثالث خارج عن العلاقة يعهد له تقدير مصلحة المحضون و هو القاضي ، وهذا ما تتسم به من طبيعة مما تجعلها متغيرة ،

---

[158] أنظر ،عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص 85 .
[159] أنظر ، بن عصمان نسرين المرجع السابق ، ص 65.
[160] أنظر، نفس المرجع ، ص5 .

و أحسن المشرّع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقديرها و عدم حصره في نصوص قد تصلح في تطبيقها على المحضون دون محضون لخصوصية كل قضية[161].

الفرع الثاني : صعوبة حصر مصلحة المحضون

لقد إعتمد المشرّع الجزائري في معالجته للحضانة ، على قاعدة ألا وهي مصلحة المحضون دون أن يحدّد معايير وضوابط هذه المصلحة ، تاركا بذلك للقاضي حين نظره في الموضوع إسناد أو إسقاط الحضانة الرجوع إلى تقدير مدى توافر هته المصلحة من عدمها .

و لكن **هل المشرّع الجزائري أصاب حينما بنى مواد الحضانة على تقدير مصلحة المحضون دون أن يحدّد لهته المصلحة ضوابط ؟** خاصة في ظل مرونة هذا المصطلح و تأثره بالزمان و المكان و إختلافه من قضية لأخرى ، ممّا يجعل القاضي في كل مرّة يبحث عن معايير وضوابط تحكم القضية التي بيده دون القضية التي سبق له الحكم فيها، وهو مجبر أن يتخذ كل الوسائل و الإجراءات التي من شأنها مساعدته على بناء حكمه و القاضي الذي يطبق النص على القضية المطروحة أمامه يفصل حسب كل حالة ، و يبقى دور المشّرع بحصر هته الأحكام بما لا يخرج عن تحقيق مصلحة المحضون و التي هي فوق كل إعتبار .

فليس من المؤكد - من الناحية العملية - أنه يكفي القول بأنّ المصلحة تتأكد إذا طبقت هذه النصوص القانونية ، لأنّ تقديرها من جهة ، وتطبيق تلك النصوص من جهة أخرى يخضعان في جوهرها لتفسير القاضي ، أي للعمل البشري ذلك لأنّ المصالح تتعدد و تتنوع على حسب مقتضيات الأحوال التي توحي بها الأزمنة و مواقف الناس[162] .

و الجدير بالذكر أنّ الجهاز القضائي في الجزائر يفتقر لمبدأ تخصص القضاة في مثل هذه المواضيع ، لأنّ الفصل في دعوى الحضانة تمس بالدرجة الأولى الطفل المحضون الذي عادة ما يكون في سن حساس ، مما يستوجب على قاضي الموضوع أن يكون أكثر حرصا ورزانة . إذ أثبتت الدراسات النفسية تكوين عادات سلوكية غير سليمة عند الأطفال من صراع نفسي الخوف الدائم ، إستغلال الأطفال للإنتقام و الإيذاء المتبادل بين الزوجين

---

[161] لقول إبن القيم : « من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة المرسلة ، فجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها ، و سدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق الحق و العدل ، و منهم من أفرطوا فسوغوا من ينافي شرع الله و أحدثوا شرا طويلا و فسادا عريضا »
- لمزيد من التفاصيل ، أنظر ، عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص 88 .

[162] أنظر ، حميد وزكية ، المرجع السابق ، ص79 .

نتيجة الطلاق[163] ، لهذا يستدعي القول تكوين قضاء متخصص في قضايا الحضانة كما هو الحال بالنسبة لقضاة الأحداث .

بالإضافة إلى ذلك ، فقد وجهت لمفهوم مصلحة المحضون إنتقادات عدّة ، فكانت المؤاخذة الرئيسية له تكمن في أنه « مفهوم ذاتي محض » و أنه مفهوم مجرّد و ذاتي و هذا ما عبّر عنه جون كربوني إذ جاء في قوله أنّ « مفهوم المصلحة ذاتي و يظل ذاتي » و أضاف و هو ينعته بأنه «مفتاح يفتح على مجال واسع ، لأنّ المفهوم غامض و يصحب إدراك معناه»[164] .

كما ذهب الأستاذ علي بيشر في هذا الإتجاه بقوله أنّ قلق البعض عندما يلاحظ أنّ القاضي منحت له سلطات جد واسعة يعد فهما خاطئا لأحكام الحضانة التشريعية منها و الفقهية ، لأنه إلى جانب المعيار الذاتي وضعت مجموعة من المعطيات الموضوعية التي يجب أن يكون هذا الشخص جدير بالمهمة و ذلك بأن تتوافر فيه الشروط القانونية الخاصة و إذا ما إنعدمت أسقطت الحضانة عنه[165] .

و يستنتج في الأخير أنّ الحضانة مسألة قضائية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي غير أنه في حالة ما إذا ظهر تعسّف القاضي في موضوع الحضانة يكون حكمه معرّض للنقض تحت رعاية مصلحة المحضون .

بعدما عرضنا التعريف الفقهي للحضانة و تحديد طبيعة هته المصلحة لابد من التطرّق إلى الضوابط الفقهية التي تحكم هته المصلحة .

المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم مصلحة المحضون

تقتضي منا دراسة الضوابط الفقهية لمصلحة المحضون التطرق أولا لخصائص المصلحة (فرع أول) ،ثم تبيان الضوابط الشرعية التي تحكم المصلحة (فرع ثاني)

---

[163] أنظر ، أحمد محمد مبارك الكندي ، علم النفس الأسري ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية،سنة 1992 ، ص 216 ، مقتبس عن لحسن بن شيخ أن ملويا ، المرجع السابق ، ص 244.

[164] أنظر ، حميد وزكية ، المرجع السابق ، ص 80 .

[165] أنظر ، نفس المرجع ، ص 83 .

الفرع الأول : خصائص المصلحة

تتميز المصلحة بخصائص ثلاث :

الخاصية الأولى : أنّ الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة و المفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها ، بل مكون من الدنيا و الآخرة معا ، و هذا لإرتباط الإنسان بالدارين معا إرتباط السبب بالمسبب ، إذ أمره الله تعالى بإتخاذ الحياة الدنيا وسيلة للسعادة في الحياة الآخرة ، وذلك لقوله تعالى « و إتبع فيما أتاك الله الدار الآخرة » [166].

الخاصية الثانية : أنّ قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم و الروح في الإنسان . فالمصلحة في الشريعة الإسلامية تنظر بعدالة إلى نوازع كل من الجسد و الروح.

الخاصية الثالثة : أنّ مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى و مقدمة عليها ، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها و محافظة عليها لإحراز مرضاة الله و الخلود في جنته[167] .

بعدما عددنا خصائص المصلحة في الشريعة الإسلامية ، سنعرّج الآن على الضوابط الشرعية التي تحكم هته المصلحة .

الفرع الثاني : الضوابط الشرعية للمصلحة

لقد ضبطت الشريعة الإسلامية المصالح ضمن ضوابط لابد مراعاتها و يمكن تلخيصها فيما يلي :

---

[166] سورة القصص ، الآية 77.

[167] أنظر، بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص 29 .

أولا : أن تكون هذه المصلحة ضمن مقاصد الشريعة

فالمصلحة حتى تكون مشروعة لابد أن تقوم على حفظ مقاصد التشريع الخمسة : حفظ الدين و النفس و النسل و العقل و المال ، فكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة[168] .

ثانيا: عدم معارضة المصلحة للقرآن الكريم

فلما نظم القضاء وقت الخلفاء لم يمانع الإسلام من أي تطور يحقق المصلحة و لا يتعارض مع كتاب الله و سنة رسول الله و بهذه المناسبة ، فإنّ القضاء في عهد الخلفاء هو عهد شرعي في منهجه يعتبر مثاليا في شكله و صورته و نظامه و ضبط إختصاص و ما يتعلق بذلك توفيرا لمصالح الناس متقيّدين بضوابط الشريعة وقواعدها[169] لقوله تعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »[170].

ثالثا : عدم معارضتها لقياس الصحابة

إنّ الله سبحانه ما شرّع حكما إلاّ لمصلحة و إنّ مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام ، فإذا ساوت الواقعة التي لا نص فيها الواقعة المنصوص عليها في علّة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقا للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع و هذا هو القياس ، فإذا ألحقت بمسألة لم يرد فيها نص قياسا لإتحادهما في الحكم أو العلّة وجب ألاّ تعارض المصلحة هذا القياس[171] .

أمّا الإمام الشاطبي يقول : " كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم ، أو المفسدة مفسدة كذلك ، مما يختص بالشارع ،لا مجال للعقل فيه ، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح . فإذا كان الشارع قد شرّع الحكم لمصلحة ما ، فهو الواضع لها كمصلحة ، و إلاّ فكان يمكن ـ عقلا ـ أن تكون كذلك . إذ الأشياء كلها بالنسبة إلى وضعها الأوّل متساوية لا قضاء للعقل فيها بحسن و لا قبح . فإذا كون المصلحة مصلحة هو من قبل الشارع ، بحيث يصدقه العقل و تطمئن إليه النفس ."

---

[168] أنظر ، محمد الأمين الشنقيطي ، منهج التشريع الإسلامي وحكمته ، الجزء 1 ، الجامعة الإسلامية للنشر ، الطبعة الثانية ، المدينة المنورة ، 1972 ، ص 18 .

[169] أنظر، عطية بن محمد سالم ، محاسن الشريعة و مساوئ القوانين الوضعية ، الجزء 1 ، الناشر الجامعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1973 ، ص 35.

[170] سورة المائدة ، ص 58 .

[171] أنظر ، عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص 58 .

و لقد إعتمد الإمام الشاطبي في تقدير المصلحة إلى ثلاث معايير:

1- إدراك المصالح بالعقل ؛

2- مجالات العقل في تقدير المصالح ؛

3- تقدير المصالح المتغيرة و المتعارضة [172].

رابعا : تفويت أدنى المصلحتين على حفظ أعلاهما

و للإمام عز الدين عبد السلام ترجيحات أكثر تفصيلا بسبب مختلف المصالح و المفاسد بل إنّ هذا الموضوع هو أكثر ما يغطي كتابه ، و رغم كل هذا وغيره ، فإنّ الأمور عند التطبيق تظل بحاجة شديدة إلى النظر و التمييز والتقدير ، لتحديد الراجح من المرجوح و لتحديد أي من المصلحتين أصلح ، و أيهما أكبر و لتحديد أهون الشرّين ، و أعظمهما ضررا ، ولتمييز ما هو من قبيل جلب المصلحة و ما هو من قبيل درء المفسدة ، و لتمييز حد الضرورة مما لا يبلغه ، و تحت كل هذا ما لا يحصى من الصور و الوقائع التي يقع فيها التعارض ، و تحتاج إلى التقدير و الترجيح ، أي تحتاج إلى العقل و النظر[173] .

الفرع الثاني : إسقاطات الضوابط الشرعية للمصلحة على مصلحة المحضون

كنا قد أوردنا الضوابط الشرعية التي تحكم المصلحة في الشريعة الإسلامية ، إلاّ أنّ هذه الضوابط كانت تشمل المصلحة بصورة أوسع ، فالإسلام لم يقتصر المصالح على تلك التي تهتم بالبدن و المادة فقط ، بل أضاف إليها مصالح الروح و العقل معتبرا أنّ المصالح تقاس بقوتها في ذاتها و مدى إحتياج الناس إليها ، وبإعتبار مصلحة المحضون يخضع تقديرها للقواعد العامة التي تحكم المصلحة و لا تخرج عن مقاصد الشريعة الإسلامية ، فإنه تطبق عليها هذه الأحكام العامة كونها ترعى كل المصالح و تعتبر الشريعة العامة[174] .

---

[172] أنظر ، أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، الجزء الأول الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، 1992 ، ص 241 .

[173] أنظر ، أحمد الريسوني ، المرجع السابق ، ص 268.

[174] بالرجوع إلى إتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر فإنها تضمنت معظم ماجات به أحكام الشريعة الإسلامية في تقدير ها لحماية مصالح الطفل على الرغم من طابعها الدولي .

المبحث الثاني : معايير تقدير مصلحة المحضون

بعدما تطرقنا للضوابط الشرعية التي تحكم المصلحة ، سنخص دراستنا في هذا المبحث عن المعايير القانونية لإسناد الحضانة و إن لم يحدّدها المشرّع الجزائري في نصوص قانون الأسرة ، تاركا تقديرها من طرف القاضي ، إلاّ أنه لا يمنع من إستنباط بعض المعايير و هذا لصعوبة حصر مصلحة المحضون لطبيعته المرنة المتغيرة التي تحكم ظروف كل قضية .

لدراسة الموضوع يتوجّب الأخذ بعين الإعتبار مصلحة المحضون و المعايير التي تحتكم لها هذه القاعدة هذا من جهة **(المطلب الأول)** و من جهة دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون و الضمانات القانونية المخولة له لتحقيق هذه المصلحة **(المطلب الثاني)** ، لنعرج بعد ذلك على الحماية الجنائية المكرسة لمصلحة المحضون في مواجهة المخلين بها **(المطلب الثالث)** .

المطلب الأول : مراعاة قاعدة مصلحة المحضون

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة ، و كان ساري العمل بها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و تبعه الصحابة رضوان الله عليهم ، و من المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق و عمر إبن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي أنّ عمر إبن الخطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فتنازعا عمر و جدة عاصم أم أمه ، فأعطاها أبي بكر إياه و قال لعمر : " ريحها و مسها و مسحها و ريقها خير له من الشهد عندك "[175] .

والمشّرع الجزائري إستقى أحكام الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222 منه تحيلنا إلى أحكام الشريعة إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما ، و هذا دون تقييد بمذهب معيّن ، أي أنه أخذ بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل الترجيح من يصدقه من الدليل الشرعي و تستقر معه المصلحة . و ما نلاحظه من نصوص قانون الأسرة أنّ المشرّع أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام ، و يمكن إرجاع صعوبة

[175] أنظر، إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد هدى خير العباد ، المرجع السابق ، ص 410 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7299 .

عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة و الحياة مشكّلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدّد مسبقا[176] .

ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون إلاّ أنه هناك مميزات وخصائص تنفرد بها :

أنّ قاعدة مصلحة المحضون هي ذو طبيعة ذاتية ، فما كان الأصلح للطفل في قضية لا يكون أصلح للطفل الأخر .

أنّ هذه القاعدة ليست ثابتة ، فما كان أصلح اليوم للمحضون ليس بالضرورة أصلح له بعد فترة من الزمن ، و هذا ما يجب أن تتمتع به الأحكام الصادرة في موضوع الحضانة بعدم إكتسابه حجية الشيء المقضي به ، و بالتالي كلما دعت ضرورة المصلحة لابد أن يصدر حكم تحقيقا لمصلحة المحضون ، كما أنّ القاضي حين إسناده لحضانة الطفل لابد أن يراعي القواعد التي من شأنها أن تضمن لنا إستقرار سلوكيات المحضون في ظل التفكك الأسري الذي ينعكس مباشرة على الأطفال ، مراعيا في ذلك إستقراره النفسي و المحافظة عليه من الناحية الأمنية والصحية ، كما لابد أن لا يغفل الجانب المادي الذي يحقق لنا مصلحة المحضون و هو ما سنفصل فيه .

الفرع الأول : المعيار المعنوي مراعاة لمصلحة المحضون

لقد ثبت عن الدكتور معن خليل حين تحليله لأثار الطلاق على الأبناء ، أنه كلما زادت حالات الطلاق، زاد عدد أبناء المطلقين الذين لا يجدون إهتماما متكافئا من أبويهم أو رعاية إجتماعية وعونا ماليا منهم ، فضلا عن ذلك فإنّ الطلاق يعد صدمة قوية لهم و بالذات في السنة الأولى من الطلاق ، إذ يكون وقوعه عليهم موليا من الناحية النفسية و الأسرية بحيث تقل رعايتهم الأبوية لهم و تتدهور صحتهم و تهبط معنوياتهم فيواجهوا هذا الإنحطاط المعنوي بالبكاء و اليأس أكثر من أي وقت مضى فيتمردوا على سلطة أبويهم.

كما أنّ غياب الأب عنهم يثير عندهم القلق و يبلور عندهم مشكلات إجتماعية ونفسية لأنه عند تمزق النسيج الأسري يتغيّر تباعا حياة الأبناء لتصل إلى الحالة السيئة سواء أكان في أسرتهم أو مدرستهم بحيث تترجم على شكل توتر وقلق وإضطراب[177] .

---

[176] أنظر، حسيني عزيزة ، رسالة لنيل شهادة ماجستير الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، جامعة الجزائر بن عكنون ، 2001 ، ص 76 .

و هناك حقيقة نبلورها في هذا السياق حول عمر الأبناء ، مفادها إذا كان عمر الأبناء لا يتجاوز الخمسة أعوام فإنّ تأثرهم بحالة الطلاق النفسية والصحية والرعوية و الإجتماعية تكون أقل من الأبناء الذين في عمر العشر سنوات أو أكثر لأنّ إدراكهم للأمور يكون أكثر فهما ، و إنّ تفاعلهم مع أبويهم يتزايد مع تقدم عمرهم ، ليس هذا فحسب بل أنّ الطلاق يؤثر على علاقتهم بأجدادهم حيث تكون مستمرة و قوية مع جدهم و جدتهم لأمهم على عكس علاقتهم بجدهم و جدتهم لأبيهم التي تكون ضعيفة و متقطعة ومرد ذلك تأثير الأم على علاقتهم بأهلها[178] .

و يتوقف مدى تقبل الطفل لفكرة الإنفصال لإستعداده النفسي و جنسه وسنه التي يتوفر عليها لمجابهة التأقلم المطلوب[179] ، و لهذا تستدعي طبيعة هذا الموضوع الإستعانة بخبيرة إجتماعية و كذا خضوع المحضون للعلاج النفسي قبل حصول الطلاق ، لتحضيره نفسيا و بعد الطلاق لمتابعة ردة فعله و مدى تقبله لفكرة بقائه مع طرف أحادي العلاقة وعادة ما تكون الأم .

فمع الوالد غير الحاضن ـ الأب عموما ـ عادة ما تكون العلاقات أبعد من الإرتباط بالنسبة للمحضون، وفي ظل هته الهشاشة التي من شأنها أن تأثر على بنية الطفل العقلية و الجسمية يحرص علماء النّفس و الأطباء أشد الحرص على توفيرها للمحضون خاصة في حياته[180] الأولى ، في حين لا نجد إلاّ قلة من الأباء يحتفظون بإتصال عادي و مستديم مع أطفالهم[181] .

لذا نجد أنّ الفقه الإسلامي إعتمد في إسناده للحضانة في السنوات الأولى للطفل على النساء لإعتبارهن مصدر الحنان و العناية الروحية ، التي عادت ما تكون ناقصة عند الرجال لما لهم طابع القسوة في بعض الأحيان[182] .

وتحت تحقيق مصلحة المحضون دائما فإنّ القاضي خوّل له بموجب نص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة ، و هذا ما تقرر عن المحكمة

---

[177] أنظر ، معين خليل ، علم إجتماع الأسرة ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، بدون سنة نشر ، ص 233 .

[178] أنظر، نفس المرجع السابق ، ص 234 .

[179] أنظر ، لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 231 .

[180] أنظر ، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 105 .

[181] أنظر ، لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 233 .

[182] أنظر ، إبن القيم الجوزية ، المرجع السابق ، ص 333 .

العليا في قرار صادر بتاريخ 2005/05/18 « إذ أنّ المبدأ القاضي يستعين في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة إجتماعية » [183].

كما أنّ المشرّع حينما أورد نص المادة 64 من قانون الأسرة في ترتيب درجات إستحقاق الحضانة كانت القاعدة في ذلك تحقيق مصلحة المحضون ، و بعبارة أخرى أن تسند حضانة الولد للحاضن الذي تتوفر فيه أو لديه مصلحة المحضون .

أولا : تغليب مصلحة المحضون على تخلف شرط من شروط إستحقاق الحضانة

لقد إعتمد المشرّع الجزائري قاعدة مصلحة المحضون في قانون الأسرة حين معالجته للحضانة ، مكرسا بذلك هذه المصلحة ، بحيث تعتبر المرجع الذي يتقيّد به القاضي حين إسناده للحضانة أو إسقاط الحضانة ، مراع بذلك الإستقرار الروحي و نفسية الطفل ، إذ نص في المادة 62 من نفس القانون على أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك دون أن يحدد شروط إستحقاق الحضانة ، و برجوعنا إلى الفقه الإسلامي بعد إحالة المادة 222 من القانون المذكور أعلاه إستنبطنا جملة من الشروط التي جاءت بها الشريعة الإسلامية[184] .

وحين التطرق إلى شرط الإسلام نجد أنه قد إختلف فيه ، إذ إشترطه كل من الشافعية و الحنابلة و إعتبروا إختلاف دين الحاضن مع المحضون يسقط الحضانة ، إلاّ أنّ المالكية والحنفية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية ، سواء كانت أما أم غيرها[185] ، و هو ما نؤيّده بحق ، فالحضانة تثبت للأم ولو كافرة[186] ، سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى و إن خيف على المحضون فساد كأن تغذيه لحم الخنزير أو خمر يضع مسلما يكون رقيبا عليها و لا ينزع منها و لو كانت مجوسية .

إذ قال أهل الرأي ، وإبن القاسم ، و أبو ثور : " تثبت الحضانة لها مع كفرها و إسلام الولد ، ، و إحتجوا بما روى النسائي في سننه ، من حديث عبد الحميد بن جعفر ، عن أبيه ، عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم و أبت إمرأته ، أن تسلم ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إبنتي وهي فطيم أو يشبهه ، و قال رافع : إبنتي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إقعد ناحية و قال لها : إقعدي ناحية ، و قال لهما : إدعواها ، فمالت الصبية إلى

---

[183] قرار بتاريخ 2005/05/18 ، ملف رقم 665033 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 123.

[184] كنا قد أوردنا شروط إستحقاق الحضانة في الفصل الأول في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا المبحث .

[185] أنظر، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7302.

[186] أنظر، محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء 2 ، دار الفكر للنشر ، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر ، ص 526 .

أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللّهم إهدها ، فمالت إلى أبيها فأخذها » ، وقالوا لأنّ الحضانة أمرين الرضع وخدمة الطفل لما يحقّق مصالحه ، و يوفّر له الرعاية و العطف والحنان ، و كلاهما يجوز من الكافرة [187].

وبتحليلنا للمادة 62 نجد أنّ المشرّع قد نص على ضرورة تربية الولد على دين أبيه مما يستفاد ضمنيا أنّ الحاضن له دين غير دين أب المحضون ، و بالنتيجة فإنه يجوز حضانة الطفل من قبل الكافرة ، و هذا للمحافظة على الإستقرار النفسي والروحي للطفل لما يحتاج له من حنان و عطف خاصة في مرحلته الأولى .

إذ ثبت في قرار صادر بتاريخ 13 مارس 1989 أنه : « المقرّر شرعا و قانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ..... و أنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية [188]».

كما نجد نص المادة 67 تقضي بمراعاة مصلحة المحضون وهذا عند التكلم على سقوط الحضانة في حالة إختلال أحد الشروط المرعية في الحضانة لكون حماية الطفل أولى من إختلال الشرط ، وهو الهدف الذي يسعى القاضي إلى تحقيقه .

كما أنه من بين الشروط التي إستوجبها الفقه في الحاضن هو الأمانة على الأخلاق فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه كالفاسق رجلا أو إمرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ، لكن قيد إبن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم بكونه فسقا يضيع به الولد ، فيكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور ، ما لم يصبح الولد في سن يعقل فجور أمه مراعاة لمصلحة المحضون [189].

و هذا ما تجسد في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1997/09/30 حيث أنه جاء في القرار المنتقد أنّ جريمة الزنا لا تؤثر على المطلقة برعاية وتربية أولادها ، حيث أنّ المادة 62 من قانون الأسرة قد عرّفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، كما إشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر ، حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا و قانونا إلاّ بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء

---

[187] أنظر، إبن القيم الجوزية ، المرجع السابق ، ص 411 .

[188] قرار بتاريخ 13 مارس 1989 ملف رقم 52221 ، مقتبس عن نبيل صقر ،قمراوي ، عز الدين ، المرجع السابق ص 125 .

[189] أنظر، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7302 .

عن أمه و عليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد[190] .

وتحت حماية مصلحة المحضون ، و لإستقرار حالته النفسية و حاجته لأمه لصغر سنه ، أحسن المشرّع صنعا عندما خوّل للقاضي حق إختيار الأصلح ، إنطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا وعليه ، فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون .

و في هذا الإتجاه قضت المحكمة في قرار بتاريخ 1988/12/19 أنّه :" من المقرّر شرعا وقانونا ، أنّ تتنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازله وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإنّ تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الحضانة[191] .

كما أنه من تحليل نص المادة 64 يتضح لنا أنّ الحضانة و إن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون فإنّ هذا الترتيب ليس إلزاما للمحكمة و ليس من النظام العام . بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى طالبته ليس إلى الترتيب المذكور في القانون و لكن أيضا وقبل ذلك إلى مصلحة المحضون .

فإن حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وتنازعا حول حضانة الولد وحول من يكون له الحق في الحضانة فإنّ للقاضي أن يقوم بتحقيق جاد حيثما يرى مصلحة الطفل يضعه و يحكم بإسناد حق الحضانة لمن تتوفر لديه ، حتى ولو أدى ذلك إلى القفز فوق درجة أو درجتين ، و هذا على عكس إجتهادات بعض الفقهاء المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال إعتمادا على أنّ النساء أكثر حنانا و شفقة من الرجال و أكثر صبرا وتحملا لمشاكل الأطفال[192] .

إذ ثبت في حاشية الدسوقي أنه إذا تساوى إثنين في الصيانة و الشفقة ، والمراد بأحدهما - قوله بالصيانة والشفقة - أي فيقدم من كان عنده صيانة أو شفقة على مساويه في الرتبة الخالي من ذلك و كذلك يقدم من هو أقوى شفقة أو أكثر صيانة للمحضون على غيره

---

[190] قرار بتاريخ 1997/09/30 ملف رقم 171684 ، مقتبس عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 120 .

[191] قرار بتاريخ /1988/12/19 ملف رقم 51894 ، مقتبس عن نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 131 .

[192] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص293 .

فإن كان في أحدهما صيانة و في الأخر شفقة فالظّاهر تقديم ذي شفقة كما يفيد كلام الرجراجي[193] .

بقاء الحضانة مع أجنبي :

من مسقطات حق الأم في الحضانة هو زواجها بغير قريب محرم وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة ، مما يعني أنّ كل زوجة و قع طلاقها من زوجها بحكم قضائي ، أسند إليها حق حضانة أولادها منه ، سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أن تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه[194]. و لقد ثبت في مدونة إبن مالك ، أنّ المحضون إذا تزوجت أمه من غير قريب محرم يسقط حق حضانتها لولدها حين يدخل بها زوجها و لا يؤخذ منها الولد قبل ذلك[195] .

و السؤال الذي يطرح على بساط البحث و المناقشة : هل تسقط حضانة الأم بالزواج بغير قريب محرم في كل الأحوال ؟ أم نغلّب مصلحة المحضون و بالتالي تبقى على رأس حضانتها ؟

لو رجعنا إلى نص المادة 66 من قانون الأسرة نجدها نصت : « يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم ..... ما لم يضر بمصلحة المحضون » .

و الجدير بالملاحظة أنّ مصلحة المحضون تجد نطاقها الواسع في هذا المجال ، بل تبزغ أكثر من أية مسألة من مسائل الحضانة ، ذلك لأنّ القضاء بإسقاط الحضانة قد يزعزع إستقرار الطفل زعزعة تلحق به صدمة نفسية طوال حياته ، ومن ثم و درءا لهذا الإحتمال فيتحتم على كل شخص يتمسك بإحدى المسقطات وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أنّ الحاضن أصبح غير أهل لذلك ، والمحكمة تتريث من جانبها و لا تحكم بالإسقا ط إلاّ إذا إقتضت مصلحة المحضون ذلك . الأمر الذي يستوجب عليها التحري من أنّ إسقاطها لا يضر بمصلحة المحضون بصرف النظر عن المسقطات التي تم التنصيص عليها قانونا[196] .

---

[193] أنظر، محمد إبن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 532 .
[194] أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 300 .
[195] أنظر، مالك إبن أنس ، المرجع السابق ، ص 258 .
[196] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 391 .

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنه ، إنما قدمت الأم في الحضانة كونها أشفق على المحضون و أرأف وأقوم بمنافعه و هذا لا خلاف فيه من أهل العلم أ نّ الأم أحق بالحضانة من الأب و من سائر الأولياء من الرجال و النساء ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «أنت أحق به ما لم تنكحي » مما يعني أنها تسقط حضانتها بالنكاح بغير محرم للمحضون[197] ، إلاّ أن تكون جدّة الطفل زوجا لجده لم تسقط خلافا لإبن وهب ، و إذا تزوجت وطلقت لم تعد حضانتها في المشهور وقيل تعود وفاقا لهما[198] هذا هو الأصل .

غير أنه تحقيقا لمصلحة المحضون ، ولما كانت الشريعة سبّاقة في حفظ المصالح فقد جاء أنه يجوز بقاء الحضانة مع الزوج الأجنبي ، و القول على بقاء الحضانة ؛ أي للحاضنة المتزوجة لا أنّ الحاضن الزوج كما قد يتوهم ، و قوله محرما أو غيره أي المشار إليه بقوله أو وليا كإبن العم ، الكلام على بقاءها مع الزوج الأجنبي و هو كما قاله اللّخيمي يصح بقاء حق المرأة في الحضانة وإن كان الزوج أجنبيا في ست مسائل :

أولها : ألاّ يقبل الولد غير أمّه ، يعني أنّ الأ إذا تزوجت برجل أجنبي من المحضون و لم يقبل الولد غير أمه فإنها تبقى على حضانتها .

و ثانيهما : لم ترضعه المرضعة عند أمه ، المراد به أنّ الحضانة إذا إنتقلت عن الأم بتزوجها بأجنبي و المحضون رضيع و أبت المُرْضِعُ أن ترضعه عند من إنتقلت الحضانة لها ، و قالت لا أرضعه إلاّ في أمه و لا أرضعه عند من إنتقلت لها الحضانة ، فإنّ الحق في الحضانة للأم[199] .

و الثالثة : إذا لم يكن للولد حاضن أو غير مأمون أو عاجز ، يعني أنّ الحضانة لا تنتقل عن الأم بتزويجها لمن يسقط حضانتها حيث لم يكن للولد بعدها حاضن شرعي حاضر ، أو يكون له لكن غير مأمون أو عاجز لمانع به .

أما رابعها : إذا كان الأب عبدا و هي حرة يعني أنّ أب المحضون إذا كان عبدا و أمه حرة و تزوجت برجل أجنبي من المحضون ، فإنّ الولد يبقى عند أمه ، لا ينتزع منها و ظاهره سواء كان هذا العبد قائما بأمور سيده فيه كفاية أم لا .

---

[197] أنظر، أبو الوليد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، المرجع السابق ، ص 570 .

[198] أنظر، أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 149 .

[199] أنظر، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي ، الجزء 4 ، دار الفكر للطباعة ، بدون طبعة و بدن تاريخ ، بيروت ، ص 214 ؛ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ص 322 .

خامسا : إذا كان الولد رضيعا قبل غير أمه من الحواضن و قالت الظِّئْرُ لا أرضعه إلاّ عندي لأنّ كونه في رضاع أمه و إن كانت ذات زوج أرفق به من أجنبية يسلم إليها و إن كانت الظّئر ذات زوج كان أَبْيَنَ .

سادسا : ثم تمم كلام اللّخيمي بسادسة المسائل و هي قوله صلى الله عليه وسلم و في الوصية روايتان يعني أنّ الأم أو غيرها من الحاضنات إذا كانت وصية على الأطفال وتزوجت برجل أجنبي من الأطفال فهل ينتزعون منها لتزويجها بأجنبي كغيرها ،أو يبقو عندها ؟ في ذلك روايتان : عن مالك قال مرّة يبقوا عندها إن جعلت لهم بيتا يسكنوا فيه و لحافا وطعاما يصلحهم إلاّ أن يخشى عليهم زاد في رواية محمد و لو قال في إيصائه إن تزوجت فإنزعو منها فلا ينزعون لأنه لم يقل فلا وصية لها ، و قال مرّة ينزعوا منها لأنّ المرأة إذا تزوجت غلبت على جُلِّ أمرها حتى تفعل ما ليس بصواب[200] .

كما ذهب الشيخ إبن القيم الجوزية للقول في هذا أنه إذا أسقطنا حق الحاضنة بالنكاح ونقلناها إلى غيرها فإتفق أنه لم يكن له سواها لم يسقط حقها من الحضانة ، و هي أحق به من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه ، و تربيته في حجر أمه و رأيه أصلح من تربيته في بيت أجنبي محض لا قرابة بينهما توجب شفقته و رحمته و حُنُوَّهُ ، ومن المحال أن تأتي الشريعة بدفع مفسدة بمفسدة أعظم منها بكثير ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم حكما عاما كليا : أنّ كل إمرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الأحوال[201].

كما ثبت في حاشية الدسوقي أنّ المحضون إذا كان ذكرا أو كان أنثى غير مطيقة فإنّ الحضانة تثبت الوصيّه إتفاقا ذكرا كان أو أنثى ، وكذا إذا كان المحضون مطيقا، وكان الحاضن أنثى أو كان ذكرا وتزوج بأم المحضونة أو جدتها وتلذّذ بها بحيث صارت المحضونة من محارمه[202]، وعليه حتى وإن كان زوج الحاضنة أجنبيا بالنسبة للمحضون فبدخوله بأمها تصبح الربيبة محرمة علية لدخوله بأمها ، أوجدتها ، لقوله تعالى"وربائبكم اللاّتي في حجوركم من نسائكم اللاّتي دخلتم بهن "[203] .

---

[200] أنظر، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، نفس المرجع ، ص 215 ؛ محمد إبن عرفة الدسوقي المالكي ، نفس المرجع ، ص 532 .

[201] أنظر، إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ،المرجع السابق ص 413.

[202] أنظر، محمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المرجع السابق ،ص 531.

[203] الأية 23 من سورة النساء.

والربيبة هي إبنة الزوجة ، لأنه يربيها ، وهو حرام بنص الآية سواء أكانت في الحجر أم لم تكن ، ووصف بأنها في الحجر ، وصف كاشف وليس بقيد[204] ، وعليه فإنه يجوز أن يبقى المحضون مع أمه التي تزوجت أجنبي متى كانت مصلحة المحضون تستدعي بقائه مع أمه وهذا ما أكده المشرّع الجزائري حسب معالجته للحضانة.

أمّا في تخيير المحضون ، فذهب الحنابلة أنّ تخيير الغلام يكون بشرطين : أن يكون الأبوان وغيرهما أهلا للحضانة ، و ألاّ يكون الغلام معتوها ، فإن كان معتوها كان عند الأم ولم يخيّر لأنها أحق بحضانة ولدها المعتوه[205] تحقيقا لمصلحة المحضون وما تقتضيه من رعاية نفسية .

ثانيا :تقدّم الأب عامل آخر لتحقيق مصلحة المحضون

أوّل ما نستشهد به هنا ،هو ما جاء عن الرسول الكريم وصحابته من حث الأب على تربية إبنه ومسؤوليته عنه ، حيث يقول عليه الصلاة والسلام " لأن يؤدّب أحدكم ولده خير له من أن يتصدّق كل يوم بنصف صاع على المساكين " وقال عبد الله بن عمر: "أدّب إبنك ، فإنّك مسؤول عنه، ماذا أدّبته، وماذا علّمته "[206] .

وقد جاء عن إبن القيّم الجوزية ، أنّ من أهمل تعليم ولده ما ينفعه وتركه سدى، فقد أساء إليه غاية الإساءة، وأكثر الأولاد غنما جاء فسادهم من قبل الآباء وإهمالهم لهم. ولذلك كان إبن القيّم تارة يجعل الآباء كالعدو الشديد العداوة مع عدوه وهم لا يشعرون وأخرى يجعلهم سبب الخسران إلى أيّ جمع ذلك في قوله "إذا إعتبرت الفساد رأيت عامته من قبل الأباء[207].

---

[204] أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005، ص 69.
[205] أنظر، إبن قدامه ،المغني لإبن قدامه ،المرجع السابق ،ص 249.
[206] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 353.
[207] أنظر، إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ،المرجع السابق ، ص 420.

و لهذا أكد باحثون آخرون على دور الأب من خلال الحوار الذي يدور بينه و بين ولده ، إذ يساعد الأب على فهم ولده و تكوين نظره حوله ، و ذلك ما يسمح له بمحاولة تصحيح أخطائه و تقويمه و إرشاده [208].

إذ جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة أنّ الأب يستحق الحضانة مباشرة بعد الأم بعدما كان يحتل المرتبة الرابعة في ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون 84-11 فما ذهب إليه المشرّع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مسائلها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون ، و يتجلّى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي و التي تقضي بما يضمن تحقيق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ، إذ تنتقل الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة [209].

و هذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/02/12 إذا جاء فيه "إنّ إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعدّ تطبيق صحيح للقانون[210].

وكذا ما تقرر في قرار آخر بتاريخ 2001/12/26 إذ جاء فيه "إسناد حضانة جميع الأبناء، إلى الوالد الحاضن، بعد وفاة الزوجة الأم ،إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة[211]، إذ يفهم من هذا كله أنّ المشرّع قد إحتفظ في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أنّ مصلحة المحضون فوق كل إعتبار، و من شأنها أن تغيّر ترتيب حقوق الحاضنين متى إستدعت مصلحة المحضون ذلك[212].

---

[208] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 349.
[209] أنظر، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 302.
[210] قرار بتاريخ 2001/02/12 ،رقم 256629، مقتبس عن، نبيل صقر ،قمراوي عز الدين ،المرجع السابق ،ص 121.
[211] قرار بتاريخ 2001/12/26 رقم 274683، مقتبس عن، نبيل صقر ،قمراوي عز الدين ،المرجع السابق ،ص 122 .
[212] أنظر ، محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 303.

وقد إستند المشرّع فيما ذهب إليه من جعل إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة – فيما بيبدو – إلى ما ورد في فقه الحنابلة ، حيث جاء في المغنى "ولا يشاركهما – أي الأم في الحضانة - في القرب ألاّ أبوه ، وليس له مثل شفقتها ولا يتولّى الحضانة بنفسه ، و إنما يدفعها إلى إمرأته ،وأمه أولى به من إمرأة أبيه[213].

ويجب البيان بهذا الخصوص أنّ الأب أسندت إليه الحضانة في القضايا التي بسطت بصرف النظر عن جنس المحضون ، بيد أنّ مصلحة المحضون بقيت لدى المحاكم موضع إعتبار فأوحت إليهم بالخروج عن الترتيب المقترح والتمسك بمبدأ الذي تتحقق معه رعاية الطفل و مصالحه ، سواء أكان ذكرا أو أنثى . إذن لا أثر لجنس الطفل في هذه الحالة إذا ثبتت إقامة مصلحته مع والده[214].

وفي ذات السياق نصّت مجلّة مجمّع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدّة ، أنّ حضانة الولد تنتقل للأب متى أصبحت أم الولد غير مؤتمنة على أخلاق المحضون[215] .

إنّ التطور العصري الذي عرفته الأسر الجزائرية، هو ما أوصلنا إلى ما نحن عليه الآن ، ممّا جعل المشرّع ينتهج مسلك مغاير عما سلكه في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل بموجب الأمر 05-02 . فبعدما كانت الأسرة الجزائرية متكونة من عائلة ممتدّة من الأب و الأم و الأبناء و الأعمام و الأجداد ،أصبحت بفعل التطوّر الإجتماعي و الإقتصادي عائلة نووية متكونة من الأب و الأم و الأبناء ،هذا ما أدّى إلى تعديل المادة 64 من قانون الأسرة في ترتيب مستحقي الحضانة وتقديم الأب في إستحقاقه الحضانة ،إذ أصبح يتصدّر المرتبة الثانية بعد الأم ، بعد ما كان في المرتبة الرابعة وأحسن المشرّع ما فعل ، إذ يساعد ذلك على تكوين الطفل نفسيا وجسديا وخلقيا ويكون له وقعه في حياة الطفل .

---

[213] أنظر، إبن قدامه ، المرجع السابق ، ص 241.

[214] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص354.

[215] أنظر، منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، الجزء12، ص 1803.

وعلى غرار الحالات التي يتم عرضها ، وتحت معيار مصلحة المحضون فوق كل إعتبار ، ولمّا كان للقاضي سلطة لا يستهان بها ،فإنّه يقتضي الأمر أن يأخذ بعين الإعتبار عند تقديره لتلك المصلحة كل المعايير المشار إليها . وبناءا على ذلك ، يستطيع أن يستبين ما إذا كان بقاء المحضون مع حاضنه أو إنتقالها إلى غيره جاء خدمة لمصلحة المحضون أو متعارضا معها[216] .

حق الزيارة أداة للرقابة مصلحة المحضون :

لمّا سؤل مالك عن تربية الصغير متى كان في حضانة أمه قال : "يؤدّيه بالنهار ويبعثه إلى الكتاب ، وينقلب إلى أمه بالليل في حضانتها ، ويؤدّبه عند أمه ويتعهده عند أمّه ولا يفرّق بينه وبينها إلا أن تتزوج[217].

ولما كان الولد عند أمه فإنّ حق الزيارة يثبت لأبيه وليس لها أن تنتقل به إلى بلد بعيد عن أبيه ، بحيث يمكن للأب أن يطعمه ويبيت بأهله ومتى إنتفى هذا لبعد المسافة فليس لها الإنتقال[218] .

ومهما يكن في فإنّ الزيارة قررت لمصلحة شخص ، سواء كانت هذه المصلحة عبارة عن مجاملة أو عبارة عن عطف وحنان ، إذ جاء في نص المادة 64 من نفس القانون "أنّ القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " فليست العبرة بطبيعتها القانونية ، بل العبرة بالنتائج المرتبة على هذا الحق و الدور الذي سيلعبه في حياة الطفل.[219]

والجدير بالذكر أنّ الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في تقرير حق الزيارة الذي جعله من باب صلة الرحم . فقد كثرت الآيات القرآنية والأحاديث النبويّة بشأن هته المسألة.

---

[216] أنظر، حميدو زكية ، المرجع السابق ،ص350.

[217] أنظر ، أبو وليد القرطبي ، المقدمات الممهدات ،ج1، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، بدون مكان النشر ،سنة 1988، ص569.

[218] أنظر ، أبو عبد الله الشيباني ، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير ،ج1، الطبعة الأولى ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة نشر،ص 237-238.

[219] أنظر ، حميدو زكية ،المرجع السابق ، ص 187.

فالطفل من أجل توازنه النفسي والعاطفي ، وفي غياب إستفادته من الحنان المتحد لأبويه ،فهو بحاجة إلى توحيد حنانهما الفردين[220] .

كما أنّ المشرّع الجزائري حين تنظيمه للحضانة قد نصّ على أنّ القاضي يقضي بحق الزيارة عند إسناده للحضانة من تلقاء نفسه وبدون أي أحد ،حيث يرى عبد العزيز سعد ، معاتبا واضعي قانون الأسرة ، أنّ ما صاغه المشرّع في هذا النص فيه عواقب سيئة ومضرّة بالمحضون ، إذ يقول : "أنّ المشرّع الجزائري حينما ألزم القاضي أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه وبدون أي طلب من أي أحد يكون قد فاته أنّ منح حق الزيارة دون طلب ودون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون ،وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بالزيارة حدود اللباقة وإصطحابه إلى أماكن غير أخلاقية [221].

ولكن مهما كانت قيمه هذا النقد والنتائج التي توصل إليها ، فالمشرّع حينما أورد الشطر السالف الذكر إنما أتى به لحماية مصلحة المحضون ، إذ أنّ مصلحة المحضون هي التي تبرّر إتخاذ القاضي مثل هذا الحكم من تلقاء نفسه ، كما أنّنا لا نرى أنّ ذلك يعتبر إجحافا من المشرّع في حق مصالح المحضون ، وإن لم يورد شروط الزيارة ضمن نصوص قانون الأسرة ،إلاّ أنه كرس له حماية جنائية في نص المادة 327 و328 من قانون العقوبات ،والتي سنتطرق لها في حينها بالتفصيل .

وتحت حماية مصالح المحضون، وضمان الإستقرار النفسي جاءت الشريعة الإسلامية بشروط تخص الإنتقال بالمحضون ، فإن كان المنتقل هو الأب فالأم ، أحق بالولد ، و إن كانت الأم ، يشترط فيها أن تكون النقلى من بلد إلى بلد ، فإن كانت في بلد وإنتقلت إلى قرى فإنّ والده أحق به ، وهذه الأقوال كلها لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه ،فالصواب النظر و الإحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة ، فأيهما كان

[220] أنظر ، حميدو زكية ، نفس المرجع ،ص 194.
[221] أنظر ،عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ،ص 297.

أنفع له وأصون وأحفظ روعي ، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة ، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وإنتزاع الولد منه. فإن أراد ذلك لم يجب إليه[222].

أمّا عن تنظيم حق الزيارة فيبقى تحديد مكان الزيارة بالإتفاق بين الحاضن ومن تقرر له حق الزيارة شريطة أن لا يكون ذلك المكان ماسا بمصلحة المحضون . أمّا إذا كان المكان يضر بالطفل فلا يعتد بهذا الإتفاق وكما أنّ القاضي لا يمكنه المصادقة عليه ، و يبقى للقاضي تحديد مكان الزيارة شريطة ألاّ يكون هذا المكان ضارا بالمحضون[223] .

و عن أوقات الزيارة فتكون في نهاية الأسبوع و في أيّام العطل ، و ذلك تقديرا لأعمال الناس سواء كان من بيده الطفل أو من كان له الحق في الزيارة ، وينبغي ألاّ يكون وقت الدراسة إن كان المحضون من المتمدرسين[224].

ولكن السؤال الجدير بالطرح هل يحق لغير الأبوين حق الزيارة ؟

برجوعنا إلى قانون الأسرة ،لا نجد أنّ المشرّع الجزائري قد عدد من لهم حق الزيارة ، إلاّ أنه ما إستقر عليه القضاء الجزائري في عدّة أحكام ، أنّ حق الزيارة ليس مخوّل لأب و أم المحضون فقط ، إذ جاء في قرار بتاريخ 2001/01/23 أنّ "للخالة حق الزيارة لأنّ القانون رتبها في المرتبة الخامسة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة و متى كان فإنّ لها الحق في الزيارة ممّا يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى "[225].

وفي قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 إذ جاء فيه: " المأخوذ من إنعدام الأساس القانوني للحكم بدعوى أنّ قضاة الموضوع عندما قضوا للجد المطعون ضدّه بحق الزيارة لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني .

---

[222] أنظر، إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ،المرجع السابق ، ص 114.

[223] أنظر، محمد شتا ، الحضانة و الرؤية ، دار المجد للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، بدون مكان نشر ، 2008 ،ص 125.

[224] أنظر ، عبد الحكم سيد سالمان ، المرجع السابق ، ص 109.

[225] قرار بتاريخ 2001/01/32 ، رقم 258479 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 125.

لكن حيث أنّ الجد للولد ويعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لنص المادة 77 من قانون الأسرة ، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطعن "[226] .

عدم تجزأة الحضانة:

إذا كان المحضونين أكثر من واحد فإنه محافظة على نفسيتهم و إستقرارهم ، فإنه لا يجوز تجزأة الحضانة ، لما قد يؤثر على سلوكهم سلبا ، يكفي أن يفتقدوا لأحد الأبوين والعيش مع طرف وحيد العلاقة ، وفي بعض الأحيان يفتقدوا لكلا الوالدين لسبب من الأسباب ، وعليه يتم إسناد حضانة الأولاد كلهم إلى من إستحق الحضانة وكانت مصلحتهم معه دون تجزأتها .

إذ ثبت ذلك في قرار صادر بتاريخ 2002/07/31 أنّ : " لا تجزأ الحضانة ويراعى فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون ، وحيث أنه من المقرّر شرعا أنّ الأم أحق بالحضانة من جهة ، لذلك لا تجزء بين الأبوين ما فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي ولما كان ذلك كان قضاء القرار المطعون فيه بإستثناء حضانة الأولاد إلى الأب لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب سائغة ، ما دام مخالفا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين معه نقص القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن [227].

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2001/12/16 أنّ " إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن ، بعد وفاة الزوجة الأم ، إعمالا لمبدأ عدم تجزئة الحضانة [228] .

---

[226] قرارا بتاريخ 1998/04/21 ، رقم 189181، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 126.

[227] قرار بتاريخ 2002/07/31 ، ملف رقم 275990 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عزالدين ، المرجع السابق ص 120.

[228] قرار بتاريخ 200/07/31 ، ملف رقم 275990 ، مقتبس عن ، نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ص 120.

بعدما فصّلنا في المعايير المعنوية التي تراعى لتحقيق مصلحة المحضون ، سنورد الآن معيار الأمن والصحة التي به نضمن سلامة المحضون جسميا .

الفرع الثاني : معيار الأمن والصحة

تعتبر هذه المعاير هي الأخرى من أهم المعايير التي ترتكز عليها مصلحة المحضون ، إذ أنّ وجودها أمر إلزامي لا يمكن الإستغناء عنه .

إذ راعت الشريعة الإسلامية هذه المعايير وأولت أهمية كبرى للمصلحة المعنوية والإستقرار النفسي على المصلحة المادية ، وإن كانت هذه الأخيرة لها أهميتها أيضا ، وهذا ما ثبت عن أبا بكر لمّا قضى لجدّة عاصم إبن عمر رضي الله عنه بحضانته قال : " خل بينه وبينها ، فأنّ ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر "[229].

وقد عزز ،علماء النفس ما جاء به الفقه الإسلامي ، إذ أثبت أطباء علم النفس أنّ التركيب النّفسي للطفل الذي سيحدد شخصيته عندما يصبح رجلا يتكيف بطريقة لا شعورية خلال سنواته الأولى و ما يلقاه من أمن أو عدم أمن[230].

كنا قد أشرنا أعلاه أنّ المشرع الجزائري لم ينص على شروط الحاضن و إكتفى في النص المادة 62 قانون الأسرة على شرط الأهلية ، ليحيلنا بنص المادة 222 من نفس قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وإعتمدنا على الشروط التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية ، وللقاضي واسع النظر بأن يأخذ بأي مذهب شاء مادام لم يرد تقييد .

ولمّا كانت الشريعة الإسلامية هي الأولى في ترتيب الأحكام دون أن تغفل أي مسألة على عكس القصور الذي عرفه القانون الوصعي ، فقد قضت بإسقاط الحضانة على كل

---

[229] أنظر، أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة ،المرجع السابق ، ص 90.
[230] أنظر، معن خليل ، المرجع السابق ، ص214.

مجنون ، ولو يفيق في بعض الأحيان ، و الطائش لعدم قدرته على القيام بشأن المحضون ، والمسن ، الأعمى والصمم والخرس وكل مرض إقعاد [231] .

كما أسقطت حضانة كل من أصابه مرض منفر أو معدي الذي يعرض به الحاضن للخطر، كجذام مضرّ. و إن كانت الأمراض لا تعدي بطبعها لكن الله تعالى جعل مخالطة المريض للصحيح سببا لإعداء مرضه [232] .

ولا داعي أن نتفرّع في هته المسقطات وذلك لسبق معالجتها في المبحث الأول من الفصل الثاني وحتى نتفادى أي تكرار ، نكتفي بالقول هنا ، وختاما لدراسة هته النقطة ، إذا طرأ على الحاضن أي سبب كان داعيا لإسقاط الحضانة ، يسقط حقه في الحضانة ومتى زال سبب السقوط رجعت اليه .

الفرع الثالث : المعيار المادي

رغم أولوية المصلحة المعنوية الجسدية لصالح المحضون ألاّ أننا لا ننكر العامل المادي الذي يعتبر أيضا معيار لا يقل أهمية عن سابقيه الذي به يحقق المحضون الإكتفاء الذاتي من معيشة وإستقرار الذي ينعكس على العامل النفسي إمّا بالإيجاب أو السلب .

فلما كان المحضون مكتفيا من الناحية المادية من مأكل وملبس و مأوى سلمت نفسيته والعكس بالعكس . وعليه سنعالج هته الجزئية بالتطرق إلى حق المحضون في النفقة والحق في السكن .

---

[231] أنظر، محمد إبن أحمد المالكي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،المرجع السابق ،ص 532.
[232] أنظر ، نفس المرجع، ص 533.

أولا : حق المحضون في النفقة

قد تطرقنا في الفصل الأوّل لنفقة المحضون عند الحديث عن الآثار المترتبة على الحضانة وذلك في المطلب الثاني من البحث الثاني ، وعلى ضوء ما درسنا ، فإنّ نفقة الولد تكون على الأب وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة .

كما أنّ القاضي يراعي في تقدير قيمة النفقة حال الطرفين[233] لما جاء في نص المادة 79 من القانون المذكور أعلاه فما يستمد من هذه المادة أنّ القاضي لمّا يقدّر النفقة يأخذ بعين الإعتبار وسع الزوج وظروف المعيشة والمستوى الإجتماعي ، إلاّ أنه من الناحية العملية فإنّ النفقة التي يحكم بها على الأب هي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته .

ويعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقة الأمر إلاّ مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر[234].

فالمشرّع الجزائري ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المالي مقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمان للطفل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن ، وليس وفق متطلبات العصر ، وكأنّ هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا [235].ليكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كأجر للنفقة ولم يقيده المشرّع أو يلزمه بشيء إلاّ مراعاة حال كل واحد من الطرفين وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا السياق حينما نصب بيتاريخ 1989/01/16 على أنه " من مقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج "[236].

---

[233] لقد جاء المشرّع في نص المادة 97 من قانون الأسرة بلفظ "الطرفين" قاصدا بذلك الأب و الأم إذ أصبحت المرأة مكتفية من الناحية المادية كونها عاملة ، وبالتالي متى عجز الأب عن الإنفاق تكون الأم المنفقة متى كانت قادرة على ذلك وهذا ليس فقط بعد إنحلال الرابطة الزوجية بل حتى أثناء الحياة الزوجية .

[234] أنظر ، بن عصمان نسرين ،المرجع السابق ، ص118.

[235] أنظر، نفس المرجع، ص 119 .

[236] قرار بتاريخ 1989/01/16 رقم 51715 ، مقتبس عن ، قاسي عبد الله رؤوف ،المرجع السابق ، ص 42 .

وللقاضي عنصرين أساسايين لتقدير قيمة النفقة إذا أخذ بهما كانت سهلة ، فالعنصر الأوّل هو حال الزوج أثناء الحكم بالنفقة ، أمّا العنصر الثاني فهو ظروف المعيشية وعلى كل فإنّ النفقة الذي يحكم بها القاضي ويمنحها لطالبها لا يقبل منه مراجعتها إلاّ بعد مرور سنة كاملة إبتداء من تاريخ تقديرها وهذا ما جاءت به المادة المذكورة أعلاه [237].

أمّا عن تاريخ إستحقاق النفقة يبدأ حسابه من تاريخ تسجيل الدعوى في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم وهذا هو الأصل ، إستثناءا من هذه القاعدة العامة التي لا تسمح بإستحقاق النفقة إلاّ من تاريخ طلبها تبعا لرفع دعوى فإنّ المادة 80 نفس القانون سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكة لعدّة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة وإستحقتها شرعا وذلك لمدّة سنة.

صندوق النفقة :

لقد تم إستحداث صندوق النفقة [238] بموجب القانون رقم 15 -01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015 إذ يهدف لحماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان له العيش الكريم وجعله في منأى عن الحاجة . و يأتي مشروع هذا القانون في إطار تنفيذ تعليمات رئيس الجمهورية التي أسداها للحكومة بمناسبة اليوم العالمي للمرأة والتي أمرها بموجب التفكير في إمكانية إنشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات للأطفال ممن يواجهن مشاكل في تحصيل هذه النفقة .

ويستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة الطفل المحضون المحكوم له بالنفقة بموجب أمر أو حكم قضائي وتتولى قبض هذه النفقة لصالح المرأة الحاضنة بمفهوم قانون الأسرة كما جاء في المشروع .

---

[237] أنظر ، قاسي عبد الله رؤوف ،المرجع السابق ، ص 42 .

[238] القانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية العدد01 المؤرخ في 16 ربيع الأول عام1436الموافق ل 07 يناير سنة 2015.

كما أشار هذا المشروع الذي يتضمن 16 مادة أنه يتم دفع المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة لإمتناع المدين- أب المحضون - عن الدفع أو عجزه عن ذلك .

إعتبرت لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات في تقريرها التمهيدي أنّ إنشاء صندوق النفقة الخاص بالنساء المطلقات الحاضنات [239] للأطفال ممن يواجهن المشاكل في تحصيلها ، إذ يعتبر بمثابة الحل الملائم والسديد لهذه المعضلة الإجتماعية ونوهت اللجنة بتضافر جهود ثلاث وزارات لإنشائه وسيره وتنظيمه ، ويتعلق الأمر بوزارة العدل والمالية والتضامن الوطني كل حسب مهامه ، كما أكدت اللجنة أنّ هذا المشروع له إنعكاسات إيجابية على الأسرة في حفظ كرامة المستفيد من النفقة حيث يحصل عليها دون عناء نفسي أو مادي .

إجراءات الإستفادة من المستحقات المالية :

أوّل إجراء لابد من إثبات تعذر التنفيذ بمحضر يحرره محضر قضائي [240] ، يقدم طلب الإستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي يتم تحديدها بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام و وزير المالية و وزير التضامن الوطني[241] .

ويفصل القضي المختص في الطلب بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تقديمه ، ويبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية المكلفة بالنشاط الإجتماعي التابعة للوزارة التضامن الوطني ، كما يفصل في أي إشكال يعترض الإستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة [242] .

---

[239] إذ لا مجال للحديث عن إستحقاق المبالغ المالية المقرّرة بموجب هذا القانون ما لم تكنّ حاضنات ،لأنّ مشروع صندوق النفقة مقرّر لمصلحة المحضون .

[240] يراجع نص المادة 3 من قانون صندوق النفقة .

[241] يراجع نص المادة 07 من ق.ص.ن.

[242] يراجع نص المادة 05 ق.ص.ن.

وتتولى المصالح الولائية المكلّفة بالنشاط الإجتماعي لوزارة التضامن الوطني الأمر بصرف مبالغ النفقة للمستفيد في أجل لا يتجاوز 25 يوما من تاريخ تبليغ الأمر الصادر عن طريق تحوي ينكي أو بريدي .

وتواصل هذه المصالح صرف المستحقات المالية الى حين سقوط حق المستفيد في النفقة ، أي إنقضاء مدّة الحضانة أو سقوطها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها[243].

ثانيا : حق المحضون في السكن

من بين الآليات القانونية التي كرسها القانون لحماية المحضون هو حقه في السكن إذ هو مقرّر له شرعا وقانونا ولا يجوز له طلب إدخال قيمة إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد المخصّصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج[244] .

ولحماية هذا الحق شمله المشرّع في القانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنفاذ المعجّل ، والعلّة من تقرير النفاذ المعجّل في هذه الحالة هي ما يشكله المسكن من أهمية لرعاية المحضون لاسيما بالنظر إلى سنه الذي لا يتجاوز 10 سنوات للذكور و إمكانية تمديد سن الحضانة له إلى غاية 16 سنة ، مع عدم تجاوز سن الأنثى 19 سنة [245].

كما يرى حمدي باشا عمر في هذا الصدد أنه طالما أنّ المشرّع جعل بدل الإيجار يعادل في قيمته المسكن الذي يقوم الأب بتوفيره لممارسة الحضانة إعمالا لنص المادة 72 من قانون الأسرة ، فإنه يمكن للقاضي جعل الأحكام القاضية ببدل الإيجار في هذه الحالة معجّلة النفاذ بالرغم أنّ المشرّع لم ينص عليها صراحة ضمن حالات النفاذ المعجّل

---

[243] يراجع نص المادة 06 ق.ص.ن.

[244] أنظر، بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص 393

[245] أنظر ، حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 112.

القضائي الوجوبي في المادة 323 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية وذلك لأنّ لهما نفس الغرض[246].

المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أنّ المشرّع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل إعتبار ، غير أنّ مراعاة هذه المصلحة أعطت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون ، كما أنّ هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ،حيث أنّ لكل قضية ظروفها المحيطة بها ممّا قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة .

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللّجوء إلى عدّة وسائل من خلالها يقدّر ويصدر حكمه ، والتي تمثل في :

الفرع الأول : التحقيق والمعاينة

إذ للقاضي ضمن سلطة التحقيق أن يستمع لأطراف النزاع ، و إذا إقتضى الأمر الإستماع إلى أفراد العائلة ،كما له أن ينتقل شخصيا للمعاينة ، أو الإستعانة بخبير وفقا لما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

أولا: الإستماع إلى أطراف النزاع

فللقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين ،والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون .

---

[246] أنظر ، حمدي باشا عمر ، ص 112.

ولقاضي الأحوال الشخصية أيضا الإعتماد نص المادة 27 و 28 و 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[247].

إلاّ أنّ السؤال الذي يطرح **هل إستدعاء رأي الطفل في القضايا المتعلقة به ضروري ومفيد ؟ وهل يعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته ؟**

برجوعنا إلى مواد قانون الأسرة ، نجد أنّ المشرّع ، إنتهج إتجاهين مختلفين ، إذ أخذ في الإتجاه الأوّل حين معالجته لموضوع الكفالة في المادة 124 ق.الأسرة بمنح المكفول حق تخيير البقاء مع كفيله أو العودة إلى والديه إذا ما بلغ سن التمييز . كما منحت هذه المادة أهمية لرأي المكفول ، فجعلت من قاعدة سماع المكفول وتخييره من النظام العام ، توجب على القضاة إتباعه و إلاّ عرّض قرارهم للطعن[248] .

فهل يأخذ بالتخيير في تقدير مصلحة المحضون ؟

فبرجوعنا إلى نص المادة 463 و 13 من قانون الإجراءت المدنية والإدارية نجد أنّ المشرّع إذا إستدعى لسماع القاصر فلا تكون له أهلية التقاضي .

كما أنّ قانون الأسرة لم يأتي بأي نص يعبّر صراحة عن وجوب إستماع المحضون في مسائل الحضانة ، لكن إستماع المحضون لن يلتمس إلاّ إذا قضت مصلحته الإستماع إليه . ويكون هذا الإجراء بأمر من القاضي كون أنه داخلا في إطار سلطته التقديرية في الأمر بإجراء تحقيق ولاسيما تحقيق إجتماعي أو خبرة موضوعها تحليل طبي نفسي للطفل الذي يتمثل دوره في فك حديث الطفل والتعرف عمّا إذا كان تفضيله لأحد الأشخاص يناسب وحقيقة شعوره[249].

ومن هنا للقاضي إمّا أن يبعد تصريحات المحضون ، أو يأخذ بها تحقيقا لمصلحة المحضون . وهذا ما قضى به مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 18 مارس 1980 التلفّظ بإسقاط الحضانة عن الأم رغم زناها آخذين في الإعتبار عدّة عناصر ، منها عفو الزوج

---

[247] أنظر، فريحة حسين ،المرجع السابق ، ص 289.
[248] أنظر، بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص 165.
[249] أنظر، حميدو زكية ،المرجع السابق ،ص 179.

و رغبة الأطفال الذين صرحوا في مواجهة أمام المجلس القضائي بأنهم يفضلون البقاء عند أمهم . وقد أيدهم في ذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر تاريخ 14 ديسمبر 1981 عندما قال بأنه " يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أنّ الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج ... ومراعاة لرغبة الأولاد الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس وبحسبه ، فإنهم إعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد مما يستوجب رفض طلب النقض [250] .

وهكذا تبرز أمامنا فكرة التخيير والإستماع التي أولاها القضاء إهتماما بارزا ، وكل هذا يؤكد أنّ القضاء تارة يأخذ برأي المحضون وتارة يرفضه ، وهذا حسب ظروف كل قضية وحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون .

ثانيا : الإستماع إلى أفراد العائلة

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم ، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه وهذا عملا بأحكام المادة 459 قانون إجراءات مدنية و إدارية[251].

ثالثا : إنتقال القاضي للمعاينة

يجوز للقاضي في قضايا الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيها الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف ضيق السكن ، أو حالة الحي الذي يعيش فيه ، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده

---

[250] أنظر، مجلس أعلى ،غ،أ،ش،1981/12/14،ملف رقم 26225،غير منشور ، ملحق رقم 11 ،مقتبس عن حميدو زكية ،المرجع السابق ،ص 184.

[251] يراجع نص المادة 459 ق.إ.م.إ.
لمزيد من التفاصيل ، أنظر، بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص 167.

فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها ، وهذا ما نصت عليه المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [252].

رابعا : الإستعانة بالخبراء

نصت المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخوّلة للقاضي الإستعجال ، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخوّلة له في هذا القانون ، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللّجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة.."

فيستعين القاضي عادة بخبراء في مجال الطب عام كان أو خاص ، فيلجأ للأول لإيضاح بعض المسائل التي يدركها كل الأطباء ، ويلجأ للثاني في حالة ما إذا أراد أن يكشف عن بعض الحالات الخاصة التي لا يمكن إلاّ للطبيب المختص إثباتها ، كإعتماده على خبير في الطب العقلي ، العصبي للأطفال ، النفسي للوقوف على حالة المحضون الصحية [253] .

الفرع الثاني: دور النيابة العامة

لقد أوجب المشرّع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ، إذ جاء في نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة : "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

---

[252] أنظر، بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص 168.
[253] أنظر، فريجة حسين، المرجع السابق ، ص 288 .

فإنه لا ينبغي أن يفهم إعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أن تنظمّ في الخصومة إلى أحد الخصوم ، فهي لا تنظم لا إلى المدعي و لا إلى المدعي عليه في طلباتهم و دفوعهم ، فهي تتمسك بتطبيق القانون فحسب [254] .

إلاّ أنّ دور النيابة العامة بتدخلها من أجل تطبيق القانون معاب عليه فالقاضي أولى بتطبيق القانون ، مما قد يقلل من الثقة في القاضي حيال تطبيق القانون وهذا لا يستقيم ، ولكن رغم ما يوجه من إنتقادات على تدخل النيابة العامة ،إلاّ أنه لا ننكر دورها في حماية الحقوق.

بعد ما تطرقنا لدور النيابة العامة في حماية الحقوق ، سنعالج في العنصر الموالي طبيعة الأحكام المتعلقة بالحضانة ومشتملاتها .

الفرع الثالث :حجية حكم القاضي بحضانة الأولاد

إذا كان الأصل في الأحكام أنها ثابتة وتكتسب حجية الشيء المقضي به فإنّ هذه القاعدة لا تطبق في أحكام الحضانة ، و هذا لعامل تغيّر مصلحة المحضون ، فما كان أصلح له اليوم قد لا يكون أصلح له في زمن آخر ، وهذا ما بيناه في الفصل الثاني حين حديثنا عن صعوبة حصر المصلحة لمرونته.

وهذا ما قضت به المحكمة بتاريخ 2000/02/22 حيث جاء فيه : " إنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها إعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 قانون الأسرة[255] .

---

[254] أنظر ، زودة عمر ، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة ، مجلة المحكمة العليا ، 2005، عدد 02 ، ص 40.

[255] قرار بتاريخ 2000/02/22 ، ملف رقم 235456، مقتبس عن ، نبيل صقر ،قمراوي عز الدين،ص 140.

المطلب الثالث : الحماية الجنائية المكرّسة لمصلحة المحضون

تكرسا وتدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون ، نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة وإشتملت على مؤيدات لضمان إحترام هذه الأحكام ، وتعد أداة فعّالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها ، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إحترام القانون [256]

وسيتم دراسة هذا المطلب من خلال أربع حالات ،عدم تسليم الطفل إلى حاضنه ، إختطاف المحضون من حاضنه ، الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة ، وعدم تسديد النفقة.

الفرع الأول :عدم تسليم الطفل إلى حاضنه

وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة 328 من قانون العقوبات التي تنص على أنه :" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار للأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجّل [257] أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ..."

وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط، أولية وركن مادي وركن معنوي[258].

أ) الشروط الأولية:

1- المحضون القاصر :

---

[256] أنظر، بن عصمان نسرين،المرجع السابق، ص 153.

[257] لم يورد المشرّع الجزائري حكم الحضانة ضمن حالات النفاذ المعجّل التي نص عليها في نص المادة 323 ق.إ.م.إ ، غير أنه نص عليها في نص المادة 328 من ق.ع على إمكانية صدور حكم بإسناد الحضانة معجّل النفاذ.

[258] أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 196.

بما أنّ بحثنا موضوعه المحضون فإنه حتى يحدد مفهوم القاصر لابد من الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة ، فطبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة فإنّ القاصر بمفهومها كل ذكر بلغ السادس عشر ، والتاسعة عشر بالنسبة للإناث[259].

2- الحكم القضائي :

قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا ، ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجّل يتضمن إسناد حق الحاضنة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه .

3 - الحضانة:

تأخذ هذه العبارة مدلولا واسعا ليشمل حق الزيارة ، ومن ثم يطبق حق الزيارة حكم المادة 328 في حالة عدم إحترام حكم يتعلق بحق الزيارة .

ب-عناصر الجريمة :

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الإمتناع ذاته ، وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع ، إلاّ أنه مع ذلك يكوّن أهم عناصر هذه الجريمة ، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ، أو متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها ، و الإمتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ.

إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أنّ الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتّهم الممتنع .

كما تقتضي هذه الجريمة توافر الركن المعنوي ، والذي هو توافر القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذ هذا الحكم . ومتى إنتفى القصد الجنائي إنتفت الجريمة عن المتهم [260]

---

[259] أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 298.
[260] أنظر ، بن عصمان نسرين ، المرجع السابق ، ص 155.

الفرع الثاني: إختطاف المحضون من حاضنه

إنّ هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة ، لما لها من إشتراك في الموضوع وفي الهدف ، والغاية من تجريم هته الأفعال بغرض حماية مصلحة المحضون .

والأصل أنّ هذه الجريمة في مختلف أشكالها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند إلى آخر ، وتنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة عدا الوالدين ممن له الحق في الحضانة طبقا لنص المادة 64 قانون الأسرة.

ولقيام هته الجريمة لابد من توافر العناصر التالية :

أ-العنصر المادي للإختطاف

أوضحت المادة 328 أنّ هذه الجريمة تقوم حتى ولو وقعت بغير تحايل ولا عنف ، ويأخذ هذا الركن عدّة أشكال و يكفي لقيام هته الجريمة توافر حالة من هته الحالات:

- إختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته .

- إختطاف من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ،ودار الحضانة وما شابههما.

- حمل الغير على خطف المحضون أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب .

ب-صدور حكم قضائي

سبقت الإشارة إلى هذا العنصر في الجريمة السابقة ، و بما أنهما تخضعان لنفس الشرط لا داعي للتكرار ونطبق بشأن الحكم ما ذكر أعلاه .

ج) عنصر القصد الجنائي

لقيام أي جريمة لابد من توافر النيّة الإجرامية لإتيان الفعل حتى تقوم الجريمة بكامل أركانها ،غير أنّ المشرّع لم يذكرها ضمن عناصر هته الجريمة ، وأخذ بعقاب كل من خطف المحضون ممن وكلت إليه حضانته ، دون أن يبحث عن الغرض أو الهدف من الإختطاف ، إذ تعتبر النيّة مفترضة ومن يدعي خلاف ذلك يثبت ذلك [261].

الفرع الثالث:الإمتناع عن التنفيذ حكم الزيارة

إذا إمتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم الصادر بحق الزيارة فإمّا أن يكون لإمتناعه مبرّر و إمّا لا يكون لإمتناعه مبرّر ، و الأصل أنه لا يوجد مبرّر للإمتناع ويقع على عاتقه أن يثبت وجود مبرّر للإمتناع [262].

وفي حالة الإمتناع عن تنفيذ الحكم ، فيتعيّن على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير إستعمال القوّة العمومية للتنفيذ الجبري ، ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من طرف الآخر[263].

عناصر جنحة رفض حق الزيارة

حتى تقوم عناصر جنحة الإمتناع عن تسليم المحضون لابد من توافر العناصر التالية :

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجّل أو حائر لقوّة الشيء المقضي به [264].

- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ، ويمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر .

---

[261] أنظر،أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق ، ص 198.
[262] أنظر، محمد شتا،المرجع السابق، ص 120.
[263] أنظر، بن عصمان نسرين،المرجع السابق ، ص 157.
[264] يراجع نص المادة 323 من ق.إ.م.إ.

- أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرّره المحضر القضائي ، أو ثابت بواسطة شهادة شهود أو بإعتراف الممتنع نفسه.

وبهذا يكون المشرّع قد كرّس حماية جنائية لحماية الطفل بصفة عامة والمحضون بصفة خاصة من كل تجاوزات مرتكبة في حقه وهذا للمحافظة على مصلحة الطفل والمحضون .

وفي ذات السياق نص المشرّع على جريمة أخرى من شأنها أن تمسّ بمصالح المحضون مما تعرض به إلى الهلاك وهذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة.

الفرع الرابع :عدم تسديد النفقة

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 331 من قانون العقوبات حيث جاء فيها : " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من إمتنع عمدا ، ولمدّة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاءا لإعالة أسرته ، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقرّرة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم..." وذلك تدعيما لنص المادة 75 قانون أسرة التي تنص على أنّ نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال .

إذ يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجّل المنصوص عليه في نص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعد إنقضاء مهلة شهرين من التبليغ ، وعند إمتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن مع الإشارة أنّ دفع جزء من

المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة ، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية بعد دفع المبالغ المستحقة[265].

[265] أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 176- 177.

خاتمة البحث ونتائجه:

إنّ مصلحة المحضون أهم المواضيع التي هي تنجر عن التفكك الأسري، ولما كان القاضي راع لهته المصلحة لما له من سلطة تقديرية، فإنّ القانون يخوّل له كل الصلاحيات التي من شأنها أن تحقق لنا مصلحة المحضون لما جاء به المشرّع الجزائري في ظل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص في مادتها المادة 425 للقاضي أن يأمر في إطار التحقيق تعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللّجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة، وهذا ما قضت به المحاكم في عدّة أحكام حين إسنادها للحضانة بناءا على تقرير المرشدة الإجتماعية.

و في نفس السياق ألتمس تفعيل دور الخبيرة الإجتماعية لتصبح أداة فعالة لتقرير مصلحة المحضون .

كما أنه شمل الأحكام القاضية بالنفقة والمسكن بالنفاذ المعجّل في نص المادة 323 من قانون المذكور أعلاه، والعلّة من تقرير النفاذ المعجّل في هذه الحالة هو ما يشكله المسكن من أهمية لرعاية المحضون لا سيما بالنظر إلى سنة .

لكن طالما أنّ المشرّع جعل بدل الإيجار يعادل في قيمته المسكن الذي يقوم الأب بتوفيره لممارسة الحضانة، إعمالا لنص المادة 72 من قانون الأسرة، فإنه يمكن للقاضي جعل الأحكام القاضية ببدل الإيجار في هذه الحالة معجّلة النفاذ، لنفس الغرض وهو حماية مصلحة المحضون.

كذلك من بين ما جاء به المشرّع لحماية الأسرة والمحضون هو نص المادة 3 مكرّر من قانون الأسرة، ولأنّ النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة، فعليها أن تعيد النظر في إسناد الحضانة إذا رأت مصلحة المحضون تتنافى مع ما تم الإتفاق عليه بالإعتماد على الآليات التي تراها مناسبة بإتخاذ هذا القرار، حرصا على ضمان الإستقرار المعنوي والمادي للمحضون بعد الطلاق.

وتحت رعاية مصالح المحضون، أعطى المشرّع لكل من أبوين أو الأقارب المذكورين في نص المادة 64 حق المطالبة بمراجعة نظام الزيارة بما يتلاءم والظروف لإتخاذ المحكمة ما تراه ملائما من الإجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل من طرف أحد زوجين في تنفيذ أحكام المادة 328 من قانون العقوبات.

وأنه لمن المسلم به أنّ قاعدة أولوية الأم بحضانة أولادها الصغار هي قاعدة راسخة و ثابتة بالنص شرعا وقانونا مع إبقاء حرية للقاضي في تقدير الأصلح للمحضون كما أنّ مصلحة المحضون تقر تقديم الأب في الدرجة الثانية بعد الأم، بعدما كان يحتل المرتبة الرابعة في ظل القانون 84-11، خاصة جراء توجه المجتمع الجزائري نحو الأسرة النووية بعد تفكك الأسرة الكبير الممتدة.

والجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري أحسن ما فعل لمّا خوّل للقاضي السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون و عدم حصر هته المصلحة بمعايير تصلح في تطبيقها على قضية دون أخرى لإختلافها من قضية لأخرى، إذ ما كان أصلح للمحضون اليوم، قد لا يكون أصلح له بعد زمن.

ومن خلال معالجتنا لهذا الموضوع، فإنّ الترتيب الذي جائت به المادة 64 من قانون الأسرة ليس إلزاما للمحكمة وليس من النظام العام، بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حضانة الطفل ليس إلى ترتيب المذكور في القانون ولكن أيضا وقبل ذلك إلى مصلحة الطفل المحضون.

وللغاية التي أولاها المشرّع لتحقيق مصلحة المحضون، هو عدم إكتساب الأحكام القاضية بالحضانة حجية الشيء المقضي به إذ لا تعتبر نهائية لأنّ حضانة الأولاد يمكن الرجوع فيها متى إستدعت مصلحة المحضون ذلك.

كما جاء صندوق النفقة يراعي مصلحة الطفل المادية ويكمل الجوانب المتعلقة بتقدير مصلحة المحضون.

و الجدير بالذكر أنّ الجهاز القضائي في الجزائر يفتقر لمبدأ تخصص القضاة في مثل هذه المواضيع، لهذا يستدعي القول تكوين قضاء متخصص في قضايا شؤون الأسرة.

و لما كانت الشريعة الإسلامية السباقة في رعاية مصالح المحضون، فقد أبقت الولد في حضانة أمه إذا تزوجت بغير قريب محرم متى توفرت ست مسائل ،ألاّ يقبل الولد غير أمه إذا رفضت المرضعة أن ترضعه عند غير أمه، إذا لم يكن للولد حاضن غيرها أو كان عاجزا أ غير مأمون، إذا كان الأب عبدا و الأم حرة، إذا كان الولد رضيعا قبل غير أمه من الحواضن و قالت المرضعة لا أرضعه إلاّ عندي كونه في رضاع أمه، إذا كانت الأم وصية على الأولاد، لهذا ألتمس من المشرّع الجزائري تعديل المادة 66 من قانون الأسرة التي تسقط حق المرأة بمجرد زواجها من شخص غير قريب محرم .

الكتب:

1- إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الجزء الخامس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة السابعة و العشرون ، سنة 1994.

2- إبن تيمية ، الفتاوى الكبرى لإبن تيمية ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية للنشر ، بدون مكان نشر ، الطبعة الأولى ، سنة ،1987.

3- إبن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 3، دار الفكر للنشر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1992.

4- إبن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1992.

5- أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، الجزء الأول ، بدون دار نشر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر .

6- أبو الوليد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار المغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، سنة 1988.

7- أبو بكر الحنفي ، الجوهرة النيرة ، الجزء الثاني ، المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر.

8- أبو عبد الله الشيباني ، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير ج1، الطبعة الأولى ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة نشر.

9- أبو محمد إبن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد، جزء 3، دار الكتب العلمية، بدون مكان نشر، الطبعة الأولى، سنة 1994.

10- أبو محمد إبن قدامه ، المغنى، لابن قدامة الجزء 8 ، مكتبة القاهرة للنشر ، بدون طبعة ،سنة 1968 .

11- أبي الفضل جمال الدين إبن منظور ، لسان العرب ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1993 .

12- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في قانون الجزائي الخاص ، الجزء الأول ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة السادسة عشر الجزائر ، سنة2013.

13- أحمد إبراهيم عطيه ، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2008.

14- أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، الجزء الأول الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، 1992.

15- أحمد المصطفى ، الأحوال الشخصية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، سنة 2008.

16- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق -الخلع - وحقوق الأولاد - نفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2004.

17- أحمد محمد مبارك الكندي ، علم النفس الأسري ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية،سنة 1992.

18- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1999.

19- حسين فريجة ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجماعية ، 02 - 2010.

20- حسين محمدى فتح الله ، الإجراءا ت العملية و الصيغ القانونية في منازعات مسكن الحاضنة و مسكن الزوجية ، دار المطبوعات للنشر و توزيع الكتب القانونية ، سنة 2008.

21- خلاف عبد الوهاب ، علم أصول الفقه ، الجزء 1 ، مكتبة الدعوة للنشر ، الطبعة الثامنة ، بدون سنة نشر.

22- خليل معن ، علم إجتماع الأسرة ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر.

23- سالم عطية بن محمد ، محاسن الشريعة و مساوئ القوانين الوضعية ، الجزء 1 ، الناشر الجامعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1973.

24- سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثالثة، سنة 1996.

25- شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية للنشر، بدون طبعة، سنة 1994.

26- شمس الدين القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبي ، الجزء 4 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1964.

27- شمس الدين محمد إبن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج1 ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأخيرة، سنة 1984.

28- عبد الحكم سيد سالمان ،الإجراءات العملية في الحضانة ـ الرؤية ـ الضم ـ أجر الحضانة ـ أجر الرضاع ، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية ، بدون سنة نشر.

29- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم05-02 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

30- عمر حمدي باشا ، طرق التنفيذ و فقا للقانون رقم 08 ـ 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، سنة 2012.

31- لجنة من أساتذة قسم الفقه بكلية الشريعة و القانون بالقاهرة ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، بدون دار نشر ، سنة 2009 .

32- لحسن بن شيخ أث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013.

33- مالك إبن أنس ، المدونة ، الجزء 2 ، دار الكتب العلمية للنشر ، الطبعة الأولى ، سنة 1994 .

34- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائرية المعدّل بالأمر ، 02 ـ 05 ، دار الوعي للنشر و التوزيع ،سنة 2012.

35- ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،بدون سنة نشر.

36- محمد إبن أحمد المالكي ، منح جليل شرح مختصر خليل ، جزء 4 ، دار الفكر للنشر بيروت ، بدون طبعة ، سنة 1989.

37- محمد إبن عبد الله الخرشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي ، الجزء 4 ، دار الفكر للطباعة ، بدون طبعة و بدن تاريخ ، بيروت.

38- أحمد إبن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، الجزء 2 ، دار الفكر للنشر ، بدون مكان للنشر ، بدون طبعة و لا تاريخ النشر.

39- محمد إبن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع ،الهداية الكافية الشافية ، لبيان حقائق الإمام إبن عرفة الوافية ، المكتبة العلمية ، الطبعة الأولى، سنة 1930.

40- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005.

41- محمد الأمين الشنقيطي ، منهج التشريع الإسلامي وحكمته ، الجزء 1 ، الجامعة الإسلامية للنشر ، الطبعة الثانية ، المدينة المنورة ، 1972.

42- محمد شتا ، الحضانة و الرؤية ، دار المجد للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، بدون مكان نشر ، 2008.

43- منصور إبن يونس إبن صلاح الدين إبن حسن إبن إدريس البهوتي ،الروض المربع شرح زاد المستنقع ، جزء أول ، دار مؤيد للنشر ، مؤسسة الرسالة بدون سنة طبع ، بدون مكان النشر.

44- نبيل صقر ، قمراوي عز الدين ، قانون الأسرة نصاً و تطبيقاً ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين ميلة ـ الجزائر ، 2008.

45- وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء 10 ، دار الفكر المعاصر ، بدون طبعة، دمشق، سنة 2006 .

مجلات و أبحاث:

1- زودة عمر ، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة ، مجلة المحكمة العليا ، 2005، عدد02.

2- منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، الجزء12.

رسائل و مذكرات:

1 - قاسي عبد الله رؤوف ، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، وزارة العدل ، المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2001 إلى 2004.

2- حسيني عزيزة ، رسالة لنيل شهادة ماجستير الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، جامعة الجزائر بن عكنون ، 2001.

3- بن عصمان نسربن إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون الأسرة المقارن ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2008 - 2009.

4- حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر كلية الحقوق،تلمسان،سنة2005/2004.

5- عثماني عبد الرحمان ، السند التنفيذي في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة دكتواره في العلوم ، تخصص قانون خاص ، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس ، سنة 2013 - 2014.

القوانين:

1- قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005.

2-القانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 84، المؤرخة في 4 ذو الحجة عام 1427 هـ الموافق لـ 24 ديسمبر سنة 2006.

3- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو سنة 2007 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر العدد 31 المؤرخة 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو سنة 2007م.

4- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008.

5- القانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية العدد01 المؤرخ في 16 ربيع الأول عام1436الموافق ل 07 يناير سنة 2015.

الأوامر:

مرسوم رقم 88 - 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ليوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية ، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 ، ج . ر، رقم 30، الصادر بتاريخ 27 / 7 / 1988.

الفهرس:

مقدمة 01
الفصل الأول الحضانة و أحكامها..... 04
المبحث الأوّل: ماهية وشروط الحضانة 05
المطلب الأول : تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا 06
الفرع الأوّل : حكم و أدلة مشروعية الحضانة 07
أولا: من الكتاب 08
ثانيا : من السنة 09
الفرع الثاني : الحقوق التي يتضمنها حق الحضانة 10
أولا: حق المحضون 10
ثانيا:حق من تقوم بالحضانة 12
ثالثا :حق الأب 13
المطلب الثاني : تفصيل المذاهب الفقهية حول شروط الحضانة 13
الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في الحاضنون من الرجال 13
الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الحاضنات من النساء 19
المبحث الثاني : مستحقي الحضانة و الآثار المترتبة عليها 21
المطلب الأول:الترتيب الفقهي لمستحقي الحضانة 21
الفرع الأول : ترتيب مستحقيها من النساء 21
الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة من الرجال 23

الفرع الثالث : الترتيب الذي أورده المشرّع الجزائري 25
المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الحضانة 31
الفرع الأول : فترة الحضانة قانونا و تخيير المحضون 31
الفرع الثاني : نفقة المحضون 34
الفرع الثالث : إشكالية الزواج المختلط 45
الفرع الرابع : سقوط الحضانة 48
الفصل الثاني المعايير الفقهية و القانون لإسناد الحضانة..... 54
المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون 55
المطلب الأول : تعريف مصلحة المحضون 55
الفرع الأول : تحديد طبيعة المصلحة 56
الفرع الثاني : صعوبة حصر مصلحة المحضون..... 57
المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم مصلحة المحضون 58
الفرع الأول : خصائص المصلحة 59
الفرع الثاني : الضوابط الشرعية للمصلحة 59
الفرع الثاني:إسقاطات الضوابط الشرعية للمصلحة على مصلحة المحضون 61
المبحث الثاني : معايير تقدير مصلحة المحضون 62
المطلب الأول : مراعاة قاعدة مصلحة المحضون..... 62
الفرع الأول : المعيار المعنوي مراعاة لمصلحة المحضون 63
الفرع الثاني : معيار الأمن والصحة 78

الفرع الثالث : المعيار المادي 79
المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون 84
الفرع الأول : التحقيق والمعاينة 84
الفرع الثاني: دور النيابة العامة 87
الفرع الثالث :حجية حكم القاضي بحضانة الأولاد 88
المطلب الثالث : الحماية الجنائية المكرّسة لمصلحة المحضون 89
الفرع الأول :عدم تسليم الطفل إلى حاضنه 89
الفرع الثاني: إختطاف المحضون من حاضنه 91
الفرع الثالث:الإمتناع عن التنفيذ حكم الزيارة 92
الفرع الرابع :عدم تسديد النفقة 93