المقدمـة

أساس الأسرة الفاضلة و نواة المجتمع الخير ، الفرد الصالح الذي عني به الإسلام منذ نعومة أظفاره قبل أي تشريع وضعي ، بل و قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة و المنبت الحسن .

ومنه فإن الركيزة الأساسية للتربية و المؤثر الأول في الطفل البيت الذي ينشأ و ينمو في ظله في أولى مراحل عمره و الذي يبقى فيه أكثر من أي زمن أو وقت آخر . هذا دون أن نهمل دور المدرسة و الشارع في التربية باعتبارهما كل متكامل.

والطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بما يحيط به من أجواء الأسرة أو خارجها ، فهو يولد صفحة بيضاء و المجتمع يكتب عليها ما يشاء و قد نبه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال "كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودّانه أو ينصرّانه أو يمجّسانه ".

حيث أن ما يحدث للطفل في هذه الفترة يؤسس شخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعض ملامحها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية .

ولأن الطفل رجل المستقبل الذي يحمل الرسالة في الغد ، فإن الطفولة تذكرنا بضخامة العبء وفداحة المسؤولية و ما ينبغي أن نقوم به من توجيه ونصح وتربية و إرشاد وتعبئة روحية وخلقية حتى نقود هذه الجموع الزاحفة من هذا الجيل الصاعد ، من براعم الأمة إلى ما يبوئها سنام المجد و يوصلها بر السلام و فهم الأمانة التي وضعها الله في أعناق الآباء .

ومن أهداف الزواج تحقيق الأنس و الراحة و الطمأنينة بين الزوجين و هي الخاصية التي تلتصق بعقد الزواج لقوله تعالى ((**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا**

لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)) [1]

وحفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم و حسن تكيفهم و توافقهم النفسي و العقلي . غير أن التماسك و الأنس و المودة و الرحمة و التفاهم الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين ، فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة و تؤدي إلى التنافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج .

وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة و حتى لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال إلى الله و ذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية ملحة و التي تجعله دواءا و علاجا للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها ، فإذا لم تجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق يذهب كل منهما لحياة جديدة .

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج و المشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال و من يكفلهم و كيف نحافظ عليهم ؟ و من هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها

فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم و تدبر رضاعتهم و حضانتهم و الإنفاق عليهم و إدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم . وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع .

كما تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الولد و حمايته ، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض ، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها جميع الدول و المؤسسات و الهيئات

---

[1]– سورة ا لروم الآية 21 .

التشريعية و القضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال ، و نحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانة هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها محمل الجد .

إذن لا يحق أن نحمل الأطفال تبعات النزاع الحاصل بين والديهما و الذي لا ذنب لهم فيه لكن لو تم الانفصال بين الزوجين فمن سيكفل الأطفال بعد الطلاق ؟ و ما هي معايير التميز في إسناد الحضانة لطرف دون آخر.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس بمصلحة الطفل ، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه.

فما هي هذه الدعاوى و ما هي أبرز الإشكالات التي تثار حول الحضانة ؟

إنّ الحضانة تعد من أعقد المسائل التي ينظرها القاضي ، و عليه أن يتعامل معها بكل دقة مراعيا في الأساس مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها . لكن هل له في ذلك السلطة الكاملة في تقدير مصلحة الطفل أم أنه مقيد بالنصوص؟

للإجابة على هذه التساؤلات و غيرها إخترنا موضوع :

"الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري "

فاتجهنا إلى دراسة الموضوع بالرجوع إلى الكتب الفقهية مستفيدين من أحكام المادة **222** من قانون الأسرة التي تحيلنا على قواعد الشريعة الإسلامية ، كما حاولنا تحليل النصوص مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة ، بالإضافة إلى إبراز مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بها .

ومنه تناولنا هذا الموضوع حسب الخطة التالية :

أ – في الفصل الأول : تناولنا مفهوم الحضانة وآثارها ، فتطرقنا إلى تعريفها فقها وقانونا وتبيان شروطها ثم ترتيب أصحاب الحق فيها وأهم آثارها .

ب- وفي الفصل الثاني : دعاوى الحضانة وأبرز الإشكاليات المتعلقة بها فتناولنا الدعاوى المدنية للحضانة والدعاوى الجزائية المتعلقة بمخالفة أحكامها ، ثم تكلمنا على أهم المشاكل التي تثور بمناسبة الحضانة ومنها : الزواج المختلط ، قاعدة مصلحة المحضون والمسؤولية عن أفعال المحضون الضارة .

الفصل الأول : مفهوم الحضانة و آثارها

تمهيد:

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق التي يجب التفكير فيها و دراستها هو مصير الطفل و من هو الأقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه ، و تعد الحضانة ضرب من هذه الرعاية بحيث تكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية .

وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نعرف الحضانة ونحدد شروط ممارستها مع تحديد أصحاب الحق فيها ، وترتيبهم بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنها .

المبحث الأول: تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها:

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته أي المحافظة على بدنه ، وعقله ، ودينه ، وحمايته من عوامل الانحراف و الانحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه و ذلك بوضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، من من لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون .

غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاته ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون .

وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف الحضانة

المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة

المطلب الثالث : أصحاب الحق فيها

المطلب الأول:تعريف الحضانة:

الحضانة – بفتح الحاء – هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا « تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول " حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه ، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه [1]

الفرع الأول : التعريف الفقهي للحضانة:

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير [2] أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها .[3]

والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لعجزه في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه ، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة و وزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له فتربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم ، أما ولاية التصرف في نفس الولد وماله فجعلها للأب ، وقد

---

(1) ـ د. فضيل سعد –شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق ص 369 .
(2)– و لا بد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة ، أمّا البالغ الراشد فلا حضانة عليه و له الخيار في الإقامة عند من شاء .
(3)– السيد سابق – فقه السنة – المكتبة العصرية بيروت ص 482 .

عرفها الإمام مالك بأنها:[1] ((تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء))

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته، بما يصلحه ويقيه ما يضره " [2] ويرى إبن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم و هي ولاية الحضانة و الرضاع ، و قدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد .[3]

أمّا الشيخ أبو زهرة [4] فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : الأولى ولاية التربية ، الثانية ولاية النفس ، و الولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال :

أمّا الولاية الأولى: فهي ولاية التربية التي يكون الدور الأول فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة ، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممّن لهنّ الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم الأب ثم محارمه من النساء ، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية ، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه و يقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته ، و التي لا يمكن الاستغناء عن وجود النساء فيها .

---

[1]– الإمام مالك – المدونة الكبرى – ص 358 دار صادر الجزء الثاني .
[2]– حاشية إبن عابدين – ص 560 .
[3]– إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني – دار الكتاب العربي ص 123 .
[4]– محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ص 474 .

ويرى الأستاذ صالح جمعة [1] أنّ الولاية على النفس هي القيام و الإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه ، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

– **أوّلها**: ولاية الحفظ و الرعاية ، و تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتّى بلوغه سنّ التّمييز ، و هي ما تسمى بالحضانة .

– **ثانيها** : ولاية التربية و التأديب و التهذيب ، و تبدأ بعد بلوغه سنّ التمييز و استغنائه عن النّساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل ، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة .

– **ثالثها** : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته .

وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يُهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و حمايته من المهالك ، ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام : ((**فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا**)).[2] وقوله صلى الله عليه وسلم : " **بحسب المرء من الإثم أن يُضَيِّعَ ما يعول** " .

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقضة والانتباه والخلق الجمّ، حتى أنّه يُكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته ،كما يُكره أن يدعو على نفسه و خادمه و

---

[1]- صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون – طبعة 1 / 1976 مؤسسة الرسالة ص 34/33.

[2]– سورة آل عمران - الآية 37 .

ماله لقوله صلى الله عليه و سلم : " **لا تدعوا على أنفسكم و لا تدعوا على أولادكم ولا تدعوا على خدمكم ولا تدعوا على أموالكم ، لا توافقوا من الله ساعة يُسأل فيها عطاءٌ فيستجيب له** " وروى أبو موسى عن إبن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه و سلم فقال : يا رسول الله إنّ لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت ، فقال :" **يا ابن ساعدة لا تدعوا عليهنّ ، فإنّ البركة في البنات منّ المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرّضات عند الشّدة ثِقْلُهُنَّ على الأرض و رِزقهن على الله** " [1]

الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة:

نصت المادة **62** من قانون الأسرة : " **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك** " .

وعرّفتها المادة **97** من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بانها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه .

كما عرفتها المادة **54** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنّها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته . فخلافا للقانونين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد ، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

---

[1]– وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته – الجزء العاشر – ص 7296 .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد [1] أن التعريف الوارد في المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة حسب ترتيب المادة تظهر فيما يلي :

أولا : تعليم الولد:

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس ، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه:

يجب أن يربّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا ، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، ولا ينكره عليها أبدا ، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل .

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لايكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم ، مما يؤدي إلى زعزعته نفسيا و عاطفيا ، و ليس معنى ذلك أن لا

---

[1]– عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة – دار البحث – قسنطينة ص 293 .

يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط ، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء.

خامسا : حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة ، خاصة في السنوات الأولى من حياته ، و ذلك بأن يتلقى كل التّلقيحات اللازمة و الدورية ، و أن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة .[1]

المطلب الثاني:شروط ممارسة الحضانة:

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى ، إذ يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية و تباين في الترتيب .

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها ، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال و النساء و أخرى تختص بها النساء ، و البعض الآخر لابد من توافرها في الرجال .

---

[1]– الحضانة في قانون الأسرة – رسالة ماجستير – غعداد الطالبة حسيني عزيزة - جامعة الجزائر 2001 ص 28-29

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري ، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنّه : ((**و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**)) .

إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة و محفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل و إعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل .

ولتحديد هذه الشروط التي لم ينص عنها القانون إذ إكتفى بإحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على أنّه : ((**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**)) .

وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها المعلل ببعض قرارات المحكمة العليا باعتبارها الهيئة العليا المنوط بها توحيد الإجتهاد القضائي لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط .

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال و النساء:

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال و النساء نجد :

1- العقل : لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، و يستوي في الجنون أن يكون مُطْبقًا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة ، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ، و لو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونها في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا [1] . لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له ، و عليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر و لو كان محتملا و ذلك رعاية لمصلحته.

ويأخذ المعتوه حكم المجنون و الصغير لأنه هو أيضا محتاج لرعاية الغير ، و بالتالي لا يستطيع رعاية غيره ، و لأن لا ولاية لهما على غيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون ، إذ أن الحضانة من الولاية ، كما أنّه لا يمكن أن نجد شخصا قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام حتى بشؤونه الخاصة و له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه هو نفسه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يعقل أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس ، و غير العاقل لا ولاية له على نفسه ، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره .

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبَذِّر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

و اشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام و البرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات [1].

---

[1]– د. عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار الفكر العربي – ص 235

[1]– د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – ص 7305

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس ، لا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه و هو ما ورد في نص المادة **85** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص ، أنّه : ((**تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه**)) .

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا ، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته [2] .

2- **البلوغ** : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلاّ الكبار ، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلاّ هؤلاء ، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية .

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنّها بالغة حكما ، إذا ادّعت البلوغ بعلامات البلوغ عدت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها ، و كون البلوغ شرط في الحاضنة ، شرطٌ سار عليه سائر الفقهاء ، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه و يقوم على شؤونه ، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره .[3]

والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة ، لأن به اكتمال الإرادة عادة [1] و القضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

---

(2)– د. العربي بلحاج – الوجيز في شرح قانون السرة الجزائري – ص 383

(3)– د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 235

(1)– د. أحمد محمد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 438

3- الأمانة على الأخلاق : الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة للمحضون ، تضمن حدّا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقيَ بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته ، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال ، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد و لزم ضياعه نُزِعَ منها وسقطت الحضانة عنها " [2] .

وعليه فلاحضانة لغير أَمِين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امراة كمشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ، في حين وصف الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم بذلك الفسق الذى يضيع به الولد إذ تصح لها الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه. ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنّها غير أمينة عليه .أما الرجل الفاسق فلا حضانة له. [3]

كما أنّ الحاضنة أيضا إذا كانت تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه ، فلا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها [1] .

ولقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن ونجد ذلك في العديد من أحكامه وقراراته ،إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا

---

(2)- د. محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية ج1 – سنة 1956 م ص 394 .
(3)- د. وهية الزميلي –الفقه الاسلامى وادلته ص 306 7
(1) --د. عبد العزيز عامر –الاحوال ش في ش إ فقها وقضاءا دار الفكر العربي ص 242

تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه ،و يمكن أن ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها .

فأسقط القضاء الحضانة عن الأم التي يمكن أن توفر للطفل محيطا غير مأمون فيه على أخلاقه حيث جاء في قرار المحكمه العليا : " أنّ عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم و السهر على تربيتهم و حمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة و أنّ من المحضونين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما[2].

وتشدد القضاء في موقفه هذا و أسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة ، فكما أُسقِطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق أمها أيضا ، إذ أن الأم التي لا تقدر على تربية ابنتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه ، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة و الأمانة فيهما" [3] .

وللقول بأنّ الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا ، يجب إثبات ذلك بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال ، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإعتراف سيد الأدلة .

4_ **القدرة على التربية:** يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، إذ لا حضانة لعاجز كبير السن أو مريض حتى الشغل ، فالمرأة المحترفة أو

---

[2]- . قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م .ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 1984/07/09 م .
[3] - قرار المحكمة العليا رقم 31997 بتاريخ 84/01/09

العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة [1] .

كما يرى أغلب الفقهاء أن لا حضانة للكفيفة أو ضعيفة البصر أو للمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها و يمنعها من القيام بشؤون الصغير ولا حتى المتقدمة في السن التي يجعلها سنها بحاجة إلى رعاية الغير ، كما تسقط أيضا عن المهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له ، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو الساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية و الجو الصالح الملائم لتربيته .

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في العجز، ويربطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها ، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة [2] .

وعليه فإنّ الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير و الإشراف على تربيته و المحافظة عليه و لم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات للمحافظة على الصغير و توفير الراحة له .

أما القضاء الجزائري فقد اعتبر القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة و يظهر ذلك جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في أحدها أنّ القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا

---

(1)– دوهبة الرحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته ص 7305

(2) - دكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في ش . أ فقها وقضاءا ص 271

أو مرض يُعجزها عن القيام بشؤون التربية و على القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النّزيه و تقدير مدى عجز الحاضنة " [1].

و جاء في قرار آخر : " أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية و الصحة فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده " [2].

5- **الإسلام** : يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة ، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى : **((و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا))** . [3] فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" **كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه**".

إلاّ أنّ الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًّا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته عندهما ، و كلاهما يجوز من الكافرة ، و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود و النسائي : أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه و سلم

---

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 12/30 1991

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 84/07/09 م . ق سنة 89 عدد 04 ص 76

[3]– سورة النساء الآية 141

فقالت : ابنتي – و هي فطيم – أو شبهه و قال رافع : ابنتي ، فمالت إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: " **اللهم اهدها** " فمالت إلى أبيها فأخذها .

ولأن الحضانة مرتبطة عندهم بالشفقة و لا تختلف باختلاف الدين ، لكنهم إختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة .

– فقال الحنفية : يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه كالذهابها به إلى معابدها أو تعويده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير .

– وقال المالكية : إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خِيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد .[1]

و تجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأو جواز حضانة الكافرة إلا أنهم إشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود الى الاسلام او تموت في الحبس و بالتالي لا تتاح لها الفرصة حضانة الطفل ، إلا إذا تابت وعادت.

أما موقف المشرع الجزائري فقد اكد في المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري على ان يربى الطفل على دين ابيه , ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة .

و الواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق

---

[1]– د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7306 .

الحضانة[1].كما انه اسقط الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها[2] .

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالنساء

يمكن تلخيص الشروط الخاصة بالنساء فيما يلي :

1- ألاّ تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون إذ نجد أن:

أ – الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، و هو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك و الشافعي ، و أبو حنيفة و أحمد في المشهور عنه، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أن امرأة قالت : يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثديي له سقاء و زعم أبوه أنّ ينزعه منّي فقال صلى الله عليه و سلم : " **أنت أحق به ما لم تنكحي** " [1] فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج ، و عندها لا يكون لها هذا الحق و كذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج، فتسقط عنها بدليل قصة عمر بن الخطاب في نزاعه و زوجه حول ابنه عاصم إذ قال له الصديق أبو بكر : إنّها أحق به ما لم تتزوج ، و قد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم و بحضور الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك ، و على حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شُريح لا يختلفون فيه زمانا و مكانا .[2]

---

[1] المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29 .
[2] المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 1979/04/16 نشرة القضاء 81 رقم2 ص 108
[1]– أخرجه أحمد و أبو داود و البيهقي و الحاكم و صححه
[2]– د. عبد العزيز عامر . الأحوال ش في ش . إ فقها و قضاءا ص 258

ب- الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، وهذا الرأي أكّد عليه الحسن البصري و ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه إذ قال : قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة وليس له خادم ، فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، و قال : يا رسول الله إنّ أنس غلام كَيِّسٌ فليخدمك ، قال : فخدمته في السفر والحضر ... ، و إنّ أنسًا كان في حضانة أمّه ، ولها زوج و هو أبو طلحة ، بعلم رسول الله صلى الله عليه و سلم و هو لم ينكر ذلك ، و كذلك أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تسقط بزواجها كفالتها لبنيها [3]. فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة و له من صلته بالطفل و قرابته منه ما يحمله على الشفقة و رعاية حقه ، فيتمّ بينهما التعاون على كفالته ، و على عكس الأجنبي الذي يمكن إذا تزوجته أن لا يعطف عليه و بالتالي لا يمكنها من العناية به ، و بالنتيجة فإن الصغير لا يجد الجو الملائم و لا الظروف المساعدة لتنمية ملكاته و مواهبه ، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه و يقسو عليه و لا يؤدبه .[1]

أما عن المشرع الجزائري فقد نص في المادة **66** من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون** " . وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي و بقريب غير محرم ، و ما طبقته فعلا المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها

---

[3]– د. عبد العزيز عامر – نفس المرجع – ص 285

[1]– د. بدران أبو العينين بدران – الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون – الطبعة الثالثة

ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، مما يستوجب معه نقض القرار . " [2]

وفإن المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور [3] حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون ، و منح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون . إذ أن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها :

- **عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم** : في هذه الحالة بدل وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن أمه أولى به رغم زواجها ، و نفس الشيء إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانته .
- **ألاّ ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة** : و ذلك بعد مرور سنة كاملة من يوم الزواج دون أن يطلب من له الحق في الحضانة بعدها دون عذر حقه وفقا للمادة **68** من قانون الأسرة الجزائري .
- **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .**

وتجدر الإشارة أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة ، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط و ذلك حسب رأي أغلب الفقهاء ، كما أن الحاضنة

---

[2]– قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م

[3]– المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 م.ق 1992 عدد 04 ص 58

إذا تزوجت و دخل بها زوجها ثم طُلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون .[1]

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي أن يكون للحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه أو أخته أو جدته ، فلا يحق لبنات العم و العمة و بنات الخال و الخالة حضانة الذكور لعدم المحرمية ، في حين يبقى لهن الحق في حضانة الإناث ، كما أنه لا حق لبني الخال و الخالة و العم و العمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور .[2]

3- **عدم إقامة الحاضنة الصغير في بيت يبغضه** : يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى و الضياع ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع أمه إذا تزوجت ، إلاّ إذا انفردت بسكن آخر عنها و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **70** من قانون الأسرة الجزائري : " **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** ".

ونلاحظ أن هذه المادة جاءت تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي يمكن أن تحيط به و تؤثر عليه سلبا في المستقبل .

4- **ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا** : إذ أن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب يسقط حقها في الحضانة ، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة [1] .

---

[1]- السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 – ص 120

[2]- الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – ص 408

[1]- د. عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص274 .

أي أنه إذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا في حين رفضت الأولى فإن حق الأولى في الحضانة يسقط.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل

و الأمانة و الإستقامة شروط خاصة بالرجال فقط و هي :

1-أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة أعطيت له بالإتفاق ، في حين أجازها الحنفية في حالة ما إذا لم يكن للمحضونة غير ابن عمها ، و يتم إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه [1] .

2-اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم ، أي أنه إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما ، يسقط حقه في الحضانة و يؤول إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم ، فلا حضانة له لأنه لا توارث بينهما ، إذ بُنِيَ حق الحضانة في الرجال على الميراث [2].

---

[1]– د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – ص 830

[2]– الإمام ابو زهرة – المرجع السابق – ص 408

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في ظل المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري:

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون، فجعلوا الإناث الأسبق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية و الرعاية و أصبر على القيام بها، و الأشد ملازمة للأطفال ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب، ثم الرجال العصبات المحارم ،و اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي ، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا أو ذكورا أو الفريقان معا، و ذلك في سن معينة ، فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء. [3]

لقد حددت المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر فنصت على أن : " **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** ".

الفرع الأول: الأبوان:

من باب الواقع ، تنادي مصلحة الطفل، أن يقدم للولد العناية الكاملة ويوفر له الاهتمام الكافي. و هاتان الحاجتان يضطلع بهما الأبوان أولا و قبل كل شيء بحكم طبيعتهما المجبولان عليها.

---

[3]– د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7327 .

أولا : الأم

تماشيا مع أحكام الطبيعة ، يشهد البعض أن الحضانة مؤسسة نسوية بالأساس[1]، فالنساء تحتفظن بالأولوية و تحضين بالأسبقية في موضوع الحضانة إن لم نقل تحتكرنه. و لعل أن السبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى أن الشفقة و الحنان اللذين تتطلبهما الحضانة تتوفر عندهن لا شك. و يرجع ذلك أيضا إلى عدم توفر الوقت الكافي للأب للعناية بالطفل. و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير و أعرف بتربيته ، و حمله، و تنويمه، و أصبر عليه، و أرحم ، فهي أقدر و أصبر في هذا الموضوع، فتعيّنت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع. ثم قال : و مما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا بل لا يقدم المعتدي ، أو المفرط على العادل البار مطلقا ، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، و إن دفعت به مضرتها ، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر أولى بها بلا ريب)) . و قال ابن القيم رحمه الله : ((التقديم و التأخير و القرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد ، و كون كل واحد من الوالدين نظير الآخر ، فلو كانت الأم أصون من الأب ، و أغير منه قدمت عليه ، و لا التفات إلى قرعة ، و لا تخيير للصبي في هذه الحال ، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب ، فيكون عند من هو أنفع له ، و لا تتحمل الشريعة غير هذا)).

وقال ابن مودود الحنفي : و يكون الولد عندهن حتى يستغني عن الخدمة ، فيأكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده و يستنجى وحده ، و قدّره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، و الخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب ، و إليه الإشارة بقول الصديق رضي

الله عنه : هي أحق به حتى يشبّ ، و لأنه استغنى احتاج إلى التأديب بآداب الرجال، والتخلق بأخلاقهم و تعليم القرآن والحرف، والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر)).[1]

إذن إذا كانت النساء أولى بالحضانة ، فإن أم المحضون تتصدرهن و تسبقهن ، و هذا ما اعترف به المشرع الجزائري في الشطر الأول من المادة 64 من قانون الأسرة . و دليل تقديم الأم من السنّة : ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت له : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء ، و حجري له حواء ، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني ، فقال : " **أنت أحق به ما لم تنكحي** " . وقال أيضا صلى الله عليه و سلم : " **من فرق بين والدة و ولدها ، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة** " . وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما ، فقال ابو بكر : " مسحها و حجرها و ريحها خير له منك ، حتى يشبَّ الصبي فيختار لنفسه "[1].

و لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل ، و بالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية و استقرارها لدى الطفل من حيث تربيته و تهذيب أخلاقه ، و استقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك الأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و

---

[1]– الكاتب نايف بن محمد – المرجع قانون نت Kannoun . Net - الموضوع الحضانة .
[1] د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299

العقلي ، و هي كذلك منبع العطف و الحنان ، و مجرى الحب و الشفقة ، و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، و إذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك .[2]

ثانيا: الأب

الواضح أن التعديل الأخير لقانون الأسرة قد أكد على أهمية الأب في الحضانة و أولويته ليس على الحواضن الرجال فحسب ، بل و الحواضن النساء فيما عدا الأم، و ذلك لكون الأب يحرص على مصلحة ولده أكثر من غير هؤلاء. و قد أجمع غالبية فقهاء علم النفس على الدور الفعال الذي يلعبه الأب في حياة الطفل.

و دليل ذلك ما جاء عن الرسول الكريم و صحابته من حث الأب على تربية ابنه و مسؤوليته عنه ، حيث يقول صلى الله عليه و سلم " لأن يؤدب أحدكم ولده خير له من أن يتصدق كل يوم بنصف صاع على المساكين".كما قال علي كرم الله وجهه " علموهم و أدبوهم و فقهوهم ". و قال عبد الله ابن عمر "أدب ابنك ، فإنك مسؤول عنه، ماذا أدبته، وماذا علمته؟ "

فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته ، خاصة إذا كان الولد فطيما.

و تجدر الإشارة إلى أن التعديل الجديد لمراتب الحضانة و التي ترتكز على مصلحة المحضون ،قد أرجعه أغلب الفقهاء إلى ما وصلت إليه الروابط العائلية في وقتنا الحالي إذ نلاحظ تفكك العائلات الكبرى و انحلالها إلى عائلات صغيرة تتألف في أغلب الأحيان من أب و أم و أطفال.

---

[2]– عبد العزيز عامر - المستشار بمحكمة الإستئناف سابقا – المرجع – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار لافكر العربي

الفرع الثاني: المقربون من جهة الأبوين:

أولا : الجدتان: و هكذا إذا انتقلت الحضانة عن الأبوين ، فيجب أن تنتقل إلى أمهاتهما ، فتفضل أم الأم على أم الأب . ذلك لأن صلة أم الأم أقوى[1]، و لأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب[2].و فوق هذا و ذاك ، إذا كانت الحضانة ، كما قلنا ، حقا أوليا للأم دون الأب في هذين التشريعين ، فقد اقتضى القياس أن تكون للنساء أولا قبل الرجال ، و اقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب [1].

أ–الجدة لأم:

في حالة سقوط الحضانة عن الأبوان ، إما لوفاتهما ، أو لزواجهما ، أو لأي سبب من أسباب السقوط ، تليهما الجدة لأم مباشرة ، لمشاركتها في الإرث و الولادة ، و كذلك لأن الجدة اكثر رأفة و شفقة على المحضون من غيرها ، ولهذا فضلت الأم على الأب ، كما فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب [2]

فالمشرع الجزائري في المادة**64** من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم فحسب ، فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، و منه بعض القوانين العربية ، لا سيما 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 و إن علت)) [3].

---

[1] Delon D. ,la juriprudence, source de droit, th. Paris 2, 1980.P 233.

[2] – عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، ج2، الطلاق و آثاره، ط.8، منشورات جامعة دمشق، 2000_2001، ص218

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، ط.4، الدار الجامعية، بيروت،1983. ص758

[2]– د . وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299 .

[3]– المادة 139 من قانون الأسرة السوري

فحضانة الأم لمحضونها تتقيد بشروط فنفس الشروط لابد أن تتوفر في أم الأم ، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي [4] . وكذا انتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية. [5]

ب– الجدة لأب :

الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب ، حسب الترتيب المحدد في المادة **64** من قانون الأسرة ، و يبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي و الحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه ، و هذا خلافا للمذهبين المالكي و الحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسِه [1] .

و كما تكون الحضانة لأم الأب ، تكون لأمها وجدتها ، عملا بقاعدة ((الأم و إن علت)) .و هذا إذا توفرت فيهن الشروط ، بالرغم من أن المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري توقفت عند الأم فقط .

ثانيا: الخالة و العمة.

أ– الخالة:

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأم ، أو أخت لأب ، أو أخت لأم ، تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة الجدة لأب مباشرة ، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري و بالتالي لا يمكن مخالفة الترتيب

---

[4]– المحكمة العليا – ملف رقم 50011 قرار بتاريخ 1988/06/20

[5]– المحكمة العليا / ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 01/09/ 1984 م

[1]– ابن القيم - المرجع السابق – ص 126

المنصوص عليه في المادة **64** بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون ، و بالتالي فإسناد الحضانة للأخت من الأب بدل الخالة رغم مطالبتها بها يُعَدُ مخالفة للقانون[2] ، إذ أن شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه ، و في هذا اتفاق مع ما جاء في الأثر ، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها ، و قال: " **الخالة أم**" [1] ، و قد كان ذلك عندما اختصم علي و جعفر و زيد ابن حارثة – رضي الله عنهم – في أيّهم يحضن إبنة حمزة رضي الله عنه ، فسلمها رسول الله لخالتها و هي زوجة جعفر [2] .

و يجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة .

ب– العمة: و هي أخت والد المحضون و تقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب و العمات يليهن بنات الاخ لأنهن وان اشتركن في الادلاء للمحضون بالذكر إلا أن بنت الاخ اقرب لأنها ولد الاب و العمة ولدة الجد و كانت الخالات أولى من العمات و ان تساوين في القرب لأن الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق.

الفرع الثالث :الأقرب درجة:

طبقا لنص المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري ، فإنها حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة ، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة " ... ثم الأقربون درجة ... " وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة ، لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة .

---

[2]– م العليا – ملف رقم 179471 بتاريخ 1998/03/17 ص 172

[1]– أنظر ابن قدامة – المرجع السابق – ص 306

[2]– أنظر الجعلي – المرجع السابق

إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة **222** منه ، نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم إتفقوا على التصنيف الآتي بيانه .

أولا : القريبات من المحارم

بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها اختلفت في ترتيب هذه القريبات على النحو التالي :

1 – المذهب الحنفي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ، ثم بنات الأخوات ثم الخالات ، على خلاف المذهب المالكي ، الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الإخوة ، ثم عمات المحضون ، فخالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات الأم ، فعمات الأب ، و تقدم دوما الشقيقات على التي لأم على الأخت لأب [1]

2 – المذهب الشافعي : القريبات من المحارم فهن : الأخت ، ثم الخالة ، ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، ثم العمة ، ثم بنت العمة ، ثم بنت العم ، ثم بنت الخال ، و تقدم الشقيقات على غيرهن ، و التي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي و الحنفي . [2]

3–المذهب الحنبلي : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات للأخوات بدءا بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم ، ثم أخت لأب ، فالخالة ، فالعمة ، ثم خالات

---

[1]– أنظر أبو زهرة – المرجع السابق – ص 474 .
[2]- عبد الرحمن الصابوني – المرجع السابق ص 218 – 219

أمه ، ثم خالات أبيه ، ثم عمات أبيه ، ثم بنات أخواته ، ثم بنات إخوته ، ثم بنات أعمامه ، ثم بنات عماته ، ثم بنات أعمام أمه ، ثم بنات أعمام أبيه [3] .

4- المذهب المالكي : يرتب القريبات من المحارم ابتداءا من الأخت الشقيقة على التي لأم و هذه الأخيرة على التي لأب ، ثم عمته أخت أبيه ، ثم عمة أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم الذي لأم ، و بعدها الذي لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم التي لأم ، و تليها لأب ، و إذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة ، و بعضهم رجّح بنات الأخ على بنات الأخت .[1]و إن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا ،فإن تساوين من كل وجه تُقدَّم دوما الشقيقة على التي لأم ، و تقدم هذه الأخيرة على التي لأب .[2]

ثانيا : العصبات من المحارم من الرجال

لقد حددت المادة **150** من قانون الأسرة مفهوم العاصب بنصها : " **العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ اصحاب الفروض حقوقهم ، و إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له** " [3] .

والعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة **152** من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " **كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر** " ، و قياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم ، و قد حددت المادة **153**من قانون الأسرة الجزائري هذا الصنف

---

[3]- أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7301
[1]- أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 595
[2]- أنظر وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7302
[3]- أنظر أبو زهرة – المرجع السابق ص 474

حسب أربع جهات ، أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة فتليها جهة الأخوة ، و أخيرا جهة العمومة .

وعلى ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث و ولاية النكاح . [1] و عليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي خلافا للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ [2]، و هو الجد لأب و إن علا ، ثم إبن أخ المحضون ، ثم عم المحضون الشقيق أولا ، ثم يليه الذي لأب ، و عم الأب يكون بمرتبة عم المحضون و بالتالي يحق له حضانة الطفل ، ثم أبناء العم ، و لا تثبت لهم إلا حضانة الذكور ، إذ أنهم من العصبات غير المحارم ، و بالتالي فلا حضانة لهم لأنثى .[3] و العصبات تقدم كما في ميراث الأقرب فالأقرب .

ثالثا : المحارم من الرجال غير العصبة

لا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم ، أو العصبات من المحارم من الرجال ، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد و ليس أهلا للحضانة ، إنتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبة و هم على الترتيب التالي : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم إبن الأخ لأم ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم.

---

[1]– أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق ص 469
[2]– انظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص 219
[3]– أنظر عبد الرحمن الصابوني – المرجع السابق – ص 469

رابعا : من يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفا أو لم يوجد من يحضنهم لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ، و لو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة ، بحيث لا يخشى عليها الفتنة .

وعليه مما تقدم ما هو موقف القضاء الجزائري من هذا الترتيب إذا تمت إحالة حالة عليه تتعدى فيها الحضانة إلى أبعد من الدرجة الخامسة ؟ مع العلم أن المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخذ به في ظل تعدد المذاهب الفقهية و تنوعها . حقيقة قد جرى العرف على أن المذهب السائد و الغالب الجاري العمل به هو المذهب المالكي ، لكنه من الأحسن على المشرع أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية كما فعلت بعض القوانين العربية كالقانون السوري في المادة **139** ، و القانون الكويتي في المادة**139** ، و القانون المصري في المادة **20** .

المبحث الثاني: آثار الحضانة.

إن انحلال الرابطة الزوجية ، من شأنه أن يسند حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممنّ هو أحق بها قانونا و شرعا ، إلا أنه و في غالب الأحيان تكون للأم لكونها الأنسب و الأجدر ، مما يرتب آثارا تتطلبها ممارسة الحضانة ، تتجلى في النفقة على المحضون ، بالإضافة إلى كون الحاضنة تبذل مجهودات مادية و معنوية مضنية في سبيل

تربية المحضون ، و السهر على مصالحه .فهل يتطلب ذلك مقابلا لها بما يعبر عنه بـ " أجرة الحضانة " ؟كما أن ممارسة الحضانة تقتضي وجود مسكن ، ينموا في دفئه المحضون ، تحت رعاية الحاضنة له .

و زيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه ، تفترض ابتعاده عن أحدهما ، و لمجابهة ذلك اقتضى القانون و الشرع ، أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند اسناد الحضانة .

المطلب الأول: فقة المحضون و أجرة الحاضنة

إن حضانة الطفل بما تتطلبه من تغذية و كسوة ، و علاج ، و تربية ، و سكن ، و كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته ، و تنشئته التنشئة القويمة ، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال ، تتجلى في نفقة المحضون ، لكن هل تشتمل نفقة المحضون على مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات مضنية ، في سبيل رعاية المحضون و حسن تنشئته ؟ أم أن هذه الجهود تتطلب مقابلا مستقلا عن نفقة المحضون ، أي أجرة الحاضنة؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: نفقة المحضون:

1- نصت المادة **78** من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على: ((تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة)) .أي أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته ، و كل ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس ، و حسب وسع الزوج .

و النفقة تجب للفروع على الأصول ، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة و الإحتياج و الحالة ، و الأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما : الزواج و القرابة [1]

2- فنجد نفقة المحضون في المادة **72** من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على كون : ((في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار)) . إذ أن المشرع الجزائري اسند وجوب نفقة المحضون من مال أبيه ، إلى ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية ، بكون الأب ملزم بالنفقة على الأولاد ، في إطار عمود النسب .[2]

فالأصل هو أن نفقة الولد و سكناه تكون من ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال قام واجب أبيه في أن ينفق عليه ، و في هذا نصت المادة **75** من قانون الأسرة الجزائري على : ((**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ، و الإناث إلى الدخول ، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب.**))

وبالتالي فإن واجب الأب بالنفقة على ابنه الذي لا مال له يستمر إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد ، و الإناث إلى زواجهن و الدخول بهن .

---

[1]– عن رسالة الماجستير – حسيني عزيزة – المرجع السابق ص 89 .
[2]– عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 431

أما نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب بسبب عاهة عقلية أو بدنية، أو بسبب مزاولتهم الدراسة ، إلى غاية استغناء من قُدِّرت لمصلحته عنها بالكسب ، فلا تجب النفقة على الأب لفائدة ابنه المزاول للدراسة بعد أن ينهي دراسته و يستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عمل أو حرفة . كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر .

ومن هنا نستنتج أنه لكي تقوم نفقة الأب على ابنه يجب أن يكون الأب قادرا ، و أن يكون الإبن محتاجا لها ، لانعدام ماله أو لصغر سنه ، أو ذا عاهة أو مزاولا لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب .

أما البنات فيبقى واجب الإنفاق عليهن قائما إلى زواجهن و الدخول بهن، فبذلك ينتقل واجب النفقة عليهن من الأب إلى الزوج .

ويبقى حكم النفقة على الإبن سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار الحضانة المسندة بعد انحلال علاقة الزواج .

3- و ينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان معسرا او عاجزا عن النفقة، و هذا ما نصت عليه المادة **76** من قانون الأسرة بنصها على : ((**في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك** .))

ومنه فإن المشرع نقل واجب النفقة من الأب العاجز إلى الأم شرط قدرتها على النفقة ، و توفر المال لديها. إذ يقصد بعبارة " **عجز الأب**" ، هنا عدم القدرة التامة على الكسب و ليس مجرد الفقر أو الإعسار ، و إلاّ لتقاعس الآباء عن الكسب و النفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها ، و ذهب

الفقهاء إلى حد إمكانية الحكم بحبس الأب المتقاعس على كسب قوت أبنائه رغم قدرته على ذلك ، فالأصل ألا يحبس الوالد و إن علا في دَيْن لابنه و إن سَفُلَ ، إلا دَيْن النفقة [1] .

وذهب فقهاء الحنفية إلى حد تكليف الجد و العم و غيرهم من الأقربين درجة بنفقة الأبناء إن عجز عنها الأب .

4- تقدير قيمة النفقة :

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي ، لكن عند امتناع الأب عن ذلك يقوم من كانت له حضانة الولد بالمطالبة بنفقة المحضون لارتباط بالحضانة ، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه و قد نصت المادة **79** من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي : ((**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**)) . حددت هذه المادة معايير تقدير النفقة بين الزوجين ، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون [2] في إطار احتياجات هذا الأخير من أجل رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته و تنشئته التنشئة السليمة و تحقيق الحماية له صحة و خلقا بلتلبية حاجياته المعيشية من مأكل و مشرب و كسوة و علاج و مسكن و دراسة ...

---

[1]– عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 527 و عن هامشه عن فتح القدير ج3 ص 344 .

[2]– بلحاج العربي – المرجع السابق – ص 387 . حول أن النفقة المحكوم بها للمحضون يجب أن يراعى فيها مستوى المعيشة . مجلس قضاء سيدي بلعباس . 05/25/ 1983 م نشرة القضاة 1986 م – عدد 2 ص 87 .

وما يمكن استنتاجه أيضا من المادة **79** من قانون الأسرة الجزائري أن القاضي لمّا يقدر النفقة يأخذ بعين الإعتبار وسع الزوج [1] و يراعي ظروف المعيشة و المستوى الإجتماعي ، و قد بيّن محمد صديق حسن خان هذه المعطيات على النحو التالي : ((... أقول هذا يختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و الأحوال

و الأشخاص ، فنفقة زمن الخصب المعروف فيها غير المعروف في زمن الجدب، و نفقة أهل البوادي و المعروف فيها ما هو الغالب عندهم و هو غير المعروف من نفقة أهل المدن ، و كذلك المعروف من نفقة الأغنياء على اختلاف طبقاتهم غير معروف من نفقة الفقراء ...

وكذلك الحاكم عليه مراعاة المعروف بحسب الأزمنة و الأمكنة ، و الأحوال و الأشخاص مع ملاحظة حال الزوج في اليسر و الإعسار [2].

وحسب المادة **79** من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها.

ويجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي المعايير السابقة .

وقد أكدت المحكمة العليا على وجوب انفاق الأب على ابنه المحضون ، شرط أن يكون الإبن من علاقة شرعية و هذا ما جاء في قرارها الصادر في : **02/07/ 1987** م بأنه : ((**من المقرر قانونا و شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا وُلِدوا من**

---

[1]– المحكمة العليا – قرار رقم 51715 الصادر بتاريخ 1989/01/16 من ق.م لسنة 1992 م العدد 2 – ص 55
المحكمة العليا –ملف رقم 91671 قرار بتاريخ 1993/06/23 - غير منشور .

[2]– عن رسالة الماجستير – المرجع السابق – ص 91 عن محمد صديق حسن خان ص 75

فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)) [1]

5-و أخيرا قد اقترح مجلس الوزراء في مشروع تعديل قانون الأسرة ، و نظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة و ما ينعكس عنها من اكتضاض لرفوف المحاكم بقضايا عدم دفع النفقة المستحقة قانونا للمحضونين ، و الإنعكاساتها السلبية على حسن تربيتهم و تنشئتهم ، وجوب انشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية و أجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة و التي يبقى تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى، ويعود هذا الاقتراح إلى كون المتضرر من عدم دفع النفقة هم بصفة أولية الأطفال، وهذا الصندوق إن تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة و رفع الإحتياج عن المحضونين ، مع العلم أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على هذه الوسيلة لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا [2]، إذ يتم إنشاء الصندوق في إطار قانون المالية، على أن يحِّل الصندوق محل الدائن بالنفقة و تخوّل له جميع الطرق و الوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة .

الفرع الثاني: أجرة الحضانة:

إن الحضانة تتلخص في رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، يجعل منها عملا متعبا مضنيا و شاقا ، بالإضافة إلى ما تتطلبه الحضانة من إمكانيات و جهود مادية

---

[1]- المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 47915 ، م.ق لسنة 1990 عدد 03 نقلا عن العربي بلحاج المرجع السابق ص 136 .

[2]– جريدة الشروق – نص المشروع التمهيدي لقانون الأسرة – العدد 1148 الصادر بتاريخ 09 أوت 2004 ص 07 . جريدة اليوم الوجيز في شرح مشروع قانون الأسرة الجديد، و عرض الأسباب – العدد 1750 بتاريخ الأربعاء 03 نوفمبر 2004 ص 20

و معنوية و طاقة جسدية يمتدّ بذلها سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل ، و إنشائه و التساؤل المثار هنا هو هل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحضانة ؟ أم أن ذلك البذل يكون في إطار سنّة الحياة أي كما ربّانا آباؤنا علينا تربية أبنائنا ؟

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد **77**، **78** ، **79** من قانون الأسرة إلاّ أنّه لم يتطرّق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منّا حسب المادة **222** من قانون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و الإطّلاع على الفقه الذي لم يثبت على موقف واحد فمنهم من قال بعدم وجود مقابل أو أجر للحاضنة على حضانتها للأولادها بعد الطلاق ، و منهم من قال بحقّها في أجرة الحضانة .

1-الحضانة لا تتطلب أجرا : إذ يرى الإمام مالك أنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أمًّا للطفل أم لا ، و بغضّ النظر عن حالتها المادية، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها و ليس لحضانتها و للمحضون على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفراش ، و الحاضنة تقبضه منه و تنفقه على الولد [1] . و قول " اللّخمي " و هو من فقهاء المالكية " أنّ الأولاد إذا كانوا يتامى كان للأم أجرة الحضانة إن كانت فقيرة ، و الأولاد موسرين ، لأنّها تستحق النفقة في أموالهم و لو لم تحضنهم " [2]، و بالتالي فإنّ الأم الحاضنة لا تقبض مقابلا عن حضانتها للأولاد و إنّما تتلقى المال منهم لقيام واجب نفقة الفرع على الأصل لاحتياج الأخير له و يسر الأول .

2-حق الحاضنة في أجرة الحضانة :

---

(1) – أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق ص 603
- أنظر الدسوقي – المرجع السابق – ص 475
(2) – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – الجزء الثاني – ص 493

يرى فقهاء الحنفية أنه تجب للحاضنة أجرة إن انحلت الرابطة الزوجيّة بينها و بين أبِ الولد ، و لم تكن معتدّة من طلاق رجعي، و كذلك لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، للأنها تستحقّ النفقة من أب الطفل ، و هذه الأجرة ليست عِوَضًا خالصًا ، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة و نفقة ، و بما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجيّة لقيامها ، أو وجود العدّة فإنّها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد ، و إنّ تعدّد السبب و ما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة للحضانة .[1]

وأجرة الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه ، إذا كان له مال ، لأن نفقته تكون من ماله و أجرة الحضانة من النفقة ، و إن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته ، و تكون على الأب إذا كان موجودا و كان قادرا ، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب ، و إذا أبت الأم أن تحضنه إلا بأجرة ، و وُجدت متبرّعة فإنّ الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب ، و كان موسراً أو كانت المتبرّعة ليست من الحاضنات ، أما إذا كانت المتبرّعة من الحاضنات و كانت أجرة الحضانة على الأب و كان الأب غير موسر ، أو كانت أجرة الحضانة من مال الولد ، فإنّ المتبرعة أولى لأنّ الحضانة لمصلحة الولد ، و من مصلحته المحافظة على ماله ، و المتبرّعة تنظر إلى مصلحته في الجملة ، لأنّها ذات رحم محرم منه ، و أمّا عدم وجوبها على الأب و هو معسر فذلك لأنّ إلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرّعة في هذه الحال مضارّة به ، و الله سبحانه و تعالى يقول : ((**لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده**)) و الفرق بين التبرع بالحضانة و

(1) – أنظر الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 408
- أنظر مواهب الجليل و التاج و الإكليل – الجزء الرابع – ص 220 و 221 .

التبرع بالرضاعة أن المتبرعة في الرضاعة تُقدَّم في كل الأحوال قريبة كانت أو أجنبية ، سواء كانت النفقة على الأم أم كانت على الأب ، و سواء كان الأب موسرا أم معسرا ، أما في الحضانة فلابدّ من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ، و لابدّ من أن يكون الأب غير موسر ، أو تكون الأجرة من مال الولد .

– و يلاحظ أنّه إذا كان الأب معسرا ، و الولد لا مال له ، و لم توجد متبرعة فإن الأم تحضنه و تقدّر لها أجرة و تكون تلك الأجرة و الأداء على من يلي الأب من نفقة الولد و لكنّه يؤديها على أنّها دين على الأب يأخذه منه إذا أيسر ، أمّا إذا كان الأب عاجزا فإنه لا يجب عليه شيء ، و تكون الأجرة واجبة على من يليه في الإنفاق ، هذا ما قرره فقهاء الحنفية بالنسبة للأم إذا طالبت بالأجرة ، و وجدت متبرعة و كان الأب معسرا ، و الظاهر أن حكم غير الأم من الحاضنات كذلك إذا تبرّعت حاضنة و تمسّكت من هي أقرب منها بالأجرة ، إذ لا فرق بين الأم و غيرها بالنسبة للتبرع و الإعسار .[1]

– و منه نستنتج من مذهب الإمام أبي حنيفة أنّ أجرة الحضانة هي جزء من النفقة على المحضون فما جاء عنه أنّ : " أجرة الحاضنة ليست عِوَضًا خالصا و إنما هي كأجرة الرّضاع للأم مؤونة و نفقة " ، و ذلك ما ذهب إليه اتفاق الفقهاء في كون أجرة الحضانة ليست عوضا خالصا و إنّما فيها شبه بالنفقة ، فنقول أنّ ما يدفع للحاضنة مقابل ما تقوم به من عمل هو أجرة.

---

[1]– أنظر عبد العزيز سعد – المرجع السابق – ص 383 و ما يليها .

– و بعدما وضّحنا ما يخص نفقة المحضون و أجرة الحاضنة ، و ما نظمه المشرع الجزائري في ذلك ، و تطرقنا إلى ما لم يبيّنه قانون الأسرة بخصوص المسألتين من خلال الفقه ، رجوعا إلى ما ذهب إليه العلماء المسلمون ، و تعرّضنا إلى مسائل نفقة المحضون و ما حولها ، و يجدر بنا في المطلب الموالي أن نتعرض إلى مسألة سكن الحضانة ، و هو المكان الذي لابدّ من وجوده لممارسة حضانة الأطفال.

المطلب الثاني: سكن الحضانة:

كل إنسان يحتاج إلى سكن يأويه ، يحتمي تحت سقفه من حرّ الصيف و برد الشتاء ، و يجد فيه الدفء و الألفة ، بما في ذلك المحضون فإنه يتلقّى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ، من مأكل و مشرب و ملبس و غذاء لجسده و روحه ، تحت سقف للحضانة .

الفرع الأول: المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته:

1–لقد نصت المادة **72** من قانون الأسرة على أنّ : ((**في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.**

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)) .نستشف من هذه المادة أنّ توفير سكن لممارسة الحضانة لازم و لصيق بها ، إذ يجب أن نوفر للطفل مكانا ينشأ فيه و يُرعى و يُربّى و ذلك لتحقيق مضمون الحضانة و ما نصت عليه المادة **62** من قانون الأسرة .

– و قد جاءت الفقرة الثانية من المادة **72** أن الحاضنة تبقى في مسكن الزوجية حتى يوفر الأب مسكنا آخر للحضانة. إذ أن المهم هو أنّ التزام الأب المطلّق بتوفير سكن لحضانة ابنه .

2– سكن الحضانة و الزوجية قائمة :

– بالإضافة إلى المادة **72** التي أكدت على ضرورة توفير سكن للحضانة ، نجد أيضا المادة **78** التي وضعت السكن في المرتبة الرابعة بعد الغذاء و الكسوة و العلاج . و بالتالي إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب و الأم ، فإن أي الأم تحضن الأبناء في مكان الزوجية ، و كذلك إذا كانت معتدّة من طلاق رجعي أو بائن ، إذ أنها تعتبر ناشزة إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال ، و إذا خرجت من المسكن في هذا الحال و معها ولدها ، أو لم يكن معها ولدها فللزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية ، إذ له عليها حقّ الطاعة ، إن كانت زوجة ، و لها عليه حقّ الإقامة في المسكن إن كانـــــــــــت معتدّة .[1]

---

[1]– أنظر الإمام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 410 .
- أنظر د . بدران أبو العنين بدران – المرجع السابق – ص 380 ، و عن هامشه عن حاشية إبن عابدين ج2 – ص 556

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة و مسألة الانتقال بالمحضون:

بعد انقضاء عدّة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا يمكن أن نلزمها بالبقاء بالمحضون في بيت الزوجية ، إذ يمكنها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة .

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير غير أننا يمكن أن نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة **69** من قانون الأسرة ، إذ تنص على أنّه : " **إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون** " .

بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضون ، و الذي يعتبر محل إقامة أبيه ، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه و زيارته و رعايته .

أمّا إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

وتؤكد ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، و الذي مفاده : " **من المقرر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه ، و من ثمّة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو**

حاصل في قضية الحال ، يعدُّ قضاءا مخالفا للشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه ." [1]

قد تسقط الحضانة عن الأم في حالة انعدام أهليتها لذلك ، أو في حالة توفر فيها أهلية الحضانة لكن مصلحة المحضون لا تقتضي أن يعطيها لها ، فهنا تنتقل الحضانة من الأم إلى غيرها وفقا للترتيب الذي جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة **64** .

فإذا تولّت إحدى المحارم من النساء حضانة الطفل وجب عليها أن تقيم به في مكان إقامة أبيه و لا تنتقل بالمحضون إلاّ بإذنه ، أو بإذن من يقوم مقامه من الرجال في حالة عدم وجود الأب ، و إلاّ سقط حقّها في الحضانة إلا إذا أذن له أب المحضون بالسفر .[2]

كما أنّه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمّه و يسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة ، أمّا في حالة انتقال الحاضنة إليه فالسؤال المطروح هنا هو :

هل يجوز للأب أو من يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون ؟

إنّ المشرع الجزائري لم يفصّل و لم يوضّح هذه المسألة ، بينما قد اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة .[3]

أ- **المالكية** : لقد ساوى فقهاء المالكية بين الحضانة الأب و الأم في إسقاط الحضانة فإذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تزيد عن ستّ بُرَد ، أي ما يعادل تقريبا **133** كلم بقصد الإقامة ، فيحق لمن تؤول له الحضانة بعده أخذ الولد من الحاضن

---

(1) – المحكمة العليا – غ . أ . ش – ملف رقم 59013 –م .ق لسنة 1991 العدد 04 ص 116 ..
(2) – الإمام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 411 .
(3) – أنظر عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق

بشرط أمن الطريق و أمن المكان المقصود ، و يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه ، و بالتالي فلا يسقط حقّه في الحضانة بانتقاله .

ب- **الشافعية** : إلا أنّ الشافعية قد فرّقوا بين السفر لحاجة ، و بين السفر لنقله ، فإذا أراد الوليّ السّفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر ، و ذلك لما في السفر من خطورة على المحضون .

أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه و أمن البلد المقصود له ، فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمّه .

ج- **الحنابلة** : بينما يرى الحنابلة أنّه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ستّ بُرَد و كان البلد و الطريق آمنا ، من أجل السكن ، فهنا الأب أحق بحضانته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأنّ الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم .

د- **الحنفية** : يرى الحنفية أنّه إذا كان المحضون في حضانة أمّه أو غيرها فلا يجوز للأب الإنتقال به إلاّ برضاه ، لأنّ فترة الحضانة هذه من حقّها ، إلاّ إذا سقطت حضانتها و لا يوجد من يليها بالترتيب و انتقلت للأب ، فإذا أراد السّفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته ، و إلاّ يجوز ذلك .[1]

وما نستخلصه من اختلاف الآراء أنّ السفر لا يسقط حقّ الحضانة ، و هذا عند الحنفية ، بينما يسقطها في رأي الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة) .

---

[1]- أنظر عبد غالرحمن الجزيري – المرجع السابق

إذ أنّه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير و مصلحته و صحّته ، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأيّ من الأبوين أو غيرهما السّفر به.كما أن المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الإنتقال بقصد الإستيطان وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون .

الفرع الثالث: حق الحاضنة في السَّكن:

نصت المادة **2/72** من قانون الأسرة على أنّه :" **و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**" . إذ أن هذه المادة تقيم توجب على الزوج توفير مسكن أو أجرته للأم المطلّقة لتمارس الحضانة مع محضونيها .

كما ذهبت المادة **2/12** من المرسوم رقم **76 / 147**[1] إلى أبعد من ما ذهبت إليه المادة المذكورة سابقا (**2/52**) من قيام حق الأم المطلقة الحاضنة في سكن أو أجرته لممارسة الحضانة و إمكانية حكم القاضي لها حين الطلاق بحق الإيجار إلى **حقّها في البقاء** في المسكن المؤجَّر، و ذلك إن كانت حاضنة .

المطلب الثالث: حق الزيارة:

إن إسناد الحضانة إلى مُستحقِّها ، و الذي يكون في الغالب الأعمّ الأم ، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ، ممّا يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده ، ممّا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون ، و عليه سنتناول في

---

[1]– د . بن رقية بن يوسف – المرجع السابق – ص 172 .

هذا المطلب ، حق الزيارة في الفقه ، ثمّ في القانون ، مع التدعيم ببعض قرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول : حق الزيارة في الفقه:

يتصّل بالحضانة حق الرؤية ، سواء كان رؤية الأب لولده ، و هو في حضانة النساء ، أو رؤية الأم لولدها ، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه ، فالولد إذا كان في حضانة الأم ، و أراد أبوه أن يراه ، فإنّها لا تُجبر على أن ترسله له ليراه ، لكنّها لا تمنعه من ذلك .

و إذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمّه أو انتهت ، فالأب لا يُجبر على أن يُرسله لأمه ، بل هي إذا أرادت أن تراه ، لا يمنعها من هذه الرؤية .

و الزيارة على العادة لا تكون يومية ، بل يوما في عدد من الأيام ، لكن لابأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها ، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج ، لأنّ هذا حقّه . فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه .[1]

و يرى الإمام أبو زهرة أنّه : " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، و لا تُجبر على إرساله ، كما أنّه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يُجبر على إرساله إليها .[1]

---

[1]– أنظر الدكتور عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص 424 .

[1] – أنظر الإمام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 411 .

الفرع الثاني : حق الزيارة في القانون:

تنص المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري على أنّه :

" ... **و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**". و بالتالي و حسب هذه المادة على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرّات معينة و في أوقات و أماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة .

و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون ، بل رتّب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق و يعبث به ، إذ تنص المادة **328** من قانون العقوبات بأنّه: " **يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وُكِّلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه ، أوعن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، و تزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أُسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني** " .[1]

و تكرّس حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنّه : " متى أوجبت أحكام المادة **64** من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب

(2)– أنظر الدكتور العربي بلحاج – المرجع السابق - ص 385 .

ان يرى ابنائه على الأقل مرّة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ، و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر ، يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[1]

و في قرار آخر مفاده أنّه : " من المستقر عليه فقها أنّ حق الشخص لا يُقيَّد به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما ، و على من كان عنده الولد أن يسهِّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه ، بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة ، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوّف بل على الحقّ وحده ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقا للقانون.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها شرط أن لا تكون الزيارة خارج مقرّ الزوج ، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيّد حرية الأشخاص و خالف القانون و الشرع ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

و ما تجدر الإشارة إليه في نهاية المطاف فيما يتعلق بحقّ الزيارة ، أنّ المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق اسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما ، عليه أن يحكم بحقّ الزيارة من تلقاء نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك (المادة **64** من قانون الأسرة) ، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلُبه الخصوم ، و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدِّد

---

[1]- المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 59784– قرار مؤرخ في 16 /04/ 1990 . م . ق العدد 4 لسنة 1991 ص 126 .
[2]- المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم79891 – قرار مؤرخ في 1990/04/30– م . ق عدد 1– ص55.

معنى الزيارة ، و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن .[1]

[1]– أنظر الدكتور العربي بلحاج – المرجع السابق – ص 392 .

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها

تمهيد:

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان لا سيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة ، وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعّب من مهمة القاضي .

إلا أن ما يجدر ذكره أنه في الغالب الأعم سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء ، لابد من مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها بممارسة دعاوى مدنية بل أبعد من ذلك هناك متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون . وعليه سنتناول في هذا الفصل التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها و الذي تم تقسيمه إلى مبحثين :

المبحث الأول : دعاوى الحضانة .

المبحث الثاني : الإشكالات المتعلقة بالحضانة .

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

صاحب دعوى الحضانة لا يخلوا أمره عن أحد الفرضيات الآتية :

فهو إما مطالب بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره ، وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى وتطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له ، تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم الأول باتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة .

ومنه سنتناول في هذا المبحث في المطلب الأول الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في الإسناد والتمديد والإسقاط ، وفي المطلب الثاني نتناول الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخالفي الأحكام الخاصة بالحضانة .

المطلب الأول: الدعاوى المدنية :

نتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي : كل من دعوى إسناد الحضانة وتمديدها ، ودعوى إسقاطها وحالاتهما والإجراءات المتبعة

الفرع الأول :دعوى إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع ، وحالة الوفاة أو حالة الفقدان .

أ – حالة الطلاق وما في حكمه :

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة **53** من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة **54** من نفس القانون؛ ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى . ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون .

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة **64** من قانون الأسرة فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها ، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الإمتياز والمحددة قانونا وشرعا .

حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية عندما ألغت حكم درجة أولى قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من سكن الوالد ، وحتى لا يقع له ارتباك في الدراسة، إلا أن الغرفة رأت أن هذا التبرير غير مقنع ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس [1] .

وهذا الإتجاه أكدته نفس الغرفة في قرار لها عندما طالب والد المحضونة أمامها من جديد بإسناد الحضانة له على أساس أنه عندما توجه إلى زيارة ابنته لم يجدها ، وقدم

---

[1] - قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية - رقم الجدول : 1159 / 01 – فهرس : 2002/48 بتاريخ : 2002/04/06

محضر عدم وجود حيث اعتبرت الغرفة أن هذا الطلب الذي يعتمد على مثل هذا المحضر غير مؤسس [2].

وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث جاء فيه : " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية . ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها للأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة **64** من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت"[1] .

وما يلاحظ على هذا القرار هو أخذه بما ذهب إليه كل من المالكية والحنفية في عدم اشتراط الإسلام في الحاضن ، بشرط أن تقوم هذه الأخيرة بتربية الولد على دين أبيه . ولهذا أسقطت الحضانة عن الحاضنة المسيحية عندما حاولت تربية الولد وفقا لديانتها كما رأينا ذلك في قرار للمحكمة العليا عندما تطرقنا لشروط الحضانة .

---

[2] - قرار : غ أ ش مجلس قضاء المدية – رقم الجدول : 1301 / 2001 – فهرس : 2002/51 بتاريخ 2002/04/06

(1) - أنظر قرار المحكمة العليا : رقم 52221 تاريخ 13مارس 1989 – ص 48 – م ق : 1993 عدد 01

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن" (2)

ودائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت المحكمة العليا أن تسليم الأم البنتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات ، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون (3)

ب – حالة الوفاة أو الفقدان :

رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية و ذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه ، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له . لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به .

الفرع الثاني :دعوى تمديد الحضانة

(2) - المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 153640 قرار مؤرخ في1997/02/18 م . ق العدد1 لسنة 1997 ص 37.
(3) - المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم 134951– قرار مؤرخ في 1996/05/21 م . ق العدد2 لسنة 1997 ص 86.

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، و الأنثى سن الزواج و في هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش ، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة . وهذا ما نصت عليه المادة **65** من قانون الأسرة :" **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج...**" ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل ، عندما أضافت : **"وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية "** .

إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون .

جاء في قرار المحكمة العليا :" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه و لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، و متى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة " [1] .

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد

---

[1] - أنظر قرار المحكمة العليا : ملف رقم 25566 بتاريخ 1999/12/10

الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة **65** من قانون الأسرة" [2].

- إلا أنه قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق ، تطليق أو خلع . حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة **64** نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون ، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة ...؟ ! في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام حلين:

- أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه ، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها ، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم .
- ن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون ... ! ؟

ليس هناك إتجاه موحد بين القضاة لحل هذه الإشكالية ؛ فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة فإنه لا يجوز بأي حال

---

[2] - أنظر قرار المحكمة العليا : ملف رقم 123889 بتاريخ 1995/10/24 – نشرة القضاة – عدد 52 ص 111 .

من الأحوال التطرق لهذه المسألة ، لأنه و متى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون ، كما أن الحضانة و إن كانت حقا فهي أيضا واجب و المحكمة مكلفة بأن تحمِّل صاحب الواجب واجبه ، و بالتالي على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ، و إلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانته؟

الفرع الثالث :دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر ، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة . لأن سقوط الحضانة ليس أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق . كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون . **فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة باسقاط الحضانة ؟**

- لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي :

الحالة الأولى : نصت على هذه الحالة المادة **66** من قانون الأسرة حيث جاء فيها : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

أ – زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون : في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : **هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟**

تنص المادة **71** من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده :" أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون " [1]. كما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة **22** من قانون الأسرة [2] . وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه :" ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون

(1) - أنظر قرار محكمة العليا ملف رقم : 58812 بتاريخ 1990/02/05

(2)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 102886 نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ 1994/04/19 .

خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة " [3].

إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة ، حيث جاء في أحد قراراتها :

" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون [1] .

وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة ، ومن ثمة فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة **71** من نفس القانون، حيث جاء فيه : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون[2].

ب- التنازل عن الحضانة : يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه ، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن

---

(3) - أنظر قرر المحكمة العليا ملف رقم : 40483 مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ – 1986/05/05 .

(1) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 201336 – الإجتهاد القضائي : غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1998/07/21 .

(2)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 المجلة القضائية – العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21

تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها .

بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة :" أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها "[1] .

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون [2] .

وعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم . **هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟**

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم و أن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ، و بما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون

---

[2]- أنظر قرار محكمة عليا ملف رقم : 51894 - ص 70 بتاريخ : 1988/12/19

[1] - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 189234 – غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1998/04/21

مع والدتها و منه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه [3] .

وجاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بأن مسألة إثبات التنازل لا يمكن أن تكون إلا بموجب حكم أمام القاضي ، وأن المحضر الذي يستند عليه المستأنف و المجسد على حد تعبيره لتنازل المستأنف عليها عن حضانة الولدين والمؤرخ في **22/ 1997/05** لا يمكن الاعتماد عليه البتة في إثبات التنازل هذا من جهة ، و من جهة ثانية فإن الأم وإن تنازلت عن الحضانة يبقى دائما دور القاضي في استشفاف المصلحة الخاصة بالولدين لأن الحق هو حقهما كما يقول الإمام مالك في المدونة الكبرى : و ما إناطتها بالأم إلا لحسن الرعاية . و هو عين ما توخته أحكام المادة **62** وما يليها من قانون الأسرة [1] .

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا:" أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم و أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها ، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك" [2] .

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون ، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل ، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية . **لكن كيف يكون**

---

[3] - أنظر قرار : غ . أ . ش لمجلس قضاء المدية – رقم الجدول 175 /2002 – فهرس 79 / 2002 بتاريخ 2002/05/11
[1] - أنظر قرار : غ . أ . ش مجلس قضاء المدية رقم الجدول 924 / 2001 الفهرس 10 /2002 ب : 2002/01/26
[2] - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 220470 غ . أ . ش . عدد خاص 2001 ص 181 بتاريخ : 1999/04/20

الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة هي ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدّد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى و لو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون [1] .

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناءا على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ [2] .

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به ، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون ، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة ، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناءا على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانته أمه .

---

[1] - أنظر عبد العزيز سعد - المرجع السابق ص 295 .
[2] - أنظر عبد العزيز سعد - نفس الرجع ص 300

الحالة الثانية : نصت المادة **68** من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

كما نصت المادة **70** من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر :

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال :

- أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص اللذين لهم الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة **68** إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون .
- إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها .

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها :" من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه

الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية" [1] .

وجاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها [1].

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون :" من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون " [2].

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة **68** السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون [3].

ب – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة :

---

[1] - أنظر قرار المحكمة العليا ملف 32829 مجلة قضائية عدد 01 /1999 بتاريخ : 1984/07/09

[1]- أنظر قرار محكمة العليا ملف 388225 – نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ : 1985/12/02

[2] - أنظر قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ : 02/05 / 1990

[3]– أنظر قرار المحكمة العليا الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 1999/05/18 ص185

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوفرة ، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة . و هنا تعود الحضانة لمن يليهما طبقا للترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة .

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون في الخالة و الجدة للأم دون غيرهما .. ؟ **!**

الحالة الثالثة : تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد شروطها الشرعية في المادة **62** من قانون الأسرة ، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة **69** من نفس القانون .

أ – سقوط الحضانة عند إختلال شروطها : إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة **62** سواء تعلقت بأهلية الحاضن ، أو إتصلت بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة . ونصت على هذه الحالة المادة**67** من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية ، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون . وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنّه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة ومضرة بالمحضون ، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله [1] .

[1] - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50270 بتاريخ : 1988/11/07

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي " [1].

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة لأم يسقطها عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون [2] .

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا [3] .

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة **62** من قانون الأسرة [4].

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمدية اعتبرت فيه أن إستناد الطاعن في دعوى اسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس لاَ يعمل به ولا عليه يعول [5].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء ، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة [1].

---

(1) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 33921 بتاريخ : 1984/07/09

(2) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 50011 بتاريخ : 1988/06/20

(3)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 31997 مجلة قضائية – عدد 1989/01 ص 73 بتاريخ : 1984/01/09

(4)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 179471 – ص 172 بتاريخ : 1998/03/17

(5)- أنظر قرار غ . أ . ش مجلس قضاء المدية رقم الجدول 1268/ 2001 - فهرس : 2002/50 بتاريخ 2002/04/06

(1)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 245156 - عدد خاص 2001 – ص 188 بتاريخ 07/18 / 2000

وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة في المادة 67، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في الحضانة وحقها في العمل .

ب – سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي : المسألة هنا جوازية للقاضي ، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه . ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية [2]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط [3]

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة [4] .

وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه:" أنه من المستقر فقها وقضاءا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود [1] .

---

(2)- أنظر الدكتور العربي بلحاج - المرجع السابق - ص 389
(3) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 91671 المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 72 ب : 1993/06/23
(4)- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 111048 نشرة القضاة عدد 52 ص 102 بتاريخ : 1995/11/21
(1) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 43594 - نشرة القضاة عدد 44 ص 175 بتاريخ : 1986/09/22

كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي[2] .

ومنه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة و إنما هو أداء أوجبه القانون ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون و القواعد الشرعية بذلك ، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه .

ونود أن نشير في نهاية هذا المطلب إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة :

فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة و المصلحة و الأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 13من قانون الإجراءات المدنية ، و يعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة **64** من قانون الأسرة ، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون و يكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة ، و للقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط ، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير [1] .

المطلب الثاني:الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و اشتملت على مؤيدات لضمان

---

(2) - أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم :32594 بتاريخ :1984/04/02 .

(1)– أنظر عبد العزيز سعد المرجع السابق ص :370 .

احترام هذه لأحكام، و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، و هي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون .[2]

ومنه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه و أهم صور هذه الجريمة مثل: جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، و جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

الفرع الأول:جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

وهي الصورة المنصوص و المعاقب عليها في المادة **328** من قانون العقوبات ، و تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و معنوي

أ- الشروط الأولية :

1-**المحضون القاصر**: يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر، الأصل أنّه هو من لم يبلغ سن الرشد المدني المحدد بـ :**19** سنة

لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و تحديدا إلى نص المادة **65** من قانون الأسرة ، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من لم يبلغ سن السادسة عشر للذكور و الثامنة عشر للإناث .[1]

---

[2]– أنظر د . عبد العزيز سعد – الجرائم الواقعة على نظام الأسرة – ص 124 – طبعة 2002

[1]– أنظر د.احسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجنائي الخاص – الجزء الأول – ص 174

2- حكم قضائي : لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء ، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه ، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا ، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجّل .

و هكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجّل و غير نهائي كونه محل استئناف. [2]

وقد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط ، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا .

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني ، أمّا إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الإستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه و ممهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة **325** من قانون الإجراءات المدنية ، أو وفقا للإتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

ب- عناصر الجريمة :

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

---

[2]- المحكمة العليا - الغرفة الجزائية – ملف رقم 132607 مؤرخ في 1996/06/16 .

إضافة إلى ذلك يجب أن يُثْبِت أنّ الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع ، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه ، و لكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممّن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل .

وعليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين و تحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه ، و أنّه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني هو أمّه مثلا أو خالته أو جدته ، و عند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم و امتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرّر امتناعه بمبرّر شرعي أو قانوني ، فإنّه يقع تحت طائلة هذه الجريمة .

وبالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة، فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نية معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدّة إشكالات ، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه . و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، وقُضِيَ بأنّ مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبرّرا و لا عذرًا قانونيًا [1].

وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا

---

[1]– أنظر د. احسن بوسقيعة – المرجع السابق ص 176 .

على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنّه :

" متى كان مؤدى نص المادة **328** من قانون العقوبات هو أنّه يعاقب بالحبس و الغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِيَ في شأن حضانته بموجب حكم ، إلى من له الحق في المطالبة ، و من ثم فإنّ أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة **15** يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة ، و أنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ".[2]

وتأخذ جريمة عدم تسليم طفل عدة صور أهمها : اختطاف المحضون من حاضنه و الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

الفرع الثاني :جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إنّ هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة ، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف ، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدّة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن ، و لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية :

1- العنصر المادي للاختطاف :

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي ، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات ، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي ، و هذه الصور أو الحالات هي صورة اختطاف المحضون ممن اسندت إليه مهمة حضانته ،

---

[2]– المحكمة العليا - الغرفة الجزائية – نشرة القضاة - العدد 4 لسنة 1986 ص 39 قرار مؤرخ في 1982/10/12

و صورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل : المدرسة ، و دار الحضانة و ما شابههما ، و صورة تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب ، و لا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة و هي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير .[1]

وإذا كان الإختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة اشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم ، أو الخالة أو الجدة ، فإنّ الشخص الذي وقع الإختطاف لفائدته و بناءا على طلبه يعتبر فاعل أصلي ، و أن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد و نفذّ ما طُلب منه يكون شريكا في الجريمة .

2- عنصر توفر الحكم القضائي :

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة ، و هو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا ،و ذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأنّ هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعّمه حكم قضائي قابل للتنفيذ .

3- عنصر القصد أو النية الجرمية :

يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي ، و يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية ، و لهذا فإنّ القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف

---

[1]–عبد العزيز سعد – المرجع السابق -ص 126

للمحضون مباشرة ممن وُكّلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه و إبعاده ، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الإختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الإختطاف أو الإبعاد ، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحدّيه له ، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة و العقاب إلاّ أن يثب حسن نيته و عدم توفر عنصر القصد السيء، و لا فعل الإختطاف أو الإبعاد .

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :

من خلال قراءة نص المادة **64** من قانون الأسرة تنص على أنّه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، ومن خلال قراءة الإتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيات [1]، نلاحظ أن المادة **07** من الإتفاقية جاء فيها : " أنّ الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد مُنح للوالد الآخر

[1]ـوقعت المصادقة على هذه الإتفاقية في 26 يوليو 1988 .بموجب المرسوم رقم 88-144 .

بمقتضى قرار قضائي، و يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري .و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلُّمه الشكوى من الطرف الآخر .

ومنه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان و الكيفية و المكان التي حددها الحكم التام ، فإنّه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة

ب– عناصر جنحة رفض حق الزيارة :

يتضح لنا أنّه لكي يمكن قيام جنحة الإمتناع عن تسليم طفل قُضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به ، وجوب توافر العناصر التالية :

- ❖ وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجّل أو حاز لقوة الشيء المقضي به .
- ❖ أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ، و بمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر .
- ❖ أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه .

ومنه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة ، فإنّ الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته و استحق المتابعة و العقاب .

هكذا نجد أنّ المشرع قد أولى اهتمام خاص بالمحضون و بالطفل بصفة عامة، عندما نصّ على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة .

وعند قيام جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل يمكن للطرف المضرور و هو المدعي المدني أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة، و يكلّف خصمه بالحضور أمام المحكمة بعد أن يدفع مبلغ الكفالة الذي يحدده وكيل الجمهورية على قاعدة المادة **337** مكرر من قانون الإجراءات الجزائية .

وقد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون و إن كانت تشمل أيضا الطرف الحاضن عندما تكون أمّا ، و لكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون . و هذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة التي نصت عليها المادة **331** من قانون العقوبات ، و ذلك تدعيما لنص المادة **75** من قانون الأسرة ، التي تنص على أنّ نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال .

وإن كان المشرع الجزائي الجزائري حصر النفقة – و التي تعتبر دَيْن مالي على الأب – في النفقة الغذائية دون سواها ، علما أنّ النفقة كما هي معرفة في المادة **78** من قانون الأسرة الجزائري، تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ، و منه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل و بعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ ، و عند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا

الشأن ، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة .[1]

المبحث الثاني:أبرز الإشكاليات المطروحة في مجال الحضانة

إنّ موضوع الحضانة بدوره لا يخلو من المشاكل العملية، و يمكن إرجاع هذا النقص إلى قصور التشريع من جهة ، و من جهة أخرى إلى التطور السريع الذي شهدته الحياة البشرية في الآونة الأخيرة .

و هذا ما أدى بالضرورة إلى ظهور جملة من المشاكل العملية و يمكن حصر أهم الإشكاليات التي تصادف القضاة في عملهم في : إشكالية الزواج المختلط و تأثيرها على المحضون ، و كذلك إشكالية مراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي و كيفية تقديرها ، و ثالثها إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة و هو الأمر الذي نحاول معالجته بشيء من التفصيل في المطالب التالية :

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية ، و إذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة ، فإنّه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها[1]، خاصة إذا كان الزواج مختلطا. لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع

---

[1]– د. احسن بوسقيعة – المرجع السابق ص 159 .

(1)– د . زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري – الجزء 1 : تنازع القوانين – ص 127 .

الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط ، خاصة بعد الإنفصال ، لأن الضحايا في غالب الأحيان أطفال ، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم ، فتمَّ إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات ، و من أبرز الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر

" إتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر " و الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ **21** يونيو**1988** و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم : **144/88** .

غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين و أجانب لا تكون بين دولتهم و بين الجزائر معاهدة ، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري أي مواد القانون الدولي الخاص . لذلك نتناول موضوع الزواج المختلط في الفرعين الآتي ذكرهما :

الفرع الأول :إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر(الاتفاقية الجزائرية الفرنسية):

النسبة الغالبة من المهاجرين الجزائريين يتوجهون إلى فرنسا ، مما أدى إلى تعدد علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين ، إلا أن هذه الزيجات المختلطة لم تثمر كلها ، و لهذا و محاولة من الدولتين لتفادي عدة مشاكل تم إبرام اتفاقية بينهما في **21** يونيو **1988** م ، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال ، و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ، و سعيا لتطبيق هذه الإتفاقية تعيِّن

وزارتا العدل لكلا البلدين ، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالإلتزامات المحددة في الإتفاقية .[1]

ومن بين الإلتزامات ما ورد في المادة **06** من الإتفاقية التي نصت في فقرتها الأولى : ((**يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال ، داخل حدود البلدين و فيما بين حدودهما**)) .

كما ألزمت الإتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة ، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة،

و هو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة **64** من قانون الأسرة [1]. غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، و من بين المشاكل التي قد نتصادف معها هي إسناد الحضانة إلى الأم – لكونها أولى بحضانة الطفل – من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو :هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري بتربية الولد على دين أبيه ؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية ؟

عند تصفح بنود الإتفاقية لا نجدها تنص على حلّ ، و هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الإختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي ، لتعارضه مع النظام العام الجزائري .

---

[1]- الإتفاقية الجزائرية الفرنسية – المرجع السابق – المادة 1

[1]– تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري : " ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة . "

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، و رغم معالجة الإتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة [2]إلا أنه تبقى بعض المسائل العالقة مثل أخذ الطفل المحضون عند ممارسة أحد الوالدين لحق الزيارة ، ثم لا يرده للوالد الحاضن ، إذ بالرغم مما نوَّهت عليه الإتفاقية في مادتها **11** من حلول إلا أنها تبقى قاصرة ، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة ، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري ، فإنّ كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها ،و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية ، مما يؤدي بالنتيجة إلى ضياع مصلحة الطفل المحضون .

كما أن الإتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنّها أشارت في المادة **05** من الإتفاقية : ((**إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرِّض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر ، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل**)) ، و من ثمّة يتبادر إلى الذهن السؤال التالي :

هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم ، و هذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه ؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة **62** منه [1]، و دون أن

---

[2]– الإتفاقية الجزائرية الفرنسية – المرجع السابق – المادة 7 منها .

[1]– المادة 62 من ق . أ . ج : " الحضانة هي ... بتربيته على دين أبيه ... "

ننسى بالإضافة إلى ما ناشدت به المواثيق الدولية و من بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .[2]

فإن كانت الإجابة بنعم على التساؤل ، فهنا يطرح السؤال من جديد : هل يحكم لصالحه ؟ ، و منه و بطبيعة الحال فإشكالية عدم إمكانية المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها ، و عليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الإهتمام الكافي بالإتفاقية .[3]

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية . و العكس صحيح إن تم عرض القضية في فرنسا ، و هو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها .[4]

وعليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص ، و هذا ما يعني أنه تم الرجوع إلى حالة عدم وجود إتفاقية ، و ذلك ما يتم التطرق إليه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر:

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع تنازع بين القوانين حول أيُّ القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي ؟ و لحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من **10** إلى **20** من القانون المدني الجزائري ، و قد تطرق في المواد من : **10** إلى

---

[2]– المادة 26 /3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 : " للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم" .
[3]- رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة – المرجع السابق – ص 67 .
[4]– المحكمة العليا – ملف رقم 91671 – قرار بتاريخ : 1993/06/23 - م . ق 1994 ص 72.

16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية ..[1] و في النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع المقصود بالأحوال الشخصية لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة ، و لكن يفهم من مضمون قانون الأسرة و الديباجته، أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة و الأهلية العامة و حماية عديمي الأهلية و ناقصيها و العلاقات بين أفراد الأسرة كالزواج و المشارطات المالية التي تصحبه و انحلاله و آثاره ، و البنوّة و إثبات النسب و الولاية على النفس و النفقة بين الأصول و الفروع و بين الأقارب و الوقف و الميراث و الوصية و الكفالة .[2]

وتعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية ، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج. وعند الرجوع الى قواعد الاسناد خاصة المادة **2/12** التي تنص:"**أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**". أي أنه في حالة ما اذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة ، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته إتفاقية مع الدولة الجزائرية ، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد ، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى .وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة **69** منه. بل أنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه المادة **13** من القانون المدني الجزائري.

كما إستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على : أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنّ من يوجد بها أحق

---

[1]– د. الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 126 .
[2]– د. الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 135 .

بهم ولو كانت الأم غير مسلمة . وأنّه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها .[1]

وإذا رجعنا إلى نص المادة **12** من القانون المدني في فقرتها الثانية نجدها قد اخضعت إنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى . في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة **13** من القانون المدني، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على إنحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه ، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة و هو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري . لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لايطبق القانون الجزائري ،خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي . وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيلا من طرف قاضي أجنبي ، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه ،كما نص على ذلك القانون الجزائري ، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي .[1]

ومهما تكن الإشكاليات التي تعترض سبيل القضاة ، فإنه عليهم دائما إصدار أحكام ، وإلا عدّ ذلك إنكار للعدالة . وعلى القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند

---

[1]– المحكمة العليا – قرار رقم 52207 بتاريخ : 1989/01/02 .
- المحكمة العليا قرار رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19 . م . ق لسنة 1991 . العدد 4 ص 116 .
[2]– المحكمة العليا - المجلة الجزائرية – سنة 1993 – العدد الرابع ص 952 .
- المحكمة العليا – قرار رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19 م . ق لسنة 1991 . العدد الرابع ص 116 .

إسناد الحضانة أو إسقاطها مصلحة المحضونين، وهي النقطة التي نحاول تبيانها في المطلب الثاني .

المطلب الثاني :إشكالية مراعاة مصلحة المحضون :

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به ، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعاية مصالحه ، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مرعاة مصلحة الطفل المحضون ، وقد لقيت هذه القاعدة إهتمام كبير من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

وعليه نحاول تحديد معنى هذه القاعدة وما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة و إلى أي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة.

الفرع الأول :معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون :

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة ، وكان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم ، ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلّق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمه ورائه وتنازعا بين يدي أبي بكر

الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه وقال لعمر : " **ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك** ".[1]

والمشرع الجزائري إستقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد المادة **222** منه تحيلنا على أحكام الشريعة إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما ، و هذا دون تقييد بمذهب معين ، أي أنه أخذ بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل ترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة [2]. وما نلاحظه من نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام ، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكّلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا.[3]

ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون يضبطها ، إلا أنّه هناك مميزات و خصائص تنفرد بها يمكن إبرازها :

1-أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية و شخصية ، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى ، و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى و يحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر .

---

[1] - ابن القيم الجوزية – المرجع السابق – ص 134
- وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 7299
[2]– موسوعة الفكر القانوني – العدد الرابع – ص 99
[3]– رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة ص 76 .

2-قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة ، بل هي قابلة للتغيير ، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر ، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته . في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان :

- **أولهما** : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية .
- **ثانيهما** : تحقيق الأمن و الإستقرار النفسي و العاطفي للطفل .[1]

وهي العناصر التي احتكم إليها القضاء الجزائري ، من ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ**1989/07/03** م ، تحت رقم : **54353** الذي جاء في حيثياته : " أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة " [1].

كما ورد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ :

1997/02/18 م تحت رقم : **153640** :" أنّه من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاةً لمصلحة المحضون اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون ".[2]

---

[1]– رسالة الماجستير حسيني عزيزة – المرجع السابق - ص 78

[1]– المجلة العربية للفقه و القضاء – العدد 18 الصادرة في سبتمبر 1997 - ص 198 .

[2]– المجلة القضائية لإجتهادات المحكمة العليا – العدد الأول لسنة 1997 . ص 39 .

وعليه يتبين من القرارات السالفة الذكر أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية و أحكامها .

الفرع الثاني:قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة

أورد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة ، في المواد المعالجة للحضانة ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني و يمكن إبراز هذه القاعدة التي اهتمّ بها المشرع الجزائري في النقاط التالية :

1- عندما رتب المشرع مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا وفق ما نصت عليه المادة **64** من قانون الأسرة ، و يكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة ، و على سبيل المثال ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا [1]، بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدية ، غرفة الأحوال الشخصية ، ففي القرار رقم : **2002/15** الصادر بتاريخ : **2002/01/26** أسس القضاة قرارهم على ما يلي : " حيث أنه في الحكم بإسناد الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون و كذا النص القانوني ، و حيث تنصّ المادة **64** من قانون الأسرة على أن الأم أولى بحضانة أولادها . و حيث أن بقاء الطفل عند أبيه المستأنف لا يعطيه الحق في حضانته التي تبقى من حق الأم لعدم قيام مسقطاتها .. ".

كما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء المدية – غرفة الأحوال الشخصية – بتاريخ : **2002/06/08** تحت رقم : **2002/101**

" و حيث أنّه ردًّا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا

---

[1]– المحكمة العليا : قرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18 . السابق الذكر .
- المحكمة العليا قرار رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23 - نشرة القضاة – العدد 56 سنة 1997 – ص 33 .

و قانونا و أنّ مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة ، و طالما أنّ الأم أولى بها من غيرها لأنها أعرف و أرأف و أصبر و أخبر بالمراعاة و التربية من غيرها ، فكان عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندها إليها تماشيا و أحكام الشرع في ذلك" .

2- تطرقت المادة **65** من قانون الأسرة إلى انقضاء مدة الحضانة، غير أن الفقرة الثانية من المادة **65** اشترطت في الحكم القاضي بالإنتهاء مراعاة مصلحة المحضون، و هو الأمر المؤكد باجتهادات المحكمة العليا ، و من ذلك ما جاء في القرار رقم : **257693** الصادر بتاريخ : **2001/02/12** أين أسّس القضاة قرارهم على ما يلي : " حيث أنّه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة و النفقة بالنسبة للقاصرين و النفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة و نفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا و ما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون و كان صائبا في حكمه ممّا يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه ، و بدون إحالة و القول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة **75** من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة **65** من قانون الأسرة " [1].

3- كما نجد أنّ المشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في نص المادة 66 من قانون الأسرة ، و هذا عند التكلم على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط ، و من حالات السقوط تنازل الحاضنة عن المحضون غير أنّه لا يعتد بتنازل الأم عن

---

[1]– المجلة القضائية للمحكمة العليا – العدد الثاني – سنة 2002 ص 436 .

أولادها إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون ، و قد ورد في قرار المحكمة العليا رقم : **189234** المؤرخ في :

1998/04/21 : " أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، و من ثم فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنّهم طبقوا صحيح القانون".[2]

4- كما أنّ نص المادة **67** من قانون الأسرة الجزائري أوجب عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط المرعية شرعا ، مراعاة مصلحة المحضون ، و معنى هذا أنّه حتى و لو اختلّت إحدى الشروط المرعية في الحضانة شرعا يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لا تسقط الحضانة لكون حماية الطفل أولى من اختلال الشرط ، و هو الهدف الذي يسعى إليه القاضي بتطبيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، و ورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : " أنّه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا – في قضية الحال – أنّ الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة **1988** م لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ، و لم تطالب بهما إلاّ في سنة **1993** أي بعد **05** سنوات ، فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون ".[1]

5 – بالإضافة إلى ما سبق ذكره ، قد راعى المشرع مصلحة الطفل وأخذ بها حتى في حالة إسناد الحضانة إلى شخص يستوطن في الخارج ، حيث تركت عملية اسناد

---

[2]– المجلة القضائية للمحكمة العليا – الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص سنة 2001 – ص 175 .
[1]– المحكمة العليا قرار رقم 134951 بتاريخ 05/21/ 1996 المجلة القضائية العدد الثاني – سنة 1997 – ص 86 .

الحضانة أو اسقاطها ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ، ذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، و هذا ما أشارت إليه المادة **69** من قانون الأسرة.

وعليه من كل ما سبق نستنتج أنّ المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، و جعلها هي القاعدة السائدة التطبيق عند الحكم بالحضانة أو اسقاطها، إلاّ أنّه في نفس الوقت أخضعها إلى السلطة التقديرية للقاضي، وهذه السلطة التقديرية لها ما يكوّنها و هو الشيء الذي نتناوله في الفرع الثالث

الفرع الثالث :سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أنّ المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، و مهما كانت العواقب، غير أنّ مراعاة هذه المصلحة أعطيت 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، و من الأمثلة على ذلك ما ورد في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين اعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة لأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها، و أن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة .[1]

[1]– المحكمة العليا – قرار رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23 السابق الذكر

غير أنّه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، أنّ اسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق ،و ليست من آثار الوفاة، و أنّ مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها

وتربيها مبيّنين أنّ الطاعنة مسنة التي تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة **2/62** من قانون الأسرة " .[1]

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدّة وسائل من خلالها يقدّر و يصدر حكمه و من ذلك :

–التحقيق و المعاينة : للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، و تحديد أيّهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الإعتماد على نص المادة : **43** من قانون الإجراءات المدنية ، و هذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة ،

و كما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الإجتماعية حتى يمنح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .[2]

---

[1]- المحكمة العليا – قرار رقم 256629 بتاريخ 2001/02/12 - م . ق العدد الثاني – سنة 2002 – ص 421 .

[2]- المحكمة العليا – قرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18 السابق الذكر .

– **كما أنّ للقاضي الإنتقال للمعاينة** : و هذا إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون ، ومن هذه الظروف : ضيق المسكن أو اتساعه ، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه ، و مدى قرب هذا السكن من المدرسة ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقّيها .

– **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 ، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملا بأحكام المادة **64** من قانون الإجراءات المدنية ، في حين أنّه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنّهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى أنّه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط و هذا بدوره قد يؤثر على الإختيار الأصوب [1]، كما أنّه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإنّ الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب و عدم الإكتراث ، و في هذا صدر نقض من المحكمة العليا ، في قرار صادر بتاريخ : **1982/10/21** عن مجلس قضاء قسنطينة، و الذي اعتمد على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما و على رغبتهما في البقاء عند جدّتهما لأبيهما ، فإعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي . [2]

---

[1]- رسالة ماجستير للطالبة حسيني عزيزة – المرجع السابق – ص 86 .
[2] - قرار المحكمة العليا – رقم 32594 الصادر بتاريخ 1984/04/02.

وعليه يمكن القول أنّ قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، و على الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلاّ أنّه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب، و هذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته، و من هذه المشاكل ما لاحظناه على مستوى مجلس قضاء و محكمة المدية، و هذا في حالة تعدد الأطفال المحضونين، لكن عدم تجزئتهم بل إسنادهم إلى حاضن واحد، أو إلى طالبها، و ما نراه في هذا أن اسناد حضانة كل الأولاد لطالبها غير سديد .

ويمكن إرجاع ذلك إلى كون مصلحة الأطفال تختلف باختلاف الأعمار فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل الصغير البالغ من عمر سبع سنوات، لأن مصلحة الرضيع مع أمه إلى غاية بلوغ سن الفطام على الأقل، في حين أنّ الطفل الصغير قد تكون مصلحته مع أبيه، و مثال ذلك إذا كان أبوه جزائري و أمّه أجنبية .

لكن لو قلنا أنّ الحضانة لا تقبل التجزئة فما هي مصلحة المحضونين هنا ،هل مع أمّهم أو مع أبيهم؟ وقد لاحظنا على مستوى غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية صدور قرار قضى بإسناد حضانة الأبناء كلهم إلى أمهم مخالفا في ذلك حكم الدرجة الأولى الذي أسند إلى الأم بنت واحدة مؤسسين قرارهم على أنّ مصلحة الأبناء تقتضي ذلك .[1]

[1]– قرار مجلس قضاء المدية – غرفة الأحوال الشخصية – رقم 2002/31 بتاريخ 2002/03/30 .

وإنّ الإشكالات المتعلقة بالحضانة لا تثار إلاّ عند إسنادها أو إسقاطها فقط، بل حتى في وقت ممارستها قد تثار إشكالات أخرى و من أبرزها إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة، و هي النقطة التي يتم معالجتها في المطلب التالي .

المطلب الثالث:إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

إنّ مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة تدخل ضمن المسؤولية النّاشئة عن فعل الغير، و هي مسؤولية من طبيعة خاصة، و قد نص عليها المشرع بصفة عامة في المادة **134** من القانون المدني .

لقد جاء في نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري :

" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون مُلزما بتعويض الضرر الذي يُحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار " .

ولدراسة مسؤولية الحاضن على ضوء هذه المادة التي وضعها المشرع لقيام مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأعمال الضارة التي يقوم بها الشخص الخاضع لرقابته و على ضوء ما جاء في قانون الأسرة وجب علينا اتّباع ما يلي :

الفرع الأول: الفعل الخاضع للرقابة و شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة

– البند الأوّل : الفعل الخاضع للرقابة :

إنّ الفعل الخاضع للرقابة هو من الأفعال الغير المنشئة للمسؤولية المدنية ، فهو يحمّل مسؤوله تعويض الأضرار التي يتسبّب فيها للغير ، و يتّضح هذا كلّه من خلال المادة **134** من القانون المدني السابقة الذكر.

–البند الثاني :شروط قيام مسؤولية المكلّف بالرقابة

لا تقوم مسؤولية المكلّف بالرقابة عن الأضرار التي يحدثها الشخص الخاضع للرقابة إلاّ بتوافر شروط :

أولا : تحمل المسؤول الإلتزام بالرقابة

واجب الرقابة هو أساس المسؤولية المدنية عن فعل الغير ، و لكن ما هو مصدر الإلتزام بالرقابة ؟

يتضح من أحكام المادة **134** من القانون المدني أنّ واجب الرقابة الملقى على عاتق المسؤول قد يرجع إلى حكم القانون مثل واجب الرقابة الذي يتحمّله الأب و بعد وفاته الأم على أولادهما القصر أو كل من يتولى مسؤوليتهم قانونا.

ثانيا : حاجة الفاعل إلى الرقابة

من خلال المادة **134** من القانون المدني الحالات التي تجعل الشخص في حاجة إلى رقابة الغير هي : حالة القصر و الحالة العقلية و الحالة الجسمية :

أ- قصر الولد : هنا العبرة بالقصر لا بالتمييز أو بالأحرى أن الولد لم يبلغ سنّ الرشد و هو بلوغه تسعة عشر سنة كاملة طبقا لنص المادة **40** من القانون المدني، و من ثم يتحمل الأب أو الأم أو كل مسؤول عنهم المسؤولية المترتبة عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها .

وعند ترشيد القاصر يتخلص الرقيب من المسؤولية إلاّ إذا استطاع المضرور أن يقيم الدليل على خطأ الأب أو الأم الشخصي بترشيد ولده القاصر قبل الأوان.

ب- أن يكون الولد قد ارتكب الفعل الضار :و هنا لا يشترط توفر الخطأ، بل يكفي وقوع عمل غير مشروع لأنّه قد يكون القاصر غير مميّز [1]، و رغم ذلك يكون المكلّف بالرقابة مسؤول ، و هنا يكفي توفر العنصر المادي للخطأ و هو التعدي دون الحاجة إلى الرّكن المعنوي ، و الفعل الضار يُعتبر شرطا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية ، و لابدّ أن يحدث هذا الفعل الضار ضرر للغير.

ومسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مفترضة تقبل إثبات عكسها إذ يفترض أنّ متولي الرقابة قد أساء تربية الخاضع للرقابة .[2]

والمضرور غير ملزم بإثبات خطأ الرقيب بإساءة تربية الولد ، بل المسؤول هو الذي يثبت أنّه لم يسيء التربية و ذلك بـ :

1- إثبات أنّه قام بواجب الرقابة على أحسن وجه ، و لم يُقَصِّر في أدائها.

2- أن يقطع العلاقة السببية بين الرقابة و الضرر بالسّبب الأجنبي ، أي أن يثبت أنّ الضرر كان واقعا لا محال و لو قام بواجب الرّقابة .

---

[1]- أ . لحلو غنيمة – محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة – الدفعة 13 سنة 2003/2002

[2]- السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الإلتزام – مصادر الإلتزام – ص 1005 .

وبعدما تعرّضنا بإيجاز لمسؤولية متولي الرقابة و لشروطها بصفة عامّة ، و عن المسؤول عن القاصر أي أنه و في حالة حصول الطلاق أو الوفاة فإن المسؤولية تؤول للحاضن.

الفرع الثاني:مدى مسؤولية الحاضنة عن أفعال المحضون الضارة

.يمكن أن نلخص وظائف المسؤول عن المحضون أو بالأحرى الحاضن فيما يلي:

1- الحراسة :

وهي وجود القاصر عند من يتحمل مسؤوليته ، فيكون محل إقامة الطفل هو نفسه محل إقامة حارسه .

2- إدارة ممتلكات الطفل و الإنتفاع بها :

بالإضافة إلى سلطة التربية الممنوحة للحارس فَلَهُ سلطة تسيير ممتلكات الطفل أيضا و له أن ينتفع بها، و بقدر ما يمكن جمع هذه السلطات في يد واحدة، فإنّه يمكن للقاضي أن يفصل بين الحراسة و إدارة ممتلكات المحروس إذا كان في ذلك خدمة لمصلحته ،لأنه بالضرورة ليس الأفضل في التربية الأفضل في إدارة الأموال.

3-المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة :

إنّ هذه المسؤولية هي أصلا مسؤولية متولي الرقابة، و لقد افترض المشرع بمقتضى أحكام المادة **134** من القانون المدني المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة، و من هم في حكمه من أب و أم أو غيرهم، و ذلك باعتبار أنّه يفترض أيضا أنّ الإضرار بالغير من قبل الخاضع للرقابة يرجع إلى إخلال متولي الرقابة بواجب الرقابة الذي يتحمّله قانونا أو إتّفاقا، و هذا يفيد قطعا أنّ أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة،

و هذه القرينة المقررة قانونا هي قرينة بسيطة بحيث يستطيع متولي الرقابة إثبات عكس ذلك. [1]

والمشكل الذي يطرح هل يتولى المسؤولية متولي الرقابة في حالة ارتكاب الطفل للفعل الضار أثناء ممارسة الطرف غير الحارس لحقه في الزيارة و الإيواء ، فهل يكون مسؤولا أم أن المسؤولية تظل ملازمة للحاضن .

في هذه الحالة فإن الطرف غير الحاضن لا يفقد سلطته الأبوية بفقد الحضانة ، و إنّما يعلق العمل بها و في حالة وجود الطفل بين يديه اثناء زيارته و إيوائه له يسترجع هذه السلطة .

- **السلطة في قانون الأسرة الجزائرية :**

قانون الأسرة الجزائري لا يَعْرِف السلطة و إنّما إكتفى المشرع بالكلام عن الولاية فقط دون ذكر السلطة .

والولاية هي تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم[2] .و هي حسب الدكتور العربي بلحاج ثلاثة أقسام :

الولاية على النفس، و الولاية على الأموال، و الولاية على المال و النفس معاً.

ولكن الإمام أبو زهرة[3] يصنّفها إلى ثلاثة أصناف و لكن بشكل مخالف، و هي ولاية النفس و ولاية المال و ولاية التربية، و هذه الأخيرة حسب نص المادة **62** من

---

[1]- رسالة ماجستير – للطالبة حسيني عزيزة – المرجع السابق

[2]– د . العربي بلحاج – المرجع السابق – ص 118 .

[3]– الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص 104 .

قانون الأسرة هي الحضانة، و بالتالي فإنّه حسب هذا التعريف فإنّ الحضانة هي جزء من الولاية فقط ، و ليست هي الولاية، أي يمكن أن يكون الولي شخص و الحاضن شخص آخر، و للولي مراقبة تربية الحاضنة للمحضون، و أكثر من ذلك فإنّ الحضانة يمكن التنازل عنها من قبل الحاضن، لكن الولاية هي من النظام العام لا يمكن التنازل عنها ، و حسب نص المادة **87** من قانون الأسرة فإنّ الولاية تكون للأب بداية و بعد وفاته تعود للأم حيث تنص:

" يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا"

ولقد صدر بذلك قرار من المحكمة العليا ، حيث جاء فيه : "و من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحلُّ الأم محلّه قانونا. و لما كان ثابتا في قضية الحال ، أن القضاة لما قبلوا الإستئناف من أمّ المطعون ضدّه و هي لم تكن طرفا في الخصومة ،كما أنّ المطعون ضدّه لازال قاصرا ، و أنّ أباه هو ولي عنه حسب القانون و لم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم " .[1]

وبالتالي فإنّ الأب يبقى وليا عن أبناءه القصّر حتى و لو كانوا في حضانة أمّهم. و من خلال ما سبق فإنّ الحضانة إذا كانت للأم فإنّ الولاية على النفس والمال تبقى من اختصاص الأب، و الحضانة عندنا لا تنقل لصاحبها أي سلطة على الطفل و يبقى خاضعا لولاية العصبة من الذكور .

---

[1]- المحكمة العليا – قرار رقم 167835 الصادر بتاريخ 1998/05/17 .

الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، وجدنا أنّها من المواضيع الحساسة و الدقيقة و المعقّدة أيضا، ذلك أنّ الحضانة قائمة على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون، هذا المصطلح الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا، إلاّ أنّه غير واضح و غير محدد بدقة، إذ أنّ مصلحة المحضون فكرة مطاطة قد تقبل التوسيع و التضييق منها .

وقد ترك المشرع الجزائري البحث و تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، و بالنظر إلى تفشي ظاهرة الطلاق و توسعها بشكل كبير الأمر الذي يطرح بشدّة، بالتالي موضوع الحضانة باعتبارها نتيجة حتمية للطلاق و أنّه لا مجال في المقابل للحديث عن هذه المسألة إذا كانت الزوجية قائمة رغم ما يمكن أن يعانيه الطفل من سوء معاملة أو إهمال من أبويه دون أن يستطيع القضاء التدخل لحماية هذا الطفل في غياب شكوى .

أمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه أمام وضع حرج، فهو ملزم من جهة في البحث عن مصلحة المحضون، و أين يجدها حتى يسند الحضانة للأجدر و الأحق بها، و من جهة أخرى يجد القاضي نفسه معدم من كل الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توفرها، لأن كثرة القضايا و تكاثفها من شأنها أن تجعله لا يعطي للملفات المعروضة عليه العناية اللازمة و الدراسة الكافية، لأنّه أصبح مقيد بالفصل في القضايا في أحسن الآجال .

هذه الفكرة في رأينا و إن كانت صائبة و مطلوبة في باقي الدعاوى، إلاّ أنّها قد تكون لها نتائج سلبية على المحضون باعتبار أنّ القاضي في أغلب الحالات – أمام نقص القضاة و كثرة القضايا – لا يجد بل لا يكون له الوقت لإجراء تحقيق و بحث حتى يستشف مصلحة المحضون.

ولأن وضعية الطفولة في العصر الحديث أصبحت من المحاور الرئيسية التي يدور حولها النقاش في المجتامعات الغربية، حيث تعقد لأجلها الملتقيات و المؤتمرات، و أبرمت لأجلها الإتفاقيات و المعاهدات الدولية من أجل الحرص على حماية الطفل و الإعتناء في هذه المرحلة الحساسة من عمره، و ذلك بإنشاء الجمعيات التي تلعب هذا الدور و تدعيمها و التي تدافع عن حقوق الطفل من جهة، و تساهم في توعية المجتمع و تحسيسه بضرورة الإهتمام بالقُصر و حفظهم من شتى أنواع الإنحراف أو العنف أو الإهمال، و قد توصل الأمر إلى إمكانية نزع الطفل من والديه و وضعه في دور الحضانة المتخصصة إذا ما لاحظت الجمعيات أن وضعية طفل في أسرة ما من شأنها تهدد بناء شخصيته .و عليه نرى أنّه من الواجب أن يلقى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون الوحيد تقريبا، ما دام أنّه لا توجد جمعيات متخصصة في الجزائر لهذا الغرض، و لها نفس الصلاحيات لنظيراتها في المجتمعات الغربية .

وما دام أنّه لا توجد في الجزائر هيئات أو جمعيات لها نفس الصلاحيات لنظيراتها في المجتمعات الغربية في مراقبة وضعية الطفل، و منه نرى أنّه من الواجب أن يلقى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون كامل الدّعم المادي و المعنوي حتى يقوم بمهمته على أحسن وجه، و يبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص، و من ذلك أن

يوضع تحت تصرفه متخصصين نفسانيين، اجتماعيين و أطباء من شأنهم أن ينوّروا له الإتجاه الذي يسلكه بخصوص الطفل باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه .

وما يمكن ملاحظته على المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري، تبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد ركّز في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة **62** من قانون الأسرة، ويكون بذلك قد حدّد نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية، و منه يتعيّن على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمّنها تعريف الحضانة و هي : رعاية الولد، تعليمه، القيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقا .

وقد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه، و قد ساوى الفقه و القضاء بين المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة، و يقع على عاتق الوالد أو من يحل محلّه عبء مراقبة ومتابعة ما إذا كانت تربية الولد تتمّ فعلا على دين أبيه، لكن السؤال الذي يطرح نفسه : كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة ؟ نلاحظ أنّه من الصعوبة بما كان أن يستطيع متابعة ابنه في هذه الحالة، ولبعده عنه و عدم التقائه يوميا به، والقول بأنّ الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محلّه كون أنّ المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة . ثم أنّ الزيارة حق، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه؟ و كيف تكون تربية الطفل ؟ ومن يراقب ذلك ؟

نرى أنّه على المشرع أن يتدخّل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه .

كما أنّه يلاحظ على نفس المادة أنّها أهملت الحديث أو تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها و اكتفت بعبارة " و أن يكون أهلا للقيام بذلك "، و ضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون .

أمّا بخصوص المادة **64** التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مقتضبا و مختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى، خاصة عندما نصّت : على الأقربون درجة، فالمشرع لم يحددهم وترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة، و لم يبيّن ما هو الحل إذا تعدّد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة ...

كما أنّ المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يحدّد معناها و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن .

وعندما نص المشرع على تمديد حضانة الذكر الذي أتمّ **10** سنوات إلى غاية **16** سنة، و حصر طلب ذلك على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد، و لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان الحاضن عند شخص غير الأم، حتى و لو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد، و هذا في رأينا قصور من المشرع يجب تداركه.

كما أنّ المشرع الجزائري لم يبيّن سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم دون غيرها، كما لا يفوتنا أن نشير أنّه

على المشرع أن يفصل في أي من الأبوين (الطرفين) الذي تتحدد مسؤوليته في رقابة الطفل المحضون .

وعليه فإنّنا نرى أنّه من الضروري أن يتدخّل لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة و أكثر تفصيل، و تدارك النقائص الموجودة و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل .

وحتى المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة لم يعالج بعض النقاط الحساسة التي كانت أمل الباحثين و النّقاد و الدّارسين في موضوع الحضانة، و اكتفى في تعديله إلى الإشارة بتغيير ترتيب الأب فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة، و التطرق إلى عمل المرأة الذي اعتبره حقّا لها لا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة، و ما جاء في المادة **57** مكرر بإعطاء صلاحيات لرئيس المحكمة للفصل على وجه السرعة في مسائل الحضانة، المسكن، الزيارة و النفقة، وإنشاء صندوق للنفقة، و إسناد الولاية على الطفل إلى حاضنه .

وهي تعديلات مهمة من شأنها على قلتها أن تساهم في حماية مصلحة المحضون، في انتظار المزيد نحو الأحسن .

قائمة المراجع :

1- المؤلفات :

- الفقيه إبن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – المجلد الثاني الجزء الرابع – دار الكتاب العربي .
- الإمام أبو زهرة محمد– الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي .
- الفقيه الجزيري عبد الرحمن – الفقه على المذاهب الأربعة – .
- الإمام مالك – المدونة الكبرى – دار صادر – الجزء الثاني .
- الدرديري سيد احمد – الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية . وزراة الشؤون الدينية نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية – الجزء الثاني – 1992 .
- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيد احمد الدرديري – دار الفكر بيروت .
- الدكتور السنهوري عبد الرزاق – الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام – الجزء الأول – دار إحياء التراث العربي بيروت
- الدكتور الصابوني عبد الرحمن – شرح قانون الأحوال لاشخصية السوري – الجزء الثاني – الطلاق وآثاره .الطبعة الخامسة ، 1978-1979.
- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني– المكتبة العصرية (صيدا بيروت)

.

- الدكتور بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 1999
- الدكتور بدران أبو العنين بدران – الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون – توزيع مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية .
- الدكتور بو سقيعة احسن – الوجيز في القانون الجنائي الخاص – الجزء الأول – دار هومة – طبعة 2002 .
- الدكتور بن رقية بن يوسف – أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري – إجتهادات المحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية . الطبعة الثانية مزيّدة و منقّحة

2002 .

- خان محمد صديق حسن – الروضة النديّة ، شرح الدور البهية – دار ابن تيمية ، البليدة الجزائر – 1991 .
- الدكتور زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري – الجزء الأول : تنازع القوانين – مطبعة الكاهنة سنة 2000.
- الدكتور عامر عبد العزيز – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – دار الفكر العربي .
- الإمام عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك – الجزء الثاني – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 .

- الدكتور فيلالي علي – الإلتزامات ، العمل المستحق للتعويض للنشر و التوزيع ، الجزائر 2002 .
- الدكتور فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنية للكتاب .
- الأستاذ سعد عبد العزيز – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – الطبعة الثالثة – دار هومة .

–الجرائم الواقعة على نظام الأسرة –

الديوان الوطني للأشغال التربوية – الطبعة الثانية منقحة و مزيّدة .2002.

- الدكتور سليمان علي علي– دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات اللجامعية – الطبعة الثانية 1989 .
- الدكتور وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – الجزء العاشر .
- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، ج2، الطلاق و آثاره، ط.8، منشورات جامعة دمشق، 2001_2000 .
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، ط.4، الدار الجامعية، بيروت،1983.

المجلات و الجرائد :

- المجلة القضائية لسنة 1982 .
- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد أول .
- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد أول . عدد ثاني . عدد ثالث .
- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد أول . عدد ثاني . عدد رابع .
- المجلة القضائية لسنة 1992 عدد أول .
- المجلة القضائية لسنة 1993 عدد ثاني .
- المجلة القضائية لسنة 1994 عدد أول . عدد ثاني .
- المجلة الجزائرية لسنة 1994 عدد ثالث .
- المجلة الجزائرية لسنة 1996 عدد رابع .
- المجلة العربية للفقه و القضاء العدد 18 الصادر في سبتمبر 1997.
- جريدة اليوم عدد 1730 الصادر بتاريخ 03نوفمبر 2004 ص 20
- جريدة الشروق عدد 1148 الصادر بتاريخ 9أوت 2004 ص7 .

النشرات :

- نشرة القضاة لسنة 1986 . عدد 2 .
- نشرة القضاة لسنة 1997 . عدد 56 .

الرسائل :

- رسالة الماجستير للطالبة حسيني عزيزة – الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي .جامعة الجزائر بن عكنون 2001 .

الموسوعات :

- موسوعة الفكر القانوني – عدد رابع .
- الموسوعة القضائية – قرص مضغوط .

التشريعات :

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984.
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ ، الموافق لـ 08يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية .

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ ، الموافق لـ 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني .
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات .
- المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 هـ ، الموافق لـ 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الجزائر و فرنسا و المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21يونيو 1988 .

محاضرات :

- قانون نت kanoun . Net – الموضوع الحضانة – الكاتب نايف بن محمد .
- محاضرات الأستاذة لحلو غنيمة في مقياس القانون المدني – ألقيت على الطلبة القضاة – دفعة 13 – 2002 م .
- **bencheikh hocine dennouni H., la garde: un attribut de la maternité en droit algérien, R.I.D.C., 1986, n 1.**
- **Delon D. ,la juriprudence, source de droit, th. Paris 2, 1980**

الفهـرس الصفحة

مقدمة 06

الفصل الأول مفهوم الحضانة و آثارها

المبحث الأول : تعريف الحضانة و شروطها و أصحاب الحق فيها ..12

المطلب الأول : تعريف الحضانة 13

الفرع الأول : تعريف الحضانة فقها.....13

الفرع الثاني : تعريف الحضانة قانونا.....16

المطلب الثاني : شروط الحضانة 17

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال و النساء..... 18

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء 25

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال 29

المطلب الثالث : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة 30

الفرع الأول : الأبوان 31

الفرع الثاني : المقربون من جهة الأبوين.....34

الفرع الثالث : الأقربون درجة.....**36**

المبحث الثاني : آثار الحضانة **40**

المطلب الأول : نفقة المحضون و أجرة الحضانة.....**40**

الفرع الأول : نفقة المحضون.....**41**

الفرع الثاني : أجرة الحاضنة.....**45**

المطلب الثاني : سكن الحضانة **49**

الفرع الأول : المكلف بتوفير مسكن الحاضنة أو أجرته **49**

الفرع الثاني : مكان ممارسة الحضانة و الإنتقال بالمحضون **50**

الفرع الثالث : حق الحاضنة في السكن **53**

المطلب الثالث : حق الزيارة.....**54**

الفرع الأول : حق الزيارة في الفقه **54**

الفرع الثاني : حق الزيارة في القانون.....**55**

الفصل الثاني التطبيقات القضائية للحضانة إشكالاتها

المبحث الأول :دعاوى الحضانة 60

المطلب الأول : الدعاوى المدنية **60**

الفرع الأول :دعوى إسناد الحضانة **60**

الفرع الثاني : دعوى تمديد الحضانة.....**63**

الفرع الثالث : دعوى اسقاط الحضانة **66**

المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة **76**

الفرع الأول : جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه **77**

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه **80**

الفرع الثالث : جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة **82**

المبحث الثاني:أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة 84

المطلب الأول : إشكالية الزواج المختلط **84**

الفرع الأول : في حالة وجود إتفاقية مع الجزائر **85**

الفرع الثاني : في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر.....**88**

المطلب الثاني : إشكالية مراعاة مصلحة المحضون **91**

الفرع الأول : معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.....**91**

الفرع الثاني : قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل ق أ ج ...**93**

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....**97**

المطلب الثالث : إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة....**100**

الفرع الأول: فعل الخاضع للرقابة الضارة و شروط قيام مسؤولية المكلّف بالرقابة.....**101**

الفرع الثاني : مدى مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة **103**

الخاتمة.....**106**

قائمة المراجع **113**