وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إجتهادات المحكمة العليا في قضايا الحضانة

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة :

- صايلية غنية

تحت إشراف الأستاذة:

- بن قارة مصطفي عائشة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	يحيى عبد الحميد	رئيسا
الأستاذة	بن قارة مصطفى عائشة	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عودة نبيل	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم:25/06/ 2023

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من كانا خير سند لي في الحياة

إلى من رضاهم غايتي وطموحي فأعطوني الكثير ولم ينتظرا الشكر والديا الحبيبين أطال الله في عمرهما و أمدهما بالصحة والعافية

املة من الله تعالى أن يوفقني و إجعلهما فخورين بي دوما إنشاء الله إلى عائلتي الكريمة من صغيرها إلى كبيرها .

إلى أستاذتي الحبيبة وعلى صبرها معي طيلة فترة إعداد المذكرة

وإلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته بحلوه و مره رعاهم الله ووفقهم

و إلى كل دارس وطالب علم أهدي هذا الجهد الذي أتمنى أن يكون مرجعا مفيدا في المستقبل .

شكر وتقدير

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وعلى آله وصحبه المستحقين شرف، أما بعد:

أتقدم بعظيم إمتناني وشكري لكل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة زادت من همتي وعطائي لإنجاز هذا البحث المتواضع

وأخص بالذكر أستاذتي العزيزة

" بن قارة مصطفي عائشة "

الذي كان لي الحظ على إشرافها لهذا العمل شكرا لها على كل ما قدمته لي من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع الدراسة أسأل الله أن يجزيها عنا كل خير وأن يسدد خطاها ويحقق مناها

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والامتنان إلى جميع أستاذي الكرام وإلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين حملوا على عاتقهم عبء قراءة هذه المذكرة

و أتقدم بالشكر و العرفان لجامعتي الموقرة جامعة عبد الحميد ابن باديس التي احتضنتني بين أوراقه

قائمة المختصرات :

ص: صفحة

ج.ر : جريدة الرسمية

غ أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية .

ق . أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

ق . إ.م. إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية .

ق .م. ج: قانون المدني الجزائري .

ق. ع . ج: قانون العقوبات الجزائري

م.ع: المحكمة العليا

مقدمة

الطفل مخلوق بشري ضعيف، في مراحل حياته الأولى لا يمكنه الاعتناء بنفسه، لذلك عملت هيئات المجتمع والدولة على تلبية حقوقه الأساسية من بينها أن تكون له أسرة باعتبارها النواة التي ينشأ فيها، حسب نص المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة.

يعتبر الزواج أول خطوة لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة واحترام الزوجين لبعضهما البعض، غير أنه ليس بالأمر الهين بناء رابطة زوجية مستقرة، فقد تحدث خلافات بين الزوجين فيصعب مواصلة العيش مع بعضهما فتنتفي الغاية الموجودة من الزواج، وحتى لا يذهب حق أي من الطرفين أباح الإسلام الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال عند الله، وذلك للضرورة التي تجعله علاجا للتخلص من الشقاء، وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة ، ومن أهم النتائج المترتبة عن الطلاق مصير الأطفال في من يتولى رعايتهم وتربيتهم، وصيانة حقوقهم، وهذا ما يعرف بالحضانة.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع:

-في أن موضوع حماية الطفل باعتباره أساس المجتمع لذلك يجب أن ينشأ نشأة صحيحة، حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع.

-كذلك أهمية الحضانة، والتي تعتبر أمرا ضروريا لحماية مصالح الطفل في القانون والقضاء.

- أن مصلحة المحضون في كل من القانون والقضاء تسعى إلى تأمين حقوق الطفل الأساسية التي تساعده في عيش حياة مستقرة.

-كما تظهر أهمية الموضوع من الناحية العملية، فنجد أن موضوع مصلحة المحضون يعد من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال فك الرابطة الزوجية، وخاصة أن المشرع ترك السلطة وأمر تقديرها للقاضي، مما يفرض علينا البحث عن ضوابط تقدير القضاء لهذه المصلحة.

أما عن أسباب اختيار الموضوع يمكن إرجاعها إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية:

فأما الأسباب الشخصية : فتتمثل في الميل الشخصي لمعريفة القوانين وتعمق فيها كون موضوع الحضانة يؤثر في الأسرة بصفة عامة و الأطفال بصفة خاصة. ارتباط الموضوع بحياة الأطفال. أيضا لفت انتباه الباحثين في الدراسات المستقبلية، من أجل صيانة حق المحضون.

الأسباب الموضوعية: تتمثل في اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة ومدى سلطته في مراعاة مصلحة المحضون. تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في الحضانة.

أيضا محاولة معرفة مدى إلمام المشرع بالجوانب المتعلقة بمراعاة مصلحة المحضون.

وأخيرا تعليق المشرع معظم الأحكام الخاصة بالحضانة من حيث إسنادها وسقوطها على مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.

الهدف من الدراسة

-بيان مفهوم الحضانة وأسباب السقوط الحضانة، وأهميتها في حياة المحضون.

-التطرق إلى النصوص القانونية وأهم الاجتهادات القضائية التي عالجت الموضوع.

-الحرص على استيفاء حقوق المحضون.

-التأكيد على أخذ مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

-معرفة الوضعية التي يعيشها الأطفال بسبب افتراق والديهم، والصراع فيما بينهم حول الحضانة.

-معرفة الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي، في إسناد الحضانة

- معرفة مدى كفاية النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لحماية مصلحة المحضون.

الدراسات السابقة

وقفنا من خلال البحث في الموضوع على بعض الدراسات المهمة:

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

مطروح عدلان الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول قسم العلوم الإسلامية كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر، 2014/2015. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، تخصص الوادي، 2014/2015.

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

حيث ركزت الدراسات السابقة على دراسة موضوع الحضانة بصفة شاملة، اهتمت بآراء فقهاء شريعة الإسلامية، مع إبراز مصلحة المحضون في عنصر ثانوي، دون إعطائها قيمتها من الناحية التطبيقية، وهذا ما دفعنا إلى القيام بهذه الدراسة. صعوبات الدراسة اعترضت إنجاز عملنا هذا، العديد من الصعوبات تتمثل في:

قلة المراجع المتخصصة المعالجة للموضوع، ونقص البحوث العلمية، كون هذا الأخير لا يتعلق بالحضانة ككل وإنما جزء منه ألا وهو رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، عدم كفاية الوقت للتوسع أكثر في موضوع حساس مثل موضوع رعاية مصلحة المحضون.

الحضانة من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة المحضون.

وعليه يطرح موضوع الدراسة إشكالية رئيسية مفادها: **ما مدى فعالية النصوص القانونية المنظمة للحضانة في تحقيق مصلحة المحضون، وما مدى تكريسها في الاجتهاد القضائي؟**

منهج الدراسة

اقتضت طبيعة الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يتناسب مع الدراسات القانونية، كما وظفنا المنهج التحليلي الذي كان معتمد في تفسير المواد القانونية، وتحليلها من خلال الاجتهادات القضائية، واستعملنا المنهج المقارن حينما عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون 84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02 و قانون رقم 05-09.[1]

1 – قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم:

ولأجل الإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين تطرقنا في الأول إلى الفصل الأول بعنوان ماهية الحضانة حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها، وفي المبحث الثاني إلى سقوط الحضانة والتنازل عنها

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه الإجتهاد القضائي في قضايا الحضانة في المبحث الأول سنتطرق أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى قرارات المحكمة العليا في الحضانة

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ،ج ر، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

- قانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر، عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

الفصل الأول

ماهية الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة مظهر من مظاهر عناية هي التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية.

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أعطتها الشريعة الإسلامية أهمية وكذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية والمعنوية للصغير، و ذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغير، و بالتالي يجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، و كذا من يكفل له التربية الصحيحة و الخلقية السليمة و ذلك حتى يكون فردا صالحا وسط مجتمعه [1].

وقد نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة و قررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منه فحددت من خلال النصوص والاجتهادات المقصود بالحضانة، كما حددت من له الحق فيها و مراتب الحاضنين بحسب القرابة، كما أن قانون الأسرة الجزائر[2]

نظم أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72، وبالتالي نجد أن كل من الإسلام والقانون الجزائري أوليا اهتماما خاصا بالحضانة كونه موضوع ذو حساسية بالغة، فهو يتعلق بنفسية طفل بريء قد تصاب حياته بإعاقة كاملة جراء الصدمات النفسية أو الحرمان

---

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ،2005 ص379 .

2 – قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم:

–الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ،ج ر، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

– قانون رقم 05–09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر، عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

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

المبحث الأول : تعريف الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها :

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه، وعقله، ودينه ، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الإنحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، وأن يكون 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. وعليه، يتعين دراسة هذا المبحث في مطلبين، حيث نتطرق تعريف الحضانة في المطلب الأول، وشروط ممارسة الحضانة في المطلب الثاني.

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]

[1]– فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986، ص 369 .

الفرع الأول : التعريف الفقهي للحضانة

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير[1] 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[2].

والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا 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 ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم ، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب ، وقد عرفها الإمام مالك بأنها: [3]

((تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء)) أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ لا يستقل بأمره وتربيته ، بما يصلحه ويقيه ما يضره 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 . [4]

أما الشيخ أبو زهرة [5]فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال :

أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيه بالحضانة، فالحضانة

---

[1]– السيد سابق ، فقه السنة ، المكتبة العصرية، بيروت، ص 482 .

[2]– الإمام مالك، المدونة الكبرى ، دار صادر الجزء الثاني، ص 358

[3]– حاشية ابن عابدين ،ص 560

[4]– ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني ، دار الكتاب العربي، ص 123 .

[5]– محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 474.

هي تربية الولد في المدة التي لا للنساء وهي يسمى يستغني فيها عن النساء ممن لهنّ الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم محارمه النساء، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة و يرى 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 ، ويدخل في نطاقها ثلاث ولايات:

– أولها: ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز وهي ما تسمى بالحضانة.

– ثانيها : ولاية التربية والتأديب والتهذيب ، و تبدأ بعد بلوغه سن التمييز واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل ، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة

– ثالثها : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناء على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يُهلك بتركها، فوجب الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و إنجاؤه 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 يضيع ما يعول " .

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقضة والانتباه والخلق الجم، حتى إنه يُكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته ، كما يُكره أن يدعوا على نفسه و خادمه و 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 يسأل فيها غطاء فيستجيب له " وروى أبو

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

[2]– سورة آل عمران ، الآية 37 .

موسى عن إبن عباس 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 عليه ، فإن البركة في البنات من المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشَّدة ثقْلُهُنَّ على الأرض و رزقهن على الله " [1]

الفرع الثاني : التعريف القانوني للحضانة

نصت المادة 62 من قانون الأسرة": الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " وعرفتها 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 بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته . فخلافا للقانونين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد ، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد[2]أن التعريف الوارد في المادة 62 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 فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي :

[1]– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر المعاصر ، 2017، ص 7296 .

[2]– عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ، دار الهومة ، الجزائر،1996 ص 293 .

أولا : تعليم الولد

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

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا ، فإن القاضي يمنح الحق في 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 لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم ، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا ، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب و أن لا يُؤدِّب كلما استدعت الحاجة ، ثم إن 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، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة[1].

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

المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء 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 والنساء وأخرى تختص بها النساء، والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال .

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 أنه : ((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 وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل.

ولتحديد هذه الشروط الغير واردة في القانون فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها مع الإستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا باعتبارها الهيئة العليا المنوط بها توحيد الإجتهاد القضائي لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط [1].

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 والأكثر

[1]– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق، ص 7305

صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء 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 وإن كان نادرا أو قصيرا [1]. و لو مثلا مرة في كل سنة، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته.

والمعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير و بالتالي فلا يرعى هو غيره ، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون ، إذ الحضانة من الولاية ، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له 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 مُبكِّركي 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]- عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، الزواج ، علم الأصول الفقه ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1984 ، ص 235

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس ، فلا 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 ، أنه : ((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[1]

2- البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلا 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 فلأنها بالغة حكما ، إذا ادعت البلوغ وهي ان ادعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادعائها ، و كون البلوغ شرط في الحاضنة ، شرط سار عليه سائر الفقهاء ، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه و يقوم على شؤونه ، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره . [2]

والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة [3]، والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

3- الأمانة على الأخلاق: الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته ، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004 ، ص 383

[2]- عبد العزيز عامر ،المرجع السابق ، ص 235

[3]- أحمد محمد العساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، المجلد 2 ، دار إحياء العلوم ، بيروت، 1979، ، ص 438.

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 نُزع منها وسقطت الحضانة عنها[1].

وعليه فالحضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امراة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام ، في حين أن في هذه المسألة قيد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده 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 لأنها غير أمنية عليه . أما الرجل الفاسق فلا حضانة له. [2]

كما أنه قيل أن الحاضنة إذا كانت تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه، فلا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها [3]

ولقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرّس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته ، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها.

فأسقط القضاء الحضانة عن الأم لأنّ المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون على أخلاقه حيث جاء في قرار المحكمه العليا : " أن عدم. إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم

---

[1]– محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية 1 ، سنة 1956 م ص 394 .

[2]– وهبة الزحيلي وأدلته الفقه الاسلامي دار الفكر المعاصر ، بيروت ، 2017 ، ص 7306

[3]– عبد العزيز عامر، الاحوال شخصية في إفقها وقضاء ، دار الفكر العربي، ص 242

من الوقوع في زلات مشيئة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن من المحضوضين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما. [1]

ويتشدد القضاء في موقفه هذا و أسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة ، فكما أُسقطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة، إذ كذلك الام التي لا تقدر على تربية ابنتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه ، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة و الأمانة فيهما"[2]

والقول بأن الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا ، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال ، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإعتراف سيد الأدلة.

1 القدرة على التربية يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل ، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة.[3]

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا المتقدمة في السن تقدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له ، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز، وينيطون حضانة

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 09/07/1984م.

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 31997 بتاريخ 09/01/84

[3]– وهبة الرحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته ص 7305

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 [1]

وعليه فإن 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 ترجع إلى المحافظة على الصغير وتوفر راحته.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر 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 أو مرض يُعجز عن القيام بشؤون التربية و على القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه و تقدير مدى عجز الحاضنة[2].

وجاء في قرار آخر : " أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية والصحة فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون و لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده[3]

5- الإسلام : يرى الشافعية والحنابلة 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)) [4] فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و

---

[1]- عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ، ط2، القاهرة ، دار الفكر العربي،1976، ص 271

[2]- قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 30/12 1991.

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

[4]- سورة النساء الآية 141

هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" كل مولود يولد على المطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه". إلا أن الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ،فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أما أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته ، و كلاهما يجوز من الكافرة ، و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي : أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته تسلم فأتت النبي صلى الله عليه و سلم 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.

لأن مناط الحضانة عندهم هي و الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين، لكن هؤلاء إختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضة غير المسلمة.

– فقال **الحنفية:** يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير .

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

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم إشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود الى الاسلام او تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة .

[1]– وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7306

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

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة[1] . كما انه اسقطت الحضانة عن أم مسيحية لانها حاوت تربية ابنها وفق مبادئ دينها [2] .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي :

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه: اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

أ – قولهم أن 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 إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثدييا له سقاء و زعم أبوه أنه يترعه منّي يترعه مني فقال صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي"[3] 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 و يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في التراع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر : إنها أحق به ما لم تتزوج ، و قد وافقه

[1]– المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 29/05/1974 .

[2]– المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 16/04/1979 نشرة القضاء 81 رقم 2 ص 108

[3]– أخرجه أحمد وأبو داود و البيهقي و الحاكم وصححه

عمر رضي الله عنه على هذا الحكم و كان بحضور الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك ، و على حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زمانا و مكانا[1].

ب – و قيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، وهذا الرأي أكد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول، الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي وانطلق بي إلى رسول اله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله إن أنس غلام كيس فليخدمك ، قال : فخدمته في السفر والحضر وإن أنسا كان في حضانة أمه ، ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك ، وحجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تسقط بزواجها كفالتها لبنيها 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 تحمله على عكس الشفقة و رعاية حقه ، فيتم بينهما التعاون على كفالته ، و هذا على الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه و لا يمكنها من العناية به ، و عليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم و لا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته و مواهبه ، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه و يقسو عليه و لا يؤديه . [2]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة . ا تنص 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 لقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت

[1]– عبد العزيز عامر، مرجع سابق ص 258

[2]– بدران أبو العينين بدران، الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون ، الطبعة الثالثة، السنة 2008 ، ص 45.

أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، مما يستوجب معه نقض القرار .[1]

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور[2] أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون ، و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

وعليه خدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة وبغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها :

- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم : فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها ، و كذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته
- الا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة : و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة بالجزائري
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة ، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط . و نشير أيضا أن الحاضنة 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 .[3]

---

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

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

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

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون و أخته و جدته ، فلا حق لبنات العم و العمة و بنات الخال و الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ،و له ن الحق في حضانة الإناث و لا حق لبني الخال و الخالة و العم و العمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور .[1]

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

وجاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن

كل المشاكل التي تحيط بالطفل و تؤثر عليه سلبا في المستقبل .

4- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا : إن امتناع عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة ، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة[2].

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة .

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل و الأمانة والإستقامة شروط خاصة بالرجال فقط وهي :

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد

[1]- الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 408

[2]- عبد العزيز عامر، المرجع السابق ، ص 274 .

الفتنة والشهوة أعطيت له بالإتفاق ، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، وإبقائها 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 و لا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير ، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث[2]

الفرع الرابع : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون ، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها، أشد 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 و إما ذكورا وإما الفريقان ، 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 أمها ، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

---

[1]- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته، ص 830.

[2]- الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 408.

[3]- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي ، و أدلته، المرجع السابق ، ص 835.

أولا : الأم ومن يليها من قريباتها

الولاية على الطفل نوعان ، ولاية على النفس و ولاية على المال ، فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار، و تصرفات كالبيع و الإيجار و الرهن وغيرها ، فهذا النوع يقدم فيه الأب على الأم و من في جهتها ، و الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من رعاية الصحة و التأديب و التهذيب والنمو الجسمي، و التعليم و التثقيف في المدارس و نحو ذلك[1]عليه فإن و ترتيب الحاضنات يكون على النحو التالي:

1- الأم

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق ، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها ، و دليل تقديم دليل تقديم الأم من السنة : ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له : ((يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، له سقاء ، و حجري له حواء ، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني ، فقال : " أنت أحق به ما لم تنكحي ".

وقال صلى الله عليه و سلم : من فرق بين والدة و ولدها ، فرق أحبته. يوم القيامة". الله بينه وبين أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها و في وروي 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 يشب الصبي فيختار لنفسه.[2]

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

[1]- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ،مصر ،751، ص ص 122 123

[2]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7299

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 ،إن دفعت به مضرتها ، و ، 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 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 قدره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب ، و إليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه : هي أحق به حتى يشب ، و لأنه استغنى احتاج إلى التأديب بآداب الرجال ، و التخلق بأخلاقهم و تعليم القرآن و الحرف ، والأب على ذلك أقدر فكان أولىو أجدر)) .[1]

لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل ، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة والنفسية واستقرارها لدى الطفل من حيث تربيته و تهذيب أخلاقه و استقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي ، وهي كذلك منبع العطف والحنان ، ، و مجرى الحب و الشفقة ، و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، و إذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك .[2]

[1]– نايف بن محمد ، المرجع قانون نت Kannoun . Net ، الموضوع الحضانة .

[2]– عبد العزيز عامر ، المستشار بمحكمة الإستئناف ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء ، دار الفكر العربي

2- أم الأم (الجدة)

في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون ، إما لوفاتها ، أو لزواجها بأجنبي، أو لأي سبب من أسباب السقوط ، تليها امها مباشرة، لمشاركتها في الإرث و الولادة ، و كذلك لأن الجدة اكثر رأفة و شفقة على
المحضون من غيرها ، ولهذا فضلت الأم على الأب ، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب [1]

فالمشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم فحسب ، فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومنه 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 "[2]

فحضانة الأم لمحضونها تتقيد بشروط فنفس الشروط لابد أن تتوفر في أم الأم ، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي . [3] وكذا انتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية [4]

3- الخالة

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأم ، أو أخت لأب ، أو أخت لأم ، تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة ، و هذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء و على رأسهم المذهب المالكي و الحنفي و الشافعي و الحنبلي ، و عليه فإن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري سار على مناهج جمهور الفقهاء و لهذا فإنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت

---

[1]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7299 .

[2]- المادة 139 من قانون الأسرة السوري

[3]- المحكمة العليا ، ملف رقم 50011 قرار بتاريخ 20/06/1988

[4]- المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 09/01/1984م

بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون ، فالخالة تأتي في مرتبة أسبق من ، الأب وأن مركز الأب كأستاذ لا يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة ، مع العلم أن الإنفاق على الأب [1] كذلك إسناد الحضانة للأخت الأب بدل الخالة رغم مطالبتها بما يُعد مخالفة للقانون [2] ، إن 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 ، وقال: " الخالة أم" وقد كان ذلك عندما اختصم علي و جعفر و زيد ابن حارثة – رضي الله عنهم – في أيهم يحضن إبنة حمزة رضي الله عنه ، فسلمها رسول الله لخالتها و هي زوجة جعفر[3] و يجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة .

ثانيا : الأب و من يليه من أقاربه

إن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم ، لانتفاء الشروط فيهن أو وفاتهن إنتقلت الحضانة إلى جهة الأب ، و قد حددت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري هؤلاء الأشخاص تحديدا حصريا . [4]

1- الأب

يتضح لنا من قراءة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنها رتبت أب المحضون بعد الخالة مباشرة ، وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك و أبو – حنيفة [5] .

---

[1]– المحكمة العليا – ملف رق م 89672 الصادر بتاريخ 23/02/1993 ص 166 الإجتهاد القضائي – غرفة الأحوال ش عدد خاص 2001

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

[3]– ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص 306

[4]– وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7301

[5]– عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص 594

وطبقا لما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم و قريباتها فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته ، خاصة إذا كان الولد فطيما[1].

2- الجدة (أم الأب)

الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب، حسب الترتيب المحدد في المادة 64 من قانون الأسرة ، و يبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه ،و هذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه).[2]

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

ثالثا : الأقرب درجة

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

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

[1]- المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 09/01/1988

[2]- ابن القيم ، المرجع السابق ، ص 126

1- القريبات من المحارم

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

أ- **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 التى لأم على الأخت لأب [1]

ب - **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 لأب تقدم على التي الّأم على خلاف المذهبين المالكي و الحنفي[2]

ج- **المذهب الحنبلي** : يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات للأخوات بدءا بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم ، ثم أخت لأب ، فالخالة ، فالعمة ، ثم خالات 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]

د- **المذهب المالكي** : يرتب القريبات من المحارم ابتداءا من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه 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

---

[1]- أبو زهرة ، المرجع السابق ،ص 474 .

[2]- عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ، ص ص 218 - 219

[3]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7301

لأم ، و تليها لأب ، و إذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة ، و بعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت[1]

و إن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا ،فإن تساوين من كل وجه تقدم دوما الشقيقة على التي لأم ، و تقدم هذه الأخيرة على التي لأب [2].

2- 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 له التركة فلا شيء[3].

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

وعلى ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث و ولاية النكاح . [4]

وعليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي خلافا للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ [5]، و هو الجد لأب و إن علا ، ثم إبن أخ المحضون ، ثم عم المحضون الشقيق أولا ، ثم يليه الذي لأب ، و عم الأب يكون

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص 595

[2]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ن ص 7302

[3]- أبو زهرة ، المرجع السابق ،ص 474

[4]- عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق، ص 469

[5]- عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص 219

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 . [1] و العصبات تقدم كما في ميراث الأقرب فالأقرب

3- 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.

4- 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 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[2] و القانون المصري في المادة

[1]- عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق، ص 469

2 – قانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء (16 / 1960) دولة الكويت

20 من قانون الأحوال الشخصية [1].

و تجدر الإشارة في الأخير أن المادة 64 في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة وقع فيها تغيير في ترتيب مستحقي الحضانة و جاءت كما يلي: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب ، ثم الأقربون درجة ... " .

جاء في عرض الأسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب على الجدة و الخالة في إسناد الحضانة وعلى إعتبار أن الأب أولى منهم و أثر حرصا على رعاية أبنائه.

المبحث الثاني : سقوط الحضانة و التنازل عنها

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة وتنازل عنها ونظمها في خمس مواد من المادة 66 إلى غاية المادة 70 منه[2] ، ونص في المادة 71 عن

– المادة 139 من القانون الأسرة الكويتي كل شخص كلف بأداء الشهادة أمام جهة غير قضائية وأقسم يمينا بالتزام الحقيقة، فأدلى ببيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين .

[1] – قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، المادة 20 : ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتي عشرة سنة, ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون اجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقتضي ذلك. ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير او الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي على ان تتم فى مكان لا يضر بالصغير او الصغيرة او الصغيرة نفسيا. ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ولكن إذا امتنع عن بيده الصغير عن تنفيذ الحكم لغير عذر انذره القاضي فان تكرر ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا الى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها. ويثبت الحق فى الحضانة للام ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالام على من يدلى بالاب, ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي : الام, فأم الام وان علت, فأم الأب وان علت. فالأخوات الشقيقات, فالأخوات لام, فالأخوات لاب, فبنت الأخت الشقيقة, فبنت الأخت لام, فالخالات بالترتيب المذكور فى الأخوات, فبنت الأخت لاب, فبنت الاخ بالترتيب المذكور, فخالات الام بالترتيب المذكور, فخالات الأب بالترتيب المذكور, فعمات الام بالترتيب المذكور, فعمات الاب بالترتيب المذكور. فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة او انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق في الحضانة الى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الاخوة. فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء, انتقل الحق فى الحضانة الى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لام, ثم الاخ لام, ثم ابن الاخ لام, ثم العم ثم الخال ثم الشقيق, فالخال لاب فالخال لام.

2 – مواد من المادة 66 إلى غاية المادة 70 من قانون الأسرة

عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها ولهذا إرتأينا أن نتطرق لهذا الموضوع وفق ثلاث مطالب أساسية ففي المطلب الأول نتطرق إلى سقوط الحضانة وتنازل عنها و مصلحة الطفل المحضون وفي المطلب الثاني سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون وفق مايلي :

المطلب الأول: سقوط الحضانة وتنازل عنها و مصلحة الطفل المحضون

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولهذا عددوا شروطا معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلا لهذه المهمة، وكذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية وخلقية وحفظ .لكن إذا حدث وأن اختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط.

لذلك سنبين أسباب السقوط التي ذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما سنشير إلى رأي الفقهاء في ذلك يؤدي سقوط الحضانة عن الحاضن إلى خروج المحضون من تحت يده، هذا الخروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا مازال سبب السقوط، ولكن إذا انتهت مدة الحضانة فإن المحضون يخرج نهائيا من تحت يد الحاضن

الفرع الأول :أسباب سقوط الحضانة

إذا تمت التفرقة بين الزوجين تسند الحضانة إلى مستحقها إذا توفرت فيه كل الشروط، لكن بعد الحصول عليها قد تتغير ظروف الحاضن مما يمنعه من مواصلة ممارستها فتسقط عنه.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على الحالات أو الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وهذا ما سيتم بيانه في الفروع التالية مع الإشارة إلى آراء الفقهاء في هذا الشأن.

أولا: أسباب السقوط الحضانة طبقا لأحكام المادة 66 ق.أ.ج[1]

تنص المادة 66 على أن:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" ، وعليه فحسب هذه المادة تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل عنها.

أ- سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون

لم يكن هذا السبب محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى حديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال" :كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: " أنكحني أبي رجلا لا أريده، و ترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي"، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها، فقال" :أنكحت فلانا فلانة؟ "فقال" :نعم"، فقال" :أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي وانكحي عم ولدك" ، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير، بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم أما الشافعية وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحديث الذي رواه أبو

1 – أمر 155/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية رقم 48 ، مؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم .

– أمر رقم 21–11، ممضي في 25 غشت 2021 الجريدة الرسمية عدد 65، المؤرخة في 26 غشت 2021، يتمم الأمر رقم 66–155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية .

داوود في سننه :قوله صلى الله عليه وسلم ":أنت أحق به ما لم تنكحي "فيقول الإمام الشافعي ":أن هذا الدليل لم يفصل وهو الظاهر"، أي لم يفصل بين الزواج بمحرم أو بغيره.

أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب مطلقا، ومن بين الحجج التي احتجوا بها أنه روى أن أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها وهناك فريقا آخر من الفقهاء قالوا بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، فإذا لم تكن مرعية سقط حق الحضانة، ولم يفرقوا بين زواجها بأجنبي عن المحضون وزواجها بقريب منه، والقاضي هو الذي يقرر ذلك .فإذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم، وكانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون[1].

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال المادة 66 أخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون. وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، وعليه دائما أخذها بعين الاعتبار.

لكن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات أهمها:

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فتكون أمه أولى به رغم زواجها.
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة.

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص141

- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن ت ا رض ولكن إذا اختارت المرأة الزواج بأجنبي عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن الحضانة؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

جاء في قرارا المحكمة العليا المؤرخ في 05-02-1990 من المقرر قانونا أنه :" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثمة 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 واختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفا للقانون" .

ويلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1998/07/21. ما يلي:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا ا زل سبب سقوطها غير الاختياري .ومتى تبين– في قضية الحال –أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون" [1].

ب- التنازل عن الحضانة

أجاز المشرع الجزائري للحاضن التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له، ولكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون .فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، فكل تنازل من شأنه أن يضر مصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/04/21 من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص141

القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون" .

ويثبت التنازل عن طريق المحكمة بموجب حكم .لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة .وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي جاء فيه:" من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من ق.أ.ج .وأن قضاة المجلس أخطؤوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وبهذا 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 لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية .

ثانيا : سباب السقوط الواردة في المادتين 62 و 68 ق.أ.ج

تسقط الحضانة عن الحاضن إذا فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 كالقدرة على الرعاية والحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 ق.أ.ج [1].

[1]– تنص المادة 68 على:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"ق.إ.ج .

أ- تطبيق لأحكام المادة 62 ق.أ.ج.

نصت المادة 67 ق.أ.ج [1]على سقوط الحق في الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق.أ.ج، والتي تبين نوع الرعاية والتربية والحماية والحفظ الواجبة للمحضون على الحاضن .فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية وافتقر للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه سقط حقه في الحضانة [2].

لقد أكدت المحكمة العليا بأن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق الحضانة، فجاء في قرارها المؤرخ في في09 /1984/07 :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان من الثابت–في قضية الحال –أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية[3].

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فإن المحضون يبقى عند أمه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/07/15 الذي جاء فيه:" إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة وإذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص

---

[1]– تنص المادة 67 على:" تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل "ق.إ.ج.

المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في كل الحالات م ا رعاة مصلحة المحضون".

[2]– عبد العزيز، سعد، المرجع، السابق، ص142 .

[3]– م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم33921 ، ق 1989 ، عدد 04 ، ص76

عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات م ا رعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[1].

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[2].

ب- طبقا لأحكام للمادة 68 ق.أ.ج

من الأسباب التي يؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة ما نصت عليه المادة68 ق.أ.ج، حيث أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

وهذا يعني أن الطفل إذا كان موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلبوا حقهم في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط حتما ولكن متى يبدأ سريان هذه المدة؟ ومتى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟

[1]- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787 ، م ق 2010 ، عدد 02 ، ص266.

[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142

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

- أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.
- أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله الحضانة[1] .

الفرع الثاني: التنازل عن الحضانة

يعتبر التنازل عن الحضانة حق للحاضن من جهة و هو مقيد بمصلحة المحضون من جهة أخرى فمثلا إذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأن في ذلك إضرارا بمصلحة المحضون.

الحكم الصادر بإسقاط الحضانة بالتنازل عنها بناءا على طلب من الحاضنة يعد حكم مقرر للسقوط وليس حكم منشئ لها.

يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل على الحضانة يفقد حقه في استعادتها، بل يمكنه التراجع عن التنازل عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك بإرجاع للمتنازل حقه في الحضانة.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 20-04-1999 الذي جاء فيه "من المستقر عليه أن مسألة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص143

إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة وأن قضاة المجلس أخطأوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

وبهذا 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 وجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

تنص على هذه الحالة المادة 66 فقرة 2 من قانون الأسرة السالف الذكر » ...وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ». [1]

وبحيث يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع للأب فهنا لا يمكن للمحكمة الاستجابة لها.

وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهو ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن « تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا ، والقضاء خلافا لهذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة ».

كما جاء في قرار اخر لها مؤرخ في 21-04-1988 أنه « من المقرر قانونا لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ».

1 – المادة 66 فقرة ، 2 من قانون الأسرة.

وحسب رأي الأستاذ عبد العزيز سعد، فانه لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون. وبصفة عامة كل نتنازل 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 مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ".

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا " أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ".[1]

الفرع الثالث : مصلحة الطفل المحضون

بإعتبار أن الحضانة أثر من أثار فك الرابطة الزوجية و تقوم على تحقيق الحماية للطفل المحضون لكون الحلقة الاضعف و ذلك بتقديم الرعاية المعنوية والمادية له وهذه الغاية المراد تحقيقها أطلق عليها الفقهاء بمصلحة الطفل المحضون [2].

فنص المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون في جميع حالات إسقاط الحضانة عن الحاضن طبقا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة .

---

1 – يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يكون فيه ضرر علي مصلحة المحضون وعليه لا يقبل طلب إسترجاعها من جديد إن لم تكن هناك أسباب جدية تدعوا لذلك وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 27-03-1983 حيث جاء فيه " من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية ".

2– بوشرعة عبد القادرو مولاي الهاشمي ، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائرية ودورها في حاضن الطفل ، مجلة صوت القانون ، المجلد التاسع ، العدد الخاص 2023 ، ص 164.

فالمشرع إشترط بأن يكون الحاضن الذي تسند إليه الحضانة أهلا لها مع مراعاة مصلحة المحضون ، مع مراعاة هذه الأخيرة عند إسقاط الحضانة طبقا لنص المادة 67 من قانون الأسرة فإنه تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من (قانون الأسرة) ولا يمكن لعمل المرأة .

أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون

فيتضح من نص المادة 67 من قانون الأسرة[1] أن سقوط الحق في الحضانة في حالة إختل أحد الشروط لإستحقاقها، إلا أنه يستوجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون ، فإذا كانت هذه المصلحة قائمة مع الحاضن الذي لم يتوفر مع شرط من شروط الإستحقاق ، أسندت له الحضانة وهذا ما يحقق تكريس مبدأ مصلحة المحضون .

فالمشرع جعل من مبدأ مصلحة المحضون قاعدة قانونية ..... للقاضي بحيث وجب عليه مراعاته في كافة المسائل المتعلقة بالحضانة .

مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة يتضح في تحديد مستحقيها بأن يكون أهلا لها ، و في حالة تخلف أحد الشروط لقيام تلك الأهلية تسقط عليه الحضانة إلا إذا كانت مصلحة المحضون قائمة مع الحاضن ففي هذه الحالة تراعى هذه المصلحة .

ترتيب مستحقي الحضانة ليس من النظام العام فيمكن للقاضي مخالفته وذلك من أجل تحقيق مصلحة المحضون .

فكل ما من شأنه الإضرار بمصلحة المحضور جعله المشرع في خانة أسباب إسقاط الحضانة وفي حالة وجود سبب من تلك الأسباب لا تسقط الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون مع هذا الحاضن .

1 – المادة 67 من قانون الأسرة.

فالمشرع الجزائري و حماية منه لمصلحة القصر نص في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]على أنه يتكفل قاضي شؤون الأسرة الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر و نص في المادة 425 منه على أنه " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير او اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة،

ينتهي التحقيق بتحير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المجقق و الحلول المقترحة، يطلع القاضي الأطراف على التقرير و يحدد لهم اجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد، يمكن اللجوء الى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراء الصلح".

فمن خلال مضمون نص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد عمم المشرع الجزائري الحماية للمحضون وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون ويمكن القول ان للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة و السلطة التقديرية للقاضي.

فقاضي شؤون الاسرة و طبقا للمادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يجوز لمعرفة اين تكمن مصلحة الطفل المحضون أن يأمر في اطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية او طبيب خبير او اللجوء الى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ،فقاضي شؤون الاسرة و فصلا في مسألة الحضانة و مراعاة اين تمكن مصلحة المحضون يجوز له اصدار حكم ما قبل الفصل في الموضوع بتعيين مساعدة اجتماعية للقيام بالمهام

1 – قانون رقم 22–13 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022 ، يعدل و يتمم القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر ، ع 48 ، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022 .

التي يحددها في منطوق الحكم الامر بتعيين مساعدة اجتماعية و المهام المسندة للمساعدة الاجتماعية يكون الغرض منها تحديد اين تكمن مصلحة الطفل المحضون و ذلك من خلال القيام ببعض المهام التي على سبيل المثال منها تحديد الوسط العائلي لاطراف الخصومة و تحديد الأنسب منهم للطفل المحضون ، معرفة الوسط العائلي للاب و الام ، التقرب من المحيط الدراسي للطفل المحضون و تحديد مستواه الدراسي الى غير ذلك من المهام التي يراها قاضي شؤون الاسرة مهمة في تحديد اين تكمن مصلحة المحضون.

كما يمكن لقاضي شؤون الاسرة و وقوفا منه على مصلحة المحضون و لتكوين قناعته التامة و تقدير هذه المصلحة الامر باجراء تحقيق طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] و ذلك من خلال الامر بالحضور الشخصي لطرفي الخصومة لسماعهما كما يجوز له أيضا الامر بإحضار الطفل محل الحضانة للاستماع اليه لتحديد اين تكمن مصلحة الطفل المحضون ، كما يمكن للقاضي الاستماع الى افراد العائلة و ذلك من خلال الامر بالحضور أقارب الخصوم او اصهاره او زوج احد الخصوم بالإضافة الى اخوة و اخوات و أبناء عمومة الخصوم و كل هذا من اجل جمع معلومات التي بها يستطيع ترجيح رايه.

كما يمكن لقاضي شؤون الاسرة الاعتماد على الوثائق المقدمة له من اطراف الخصومة و الموازنة بينها في الاثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو اصلح للمحضون.

و يمكن لقاضي شؤون الاسرة لتحديد الاصلح من اطراف الخصومة لاسناد الحضانة له تعيين طبيب مختص في الطب النفسي للطفل لمراعاة الحالة النفسية للطفل محل الحضانة و تحديد اين تكمن مصلحة ، و لعل من بين المهام التي يمكن لاسنادها للطبيب النفسي هي

1 – المادة 75 من، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

تحديد الحالة النفسية للطفل محل الحضانة و تحديد الوسط المناسب له للنمو الفكري و الجسدي من خلال حالته النفسية.

فقوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي شؤون الاسرة في اصدار الاحكام المتعلقة بالحضانة الا انه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب.

فمصلحة المحضون تختلف باختلاف الاعمار فما يكون اصلح للطفل الرضيع لا يكون اصلح للطفل ذو عمر 07 سنوات، لان مصلحة الرضيع هي مع امه الى غاية بلوغه سن الفطام على الأقل في حين ان الطفل الصغير قد تكون مصلحته مع ابيه.

فإنه على قاضي الموضوع أن يراعي في إسناد وإسقاط الحضانة عن الحاضن مصلحة المحضون ، فنص المبدأ – مصلحة المحضون – كرسه المشرع الجزائري للتنازل عن الحضانة طبقا للمادة 86 من قانون الأسرة عندما نص على أنه يسقط الحاضنة بالتزوج بغير قريب وبالتنازل ما لم يغير مصلحة المحضون .

فقد يتنازل الحاضن عند الحضانة إلى أحد مستحقي الحضانة ، فهذا التنازل مرتبط بشرط أن لا يضر هذا التنازل بمصلحة الطفل المحضون فقاضي الموضوع إذا رأى أن تنازل الحاضن عن الحضانة فيه ضرر للمحضون يرفض الطلب تكريسا لمبدأ مصلحة المحضون.[1]

المطلب الثاني :سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون

إّن الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسيير الدعوى والوصول إلى العدالة بإعطائه دورا إيجابيا، سواء من حيث الإجراءات أو

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص143

من حيث المضمون، وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبق مكتوف الأيدي أمام القضية المطروحة أمامه .

ونكون أمام سلطة تقديرية إذا ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع، ويترك له الحرية كذلك بالنسبة لكيفية وفحوى القرار المتخذ .والحدود الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل وكيفية مواجهة كل حالة على حدى من قبل القاضي.

فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون ولذلك كان لابد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية، يستطيع من خلالها أن يواجه الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها وأن يضع الحلول المناسبة لها.

الفرع الأول : إجراءات تقدير مصلحة المحضون

من خلال المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] وبموجبها فقد عمم الحماية وترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل المحضون، ويمكن القول إن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية له من جهة أخرى.

أولا :مجال تطبيق للسلطة التقديرية للقاضي

يعد مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوما نسبيا يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة، فما كان يمثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم، لأن المصلحة تتوقف على الظروف الخاصة بكل طفل غلى انفراد من حيث جنسه، سنه، محيطه ودرجة حساسيته، كما أنه مفهوم شخصي أيضا.

[1]– المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لذلك فإن مسألة الحضانة في الأصل هي مسألة قضائية بالأساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك لكون تدخل القاضي حتمي، وله كامل الحرية في التصرف عند ممارسة السلطة.

1- حرية تصرف القاضي عند ممارسة السلطة

لقد جعل المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار ومهما كانت العواقب، وأعطى مراعاة هذه المصلحة للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح وأنفع للمحضون، وعلى القاضي أن يقدرها حسب الوقائع مراعيا في ذلك الأسس التي جاء بها المشرع في المادة 62 ق.أ.ج بأن مصلحة المحضون تكمن في العناية به وتعليمه وتربيته على دين أبيه وحفظ صحته وحمايته خلقا، باعتبارها بعضا من معالم هذه المصلحة[1].

ولذلك يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي والأولي في هذا الموضوع، ويبرز فيه أشد البروز وذلك بأن يتناوب المشرع في مهمته عن طريق صياغته قاعدة يشكلها حسب الحالة المعروضة عليه ويطبقها مباشرة عليه، ومن ثمة فإن هذا التدخل وهذه العملية يبررهما مفهوم مصلحة المحضون.

2- دور ومهام القاضي في دعوى الحضانة

لقد ساير المشرع الجزائري أغلب التشريعات الحديثة في توسيع سلطة ودور القاضي خاصة في مسائل الحضانة، فالمشرع جاء في المادة 62 وما بعدها بنصوص عامة ومجردة إلا أن مكوناتها من تعليم الطفل وتربيته إلى غير ذلك عناصر كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات فحسب، بل تختلف حتى داخل المجتمع الواحد باختلاف الأسر، والأسرة في حد ذاتها يختلف أفرادها عن بعضهم البعض.

[1]– المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

كل هذا يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدى وتفسير تلك النصوص بتغليب مصلحة المحضون، خاصة وأن أهم ما يميز التفسير القضائي هو طابعه التطبيقي لأنه يتأثر بما يعرض على القاضي من وقائع في الدعوى، فيعمل القاضي كل جهده بأن تتلائم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع، وخاصة ونحن أمام موضوع أغلبية أحكامه اجتهادية.

فالمشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الحضانة مكتفيا فقط بإحالته إلى الرجوع إلى مصلحة المحضون، سواء عند إسناد الحضانة طبقا لنص المادة 64 ق.أ.ج، أو ، 68، 67، عند القضاء بتمديدها طبقا لنص المادة 65 ، أو في حالة إسقاطها طبقا للمواد 66 ،71 ولكن هل يمكن أن تصبح سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون سببا لتعسفه 70 مما يؤدي إلى وجود تعارض وتناقض بين الأحكام والقرارات القضائية؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتجلى في كون هناك معطيات موضوعية على القاضي الأخذ بها، فلا يكفي أن تملي مصلحة المحضون بأن تسند الحضانة لشخص معين، وإنما يجب أن تتوافر في هذا الشخص جملة من الشروط القانونية إذا ما انعدمت أسقطت الحضانة عنه، إضافة إلى أن المشرع استثنى الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة بأن جعلها قابلة للاستئناف، إذ نص في المادة 57 ق.أ.ج على: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"[1]، وبالتالي فإن التخوف من فتح باب التعسف من قبل القاضي في غير محله خاصة أمام وجود الدرجة الثانية من التقاضي.

ثانيا :السلطة التي يخولها قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي.

إن القاضي ملزم بأن يفصل في الدعوى المطروحة أمامه، وتواخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة، فإن مختلف

[1]– المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .

التشريعات أدخلت ضمن قوانينها ما يخول القاضي باتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يقدر ويصدر حكمه في الدعوى المثارة أمامه.

ساير المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1] هذا التطور، فأجاز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه [2] ، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى [3]، وحتى قبل مباشرتها فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال.

وقد نص المشرع على هذه الإجراءات في الفصل الثاني من الباب الرابع، الكتاب الأول، تحت عنوان" في إجراءات التحقيق "والتي شملت جملة من الإجراءات لها أهمية عملية وعلمية تساعد القاضي في البحث عن الحلول المناسبة للنزاع، مما يجعل دوره في الدعوى ذو طابع إيجابي دون اكتفائه بما يقدمه طرفي الدعوى من أدلة، مع عدم الإخلال بمبدأ حياد القاضي.

كما أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بين إجراء وآخر إذا لزم ذلك .إلا أنه يجد نفسه أحيانا مجبرا على إتباع إجراء معين على حسب موضوع الدعوى وطلبات الخصوم .وفق ما له من سلطة تقديرية، فتخضع مصلحة المحضون إذا إلى آليات الإجراء التالية:

1- الخبرة

[1]– يتضمن قانون الإجراءات المدنية، قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 :فبراير 2008 والإدارية، صادر بجريدة رسمية عدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل2008 .

[2]– تنص المادة 75 ق.إ.م.إ.ج:" يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

[3]– تنص المادة 76 ق.إ.م.إ.ج:"يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى".

تنص المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج على:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[1].

فباستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات العلمية في المجالات التي تتوافر عند القضاة بحكم التخصص العلمي، إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة التي يقوم بها الخبير، باعتباره صاحب دراية خاصة بالمسائل لا تتحقق في المحقق أو القاضي، ومن هذه المسائل الطب، الهندسة وغيرها من المجالات.

فللقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون

2- المعاينات والانتقال إلى الأماكن

قد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير لذلك قد يرى ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل وفق السلطة الممنوحة له بإجراء المعاينات أو الانتقال إلى الأماكن طبقا لنص المادة 146 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"[2].

وللقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص، كما له سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص في نفس الظروف إذا كان ذلك ضروريا، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية.

[1]– المادة 126 قانون إجراءات المدنية الإدارية .

[2]– المادة 146 قانون إجراءات المدنية الإدارية .

عملا بهذا، وتقديرا لمصلحة المحضون يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون .ومن هذه الظروف :حسن معاملة الحاضن للمحضون، الظروف الاقتصادية، ضيق المسكن أو اتساعه، أو قربه أو بعده عن المدرسة فهذه الظروف كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها، كما له أن يوازن بين الوثائق المقدمة إليه والاعتماد عليها حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

3- سماع الشهود

إن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله[1] ، كما له أن يرفضها إذا لم يطمئن لها، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب أن يراعي الشروط القانونية المتعلقة بالشهود، وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 ق.إ.م.إ.ج:" يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية"[2].

على أن يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال وعلى الرغم من كون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا، غير أن السلطة التقديرية تبقى بعد ذلك للقاضي في الأخذ بها، إذ قد يرى أن الشهادة غير مستساغة فلا يأخذ بها، بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات، كما له أن يعيد سماع الشهود ومواجهة بعضهم بعضا .

ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض، غير أنه عليه أن يسبب رفضه تسبيبا سائغا وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور.

فقد يلجأ القاضي إلى سماع الشهود حول واقعة تتعلق بسكن المحضون، كقيام الحاضنة باستغلاله لغير الحضانة، أو أن الحاضنة تسيء معاملة المحضون ولا تقوم برعايته

[1]– وتعرف الشهادة بأنها :إخبار الإنسان أمام القضاء بحق على غيره لغيره.

[2]– المادة 150 قانون إجراءات المدنية الإدارية .

الفرع الثاني: المعيار المعنوي

يشكل المعيار المعنوي الذي يلجأ إليه القاضي في تقدير مصلحة المحضون معيارا جوهريا، لما له من أهمية في حياة الطفل المحضون خاصة في سن صغيرة و التي تزداد بها الحاجة إلى التربية و الرعاية بما يضمن نموه السليم و عطائه متطلبات الحياة الضرورية، فهو يهدف إلى رعاية وحماية الصغير المحضون، ويكون بالقيام على تربيته من كافة النواحي، وتربية المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي المنسجم المتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية،[1].

ويجاد علاقة وطيدة بينه وبين المحضون ومده بالراحة النفسية والاستقرار الروحي والعقلي بتخفيف الآثار النفسية السلبية على المحضون جراء إنفصال والديه.

أولا: الرعاية النفسية و الأدبية و الدينية

يبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الأم و الطفل، ثم العلاقة بين الأب و الطفل في مرحلة لاحقة و لا شك أن غياب أحد الأبوين، خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية، يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و الطمأنينة والعطف، إذ تعتبر قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة، فما يلقاه الطفل المحضون من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته، سواء النفسية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره لأنها تتعلق بالمحضون في أولى مراحل حياته[2].

1- المادة 222 من، الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية

2- شامي أحمد قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2010 ، ص 303.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها على أنه حيث أنه من المقرر شرعا أن الأم أحق بالحضانة من جهة وحق المحضون من جهة أخرى، لذلك لا تجزأ بين الأبوين، كما يراعي فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

ولما كان ذلك كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب، لم يكن قائما على أساس سليم وعلى أسباب سائغة ما دام مخالفا لأحكام المادة 63 من قانون الأسرة، وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين معه قض القرار دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن [1].

وبالتالي فإن المشرع يسعى إلى تحقيق الأمان العاطفي للمحضون عن طريق تشبع الطفل بالمشاعر داخل الأسرة ، والذي يجده خاصة مع الأم لما لها من الصبر و الحنان والوقت و العطف والراحة على محضونها، والذي لا يمكن أن يجده مع شخص آخر، ما يوفر الاستقرار و الثبات في حياته، ومنه الاحترام المتبادل من أفراد الأسرة، ما ينعكس بإيجاب على تربية الطفل وتكوين شخصيته، فالاستقرار و الأمن ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين يعيش معهم المحضون ، فشخصية الطفل تتأثر بما يحيط بها من أجواء، و هي تبني على الخلفيات التي تنشأ في المحيط الدائر به وتتكون خلال سنواته الأولى من عمره، ومن الصعب جدا إزاحة سلوكه في المستقبل، سواء كان سويا أو غير سوي، ولذا حرص على تحقيق مصلحة المحضون بالاعتماد على العنصر المعنوي نظرا لتأثر المحضون بالبيئة التي ينشأ بها ، وهذا ما كوسته المحكمة العليا في قرار لها الذي قضى بإسناد الحضانة للجدة لأم بالرغم من وجود خبرة طبية توصل الخبير فيها إلى أن المحضون يعاني من اضطرابات نفسية عند جدته بسبب سوء معاملتها له ، و التي عبر عنها بالرفض في البقاء معها، كما أن تحقيق المرشدة الاجتماعية ذكرت في تقريرها أن حال الولدو الساكن مع جدته حكم عليه بجريمة استهلاك المخدرات الذي جاء

1- م ع ، غ أش، قرار رقم 275990 الصادر بتاريخ 31/07/2002، م ،ق، ع 03، 2003، ص 301.

فيه: إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصور في التسبيب".[1].

وقد حرص المشرع الجزائري أيضا على أهمية تنشأة الطفل المحضون على دين أبيه طبقا لأحكام قانون الأسرة سيما المادة 62 منه[2]. ، وبقوله تعالى: لأقض را القوب لهو الامو ودوب له ، وقضت المحكمة العليا في قرار لها في هذا الشأن على أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحصانة يجب أن تراعى بها مصلحة المحضون في القيام بتربيه على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تكون في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

ثانيا : حق الزيارة

إن الحضانة تؤول لمن تحقق معه مصلحة المحضون، وللأم في هذا الحق الأولوية من الأب، ما لم يكن هناك مانع من ذلك، غير أن الشخص الذي لم تسند إليه الحضانة يبقى له الحق في الزيارة.

الزيارة لغة من زار وزار فلانا أي مال إليه، و منه تزاور عنه أي مال عنه،[4].

و زار فلانا أي أتاه بقصد الإتقاء به، قصد الأنس أو الحاجة[1]، أما اصطلاحا فعرفها الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية والتعليمية و

1- – م ع ، غ أ ش قرار رقم 332324، الصادر بتاريخ 13/07/2005 ، ن ق ع 59، 2006، ص236.

2- المادة 62 من الأمر 05/02 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم تنص على أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

3- سورة البقرة، الآية 233

4- م ع غ أش، قرار رقم 59784، الصادر بتاريخ 16/04/199، م ق، ع 04، 1991، ص126.

الصحية و الخلقية في نفس المكان الذي يوجد جد فيه ، والحكمة من تقرير حق الزيارة خلق علاقات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة للنمو العاطفي العادي للمحضون.

وان كان للزيارة دور في تمتين الروابط العائلية، فإنها أيضا أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه، فهو وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة، ووجب على الأم إن كانت حاضنة أن تترك المحضون يتصل بأبيه لرعاية مصالحه ويراقب شؤونه بالتوجيه السليم، كما أن المنع من رؤية المحضون، قد يؤدي إلى مساءلة جزائية كجريمة عدم تسليم الطفل مثلا[2].

قد صدر قرار عن المحكمة العليا بوجوب قرب المسافة بين سكن الحاضن بصاحب حق الزيارة بغرض ممارسة حق الزيارة و الذي جاء فيه أنه: " من المستقر عليه فقها و قضاءا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضن وولي المحضونين تزيد على ألف كيلومتر فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخلوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [3].

هذا وان كانت الحضانة في بلد أجنبي، رجع للقاضي الأمر في إثباتها أو إسقاطها مراعاة لمصلحة المحضون ذلك أن بعد المسافة يحرم صاحب الحق في الزيارة من ممارسة

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري لسان العرب، مجلد 3، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان،2005، ص 427

2- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 285.

3- م ع غ أ ش قرار رقم 43594، الصادر بتاريخ 22/09/1986، م ق، ع 04، 1992، ص 92.

حقه، وهذا ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة ، وكرسته المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه: أنه من المقرر شرعا وقانونا أن تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وقامة الولد في الجزائر".

لم يحدد القانون مدة الزيارة وترك أمر ذلك لتقدير القاضي وفقا لما يخوله القانون من ذلك، خاصة أن المدة تختلف باختلاف القضايا والأحوال، لكن استقر العمل القضائي على تحديدها نهاية كل أسبوع وفي العطل والأعياد مناصفة وفي المناسبات، كما يمكن للأطراف تحديدها رضائيا في حالة الطلاق بالتراضي[1].

فيكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع به المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، وبذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة بمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه والذي يسبب إحراجا لصاحب حق الزيارة.

وقد اعتبرت المحكمة العليا أنه ليس من اختصاص القاضي تحديد مكان ممارسة الحضانة، كما جاء في أحد قراراتها أنه من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد مارسة حق زيارة الزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع و القانون، لأن المطعون ضدها أصبحت أجنبية عن الطاعن ، وأن الهدف من الزيارة لا يتحقق في قضية الحال المادة 69 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم تنص على أنه إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

---

[1]– م ع ع ش أ، قرار رقم 273526، الصادر بتاريخ 26/12/2001، م ق، ع01، 2004، ص 264.

[2]– دیابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض لفقة عدة حضانة ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص91.

إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة.

وفي قرار آخر لها في الموضوع نفسه قضت بأنه: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن تم فان القضاء بما يخالف المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون و الشرع، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

وبالرجوع لقانون الأسرة فإن المشرع بإقحامه حق الزيارة ضمن أحكام المادة المرتبة الأصحاب الحق في الحضانة يدل على أن هذا الحق مخول لهم فقط، إلا أن القضاء كرس حق الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم، لأنه غالبا ما تكون بينهم علاقة وطيدة و هذا ما قضت به المحكمة العليا بأنه: من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

---

[1]– م ع غ أش، قرار رقم 214290، الصادر بتاريخ 15/12/1998، م ق، ع خ 2001، ص194.

[2]– م ع غ أش، قرار رقم 79891، الصادر بتاريخ 30/04/1990، م م ع ع 01، 1992، ص55.

الفصل الثاني

الاجتهاد القضائي في قضايا الحضانة

للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، ويعتبر ضروريا وهاما سواء بالنسبة للدارس أو الممارس أو الباحث، إذ تعتبر هذه العملية ذات أهمية كبرى سواء بالنسبة للقاضي خصوصا ولرجل القانون عموما ، إذ بواسطته يقع الاحتكاك المباشر مع التطبيق القضائي للنصوص القانونية، والاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) له طابع خاص والمقصود به هو القانون الذي يتعلق بالأسرة وبالعلاقات الأسرية والاجتهادات القضائية من الناحية الفقهية وينظمها، ويتم الاحتكام إليها في حال نشوء نزاعات أسرية، و نجد أن النص القانوني الفاعل في مجال الأحوال الشخصية هو قانون الأسرة ولقد استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من الشريعة الإسلامية، كما أن هذا القانون نضر صراحة في المادة 222 منه على أن كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتقيد في ذلك بمذهب معين، ولقد تم تعديل هذا القانون بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 .[1]

1 - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ،ج ر، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

المبحث الاول : أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

إن الاجتهاد القضائي بوصفه عملا ذهنيا إبداعيا، يجعله يختلف عن العمل القضائي من حيث مصدره وشكله ومضمونه. ومن نتائج هذه التفرقة بين الاجتهاد القضائي والعمل القضائي، أن معظم التشريعات تجعل من العمل القضائي عملية منظمة قانونا لحسم كل نزاع يثور بين الأفراد، سواء فيما يتعلق بإجراءات تقديم الدعوى أو فيما يتعلق بطرق التحقيق ووسائل الإثبات وطرق الطعن في الأحكام الصادرة بشأنها، بينما لا يخص المشرع الاجتهاد القضائي بقواعد قانونية محددة بشكل مسبق، بل إن الاجتهاد القضائي نفسه يساهم في خلق قواعد وأعراف تؤطر العملية القضائية، ذلك أن العملية التقنية التي يباشرها القاضي لدراسة القضية وإصدار الحكم بشأنها، تنطلق من دراسة وقائع القضية وفحص الأدلة المثبتة لهذه الوقائع، ثم في مرحلة ثانية يقوم القاضي بتكييف الوقائع الثابتة لتحديد الإطار القانوني المناسب لها، ليتم في مرحلة ثالثة تحديد القاعدة موضوع التطبيق وتفسيرها التفسير الملائم لوقائع القضية وهي عملية تنطوي على مراجعة نصوص القانون وشروحات الفقه واجتهادات القضاء أيضا[1].

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

الثابت أن الاجتهاد القضائي أنه كان له دور هام جدا في وضع المبادئ الفقهية، لا سيما والقاضي كان فقيها، وكان يلتزم بالقواعد الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وما وصل إليه الفقهاء السابقون باجتهادهم، فإذا لم يجد فيها نصا يطبقه على المسألة المعروضة عليه فإنه كان يجتهد بنفسه ويضع قاعدة فقهية جديدة طبقا للقواعد الأصولية في استنباط الأحكام الشرعية، غير أن الأمر يختلف عن ذلك في القانون الوضعي الحديث على غرار ما سيأتي بيانه في الفروع الآتية:

[1]– محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1991 ، ص ص 163-164.

الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا

ويقصد بالاجتهاد القضائي في معناه العام: مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم (الهيئات ذات الطبيعة القضائية) في مسألة قانونية معينة، و بمعنى آخر هو "مجموع القرارات القضائية الصادر عن المحاكم كما يعرف بعض الفقه، الاجتهاد القضائي بأنه "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة ...

أولا: تعريف الاجتهاد القضائي:

بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو: مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها.[1]

والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها .

ويقصد به مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة[2]؛ أي رأي المحاكم واجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها، وعلى هذا يقال : اجتهادات المحاكم في أحكامها ، ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء؛.[3] وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها: "الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما ، و القاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة.[4]

---

[1]– محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابقص 231.

[2]– عبد المنعم البدراوي ، مبادئ القانون ، دط، مكتبة سيد عبد الله ،وهبة، القاهرة، ، سنة 1972، ص244.

[3]– ياسين محمد جعفور، مبادئ العلوم القانونية، ط6، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 1987، ص 141–142

[4]– محمد سعيد جعفور المدخل إلى العلوم القانونية ، دار الهومة ، الجزائر ، 2007، ص 208–211.

– محمد النعمان، المدخل للقانون، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1975، ص 112.

– ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1999، ص177 وما بعدها

كما يقصد به استقرار أحكام المحاكم في مسالة معينة على نحو معين ، وبهذا المعنى يقال مثلا: استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين ، ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب، .[1]ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا وتفسيريا واحدا معروفا.[2]

ثانيا : الاجتهاد في العرف القضائي: الحادثة محل النزاع في العرف القضائي كما قال ابن القيم: "لا يتمكن الحاكم فيها من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما الأول فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما. .[3]

والثاني فهم الواجب في الواقع أي فهم حكم الشارع في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر ، ولا شك أن كلا من فهم الواقع وفهم حكم الشرع فيه قد يكون القضاء في الحادثة واضحا لا خفاء فيه، وقد يعترض هذين الفهمين أو أحدهما نوع من الخفاء فيشتبه فهم الواقع أو يشتبه فهم النص الشرعي أو القانوني الذي يرى تطبيقه على هذا الواقع لاختلاف فيه أو إجمال أو إشكال، فتدعو الحال استنباط حكمها من بين تلك المشكلات، وما يبدو للباحث في هذا المقام ويتخذه أساسا لرفع الاشتباه أو ترجيح بعض الآراء أو إزالة الخفاء ويرتب عليه حكمه في الحادثة هو الذي سمي بالاجتهاد القضائي (مبادئ القضاء)،

---

[1]– ياسين محمد يحي، مبادئ العلوم القانونية، ط06، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1987، ص141–142.

[2]– مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، 2 ، دار القلم دمشق ،ط1/316،2004

[3]– محمد حامد الفقي، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ابن القيم، تحقيق ، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، سنة 1953، ص55.

وإليه يرجع في مثلها ويحتذى في نظائرها وتفسير الاجتهاد (المبدأ بهذا المعنى هو المشهور في الدوائر القضائية..[1]

وبناء عليه تعرف القضية المجتهد فيها القضية ذات المبدأ بأنها قضية اشتبه بها وجه القضاء فبني الحكم فيها على توجيه يرفع الإشكال ويزيل الخفاء.

ومن المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسألة التي فصلت فيها، وذلك يعني أن المحاكم لا تكون ملزمة بإتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، ولكن الذي يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني يحكمه، أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الاتجاه، أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا دورها الرئيسي بتوحيد المبدأ القانوني في هذه المسألة عندما تعرض عليها ، ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية.[2].

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون

الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص: الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية، التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين:

1- غموض النص أو إبهامه من جهة : يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد

[1]- محمد ضاحي، الحياة القضائية، ط 1 ، مطبعة النصر، مصر، سنة 1938 ص ص 15-16.

[2]- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية ، دار جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر ، سنة 2007 ، ص ص 181-182

معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها . .[1]

2- والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية:

وأمّا النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً.[2]

ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة[3] ، ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية و إجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة،

---

[1]- محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، المرجع السابق ص 164.

[2]- إبراهيم الخليلي، مدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 12.

[3]- والمقصود بذلك التفسير التشريعي، وهو ما يصدر عن المشرع من تشريعات تتضمن توضيح مسائل معينة شابها غموض في تشريعات نافذة كما يعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل، إذ يقترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنتفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص، إلا أنه تفسير ملزم للكافة بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصا تشريعيا.

- محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، المرجع السابق، ص ص165-166.

فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.[1] .

ثانيا : مجاله في عدم ورود النص

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر" العرف ، والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه ، خلافاً لما يراه بعضهم ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء.[2]، ولكن للقاضي مع ذلك دوراً مهماً في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده، وعرف هو ما أعتاده الناس والجمهور والفرد من قول وفعل تكرر مرة بعد مرة حتى تمكن أثره على نفوسهم وصارت تلقاه عقولهم بالقبول و ما تعود الناس عليه أو جمع منهم والفرد حتى استقر في نفوسهم من فعل شاع بينهما و كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر منه عند إطلاقه دون معناه الأصلي، ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانونين المصري والسوري وبعض القوانين العربية الأخرى.[3]

(مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .[4] ، وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا أحتاج القاضي إلى الرجوع إليها ونادراً ما يحتاج إلى ذلك، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما

---

[1]– إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 102

[2]– عصام انور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996، ص104.

[3]– جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة المدينة المنورة، ط01، سنة 1988، ص 235

[4]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986، ص 52.

يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، الزام) .[1] القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).[2]

حيث يرى جانب من الفقه أن مجال عمل القاضي وهو ينشئ القواعد ابتداء من غياب النص إنما يشبه إلى حد بعيد عمل المشرع المتمثل في إنشاء القواعد القانونية فمجال عمل القاضي يشبه أيضا فكرة إنشاء حق جديد، فالقاضي الذي يتدخل ليضع حلا قانونيا لنزاع محدد في غيبة النص الذي يحكمه إنما يمارس سلطة في جوهرها وحقيقتها ذات طابع تشريعي واضح.[3]

ثالثا: موقع الاجتهاد من بين مصادر القانون

وعليه فقد اختلف موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية، ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة، كما هو الحال في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم في بعض الحالات، وكما هو عليه حاليا في القانون الإنجليزي الذي يعبر السوابق القضائية التي تصدر عن القضاء من قرارات أو اجتهادات من المصادر الرسمية.[4]

---

[1]– أنور سلطان، ، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص82

[2]– الأمر رقم 58/78 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ، العدد 31 المؤرخ 2007

[3]– يدر خان عبد الحكيم إبراهيم، معايير تعريف العمل القضائي ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، سنة 1994، ص65

[4]– محمد عبد الحق، الفقه والقضاء في قانون المرافعات، مكتبة القاهرة الحديثة، د.ب، سنة 1994 ص 62.

للقانون،[1] فالطبيعة الملزمة لنظرية السوابق القضائية الإنجليزية ترجع للقواعد المتبعة عملا، وهي التي يطلق عليها قواعد السابقة والتي روعي في صياغتها ما يؤكد فعالية القاعدة الأساسية التي تقضي بأن القانون الإنجليزي يرتكز إلى حد بعيد على قانون القضايا ، أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس كما هو في القانون الفرنسي المعمول به اليوم، وبعض والقوانين العربية التي تأثرت به ومنها الجزائر، فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، وبالتالي لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة.

أما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في وضع المبادئ الفقهية وإثراء هذا التراث الفقهي حتى عد أحد مصادره، فإنه لا يمكن عد الاجتهاد مصدرا رسميا فيه، فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ والاجتهادات القضائية لا تتمتع بصفة قوة الإلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها 5، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما ولغيره من القضاة عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة، .[2]هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا طرأت المحاكم على النظرية العامة للشريعة الإسلامية جمال الدين عطية،

---

[1]– السلطة التشريعية، وحتى في بريطانيا حيث الاجتهادات القضائية هي المصدر الأساسي للقانون، فإن هذه الاجتهادات هي عبارة عن أحكام صدرت في قضايا محددة عرضت على المحاكم، وكان قصد المحكمة من إصدارها هو الفصل في هذه القضايا، وليس وضع قانون عام يطبق على الكافة، وإنما تكتسب هذه الأحكام خاصة إذا تكررت واستقرت صفتها كقانون حين يلتزم القاضي بها في قضية أخرى مماثلة

[2]– روبرت كروس، ترجمة محمد الشيخ عمر ،السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، ط02 ، دار الجيل، بيروت، لبنان ، سنة 2007، ص 24.

المرجع السابق، ص 201 الأصل في الدول الحديثة فيما عدا بريطانيا وبعض الدول.[1] التي تتبع نظامها القضائي أن القاضي حين يفصل في النزاع المعروض عليه يطبق القانون الذي تختص بإصداره سلطة أخرى هي.[2]

مقتضى مبادئ الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا، والواقع أن القاضي لا يخلق القانون للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها، كما أنه في تفسيره للنصوص الغامضة نقصا في القانون أو عند فصله في المسائل الجديدة إنما يوسع في مضمون القاعدة القانونية، فهو لا يستمد القانون من اجتهاده، بل يكشف عنه في ثنايا التشريع، وإن ما يخلق من قواعد جديدة لا يعتبر من قبيل القواعد القانونية في معناها الدقيق، لأن هذه الاجتهادات لا تتعدى الأحكام التي صدرت بشأنها .[3]

المطلب الثاني: تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية

يعتبر تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي.

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له في الفرع الأول، و أهمية نشر الاجتهاد القضائي في الفرع الثاني.

---

[1]– نادية فضيل ، دروس في مدخل العلوم القانونية، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص 78.

[2]– محمد عبد الحق، الفقه والقضاء في قانون المرافعات ، المرجع السابق، ص 62.

[3]– عادل الطبطائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص 78.

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له

إن مسايرة القضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي الذي يشهده هذا العصر، أو ناتجة عن الظروف السياسية والاجتماعية، كذا الأوضاع الثقافية التي استحكمت في بعض الدول العربية ، مما جعل الدور مناطا بالمحاكم الشرعية للنهوض بالاجتهاد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدرا لأحكام الأسرة، وفيما يأتي بيانات الآتية:

1 التطور العلمي : إن غزارة الدراسات الاجتماعية والأبحاث الطبية والابتكارات العلمية المتسارعة التي مكنت البشرية من الوصول إلى كثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقا، ومنها بعض الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية، كتقدير أطول مدة الحمل، وإثبات النسب، من عرفها على أهنا « الصفات الوراثية اليت تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأهنا تحديد شخصية كل فرد عن طريق جزء من حامض الدنا الذي يحتوي على خلايا جسده البصمة الوراثية الناتج عن فحص البنية اعبينية (الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه فظهور مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي المناسب لها، لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد فيها.[1]

2-الوضع السياسي والاجتماعي

تأثر قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين بالوضع السياسي والاجتماعي السائدين، بعدما حل محل حكم الدولة العثمانية بالشريعة الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية الاحتلال الأجنبي الذي أقصى تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف مناحي الحياة المدنية على الخصوص، وأبقى على الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه

[1]- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

الإسلامي، غير أنه لم يبق الأمر على حاله بعدما تأثر بعض المسلمين بمناهج المحتل، فانعكس ذلك على فهمه لدينه، وعلى مدى التزامه بتطبيقه على الوجه الصحيح.[1]

فغدا التفكك الأسري والتشرد ، وضياع الهوية فأصبح التوجه العام يلامس المشاكل في كل الجوانب، ويبحث عن الحلول الأجنبية خارج نطاق أحكام الشريعة الإسلامية في جانب السلوك الفردي والنظام الاجتماعي والنظام العقابي فكان من دواعي النهوض بالاجتهاد السعي لحماية الأسرة من غوائل المفاسد الاجتماعية التي أفرزتها الحضارة الوافدة ، لوضع البدائل والحلول المناسبة التي من شأنها المحافظة على النظام الأسري في المجتمعات الإسلامية.[2]

3- التأثر بالحضارات الوافدة :

إن أهم ما خلفه تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثقة بالأحكام الشرعية وخاصة في قضايا الأسرة التي تعتبر اللبنية الأولى للمجتمع .[3]، ما أدى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجيا، ومن هنا كانت . حجج المطالبين بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر، واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه وإتباع الأمم التي تواكب هذا التطور مما يؤدي إلى إتباع هذا التطور و التماشي معه وذلك عن طريق مجموعة من الاجتهادات للوصول إليها فكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته، الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب ، والنظم المقارنة وهذا ما صرح به الكثير منهم من الباحثين في هذا المجال، حيث نجد أن

[1]- أحمد فرج ، المنصورة المؤامرة على المرأة المسلمة ط2، الإسكندرية، سنة 1986، ص ص138-139.

[2]- أحمد السباعي، المرأة بين القانون والفقه، ط1،دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 1993، ص 59

[3]- عبد الوهاب أبو سليمان، التصريح الأسري في القرن 14هـ، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ط1، سنة 1393هـ - 1394هـ،ص 44.

الاجتهاد الذي لعبه في الشريعة الإسلامية كان له دور بالغ ذو أهمية أكثر من الدول الغربية.[1]

الفرع الثاني: أهمية نشر الاجتهاد القضائي

لا يخلو نشر الاجتهاد القضائي من أهمية، فهو يمكن المتقاضين من توقع نتيجة الأحكام المنتظر صدورها في النزاعات التي تهمهم، مما يساهم في تحقيق الأمن القضائي.
كما أنه يسهل عملية توحيد الاجتهاد بين المحاكم، لأنه يسمح للمحاكم الأدنى بالتعرف على اتجاه المحكمة العليا في نقطة قانونية معينة ،مما يقلص من عدد الأحكام المنقوضة، و يقلل –في الأمد البعيد– من عدد الطعون إذا أدرك أطراف الدعوى أن اجتهاد المجلس الأعلى هو ما ستحكم على أساسه محكمة الموضوع.

وهكذا، فإن نشر الاجتهاد في حالة استقراره قد يقلل من عدد النزاعات إذا اتضح للأطراف ولا سيما إذا تعلق الأمر بنزاعات عمل أو نزاعات مع مؤسسات مالية (التأمين، الأبناك..) أو مع الإدارات أو غيرها من الجهات التي بطبيعة مهامها تتقاضى كثيرا، أن هناك استقرارا للقضاء على اجتهاد سابق، فإنها ستعمل به لتلافي التقاضي في المستقبل.
وتزداد أهمية نشر الاجتهاد القضائي إذا تأتى إنجاز تعاليق على هذه الأحكام والقرارات من الجهات التي أصدرتها أو من طرف قضاة أو محامين أو فقهاء في القانون ممن يمتلكون المفاتيح الفقهية والعلمية للقيام بمثل هذه التعاليق.

المبحث الثاني : بعض قرارات المحكمة العليا في قضايا الحضانة:

صدرت عدة قرارات قضائية عن المحكمة العليا تخص قضايا الحضانة تهدف الى توضيح تطبيق النصوص القانونية[2] و تفسيرها و توحيد العمل القضائي و توجيه قضاة الموضوع في تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بقضايا الحضانة، جل هذه القرارات

[1]– سالم بهنساوي، قوانين الأسرة ، دار الفكر الجامعي ، سنة 1996، ص80.

[2] قانون رقم 14–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بموجب الامر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

القضائية تصبوا الى مراعاة مصلحة الطفل المحضون عند اسناد حضانته او سقوطها او التنازل عنها.

وعليه سنتناول في المطلب الأول اهم قرارات المحكمة العليا و مصلحة الطفل المحضون وفي المطلب الثاني بعض قرارات المحكمة العليا و أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الأول : بعض قرارات المحكمة العليا و مصلحة الطفل المحضون:

انّ مصطلح مصلحة الطفل المحضون تناوله المشرع الجزائري بموجب الأمر 48-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الاسرة ، اذ نصت المادة 64 منه على ان " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم أم الأب ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" هذه المادة عدلت بموجب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005[1] و أصبحت تنص على ان " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

و تناول المادة 65 من قانون الاسرة " انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات و الانثي ببلوغها سن الزواج و للقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنة اذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية على ان يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

و نصت المادة 67 من قانون الاسرة " تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 منه و لا يمكن لعمل المرأة ان يشكل سببا من أسباب

[1] – قانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر، عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005. يعدل ويتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ،ج ر، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

شقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.

فمن خلال هذه النصوص فإن المشروع الجزائري أوجب على قاضي الموضوع المطروحة عليه قضايا الحضانة و هو قاضي قسم شؤون الاسرة أن يراعي مصلحة الطفل المحضون في إسنادها و سقوطها و التنازل عنها.

ومصطلح مصلحة الطفل المحضون نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 وتناولته كمبدأ عالمي يتمثل في المصلحة الفضلي للطفل ، هذه الاتفاقية صادقت عليها .

و تناول المشرع الجزائري عبارة مصالح الطفل الفضلي من خلال قانون حماية الطفل[1] و ذلك في المواد 4 ، 7 و 46 منه ، اذ نصت المادة 07 منه " يجب ان تكون المصلحة الفضلي للطفل الغاية من كل أجراء أو تدبير أو حكم قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه يوضح بعين الإختبار في تقدير المصالح الفضلي للطفل لا سيما جنسه و سنه ، الصحة و إحتياجاته المعنوية و الفكرية و العاطفية و البدنية و وسطه العائلي و جميع الجوانب المرتبطة بوضعه.

والملاحظ أن قانون الاسرة استعمل عبارة المصلحة دون إضافة كلمة الفضلي و ذلك في باب الحضانة و الولاية و الوصاية[2].

– وانه صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة في باب الحضانة تأخذ بمصلحة الطفل المحضون ، وهو ما سنتناوله بالفرع الأول بعنوان بعض قرارات المحكمة العليا في قضايا الحضانة وفي الفرع الثاني مبدأ مصلحة الطفل المحضون في قرارات المحكمة العليا.

---

[1] – القانون رقم 15–12 المؤرخ في 15 يوليو لسنة 2015 معدل و متمم.

[2] – بوفادن عبد المالك، حقوق الطفل بين المعاهدات الدولية و النظام القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص ،جامعة عبد الحميد بن بادي مستغانم، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2018/2017 ،ص 93.

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق أهم قرارات المحكمة العليا في الحضانة في الفرع الأول، و مبدأ مصلحة الطفل المحضون في إجتهادات المحكمة العليا في الفرع الثاني

الفرع الأول : اهم قرارات المحكمة العليا قي قضايا الحضانة:

1- قرار رقم 0842551 المؤرخ في 15-01-2015 [1] الصادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة ، المبدأ : يكون تمديد الحضانة طبقا للقانون للأم الحاضنة دون غيرها من النساء من لهن الحق في الحضانة.

شرح القرار : نصت المادة 65 من قانون الاسرة انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه العشرة (10) سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ستة عشر (16) سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

بمعنى ان شرط تمديد الحضانة مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة ، فإذا كانت الحاضنة جدة او خالة أو عمة فإن الحضانة بالنسبة لهؤلاء وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر عشرة (10) سنوات في مواجهة الأب.

2- قرار رقم 1252089 المؤرخ في 03-10-2018 الصادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة.

الموضوع: حضانة – وفاة الام – خالة – اسنادها للاب – مصلحة المحضون – المرجع المادة 64 من قانون الاسرة.

المبدأ : يكون الأب الأحق بحضانة ولده بعد وفاة الأم بدل الخالة ، مراعاة لمصلحة المحضون ، ما لم يثبت أنه غير اهل لذلك.

شرح القرار:

[1] – مجلة المحكمة العليا لسنة 2015 العدد 01 ، ص ص 231 الى 234.

– يراعي في جميع الأحوال مصلحة المحضون ، إلا ان ذلك ينبغي أولا ان يمكن صاحب الحق في الحضانة ثم يسوغ لكل من يرى ضرورة او مصلحة ان يطعن في هذا الحق ان يثبت ان صاحب الحق في الحضانة غير أهل و غير قادر على الاستفادة بالحضانة و في هذه الحالة فقط يتسنى له إسقاط الحضانة عن صاحبها و اسنادها إليه ، ما دام ان قضاة الموضوع يبينوا أن الطاعنة الخالة هي من امتنعت عن تسليم البنت لوالدها لممارسة حقه فبقضائه بتمكين الأب من حقه لم يخالفوا القانون.

– قرار رقم 1038904 المؤرخ في 14–10–2015 المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة.

الموضوع : الحضانة المادة 64 من قانون الاسرة.

المبدأ: لا تسقط الحضانة برفض المحضون الالتحاق بالحاضن[1].

شرح المبدأ: إن رفض الأبناء الالتحاق بوالدتهم المسندة اليها حضانتهم لا يصلح أساسا لإسقاط الحضانة عنها.

بمعنى انه في حالة اسناد حضانة الأبناء الى أمهم و رفضوا الإلتحاق بها فإذا رفع الاب دعوى اسقاط الحاضنة عنها بحجة ان الأبناء محل الحاضنة رفضوا الالتحاق بوالدتهم فإن ذلك لا يسقط عنها الحضانة.

الفرع الثاني :مبدأ مصلحة الطفل المحضون في قرارات المحكمة العليا:

صدرت عن المحكمة العليا عدة قرارات تؤكد على انه على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة الطفل المحضون في اسنادها واسقاطها و التنازل عنها و من بين هذه القرارات الاتي ذكرها.

1– قرار رقم 1072148 المؤرخ في 03–07–2017[2] غرفة شؤون الاسرة و المواريث، الموضوع الحضانة المرجع القانوني المادة 64 من قانون الاسرة.

[1] – مجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2015 ، ص ص 162 الى 165.

[2] – مجلة المحكمة العليا لسنة 2017 العدد الأول، الصفحة 156.

المبدأ : لا يعتد برغبة الطفل غير المميز في اختيار من يحضنه ، و الحالة الميسورة لطالب إسقاط الحاضنة ليست كافية لوحدها لإسنادها له ما لم يثبت ام الطرف المستفيد من الحضانة غير اهل لممارستها.

شرح القرار: ان المادة 64 من قانون الاسرة جاءت على سبيل الأولوية في رعاية مصلحة المحضون لا يخضع لمبدأ الترتيب لكن يخضع بالدرجة الاولي الى مصلحة الطفل المحضون.

– بمعنى ان الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة المتعلق بأصحاب الحق في الحضانة ليس على سبيل الأولوية و انما يراعي قاضي الموضوع بالدرجة الاولي مصلحة الطفل المحضون في الفصل في النزاع المتعلق بالحضانة.

2– قرار رقم 581222 المؤرخ في 14–10–2010[1] الموضوع الحضانة.

المبدأ : تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق ، بسبب الحكم على الزوج لإرتكابه جريمة مخلة بشرف الاسرة.

شرح القرار:

أن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته الى والدته بالرغم من تنازلها عنها و ذلك لثبوت تواجد والده بالمؤسسة العقابية بعد ادانته بسبب ارتكابه لجريمتي السرقة و انتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس.

فمراعاة مصلحة المحضون هنا تكون طبقا للمادة 66 من قانون الاسرة التي تنص على انه يسقط حق الحاضنة .... و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، فتنازل الام هنا عن حضانة الابن فيه اضرار بمصلحته لتواجد الاب بالمؤسسة العقابية.

[1] – مجلة المحكمة العليا لسنة 2011 العدد 01 ،ص 248 الى 251.

3- قرار رقم 693936 المؤرخ في 13-09-2012[1] ، الموضوع الحضانة – سقوط الحضانة – تنازل عن الحضانة – مصلحة – تزويج بغير قريب محرم. قانون رقم 84-11 المادة 66.

المبدأ : تسقط الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة فقط.

شرح القرار:

جاء في تسبيب القرار ان المادة 66 من قانون الاسرة تنص على ان الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم و ان المصلحة في سقوط الحضانة و انتقالها الى من يليها في الترتيب قائمة بمجرد إعادة الحاضنة للزواج بغير قريب محرم لأن مصلحة الولد تقتضي بقاءه مع والده بدلا من زوج أمه و أن مصلحة المحضون الواردة في نص المادة 66 من قانون الاسرة الواجب على القاضي مراعاتها تعود على السبب الثاني الخاص بالتنازل و ليس السبب الأول الذي حكم القانون بشأنه بالسقوط بمجرد توافره دون حاجة للتدليل عليه و تكون بذلك المصلحة مفترضة بنص القانون لا بتقدير القاضي.

بمفهوم ان المادة 66 من قانون الاسرة اعتبرت مصلحة المحضون في اسقاط حضانته عن امه التي اعادت الزواج بغير قريب محرم و إسنادها لمن يليها بقوة القانون أي انها مصلحة مفترضة بمرد إعادة الحاضنة الزواج دون الحاجة الى تقدير القاضي الذي يكون له ذلك فقط في التنازل عن الحضانة.

عمليا قضاة الموضوع يراعون مصلحة الحاضن في كلتا الحالتين سواء بالنسبة لإسقاط الحضانة عن الحاضنة التي اعادت الزواج بغير قريب محرم او بالنسبة لتنازل الحاضنة عن الحضانة بإرادتها.

[1] – مجلة المحكمة العليا لسنة 2013 العدد15 ، ص ص 253 الى 256.

المطلب الثاني : قرارات المحكمة العليا و أصحاب الحق في الحضانة:

نص المادة 64 من قانون الاسرة[1] بموجب القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 قبل تعديلها بموجب الامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على ان " الام أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ....".

فالترايب حسب المادة 64 من قانون الاسرة 84-11 قبل تعديل بموجب الامر 05-02 كان أصحاب الحق في الحضانة ترتبيهم كما يلي:

1/ الأم.

2/ الجدة لأم.

3/الخالة.

4/أم الأب.

5/الاقربون درجة .

ثم بموجب الامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي عدل القانون 84-11 المررخ في 09 يونيو 2005 المتضمن قانون الاسرة أصبحت المادة 64 منه تنص على ما يلي " الام أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ، ثم العمة ثم الاقربون درجة ....".

وعليه اصبح ترتيب أصحاب الحق في الحضانة مايلي:

1/ الأم.

2/ الأب.

3/ الجدة لأم.

4/الجدة لأب.

1 – المادة 64 من قانون الاسرة.

5/ الخالة.

6/ العمة.

7/ الاقربون درجة.

فبموجب هذا التعديل اصبح الام في المرتبة الثانية بعد الام و الجدة لام في المرتبة الثالثة ، فالجدة لاب في المرتبة الرابعة و الخالة في المرتبة الخامسة و تم اضافة العمة في المرتبة السادسة ثم الاقربون درجة ، فالعمة لم تكن موجودة بصفتها (العمة) في المادة 64 من القانون 84-11 قبل تعديلها بموجب الامر 05-02 و بموجب التعديل أصبحت بصفتها العمة ضمن أصحاب الحق في الحضانة.

فهل القاضي ملزم بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة عند اسناد الحضانة ، بمعنى اخر هل الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة اجباري في اسناد الحضانة ام يراعي القاضي مصلحة الطفل المحضون.

الجواب هو انه صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة و المواريث تبين ان الترتيب الوارد بنص المادة 64 من قانون الاسرة ليس ترتبيا حصريا او اجباريا و انما يراعي القاضي في اسناد الحضانة مصلحة الطفل المحضون و القاضي غير ملزم بمراعاة الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الاسرة[1]، بمعنى انه متى وجدت مصلحة المحضون يمكن اسناد حضانته.

وعليه سنتناول في الفرع الأول بعض قرار المحكمة العليا المتعلق باصحاب الحق في الحضانة وفي الفرع الثاني حماية المحضون في الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول : قرار المحكمة العليا المتعلق بأصحاب الحق في الحضانة:

القرار رقم 497457 المؤرخ في 13-05-2009 المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون – قانون الاسرة المادة 64 منه.

1 – المادة 64 من قانون الاسرة.

المبدأ: مصلحة المحضون هي الأساس في اسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة.

شرح القرار:

انّ قضاة الموضوع إكتفوا في أسباب قرارهم الذي بموجبه أسقوط الحضانة عن الأم واسنادها من جديد للأب مستندين على الترتيب الوارد بالمادة 64 من قانون الاسرة متناسين المصلحة التي هي الأساس في اسناد الحضانة[1]. فمتى أسس قضاة الموضوع على الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة دون البحث في من هو الأجدر و اين تكمن مصلحة المحضون يكون قد قصروا في قضائهم.

يستنتج من القرار ان القاضي غير ملزم بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة، فعندما يسقط الحضانة عن الأم فليس لزوما ان تسند الحضانة الى الاب الذي يليها في الترتيب بالمرتبة الثانية وانما القاضي ملزم بأن يراعي مصلحة الطفل المحضون ومنه فترتيب أصحاب الحق في الحضانة بموجب المادة 64 من قانون الاسرة ليس إلزاميا أو اجباريا.

الفرع الثاني : حماية المحضون في الاجتهاد القضائي:

من خلال مجمل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالحضانة الصادرة عن غرفة شؤون الاسرة و المواريث فإنها تحث على انه يجب على قاضي الموضوع ان يراعي مصلحة واحدة في اسناد و اسقاط والتنازل عن الحضانة و هذه المصلحة هي مصلحة الطفل المحضون وهذا تكريسا للمعاهدة الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 و لقانون الاسرة و لقانون حماية الطفل ، فمصلحة الطفل في قضايا الحضانة هي المبدأ الذي يجب على قضاة الموضوع الأخذ به عند النظر في حضانة المحضون و لهم في ذلك اتخاذ كل الإجراءات اللازمة للوصول الى اين تكمن هذه المصلحة من خلال اجراء التحقيق المدني طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال الاستماع الى اطراف الخصومة المتعلقة

[1] – مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص للمحكمة العليا ، سنة 2014، عدد 2 ، ص 297.

بحضانة الطفل و الى الطفل محل الحضانة و الى كل ما من شأنه ان يفيد في توضيح و تبيان اين تمكن مصلحة الطفل او من خلال الاستعانة بأهل الاختصاص طبقا للمادة 125 من قانون الاجراءت المدنية و الإدارية عن طريق تعيين مساعدة اجتماعية لإجراء تحقيق اجتماعي و سماع المراد اسناد حضانته بغية تحديد أين تكمن مصلحة الطفل المحضون، او عن طريق تعيين طبيب نفساني مختص في الطب النفسي للأطفال لتحديد اين تكمن مصلحة الطفل المحضون.

فمتى تم اسناد حضانة الطفل لمن هو اهلا لها يجنب ذلك الاضرار بمصلحة الطفل المحضون و يضمن له النمو الفكري و الجسدي السليم و ينشأ دون أي عقدة.

فالمحكمة العليا أخذت بالمبدأ العالمي المتمثل في مراعاة المصلحة الفضلي للطفل في كل ما تعلق بحضانته سواء اسنادها او اسقاطها او التنازل عنها.

خاتمة

من خلال ما سبق عرضه وتحليله بخصوص موضوع رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني واجتهاد القضائي، من حيث إسناد الحضانة وحق كل طرف فيها، بالإضافة إلى محاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من جهة، ومدى ضبط قانون الأسرة لشروط ذلك من جهة أخرى.

نرى أن المشرع الجزائري سار على نهج الفقه الإسلامي من حيث إعطاء أهمية لوجوب حماية المحضون من الضياع، حيث كان تدخله من خلال تعديل قانون الأسرة الجزائري، الذي جاء بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون تتمثل في:

تغيير ترتيب أصحاب الحق محاولة منه المساواة بين جهة الأم وجهة الأب، وإقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

إلغاء فقرة ثانية وما بعدها من المادة 52 وتعديل المادة 72 المتعلقة بسكن الحاضن نظرا لتضارب الحاصل بينهما، وذلك حتى تنسجم النصوص مع بعضها البعض، بغية حماية مصلحة الأولاد بعد الطلاق.

وبالتالي تم التوصل إلى النتائج والملاحظات الآتية:

أن المشرع نظم الحضانة في 10 مواد (7262) من قانون الأسرة ونص على ضرورة التأكد .

مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منها، مع ترك تقدير هذه المصلحة إلى القاضي بناء على الوقائع المطروحة أمامه.

أن مصلحة المحضون لا تكون خالصة دائما، إنما تكون في معظم الأحيان مرتبطة بمصلحة الغير، كالنفقة والزيارة والمسكن.

أن المشرع الجزائري لم يبين الوسائل الكفيلة لتحقيق مصلحة المحضون، بل ترك الأمر للقاضي بمنحه سلطة واسعة في التكفل بالصغير حسب ما تمليه عليه الظروف المحيطة بالمحضون وخبرته. مراعاة مصلحة المحضون غير مستقرة فهي تختلف من محضون لآخر، لكن قاضي شؤون الأسرة يستدل عليها من خلال ظروف وملابسات كل

قضية، لذلك نجد في بعض الأحيان اختلاف في الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع.

نص على تمديد الحضانة للولد وأعطى هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأي أحد غير الأم طلب تمديدها حتى لو اقتضت مصلحة المحضون ذلك، دون إعطاء مبرر خاصة وأن هذا التمديد لا خلفية شرعية له، فلم نجد في الفقه الإسلامي ما يشير إلى إمكانية تمديد حضانة الولد إلى سن سادسة عشر.

عدم تنظيم المشرع للمسائل التطبيقية المتعلقة بحق الزيارة، ولا بكيفية ممارستها من حيث المكان والزمان.

التأكيد على أن عمل المرأة لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة ما لم يكن يضر بمصلحة المحضون، تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في العمل، وحقها في حضانة أولادها الزامية استعانة القاضي قبل الفصل في المسائل الخاصة بالمحضون بخبراء نفسانيين واجتماعيين، ووضع تقرير عن كل حالة.

وبعد هذه الدراسة التحليلية من الناحية القانونية والق ضائية ارتأينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات نأمل أن تساهم بارتقاء النصوص القانونية و القرارات القضائية بما يحقق مصلحة المحضون وتتمثل في: ضرورة تدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة، وتدارك النقائص الموجودة ومنح الحضانة مزيدا من الاهتمام باعتبارها تمس مصلحة المحضون.

وضع تعريف القاعدة مصلحة المحضون، وتحديد معاييرها، والتي يمكن للقاضي الاستنجاد بها، للفصل في مسائل متعلقة بالمحضون باعتبارها القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل قاضي النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقديرية.

وضع المشرع لنص قانوني ينظم حق الزيارة، والمسائل المتعلقة به من حيث مكان الزيارة ومدتها باعتبارها حق من حقوق المحضون. إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة، بتحديد وحصر الشروط الواجب توافرها في الحاضن، تحقيقا لمصلحة المحضون،

وذلك من أجل رفع الغموض عنها. يجب على المشرع وضع قواعد أكثر دقة لتنظيم موضوع الحضانة، بدلا من الإحالة إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص.

وفي الأخير يمكن القول أن القاضي له دور فعال و رئيسي في مسألة الحضانة من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة، وسعيه للاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق من جهة أخرى، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون

قائمة المراجع

القران الكريم

أولا الكتب

الكتب العامة

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري لسان العرب، مجلد 3، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان،2005.

2. أحمد فرج المنصورة المؤامرة على المرأة المسلمة الإسكندرية، ط2، سنة 1986

3. أحمد محمد العساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، المجلد 2 ، دار إحياء العلوم ، بيروت، 1979.

4. الإمام مالك – المدونة الكبرى – دار صادر الجزء الثاني.

5. أنور سلطان، ، المبادئ القانونية العامة دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

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

7. – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004

8. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ،2005

9. جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية مطبعة المدينة المنورة، ط01، سنة 1988.

10. روبرت كروس السوابق القضائية في القانون الإنجليزي. دروس في مدخل العلوم القانونية نادية فضيل ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة سنة 1999.

11. السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي – سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 – وزارة الشؤون الدينية – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992.

12. شامي أحمد قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2010 .

13. عادل الطبطاني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر سنة .1999.

14. عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، الزواج ، علم الأصول الفقه ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1984 .

15. عمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر 36 سنة 2007 .

16. عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة ، دار الهومة ، الجزائر، 1996 .

17. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.

18. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ،مصر ،751.

19. محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي

20. محمد النعمان المدخل للقانون دار النهضة العربية بيروت سنة 1975،

21. ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.

22. محمد حامد الفقي، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ابن القيم، تحقيق ، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، سنة 1953، ص

23. محمد حسنين الوجيز في نظرية القانون ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986،

24. محمد سعيد جعفور المدخل إلى العلوم القانونية ، دار الهومة الجزائر 14 سنة 2007،

25. محمد ضاحي، الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط 1 سنة 1938 ص15-16.

26. محمد عبد الجواد محمد ، أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ط، سنة 1991

27. محمد عبد الحق الفقه والقضاء في قانون المرافعات مكتبة القاهرة الحديثة، (دطحت) سنة 1994 ص 62.

28. محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية 1 – سنة 1956

29. مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، دار القلم مشق 2 سنة 2004،1/316

30. هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، عصام انور سليم، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996، ص104.

31. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر المعاصر ، 2017.

32. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله بجامعة دمشق – كلّيَّة الشَّريعة الناشر: دار الفكر – سوريَّة – دمشق

33. ياسين محمد جعفور ، مبادئ العلوم القانونية دار النهضة العربية ، القاهرة، ط6، سنة 1987، ص 141-142

34. ياسين محمد يحي، ،مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط06، سنة 1987.

35. يدر خان عبد الحكيم إبراهيم معايير تعريف العمل القضائي ديوان المطبوعات الجامعية لجزائر 1 سنة 1994.

الكتب الخاصة

1. أحمد السباعي، المرأة بين القانون والفقه دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، سنة 1993
2. أحمد محمد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم
3. بدران أبو العينين بدران – الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون – الطبعة الثالثة المؤسسة شباب الجامعية تاريخ النشر 1998 ص23.
4. حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الأسرة – رسالة ماجستير – غعداد الطالبة – جامعة الجزائر 2001.
5. جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية مطبعة المدينة المنورة، ط01، سنة 1988.
6. ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض لفقة عدة حضانة متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008،
7. روبرت كروس ترجمة محمد الشيخ عمر السوابق القضائية في القانون الإنجليزي دار الجيل بيروت، لبنان ، ط02 سنة 2007
8. سالم بهنساوي، قوانين الأسرة دار الفكر الجامعي 01 سنة 1996
9. شامي أحمد قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دار الجامعة الجديد أحكم الزواج السنة 2010
10. صالح جمعة حسن الجبوري – الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون – طبعة 1 / 1976 مؤسسة الرسالة
11. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة .
12. عبد المنعم البدراوي مبادئ القانون ، مكتبة سيد عبد الله ،وهية، القاهرة، (دط) سنة 1972

13. عبد الوهاب أبو سليمان، التصريح الأسري في القرن 14هـ، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ط1، سنة 1393هـ
14. محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ط، سنة.

الرسائل العلمية

أ – الماستر :

1. بوفادن عبد الملك الحميد بن باديس مستغانم، حقوق الطفل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية – 2018/2017 .

المقالات :

1. بوشرعة عبد القادرو مولاي الهاشمي ، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائرية ودورها في حاضن الطفل ، مجلة صوت القانون ، المجلد التاسع ، العدد الخاص 2023 .

النصوص القانونية والقرارات القضائية

قوانين

– القانون رقم 84_11 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق ل : 25 فبراير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية عدد 43، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ2005/02/27.

1. –قانون رقم 05–09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر، عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.
2. – القانون رقم 08 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل : 25 فيبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجريدة الرسمية عدد 21، المؤرخة بتاريخ 23 ابريل 2008

3. – قانون رقم 22–13 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022 ، يعدل و يتمم القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر ، ع 48 ، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.
4. – قانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء (16 / 1960) دولة الكويت
5. – قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية

الأوامر

– امر 66_ 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية رقم 48 ، مؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

–أمر رقم 21–11، ممضي في 25 غشت 2021 الجريدة الرسمية عدد 65، المؤرخة في 26 غشت 2021، يتمم الأمر رقم 66–155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية

القرارت القضائية

– قرار المحكمة العليا رقم 31997 بتاريخ 09/01/84
– قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 30/12 1991
– قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 09/07/84 م . ق سنة 89 عدد 04
– قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 09/07/1984م.
قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م .ق 89 عدد 2 ص 75 غ أ ش 05/05/86 م
– المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 29/05/1974 .
– المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 16/04/1979 نشرة القضاء 81 رقم 2
– المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 05/02/90 م.ق 1992 عدد 04 ص 58

- المحكمة العليا - ملف رقم 50011 قرار بتاريخ 20/06/1988
- المحكمة العليا - ملف رق م 89672 الصادر بتاريخ 23/02/1993 ص 166 الإجتهاد القضائي - غرفة الأحوال ش عدد خاص 2001
-المحكمة العليا - ملف رقم 179471 بتاريخ 17/03/1998 ص 172
- المحكمة العليا - ملف رقم 31997 قرار بتاريخ 09/01/1988
- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم33921 ، ق 1989 ، عدد 04
- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787 ، م ق 2010 ، عدد 02.
- م ع ، غ أش، قرار رقم 275990 الصادر بتاريخ 31/07/2002، م ،ق، ع 03، 2003.

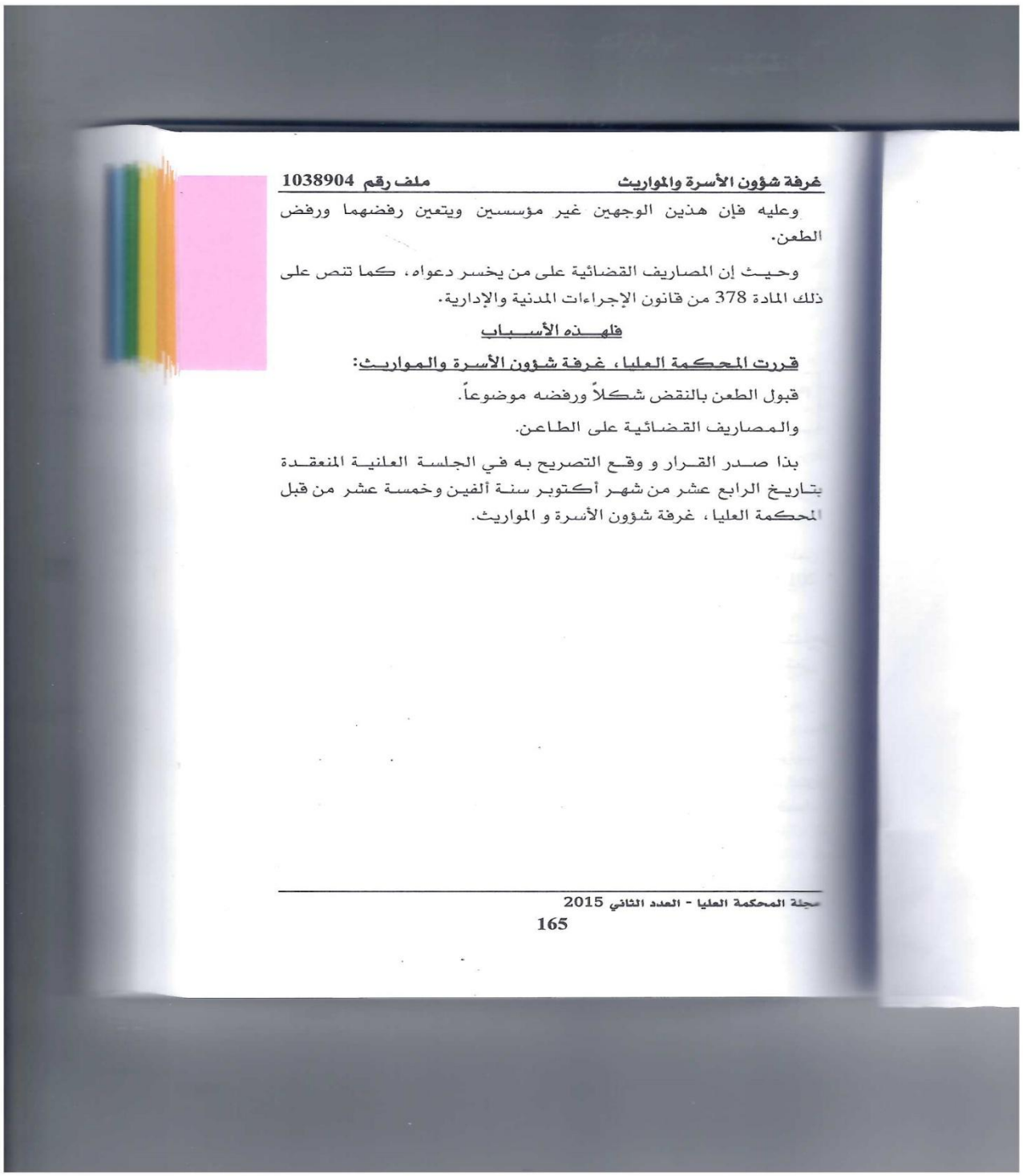
- م ع غ أش، قرار رقم 59784، الصادر بتاريخ 16/04/199، م ق، ع 04، 1991.
- م ع ، غ أ ش قرار رقم 332324، الصادر بتاريخ 13/07/2005 ، ن ق ع 59، 2006.
- ع غ أ ش قرار رقم 43594، الصادر بتاريخ 22/09/1986، م ق، ع 04، 1992.
- ع ع ش أ، قرار رقم 273526، الصادر بتاريخ 26/12/2001، م ق، ع01، 2004.
- م ع غ أش، قرار رقم 214290، الصادر بتاريخ 15/12/1998، م ق، ع خ 2001.
- م ع غ أش، قرار رقم 79891، الصادر بتاريخ 30/04/1990، م م ع ع 01، 1992

مجالات القضائية:

مجلة المحكمة العليا لسنة 2015 العدد 01 الصفحة 231 الى 234.
مجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2015 الصفحة 162 الى 165.
مجلة المحكمة العليا لسنة 2017 العدد الأول الصفحة 156.
مجلة المحكمة العليا لسنة 2011 العدد 01 الصفحة 248 الى 251.
مجلة المحكمة العليا لسنة 2013 العدد الصفحة 253 الى 256
مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص للمحكمة العليا - سنة 2014- عدد 2 - صفحة.

ملاحق

الملحق 01 : حضانة الام –سقوط الام



غرفة شؤون الأسرة والمواريث ملف رقم 1038904

وعليه فإن هذين الوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضهما ورفض الطعن.

وحيث إن المصاريف القضائية على من يخسر دعواه، كما تنص على ذلك المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً.

والمصاريف القضائية على الطاعن.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر أكتوبر سنة ألفين وخمسة عشر من قبل المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث.

مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني 2015

165

ومن حيث الموضوع:

عن الوجهين معاً لارتباطهما: والمأخوذين من قصور التسبيب وانعدام الأساس القانوني،

واللذين جاء فيهما أن قضاة المجلس ألغوا الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس دون أن تكون هناك مناقشة موسعة للنزاع ودون أن يكون هناك تسبيب كافٍ، ولم يناقشوا مصلحة المحضون إن كانت مع والدهم أو مع أمهم، خاصة أن المواد 64 إلى 69 من قانون الأسرة أشارت كلها على مراعاة مصلحة المحضون، وأضاف الطاعن أنه عند قيامه بتسليم الأولاد لأمهم بحضور المحضر القضائي وأمام الغرفة الجزائية، رفضوا رفضاً مطلقاً الذهاب معها وفضلوا البقاء معه، لأنهم لم ينسوا إهمال أمهم لهم بعد مغادرتها السكن الزوجي وذلك بعد اكتشاف أنها أقامت دعوى الخلع، ولذلك فإن قاضي الحكم لم يستند في قضائه إلى أساس قانوني صحيح وفسّر المواد المنظمة لحق الحضانة تفسيراً خاطئاً، لأن تلك المواد تجيز إسناد حضانة الأولاد لأبيهم في حالة ما كانت مصلحتهم معه.

لكن حيث إنه يتبين بالرجوع إلى القرار محل الطعن بالنقض أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم تأسيساً قانونياً سليماً وسببوه تسبيباً كافياً لما اعتبروا أن المطعون ضدها أولى بحضانة أبنائها وأنها أسندت لها الحضانة بموجب حكم مؤيد بقرار، وبالتالي فلا تسقط عنها الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً والتي لا تتوفر في دعوى الطاعن الحالي، ما دامت سعت إلى تنفيذ الحكم المؤيد بالقرار الذي أسند لها الحضانة، وبالتالي فإن رفض الأبناء الالتحاق بوالدتهم المطعون ضدها، لا يصلح أساساً لإسقاط الحضانة عنها، وبإمكان الطاعن اللجوء إلى القضاء فيما يخص الالتزامات المحكوم بها عليه لصالح المطعون ضدها ما دام يدعي أن الأبناء المحضونين رفضوا البقاء مع والدتهم المطعون ضدها.

يوم 2014.09.16، وعلى مذكرة جواب محامي المطعون ضدها (ع. و)، المودعة يوم 2014.11.20 .

بعد الاستماع إلى الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب.

وبعد الاطلاع على الطلبات المكتوبة للنيابة العامة والاستماع إلى المحامي العام في تقديم التماساته الشفوية بالجلسة الرامية إلى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

وحيث إن الطاعن (ب. ب) طعن بطريق النقض يوم 2014.09.16، بعريضة مودعة بمصلحة الطعون المدنية لأمانة ضبط مجلس قضاء عنابة من قبل محاميه الأستاذ عليوة رابح، المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لنفس المجلس يوم 2014.07.13 تحت رقم 14/2070 القاضي في الشكل بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة الحجار يوم 2014.03.16 تحت رقم 14/814 والقضاء من جديد برفض دعوى الطاعن الحالي لعدم التأسيس.

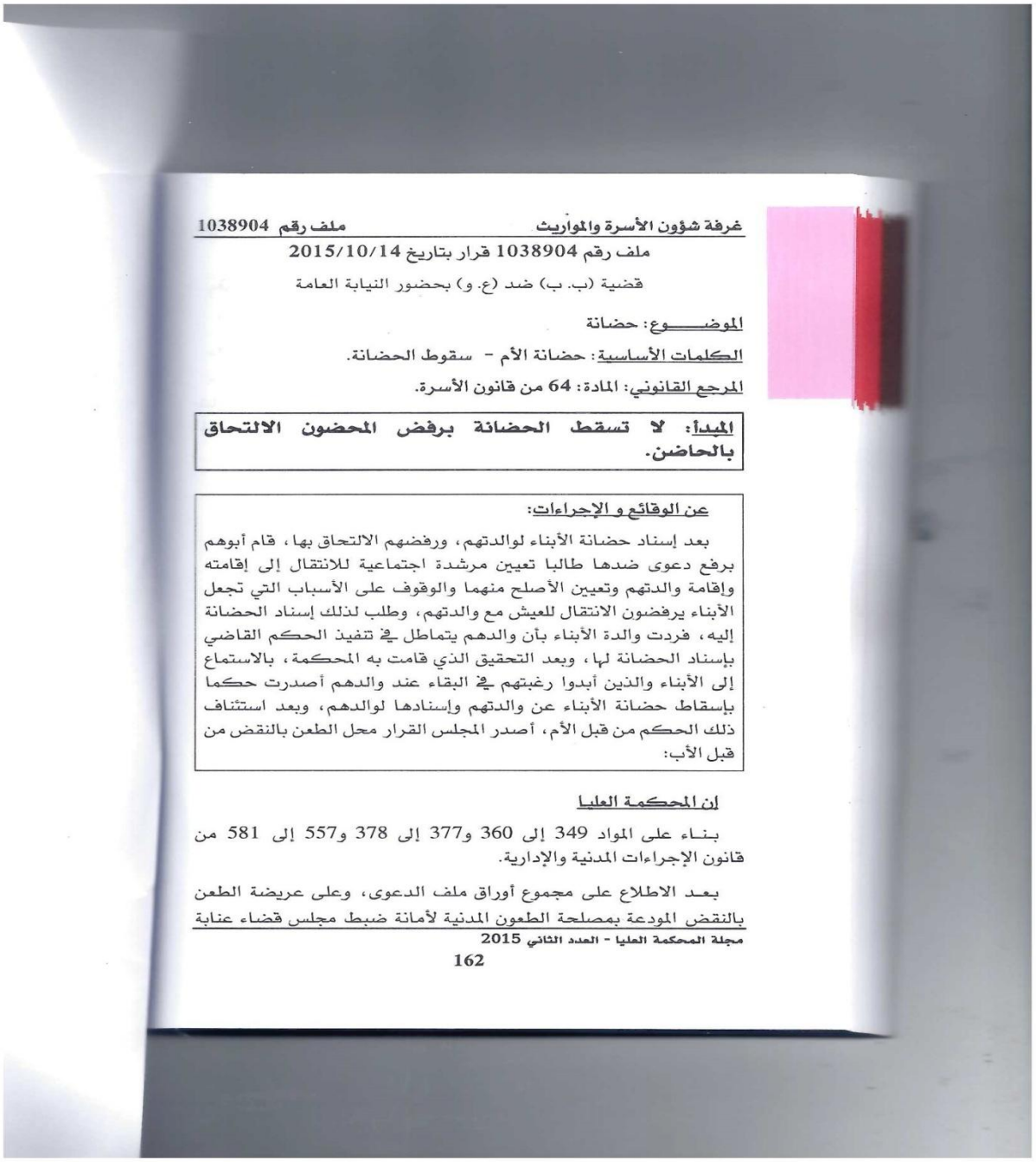
وحيث إن الطاعن أثار **وجهين للطعن** لتأسيس طعنه.

وحيث إن المطعون ضدها طلبت رفض الطعن لعدم التأسيس.

وعليه:

ومن حيث الشكل:

حيث إن الطعن بالنقض قد جاء في الأجل واستوفى الأشكال القانونية.



غرفة شؤون الأسرة والمواريث ملف رقم 1038904

ملف رقم 1038904 قرار بتاريخ 2015/10/14

قضية (ب. ب) ضد (ع. و) بحضور النيابة العامة

الموضـــــوع: حضانة

الكلمات الأساسية: حضانة الأم - سقوط الحضانة.

المرجع القانوني: المادة: 64 من قانون الأسرة.

المبدأ: لا تسقط الحضانة برفض المحضون الالتحاق بالحاضن.

عن الوقائع و الإجراءات:

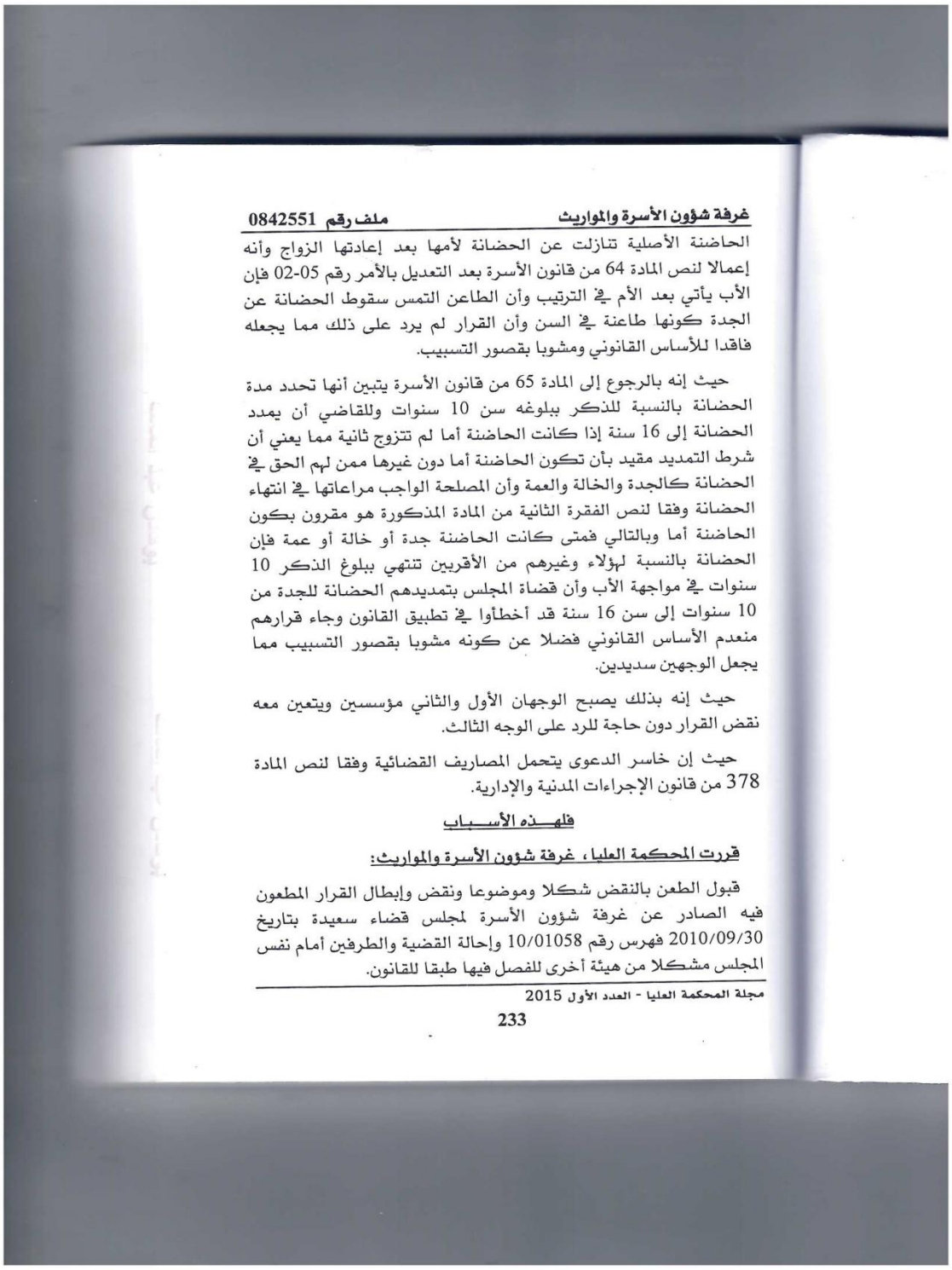
بعد إسناد حضانة الأبناء لوالدتهم، ورفضهم الالتحاق بها، قام أبوهم برفع دعوى ضدها طالبا تعيين مرشدة اجتماعية للانتقال إلى إقامته وإقامة والدتهم وتعيين الأصلح منهما والوقوف على الأسباب التي تجعل الأبناء يرفضون الانتقال للعيش مع والدتهم، وطلب لذلك إسناد الحضانة إليه، فردت والدة الأبناء بأن والدهم يتماطل في تنفيذ الحكم القاضي بإسناد الحضانة لها، وبعد التحقيق الذي قامت به المحكمة، بالاستماع إلى الأبناء والذين أبدوا رغبتهم في البقاء عند والدهم أصدرت حكما بإسقاط حضانة الأبناء عن والدتهم وإسنادها لوالدهم، وبعد استئناف ذلك الحكم من قبل الأم، أصدر المجلس القرار محل الطعن بالنقض من قبل الأب:

إن المحكمة العليا

بنـاء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعـد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بمصلحة الطعون المدنية لأمانة ضبط مجلس قضاء عنابة

الملحق 02:تمديد حضانة الام



غرفة شؤون الأسرة والمواريث ملف رقم 0842551

الحاضنة الأصلية تنازلت عن الحضانة لأمها بعد إعادتها الزواج وأنه إعمالا لنص المادة 64 من قانون الأسرة بعد التعديل بالأمر رقم 05-02 فإن الأب يأتي بعد الأم في الترتيب وأن الطاعن التمس سقوط الحضانة عن الجدة كونها طاعنة في السن وأن القرار لم يرد على ذلك مما يجعله فاقدا للأساس القانوني ومشوبا بقصور التسبيب.

حيث إنه بالرجوع إلى المادة 65 من قانون الأسرة يتبين أنها تحدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه سن 10 سنوات وللقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مما يعني أن شرط التمديد مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة والخالة والعمة وأن المصلحة الواجب مراعاتها في انتهاء الحضانة وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة هو مقرون بكون الحاضنة أما وبالتالي فمتى كانت الحاضنة جدة أو خالة أو عمة فإن الحضانة بالنسبة لهؤلاء وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات في مواجهة الأب وأن قضاة المجلس بتمديدهم الحضانة للجدة من 10 سنوات إلى سن 16 سنة قد أخطأوا في تطبيق القانون وجاء قرارهم منعدم الأساس القانوني فضلا عن كونه مشوبا بقصور التسبيب مما يجعل الوجهين سديدين.

حيث إنه بذلك يصبح الوجهان الأول والثاني مؤسسين ويتعين معه نقض القرار دون حاجة للرد على الوجه الثالث.

حيث إن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهـــذه الأســـبـاب

قررت المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2010/09/30 فهرس رقم 10/01058 وإحالة القضية والطرفين أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2015

233

المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2010/09/30 فهرس رقم 10/01058 القاضي

في الشكل: قبول الاستئناف شكلا.

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة البيض يوم 2010/03/23 وتصديا للقضية من جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 2010/02/01 أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة البيض طالبا انقضاء حضانة الابن (ع) لتجاوزه سن 10 سنوات وزواج الحاضنة، فيما أجابت المدعى عليها طالبة رفض الدعوى لسبق الفصل فيها وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2010/03/23 القاضي بانقضاء حضانة الابن (ع) عن الحاضنة (ج.ا) المسندة إليها بالحكم الصادر بتاريخ 2005/01/30 المؤيد بالقرار الصادر بتاريخ 2006/04/15.

حيث إن الطاعن يثير **ثلاثة أوجه للطعن** لتأسيس طعنه.

حيث إن المطعون ضدها تطلب رفض الطعن.

وعليه:

من حيث الشكل:

حيث إن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الإجراءات والآجال فهو حينئذ مقبول شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجهين الأول والثاني معا لتكاملهما وارتباطهما: المأخوذين من انعدام الأساس القانوني وقصور التسبيب،

بدعوى أنه وفقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة تنقضي حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات وللقاضي أن يمدد بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج وأن الثابت من الملف أن

ملف رقم 0842551 قرار بتاريخ 2015/01/15

قضية (ب.م) ضد (ج.ا) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة

تفصيل الموضوع: تمديد الحضانة للأم

المرجع القانوني: قانون رقم: 84-11 (قانون الأسرة)، المادة: 65، جريدة رسمية عدد: 24.

المبدأ: يكون تمديد الحضانة، طبقا للقانون، للأم الحاضنة، دون غيرها من النساء، ممن لهن الحق في الحضانة.

إن المحكمة العليا

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 و378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة الضبط لمجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2012/02/20 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدها (ج.ا) المودعة يوم 2012/04/29.

وبعد الاستماع إلى السيد تواتي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب.

وبعد الاطلاع على الطلبات المكتوبة للنيابة العامة والاستماع إلى السيد الكفيف الطاهر المحامي العام في تقديم التماساته الشفوية بالجلسة الرامية إلى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن الطاعن (ب.م) طعن بطريق النقض بتاريخ 2012/02/20 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذ دقة خالد المحامي المعتمد لدى

والمصاريف القضائية على المطعون ضدها.

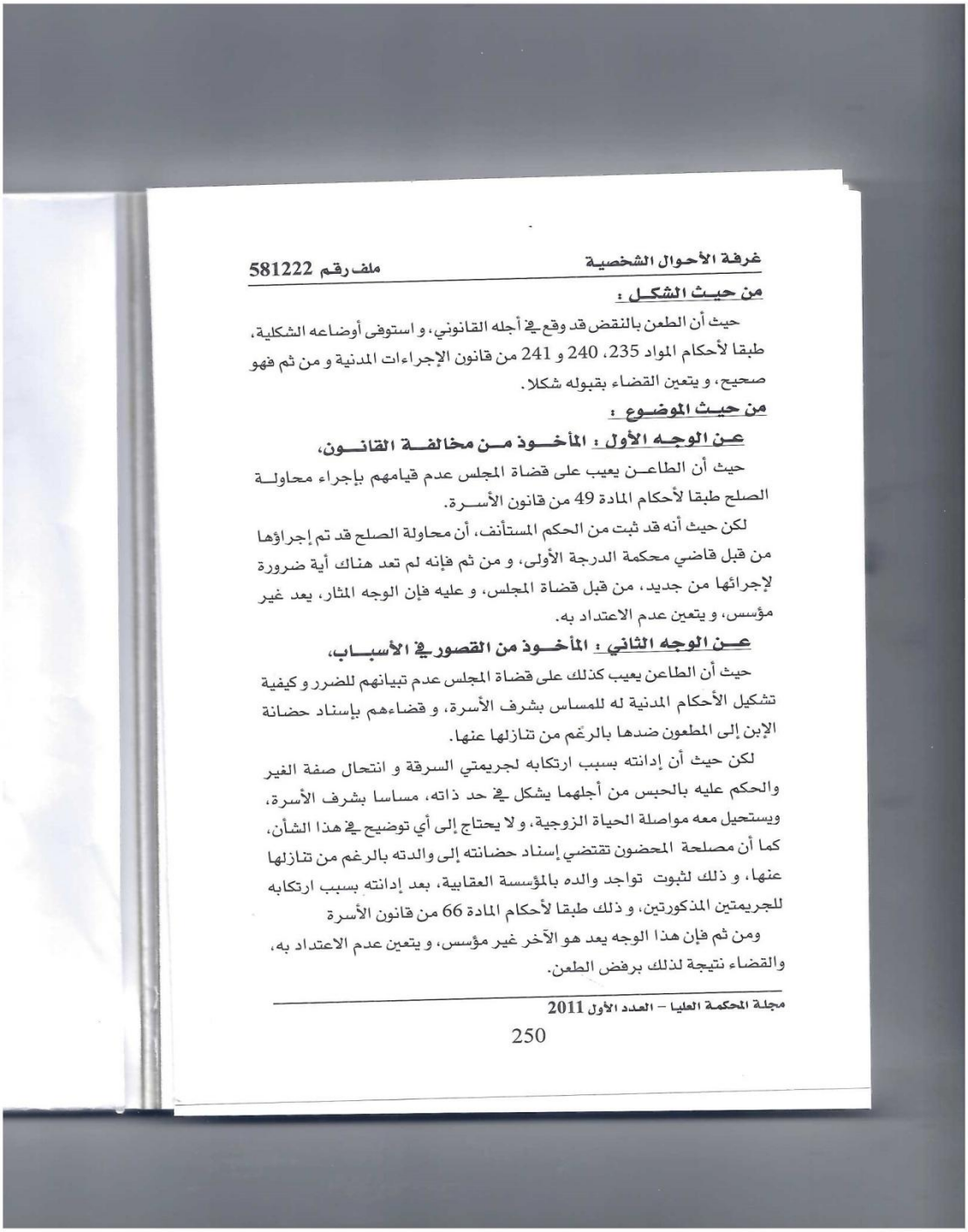
بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر جانفي سنة ألفين وخمسة عشر من قبل المحكمة العليا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث - والمتركبة من السادة:

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
تواتي الصديق	مستشارا مقررا
ملاك الهاشمي	مستشارا
فضيل عيسى	مستشارا
بن فريحة العربي	مستشارا

بحضور السيد: الكفيف الطاهر - المحامي العام،

وبمساعدة السيدة: بلحفصي قوتة - أمين الضبط.

الملحق 03: حضانة-مصلحة المحضون- تطليق



غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 581222

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض قد وقع في أجله القانوني، و استوفى أوضاعه الشكلية، طبقا لأحكام المواد 235، 240 و 241 من قانون الإجراءات المدنية و من ثم فهو صحيح، و يتعين القضاء بقبوله شكلا.

من حيث الموضوع :

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة القانون،

حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس عدم قيامهم بإجراء محاولة الصلح طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة.

لكن حيث أنه قد ثبت من الحكم المستأنف، أن محاولة الصلح قد تم إجراؤها من قبل قاضي محكمة الدرجة الأولى، و من ثم فإنه لم تعد هناك أية ضرورة لإجرائها من جديد، من قبل قضاة المجلس، و عليه فإن الوجه المثار، يعد غير مؤسس، و يتعين عدم الاعتداد به.

عن الوجه الثاني : المأخوذ من القصور في الأسباب،

حيث أن الطاعن يعيب كذلك على قضاة المجلس عدم تبيانهم للضرر و كيفية تشكيل الأحكام المدنية له للمساس بشرف الأسرة، و قضاءهم بإسناد حضانة الإبن إلى المطعون ضدها بالرغم من تنازلها عنها.

لكن حيث أن إدانته بسبب ارتكابه لجريمتي السرقة و انتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يشكل في حد ذاته، مساسا بشرف الأسرة، ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، و لا يحتاج إلى أي توضيح في هذا الشأن، كما أن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته إلى والدته بالرغم من تنازلها عنها، و ذلك لثبوت تواجد والده بالمؤسسة العقابية، بعد إدانته بسبب ارتكابه للجريمتين المذكورتين، و ذلك طبقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة

ومن ثم فإن هذا الوجه يعد هو الآخر غير مؤسس، و يتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن.

مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2011

250

وعليـــــه فـإن المحكمـة العليـــــا

حيث أن المدعو (م.هـ) قد طعن بالنقض، بموجب عريضة أودعها لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2008/08/06 بواسطة محاميه الأستاذ سكيو منير المعتمد لدى المحكمة المذكورة، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2008/07/12 القاضي حضوريا نهائيا بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة باتنة بتاريخ 2008/02/09 القاضي حضوريا ابتدائيا برفض الطلب لعدم التأسيس و القضاء من جديد بتطليق المستأنفة (ت. ك) من (م.هـ) للضرر، وإلزام المستأنف عليه بأدائه للمستأنفة تعويضا قدره 60000 دج، و نفقة عدة قدرها 10000 دج، و إسناد حضانة الابن إلى الأم على نفقة أبيه بمبلغ 2000 دج شهريا تسري من تاريخ اليوم إلى غاية سقوط الحضانة وتمكين الأب من حق الزيارة، و بحفظ باقي الطلبات و قد استند، في طعنه، إلى **وجهين.**

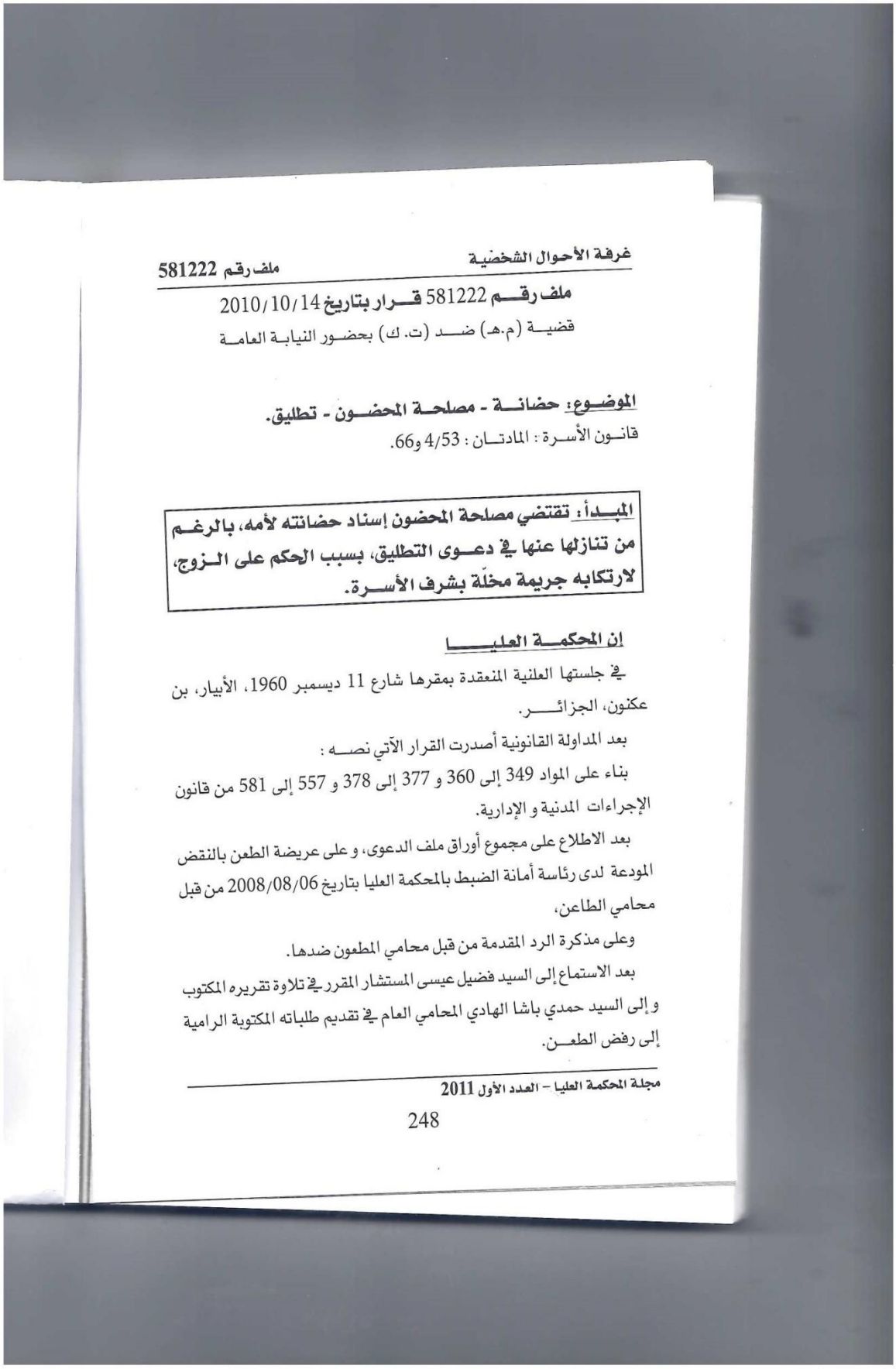
الوجـه الأول : المأخـــوذ مـــن مخالفـــة القانـــون،

بدعوى أنه لم يتبين من القرار المطعون فيه الإشارة إلى أن قضاة المجلس قد قاموا بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين مخالفين بذلك المادة 49 من قانون الأسرة.

الوجـه الثـاني : المأخـــوذ مـــن القصـــور في الأسبـــاب،

بدعوى أن قضاة المجلس قد اكتفوا بحيثية واحدة، ولم يبينوا كيفية ثبوت الضرر، وهل أن الأحكام التي أدانت الطاعن تشكل مساسا بشرف الأسرة و يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية وفقا لأحكام المادة 4/53 من قانون الأسرة، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن عريضة الاستئناف لم تتضمن طلبا لإسناد حضانة الإبن إليها هذا بالإضافة إلى أنها طلبت التنازل عن ذلك أمام المحكمة إلا أن قضاة المجلس قد حكموا لها بذلك دون تسبيب

حيث أن المطعون ضدها قد أودعت مذكرة للرد، بواسطة محاميها الأستاذ رداح لحسن المعتمد لدى نفس المحكمة، طلبت بموجبها القضاء برفض الطعن لعدم التأسيس.



ملف رقم 581222 **قرار بتاريخ** 2010/10/14

قضية (م.هـ) ضد (ت. ك) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة - مصلحة المحضون - تطليق.

قانون الأسرة : المادتان : 4/53 و66.

المبدأ: تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق، بسبب الحكم على الزوج، لارتكابه جريمة مخلّة بشرف الأسرة.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و 557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، و على عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2008/08/06 من قبل محامي الطاعن،

وعلى مذكرة الرد المقدمة من قبل محامي المطعون ضدها.

بعد الاستماع إلى السيد فضيل عيسى المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد حمدي باشا الهادي المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

وحيث أنه يتعين القضاء بتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية، و ذلك طبقا لأحكام المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فلهـــذه الأســـباب

قضت المحكمـــة العليـــا، غرفة الأحوال الشخصية والمـــواريث:

قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا

و بتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية

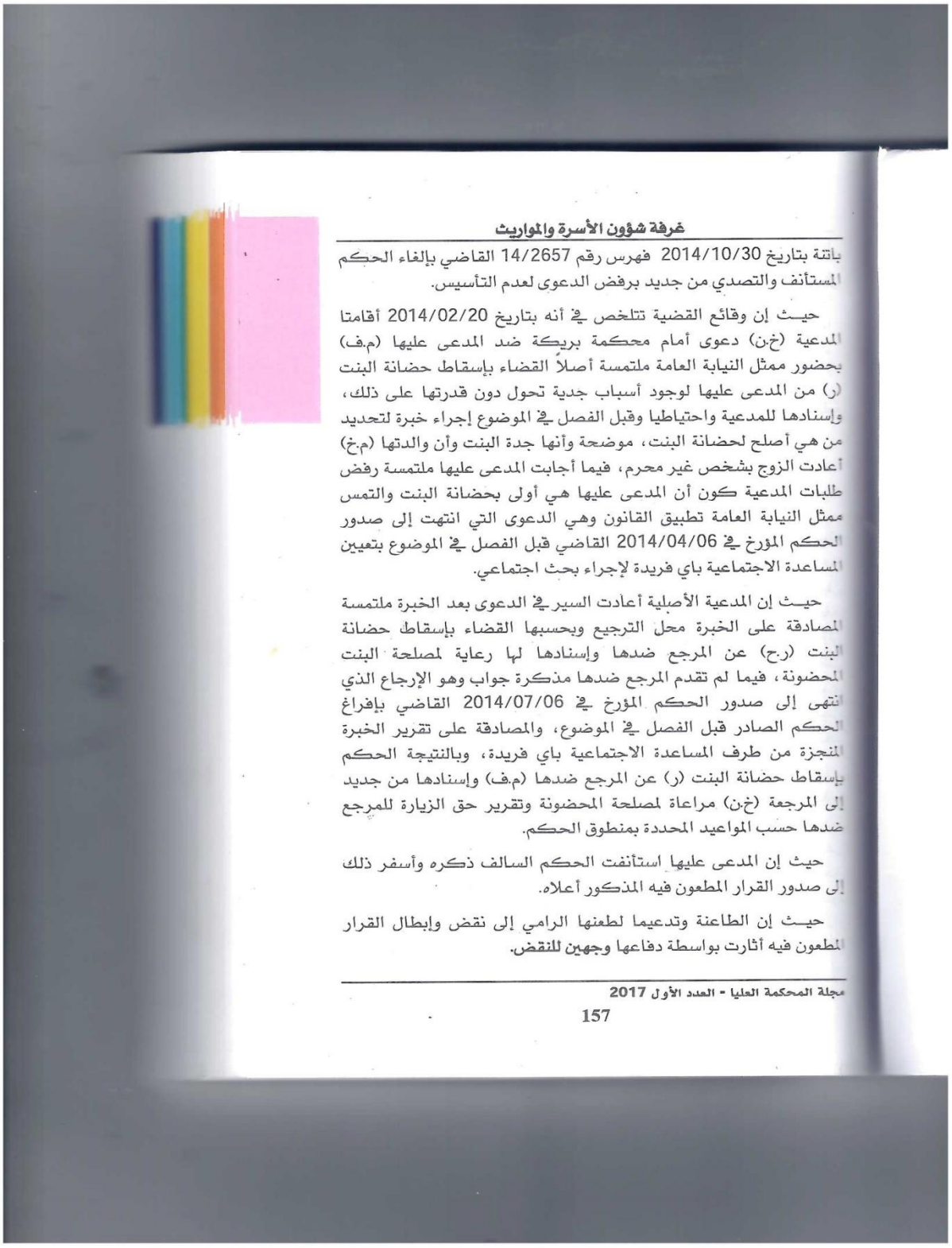
بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر أكتوبر سنة ألفين و عشرة من قبل المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - والمتركبة من الســـادة :

الضاوي عبد القـــادر	رئيس الغرفـــة رئيســـا
فضـــيل عيســـى	مستشـــارا مقـــررا
مـــلاك الهاشمـــي	مستشـــارا
بوزيـــد لخضـــر	مستشـــارا

بحضور السيد : حمـدي باشـا الهـادي-المحامي العـام،

وبمساعـدة السيد : طـريف سميـر-أمين الضـبط.

المحلق 04:اسقاط الحضانة –جدة الام –جدة الاب-رغبة الطفل-مصلحة المحضون



غرفة شؤون الأسرة والمواريث

باتتة بتاريخ 2014/10/30 فهرس رقم 14/2657 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والتصدي من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث إن وقائع القضية تتلخص في أنه بتاريخ 2014/02/20 أقامتا المدعية (خ.ن) دعوى أمام محكمة بريكة ضد المدعى عليها (م.ف) بحضور ممثل النيابة العامة ملتمسة أصلاً القضاء بإسقاط حضانة البنت (ر) من المدعى عليها لوجود أسباب جدية تحول دون قدرتها على ذلك، وإسنادها للمدعية واحتياطيا وقبل الفصل في الموضوع إجراء خبرة لتحديد من هي أصلح لحضانة البنت، موضحة وأنها جدة البنت وأن والدتها (م.خ) أعادت الزوج بشخص غير محرم، فيما أجابت المدعى عليها ملتمسة رفض طلبات المدعية كون أن المدعى عليها هي أولى بحضانة البنت والتمس ممثل النيابة العامة تطبيق القانون وهي الدعوى التي انتهت إلى صدور الحكم المؤرخ في 2014/04/06 القاضي قبل الفصل في الموضوع بتعيين المساعدة الاجتماعية باي فريدة لإجراء بحث اجتماعي.

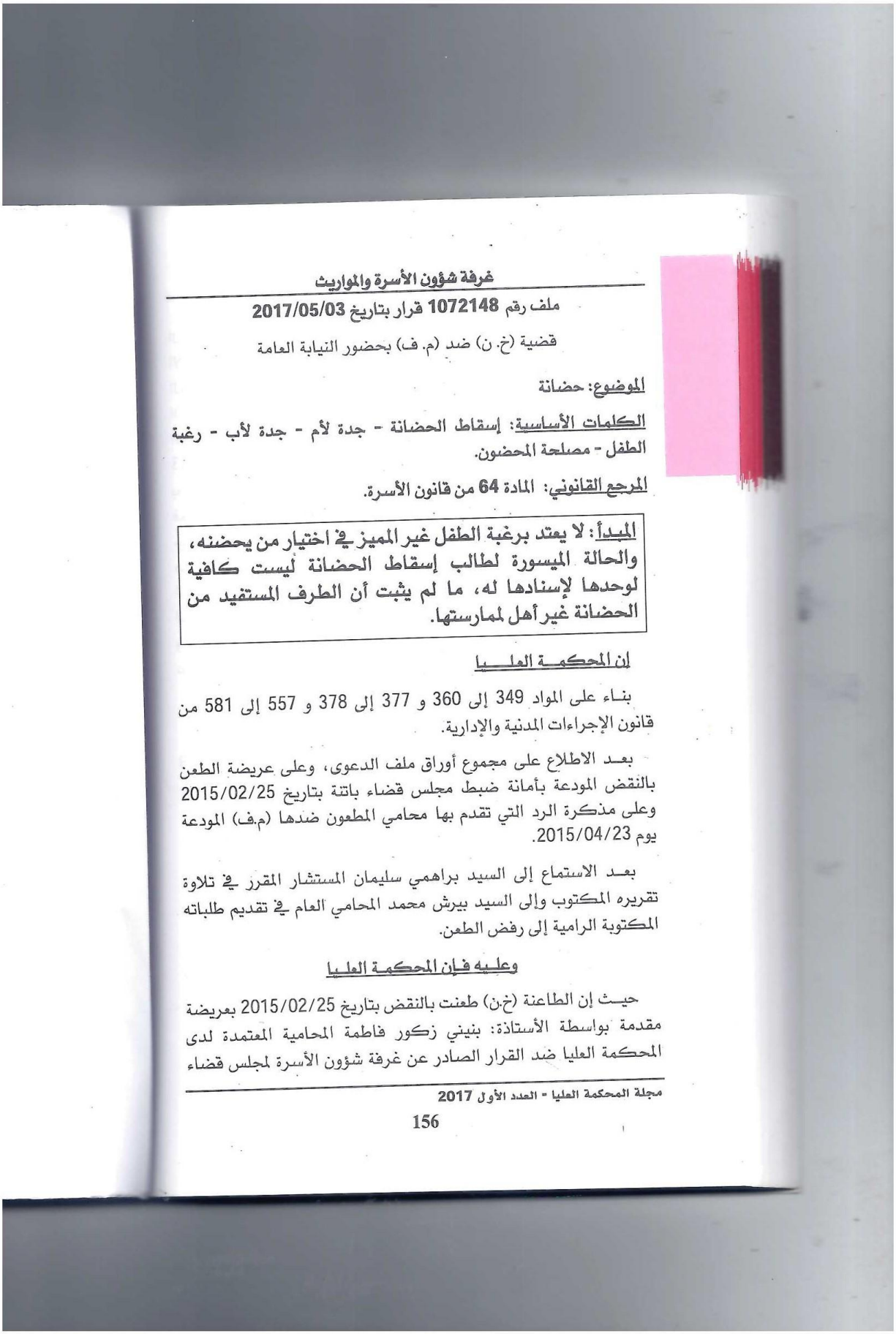
حيث إن المدعية الأصلية أعادت السير في الدعوى بعد الخبرة ملتمسة المصادقة على الخبرة محل الترجيع وبحسبها القضاء بإسقاط حضانة البنت (ر.ج) عن المرجع ضدها وإسنادها لها رعاية لمصلحة البنت المحضونة، فيما لم تقدم المرجع ضدها مذكرة جواب وهو الإرجاع الذي انتهى إلى صدور الحكم المؤرخ في 2014/07/06 القاضي بإفراغ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع، والمصادقة على تقرير الخبرة المنجزة من طرف المساعدة الاجتماعية باي فريدة، وبالنتيجة الحكم بإسقاط حضانة البنت (ر) عن المرجع ضدها (م.ف) وإسنادها من جديد إلى المرجعة (خ.ن) مراعاة لمصلحة المحضونة وتقرير حق الزيارة للمرجع ضدها حسب المواعيد المحددة بمنطوق الحكم.

حيث إن المدعى عليها استأنفت الحكم السالف ذكره وأسفر ذلك إلى صدور القرار المطعون فيه المذكور أعلاه.

حيث إن الطاعنة وتدعيما لطعنها الرامي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه أثارت بواسطة دفاعها وجهين للنقض.

مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2017

157



غرفة شؤون الأسرة والمواريث

ملف رقم **1072148** قرار بتاريخ **2017/05/03**

قضية (خ. ن) ضد (م. ف) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة

الكلمات الأساسية: إسقاط الحضانة - جدة لأم - جدة لأب - رغبة الطفل - مصلحة المحضون.

المرجع القانوني: المادة **64** من قانون الأسرة.

المبدأ: لا يعتد برغبة الطفل غير المميز في اختيار من يحضنه، والحالة الميسورة لطالب إسقاط الحضانة ليست كافية لوحدها لإسنادها له، ما لم يثبت أن الطرف المستفيد من الحضانة غير أهل لممارستها.

إن المحكمة العليا

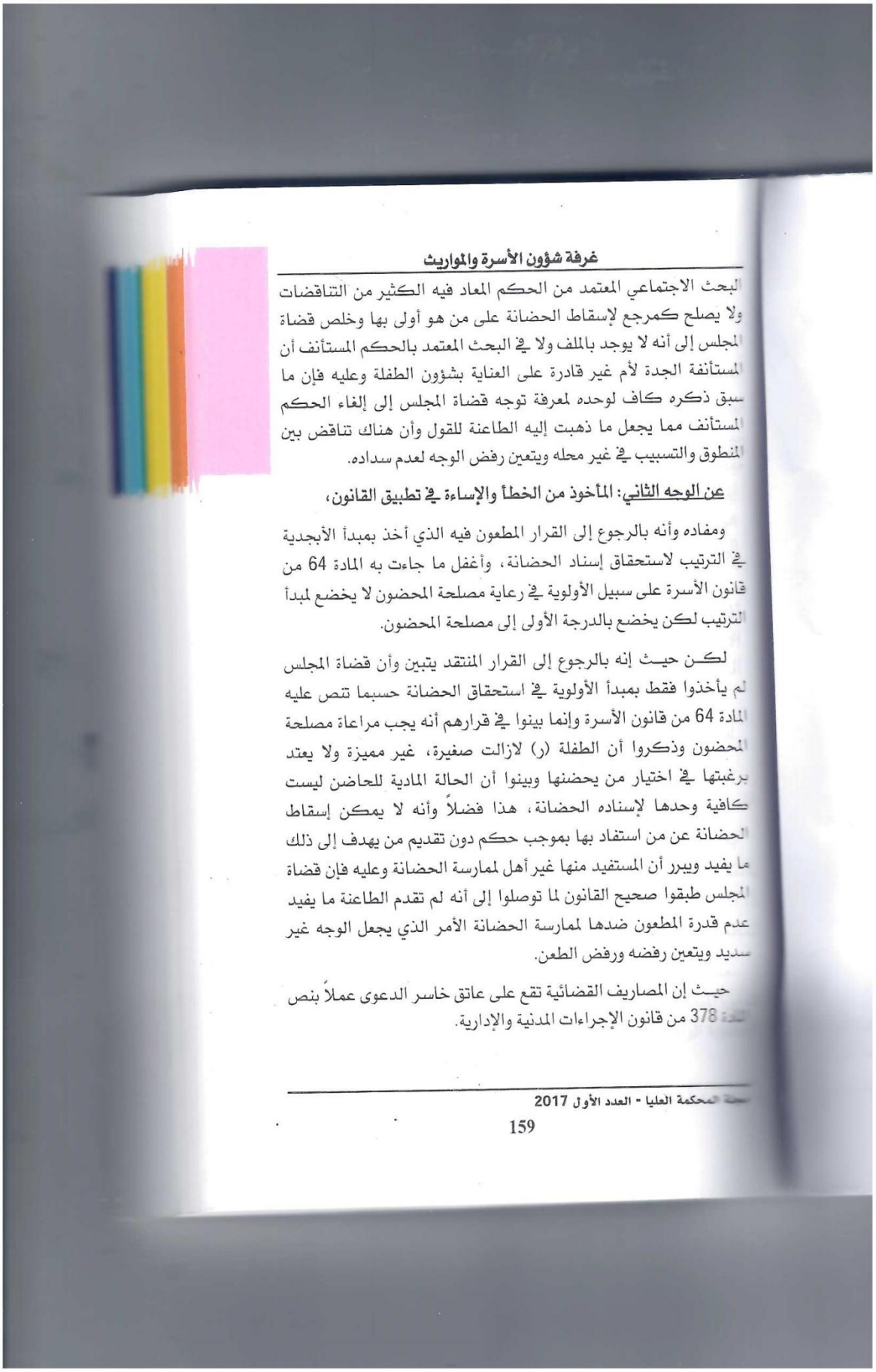
بناء على المواد 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و 557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2015/02/25 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدها (م.ف) المودعة يوم 2015/04/23.

بعد الاستماع إلى السيد براهمي سليمان المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد بيرش محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن الطاعنة (خ.ن) طعنت بالنقض بتاريخ 2015/02/25 بعريضة مقدمة بواسطة الأستاذة: بنيني زكور فاطمة المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء



البحث الاجتماعي المعتمد من الحكم المعاد فيه الكثير من التناقضات ولا يصلح كمرجع لإسقاط الحضانة على من هو أولى بها وخلص قضاة المجلس إلى أنه لا يوجد بالملف ولا في البحث المعتمد بالحكم المستأنف أن المستأنفة الجدة لأم غير قادرة على العناية بشؤون الطفلة وعليه فإن ما سبق ذكره كاف لوحده لمعرفة توجه قضاة المجلس إلى إلغاء الحكم المستأنف مما يجعل ما ذهبت إليه الطاعنة للقول وأن هناك تناقض بين المنطوق والتسبيب في غير محله ويتعين رفض الوجه لعدم سداده.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من الخطأ والإساءة في تطبيق القانون،

ومفاده وأنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه الذي أخذ بمبدأ الأبجدية في الترتيب لاستحقاق إسناد الحضانة، وأغفل ما جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة على سبيل الأولوية في رعاية مصلحة المحضون لا يخضع لمبدأ الترتيب لكن يخضع بالدرجة الأولى إلى مصلحة المحضون.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين وأن قضاة المجلس لم يأخذوا فقط بمبدأ الأولوية في استحقاق الحضانة حسبما تنص عليه المادة 64 من قانون الأسرة وإنما بينوا في قرارهم أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون وذكروا أن الطفلة (ر) لازالت صغيرة، غير مميزة ولا يعتد برغبتها في اختيار من يحضنها وبينوا أن الحالة المادية للحاضن ليست كافية وحدها لإسناده الحضانة، هذا فضلاً وأنه لا يمكن إسقاط الحضانة عن من استفاد بها بموجب حكم دون تقديم من يهدف إلى ذلك ما يفيد ويبرر أن المستفيد منها غير أهل لممارسة الحضانة وعليه فإن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون لما توصلوا إلى أنه لم تقدم الطاعنة ما يفيد عدم قدرة المطعون ضدها لممارسة الحضانة الأمر الذي يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه ورفض الطعن.

حيث إن المصاريف القضائية تقع على عاتق خاسر الدعوى عملاً بنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث إن المطعون ضدها أجابت بواسطة الأستاذ سابق ياسر عرفات المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا بمذكرة خلص فيها إلى رفض الطعن لعدم سداد الأوجه المثارة.

وعليه

من حيث الشكل:

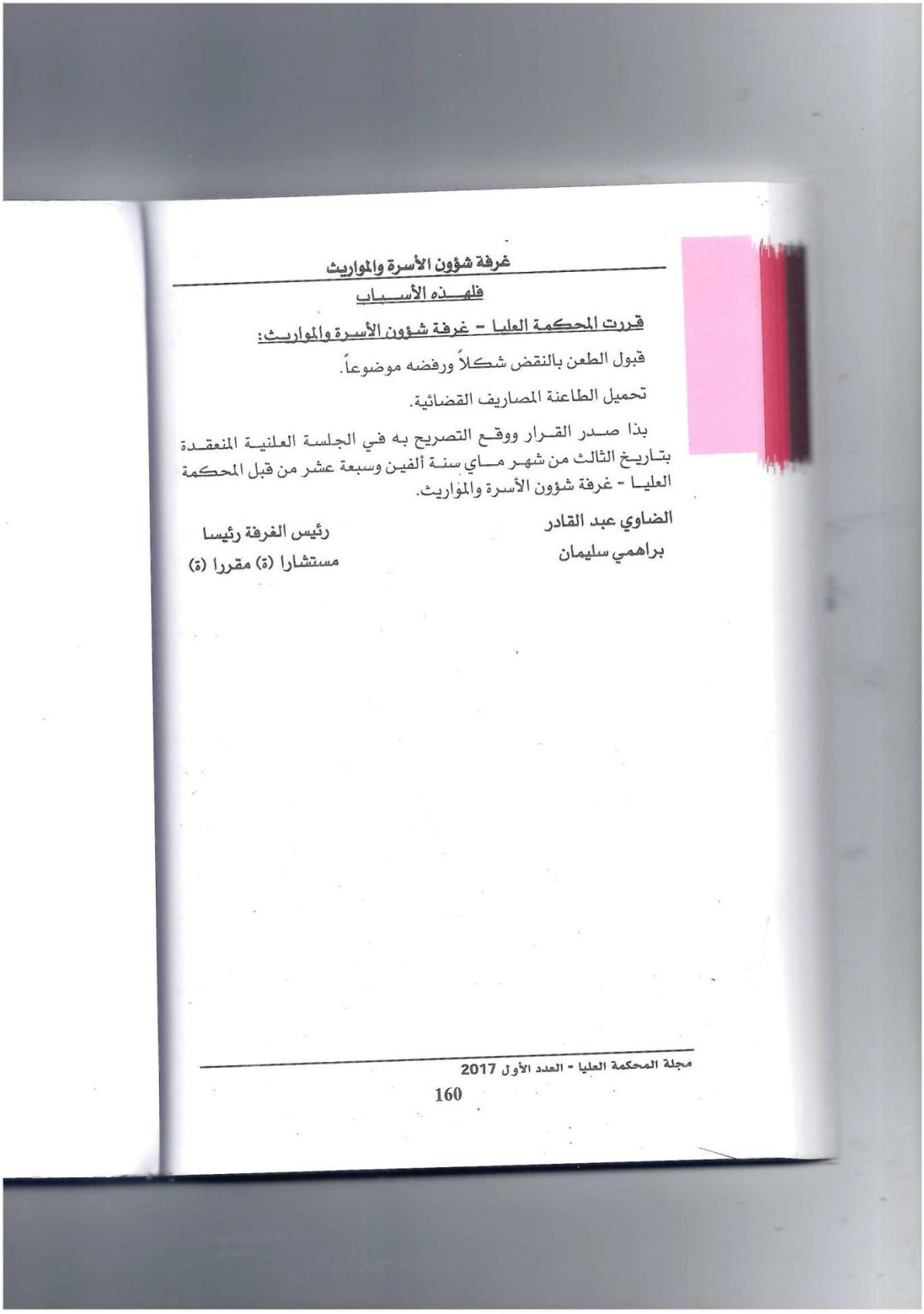
حيث إن الطعن بالنقض قد جاء مستوفياً لسائر أوضاعه الشكلية والآجال المطلوبة قانوناً، تعين قبوله شكلاً.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الأول: المأخوذ من تناقض التسبيب مع المنطوق،

ومفاده أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه الذي جاء في إحدى حيثياته أنه تمّ إغفال تام لكون الطفلة ألفت العيش مع جدتها المستأنفة منذ وفاة والدتها وحتى بعد زواج أمها، في حين أن هذا الدفع جاء على لسان الطاعنة على أساس أن الطفلة ألفت العيش في بيت جدتها لوالدها بعد وفاة هذا الأخير في 2010/11/09 وبقيت في كنف جدتها الطاعنة إلى غاية أن لجأت المطعون ضدها للقضاء من أجل إسناد الحضانة وكان ذلك في 2014/01/29 أي بعد أن أصبح عمرها أربعة سنوات وهو الدفع الذي حركت به دعوى إسقاط الحضانة وبناء عليه جاء الحكم محل الاستئناف القاضي بإلغائه وهذا ما يؤكد أن هناك تناقض بين حيثيات القرار ومنطوقه.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وبكل وضوح وأن قضاة المجلس قد ذكروا أنه لا يمكن أن تكون الحالة المادية والحالة الميسورة للمستأنف عليها الجدة لأب سببا لإسقاط الحضانة عن المستأنفة الجدة لأم المقدمة قانوناً في ترتيب المستحقين لممارسة حق الحضانة والتي تأتي بعد الأم والأب طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة والعبرة في ذلك هو أن قرابة الأم سابقة عن قرابة الأب، وأضاف القضاة وأنه يجب مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد أو إسقاط الحضانة وأن



فلهـــذه الأســـبـاب

قـررت المحكمـة العليـا - غرفة شـؤون الأسـرة والمواريـث:

قبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً.

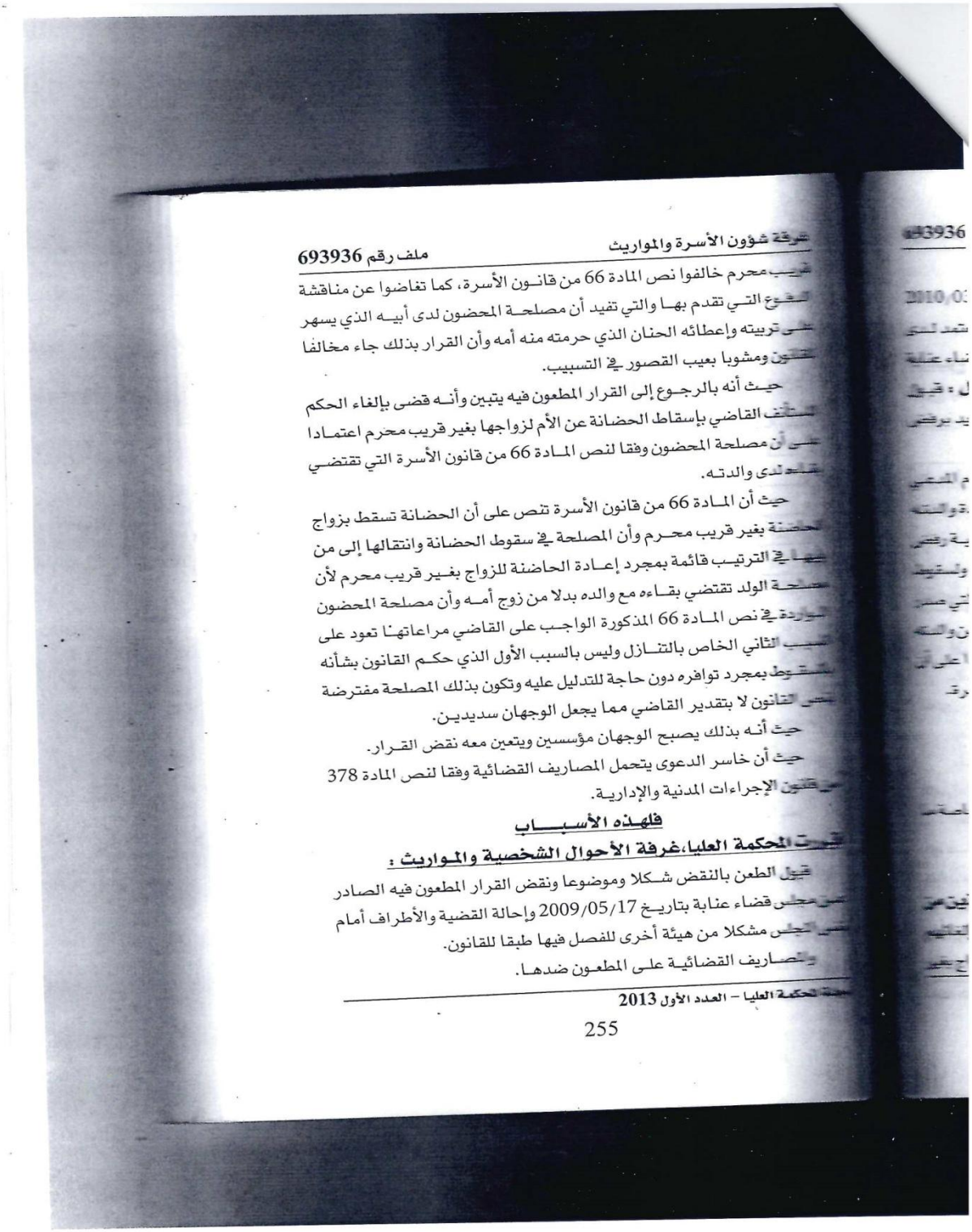
تحميل الطاعنة المصاريف القضائية.

بذا صـدر القـرار ووقـع التصريح به في الجلسة العلنيـة المنعقـدة بتـاريـخ الثالث من شهـر مـاي سنـة ألفين وسبعة عشر من قبل المحكمة العليـا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

الضاوي عبد القادر — رئيس الغرفة رئيسا

براهمي سليمان — مستشارا (ة) مقررا (ة)

الملحق05: سقوط الحضانة-تنازل عن مصلحة الحضانة-تزويج بغير قريب محرم



غرفة شؤون الأسرة والمواريث ملف رقم 693936

قريب محرم خالفوا نص المادة 66 من قانون الأسرة، كما تغاضوا عن مناقشة الوقوع التي تقدم بها والتي تفيد أن مصلحة المحضون لدى أبيه الذي يسهر على تربيته وإعطائه الحنان الذي حرمته منه أمه وأن القرار بذلك جاء مخالفا للقانون ومشوبا بعيب القصور في التسبيب.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأنه قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم لزواجها بغير قريب محرم اعتمادا على أن مصلحة المحضون وفقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة التي تقتضي بقاءه لدى والدته.

حيث أن المادة 66 من قانون الأسرة تنص على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم وأن المصلحة في سقوط الحضانة وانتقالها إلى من يليها في الترتيب قائمة بمجرد إعادة الحاضنة للزواج بغير قريب محرم لأن مصلحة الولد تقتضي بقاءه مع والده بدلا من زوج أمه وأن مصلحة المحضون الواردة في نص المادة 66 المذكورة الواجب على القاضي مراعاتها تعود على السبب الثاني الخاص بالتنازل وليس بالسبب الأول الذي حكم القانون بشأنه مشروط بمجرد توافره دون حاجة للتدليل عليه وتكون بذلك المصلحة مفترضة بحكم القانون لا بتقدير القاضي مما يجعل الوجهان سديدين.

حيث أنه بذلك يصبح الوجهان مؤسسين ويتعين معه نقض القرار.

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قضت المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 2009/05/17 وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

والمصاريف القضائية على المطعون ضدها.

مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2013

255

وعليه فإن المحكمة العليا

وحيث أن الطاعن (خ.ع) طعن بطريق النقض بتاريخ 15 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذ بوزعون بشير المحامي المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس بتاريخ 2009/05/17 فهرس رقم 09/01858 القاضي **في الشكل** الاستئناف، **في الموضوع** : إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد الدعوى لعدم التأسيس وتحميل المستأنف المصاريف القضائية.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 2008/06/25 دعوى أمام محكمة عنابة طالبا منحه حضانة الابن (خ.ب) الحاضنة الزواج بغير قريب محرم، فيما أجابت المدعى عليها الدعوى لأن الزواج بغير قريب محرم ليس كافيا لإسقاط الحضانة حق المدعي في طلب الحضانة أكثر من سنة على الزواج وهي بشأنها الحكم المؤرخ في 2008/12/16 القاضي بإسقاط حضانة وإسنادها لوالده، وهو الحكم الملغى بالقرار المطعون فيه بالنقض المحكمة لم تراع مصلحة المحضون وفقا لنص المادة 66 من قانون

حيث أن الطاعن **يثير وجهين للطعن** لتأسيس طعنه.

حيث أن المطعون ضدها تطلب رفض الطعن.

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا تعلق منه باحترام الآجال فهو حينئذ مقبول شكلا.

من حيث الموضوع :

عن الوجهين الأول والثاني لتشابههما وارتباطهما :

مخالفة القانون والقصور في التسبيب، بدعوى أن قضاة المجلس الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة الولد عن أمه لإعادتها

ملف رقم 693936 **قرار بتاريخ** 2012/09/13

قضية (خ.ع) ضد (ق.ن) بحضور النيابة العامة

الموضوع : حضانة-سقوط الحضانة-تنازل عن الحضانة-مصلحة-تزوج بغير قريب مَحرَم.

قانون رقم : 84-11 (قانون الأسرة)، المادة : 66، جريدة رسمية عدد : 24.

المبدأ : تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب مَحرَم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون.

مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها، تنصب على التنازل عن الحضانة فقط.

و المواريث

ان المحكمة العليا

في جلستها العلانية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر،

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط مجلس قضاء عنابة بتاريخ 2010/03/15 وعلى مذكرة جواب محامي المطعون ضدها (ق.ن) المودعة بتاريخ 2010/04/20.

بعد الاستماع إلى السيد تواتي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة يوسفي غزالي نادية المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

بـذا صدر القـرار ووقع التصريح بـه في الجلسة العلنيـة المنعقـدة
الثالـث عشـر من شهر سبتمبر سنة ألفين واثني عشـر من قبل المحكمة
غرفة الأحوال الشخصيـة-والمتركبـة من السـادة :

الضاوي عبد القـادر	رئيس الغرفة
تـواتـي الصديـق	مستشـارا مقـ
مـلاك الهاشمـي	مستشـ
بـوزيـد لخضـر	مستشـ
فضيـل عيسـى	مستشـ
سكـة قـويـدر	مستشـ

بحضـور السيـدة : يوسفـي غزالـي نادية-المحامـي العـام.
وبمسأعـدة السيـد : طـريف سميـر-أمين الضبط.

الفهرس

إهداء

الشكر

مقدمة 1

الفصل الأول ماهية الحضانة.....7

المبحث الأول : مفهوم الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها :.....8

المطلب الأول: تعريف الحضانة:.....8

الفرع الأول : التعريف الفقهي للحضانة.....9

الفرع الثاني : التعريف القانوني للحضانة.....11

المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة.....13

الفرع الأول : الشروط العامة في الرجال و النساء.....13

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء.....20

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالرجال.....23

الفرع الرابع : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة 24

المبحث الثاني : سقوط الحضانة و التنازل عنها.....34

المطلب الأول: سقوط الحضانة وتنازل عنها ومصلحة الطفل المحضون 34

الفرع الأول :أسباب سقوط الحضانة.....34

الفرع الثاني التنازل عن الحضانة 41

الفرع الثالث : مصلحة الطفل المحضون 34

المطلب الثاني :سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون.....47

الفرع الأول : إجراءات تقدير مصلحة المحضون.....48

الفرع الثاني: المعيار المعنوي.....54

الفصل الثاني : الإجتهاد القضائي في قضايا الحضانة 62
المبحث الاول : أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري.....63
المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري.....63
الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا 64
الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون 66
المطلب الثاني: تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية.....71
الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له 71
الفرع الثاني :أهمية نشر الاجتهاد القضائي.....74
المبحث الثاني : قرارات المحكمة العليا في الحضانة 74
المطلب الأول: قرارات المحكمة العليا ومصلحة الطفل المحضون 75
الفرع الأول : أهم قرارات المحكمة العليا في الحضانة.....77
الفرع الثاني : مبدأ مصلحة الطفل المحضون في إجتهادات المحكمة العليا 78
المطلب الثاني: قرارات المحكمة العليا و أصحاب الحق في الحضانة..... 81
الفرع الأول : بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بأصحاب الحضانة 82
الفرع الثاني : حماية المحضون في الإجتهاد القضائي 83
خاتمة 86
قائمة المراجع 90
ملاحق.....97

مـلخص مذكرة الماستر

من خلال دراستنا لموضوع رعاية مصلحة المحضون بين القانوني و الاجتهاد القضائي نستخلص أن الحضانة من أهم المسائل التي تناولها قانون الأسرة الجزائري والقضاء في الكثير من القرارات، لأن توفير الرعاية و الحماية للأطفال الصغار عند فك الرابطة الزوجية بين الزوجين من أهم المسائل التي تناولها القانون والقضاء في إسناد الحضانة وتمديدها وسقوطها وعدتها وكذلك الشروط المطلوبة في الحاضن سواء كان رجلا أو مرآة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

فالمشرع الجزائري وضع جملة من الضمانات واعتبرها كافية لحماية مصلحة المحضون ووضع ترتيب لأصحاب الحضانة .

مع مراعاة مصلحة المحضون، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المصلحة من خلال العديد من الإجراءات التي يرها مناسبة في تقدير مصلحة المحضون ومنح الحضانة للحاضن اعتمادا على هذه الإجراءات، وتبيان الآثار المترتبة على الحضانة والحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الحاضن والمحضون والتي تكون في مصلحته.

الكلمات المفتاحية

1/ المصلحة 2/ الحضانة 3/ أسباب السقوطة الحضانة 4/ الاجتهادات 5/ قرارات المحكمة العليا6/ سقوط الحضانة

Abstract of The master thesis

Through our study of the issue of caring for the interest of the fostered child between legal and jurisprudence, we conclude that custody is one of the most important issues dealt with by the Algerian Family Law and the judiciary in many decisions, because providing care and protection for young children when breaking the marital bond between the spouses is one of the most important issues addressed by the law and the judiciary in Assignment of custody, its extension, forfeiture, and its promise, as well as the conditions required for the custodian, whether he is a man or a woman, taking into account the interest of the child in all of that.

The Algerian legislator set a number of guarantees and considered them sufficient to protect the interest of the fostered child and put in place an arrangement for the owners of custody.

Taking into account the interest of the fostered child, and leaving the discretionary power to the judge in determining the interest through many procedures that he deems appropriate in assessing the interest of the fostered child and granting custody to the fosterer based on these procedures, and clarifying the implications of custody and the rights and obligations enjoyed by the custodian and the fostered child that are in his interest.

key words

/1Interest 2/ Custody 3/ Causes of Fallacy of Custody 4/ Jurisprudence 5/ Supreme Court Decisions 6/ Forfeiture of Custody