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

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: .....

التخصص:القانون الخاص

من إعداد الطالب(ة):

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بزخامي الأكحل

مجبر فاتحة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	حميدي فاطمة	رئيسا
الأستاذ(ة)	مجبر فاتحة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم:2020/09/06

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى من ربياني على حب العلم والمعرفة والفضيلة وأسمى القيم.

إلى من أضاء لي درب العلم شموعا أبي الغالي رحمه الله تعالى وأكرم مثواه

إلى من يصعب حصر جميلها، والجنة تحت قدميها أمي الغالية

إلى أسرتي الصغيرة، زوجتي، وإلى ثمرتا فؤادي إيمان وخديجة.

وإلى كافة أفراد عائلتي الكريمة دون أن أنسى أحد.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي تواضع كل شيء لعظمته واستسلم كل شيء لقدرته، وذَّل كلُّ شيء لعزَّته وخضع كل شيء لهيبته، وانقاد كل شيء من خشيته، وتشققت الجبال من مخافته واستقرت السموات والأراضون بأمره، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين وصحبه الميامين وسلم كثيرا إلى يوم الدين.

أحمد الله تعالى وأشكره على توفيقه إياي في إتمام هذا البحث المتواضع والموسوم بالحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الذي يعود الفضل فيه إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة مجبر فاتحة التي كان لها الفضل الكبير في خروجه إلى النور،من خلال حسن معاملتها وتفهمها.

كما أتوجه بالشكر والعرفان إلى كل من أسد لي يد المساعدة والدعم في إنجاز هذا العمل وأخص بالذكر أخي عمارة منصور.

كما أتقدم بالشكر المسبق لي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين.

قائمة المختصرات

- د.ب.ن: دون بلد النشر.
- ص: صفحة.
- ط: الطبعة.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الجزائية.
- ق.ع.ج:قانون العقوبات الجزائري.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق: مجلة قضائية.

المقدمة

الأسرة هي نواة المجتمع واللبنة الأساسية في بنائه، فصلاحها يعني صلاح المجتمع وفسادها يعني فساده، لهذا نجد ديننا الحنيف أولى الأسرة رعاية بالغة من خلال وضع الأسس والقواعد الرّاسخة التي تبنى عليها، كما قدم لها جميع مقومات الحياة التي تحفظ كيانها باعتبارها عماد الأمة.

وأساس الأسرة في نظر التشريع الإسلامي الفطرة البشرية والطبيعية التي خلق الله عزوجل عليها الرجل والمرأة، من حب الإجتماع و التقارب من خلال الزواج الشرعي الذي هو نظام إلهي شرعه الله سبحانه وتعالى لصالح عباده ومنافعهم، يظفر منه بالمقاصد الحسنة و الغايات الشريفة، ويحفظ به الذرية والنسل وجعله منشأ للبنين و الحفدة لقوله تعالى﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمت الله هم يكفرون﴾[1]

ولما كان الأولاد هم غاية هذا الزّواج وثمرته، فإن الشريعة الإسلامية أولت لهم أهمية بالغة من خلال تقرير مجموعة من الحقوق تتدرج معهم منذ نشأتهم و تضمن لهم عيشة كريمة ورعاية صالحة من الولادة إلى غاية بلوغهم سن الرشد الذي هو مظنّة كمال نموِّهم العقلي والجسدي.

غير أنه وفي كثير من الأحيان تعتري الأسرة في مسيرتها بعض الإضطرابات والأزمات التي تهدد إستقرارها وأمنها، وما قد يترتب عن ذلك من نتائج سلبية وخيمة لاسيما على الطّفل الذي تؤدي به إلى عدم الإستقرار، بالتالي الحرمان من الحماية التي يحتاج إليها في مرحلة الطفولة و التي يرجع سببها إلى انحلال الرابطة الزوجية سواء كان ذلك نتيجة وفاة أحد الوالدين أو نتيجة إنفصام العلاقة الزوجية بالطلاق وهذا الأخير حق مشروع غير أنه غالبا ما يكون سببا في معاناة الكثير من الأطفال وتعرضهم لأوضاع صعبة وذلك لعجزهم عن تولي شؤونهم بأنفسهم وهم بحاجة إلى من يقوم ويتولى أمورهم وهذا ما يصطلح عليه بالحضانة، لذا فإننا نجد أن الشريعة الإسلامية ضبطتها من خلال سنِّ نصوص وأحكام مفصلية لها باعها وطولها في

1- سورة النحل الآية 72.

صيانة الأولاد وحياطتهم في مجتمعهم الذي يعيشون فيه وهذا كي لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين، وذلك بتحديدها لهذا الحق من خلال ترتيبها لمستحقي الحضانة وتركيزها على قاعدة مصلحة المحضون وكذلك مراعاة عدة شروط يستوجب توفرها في الحاضن حتى تسند إليه الحضانة.

وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري من خلال تبنيه لموضوع الحضانة إذ نجده خصّص مجموعة من المواد القانونية والأحكام القضائية التي تعنى بمصلحة المحضون وبيان سبل حمايته وصيانته وهنا نجد قانون الأسرة الجزائري يوافق وبصورة جليّة ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، كيف لا وقد إتخذها المشرع مصدرا رسميا ثانيا في صياغة وصناعة مواده القانونية.

فالحضانة هي تربية الولد بعد المدة التي تنفك فيها الرابطة الزوجية، ممن لها الحق في تربيته شرعا وقانونا، فهي إذن حفظ الصغير ومن في حكمه (العاجز والمجنون والمعتوه) والقيام بتربيته وترتيب مصالحة من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته[1].

هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية السمحاء ودعت إليه ،وأولته عناية خاصة كما خصص المشرع الجزائري المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري مقرا فيها حق الطفل في الحضانة.

وكان من بين أهم الأسباب التي دفعتنا إلى إثراء هذا الموضوع الميل الشخصي لدراسة موضوع الحضانة من الزاوية المقاصدية للشريعة الإسلامية التي فاقت كل الشرائع في صون الإنسان وحياطته حيث نجدها تحمي الإنسان من مرحلة ما قبل الولادة إلى الموت وكذا عند إطلاعنا علي أحكام القضاء التي تخص قضايا الأسرة وجدنا أن السواد الأعظم منها يتعلق بالآثار المترتبة عن الطلاق كالنفقة والزيارة والسكن؛ تشكل خطرا علي مصلحة الصغير وتنعكس سلبا علي حياته من خلال وجوده في عائلة يسودها اللاإستقرار والصراع الدائم.

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. القسم الأول، عقد الزواج في الإسلام، مكونات العقد، حقوق وواجبات الزوجين، الدار الجامعية،د.ب.ن 2001ص392.

كما أنه ومن خلال معالجة النصوص الفقهية والقانونية التي أقرها قانون الأسرة تأكيد المشرع علي مبدأ مصلحة المحضون؛ حيث يتجلي لنا تأثره وتبنيه لهذا المبدأ من جهة ومن جهة أخري توفير الحماية الدائمة له؛ ومراعاة مصلحة المحضون أي وضعه في ظروف ملائمة تتماشي مع حياته اليومية .

لهذا الموضوع أهمية بالغة بإعتبار الأطفال هم شعلة المستقبل وثروة المجتمع؛ لذا وجب توفير الحماية الكافية لهم لينشؤوا النشئة الصالحة والسوية؛ أما إذا كانت الأسرة غير مستقرة فهذا سيؤثر على الأولاد مما يؤدي إلى عواقب وخيمة تدفع بهم للانحراف والضياع وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطفل قدرا من الحماية وتعتبر أحكام الحضانة الحل القانوني والشرعي لذلك كله وتجدر الإشارة إلى إن موضوع الحضانة من أهم المواضيع الأسرية التي تطرح أمام فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون وهذا حال إنتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالموت ويصبح الأولاد الضحية الأولى لذلك؛ وعليه فإن المشرع ترك أمر تقرير مصلحة المحضون للقاضي .

إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار الشرعي والقانوني للحضانة؛ في ظل التحديات الراهنة مع إلزامية الوقوف علي الآليات القانونية لقانون الأسرة الجزائري كونه يتخذ من الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ثانيا له .

ولعلنا إذ ندرس موضوع الحضانة لاشيئ إلا لبيان تلكم الأهداف الإنسانية السامية التي لا مناص من ذكر بعضها ولعل أهمها مايلي:

1 – الوقوف على مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون في ظل تعاليم ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء مع توضيح توجهات بعض المذاهب الفقهية المعتبرة .

2– الوقوف على أهمية قانون الأسرة الجزائري فاستعاب أحكام الحضانة مع توضيح النصوص القانونية المنظمة لها وبيان ما هو القانون الأصلح للمحضون.

3– البحث عن مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري ؛ والآليات القانونية الموضوعة لهذه الحماية .

4- البحث عن الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية وبيان الحلول التي إعتمدها القضاء الجزائري في حالة غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة؛ وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

ونظرا لحساسية موضوع الحضانة وكثرة تشعباته وللأهمية التي يحضاها ارتأيت طرح الإشكالية التالية والتي مفادها مايلي:

إلى أي مدى قد أفلح المشرع الجزائري في احتواء موضوع الحضانة وتنظيمه بالطريقة والشكل الذي يسمح بتأدية الغاية والهدف منها وهذا بشكل يتماشى مع الشرع الحنيف ؟.

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية :

1-فيما تتمثل العناية الواجب توفرها للأولاد في الحضانة؟

2-ما هي الشروط الواجب توفرها في مستحقي الحضانة وما هي الآثار المترتبة عنها؟

3-ما هي الإشكالات العملية التي تعرض على ساحة القضاء عند البث في قضايا الحضانة؟

4-ما المقصود بقاعدة مصلحة المحضون وكيف عالجها فقهاء الشريعة والقانون؟

من أجل الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية، حيث أن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى مع وضعية الدراسة، ارتأيت اختيار المنهج المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية والشرعية التي تهدف إلى معرفة موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، وكذا المنهج التحليلي الذي يعتبر أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف القضاة من مسألة الحضانة.

وككل بحث علمي لابد أن تواجهنا بعض الصعوبات والعراقيل والتي من شأنها أن تقف حجر عثرة أمام العملية البحثية والتي نعدد منها مايلي:

1. قلة المراجع الحديثة المتعلقة بموضوع الحضانة في مكتبة الكلية.

2. تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب وغموض العبارات.

3. أغلب المراجع قديمة وتمتاز بجانبها الشرعي أكثر من الجانب القانوني.

4. صعوبة الحصول على القرارات والاجتهادات القضائية.

5. التقيد بعدد الصفحات لم يتسنى لنا ذكر جميع المعلومات.

6- الظروف الاستثنائية لموسم 2020/2019 الذي شهد إنتشار واسعا لفيروس كوفيد 19 العالمي ممّا أعاق عملية التواصل مع الفضاء الجامعي؛ وبالتالي شحّ اللِّقاءات العلمية والملتقيات الأدبية والإقتصار على الوسائط الإلكترونية .

➢ خطة الدراسة

بغرض الإجابة على الإشكالية المشار إليها قمت بتقسيم دراستي إلى فصلين، الفصل الأول يتعلق بماهية الحضانة، والثاني بالآثار المترتبة عن الحضانة.

الفصل الأول بعنوان ماهية الحضانة، فقسمته إلى مبحثين المبحث الأول يتناول مفهوم الحضانة، وقسم بدوره إلى مطلب أول فيه تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها ومطلب ثاني أبين فيه مدة الحضانة وشروط إستحقاقها.

والمبحث الثاني يتعلق بترتيب الحاضنين وقاعدة مصلحة المحضون، قسمته إلى مطلبين أولهما يبين ترتيب الحاضنين، أما الثاني فأبين فيه قاعدة مصلحة المحضون .

الفصل الثاني بعنوان الآثار المترتبة عن الحضانة، فقسمته إلى مبحثين المبحث الأول تطرقت إلى إلتزامات المحضون له، وضحت فيه المطلب الأول نفقة المحضون وأجرة الحضانة وفي المطلب الثاني سكن الحضانة .

أما المبحث الثاني فخصصته لسقوط الحضانة ومصير المحضون بعد إنتهاء مدتها، فتطرقت في المطلب الأول إلى أسباب سقوط الحضانة، وفي المطلب الثاني إلى مدة الحضانة وما يلحق بالمحضون بعد إنتهائها.

الفصل الأول

مـاهـيـة الـــحـضـانـة

تمهيد

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار المنجرة عن انحلال الرابطة الزوجية، خاصة في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، وهي البحث في وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه؛ لأن الحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وغسل ثيابه في سن معينة، فالأصل فيها مصلحة المحضون والتي تعتبر العمود الفقري لها، ومن هنا اعتبرت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل وهو ما أثر ذلك إيجابا على التشريعات الوضعية.

ولقد حدد المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد، من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري والتي ضبطت مجموعة من قواعد وأساليب لرعاية وحماية الطفل المحضون.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق في المبحث الأول إلي مفهوم الحضانة، وفي المبحث الثاني عن ترتيب الحاضنين وقاعدة مصلحة المحضون.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

يثبت للِّطفل منذ والدته ثلاث ولايات: ولاية التربية، والولاية على النفس والولاية على ماله إذا كان له مال[1]، وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة، ومنه الرعاية والتربية للطفل من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية وجاء بها قانون الأسرة الجزائري ما اصطلح عليه بالحضانة من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الزواج.

وبهذا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الحضانة في (المطلب الأول) ومدة الحضانة وشروط استحقاقها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيَّتها

للحضانة عدة حقوق مختلفة كما أنه الجهات التي تقوم بصياغتها وتنفيذها متعددة وعليه سنتناول في (الفرع الأول) تعريف الحضانة، كما يجب تحديد وتبيان أدلة مشروعية الحضانة سواء من القران الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع في (الفرع الثاني).

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 404.

الفرع الأول : تعريف الحضانة

أولا: التعريف اللغوي للحضانة

جاء في القاموس المحيط: الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشخ أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشئ وناحيته، جمع أحضان، وحضن الصبي حضنا وحضانته بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه، والطائر بيضه حضّن وحضانه بكسرها وحضونا رحم عليه للتفريخ[1].

في تعريف لإبن منظور للحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذ من الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنت[2].

أما الشافعية فيعتبرون الحضانة بأنها هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، ويقيه عما يضره، ولو كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام، أما المالكية فيعرفون الحضانة بأنها " حفظ الولد والقيام بمصالحه[3].

نستنتج من التعاريف السابقة أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، وذلك مقصود في حد ذاته كون أنه البد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة، ذلك البالغ الراشد لا حضانة عليه.

ثالثا: التعريف القانوني للحضانة:

1- الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ،الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1980 ، ص211

2- إبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص 661.

3- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 10.

لقد جاء تعريف الحضانة في نص المادة **(62)** من قانون الأسرة الجزائري بقولها **<<** الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهال للقيام بذلك[1]**>>**.

لم يخرج المشرع الجزائري إجمال عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدل عن الصغير، كما أنه اعتمد في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها.

يبدو من خلال هذا التعريف مدى حرص المشرع الجزائري على إبراز مهمة الحاضن، حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون، وما يلاحظ على هذا التعريف: إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري إتجاه هذا العمل الخطير أحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون[2].

عرفت المادة (97) من المدونة المغربية:**<<** الحضانة حفظ الولد مما قد تضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه[3]**>>**.

كما عرفته المادة (54) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية **<** الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**>>** [4].

من خلال التعريفين السابقين نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

1- القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ21 يونيو 1984.

2- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 88-89.

3- مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الطبعة الثانية، المطبعة الأمنية، الرباط ،1962، ص 30.

4- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الطبعة الثانية، المطبعة الرسمية، تونس ،1982، ص 16.

يعلق عبد العزيز سعد على التعريف بأن تعريف قانون "الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولاسيما من حيث شموله لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أن التعريف جمع في عمومه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية"[1].

انطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للحضانة أعتمد فيه على أهداف فهي:

1ـ تعليم الولد: ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حق لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته[2].

2ـ تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه، بمفهوم المخالفة في المادة (30) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر **(02/05)** المؤرخ في **27** فبراير **2005** عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، والعكس جائز شرعا وقانونا، وما يؤكد ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة **(62)** على تربية الولد على دين أبيه، أي أن الحاضنة الألم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل[3].

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: (لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها على الدين الإسلامي)[4].

3ـ السهر على حمايته: إذا كانت الحضانة رعاية وحماية يجب اتخاذ هذه الحماية كل أشكالها فيجب أن لا يكون الطفل عرضة ألي اعتداء مادي كالضرب أو الجرح أو أي اعتداء معنوي كالتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة الطفل نفسيا، وليس معنى ذلك ترك الطفل يفعل ما

1- فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 89.

2- باديس دياربي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر،2012، ص 12.

3- باديس دياربي، المرجع السابق، ص 125.

4- قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/10، المجلة القضائية، العدد الثاني،2008، ص 313.

وأن لا يؤدب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك، ولا بد من حماية الطفل من نفسه وليس من الغير فقط.

4. حمايته صحيا: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة[1].

5. حمايته خلقيا: الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء[2].

الفرع الثاني: أدلة مشروعيتها

أولا: حكم الحضانة:

الحضانة واجبة للمحضون لأنه بحاجة إليها في تلك المرحلة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ففي هذه الفترة الصعبة يحتاج الطفل إلى الرعاية واليقظة والإنتباه، لأنها متعلقة بحفظ حياة الإنسان وهي واجبة على الحاضن إتجاه المحضون فهي جزء من حقه ولا يجب التخلي عنها، وإهمالها يسبب ضرر للمحضون.

ثانيا: مشروعية الحضانة

جاءت العديد من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة تحث على رعاية الصغير وحمايته وتدبير شؤونه كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب الحضانة.

1. دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم: يتضح لنا وجوب الحضانة من خلال العديد من الآيات القرآنية:

قوله تعالي :﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّآءُ [1]﴾.

1- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2000، ص 28-29.

2 - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 126.

أي جعل الله تعالي النبي زكرياء عليه السلام متكفلا وحاضنا للسيدة مريم؛أي ملتزما بمصالحها فكانت في حضانته وتحت رعايته[2] .

وقوله تعالي :﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ رِزْقَهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعُهَا وَلاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدَهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ[3]﴾

ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه طالب الأمهات بإرضاع أوالدهن، والحضانة من لوازم الرضاع، فدلت الآية على مشروعية الحضانة لتوافر الرحمة والنفقة و انتزاع الولد الصغير منها إضرار به وبها، فإذا كانت الألم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا إشكال في هذا إذا كان الإرضاع لغيرها فإنه ينبغي ألا يضيع حق الأم في الحضانة أولا يتأثر بذلك[4].

2. دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية: لقد حدثت في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم مواقف نستطيع أن نستخرج من خلالها أهمية الحضانة ووجوبها، ذكرت العديد من الأحاديث في هذا الصدد.

عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو: أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي[5].

ووجه الدلالة في هذا الحديث تؤكيد المرأة للنبي عليه الصلاة والسلام، أن بطنها كانت وعاء لولدها وقت أن كان جنينا وأن حجرها وهو حضنها كان يحويه ويضمه وهو صغير وهذه صفات اختصت بها الأم، وهذه الحيثيات التي قدمتها الأم جعلت نبينا العادل يحكم لها بأحقيتها

1- سورة أل عمران، الآية رقم 37.

2- محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار السالم، الرياض، 1997، ص 114.

3- سورة البقرة، الآية رقم 230.

2- فاطمة حداد، المرجع السابق. ص 90-91.

5- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 11.

في حضانة ولدها، إذا وقع الطلاق وتنازع الأبوين على حضانة الولد وهو دليل على مشروعية الحضانة من السنة النبوية و استحقاق الأم لحضانة ولدها[1].

وعن البراء بن عازب أن إبنة حمزة إختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها: هي إبنة عمي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد إبنة أخي، وقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال: الخالة بمنزلة الأم، متفق عليها[2].

نستنتج من الأحاديث السابقة الذكر دلالة واضحة على أحقية الأم في الحضانة، وعلى وجوب رعاية الطفل وتربيته من خلال ما يسمى بالحضانة.

3ـ دليل مشروعية الحضانة من الإجماع: روي أن عمر بن الخطاب فارق إمرته جميلة بعد أن أنجب منها عاصما ثم نتج خلاف بين عمر ومطلقته بشأن حضانة عاصم ابنهما كل يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه فقضى بمنع عمر من ضم إبنه إليه وقال لعمر: ريحه ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك إجماعا[3].

المطلب الثاني: مدة الحضانة وشروط استحقاقها.

المحضون بحاجة إلى رعاية وتدبير شؤونه وحاجياته الأولية، لمن أوكلت الحضانة لهم فتبدأ مدة الحضانة للصغير والصغيرة للنساء بالولادة وتنتهي بإستغناء كل منهما عن خدمتهن بمعنى أن يستطيع كل منهما تدبير شؤونه بنفسه، فيأكل ويلبس وحده، وبدون حاجة إلى الاستعانة بغيره.

وهذا ما سنبينه في هذا المطلب حيث سنتناول مدة الحضانة وإنتهائها في (الفرع الأول) وشروط إستحقاق الحضانة في(الفرع ثاني).

1- فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 91.
2- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ، ص 11.
3- رمضان السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص180-181.

الفرع الأول: مدة الحضانة وانتهائها

المقصود بمدة الحضانة: الفترة الزمنية مابين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها أي من وقت ولادته حيا، ولا خلاف في أن المحضون ذكر كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز، وهي السن التي يستطيع فيها أن يأكل ويشرب ويقضي حاجته بنفسه مستغنيا عن الحضانة، والاستغناء بهذه الصورة يكون مابين سن السابعة والتاسعة، ولكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التمييز والاستغناء عن الحاضنة لا على السن[1].

أولا: مدة الحضانة

نصت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري على أن << تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أُمًا لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون[2]>>.

يقصد بالحضانة هنا حضانة الأم أو الجدة لأم أو الخالة أو الجدة لأب وباستطاعت القاضي تمديد حضانة الأم لإبنها لغاية بلوغه سن عشر سنوات بشرط أن لا تكون قد تزوجت ثانية، غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي الواجب مراعاتها من طرف القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديدها، مع الإشارة بأن عمل المرأة خارج البيت ليس مانعا من موانع الحضانة[3].

1- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية(شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية) ، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 395

2- القانون رقم **(84/11)** المؤرخ في **09** يونيو **1984**، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ، الجريدة الرسمية العدد **24**، بتاريخ **12** يونيو **1984**.

3- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)؛دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، **2014**، ص **76**.

مع الملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة، ويثبت أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنه إذا كانت أُمًا ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناءا على طلب الحاضن نفسه، وفي مصلحة المحضون[1].

بالنسبة للأنثى قد حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة ببلوغها سن الزواج حسب نص مادة (07) من قانون الأسرة هو 19 سنة.

وتنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء إسقاطه[2].

هنا تطرح عدة تساؤلات هل أن البنت إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج هل تنتهي حضانتها؟ وفي مثل هذه الحالة ما هو مصيرها؟.

ربما كان على المشرع الجزائري تغير صياغة المادة وجعلها إلى غاية زواجها بدلا من بلوغها سن الزواج.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة (65) التي مفادها على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند الحكم بإنتهاء الحضانة، فإننا نعتقد أن إنهاء الحضانة يقع تلقائيا ببلوغ الذكر سن العاشرة أو السادسة عشر بعد التمديد، وببلوغ الأنثى سن أهلية الزواج، ولا يحتاج الأمر إلى إصدار حكم قضائي ولا إلى حكم ولائي للإثبات انقضاء مدة الحضانة[3].

البحث عن المصلحة مهمة منوطة بقاضي الموضوع وتتم بجميع الطرق بما فيها المرشدة الاجتماعية وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 نوفمبر 2005 المبدأ:(إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة، فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين لكي تسند له تحديد أين تكمن المصلحة طبقا للمادة (64)

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، **2011**، ص **141**.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم **347914**، بتاريخ **2006/01/04**، المجلة القضائية، العدد الأول،ص499، عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، **2006**، ص **63**.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص **141**.

من قانون الأسرة الأمر الذي خلا منه القرار المنتقد وجعله منعدم الأساس القانوني مما يعرضه للنقض و الإبطال)[1] .

أما من الناحية الشرعية فمدة الحضانة عند أصحاب المذاهب الأربعة فهي مفصلة علي النحو الأتي :

يرى الحنفية أن الأم أحق بحضانة طفلها قبل الفرقة وبعدها ما لم تتزوج، أو تفقد شرطاً من شروط الحضانة، فإن حدث ذلك، ثم زال المانع عاد لها الحق في الحضانة[2].

أما المالكية فإنهم يرون أن الحضانة حق مشترك بين الوالدين قبل الفرقة مادامت الأم تحت عصمة الزوج، فإذا طلقها فهي أولى الناس به ما لم تتزوج.

أما الشافعية فيرون أن الأم أحق بطفلها إذا حدثت الفرقة بين الزوجين وكان الطفل دون سن التمييز[3].

ويرى الحنابلة أن الأم أحق بحضانة الطفل والمعتوه من غيرها لأن الحضانة لا تثبت على البالغ الرشيد العاقل،لأنه مستقل بنفسه، فإن لم يتضح مما سبق أنه لا خلاف بين العلماء على أن الأم والأب أحق بحضانة الطفل قبل الفرقة، وإن لم يصرح الشافعية والحنابلة بذلك لبيانه، واتفقوا على أن الأم أحق بحضانة الطفل من الأب وغيره بعد الفرقة، وإن اختلفوا في السن التي يبقى فيها الطفل عند أمه،وعليه فإن الحضانة تبدأ بمجرد الميلاد إن كانت متزوجة وتستمر حتى البلوغ أما بعد الفرقة فإنها تبدأ بمجرد وقوعها.

لا تجبر الأم على الحضانة إلا إذا تعينت عليها بأن لم يوجد غيرها، أو رفض الطفل قبول الرضاعة من غيرها، وكذلك إذا فقد الأب. ولا تستحق أجرة على حضانتها من مال الصغير لوجوب التربية عليها عند الحنفية، أما المالكية فيجبرون الأم وغيرها على الحضانة

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 337176، بتاريخ 2005/11/16، مجلة نشرة القضاة، العدد 65، 2009، 319 عن يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 127.

2- نبيلة تركماني، أسباب الطالق وأثار القانونية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، **2001**، ص **103**.

3 – انظر: المرغياني: الهداية، ج1، ص37، الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص555– 556،

عندما لا يقبل الطفل غيرها و تكون موجودة، أو فقدت شرطاً من الشروط انتقلت الحضانة إلى غيرها من الحواضن[1].

تبدأ الحضانة للأم عندما تجبر عليها عند الحنفية، ولغيرها كذلك عند المالكية.

إذا أبت الأم أن تربي الطفل إلا بأجر و الأب معسراً، وقالت العمة أنا أربيه بغير أجر فالعمة أولى به على الصحيح.

ثانيا: انتهاء الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا بل تنتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، هذه المدة تختلف باختلاف المذاهب الإسلامية، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة حدد مدة إنتهاء الحضانة[2].

وذلك بالرجوع إلى المادة (65)التي سبق ذكرها في تحديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى.

إن قانون الأسرة الجزائري، أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد إنقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بالرغم من إختلافها في حالة إنتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة، كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالولد الذي إنتهت حضانته.

1- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص **140**.

دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد ينتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته وقد يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه وبالتالي تثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة[1].

من خلال ما تقدم نستخلص أن المشرع الجزائري عالج مسألة مدة الحضانة بتحديد سن 10 سنوات بالنسبة للذكر مع إمكانية تمديد المدة إلى 16 سنة وذلك بتوفر شرط عدم زواج الأم الحاضنة، وبالنسبة للأنثى بلوغها سن الزواج، وفي الأخير تطبيقا للمبدأ التي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون.

وبالنسبة لانتهاء مدة الحضانة بمجرد إنتهاء دور الحاضن في رعاية الصغير أو الصغيرة ينتقل الدور إلى المحضون لإكمال هذه المهمة .

الفرع الثاني: شروط استحقاقها

نظرا لأهمية دور الحاضن في حياة الصغير، فالحاضن هو القدوة والأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية، يستطيع من يشرف عليها تكييفها وقولبتها حسب ما يريد، ولذا تكون لشخصيته تأثير في المحضون، و لما كان الإسلام حريصا جدا على نشأة صالحة تنهج المنهج السليم، لذا فقد احتاط في أمور الحضانة باشتراطه شروطا كثيرة في الحاضن، ليضمن مصلحة الصغير وهذه الشروط منها ما هو عام يخص كل حاضن سواء كان رجلا أو إمراة ومنها ما يخص النساء وحدهن، ومنها ما يخص الرجال وحدهم[2].

بالنسبة إلى شروط الحضانة فإن قانون الأسرة الجزائري اكتفى بالقول: أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو قول كما نرى عام جدا ومبهم ولا يدل على اشتراط أي شرط واضح وصريح[3].

1- عيسى حداد،(الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي)، مجلة التواصل مجلة العلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد **15**، **2005**، ص **220**.

2- محمد سمارة، المرجع السابق، ص **389**.

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص140.

وهو ما نصت عليه المادة (62) الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، وهنا يطرح التساؤل ما هي الأهلية التي يقصدها المشرع الجزائري؟

والذي يتبين من مادة (62) الفقرة الثانية أن قانون الأسرة جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة هي الأهلية وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي : البلوغ، العقل، القدرة على صيانة الولد صحة و خلقا، إلى غيرها من الشروط[1].

وهذا ما يظهر جليا من خلال بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا: فيما يتعلق بالقدرة على الحضانة نجد في قرار:(أنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم، فإن قضاة القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه،ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، فهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الولد لها وهي على هذا الحال حادوا الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية)[2].

بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية نجدها تشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة سواء ذكرا كان أو أنثى شروط يجب توافرها وهي مقسمة كالأتي:

شروط عامة بالرجال والنساء وشروط خاصة بالنساء وهناك شروط متعلقة بالرجال.

أولا: الشروط العامة في (النساء و الرجال)

1. العقل: اتفق جمهور الفقهاء أن من شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المجنون، أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم فالحضانة نوع من الولاية وكل من المجنونة والمعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورها فلا يعقل أن

1- فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 97.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989 ص 76.

يوكل إليها تدبير شؤون غيرها، كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه الضرر عليه، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له[1].

2ـ المقدرة: وهي التمكن من القيام بشؤون المحضون اللازمة لنموه و حفظه من الهلاك، ولذلك لا يكون أهلا للحضانة العاجز عن ذلك جسمانيا لعلة فيه كالأعمى، والأخرس، أو كبير السن أو المصاب بمرض مزمن، أو مرض معدي وغيرها من الأمراض التي قد تمنع هذا الحاضن من العناية بالمحضون أو تعرضه للضرر[2].

3ـ الأمانة: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فلا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أمينا على غيره[3].

أما بالنسبة للإسلام فقد إختلف الفقهاء في المرأة الكتابية ظهرت عدة أراء و إتفقوا جميعا أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجال أو إمرأة.

في القانون الجزائري نصت المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري <<الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا>> يبدو من خلال النص أنه لا يشترط أن يكون الحاضن على دين الإسلام، ولكن في المقابل يجب عليه أن يربى المحضون على دين أبيه، وإلا كان مضيعا للولد وهو أمانة في عنقه ولذا يمكن القول حينها أن شرط الأمانة غير متوافر فيه، وعلى هذا الأمر سار قضاء المحكمة العليا [4].

1 – فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 93.

2– براهيمي حنان (أحكام الحضانة في قانون الأسرة و تعديلات مع إجتهادات المحكمة العليا) مجلة المنتدي القانوني دورية تصدر عن قسم الكفاءاة المهنية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،العدد الرابع ، جوان 2007،ص55.

3– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 590.

4– براهيمي حنان، المرجع السابق،ص56.

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا (لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم يثبت ردتها عن الدين الإسلامي)[1].

يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري ساير ما ذهبت إليه قواعد الشريعة الإسلامية ولم يخالفها في مسألة الشروط العامة للحضانة

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة التي تطرقنا إليها سابقا وهي:(العقل، المقدرة، الأمانة)هناك شروط خاصة بالنساء باعتبارهن أولى درجة بالحضانة، لأنهن الأحن قلبا، والأكثر شفقة، لرعاية وتدبير شؤون المحضون وهذه الشروط كالأتي :

1- أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون .

إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وعزم أبوه أن ينتزعه مني فقال أتفق الأئمة الأربعة، المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنفية على أن الحضانة تسقط بالزواج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن إمرأة قالت: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي[2].

يفهم من هذا الحديث أن الأم أحق بالحضانة،بما بذلته من مشقة من أجل الحفاظ عليه، فقضى الرسول صلى الله عليه وسلم ببقاء الولد عند أمه، ما لم تتزوج برجل أخر.

أما الأم إذا تزوجت بذي رحم، أي بقريب إلى الصغير فتبقى محتفظة بحقها في الحضانة لأن القريب من ذي رحم باعتباره يستطيع تحمل النفقة والرحمة ويستطيع التحمل على رعاية الصغير وكفالته، وتجدر الإشارة إلى هذا الشرط في المادة (66) من قانون الأسرة الجزائري على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 2005/09/10، العدد الثاني، 2008 ص313.

2- جمال الدين بن يوسف الزيلعي، الجزء الثالث، كتاب الطلاق باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 265.

المحضون، فلا بد أن يكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير[1].

2. عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه

معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه[2].

هذا ما نصت عليه المادة (70) من قانون الأسرة الجزائري << تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[3] >>

لكن إسناد الحضانة إلى المرأة التي هي بقرابة الجدة أو الخالة للمحضون أوقفه المشرع الجزائري على شرط وهو عدم سكن هاتين الأخيرتين مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة (70) من قانون الأسرة وهذا الموقف هو منطقي جدا، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة أي الأم تحت سمعها وبصرها تصبح من ناحية واقعية في حضانة الأم لا حضانة الجدة أو الخالة، وقد شدد القضاء الجزائري في المحافظة على أولوية الحضانة خاصة إذا كانت لأم وهذا من أجل رعاية مصلحة المحضون[4].

هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا صادر في 03/17 / 1998 ما يلي: (أن القضاء بإسناد الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم إستعانتهم

1- عبد القادر بن حرز هللا، الخالصة في أحكام الزواج والطالق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري من أخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 265.

2- باديس ديابي، صور وأثار فك رابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 138.

3- القانون رقم (84/11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ21 يونيو 1984.

4- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2002، ص77-78.

بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)[1].

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير محرم للصغير تسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة إستثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى لو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون، وعلى هذا المبدأ سارت عديد من قرارات المحكمة العليا[2].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا:(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لإمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)[3].

إضافة إلى ذلك فالإسناد الوارد على شرط الزواج بغير قريب محرم يتمثل أيضا في:

- إذا كان المحضون في دار من ديار الحضانة، حاضنة تكون أولى به رغم زواجها.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة.
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانة.
- أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه والأم ترك المحضون لها.

معنى ذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه أو أخته أو جدته فلا يحق لبنات العم أو العمة وبنات الخال أو الخالة بحضانة الذكور لعدم وجود المحرم، ولكن يبقى لهن الحق في حضانة الإناث[4].

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179471، بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص،2001 ص 172

2- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص137-138.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، عدد خاص،2001، ص 175.

4- باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 138.

3ـ ألا تكون قد إمتنعت عن حضانة الصغير مجانا والأب معسرا

نص الفقهاء على سقوط حق الأم في الحضانة صغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، وإلا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر[1].

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

1ـ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

إذا كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن الإناث، كزوجة أو خادمة، ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطبقة للوطئ كابن عمها إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا والسبب في إشتراط أن يكون للحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أوعمة أو خالة أن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما النساء[2].

2ـ إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

المبدأ في حضانة الرجال من الميراث إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه[3].

عند توفر هذه الشروط في مستحقي الحضانة، فإن الحضانة تسند إليه ودائما تطبيقا للمبدأ العام وهو مراعاة مصلحة المحضون وأيضا إحترام الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة الذي سيأتي بيانه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين وقاعدة مصلحة المحضون

1- أحمد نصر الجندي، الطالق والتطليق وأثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 603.

2- التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 880.

3- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 139.

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وكان الولد بينها تثور مسألة الحضانة، فالصغير بحاجة إلى من يرعاه ويهتم بشؤونه،لأنه في تلك المرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لمن يضره وما ينفعه، فهناك شروط محددة سواء التي أقرتها مبادئ الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية.

فهنا يطرح التساؤل من له الحق في الحضانة؟ هذا ما سنتطرق إليه في(المطلب الأول).

المطلب الأول: ترتيب الحاضنين

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث رعى الإنسان جنينا و وليدا وصغيرا وشابا وكهلا وشيخا، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجياتهم، جعل الشّرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق عليهم، ووزَّع المهام بين الوالدين فأعطى كل واحد ما يناسبه، فجعل حق التصرف في شؤونهم من حيث التعليم والرعاية والتأديب للأب، لقوة رأيه ووفور شفقته، وجعل حق رعاية الولد وحفظه في بيته ومنامه وطعامه ولباسه، وتنظيف جسده وكل ما يلزمه في ذلك للأم لوفرة شفقتها وقدرتها على ذلك[1].

وبهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيه ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة في (الفرع الأول) وترتيب الحاضنين بعد التعديل في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل(84 / 11)

1- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 384.

حسم الإجماع أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع وبما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون[1].

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري **(11/84)**، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة **64** بقولها **<<**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[2]**>>**.

الملاحظ أن المشرع الجزائري أدرك أن مصلحة المحضون تكمن عند أمه، لأنها أعطف الناس على صغيرها، وأكثرهم تحملا للمتاعب، وإذا إنصرفت لها فلا يسقط حقها في الحضانة إلا بموجب تخلف أحد شروطها أو ثبوت عدم قدرتها على ممارستها وإذا إنتقلت إلى من يليها في الترتيب يجب مراعاة مصلحة المحضون.

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة، بل و إعتبر حق تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد الحضانة لشخص أخر يجعل من القرار مجانب للصواب[3].

حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في**1998/04/21**:من(المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون، فإنهم طبقوا صحيح القانون[4].)

1- باديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،المرجع السابق،ص140.

2- القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 21 يونيو 1984

3 - باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،ص 141.

4 - قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ، 2001، ص 175.

من خلال نص المادة (64) نلاحظ أن مرتبة الجدة لأم قبل الأب، لعدة اعتبارات أن منها الجدة أكثر رأفة وشفقة على الأولاد، كما وضع الخالة بعد الجدة لأنها تحظى بمكانة الأم.

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، وهذا ما إتفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في إبنة حمزة بخالتها وقال الخالة أم[1].

كما كرس إجتهاد المحكمة العليا العديد من قراراته على أحقية الخالة بالحضانة جاء في قرار:(حيث بالفعل فإن القرار المنتقد، لما أسقط حضانة الولدين الصغريين عن الطاعنة، وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن، بحجة أن مركزه كأستناد، يجعله أقدر على الرعاية ليساعدهم على التعرف على حقيقة الأمر، وبذلك يكون في مقدورهم الإستناد على أسباب موضوعية يسهل بعدها إتخاذ قرار مناسب، يسمح للمحكمة العليا بالممارسة القانونية كما يجب، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)[2].

الملاحظ أن المشرع في ترتيبه للحواضن أنه يميل إلى جهة الأنوثة أكثر من الرجال، وهذا الأمر طبيعي لما يتمتعن به من رحمة وشفقة على رعاية المحضون، كما أنه أعطى أولية الحضانة لجهة الأم وأقربائها أكثر من جهة الأب وأقربائه.

المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من مادة (64) في ترتيب الأقربون درجة، وهذا في حالة عدم وجود من يقوم بحضانة الصغير لوجود مانع أو تخلف أحد الشروط أو كان غير مؤهلا للقيام بالحضانة، دون ذكر أي ترتيب أو ذكر أوصافهم هنا نكون أمام غموض لهذه الفقرة ونطرح التساؤل منهم الأقربون درجة؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة، وعلى القاضي أن يراعي مصلحة المحضون في ذلك.

1 – باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 144.

2 – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 89672، مؤرخ في 1993/02/23، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص166–167، عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 50.

إن الترتيب المنصوص عليه سابقا يمكن مخالفته وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمالا لمبدأ عدم تجزئة الحضانة)[1].

ومن هنا يمكن القول أن الترتيب الوارد لا يعد من النظام العام ويمكن مخالفته إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، وتبقى مسألة إختيار الحاضن المناسب والأجدر بالحضانة أمر يختص به القاضي عن طريق السلطة التقدرية.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة بعد التعديل (05/02)

حيث نصت المادة (64) بعد التعديل بأمر (02/05) مايلي: <<الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة >>[2]

ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائريين الذين وضعوا تعديل المادة(64) من قانون الأسرة قد جاءوا بترتيب جديد خلافا للنص القديم حيث قدموا حق الأب على أم الأم، وعلى الخالة أخت الأم، ثم إحتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل إعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يتيح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون، صحيا، وأخلاقيا، وتربويا ودينيا وعاطفيا[3].

1 – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274683، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 347،عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 62.

2 – الأمر (05/02) المؤرخ في 27 فبراير2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ فبراير 2005.

3 – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 140.

فتعديل 2005/02/27 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول[1].

كما أنه هناك اعتبار مادي ومصلحي في إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد في إطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر ثم إن مسألة النفقة وتوفير السكن لا تطالب بها الجدة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل[2].

ومنه قد يكون المشرع الجزائري وفق في تعديله لنص المادة (64) رغم خروجه عما جاء في أحكام الفقه الإسلامي، حيث حاول أن يضع توازن بين أقرباء الأب والأم في ترتيب الحواضن.

من أبرز الإشكالات التي تطرحها المادة (64) قبل التعديل وبعد التعديل المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلا بصدور القانون الجديد، هنا يطرح التساؤل هل يطبق القانون الجديد أم القديم؟

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لتنازع القوانين.

المطلب الثاني: قاعدة مصلحة المحضون

إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية وكان العمل بها في عهد الرسول صلي الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة رضوان الله عليهم . فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق و عمر بن الخطاب رضي الله عنهما؛ فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه ؛ فذهبت جدته أم أمه وراءه؛ وتنازعا بين يدي

1 – باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 149.

2 – إيمان معمري– ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة –مذكرة ماجستر جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق ،2015/2014،ص28.

أبي بكر الصديق رضي الله عنه ؛ فأعطاها إياه وقال لعمر:"ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك".

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية إلا أنها جديدة في القوانين العربية الحديثة؛ ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين؛ وهذا لأجل ضمان حقوق الطفل والتكفل به؛ واعتبروها أهم طريق أو منفذ يستطيع القاضي من خلاله أن يحمي الطفل ويرعي مصالحه دون التقيد بالنص القانوني؛ حيث يفصل في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية في كل قضية .

الفرع الأول : تعريف مصلحة المحضون لغة واصطلاحا.

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأسرة نص على هذه القاعدة؛ وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة؛ فقد خصص لها خمس مواد من بين إحدى عشر مادة ومنه يظهر جليا أن الحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون؛ فهذه المصلحة هي التي تفسر طرق إسناد الحضانة ومن يمارسها وغيرها من الأحكام المتعلقة بالحضانة

أولا : تعريف مصلحة المحضون لغة:

المصلحة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع؛ تسمي مصلحة المحضون والمصلحة [1] هي جلب نفع ودفع ضر؛لان قوام الإنسان في دينه ودنياه وفي معيشته ومعاده بحصول الخير واندفاع الشر ؛ حيث القواعد الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

1- تعريف مصلحة المحضون اصطلاحا :

1- أنظر المواد 64؛65؛66؛67؛69 من ق.أ. ج

يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها ومن بين تعاريف المصلحة التعريف الذي قال به الخوارزمي بأنها:" المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخالق". كما عرفها الطباشي:" هي ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أو صافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق " و أضاف إلي قوله هذا أن الشارع في وضع الشريعة إنما هو مصالح العباد في الأجل والعاجل معا؛ وان كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة وهي: الدين، النفس، العقل النسل والمال يعد بمثابة مصلحة .

كما يقول الإمام الغزالي:" إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة علي مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو إن يحفظ عليهم دينهم؛ أنفسهم؛ عقلهم؛ نسلهم ومالهم؛ فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة؛ وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة مفسدة ودفعها مصلحة [1].

2- تعريف مصلحة المحضون قانونا :

لم يعط تشريع الأسرة تعريفا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة وتارة أخري شمل فكرتها دون ذكر المصطلح .

نلاحظ أن المشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر؛ مثال ذلك المواد:7 ، 64 ، 65 ، 66، 67 ، 69 ، 89 ، 90 ، 96 من ق.أ ج .

فحسب نص المادة 64 فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة م مصلحة المحضون .

1- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، مكتبة الإيمان بالمنصورة،الطبعة الأولى،1417هـ/1996م،ج3،ص62.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانون انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون[1].

لذا فان مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخري (النظام العام ؛ الآداب العامة ؛ حسن النية وغيرها) فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها؛ والمشرع يأخذها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا .

إن مصلحة الطفل قاعدة تتقمص كل الأشكال وتقترن بكل الأزمنة وتترجم بطريقة واضحة تطور قانون الأسرة الذي أصبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الاهتمام.

3 - مميزات قاعدة مصلحة المحضون

إن قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية أي تتعلق بكل طفل على حدا؛ فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن و الحاجيات و المحيط الذي يترعرع فيه.

فمصلحة أطفال البدو الرحل تختلف عن مصلحة أطفال المناطق الشمالية مثلا؛ فان كان الانقطاع عن الدراسة عند البدو الرحل في بعض الأحيان قد لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن طبيعة حياة البدو الرحل تقتضي ذلك فالعكس عند أطفال المناطق المتمدنة؛ لأن الانقطاع عن الدراسة يعد من أسباب سقوط الحضانة لما فيه من تقصير في تربية الولد ومتابعة تعليمه.

كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان؛ فتطور الحياة أدي إلى تطور متطلباتها والى تعقيدها أيضا؛ فإذا كان القرن الماضي لا يعرف اللقاحات فان هذا القرن

1- الغوثي بن ملحة ؛ قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ؛ الطبعة الأولى ؛ ديوان المطبوعات الجامعة ؛ الجزائر 2005ص133.

استوعب أنواعا متعددة ومتتالية من اللقاحات، والتقصير فيها يعرض الطفل للخطر مما يعد أكبر مساس بمصلحته .

كذلك تختلف مصلحة الطفل الحديث الولادة عن مصلحة الطفل الذي يبلغ الخامسة أو السادسة من عمره؛ فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة؛ ولا يمكنه أن يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه التي هي أعطف الناس عليه وأكثرهم تحملا لمتابعته؛ فلا يشغلها اهتمامها به عن كل شيء أخر؛ والطفل في هذه المرحلة لا يمكنه أن ينمو طبيعيا من حيث استعداده الفطري بجميع ملكاته إلا إذا كان في جو ملؤه العطف والشفقة؛ بينما الطفل الأكثر سنا يستطيع القيام لوحده ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده[1].

ثانيا: عناصر قاعدة مصلحة المحضون

إن هذه القاعدة تقوم على عنصرين أساسيين حتى تتحقق مصلحة المحضون؛ فعلى من أسندت اليه الحضانة أن يقوم بتوفير العناية والرعاية اللازمة لحفظ الصغير المحضون سواء معنويا أو ماديا؛ وعليه فان العنصرين الأساسين لقاعدة مصلحة المحضون هما الرعاية المادية والرعاية المعنوية.

1- الرعاية المعنوية للمحضون

1- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2005ص134.

نصت المادة 62 ق.أ.ج على:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[1] والمقصود بالرعاية للصغار هي الاهتمام والمحافظة عليهم ومراقبتهم، ومنه يري بعض الفقهاء أن الرعاية هي تقديم وسائل التربية والتهذيب والتقويم والبعد بالحدث عن سوء السلوك والإجرام وسد الذراع أمامهم؛ وذلك بتقرير الحقوق التي كفلها الإسلام للعناية بهم.

فأول معيار يلجا إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة ولاشك أن الفقه برمته لا يعارض هذا المعيار.

فقد عني الفقه الإسلامي كل العناية بمصلحة الطفل المعنوية؛جاعلا من أسباب اكتساب الحق في الحضانة شروطا مضبوطة؛ وانتقاء هذه الشروط يؤدي حتما إلى سقوطها؛ فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى بل أخطر ما يمكن أن يتعرض له الطفل أن يمس في تربيته وعقيدته[2].

حيث اثبت العلم الحديث أن الطفل لكي ينمو نموا عاديا ويكبر سليما نفسيا وعقليا وجسميا يجب أن نؤمن له نوعا من الاستقرار النفسي وتلبية حاجاته من العطف والحنان اللذان لن يجد منبعهم إلا عند أمه أو من يقاربها بالشفقة.

وعليه فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى أخر ويغير حاضنته من واحدة إلى أخرى سيعيش اضطرابا نفسيا حادا فمصلحة المحضون تقتضي توفير محيط عائلي منسجم؛ متشبع بالقيم الدينية و الأخلاقية ومستقر؛ حيث تهدأ نفس المحضون فيه وتطمئن وتحس بالأمان مع من هو أهل لحضانته وعليه لابد أن يكون هذا الأخير هو نفسه مستقرا وقادرا على رعاية المحضون وأهلا للحفاظ عليه؛ فقد اشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة 64 من ق.أ.ج أن يكون الحاضن أهلا للقيام بالحضانة بتوفر الشروط الواجبة لذلك[3].

1- المادة 62 من ق.أ.ج

2- المحكمة العليا، قرار رقم 52221 المؤرخ في 1989/03/13.

3- المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري.

ونظرا لأهمية هذه الرعاية وباعتبار أن النساء هن الأقدر عليها؛ تم تقديمهن في ترتيب الحواضن وهذا ما جاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية. كذلك نص المشرع على هذه الرعاية في المادة 330 قانون العقوبات الفقرة (4) على أن احد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثالا سيئا لهم بالاعتماد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم؛ وذلك سواء قضي بإسقاط سلطتة الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها يعاقب بالسجن من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج؛ وذلك حماية لمصلحة المحضون وتغليبها قانونيا وفعليا على أي اعتبار أخر[1].

2- الرعاية المادية للمحضون

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية علي المادية؛ فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح؛ ولان العناية بكل طفل حتما تغطية حاجاته الضرورية هي تكاليف لابد منها فالأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكل وملبس ومصاريف علاج ومصاريف دراسة سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو منحلة .

كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به وجودا وعدما فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم والملبس فقط؛ بل إن إسكان الطفل يبعده من التشرد والضياع والجنوح، فتوفر هذه الحاجات الضرورية للمحضون تجعله يحس بالاطمئنان و الاستقرار وينمو نموا سليما من جميع جوانب بدنيا وعقليا وصحيا وروحيا ومعنويا.

1- الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، شنتوف نجاة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر عن جامعة مستغانم،2018/2017، ص27.

والمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم؛ إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسب آفة عقلية أو بدنية أو لسبب التعليم وهذا حسب نص المادة 75 من ق.أ ج .[1] كما انه حدد مشكلات النفقة في المادة 78 بنصها على :" تشمل النفقة الغذاء والكسوة و العلاج و السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

ومنه جعل المشرع عدم تسديد النفقة جريمة معاقب عليها قانونا اذ نص في المادة 331 ق.ع. ج على :" يعاقب بالسجن من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبرمة من 50000دج إلى 300000دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه؛ وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقة إليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحول "[2].

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون

إن الاتجاه الحديث في اغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسير الدعوى والوصول إلى العدالة بإعطائه دورا أجابيا، سواء من حيث الإجراءات أو 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 فحوي القرار المتخذ، والحدود

1 –(1)–(2) المادة 75 المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري .

2– المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري

الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون وعناصرها الداخلة هي أهمية الوقائع ووقت التدخل وكيفية مواجهة كل حالة على حدي من قبل القاضي[1].

فالمشرع لاستطيع 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 .

أولا : مجال تطبيق السلطة التقديرية للقاضي

يعد مفهوم المصلحة بطبيعته مفهومها 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 على انفراد من حيث جنسه؛ سنه، محيطه ودرجة حساسيته، كما أنه مفهوم شخصي أيضا [2].

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 وانفع للمحضون؛ وعلى القاضي أن يقدرها حسب الوقائع مراعيا في ذلك الأسس

1- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة ص405.

2- الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، كلية حقوق، جامعة الجزائر،2001،ص89.

التي جاء بها في المادة 62 من ق.أ. ج بأن مصلحة المحضون تمكن 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 صياغة 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 مسالة الحضانة؛ فالمشرع جاء في المادة 62 وما بعدها من النصوص عامة ومجردة إلا أن مكونتها في تعليم الطفل وتربيته إلى غير ذلك كلها عناصر كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات فحسب؛ بل تختلف حتى داخل المجتمع الواحد باختلاف الأسر، و الأسرة في حد ذاتها يختلف أفرادها عن بعضهم البعض[2].

كل هذا يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدا وتفسير تلك النصوص بتغلب 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 والوقائع؛ وخاصة ونحن أما موضوع أغلبية أحكامه اجتهادية.

فالمشرع أعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الحضانة مكتفيا فقط بإحالته إلى الرجوع إلى مصلحة المحضون؛ سواء عند إسناد الحضانة طبقا لنص المادة 64 من ق.أ.ج أو 67؛68؛ عند القضاء بتمديدها طبق لنص المادة 65؛ أو في حالة إسقاطها طبق للمواد 66؛

1- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

2- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى الدار الخلدونية،2008،ص256.

71 ولكن هل يمكن أن تصبح سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون سببا لتعسفه 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 تتوافر في هذا الشخص جملة من الشروط القانونية إذا ما انعدمت أسقطت الحضانة عنه، إضافة إلى أن المشرع استثني الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة بأن جعلها قابلة للاستئناف إذ نص في المادة 57 من 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 فان التخوف من فتح باب التعسف من قبل القاضي في غير محله أمام وجود الدرجة الثانية من التقاضي.

ثانيا: السلطة التي يخولها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للقاضي

إن القاضي ملزم بأن يفصل في الدعوي المطروحة أمامه؛ وتواخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة، فإن مختلف التشريعات أدخلت ضمن قوانينها ما يخول للقاضي باتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يقدر ويصدر حكمه في الدعوى المثارة أمامه[2] .

ساير المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3] هذا التطور؛ فجاز للقاضي ان يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراءات التحقق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء

1 – المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

2– الرشيد بن شويخ، المرجع نفسه، ص257.

3– يتضمن قانون الإجراءات المدنية قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ؛والإدارية صادرة بجريدة رسمية عدد21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

نفسه [1]؛ وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى [2]؛ 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 علمية وعملية تساعد القاضي في البحث عن الحلول المناسبة للنزاع؛ مما يجعل دوره في الدعوى ذو طابع ايجابي دون اكتفائه بما يقدمه طرفي الدعوي 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 ماله من سلطة تقديرية .

فتخضع مصلحة المحضون إلى آليات الإجراء التالية :

1-الخبرة.

تنص المادة 126 من ق.أ.م.أ.ج على:"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أخذ الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[3].

فباستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة و المؤهلات 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 التي لاتتحقق في المحقق أو القاضي. ومن هذه المسائل الطب، الهندسة وغيرها من المجالات .

1 – تنص المادة 75 ق.أ.ج "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة أي إجراء من الإجراءات التحقق التي يسمح بها القانون"

2– تنص المادة 76 ق.أ.ج " يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى"

3 – المادة 126 قانون إجراءات المدنية الإدارية.

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

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/12 تبين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

2- المعاينات و الانتقال 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 146من ق.أ.م.أ.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 اقتضي الأمر ذلك"[1].

وللقاضي أن يأمر باصطحاب 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 .

عملا بهذا، و تقديرا لمصلحة المحضون، يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون ومن هذه الظروف: حسن المعاملة 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 يوازن بين الوثائق المقدمة إليه والاعتماد عليها حتى تستطيع تكوين قناعته فيما أصلح للمحضون.

3- سماع الشهود

1 – المادة 146 قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

إن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله[1]، كما له أن يفرضها إذا لم يطمئن لها، ولكي يأمر القاضي بالاستماع الى الشهود يجب أن يراعى الشروط القانونية المتعلقة بالشهود، وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 ق.أ.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 بان يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال وعلى الرغم من كون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا، غير أن السلطة التقديرية تبقي 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 و مواجهة بعضهم بعضا.

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

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

4- اليمين

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه، وينقسم اليمين القضائية إلى نوعين: يمين حاسمة تحسم النزع وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الإستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة فى الدعوى[3].

1 – النعيمى أحمد حميد، احكام الشهادة في الفقه والقانون،دراسة مقارنة،دار المعتز للنشر،2018،ص44/43.

2 – المادة 150 من قانون إجراءات المدنية الإدارية.

3– حسين المؤمن، اليمين بصفتها وسيلة من وسيلة الإثبات، بحث منشور في مجلة القضاء المحامين العراقين،العدد5،4،3،2، 2010،ص12.

خلاصة الفصل :

من خلال ما سبق يتجلى لنا أن الحضانة من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل وهي حقه الكامل في الرعاية والتربية وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري فيما يخص قانون الأسرة الجزائري وقضايا الأحوال الشخصية .

وقد عنيت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بموضوع الحضانة وأولته المكانة التي يجب أن يحظى بها من خلال تحديد ماهية الحضانة ومفهومها وكذا بيان أدلة مشروعيتها من الميراث الفقهي الإسلامي ، إلى جانب بيان مدة الحضانة وشروط استحقاقها وترتيب الحاضنين وهذا تحت الايطار الشرعي و القانوني كما اهتم قانون الأسرة بقاعدة مصلحة المحضون وكذا ترتيب الحاضنين ، وفي هذا نجد ان المشرع في قانون الأسرة ركز على ترتيب الحاضنين قبل القانون 11/84 و بعد تعديل القانون 02/05 .

كما تجدر الإشارة إلى ذكر أن مصلحة المحضون تعد حجر الزاوية في مسالة الحضانة إذ نجد أن المشرع الجزائري شدد وفي كثير من الأحيان على المقصد الأسمى للحضانة وهو مصلحة المحضون بالدرجة الأولى وما ينجر عنه من تبعات كحماية المحضون ورعايته وتوفير البيئة الاجتماعية والنفسية والدينية التي تسمح له برسم معالم شخصية سوية ومتزنة في جميع جوانبها.

كما ختمنا هذا الفصل ببيان سلطة القاضي التقديرية في تقرير مصلحة المحضون وهذا ما يندرج تحت مسمى الاجتهاد القضائي في مجال قضايا الأحوال الشخصية وهنا يظهر جليا مدى حنكة ودهاء القاضي من خلال استعمال سلطته التقديرية في صيانة مصلحة المحضون ورعايتها وبذلك ما يراه القاضي حسن وأصلح للمحضون فهو لذي يستقر عليه القول والتطبيق.

الفصل الثاني

الآثـــــار المتـــرتبة عـــــن الـحضانـــــة

تمهيد

بعد انحلال الرابطة الزوجية أو موت أحد الوالدين لابد من إسناد الحضانة إلى مستحقيها حسب الأولوية التي نص عليها القانون لكن الإشكال لا يتوقف بإسناد الحضانة إليها أو إلى غيرهما حسب ما حدده القانون من التزامات وواجبات تقع على عاتقهما، وإنما يسوقنا الحديث إلى الوقوف عند ذكر أهم الآثار المترتبة عن الحضانة و التي على رأسها التزامات المحضون له وكذا نفقة المحضون و أجرة الحضانة ، وسكن الحضانة وما يترتب عنه كل هذه الوقفات سنتطرق في ثنايا هذا الفصل (المبحث الأول) وما يندرج تحته.

كما أن الإجابة عن هذه التساؤلات كفيلة بأن ترسم معالم حياة مستقرة و متوازنة وظروف جد مساعدة كلها تصب في مصلحة المحضون باعتباره العنصر الرئيس في هذه الدراسة .

وهنا يتجلى لنا مدى حرص الشريعة الإسلامية في جميع مذاهبها الفقهية وقانون الأسرة الجزائري من خلال الوقوف على مصير المحضون عند سقوط الحضانة و انتهائها و أسباب سقوطها ، وما يلحق بالمحضون بعد انتهاء الحضانة وهذا ما سنعرضه في المبحث الثاني .

المبحث الأول : إلتزامات المحضون له .

إنّ انحلال الرابطة الزوجية، من شأنه أن يترتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن أحق بهما قانونا وشرعا، ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر بها وينتج عن ذلك أثر تتطلبها ممارسة الحضانة، ومراعاة المحضون لينشأ سليما ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون، وإضافة إلى ذلك وكون الحضانة تبذل مجهودات مادية ومعنوية مضنية في سبيل تربية المحضون، والسهر على مصالحه[1].

المطلب الأول : نفقة المحضون و أجرة الحضانة .

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة و علاج وترتيب وسكن وكل ما يتطلبه المحضون من إحتياجات لمعيشة تنشئة قويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال وتتجلى فى نفقة المحضون، لكن هل نفقة المحضون من شأنها أن تنطوي على مقابل لما تبذله الحضانة من مجهودات مضنية في سبيل رعاية المحضون وحسن تنشئته؟ أم هذه الجهود تتطلب لها مقابلا مستقلا عن نفس المحضون، بما يسمى بأجرة الحضانة ؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: النفقة على المحضون .

يتضح من خلال المادة 78 ق.أ.ج مشتملات النفقة وهي الغذاء والكسوة والعلاج و السكن أو أجرته وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة لأنه قد يضم إلى النفقة

1- محمد عليوي ناصر،أحكام الحضانة بين الشريعة والقانون،عمان،1441هـ/2010م،ص232.

حسب العرف و العادة أمورا غير الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وهذه الأمور تختلف حسب الأفراد والمناطق، والمشروع الجزائري عندما أضاف عبارة:" وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون، والنفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، لأنها تصون حياته وتوفر لها الحماية والرعاية.

لقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن ولاية الإنفاق على الصغير تعد اليد الممسكة له شرعا، والحضانة لها يد على المحضون، وهذه اليد قائمة بحكم الشرع، ولذلك قرروا للحضانة الحق أن تخاصم والد المحضون في نفقته، وتطالب بأدائها لها ما دام المحضون في يدها وهذا في حالة ما إذا كان موسرا (فرع أول)، فإذا كان معسرا فإن النفقة على الصغير أو الصغار تنتقل إليها بحكم القانون إذا كانت قادرة على الكسب حسب المواد 75 و 76 ق.أ.ج ، وهذا في حالة ما إذا لم يكن للمحضون مال . أما إذا لم يستطع الأب والأم النفقة عليه و لم يكن له مال تنتقل النفقة إلى الأشخاص الذين أشارت إليهم المادة 77 من ق.أ.ج (فرع ثاني).

أولا : وجوب نفقة الأب على الأولاد فى حالة وجوده و قدرته على الكسب.

الأب ملزم بالنفقة على ولده، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة [1] فقد قال المالكية أن النفقة الواجبة هي على الأبناء المباشرين دون غيرهم فلا تجب لولد الولد، أما الشافعية فقالوا بأن النفقة على الأولاد و إن سقطوا، وهذا قول الأحناف والحنابلة كذلك.

رغم أن الأصل أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده، ويستمد دليل وجوب نفقة الأولاد على أبيهم من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

1 – باديس ديابي، المرجع السابق ،ص 84

2– سورة الطلاق، جزء من الأية 06

3– التواتي بن تواتي، المرجع السابق ، ص876

أما من الكتاب فقوله تعالى ﴿وَ إِنْ كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2] فأوجب الله تعالى رضاع الولد على أبيه، فرزق الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة فيها إيجاب نفقة الرضاعة على المولود له والأب وهذا لأجل الولد، فإنما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاعة لأنه كفالة ورعاية، ولأن المرأة تستوجب ذلك عند إرضاعها للولد فهي تحتاج إلى الطعام والكسوة، بحيث أنها تفطر لأجل إرضاعه إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب الولد[3].

أما الدليل وجوب النفقة على الأب من السنة النبوية الشريفة ما رواه البخاري ومسلم و أصحاب السنن إلا الترميذي ، أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة بن ربيعة امرأة أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية :" خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ".

ويستدل من هذا أن نفقتها ونفقة ولدها واجبة على زوجها

وأما من الإجماع، فقد قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.

ومن المعقول، فلأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك يجب أن على بعضه، ولأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه و الولد جزء الوالد وإحياء الوالد لنفسه واجب عليه كذا إحياء جزئه [1].

لقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من ق.أ.ج التي تنص على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب[2] فلابد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله، كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها

1 – نبيل صقر قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا . دار الهدي، الجزائر .2006، ص263

2– تنص المادة 75 على ما يلي :" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو م ا زولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ".

3– باديس ديابي ، المرجع السابق، ص84

بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج [3].

قد تكون نفقة الحضانة من الغذاء واللباس والعلاج ومصاريف الدراسة، وهي تجب من مال المحضون إن كان صاحب مال بحيث يكون هذا المال كافيا مؤديا لضروريات الحضانة.

أما إذا لم يكن له مال أو كان له ولكن غير كافيا تنتقل النفقة إلى الأب وبما أن غذاء الولد هو من باب النفقة فإن النفقة على النفقة على المرضعة هي كذلك من باب الإنفاق على المحضون، وهذا لاعتبارها مصدر غذائه فهو يحتاج إلى الحليب لأنه أفضل غذاء له ولا يعوضه عنه غذاء آخر، ولهذا أمر الله عز وجل الوالدات إرضاع الأولاد في قوله: " وَالوَالِدَاتِ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَة[1]".

فإن امتنعت الأم عن الإرضاع أو لم تستطع ذلك فإن الأب يلزم باستئجار امرأة أخرى توضع ولده حرصا على مصلحته وصحته، وأجرها يكون على الأب، وعليه تقديم مبلغ مالي ليشتري به الحليب الاصطناعي الخاص بالصغار.

توافر الغذاء للمحضون ضروري ليس فقط في فترة الرضاعة بل يمتد إلى غاية سقوط الحضانة حسب ما هو مبين في المادة 75 ق.أ.ج حفاظا على المحضون من الهلاك.[2]

كما يجب على الأب أن يحمي الولد صحيا وهذا بعلاجه في حالة ما إذا أصابه مرض لأن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا.

وتكون مصاريف الدراسة على الأب حتى ولو بلغ سن الرشد وبقي مزاولا لدراسته، فإن الأب ملزم بالإنفاق عليه حتى يستغني عنها بالكسب، وهذا ما لم يكن له مال كما سبق الذكر وكان الأب قادرا على الكسب وموسرا .

1 – سورة البقرة ، جزء من الآية 233.

2 – المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري .

يقول المالكية في هذا الشأن أن الأب إذا كان موسرا و جبت عليه نفقة أولاده المعسرين أما إذا كان معسرا وكان قادرا على الكسب فلا يجب عليه لينفق عليهم ولو كان للأب صنعته.

أما الأحناف فيقولون أن الأب إذا كان موسرا، أو كان قادرا على الكسب وجبت عليه نفقة أولاده فلا يسقط هذا الوجوب إلا إذا كان الفقير عاجزا عن الكسب .

تلتزم الحضانة مقابل هذا أن تنفق ما يقرر للمحضون من نفقة عليه وعلى شؤونه الخاصة به حتى تعود عليه بالنفع، فإذا ثبت أن الحاضنة لا ينفق علي الصغير النفقة التي أدها والده فإنها تكون غير أمينة عليه، و يكون من حق والده أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها وإذا ما عجل الأب من نفقة الصغير إلى حاضنته يعتبر أمانة في يدها ، تنفقها عليه في الزمن الذي عجلت عنه ، فإذا خرج الولد من يدها كان من حق الأب استرداد ما بقي من المعجل ما لم تدعي الحضانة هلاكه .

ثانيا : وجوب نفقة الأولاد فى حالة عجز الأب أو عدم وجوده.

يري بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق، لا لكونه فقيرا أو متقاعسا[1] ويعفي في هذه الحالة من الإنفاق على أولاده، فتنتقل النفقة بقوة القانون إلى الأم وهذا وهذا بتحقق شروط معينة، كما أنه في حالة عجز الأب وعدم قدرة الأم على النفقة مع عجزه أو مع عدم وجوده فهنا تنتقل إلى الأصول حسب نص المادة 77 من ق.أ.ج .

1- وجوب نفقة الأولاد على أمهم.

طبقا لنص المادة 76 من ق.أ.ج التي جاء فيها: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " إذا عجز الأب عن النفقة ولم يكن للمحضون مال خاص

1 – باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 85

فإن مسؤولية نفقة الأولاد تنتقل إلى الأم إذا كان باستطاعتها ذلك، فلقد أشرك المشرع الجزائري الأم في مسؤولية الإنفاق على الولد حماية لهذا الأخير، ومن باب التعاون بين الوالدين على ضمان رعاية الولد، ولأنها أولى الناس بحمايته وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم بتوفر شرطين:

– **أولا:** إذا كان الأب عاجزا فعلا عن الكسب والأم قادرة على النفقة، أي وجود مال لديها يمكّنها من النفقة على أولادها سواء بالعمل أو بغيره فإذا كانت الأم موسرة والأب قادر على الكسب فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة عنه أو للتذرع بحجة عدم العمل أو الإعسار مادام قادرا على العمل وهذا لأن النفقة هي من حق المحضون.

– **ثانيا:** أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم علة الإنفاق كأن يحضر الأب مثلا شهادة طبية تثبت أنه غير قادر على العمل بسبب عاهة و أن يثبت أن الأم عاملة مثلا.

وقد سار القضاء في الجزائر على هذا، فنجد أن قضاة المحكمة العليا أكدوا في قرار لهم علي:" من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لايسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي[1].

إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة – الطاعنة– رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطاوا في تطبيق القانون ".

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق البنين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة لنفقة الزوجين الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا أو بالنسبة لنفقة البنتين الفقيرتين، وأنه في حكم المستأنف لم يذكر المطعون ضد الإعسار، وإنما ذكر ذلك أمام المجلس وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد 75 78 من ق. أ. ج، التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم، 72، 61 ، 37 المستأنف . فإنه قد يكون خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

1– قرار المحكمة العليا، ملف رقم 237148، بتاريخ 2000/02/22م، غ.أ.ش/ م،ق 2001 عدد خاص.

2- وجوب نفقة الأصول على الفروع

نصت المادة 77 من ق.أ.ج على أن :" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث "[1] . فالمشرع عندما نص على نفقة الأصل ونفقة الفرع لم يحدد الأصل ولا الفرع، والأصل هو الأب وأب الأب والأمهات المباشرين وليس الأجداد ولا الجدات، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم، أما الأحناف والشافعية والحنابلة فالأصل عندهم الأب والجد وإن علا، و أم الأم و أبو الأم و أم الأب و إن علون.

فبعد عجز الوالدين أو فقدانهما لم يحدد المشرع إلى من ينتقل واجب النفقة، وحسب الأحناف تكون نفقة الأولاد في هذه الحالة على من يوجد من أصول هؤلاء الأولاد ذكرا كان أم أنثي، فإن لم يوجد إلا واحد كالأم أو الجد كانت النفقة واجبة عليه متى توافرت فيه شروط وجوب النفقة عليه، و إذا تعدد الموجودون وكانت النفقة عليهم حسب ثبوت الإرث لهم جميعا أو ثبوته لبعضهم، فإذا كانوا جميعا وارثين كانت عليهم النفقة بحسب نسبة ميراث كل منهم.

ومما هو متفق عليه أنه يشترط للإنفاق على القريب ما يلي:

1- أن يكون القريب فقيرا لا مال له ولا قدرة له على الكسب لعدم البلوغ، الكبر الجنون أو المرض.

2- أن يكون الملزم بالنفقة موسرا مالكا نفقة فاضلة عن نفسه، إما من ماله وإما من كسبه فيلزم القادر على التكسب على الإنفاق على قريبه الفقير.

3- الحاجة إلى النفقة.

4- أن يكون المنفق قريبا للمنفق عليه، ذا رحم محرم منه ومستحقا للإرث منه كما قال الحنفية[2].

1- المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري .

2 - رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 195.

5- أما المختلف فيه فهو شرط اتحاد الدين، فقال الحنفية أنه لا يشترط اتحاد الدين في نفقة الأصول ولا نفقة الفروع و نفقة الزوجة لكنهم اشترطوا اتحاد الدين في غير هذه الفئات الثلاث لعدم أهلية الإرث بين المسلم و غير مسلم .

وأما المالكية والشافعية فلم يشترطوا اتحاد الدين في وجوب النفقة، بل ينفق المسلم على الكافر والكافر على المسلم لعموم الأدلة الموجبة للنفقة، والحنابلة لهم روايتان في هذا :

الأولى: تحب النفقة مع اختلاف الدين.

ثانيا: لا تجب النفقة مع اختلاف الدين ، لأنها مواساة على البر و الصلة ولعدم الإرث وهي تختلف عن نفقة الزوجات ، لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم يمنعها اختلاف الدين كالصداق و الأجرة[1].

3- تقدير النفقة

القاضي هو من يقدر مبلغ النفقة المستحقة للأطفال، فالحاضنة قد تطالب بالنفقة أثناء سير دعوي الطلاق، وقد تطالب بها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة تقدمها إلى قاضي شؤون الأسرة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة، و قد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة مواطن الدائن بها[2].

والقاضي وحده هو الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه، ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء و لكن ليس له أن يمنحهم أقل منه، ووضع القانون في هذا قيدا للقاضي لا يتعداه، و هو أن يراعي عند تقديره النفقة حال الطرفين سواء من يستحق النفقة ومن تجب عليه، وعليه أن يرعي ظروف المعاش

1- ممدح عزمي، المرجع السابق، ص33.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص227.

فمن مبادئ المحكمة العليا أن تقرير النفقة المستحقة للمحضون يعتمد حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة وهذا مقررا فقها وقضاءا والقضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقواعد الشرعية .

وحسب المادة 79 من ق.أ.ج فإنه على القاضي أن يرعي عند تقديره للنفقة الأمور السابقة فالغني و الفقير ليس متساويان في ظروف المعيشة المعيشة فلا يحكم عليها بنفس الحكم، والذي يعيل عائلة كبيرة ليس كالذي لا يتكفل بأي شخص، والإطار ليس كالموظف أو العامل البسيط .

لذلك كان واجبا على القاضي أن يراعي حال كل طرف على حدى ولا يعمم أحكامه على الكل مما يجعل مهمته صعبة، و لأن أحكامه ستختلف حسب اختلاف المستويات والظروف وكذا حسب سن الأطفال وجنسهم وعددهم وحسب الوضعية الاجتماعية و الاستطاعة المادية للملزم بالنفقة .

ولكن هذه النفقة هل تكون في شكل مبلغ مالي أم يمكن أن تتجسد في المأكولات والملابس؟

إن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية الخيار بين تكفل الأب بهذه الأمور شخصيا وبين دفعه لمبلغ مالي ليلبي به تلك الحاجيات، لكن يفهم من خلال النصوص القانونية التي أشارت إلي النفقة أنها تدفع نقدا، ذلك أن القاضي يصعب عليه تقدير كم يأكل الأطفال و متى يحتاجون إلى الألبسة و ما هي التي هم في حاجة إليها وغيرها كما أنه يصعب عليه أن يقدر الأدوية اللازمة لهم، فالمنطق و العقل يقتضيان أن يحدد يدخل ضمنه كل تلك الأمور.

وبما أن النفقة حق للأطفال فعلى الحاضن أن يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي، و لقد أوضحت المادة 80 من ق.أ.ج [1] أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى فالأصل أن النفقة أمر ضروري

1 – تنص المادة 80على :" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوي " من قانون الأسرة الجزائري .

ومستعجل ولا يسكت عليه لمدة طويلة، لذلك أوضح المشرع أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى .

لكن ومع ذلك قد لا تدرك الحاضنة الإجراءات الواجب اتخاذها الأمر الذي يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة، لذلك فإن المشرع جاء باستثناء عن الأصل مفاده إذا ما قدمت بيئة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي، و لكن لمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ رفع الدعوى، فإذا لم تستعمل الحاضنة حقها في طلب نفقة الأبناء ومضى على ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم فيها إلا في حدود سنة فقط .

وإذا قدر القاضي النفقة و قضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصانا إلا بمرور سنة من تاريخ الحكم السابق، و هذا ما جاءت به المادة 79 من ق.أ.ج، ومقتضى إعادة النظر في النفقة أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقديرها غير ثابتة بل هي تتغير وتتطور.

فمن غير المعقول أن مستوي المعيشة يرتفع وضروريات الحياة ترتفع سعرها وتبقي النفقة ثابتة و لا يكون مراجعة النفقة تلقائيا بل بناءا على مطلب قضائي.

وعلى القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي اعتمد عليها في تقدير النفقة لأول مرة.

وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها من أجل الحصول عليها، و في حالة ما إذا امتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطي ضمانة لاستيفاء هذا الحق إذ نص في المادة 33 من ق.ا.ج على جنحة عدم دفع النفقة إذ يعاقب الممتنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين 06 أشهر إلى 03 سنوات حبس ومن 500 دج إلى 5000 دج غرامة نافذة .

الفرع الثاني : أجرة الحضانة .

إن الحضانة بما تتمثل في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، يجعل منها عملا متعبا ومضنيا، وشاقا بما تتطلبه الحضانة من إمكانيات وجهود مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات في سبيل رعاية الطفل

و إنشاء شباب ليكونوا رجال الغد ،و التساؤل المثار هنا هو هل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحضانة ؟ أم أن ذلك البذل يكون في إطار سنّة الحياة بأنّنا ربّانا آباؤنا و علينا تربية أبنائنا ؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فما يلي :

أولا : الحضانة دون أجرا

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78، 79 من قانون الأسرة الجزائري إلا أنّه لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منا حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبإطلاع على الفقه نجده لم يثبت على موقف واحد بخصوص أجرة الحضانة فمنه من قال بعدم وجود مقابل أو أجرة للحاضنة على حضانتها للأولاد بعد طلاق، ومنهم من قال بحقها في أجرة الحضانة[1].

- فيري الإمام مالك أنه ليس للحضانة أجرة على حضانتها سواء كانت أمًّا للطفل أم لا ، و بغض النظر عن حالتها المادية ، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها وليس لحضانتها وللمحضون على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش، والحاضنة تقبضه منه و تنفقه على الولد . وقول " اللّخمي " وهو من فقهاء المالكية " أن الأولاد إذا كانوا يتامى كان للأم أجرة الحضانة إن كانت فقيرة ، و الأولاد موسرين لأنها تستحق النفقة في أموالهم ولو لم تحضنهم" وهذا يعني أن الأم في هذه الحالة لا تقبض مقابلا عن حضانتها للأولاد و إنّما تتلقى المال منهم لقيام واجب نفقة الفرع على الأصل لاحتياج الأخير له ويسر الأول.

ثانيا : حق الحاضنة في أجرة الحضانة

1- المواد 77،78،79، قانون الأسرة الجزائري.

يري فقهاء الحنفية انه تجب للحضانة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أب الولد ولم تكن معتدّة من طلاق رجعي، وكذلك لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن، وتستحق النفقة من أب الطفل و هذا على أحد قولين مصححين في مذهب أبي حنفية و عليه العمل و ذلك لأن هذه الأجرة ليست عوضّا خالصّا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة و نفقة وبما إن النفقة ثابتة لها بمقتضي الزوجية لقيامها، أو وجود العدّة فإنَّها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد، و إن تعدد السبب وما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة للحضانة[1].

وأجرة الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه، إذا كان له مال لأن نفقته تكون في ماله و أجرة الحضانة من النفقة وإن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته ، وتكون على الأب إذا كان موجودا و كان قادرا ، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب، و إذا أبت الأم أن تحصنه إلا بأجرة.

ووجدت متبرعة فإن الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب ، و كان موسرا أو كانت المتبرعة ليست من الحاضنات، أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات وكانت أجرة الحاضنة على الأب وكان الأب غير موسرا، أو كانت أجرة الحاضنة من مال الولد، فإن المتبرعة أولى لأن الحضانة لمصلحة الولد، ومن مصلحته المحافظة على ماله، والمتبرعة تنظر إلى مصلحته في الجملة، لأنها ذات رحم محرم منه، وأما عدم الوجوب على الأب وهو غير موسر فلأن إلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرعة في هذه الحال مضارة به، والله سبحانه وتعالى يقول ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾[2].

والفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة أن المتبرعة في الرضاعة تقدَّم في كل الأحوال قريبة كانت أو أجنبية، سواء كانت النفقة على الأم أم كانت على الأب، وسواء كان الأب

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص229.

2- سورة البقرة الآية 233.

موسرا أم معسرا ،وأما في الحضانة فلابد من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ولابد من أن يكون الأب غير موسرا، أو تكون الأجرة من مال الولد.

المطلب الثاني: سكن الحضانة .

إن مناط معيشة الإنسان يكون له سكن يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء ويجد فيه الدفئ والحنان والألفة ، فالطفل يتلقى ما يلزمه من إحتياجات مادية ومعنوية من مأكل ومشرب وملبس و غذاء لجسده وروحه ويحظى تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة

الفرع الأول : وجوب توفير سكن الحضانة .

المسكن هو المأوى الذي يقيم به الإنسان، والمكان الذي يعده لسكناه حتى ولو لم يكن فيه فيكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجرا، أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ترتكز إلى أسباب ظاهرة مشروعة، فهو مستودع أسراره، و مكان راحته، وبالتالي يحرم على كل شخص أن يدخل إليه إلا إذا كان بإذن صاحبه أو بإذن من القاضي أو وكيل الجمهورية .

فالطفل يلقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية في مسكنه ، لذا لابد من توفيره له لحمايته من الضياع و التشرد خاصة بعد انفصال والديه و افتقاده لركيزة و دعامة أساسية في حياته ، وهو أحد ولديه ، لذا أدخل المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ.ج ، وعليه ينبغي معرفة رأى فقهاء الشريعة والقانون من سكن الحضانة (فرع أول) كما أن المشرع ألزم الأب بضرورة توفيره للمحضون و في حالة عدم القدرة على توفير المسكن عليه بدفع بدل الإيجار.

كما نشير إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى رأسهم أصحاب المذاهب الأربعة فإنهم يرون ما يلي:

● ذهب الحنفية و المالكية في المشهور عندهم إلى وجوب أجرة السكن للحاضنة على الأب وإن قيد الحنفية ذلك بعدم وجود سكن للحاضنة.

● أما الشافعية و الحنابلة فلم يصرحوا بأجرة المسكن و لعل ذلك يرجع إلى النفقة لأنها شاملة للطعام والشراب و المسكن وكل شيء ويزيد ذلك تأكيدهم على أهمية الحضانة لحفظ وصيانة الطفل من الهلاك والضياع ويتحقق ذلك بكافة الوسائل ومنها الإنفاق[1].

أولا : التزام الأب بتوفير سكن للمحضون

المسكن هو كل مكان مستور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، فهو ضرورة من ضرورات المعيشة الصحية السوية، لأنه يبلي مجموعة من الحاجات سواء كانت نفسية أو مادية أو اجتماعية وهو مكان راحة الأسرة وأفرادها فهو المحيط الذي يلقى فيه الطفل استقراره ، لذلك كان واجبا على الأب أن يوفره[2].

إن القاعدة العامة في إسكان المحضون تجب على من تجب عليه نفقته، وباعتبار أن السكن أحد عناصر هذه النفقة التزم بها الأب، وهذا الالتزام يبقي قائما إلى غاية انتهاء الحضانة أو سقوطها شرعا وقانونا، والأصل أن يكون التزم الأب بتوفير السكن عينا، لكن هذا الالتزام غير إلزامي إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر التزم ببدل الإيجار.

ثانيا : التزام الأب بدفع بدل الإيجار

جاء نص المادة 72 من ق.أ.ج: [3] " يجب علي الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، فبالنظر إلى النص نجده يشير إلى

1 – انظر: إبن عابدين : حاشية رد المحتار، ج3 ،ص562، السرخسي : المبسوط، ج5 ، ص210.

2 – لقد ذكر القران الكريم سكن في سياقات مختلفة ، كقوله تعالى : " وَلِنُسْكِنَنَّكُم الأَرْضَ مِنْ بَعْدِهِمْ" ، سورة ابراهيم جزء من الآية14 ،كذلك قوله تعالي " يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُم لَا يَحْطِمَنَّكُم سُلَيْمَانُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ "النمل جزء من الآية 18 ، وقوله تعالى " "وَأَوْحَى رَبُّكَ إلى النَّحْلِ أَنْ إِتَّخِذي مِنْ الجِبَال بُيُوتًا وَمِنَ الشَّجَرِ وَ مِمَا يَعْرِشُونَ " سورة النحل جزء من الآية 68

3 – المادة 72 ق .أ.ج.

أنه في حالة عجز الأب عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار ولأن الأصل في تنفيذ الالتزام بالنفقة تقديم وجوب التمكين على وجوب التمليك، بمعني أن الأب ملزم بنفقة الصغير عليه تقديم الطعام والكساء والسكن عينا، فإن تعذر عليه تنفيذ التزامه الأصلي بتوفير المسكن الملائم لممارسة الحضانة يلزم قانونا بتقديم بدل الإيجار مسكن الحضانة بغض النظر عن حيازة الحضانة للسكن من عدمه وحتى وإن وجد ولي للحضانة وقبل إيوائها.

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: " حيث أنه يتعين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الطاعن أبدى استعداده لتوفير مسكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة بينما طالبت بدفع الإيجار المحكوم به لها بموجب الحكم المستأنف، و حيث أن المادة 72 من ق.أ.ج، تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وأن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وحيث انه كذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيها يخصص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة الحضانة و إن تعذر ذلك عليه بنقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منها و ليس بالخيار" .

فبتقديم بدل الإيجار عينا للمؤجر يصبح الأب طرفا أصليا في عقد إيجار مسكن الحضانة دون الحاضنة ومحضونيها، وتظل العلاقة الإيجارية المباشرة قائمة طيلة فترة الحضانة بين الأب والمؤجر، أما الحاضنة والمحضون ما هم إلا منتفعين بالتبعية استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 72 ق.أ.ج . أما إذا حكم القاضي على الأب بمبلغ بدل الإيجار فإن الحاضنة هي التي تقوم بإعداد مسكن للحضانة بذلك المبلغ، وهنا تقوم علاقة ايجارية بين الحاضنة و

المؤجر المباشر وتقع عليها كل الإلتزمات التعاقدية، وفي حالة الإخلال بها يجوز للمؤجر أن يطلب من الحضانة بدفع البدل أو بفسخ العقد وإخلاء السكن [1].

والإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو : كيف يقدر بدل الإيجار ؟.

استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، فالقاضي عندما يطرح النزاع أمامه عليه التأكد من عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة حتى يحكم عليه ببدل الإيجار و أن يحدده مراعيا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره و هي على النحو التالي :

- الحالة المادية للأب .
- موقع السكن .
- مستوى المعيشة .
- مراعاة زمن استحقاق الأجرة .
- مراعاة تعدّد المحضونين .

➢ بقاء الحاضنة في المسكن الزوجي :

أوجب المشرع الجزائري على الحاضنة البقاء في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي بإلزامه بتوفير المسكن، وهذا ما تنص عليه المادة 72 : " وتبقي الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

حسب هذا النص فإنه على المطلقة أن تبقى في الزوجية بعد انتهاء مدة العدة تخرج من سكن الزوجية إذ لا يحل لها أن تبقي مع الزوج في منزل واحد لأنهما أصبحنا أجنبيين عن بعضهما.

1 – تنص المادة 119 ق.أ.ج على :" في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضي الحال ذلك ، و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف يه المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ".

ولأن من آثار الطلاق بقاء المطلقة في المسكن العائلي للاعتداد فيه مصداقا لقوله تعالي :﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ وَ اتَّقُوا رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ من بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَ تِلْكَ حُدُودُ الله وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ الله فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَه ﴾[1]

وكذا للقيام بواجب الحضانة من جهة لأخرى، فيصبح بذلك المسكن الزوجي متمحور بين اعتباره مسكنا للعدة تعتدُّ فيه الحضانة شرعا وقانونا، وبين اعتباره مسكنا للحضانة تقوم فيه بشؤون الحضانة، وهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير بتوفير السكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة .

وقد أوجب المشرع بقاء الحاضنة في بيت الزوجية دون أي قيد يذكر ، بينما قيد خروجها منه بشرط التزام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن .

لكن حسب رأي الأستاذ:" سعد عبد العزيز " فإنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة تبقي في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، فحسب رأيه وضع كهذا يكاد يكون مستحيلا لأن الزوجة تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد أحد الزوجين يطيق الجلوس أو الإقامة مع الأخر أثناء فترة قيام النزاع .

والمشرع ألزم المطلقة ببقائها بمسكن الزوجية لقضائها العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق و يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة المحكوم بها قضائيا لنص المادة 61 من ق.أ.ج [2] لكن هذا الحق في النفقة يسقط شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تنقص فيه العدة دون مبرر شرعي سواء كليا أو جزئيا .

1 – سورة الطلاق ، جزء من الآية 01.

2 – تنص المادة 61 على :" لاتخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق ".

لكن المشرع لم ينص على أي حل في حالة انتهاء فترة العدة أمام تهاون الأب في تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن لاعتبارات مختلفة فهل يتم إخراج الأب منه إلى غاية توفيره للسكن الملائم ؟

إضافة إلى انه في حالة ما إذا كانت الحاضنة هي غير الأم فهل يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادة 72 من ق.أ.ج ؟.

إن تحديد المسكن الزوجي كمكان لممارسة الحضانة إنما يتعلق بأم المحضون دون سواها من الحاضنات متى تقررت لها حضانة الأولاد بحكم القضاء، وذلك للأسباب التالية :

- ربط المشرع استفادة المحضون بالسكن بضابط وقوع الطلاق .
- لا يعقل أن تجتمع حاضنة أخرى غير الأم بأب المحضون في مسكن واحد باعتبار أن الحق في ممارسة الحضانة غير مقصور على والدي المحضون فقد تستدعى مصلحته إسناد حضانته إلى أم أمه أو خالته مثلا ، و هذا وفقا لما جاء في المادة 64 من ق.أ.ج .

فعلى الرغم من أن المشرع جاء بمصطلح علم " الحاضنة " إلا أن الواقع و المنطق ينصرف إلى الأم الحاضنة وفقط.

وتلتزم الحاضنة بالبقاء في المسكن الزوجي للاعتداد فيه ولممارسة واجب الحضانة وإلزام المشرع الحاضنة بالبقاء في بيت الزوجية لممارسة الحضانة الهدف منه مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى متوخيا في ذلك كل المخاطر التي قد يتعرض لها لو أصبح في الشارع دون مأوى فعليها الالتزام بواجب الحضانة ولا يجوز لها تغير استعماله ولو كان الغرض منه مشروعا، مثل استغلاله كعيادة مثلا من أجل الحصول على ربح مالي، إذ أن ذلك يضر بمصلحة المحضون .

كما لايجوز لها تسمح أن لوالديها أو لأقاربها بالعيش معها فيه أو بأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان ذي رحم محرم من الصغير. فحق المحضون في السكن هو حق مرهون و مرتبط بممارسة واجب الحضانة ولا يؤسس أي حق على مال الغير، لذا يحظر إتيان أي تصرف ولو كان قانونيا من شأنه أن يؤدي إلى استغلال هذا المسكن ولو بواسطة الغير أو إلى

إثراء الحاضنة على حساب أب المحضون باعتبار أن مسكن الحضانة مخصص للقيام بشؤون الحضانة فحسب .

كما أن حق الحاضنة في البقاء في مسكن الزوجية حق مؤقت معلق على شرط، فهو حق مؤقت إبتداءاً باعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة وعدم سقوطها قانونا وشرعا، ولأن حق المحضون مقرر لمصلحته فالحاضنة تستحقه بالتبعية له لصفتها كحاضنة ، و هو معلق على شرط هو تنفيذ الأب للحكم المتعلق بالسكن فتبقي في مسكن الزوجية إلى حين تحقق هذا الشرط .

الفرع الثاني : مكان ممارسة الحضانة و الانتقال بالمحضون.

أولا : مكان ممارسة الحضانة

إن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا كون أن الحضانة يقابلها حق آخر وهو حق الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة مكان حضانة المحضون إن كانت الزوجة في العدة هو مكان قضاء العدة وهو المكان الذي طلقت فيه، لأن المعتدة مطالبة شرعا أن تقضي عدتها في المكان الذي طلقت فيه ، و لا يجوز أن تخرج منه لقوله تعالى :﴿ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾[1] .

أما إذا كانت الحاضنة أمًّا، لها أن تخرج إلى بلدها الذي يكون فيه أهلها ، و قد عقد زواجها من أب الطفل،لأن رضاه بالعقد فيه دليل على أنه يرضى لنفسه ولولده الإقامة فيه، لكن يشترط حسب الفقه المالكي أن نقل المسافة عن 06 برد [2] ، فإن كانت أقل فإنه يصح لها أن تستوطن فيه و لا يسقط حقها في الحضانة لبعد المسافة ، و هذا حتى لا يبعد البيت الذي تمارس فيه الحضانة عن مكان تواجد الأب ، وحتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة ولايته على أبنائه و يتمكن من حقه في الزيارة فليس لها أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجها فيه أو لم

1 – سورة الطلاق ، جزء من الآية 01.

2 – تقدر المسافة البرد الواحة بحوالي 20 كلم .

يكن بلدها، كذلك ليس لها أن تنتقل إلى بلدها إذا لم يكن عقد عليها فيه ولا إلى البلد الذي عقد عليها فيه إذا لم يكن في الأصل بلدها، و كل هذا إذا كان البلد بعيدا.

ثانيا : الإنتقال بالمحضون .

وإذا أرادت الانتقال بالمحضون إلى مدينة حيث العمران فيها ما يفيد المحضون عند تنشئته من نمو في فكره، أو إلى قرية حيث البداوة فلها ذلك لكن يشترط أن يكون قريبا من مكان استقرار أبيه، ولا يصعب عليه التنقل إلى رؤيته، ويعود إلى بلده يبيت فيه، لأنه ليس في هذا ضرر أو مشقة على الأب أما إذا كان الإنتقال إلى قرية فقد قال الفقهاء أنه لا يجوز .
لأن في أخلاق أهل القرية بداوة وجَفاء وبعد عن الحضارة مما يخاف على المحضون التطبع بعاداتهم، إلا أن هذا قيس بما في المدن من انحراف وانحلال وتفسخ فليس بشيء وتبقى المسألة نسبية ويفصل فيها بما يراعي مصلحة المحضون .

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فليس لها الانتقال بالمحضون مطلقا، إلا بإذن من الأب فمنع التنقل في كل الأحوال حق للأب والوالي العاصب، فإن أذن بذلك لها أن تنتقل به وليس للأب أن ينزع الولد ويسافر به من محل إقامة الحاضنة إذا كان هو المحل المعتبر شرعا، و لكن إذا سقط حق الأم في الحضانة وانتقل إلى من يليها و هي في بلد آخر، فله أن يسافر به إلى بلده .

ولكن يجب أن تتوافر في السفر راحة الصغير ومصلحته وصحته، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأي من الأبوين أو غيرهما السفر به وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإن موقفه في هذا الشأن يستشف من خلال نص المادة 96 من ق.أ.ج .بأنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي و أوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه و أمه [1] .

1 – باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 93

بعد أن بينا في المبحث التزامات المحضون له فلا بد من تبيان التزامات الطرف الآخر و هو الحاضن، وذلك في المبحث التالي.

المبحث الثاني : سقوط الحضانة ومصير المحضون بعد انتهاء مدتها

لقد أخذ كل من الفقه و القانون 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 و أن اختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفي كل الشروط.

لذلك سنبين أسباب السقوط التي ذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما سنشير إلى رأي الفقهاء في ذلك (مطلب الأول).

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 (مطلب ثاني).

المطب الأول : أسباب سقوط الحضانة .

إذا تمت التفرقة بين الزوجين تسند الحضانة إلى مستحقيها 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 تبيانه في الفروع التالية مع الإشارة إلى آراء الفقهاء في هذا الشأن.

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة طبقا لأحكام المادة 66 ق.أ.ج .

تنص المادة 66 على أن:" يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون [1]".

وعليه فحسب هذه المادة تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل عنها .

أولا : سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون.

لم يكن هذا السبب محل اجتماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يري 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، و استنفذوا 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 احد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت :" أنكحني أبي رجلا لا أريده ، وترك عم لدي ، فيؤخذ مني ولدي " فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال :" أنكحت فلانا فلانة؟ فقال : " نعم "، فقال: " أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي و انكحي عم ولدك "

فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير ، بل أنكحها عم ولدها لتبقي لها الحضانة ، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم أما الشافعية وسَّعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم ، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحديث الذي رواه أبو داوود في سننه : فقوله صلي 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 غيره .

1- المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري.

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 و هناك 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 و تزوجت 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 .
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض 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 ؟.

1 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص141.

جاء في قرار 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 مخافة للقانون ، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا ، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد 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 قرارها في 1998/07/21 مايلي :" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال 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 فان قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون" .

ثانيا: التنازل عن الحضانة

أجاز المشرع الجزائري للحاضن التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له، ولكن قيد هذا التنازل بعدم 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[1] من المقرر قانونا أنه لا يعد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون ".

1- م ع، غ، أ،ش،قرار بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189234، م،ق، 2001، عدد خاص.

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 و مصلحتهم .

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 و مصلحتهم 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 و67 من ق.أ.ج . وأن قضاة المجلس أخطؤو 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 .

الفرع الثاني : أسباب السقوط الواردة في المادتين 62 و 68 ق.أ.ج.

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

أولا : تطبيق لأحكام المادة 62 ق.أ.ج

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

نصت المادة 67 ق.أ.ج [1] على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق.أ.ج، والتي تبين نوع الرعاية والتربة 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 حق الحضانة، فجاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09:"من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الحضانة 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 يبقي عند أمه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/07/15 الذي جاء فيه:"إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة و إذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.

وأن مصلحة البنت المحضون تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها ، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على

1 – تنص المادة 67 على :" تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه ولايمكن لعمل ق.أ.ج"المراة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارة الحضانة .غير أنه يجب في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون.

2 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص142.

3 – م ع،غ أ ش ، قرار بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33921 ، ق 1989 ، عدد 04 ،ص76 .

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 و غيرهما مما يخل بمصلحة المحضون [2].

ثانيا : طبقا لأحكام المادة 68 ق.أ.ج

من الأسباب التي يؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة ما نصت عليه المادة 68 ق.أ.ج حيث أنه إذا لم يطلب من له 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 ؟

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 :

1- أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها و يسكت عن المطالبة بها ، أما إذا كان لا يعلم بحقه و سكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته .

1 – م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 2010/07/15 ، ملف رقم 564787 ،م ق 2010، عدد02 ، ص266.

2 –عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص142.

2- أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة ، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت ، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله الحاضنة[1].

المطلب الثاني : مدَّة الحضانة وما يلحق بالمحضون بعد انتهائها.

لقد شرعت الحضانة لحفظ الصغير و تربيته ورعايته وهو في سن حساسة لا يقدر فيها بمفرده على القيام بهذه الشؤون وهذا لعجزه عن ذلك ، لذا أوكلت الحضانة إلى من هو أقدر منه عليها ، و لكن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده ، و بالتالي يستغني عن خدمة النساء و يحتاج إلى من يؤهله و يعلمه لخوض تجارب الحياة ،وعليه فما هي المدة المحددة التي يبقي الصغير فيها تحت حضانة الحاضن ؟ (فرع أول) ، وما هو مصيره بعد انتهاء هذه المدة ؟ (فرع ثاني).

الفرع الأول : المدَّة المحدَّدة لممارسة الحضانة .

إنّ الحضانة واجبة لكل من الصّغير أو الصّغيرة للقيام بحاجيات نفسه الأولية من أكل و لباس ونظافة، فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي انبنى عليه، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثنائها الصغير القيام بشؤونه وإلى متى تمتد حضانة الصغير أو الصغيرة كما أن المشرع الجزائري كان له موقف في هذا الشأن.

أولا : أراء الفقهاء حول مدة الحضانة .

لقد اختلفت المذاهب الفقهية في هذا، فكان لكل مذهب رأيه كالآتي:

1- رأي الحنفية

1 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص143.

يفرق الحنفية بين المحضون الذكر والأنثى، فالنسبة للذكر يرون أنه في بداية عمره يسلم إلى الحاضنة المرأة سواء كانت أمه أو من يليها ممن تتوفر فيها شروط الحضانة، وذلك إلى أن يبلغ سنا يصبح فيه قادرا على الأكل والشرب و تطهير[1]

نفسه ولقد حدِّد السِّن بسبع سنوات أو تسع سنين ، فقبل هذا السن فإنه يبقي عند حاضنته لا ينزعه منها أحد.

أما بخصوص المحضونة البنت فإذا كانت الحضانة لأمها أو جدتها سواء لأم أو لأب فإن حضانتها تستمر إلى غاية بلوغها سن الحيض، فهي في صغرها تحتاج إلى الاحتكاك بالنساء حتى تتعلم شؤون البيت.

2- رأي فقهاء المالكية

مدة حضانة الغلام عند المالكية من ولادته إلى أن يبلغ، ولو بلغ مجنونا، حيث روي أن عمر رضي الله عنه خاصم امرأته التي طلقها إلى أبي بكر في ولدها، فقال أبو بكر رضي الله عنه: " هي أحق به ما لم تتزوج أو يشب الصغير " وقال" هي أحنى و أعطف وأرحم " وقوله : أو يشب الطفل " يقصد به الوقت الذي تنتهي فيه حضانته. أما حضانة الأنثى فتستمر إلى النكاح ويدخل بها الزوج بالفعل[2] .

3- رأي فقهاء الشافعية .

يرون أن أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى و ذلك إلى غاية بلوغه سن التمييز وهو سبع سنوات[3].

1- الدكتور محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص126.

2 - التواتي بن تواتي ، المرجع السابق ، ص870.

3- بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، المذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، لبنان، 1967م، ص969.

4- رأي فقهاء الحنابلة

اتفقوا على أنه إلى غاية بلوغ سن السابعة تكون الحضانة للنساء، أما عن الخادمة فهناك من قال أنها أحق بحضانة البنت التي لم تبلغ تسع سنوات وهناك من قال أن الأم أحق بها إلى أن تبلغ، وهناك من قال البنت تختار.

ثانيا : مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري .

تنص المادة 65 ق.أ.ج على أن: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 10 سنوات إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون "ومنه فإن المشرع الجزائري حدد مدة حضانة الذكر بعشر سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة من طرف القاضي إذا تبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنة وهذا بشرط[1] :

1- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون .

2- أن تكون الحاضنة هي الأم.

3- أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت.

من خلال هذه المادة فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره، وهذا من شأنه استبعاد حالات متشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا آخر غير الأم، مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

وعليه فإن القضاة عند إصدار أحكامهم فيما يخص دعاوى التمديد مجبرين على التأكد من الشروط المذكور أعلاه.

1 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص141.

أما الأنثى فقد ذكر المشرع الجزائري أن حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج وهو حسب المادة 07 من ق.أ.ج 19 سنة، فهل أن الفتاة إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج تنتهي حضانتها؟ وفي مثل هذه الحالة فما هو مصيرها ؟، فكان على المشرع أن يقول إلى غاية زواجها وليس سن الزواج ، كما أنه لا يجوز للأم و لا لغيرها طلب تمدد أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقا.

الفرع الثاني : مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة .

إذا لم تسقط عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لايكون مؤبدا، بل ينتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، هذه المدة تختلف باختلاف المذاهب الإسلامية، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة حدد مدة انتهاء الحضانة .

أولا : انتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة، والأب أقدر من الأم على ذلك أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال ، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقي في يد الحاضنة سواء كانت أمًّا أوغيرها[1] .

ولقد ذهب الحنابلة و الشافعية إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه، لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية و استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في أبو داوود عن أبي هريرة قال: جاءت إمرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم و أنا قاعد عنده فقالت:" يا رسول الله ،إن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني" فقال النبي صلى الله عليه سلم ":إستهما عليه " فقال

1 – نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، ص252.

زوجها :" من يلحقني في ولدي "؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم ": هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت " فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به "[1]

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه بين يخيَّر الأم والأب، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى انه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية، وحد التخيير من سبع سنين، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا : الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغني بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم أولى بالأنثى، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير[2] .

روي أن رجلا أسلم و تسلم امرأته فاختصما في ولدهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما :" إن شئتما خيرتماه فأجلس الأب ناحية والأم ناحية، ثم خير الغلام فانطلق نحو أمه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" اللهم أهده " فرجع الغلام إلى أبيه فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد اختيار أبويه[3] .

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبرا إلى أبيه و إن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كأخوته الأشقاء أو غير المحارم كأبناء عمه وذلك لأن الشارع رأي مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه و يربيه.

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة و لم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم حق الضم و أهليته، و لم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فإنه يبقي عند حاضنته حتى يري القاضي ما هو الأصلح له.

1 - أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي ، معتصر من المختصر من مشكل الأثار ، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، عالم الكتب ، لبنان 1362ه.

2 – التواتي بن تواتي ، المرجع السابق،ص 872.

3 – المرجع نفسه ، ص873.

ويبقي المحضون عند أبيه " الذي يشترط فيه أن يكون أمينا و لا يخشى على الصبي منه " إلى أن يبلغ و تظهر علية أمارات البلوغ ، فإذا كان البلوغ مفسدا لا يؤمن على نفسه كان لأبيه أو من يقوم مقامه أن يمسكه عنده ليدفع عنه الفتنه ما استطاع ، و إن كان البالغ مصلحا مأمونا على نفسه لم يكن لأحد الحق في أن يمسكه عنده ، بل يصير هو صاحب الحق في توجيه نفسه حيث شاء ، و في الإقامة أين شاء ، إن أراد أن يقيم منفردا أقام منفردا ، و إن أراد أن يقيم مع أحد والديه كان له ذلك.

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ومع ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها حنكة وتجربة في الحياة فيمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن كانت أخلاقها حسنة فإنها لا تضم إلى والدها لأن الولاية سقطت عنها ولأن لها تجارب في الحياة، ولكن إذا كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبرا إلى والدها أو من يقوم مقامه لتأديبها .

ثانيا : انتهاء مدة الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري اغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لهذا لابد من الرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة ، كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالابن الذي انتهت حضانتة دون إخوته ، و قد لا يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه و بالتالي يثقل كاهل الحضانة من حيث النفقة[1].

من خلال ما تقدم نستخلص أن الحق في الحضانة هو أداء أوجبه القانون لحماية و حفظ المحضون من الهلاك والضياع وهذا الحق يولد التزامات سواء في جانب الحاضن أو المحضون له، هذه الالتزامات تصب في وعاء واحد لتحقيق الهدف الأسمى من الحضانة ألا وهو مصلحة المحضون التي تكون فوق كل اعتبار.

1- الدكتور أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية 1997م جامعة الإسكندرية، ص535.

ونلاحظ أن الجانب الأكبر من الالتزامات يقع على عاتق الحاضن لما لدوره من أهمية بالنسبة للصغير، فهو يعايش المحضون في أهم مرحلة من حياته، والتي فيها يكتسب كل المقومات الأساسية لتكوين شخصية اجتماعية مقبولة.

لذا كان لا بد أن يكون الحاضن أهلا لذلك، فإذا عجز عن ذلك أو قامت أحد أسباب السقوط تسند الحضانة إلى من يليه المرتبة للقيام بهذا الدور.

لكن بعد انتهاء مدة الحضانة المقررة قانونا للحاضن فإن الدور ينتقل إلى المحضون له لإكمال هذه المهمة.

خلاصة الفصل:

بعد أن تناولنا في هذا الفصل جانبا من الجوانب المهمة في مسألة الحضانة وهي أهم الآثار المترتبة عنها، ومنها التزامات المحضون له ونفقة المحضون وأجرة الحضانة وكذلك مشكلة سقوط الحضانة وأسباب سقوطها ومدتها وما يلحق بالمحضون بعد انتهائها .

وعلى الرغم من محاولة المشرع الجزائري تنظيم موضوع الحضانة والحقوق التي تمنحها للطفل المحضون من خلال نصوص قانونية أو تعديل بعضها، بل و حتى إبرام اتفاقيات دولية من أجل تسهيل و حل الإشكالات التي تعترض الحضانة أثناء ممارستها.

يبقى الواقع العملي يثير عدة صعوبات لعل أبرزها كيفية ممارسة الزيارة وعدم وضوح ما هو مسكن المحضون ؟ و الأمور المتعلقة به؟ وخاصة فيما يتعلق بتنازع المطلقين مختلفي الجنسية أو ما يسمى بالزواج المختلط ، و مما يزيد الأمر تعقيدا حالة عدم وجود إتفاقيات كافية بين الدول و هو ما يضر بمصلحة المحضون ، بالإضافة إلى الإلتزام برقابة الصغير و تحمل المسؤولية حالة الإضرار بالغير ، إذ يجب مراعاة وزيادة الإهتمام بالمحضون سواء من خلال توفير آليات جديدة أو تعديل بعض النصوص القانونية أو إبرام إتفافيات تحمي حقوق الصغير من الضياع و هذا لضمان حياة تسودها الرعاية والعناية حتى ينشأ تنشئة سوية ومتوازنة.

الخـاتمة

خاتمة :

بعد استعراضنا لموضوع الحضانة وفروعه، ومقارنة ذلك بالقانون الجزائري، تبن أن الشريعة الإسلامية قد حرصت كل الحرص من أجل الحفاظ على مصلحة المحضون وحياطته وصونه بالرعاية التامة ، وعملت على توفير أصلح الحاضنين له، وعلى أن يكون في حرز و مأمن لا يناله أذى أو شر، وبينت الحل عند التنازع بين أصحاب الحق في الحضانة ،لمن تكون ومن يقوم و من يؤخر من أصحابها، ومن تلزمه نفقة المحضون وما لازم منها .

_ و الملاحظ أن القانون الجزائري قد أخذ في أغلب نصوصه بأرجح من أقوال المذاهب الفقهية من الشريعة الإسلامية .

أولا : نتائج البحث

1- أن الحضانة من المواضيع الحساسة والدقيقة والمعقدة أيضا، ذلك أنها قائمة على معيار أساسي و جوهري وهو مصلحة المحضون.

2_ أن الحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء و رجال القانون إلا أنها واجب أكثر منها حقا.

3- الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وتتعين على الحاضن إذا لم يوجد غيره أو إذا لم يقبل الصغير غيره .

4- الأصل للحضانة أنها للنساء، فقد فطرن على نوع من الحنان والشفقة لا نجدها في الرجال وهنّ أرقي و أصبر على القيام بما يعود بالمصلحة على المحضون وعليه كانت الحضانة للأم ما لم تتزوج لقوله صلى الله عليه و آله وسلم " المرأة التي طابت بحضانة ولدها " أنت أحق بهم ما لم تنكحي ".

5- إن الأصل في أحكام الحضانة رعاية الأصلح للمحضون، وعلية كل أمر يعود بالضرر على المحضون في دينه وعرضه و بدنه و نفسه وغير ذلك ، ينبغي أن يدفع و يدرأ لأنه مخالف لمقاصد الشريعة وأحكام الحضانة.

6- إن الحضانة تسقط بوجود مانع من موانعها وتعود بزوال ذلك المانع .

7- يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون في تمديد الحضانة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، فقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ: 19995/10/24 الذي ينص "على أن قضاة الموضوع لم يخالفوا المادة 65 من قانون الأسرة لأن لهم الحق في تمديد الحاضنة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما ورد في الملف 123889 "

ثانيا : الإقترحات .

على الرغم من المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري للإلمام بكل الجوانب المتعلقة بها الموضوع الحساس إلا أنه تبين وجود بعض الثغرات :

1_ المشرع الجزائي لم يضبط تعريفا محددا للحضانة واكتفي بذكر أهدافها من خلال المادة 62 من قانون الأسرة و يكون بذلك قد حدد نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية ، ومنه يتعين على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريف الحضانة وهي: رعاية الولد، تعليمه، القيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته صحة وخلقا.

2- يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم ينص على خصائص الحضانة و لا على الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه حضانة الأولاد مكتفيا بالنص في المادة 62 الفقرة 02 من قانون الأسرة " ... و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك "، ومنه كان الأحوط أن يخصص مادة لضبط هذه الشروط، وذلك ما من شأنه أن يكون خطو أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون .

3- لقد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه و قد ساوى الفقه والقضاء بين المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة، لكن السؤال الذي يطرح كيف يتمكن الأب من مراقبة الطفل على دينه لمّا تمنح الحضانة لأم غير مسلمة ؟.

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

4- قيد المشرع الجزائري تطبيق تقريبا كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل ولكنه لم يعط مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع وهذا ما قد يؤدي إلى وجود عدة تأويلات فكل قاضٍ له تأويله الخاص، فكان الأولى ضبط مفهوم لهذا المبدأ وذلك لتفادي التطبيق الخطأ له والناجم عن التفسير الشخصي.

5- كما تجدر الإشارة إلى أن سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر والمحدد بعشرة سنوات غير كافٍ حتى و إن منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة ما إن كان الحاضن أُمًا للمحضون و لم تتزوج ثانية فالسن غير كافٍ وأضيف قيد هذا الحق بأم المحضون فقط فما هو الحال إذا أسندت الحضانة إلى عير أم المحضون ؟.

ومنه على المشرع الرفع من سن الانقضاء أو لا يقيد حق التمديد بأم المحضون فقط، وذلك لتفادي الإضرار بالطفل الذي يكون قد تعوَّد على العيش مع الحاضن.

وما يلاحظ كذلك بالنسبة إلى هذه المسألة هو أن المشرع لم ينظم الحالة التي تنقضي في حضانة الذكر، فما مصير هذا الطفل بعد بلوغه سن 10 سنوات أو 16 سنة إذا كانت هي الحاضنة وطلب الأب مثلا أخذ الطفل للعيش معه، فما هي الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة ؟ وهل يبقى الطفل مع الحاضن أو ينتقل للعيش مع أبيه أو أمه في حالة ما إذا كانت الحضانة مسندة لغير الأم ؟.

فمن الواجب على المشرع تدارك هذا الفراغ إما بضبط قواعد لهذه المسألة أو تمديد سنّ الحضانة للذكر إلى حين بلوغه سن 19 سنة أي سن الرشد المدني وذلك هو الأنسب في اعتقادنا.

6- بخصوص المادة 64 التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مقتضبا و مختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى خاصة عندما نصت على الأقربون درجة فالمشرع لم يحددهم و ترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة ولم يبن ما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة ...

كما أن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يحدد معناها والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضى فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن .

وكذا لم يبين المشرع سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم دون غيرها .

وعليه يمكن القول أنه من الضروري أن يتدخل المشرع الجزائري لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة وأكثر تفصيل، وتدارك النقائص الموجودة ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل.

وهي تعديلات مهمة من شأنها وعلى قلتها أن تساهم في حماية مصلحة المحضون والرقي به إلى أعلى مستويات العيش الكريم بشكل يتماشى مع الشرع والقانون .

وبحمد الله ومنّه وكرمه وفضله، نضع لمساتنا الأخيرة في رحاب هذا الموضوع الشيّق بعد رحلة بين تفكر وتعقل في أحكام الحضانة على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري،وقد كانت رحلة جاهدة للارتقاء بدرجات العقل ومعراج الأفكار مابين النص الشرعي والعقل ونقصد بذلك الرأي .

وفي الختام ما هذا إلا جهد مقل بذلنا فيه الوسع وإستفرغنا الجهد لعلنا نساهم و بالقليل في بيان بعض أحكام الحضانة شرعا و قانونا فإن أصبنا فمن الله إنّه نعم المولى ونعم النّصير وما كان من تقصير ونقصٍ فذاك ميزة الضعف البشري وما الكمال إلا لله تعالى الله عمّا يصفون.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله الطاهرين الطيّبين و صحبه الكرام المنتجبين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1- القرآن الكريم

2- السنة النبوية الشريفة :

المصادر :

1- أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الآثار، الجزء الأول، الطبعة الثانية، عالم الكتب، لبنان، 1362هـ.

2- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفري البخاري الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيّامه تحقيق محمد زهير بن ناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة ، لبنان ، 1422هـ.

3- جمال الدين بن يوسف الزيلعي، نصب الرّاية في تخرج أحاديث الهداية، الجزء الثالث.

4- محمد بن علي الشوكاني، نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار،دار الجيل، لبنان،1973.

5- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب المجلد الثالث، الطبعة الرّابعة دار مصادر، لبنان،2005.

3- المراجع المتعلّقة بالفقه:

- الفقه الحنفي:

60- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ-1997م.

7- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابد بن الدمشقي الحنفي، المتوفى 1225هـ رد المختار على الدّر المختار، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية 1412هـ/1992م ج3.

8- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى 883هـ، المبسوط دار المعرفة، بيروت،1444هـ/1993م ج6.

الفقه المالكي:

9- القاسمي محمد بن أحمد، الإتفاق والحكام ،شرح تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

10- الدردير سيد أحمد، الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية ج2-1992م.

الفقه الشافعي :

11- أبو زكريا محي الدين يحي بن شريف النّووي، المتوفى 676هـ روضة الطالبين وعمدة المفتن، تحقيق زهير الشاوش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة 1412هـ-ط3-1991م ج7/ج8.

12- علي بن قاسم الغزي، للشيخ إبراهيم الباجوري، مطبعة دار إحياء الكتب العربية،لعيسى الباي الحلبي وشركاه.

الفقه الحنبلي :

13- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي الدمشقي الحنبلي المتوفي 62هـ، المغني، مكتبة القاهرة 1388هـ/1968م ج7،ج8.

شمس الدين أبي عبد الله محمد بن القيم الجوزية، المتوفى 751هـ، مطبعة الباي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1369هـ/1950م.

15- منصور بن يونس صلاح الدين ابن حسن إدريس، البهوتي الحنبلي،كشف القناع عن متن الإقتناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1402هـ/1982م.

4- النصوص القانونية :

1- قانون رقم11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 يونيو يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادرة بجريدة رسمية عدد 15، بتاريخ 2005/02/27.

2- قانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ:25 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، صادر بجريدة رسمية، عدد21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

3- أمر رقم66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 20 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

4- أمر رقم75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

5- الكتب:

1- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والجزء الرابع الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009 م.

2- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004م.

3- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4 كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010 م.

4- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012 م.

5- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2006 م.

6- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق لآخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 م.

7- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 م.

8- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقانون، الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر،2018 م.

9- الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م.

10- بدران أبو عنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السّنية، المذاهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، لبنان 1967 م

11- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر 2007 م.

12- عبد الرحمن الصابون، شرح قانون الأحوال الشخصية السورية، الجزء الثاني، الطلاق وآثاره،1979/1978 م.

13- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة للجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م.

14- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،دار الثقافة للنشر والتوزيع 1429هـ/2008م.

15- ممدود عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، الطبعة 1397هـ/1977م.

6- المقالات :

1- بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن(دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق جامعة الجزائر، العدد الأول،1994م.

2- عيس حداد، الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 15، 2005م.

3- إشراف عماد،تنازع القوانين في الحضانة(دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني جامعة محمد شريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، عدد خاص، 2015م.

7- رسائل ومذكرات جامعية :

1- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستر، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2015/2014.

2- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستر، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2015/2014.

3- عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي رسائل لنيل شهادة ماجستر، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون جامعة الجزائر،2001م.

4- طويل فاطمة، أحكام الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستر جامعة عبد الحميد ابن باديس- كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم القانون الخاص 2016/2015.

5-شنتوف نجاة، الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر كلية الحقوق جامعة مستغانم،2018/2017.

8- الإجتهادات القضائية.

1- م ع،غ أش، قرار بتاريخ 1984/01/09 ملف رقم31997،م.ق1989 عدد الأول.

2- م غ،أش، قرار بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم3391، م.ق1989 عدد الخاص.

3- م ع،غ أش، قرار بتاريخ 1989/03/13 ملف رقم52221، م.ق 2001 عدد خاص.

4- م ع،غ أش، قرار بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم189234، م.ق 2001 عدد خاص.

5- م ع،غ أش، قرار بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 237148، م.ق 2001 عدد خاص.

الفهرس

إهداء

الشكر

مقدمة.....01

الفصل الأول: ماهية الحضانة.....06

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.....07

المطلب الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها.....07

الفرع الأول: تعريف الحضانة.....07

الفرع الثاني: أدلَّة مشروعيتها.....11

المطلب الثاني: مدة الحضانة وشروط إستحقاقها.....13

الفرع الأول: مدة الحضانة.....13

الفرع الثاني: شروط استحقاقها.....18

المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين وقاعة مصلحة المحضون.....24

المطلب الأول: ترتيب الحاضنين.....24

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة قبل التعديل(11/84).....25

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة بعد التعديل(02/05).....27

المطلب الثاني: قاعدة مصلحة المحضون.....29

الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون لغة واصطلاحا.....29

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون.....36

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن الحضانة.....45

المبحث الأول: إلتزمات المحضون له.....46

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة.....46

الفرع الأول: النفقة على المحضون.....46

الفرع الثاني: أجرة الحضانة.....55

المطلب الثاني: سكن الحضانة.....57
الفرع الأول: وجوب توفير سكن الحضانة.....58
الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون.....63
المبحث الثاني: سقوط الحضانة ومصير المحضون بعد انتهاء مدتها.....66
المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة.....66
الفرع الأول: أسباب سقوطها طبقا لأحكام المادة 66 ق.أ.ج.....66
الفرع الثاني: أسباب السقوط الواردة في المادتين 62 و68 ق.أ.ج.....69
المطلب الثاني: مدّة الحضانة ومايلحق بالمحضون بعد إنتهائها.....72
الفرع الأول: المدّة المحدّدة لممارسة الحضانة.....72
الفرع الثاني: مصير المحضون بعد إنتهاء مدّة الحضانة.....75
الخاتمة.....81
قائمة المراجع.....88

ملخص الدراسة:

يعد موضوع حضانة الطفل بعد فك الرابطة الزوجية من المواضيع الهامة التي يجب دراستها في الوقت الراهن نظرا للمشاكل والنزاعات الحاصلة فيها والآثار الناجمة عنها ، لذلك فقد تناولنا في الفصل الأول من هذا البحث التعريف بالحضانة وترتيب الحاضنين و تقرير مصلحة المحضون من ناحية الشريعة الإسلامية وكذلك التشريع الجزائري، لنخلص في الأخير بان المشرع الجزائري لم يخرج في ذلك عن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام سواء من ناحية التعريف أو ترتيب الحاضنين وغيرها من أحكام.

اما بخصوص الفصل الثاني والذي تناولنا فيه الأثار الناجمة عن الحضانة وتابعاتها مثل النفقة وسكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة .

Abstract :

The issue of child custody following the dissolution of marriage is one of the important topics that should be studied at the present time due to the problems and conflicts that it has. The first chapter deals with the definition of custody and the order of custodial parent in terms of Islamic law as well as Algerian legislation. In addition, the concept if child interests and the power of the judge over determining custody in the order of the custodial parents contained in the law.

The second chapter is devoted to study the effects of custody like alimony, housing, exercising custody and visitation were thoroughly studied.