جـامعة عبد الرّحمـان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السيـاسية
قسم القـانون الخـاص

دور الإجتهاد القضائي في حسم إشكالات الحضانة

مذكرة مقدمة لنيل شهـادة المـاستر في الحقوق

تخصص: قـانون خـاص

إعداد الطـالبتين
بن قـايد حنـان
بوشتوت نـادية

تحت إشراف الدكتور:
كركـادن فـريد

لجنة المنـاقشة

الأستاذ سرايش زكريا، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية ----------رئيسا

الأستاذ كركـادن فـريد ، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية---------- مشرفا

الأستاذ هلال العيد، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية---------- ممتحنا

تاريخ المنـاقشة 26 جوان 2025

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع، فالشكر أولا وأخيرا لصاحب الفضل الله عز وجل الذي منى علينا وأوصلنا إلى ما نحن فيه والذي منحنا الصبر والإرادة لإتمام هذه المذكرة.

ثم نتقدم بوافر الشكر إلى أستاذنا المشرف الدكتور" كركادن فريد" الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة

ونشكره على حسن المعاملة والتقدير و التفهم.

كما نتقدم بالشكر إلى أستاذتنا الفاضلة البروفيسورة " إقروقة زوبيدة" التي كانت عونا لنا في كل هذا المشوار.

ونتوجه بفائق الشكر والإمتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتنا، وعلى ما أمضوه من وقت وما بذلوه من جهد لقراءة هذه المذكرة.

ونشكر كل من ساهم في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد.

إهداء

أهدي هذا العمل البسيط إلى من أحمل اسمه بكل فخر

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى أبي الغالي.

إلى من كان دعاءها سر نجاحي، إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى سندي في هذه الحياة ومصدر الأمان إلى أمي الغالية.

إلى أهلي أخوتي

إلى صديقاتي ورفيقات دربي اللواتي كانوا دائما معي سندا وقوة في كل مسيرتي.

بن قايد حنان

إهداء

لا يطيب الكلام إلا بذكر الله ولا يصفوا المقام إلا بالصلاة والسلام على خير الأنام ولا تستساغ الدنيا إلا بالوالدين الكرام.

إلى من أهدتني حبها وحنانها وقدمت لي زهرة شبابها إلى التي كانت سند لي في أصعب الظروف، أمي الغالية حفظها الله.

إلى الذي علمني أن الحياة نضال وكفاح ورباني على حسن الخلق وعلى سيرة الإسلام إلى الذي شاب لأعيش الشباب.

إليك يا من غرس في نفسي حب الله ورسول صلى الله عليه وسلم، أبي الغالي حفظك الله

وإلى مصدر سعادتي وفرحي ومصدر قوتي، أخواتي الأعزاء وإلى كل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا.

بوشتوت نادية

قائمة المختصرات

ج ر ج ج.....الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائري.

ج.....الجزء.

د ب ن.....دون بلد النشر.

د د ن.....دون دار النشر.

د ط.....دون طبعة.

ص.....الصفحة.

ص ص.....من الصفحة إلى الصفحة.

ط.....الطبعة.

ع.....العدد.

ق أ ج.....قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج.....القانون المدني الجزائري.

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

م.....مجلد.

مقدمة

مقدمة

يعد الزواج من أسمى الروابط التي شرعها الإسلام وكرستها القوانين الوضعية، باعتباره الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، واللبنة الأولى في بناء المجتمع، لما يحققه من استقرار نفسي واجتماعي لكل من الزوجين، وما يوفره من بيئة سليمة لتنشئة الأبناء. وقد ذكر القرآن الكريم طبيعة هذه العلاقة السامية في قوله تعالى: "﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ[1]".

غير أن هذه العلاقة، بالرغم من مقصدها النبيل، إلا أنها قد تنتهي أحيانا بالانفصال، سواء بالطلاق أو بغيره من الأسباب، مما يحدث اضطرابا في البنية الأسرية، فتترتب عنه أثار قانونية واجتماعية متعددة، في مقدمتها مسألة الحضانة التي تعد من أكثر المواضيع الحساسة وتعقيدا في قضايا الأسرة، لما تنطوي عليه من أبعاد قانونية ونفسية واجتماعية، حيث تتعلق بمصير الأطفال الذين يكونون غالبا الضحية الأولى بعد انفصال الأبوين.

الأمر الذي دفع المشرع الجزائري إلى تنظيم الحضانة ضمن إطار قانون الأسرة، محددا شروطها، ومستحقيها، ومدتها، وأسباب سقوطها، مستندا في ذلك إلى قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئ المصلحة الفضلى.

غير أن التطبيق العملي لهذه الأحكام أفرزت العديد من الإشكالات، خاصة في ظل تعدد الحالات، وتنوع ظروفها، وعدم قدرة النصوص القانونية على الإحاطة بكل الجزئيات والتفاصيل المحتملة.

وهنا تبرز حاجة الاجتهاد القضائي باعتباره الوسيلة المرنة التي تسمح للقضاء بتجاوز الصياغات الجامدة للنصوص، واستنطاق روح العدالة فيها.

[1] سورة الروم، الآية 20، ص406.

أهمية الموضوع

- أن الموضوع محل الدراسة يمس جانبا حساسا من جوانب الحياة الأسرية إذ يتعلق بمصير الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية.
- أن الواقع يفرض إيجاد حلول عادلة ومتوازنة تراعي مصلحة المحضون.
- أن النصوص القانونية لا تسعف دائما في معالجة الإشكالات المتجددة والمعقدة التي تطرحها قضايا الحضانة.
- أن الاجتهاد القضائي يلعب دورا تأويليا وتكميليا في تفسير النصوص وسد الفراغات القانونية.
- أن الاجتهاد القضائي يساهم في تحقيق العدالة الواقعية والمرونة في التطبيق.
- أنه يتيح فهما أعمق لكيفية تعاطي القضاء مع الحالات العملية.
- أنه يسهم في توجيه المشرع نحو تطوير النصوص القانونية بما يتماشى مع متطلبات الواقع الأسري التغير.

أهداف الموضوع

- إعطاء نظرة حول دور الاجتهاد في حسم إشكالات الحضانة.

- إظهار الإشكالات العملية عند تطبيق النصوص القانونية.

- بيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري عند غموض النص القانوني أو سكوت المشرع عن تنظيم مسائل تتعلق بالطفل المحضون.

- إبراز الإشكالات العملية التي فرضها الواقع ولم تعالج في النصوص القانونية.

- بيان كيفية تصدي الاجتهاد القضائي لهذه الإشكالات وساهم في حماية حقوق الطفل المحضون.

أسباب اختيار الموضوع

- أهمية قضايا الحضانة وارتباطها المباشر بمصلحة الطفل بعد الانفصال.
- -تعدد الإشكالات القانونية والعملية التي تطرحها هذه القضايا أمام القضاء.
- دور الاجتهاد القضائي في معالجة الغموض وسد الفراغ التشريعي.
- ندرة الدراسات التي تناولت الموضوع من زاوية تحليل الاجتهاد القضائي.
- الاهتمام الشخصي بالقانون الأسرة ورغبة في الإلمام بجوانبه العملية.

منهج الدراسة

أثناء معالجتنا لهذا الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي، الذي يتناسب مع الدراسات القانونية، وذلك بوصف عناصر ومفاهيم الموضوع والإلمام بها، وكذلك المنهج التحليلي، الذي كان معتمد في تفسير المواد القانونية وتحليل الاجتهادات القضائية، كما اعتمادنا على المنهج المقارن عندما عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون 84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02.

إشكالية الموضوع

- ما هو دور الاجتهاد القضائي في حسم إشكالات الحضانة؟

تقسيم الموضوع

وبغرض الإجابة على التساؤلات المطروحة في الإشكالية، إرتئينا تقسيم البحث إلى فصلين، الفصل الأول تحت عنوان دور الاجتهاد القضائي في حسم الإشكالات المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون، والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول الإشكالات المتعلقة بإسناد وسقوط الحضانة، المبحث الثاني الإشكالات المتعلقة بحق زيارة المحضون وضوابطها.

أما الفصل الثاني فخصصناه لدور الاجتهاد القضائي في حسم الإشكالات المتعلقة بالحقوق المادية للمحضون، وذلك في مبحثين: المبحث الأول تناول الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون والمبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بمسكن ممارسة الحضانة.

اختتمنا نهاية الدراسة بمجموعة من النتائج التي تم التوصل إليها، مدعمة بجمل من التوصيات.

الفصل الأول
دور الاجتهاد القضائي في حسم الإشكالات المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون

إن من بين أهم المواضيع التي تثير إشكالات قانونية واجتماعية، موضوع الحضانة، نظرا لارتباطها الوثيق بحقوق المحضون، التي تحضى بأهمية بالغة لضمان نموه في بيئة سليمة تحفظ له كرامته واحترامه. فالمحضون ليس مجرد طرف في نزاع الحضانة بين الوالدين، بل هو كيان مستقل يتمتع بحقوق ذات طابع معنوي تتعلق بهويته، اسمه، سمعته، وحقه في العيش بعيدا عن أي شكل من أشكال الإساءة النفسية والتلاعب العاطفي.

غير أننا نجد أن هذه الحقوق المعنوية قد تتعرض للإهمال والانتقاص نتيجة النزاعات الأسرية والثغرات غير الموحدة للنصوص القانونية، مما يستدعي تدخل الاجتهاد القضائي، الذي يعد أحد أبرز الآليات القانونية التي تساهم في تحقيق العدالة واستقرار المعاملات، لاسيما في القضايا الأسرية التي تتطلب مرونة في التطبيق استجابة لتطورات المجتمعية.

وفي هذا السياق يضطلع بدوره المحوري في معالجة هذه الإشكالات المرتبطة بتلك الحقوق، والتي تشمل حقه في التربية السليمة، الاستقرار والتواصل مع والديه وغيرها من الحقوق التي تؤثر على نموه وتوازنه النفسي و الاجتماعي.

فبالرغم من أن التشريعات الوطنية غالبا ما تضع الأسس العامة لحماية حقوق المحضون، إلا أن التطبيق العملي يكشف عن عدة إشكالات تحتاج إلى تفسير وتكييف يتلاءم مع الواقع المتغير.

ومن هذا المنطلق نتساءل فيما تتمثل أبرز هذه الإشكالات، وهل وفقت المحكمة العليا في الفصل فيها.

ولمعالجة هذه الإشكالية، قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتطرق في (المبحث الأول) إلى الإشكالات المتعلقة بإسناد وسقوط الحضانة، بينما في (المبحث الثاني) إلى الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة.

المبحث الأول
الإشكالات المتعلقة بإسناد وسقوط الحضانة

نظم المشرع الجزائري موضوع الحضانة من حيث شروطها، مستحقيها ومدتها كما وضع الضوابط التي تحكم انتقالها وسقوطها في حالات معينة.

غير أن التطبيق العملي لهذه القواعد أثار العديد من الإشكالات من بينها ما يتعلق بإسناد الحضانة (المطلب الأول) عند تنازع الأطراف حول أحقيتها، لاسيما في ظل تغيير الظروف الاجتماعية، إضافة إلى الإشكالات المتعلقة بسقوط الحضانة (المطلب الثاني) نتيجة الإخلال بإحدى شروطها أو تغيير في مصلحة المحضون.

المطلب الأول
الإشكالات المتعلقة بإسناد الحضانة

تطرح مسألة إسناد الحضانة عدة إشكالات قانونية منها، ما يتعلق بشروط إسناد الحضانة (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بأصحاب الحق في الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
شروط إسناد الحضانة

تنص الفقرة 2 من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك،**"[1] بمجرد استقرائنا لهذه الفقرة نجد بأن المشرع عند صياغته لها لم يحدد لنا بشكل صريح الشروط الواجب توفرها في الحاضن،[2] بل اكتفى بعنصر واحد وهو الأهلية، مما

[1] قانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، ع 24، صادر بتاريخ 9 جوان 1984، معدل ومتمم.

[2] صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص 22.

أضفى عليها نوع من العمومية والإبهام،[1] وجعلها تثير عدة تساؤلات حول الأهلية التي يقصدها، هل تلك المنصوص عليها في التشريعات المدنية أم مفهوما أخر.[2]

وبمراجعة مضمون هذه المادة يبدو أن المشرع يشير إلى الأهلية من زاوية القدرة والاستطاعة للاضطلاع بمهمة شاقة تتمثل في تربية المحضون تربية سليمة، تمكنه من الاعتماد على نفسه مستقبلا، وإعداده إعدادا متوازنا من الناحيتين الجسدية والنفسية.[3]

إلا أن هذه الشروط لوحدها لا تكفي، إذا لا يمكن للحاضن أداء مهامه، إلا إذا اجتمعت فيه مجموعة من الشروط التي تجعل إتمام الحضانة على أكمل وجه، ولهذا وبناء على ما نصت عليه المادة 222 من ق.أ.ج أنه " **كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، نجد أراء الفقهاء الذين ذهبوا إلى أنه هناك شروط عامة تشمل الرجال والنساء على سواء(أولا)، وشرط خاصة بكل منهما (ثانيا)، حيث توجد شروط معينة تخص النساء وأخرى تخص الرجال[4]، وهذا ما سنحاول التفصيل فيه أدناه.

[1] عزايز حوية، باهي فاطمة، إشكالات إسناد الحضانة وممارستها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص 15.

[2] تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019، ص 16.

[3] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 18.

[4] بروان فاطمة الزهراء، أحكام الحضانة وإشكالاتها في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2024، ص21.

أولا: الشروط العامة لإسناد الحضانة

يشترط في القائم بالحضانة أن تتوفر فيه شروط عامة حتى يتسنى إسناد الحضانة إليه بغض النظر عن كونه رجلا أم امرأة، حيث لم يفرق المشرع بينهما، ويمكن تلخيص هذه الشروط العامة في:

أ- العقل والبلوغ

يمثل كل من العقل والبلوغ الركيزتين الأساسيتين لاكتمال الأهلية

1 - **العقل:** يعد العقل من بين أعظم النعم التي وهبها الله على بني أدم، بحيث يسمو به عن سائر المخلوقات ويفهم سر وجوده،[1]وهو الأساس الذي يبنى عليه التكليف والأداة التي تمكنه من الإدراك والتمييز.

وبمقابل ذلك يجعل من فقدانه موجبا لرفع المسؤولية عنه، نظرا لعدم قدرته على استوعاب ما يدور حوله واتخاذ قرارات سليمة في مصلحة الغير. كالمجنون مثلا ليس بإمكانه إدارة شؤونه الخاصة، فمن البديهي أنه لا يمكنه أن يكلف برعاية شؤون غيره.[2]

وهو ما اتفاق عليه الفقهاء على اعتبار كل من المجنون والمعتوه ممنوعان من الحضانة، فهم بذلك لم يفرقوا بين الجنون الدائم والجنون المتقطع، وهذا ضمانا لعدم إلحاق الضرر بالمحضون، لأن الحضانة تهدف إلى تحقيق الحماية والرعاية السليمة للطفل، وهو ما لا يمكن تحقيقه في ظل عدم استقرار الحالة العقلية للحاضن.[3]

---

[1]بليل هدى، أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، معهد الحقوق، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2023، ص69.

[2]عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 359.

[3]عبد الكريم نذير، "الحضانة في التشريع الجزائري"، **مجلة العلوم القانونية**، الجلفة، م6، ع4، ديسمبر 2021، ص385.

وقد ساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه، لما اعتبر أن الحضانة ولاية على النفس، وهذا من خلال الفقرة **3** من نص المادة **87** ق.أ.ج التي تنص على أنه: ״**وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد**״[1]وبذلك فلا تمنح لمن هو فاقد أو ناقص الأهلية، وهذا ما جاءت به المادة **81** ق.أ.ج[2]، و أكدته نص المادة **85** من القانون نفسه،[3] أين أقرت على أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة فقدان الإدراك مما يستفاد منه أن العقل شرط ضمني في أهلية الحاضن.

بعد ذكرنا لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط وذلك من خلال مجمل النصوص السابقة الذكر، نجد أن المحكمة العليا قضت في قرارها الصادر بتاريخ 13 /02 /2002، بمبدأ مفاده أن: ״**إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة**״[4]

ويعود موضوع القضية إلى نزاع حول الحضانة، حيث قرر مجلس قضاء سطيف، بموجب القرار المؤرخ في 08 /09 /1998، إسقاط حق الأم في حضانة أولادها وإسنادها إلى الأب، مستندا في ذلك إلى تقرير طبي صادر عن طبيب مختص في أمراض الأعصاب، اعتبر فيه أن الأم تعاني من اضطراب عقلي.

وقد طعنت الأم في القرار أمام المحكمة العليا، على أساس أن التقرير لا يثبت بشكل قانوني المرض العقلي المانع من الحضانة، لاسيما وأن التشخيص لم يتم من قبل طبيب مختص في الأمراض

---

[1] بروان فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 22.

تنص المادة 81 من ق. أ. ج على أنه: ״**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**״.

[2] تنص المادة 85 من ق.أ.ج على أنه: ״**تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه**״.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 265727، مؤرخ في 13 – 02 – 2002، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2002، ص ص435،432.

العقلية والنفسية، كما لم تودع الطاعنة بالمستشفى، بل كانت محل معاينة قصيرة فقط، لم تفض إلى أي إثبات قاطع لفقدانها الأهلية العقلية.

وقد استجابت المحكمة العليا للطعن، معتبرة أن اعتماد قضاة الموضوع على تقرير طبي صادر عن غير ذي اختصاص، دون توفر أدلة قاطعة تفيد إصابة الطاعنة بمرض عقلي مانع من ممارسة الحضانة، يشكل مخالفة صريحة لقواعد الإثبات، ويفضي إلى انعدام الأساس القانوني للقرار المطعون فيه، مما يستوجب نقضه دون إحالة.

ويكتسي هذا القرار أهمية بالغة، إذ يكرس مبدأ احترام التخصص في الخبرة الطبية عند الفصل في المسائل المتعلقة بالأهلية العقلية، ويرسخ ضرورة قيام قضاة الموضوع بالتحقق من توافر الأدلة القانونية السليمة قبل إسقاط حق الحضانة، لاسيما إذا تعلق الأمر بادعاءات تمس الأهلية دون إثباتات موضوعية، مما يسهم في حماية الحاضن من تعسف الطرف الأخر وضمان استقرار المحضون.

2- البلوغ : فيعد العلامة الفارقة التي تنقل الإنسان من مرحلة الصغر إلى طور التكليف، حيث يصبح مكلفا بأداء واجباته والالتزام بحقوقه ويعتد بتصرفاته. وهو بذلك شرط من شروط استحقاق الحضانة.

حيث لا يمكن لصغير ولو كان مميزا أن يتحمل مسؤولية رعاية غيره، وهو في الأصل غير قادر على إدارة شؤونه. ولذلك يشترط على الحاضن أن يكون بالغا.[1]

ويقصد بالبلوغ في هذا السياق أهلية الأداء لا مجرد البلوغ الطبيعي،[2]بل الأهلية القانونية التي تخول الشخص تولي شؤونه وتحمل التبعات القانونية لذلك. وهذا ما اتفق عليه مجمل الفقهاء.

[1] محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 149.

[2] حداد عيسى، "الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي"، **مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية**، جامعة باجي مختار، عنابة، ع15، 2005، ص 185.

أما من الناحية التشريعية فنجد أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن الرشد القانوني لممارسة الحضانة في المادة 40 من القانون المدني[1]، حيث اشترط أن يبلغ الشخص 19 سنة ليعتبر كامل الأهلية، وبالموزات مع ذلك خصص ق.أ.ج تنظيما مستقلا لأهمية الزواج وذلك من خلال نص المادة 7 منه[2]، على أن الأهلية الكاملة للزواج بالنسبة للرجل والمرأة تتحقق ببلوغ 19 سنة.

غير أن هذه المادة أثارت إشكالا قانونيا، لا سيما في فقرتها الثانية التي خولت للقاضي إمكانية الترخيص بالزواج قبل هذا السن، إذا تبين وجود مصلحة أو ضرورة، و ثبتت قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج، وتكمن الإشكالية في الحالة التي يتم فيها الطلاق بين الزوجين أو تمنح الأم حق حضانة أولادها رغم أنها لم تبلغ بعد سن الرشد هذا الوضع يزداد تعقيدا عندما تكون هذه الأم قد استفادت من الترتيب القضائي للزواج قبل سن 19، إذ تمنح في هذه الحالة حق الحضانة وفقا لما تنص عليه المادة 64 من ق.أ.ج[3]، رغم أنها لا تزال قاصرة من حيث الأهلية.

مما يدفعنا للتساؤل هل يحق للحاضنة، وهي قاصر لم تبلغ سن الرشد، أن تمنح حضانة طفل قاصر مثلها؟ وكيف يمكن أنا توكل إليها المهمة له وهي نفسها غير مكتملة الأهلية قانونا.[4]ومن خلال تأملنا لنص المادة 7 من ق.أ.ج، يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد على معيار البلوغ

---

[1] الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج ع 44 ، معدل ومتمم.

[2] تنص المادة 7 من ق. أ. ج على أنه: "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات**".

[3] تنص المادة 64 من ق. أ.ج على أنه: "**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**".

[4] بعاكية كمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، **مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية**، م7، ع6، 2018، ص 420.

الحكمي، أي بلوغه علامات النضج والقدرة الفعلية يكفيان لتقدير أهلية الحاضن، حتى وإن لم يبلغ السن القانوني، وذلك في حالات الضرورة أو المصلحة.[1]

كما أن المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، منحت لقاضي شؤون الأسرة صلاحية ترشيد القاصر بموجب أمر ولائي، في حالات توافرت الشروط القانونية لذلك، وهو ما يعد إجراء وقائيا يهدف إلى التأكد من أهلية الطرف القاصر لتحمل التبعات القانونية والاجتماعية للزواج.[3]

وعليه، فإن الأم التي حصلت على إذن قضائي بالزواج قبل السن القانوني ثم وقع الطلاق، يمكن أن تمنح الحضانة بقرار من القاضي مادامت مؤهلة لتحمل المسؤولية الناجمة عن الزواج، إذ إن قدرتها على تربية الطفل في ظل الزواج تعد دليلا على قدرتها على احتضانه بعد الطلاق، مالم يثبت عكس ذلك.[4]

ب- القدرة والأمانة

تعتبر القدرة والأمانة من الشروط الأساسية التي يجب توفرها في الحاضن وذلك ضمانا لحسن رعاية المحضون.

1-القدرة : هي امتلاك الحاضن للمقومات الجسدية والعقلية التي تمكنه من القيام بواجبات الحضانة على الوجه المطلوب، كالرعاية الصحية والتربوية والاجتماعية، دون أن يعاني من مرض أو عجز

[1] فاطمة حداد، "حق الطفل في الحضانة والكفالة"، معهد العلوم الإسلامية، ع3، جوان 2016، ص ص 163،164.

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25-02-2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ع 21، صادر بتاريخ 23-04-2008، معدل ومتمم.

[3] عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص23.

[4] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص68.

يعيقه عن أداء هذه المهام، كالمرأة التي بلغت سن الشيخوخة أو الرجل الهرم، فهم ليسوا قادرين في هذه الحالة على توفير الرعاية اللازمة، فتعتبر حضانتهم هنا غير صحيحة إلا إذا ثبت عكس ذلك.[1]

أما برجوعنا إلى موقف المشرع الجزائري فنجد أنه لم يورد هذا الشرط صراحة، إلا أن الفقه استقر على اعتباره شرطا جوهريا، وذلك بجعل لا حضانة لكفيل أو ضعيف البصر، أو مريض مرضا جسديا أو نفسيا يحول دون قدرته على رعاية المحضون أو كان عاجزا لكبر سنه أو لعاهة وهذا لتحقيق مصلحته.[2]

كما نجد أن المحكمة العليا سارت على نفس النهج، حيث جاء في قرارها الصادرة بتاريخ 1984/07/09 ما يلي: ״**من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي. ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادو عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.**[3]

فقد جاء هذا القرار ليفصل في نزاع الواقع بين زوجين بعد الطلاق حول أبنائهما الأربعة، حيث أسند مجلس قضاء بشار الحضانة للأم رغم كونها فاقد للبصر. وقد طعن الأب في هذا القرار أمام المجلس الأعلى، معتمدا على أن فاقدة البصر عاجزة عن القيام بشؤون المحضونين،

---

[1] زكري فوزية، عميور مريم، دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2019، ص 20.

[2] بومالة نظيرة، ״أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها، **مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية**، 2023، ص7.

[3] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33921، مؤرخ في 09- 07-1984، مجلة المحكمة العليا، ع 4، 1989، ص ص 76،78.

خصوصا وأن من بينهم بنتين، مما يعرض مصلحتهما للخطر، مستشهدا كذلك بسوابق في نفس الأسرة تشير إلى احتمال المساس بأمن الطفلين.

واعتبر المجلس الأعلى أن شرط القدرة على الحضانة هو من الشروط الجوهرية المستمدة من الفقه الإسلامي، والذي يشترط في الحاضن أن يكون قادرا بدنيا على رعاية المحضون، وألا يكون بدوره عاجزا أو محتاجا بدوره للرعاية. وبما أن الحاضنة في هذه القضية كانت فاقدة للبصر، فهي تعد غير قادرة على حفظ ومراقبة أبنائها والسهر على شؤونهم، وبالتالي فإن قرار المستأنف بإسناد الحضانة إليها يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويفتقر إلى أساس قانوني سليم.

ويرسخ هذا القرار مبدأ أن مصلحة المحضون تقدم على حق الحاضن، وأن القدرة البدنية شرط لاغنى عنه في ممارسة الحضانة. كما يؤكد أهمية التمييز بين الأهلية القانونية للحضانة والواقع العملي لقدرة الحاضن على أداء واجباته، وخاصة في الحالات التي يمكن أن يعرض فيها المحضون للخطر، سواء المادي أو المعنوي. كما يعكس هذا القرار توجه القضاء نحو التفسير الفقهي للشروط القانونية في الحضانة، واستعماله كمرجع لحماية مصلحة الطفل، حتى وإن لم ينص عليه صراحة في قانون الأسرة.

2- الأمانة : هي اتصاف الحاضن بالاستقامة وحسن السيرة، بما يبعث على الثقة في حفظه للمحضون وصيانته، وعدم تعريضه للأذى أو الانحراف في دينه أو سلوكه، وهو ما يضمن تنشئة الطفل في بيئة أمنة ومستقرة بعيدا عن الانحرافات السلوكية التي من شأنها أن تعرض مصلحة المحضون للخطر والضياع، إذ لا يتصور أن تسند رعاية المحضون إلى من هو متصف بضعف الوازع الأخلاقي أو انعدام الضمير التربوي.[1]

[1] صايلية غنية، اجتهاد المحكمة العليا في قضايا الحضانة، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2023، ص ص 15،16.

وقد أكدت المصادر الفقهية على أن الفسق يتنافى مع شرط الأمان وسبب في سقوط الحضانة عنه، لما في ذلك من مخالفة للشرع وإضرار بمصلحة الطفل المحضون، ويشمل الفسق كل ما يخرج الحاضن من العدل كالتعامل في المخدرات، السرقة، الزنا، أو شهادة الزور، فيروه مانع من موانع الحضانة.[1]

لأن هذا يتناقض مع مضمون نص المادة **62** من ق.أ.ج،[2]فلذلك يجب مراعاة هذا الشرط لأن خلافه يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها، أين اعتبرت أن جريمة الزنا تعد من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا، حيث صدر عن غرفة الأحوال الشخصية ما يلي: ״**من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى- تبين في قضية الحال -أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا فإنهم خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق أ ج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاث.**״[3]

يفهم من هذا الأخير أن الطاعن قام بطعن بالنقض ضد قرار صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 27 /05 /1996، والذي قضى بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة إلى الأم (المطعون ضدها)، رغم صدور حكم جزائي سابق ضدها يقضي بإدانتها بجريمة الزنا.

وقد اعتمدت المحكمة في قرارها على أن هذه الجريمة لا تمنع الأم من تربية الأبناء، معتبرة أن الحضانة تتعلق بالرعاية والتعليم والحفظ، دون النظر في الأثر الأخلاقي للحكم الجزائي.

---

[1]عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 25.

[2]تنص المادة 62 من ق.أ.ج على أنه: ״**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.**״

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 171684، مؤرخ في 30 – 09 – 1997، مجلة المحكمة العليا، ع خ،2001، ص ص 171،169.

أوضحت المحكمة العليا أن جريمة الزنا، وبحسب ما استقر عليه الفقه الإسلامي و القانون الجزائري وخاصة المادة 62 من ق.أ.ج[1]، تعد من أهم مسقطات الحضانة، باعتبارها تمس أهلية الحاضن الأخلاقية و تضر بمصلحة المحضون، ما لم يكن الطفل في حاجة ماسة لأمه بسبب صغر سنه. وبما أن الأبناء الثلاثة موضوع الحضانة لا ينطبق عليهم هذا الاستثناء، فقد اعتبرت المحكمة أن إسناد الحضانة للأم رغم إدانتها بجريمة الزنا يعد مخالفة صريحة للقانون ويوجب نقض القرار جزئيا وإعادة الملف إلى المجلس نفسه مشكلا من هيئة أخرى.

يتضح من هذا القرار أن سلوك الحاضن الأخلاقي عنصر أساسي في تقدير مدى أهليته للحضانة، خاصة إذا ثبت صدور حكم جزائي يمس الشرف والأخلاق العامة، كجريمة الزنا. ولا يمكن للقاضي مخالفة ذلك إلا في حالات الضرورة المتعلقة بالمحضون، كصغر السن المطلق، على أن يكون ذلك معللا بشكل دقيق.

ج - الإسلام

تمثل ديانة الحاضن أحد الشروط التي تراعى في الحضانة، ويأتي شرط الإسلام في مقدمتها، والذي يعرف بأنه الامتثال والخضوع التام لما جاء به الدين الإسلامي من تعاليم وتشريعات، وهو نقيض الكفر الذي يعني الإنكار والجحود لتلك التعاليم[2] لقوله تعالى: ﴿**وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ**[3]﴾، ولذا يعد الدين الإسلامي عاملا أساسيا في منح حق الحضانة.

إلا أننا نجد اختلاف الفقهاء حول هذا الشرط، حيث ذهب البعض منهم إلى اعتبار أن الإسلام شرط لصحة الحضانة، فلا حضانة لكافر على مسلم، لما في ذلك من خطر على دين المحضون و إفساد عقيدته، وذلك استنادا إلى قول النبي صلى الله عليه و سلم: ״**كل مولود يولد على الفطرة،**

[1] تنص المادة 62 من ق.أ.ج على أنه: ״**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربية على دين لأبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.**

[2] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص 23.

[3] سورة أل عمران، الآية 84، ص 62.

فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، و هو ما يدل على أن الحاضن يؤثر في عقيدة الطفل، كما تم تعليمهم بأن بإمكان الحاضن الكافر سقي الطفل الخمر و طعمه لحم الخنزير أو تربيته على غير دين الإسلام.

كما يرى البعض منهم، وعلى رأسهم الحنفية، إلى اعتبار شرط الإسلام ليس مطلقا، بل يرى فيه مصلحة المحضون، فإن كانت الحاضنة كتابية أي يهودية أو نصرانية والولد صغيرا غير مميز، فلا مانع من حضانتها له، لعدم تأثيره بدينها في هذه المرحلة العمرية.

ويرى ابن القيم الجوزية أن المصلحة هي المعيار، ويقدم جانب حماية المحضون حتى لو كانت الأم غير مسلمة، إذا لم يترتب على ذلك ضرر ديني.

أما الشافعية والحنابلة فاشترطوه، واعتبروا الحضانة من الولايات، والولاية لا تكون لكافر على مسلم، و قاسوا ذلك على النكاح و المال، مؤكدين على أن الكافر لا يؤمن على تربية الطفل المسلم، كما نقل ابن القيم و غيره أن من كانت زوجته كافرة و أرادت حضانة الطفل فالأولى أن يسلم الطفل لأهل الإسلام حماية لدينه.

أما بالنسبة للمالكية، فيروا أن الإسلام لا يشترط مطلقا، بل ينظر إلى مدى أمانة الحاضن وأثره على تربية الطفل، فإن ثبت أنه لا يفسد عقيدته، جاز إبقاء الحضانة بيده[1].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وجرى عليه العمل القضائي، إذ أن أساس الحضانة يقوم على الشفقة، وهي لا تتأثر باختلاف الدين، ولذلك فإن الأم غير المسلمة أولى بحضانة ولدها من غيرها، لم يخشى على دين الطفل منها. فإذا وجدت خشية على عقيدته، تسحب منها الحضانة،[2]

[1] صايلية غنية، المرجع السابق، ص ص 18،19.

[2] مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015، ص 330.

لأن الغاية من الحضانة كما نصت عليها المادة 62 من ق.أ.ج، هي رعاية الطفل وتربيته، بما يشمل تنشئته الدينية وفق ديانة والده.[1]

وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13 /03 /1989 حيث جاء فيه: "**من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية. ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهم أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة**".[2]

غير أن أهمية هذا القرار لا تقتصر على المبدأ فحسب، بل تتعداه إلى توضيح كيفية تطبيقه من خلال الوقائع، إذ تتلخص القضية في النزاع بين مطلقة وطليقها حول حضانة أبنائهما الثلاثة، وبعد أن أسندت المحكمة الابتدائية حضانتهم لأم، قام الأب باستئناف الحكم، ليصدر مجلس قضاء البويرة قرارا يقضي بإسناد حضانة الأولاد الثلاثة إلى الأب، مستندا فقط إلى مزاعم الطرفين دون تعليل كاف.

وبناء على الطعن بالنقض المرفوع من طرف الأم، رأت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع أصابوا فيما يخص الولدين باعتبارهما بلغا سن اليفاعة، إلا أنها اعتبرت أن قرارهم بإسناد حضانة

[1] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 330.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 52221، مؤرخ في 13- 03-1989، مجلة المحكمة العليا، ع01، 1993، ص 48،51.

البنت إلى الأب يشكل مخالفة صريحة لأحكام المادة 64 من ق.أ.ج[1]، التي تنص على أن الحضانة تسند أولا إلى الأم، ما لم يوجد مانع شرعي أو قانوني، كما يعد خرقا لما استقر عليه الفقه الإسلامي الذي يقضي بأن حضانة الأنثى تستمر إلى حين دخولها على زوجها.

ومن ثم قرر المجلس الأعلى نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة وأمر بإبقائها في حضانة والدتها، في حين أيد قرار إسناد الولدين إلى الأب، كما قضي بتقسيم المصاريف القضائية مناصفة بين الطرفين.

ثانيا: الشروط الخاصة لإسناد الحضانة

إلى جانب الشروط العامة، هناك شروط خاصة لإسناد الحضانة تراعى فيها اعتبارات مرتبطة بمصلحة المحضون، ويمكن تقسيمها إلى شروط خاصة بالنساء وشروط خاصة بالرجال.

أ- الشروط الخاصة بالنساء: تفرض على المرأة الحاضنة شروط خاصة تتمثل في:

ألا تتزوج من زوج غير قريب محرم للمحضون

أجمعت عدة دراسات على أن مسألة زواج الأم الحاضنة من قريب غير محرم للمحضون، تعد من أكثر المسائل إثارة للجدل بين الفقهاء، وذلك تبعا لاختلاف مذاهبهم وتفاوت فهمهم، بين مؤيد للفكرة أنه بمجرد زواجها ستسقط حضانتها وبين معارض لها.

الاتجاه الأول: أجمع كل من المالكية، الشافعية، الحنابلة والحنفية، على الأخذ بفكرة أنه بمجرد زواج الحاضنة ممن هو أجنبي عن المحضون، سيفقدها حقها في الحضانة و بصفة مطلقة، ولا يهم إن كانت حضانتها على ذكر أو أنثى، و ذلك استناد إلى الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر أن

[1] تنص المادة 64 من ق.أج على أنه: "**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**".

امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني له وعاء وحجري له حواء، و ثدي له شفاء و زعم أبوه أن ينزعه مني، فقال صلى الله عليه و سلم: "**أنت أحق ما لم تنكحي**".[1]

فنجد أن هذا الحديث صحيح أعطى الأم الحق في الحضانة حتى أن تتزوج فستسقط حضانتها، إلا أننا نجده أنه جاء بصفة عامة، حيث لم يبين لنا ما هو الزواج الذي يجعل من حق الحاضنة يسقط، أزواجها بالقرب غير محرم، أم يدخل في ذلك القريب المحرم، لأن قوله صلى الله عليه وسلم: "**...ما لم تنكحي**" يفهم بمدلولين.

إلا أننا سرعان ما نجد تفصيل الفقهاء في ذلك، ومن بينهم المالكية الذين فصلوا في مسألة الزواج من أجنبي عن المحضون والزواج من قريب محرم له، وجعلوا زواج الحاضنة من أجنبي هو من يسقط حقها في الحضانة، وذلك لعدم الائتمان عليه من قبله لإمكانه أن يتسبب له في الأذى عن طريق إبداء مشاعر الكراهية له، قد تؤثر على نفسيته حاليا وعدم توازنه مستقبلا،

كما أن العلاقة التي تنشأ بينهما تجعل من مسمى الحضانة يتنافى لأن مبنى العلاقات بين الزوجين تكون على أساس تبادل الحقوق والواجبات بينهم وبالتالي حقها بينها وبين محضونها سيزول وذلك لأن الحضانة هي رعاية الولد مما لا نجده في حال الزواج بالأجنبي.

على خلاف إن كان محرما من أقارب المحضون كإبن عمه مثلا فهو يجعل من حق الحاضنة قائما وذلك لاجتماع الرابطة الدموية بينه وبين المحضون.

الاتجاه الثاني: بينما تبنى كل من الحسن البصري و ابن حزم الظاهري رأيا مخالفا مفاده أن الحضانة لا تسقط إطلاقا عن الحاضنة بمجرد تحقق مقتضى الزواج من أجنبي متى ثبت أنهما يوفران

[1] عزايز حوية، باهي فاطمة، المرجع السابق، ص ص 19،20.

للمحضون بيئة أمنة ومستقرة، وكانت مستنداتهم عديدة في ذلك،[1] من بينهم قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[2].

حيث فسروا ذلك أن لفظ الربيبة لم يذكر عبثا في مستند آيته، وبالحديث الذي روي عن أنس بن مالك حيث قال: ﴿**قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول إن أنسا غلام كيس فليخدمك قال: فخدمته في السفر والحضر**﴾.

فهذا أنس في حضانة أمه، وزوجها وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فمستدلهم من هذا الحديث هو أنه لو كان حقا بإمكان الزواج إسقاط حق الأم بمجرد زواجها لقام بنفسه صلى الله عليه وسلم بإسقاطه عن أم أنس، بالإضافة إلى قصة أم سلمة رضي الله عنها، حيث تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم، ومع ذلك لم تسقط كفالتها لأبنائها.

بعد انتقاء الاستدلالات التي رجحوها بإمكاننا القول إن بناء أرائهم على مستند الآية لا صحة لها من الوجود، فصحيح أن كلمة ﴿ربائبكم﴾ الواردة في مستند الآية نعني بها بنات الأم، إلا أن الآية لديها مدلول لا علاقة لها بالسقوط وعدمه.[3]

أما بالنسبة لأخذ استدلالاتهم من الحديث الذي روي عن أنس بن مالك، فيمكننا القول بأن الحديث لا اعتراض عليه، ولكن ما يجب التنويه إليه أنه صحيح أن أم أنس قامت بالزواج من أبو طلحة رغما من ابنها، ولكن في مقابل هذا الفهم يقابلها مفهوم عدم منازعتها من طرف ممن له الحق في ذلك فكان من واجبها الحفاظ عليه من الضياع لولا ذلك فهي تعتبر ممن سقطت

[1] المرجع نفسه، ص20.

[2] سورة النساء، الآية 23، ص 81.

[3] بعاكية كمال، المرجع السابق، ص 424.

حضانتهم، وأخيرا قصة أم سلمة التي هي نفس حكم الحديث السالف الذكر إضافة إلى أنه أفضل خلق الله.[1]

نستخلص مما سبق أنه بالرغم من تضارب الآراء الفقهية، إلا أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة السقوط مما يجعلنا نفهم من ذلك بأنه ساير الفقه المالكي باعتباره المذهب السائد في الجزائر، وذلك من خلال المادة **66** من ق.أ.ج.[2]

وهذا ما نجد المحكمة العليا سارت عليه حيث للمحضون فإن حقها سيسقط، حيث جاء في إحدى قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية ما يلي: "**متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فأنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة. لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة**[3]".

دار النزاع حول حضانة بنت قضي بها سابقا للأم، ثم سحبت منها بسبب زواجها، وأسندت إلى الأب، ثم لاحقا تم إسناد الحضانة إلى الجدة لأم رغم أنها أيضا متزوجة من رجل أجنبي عن المحضونة. طعن الأب في هذا الإسناد مستندا إلى أن زواج الجدة يسقط عنها حق الحضانة تماما كما أسقط الحضانة عن الأم.

---

[1] خميس محمد رجب عامر،"حضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة"، **مجلة علمية محكمة نصف سنوية**، جامعة الأزهر، ع23، سنة 2022، ص421.

[2] تنص المادة 66 من ق.أ.ج على أنه: "**يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**".

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 40438، مؤرخ في 05- 05- 1986، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1989، ص 75، 77.

أشارت المحكمة إلى أن المرأة المتزوجة برجل أجنبي عن المحضون لا حضانة لها، حتى ولو كانت الجدة لأم. واستندت في ذلك إلى أقوال الفقهاء، خاصة ما ورد شرح خليل، الذي اشترط أن تكون الحاضنة خالية من الزوج الدخيل.

رأت المحكمة أن المجلس القضائي أخطأ حين اعتمد مبدأ الأولوية في الحضانة للجدة دون الالتفات إلى هذا الشرط الجوهري، كما اعتبرت أن عدم تسبيب القرار بالشكل الكافي وتجاهله نصا شرعيا واضحا يمثل قصورا في التعليل وانعداما للأساس القانوني. وبالتالي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء ورقلة دون إحالة، وإلزام المطعون ضدها بالمصاريف القضائية، وأمر بتبليغ القرار إلى الجهة القضائية التي أصدرته.

نجد أن هذا القرار مبدأ مهما في فقه الحضانة مفاده أن زواج الحاضنة من أجنبي عن المحضون يعد مانعا شرعيا يسقط عنها الحضانة، حتى لو كانت الجدة. وبالتالي فإن القضاء بإسناد الحضانة في هذه الحالة يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ويستوجب النقض.

أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون

من المقرر في الفقه، أن القرابة المحرمية بين الحاضنة والمحضون تعد من الاعتبارات الجوهرية التي ترعيها الشريعة، تحقيقا لمقاصد الحضانة في توفير الأمان النفسي للمحضون، ودرءا لما قد يفضي إلى الخلو والفتنة، وحفاظا عن العرض وصيانة النفس، لما قد يترتب من مفاسد محتملة.

وبناء على هذا، اعتبر كل من الحنفية والمالكية المحرمية شرطا معتبرا في الحضانة، ويعود ذلك إلى ما تقتضيه من اختلاط دائم ومباشر بين الحاضن والمحضون، وهو ما قد يفضي إلى الخلوة المحرمة أو إثارة غرائز، خصوصا إذا بلغ المحضون سن التمييز، فاشترطوا حينها أن تكون الحاضنة

ذات رحم محرم منه صونا له ولها مضان الفتنة،[1] كأن تكون الأم أو الأخت أو الجدة، على عكس أن تكون ابنة العم أو ابنة الخالة وذلك لعدم تحقق الأمان من الفتنة في مثل هذه القرابة.[2]

غير أن هذا الشرط، لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء، وذلك لعدم اشتراط كل من الشافعية والحنابلة المحرمية. [3]

فقد حصر الشافعية المسألة على بلوغ المحضون أو تمييزه من عدمه، وهو ما وصفوه بقولهم الذكر المشتهى،[4] وهو الأرجح على خلاف إذا بلغ ذلك السن، فيشترط حينها أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم له، ومن خلال هذا نكون قد وفقنا بين القولين وقول الشافعية، تحقيقا للمصلحة الراجحة للمحضون.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فإنه لم يفرد نصا خاصا يقر هذا الشرط، بل اقتصر على التأكيد على مصلحة المحضون، باعتبارها المعيار الأساسي في مسائل الحضانة، وهذا ما يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى توفر هذه المصلحة في كل حالة على حدة، إلا أن ما يعاب على هذا التوجه هو أن السلطة قد تؤدي إلى تفاوت الأحكام القضائية، نضرا لاختلاف القضاة في تصورهم لما يشكل مصلحة المحضون في كل حالة.

[1] السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر،الأردن، 2010، ص 372.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص ص 40،41.

[3] السرطاوي محمود علي، المرجع السابق، ص 372.

[4] سعد بن محمد عبد العزيز التميمي، " معايير تقدير الأصلح في الحضانة دراسة فقهية نظامية، **مجلة العلوم التربوية** والدراسات **الإنسانية**، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ع 23، ماي 2022، ص 340.

أن تكون الحاضنة مرضعة للمحضون

من المسائل التي ثار حولها خلاف فقهي عند الحديث عن شروط الحاضنة، مسألة إرضاع المحضون، خصوصا إذا كان في سن الرضاعة، حيث تباينت الآراء بين من اشترط ذلك ومن لم يشترط.

حيث يرى البعض منهم، وعلى رأسهم الحنابلة والشافعية، أن من الشروط الواجبة توافرها في الحاضنة هي أن تكون مرضعة، [1] وحجتهم في ذلك، "أن الحضانة توابعها الرضاع فإن سقط حقها من الرضاع سقط حقها في الحضانة".[2] وذلك إذا كان المحضون رضيعا، تحقيقا لمصلحته وتوفيرا لحاجته الطبيعية في التغذية والرعاية، وفي حالة لم يكن لها لبن، أو امتنعت عن الإرضاع، سقط حقها في الحضانة، لأن في ذلك إخلالا بأحد مقومات الرعاية الأساسية.[3]

في المقابل، ذهب كل من الحنفية والمالكية، إلى عدم اشتراط ذلك، استنادا إلى" أن حق الحضانة لها، فلا يملك الأب إبطال حقها،"[4] اعتبروا أن من واجب الأب أن يستأجر مرضعة تتولى إرضاع الطفل في بيت الحاضنة.

غير أن هذا الشرط رد عليه، بأن تكليف الأب استئجار مرضعة تتنقل بين البيوت أمر يشق عليه ويثقل كاهله فلا يكلف به شرعا، لما فيه من حرج والمشقة.

والحق أن تأمل كلامهم يقضي إلى أن مجرد عدم وجود لبن لدى الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة، لأنها حينئذ تكون في حكم الأب ونحوه ممن لا يملكون الإرضاع بطبيعتهم، وهذا لا

[1] نوال بنت سعيد بن عمر بادغيش، "حق الحضانة حال الفراق دراسة فقهية موازنة"، **مجلة الدراسات العربية**، جامعة أم القرى، ص 2948

[2] سعد بن محمد عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص 341.

[3] نوال بنت سعيد بن عمر بادغيش، المرجع السابق، ص 2948.

[4] سعد بن محمد عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص 340.

يمنع أهليتهم للحضانة، أما إذا كانت على الإرضاع وامتنعت عمدا، فالأصح أنها تمنع من الحضانة، وهو الأرجح لأن في ذلك تفريطا في أحد أوجه الرعاية الواجبة للمحضون.[1]

أن تكون الحاضنة غير مرتدة

إن من بين الشروط الأساسية التي يجب توافرها في الحاضنة لاستمرار حقها في الحضانة، عدم ارتدادها عن الدين الإسلامي، الذي يكتسي بدوره أهمية بالغة بالنظر إلى الأهداف التي تسعى الحضانة إلى تحقيقها، فلا يقبل أن تكون مرتدة، سواء كانت مسلمة ثم ارتدت، أو اعتنقت الإسلام ثم ارتدت عنه لاحقا، [2]وإلا سقط حقها في الحضانة، لأن الحكم الشرعي للمرتدة هو الحبس، لأنه يحول دون قدرتها على رعاية المحضون والقيام بمصالحه، حتى تعود إلى إسلام فيعود حقها في ذلك، باعتبار زوال المانع الذي أدى إلى سقوطه. [3]

ويستند هذا الشرط، إلى ما نصت عليه المادة 62 من ق.أ.ج التي حددت الغاية من الحضانة بتربية المحضون على دين أبيه، ورعايته صحيا وخلقيا، وهو ما يستوجب أن تكون الحاضنة على دين الأب، تحقيقا للمصلحة الدينية والتربوية للمحضون.

وقد أبد هذا التوجه، فقهاء الشافعية والحنفية، الذين اعتبروا الردة مانع من موانع الحضانة[4].

[1] محمد إبراهيم الحفناوى، الطلاق، مكتبة الإيمان، المنصورة، ص ص 442،441.

[2] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3 و4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 20.

[3] نميس محمد رجب عامر، المرجع السابق، ص 416.

[4] لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 117.

ألا تقيم الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة

من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون، ضرورة توفير بيئة مستقرة وأمنة تضمن مصلحة المحضون وتحميه من المؤثرات السلبية، التي قد تمس تربيته أو تؤثر في نموه.

ولهذا حرص الفقه وعلى رأسهم الملكية على اشتراط ألا تقيم الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة، كأن تكون الجدة تسكن مع ابنتها التي زالت حضانتها بذلك الزواج، فلا تقبل حضانتها في هذه الحالة، إلا إذا انفردت بسكن مستقل عنها، ويستند في ذلك إلى القاعدة الفقهية المقررة مفادها أن "**كل أنثى ثبتت لها الحضانة يجب أن تنفرد بالسكن عمن سقطت عنها الحضانة**"، وذلك مانعا لأي تأثير سلبي محتمل قد يصيب المحضون نتيجة بقاءه في محيط من رفعت عنها الحضانة شرعا، كالمتزوجة من أجنبي عن الطفل.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا التوجه بشكل صريح من خلال نصه في المادة 70 ق.أ.ج.[1]

وبالتالي فإن اجتماع الحاضنة مع من سقطت عنها الحضانة كالأم المتزوجة في مسكن واحد، يعد إخلالا بشرط من شروط الحضانة ويعرضها للسقوط، ما لم يثبت استقلالها بسكنها، حماية لمصلحة المحضون أولا وأخيرا.

أن لا تستطين الحاضنة في بلد أجنبي بالمحضون

يكتنف انتقال الحاضنة أو الولي إلى بلد أجنبي إشكالية دقيقة تمزج بين ثوابت الشرع ومقتضيات مصلحة الصغير، فاختلاف المقاصد وخصوصيات السفر بين الاستقرار المؤقت والدائم،

[1] تنص المادة 70 من ق.أ.ج على أنه: "**تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**".

فضلا عن تقدير المسافة التي تفرق بين أهل المحضون، جعلت من هذه المسألة مجالا رحبا لاجتهاد الفقه وتباين أرائهم.

فقد ذهب كل من المالكية والشافعية إلى التميز بين نوعي السفر، فرقوا بين السفر بقصد النقلة والانقطاع والإقامة في بلد أخر، وبين السفر المؤقت لحاجة كالتجارة أو الزيارة.

ففي الحالة الأولى، أي إذا كان الانتقال بقصد الاستقرار الدائم في مكان أخر، فإن حضانتها تسقط وتنتقل إلى من هو أولى بها بعده، وذلك حفاظا على مصلحة الصغير، أما في حال كان السفر لغرض مؤقت فلا تسقط، بشرط توفر الأمن في الطريق، وأن يكون المكان المتجه إليه أمنا على المحضون.

أما فيما يتعلق بتحديد مسافة السفر المؤثرة على الحضانة، فقد تعددت أراء الفقهاء في ذلك وبرزت عدة اتجاهات فقهية، فقد ذهب الملكية إلى تحديد مسافة السفر بستة برد فأكثر وهو ما يعادل عشرين كيلومتر، مستندين في ذلك إلى ما يترتب على بعد المسافة من تعذر رؤية أحد الأبوين للمحضون بانتظام.

القول الثاني وهو ما رجحه الشافعية في الأصح عندهم، حيث لم يفرقوا بين السفر الطويل والقصير، معتبرين أن المعيار هو تحقق مصلحة المحضون وأمن الطريق لا مجرد المسافة.

القول الثالث، الذين اعتبروا أن مسافة القصر هي الفاصل، وهو ما اعتمده الحنابلة، وورد كذلك كقول عند الشافعية[1].

أما القول الرابع، وهو قول الإمام أحمد، حيث يرى أن العبرة ليس بالمسافة، وإنما بإمكانية تواصل الأب مع أبنائه يوميا، فإن كانت المسافة بين البلدين قريبة بحيث يمكن للأب رؤية أولاده يوميا ويمكنهم رؤيته، فلا تسقط الحضانة عن الأم.[2]

[1] عزايز حوية، باهي فاطمة، مرجع سابق، ص ص 24،23.

[2] عزايز حوية، باهي فاطمة، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

وبناء على ما تم عرضه، نستنتج أن التنقل بالمحضون إلى مسافة تتجاوز ستة برد أي ما يعادل عشرين كيلومتر موجبا لسقوط الحضانة. [1]

أما إذا كان الأبوان يقيمان في ذات البلد الأجنبي فإن ذلك لا يعد مساسا بمصلحة لمحضون وبالتالي لا يسقط حقها، بل يسهم في تمكينه من رعايته على نحو أفضل، بما يحقق من مصلحته ويكفل حقوقه. [2]

وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث من خلال المبدأ الأتي: "**متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن في الجزائر سواء كان أما أم أبا فإن سكن الوالدين معا، في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ومن ثم فإن النهي عن القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولما كنا في ثابتا – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان الحال كذلك استوجب رفض الطعن**". [3]

جاءت في حيثيات القرار أنه قام الزوج بطعن في قرار مجلس قضاء الجزائر القاضي بإسناد الحضانة للأم المقيمة بفرنسا، مع تحديد النفقة بالفرك الفرنسي، واحتج الطاعن بمخالفة القرار للقانون ولقواعد الاختصاص الإقليمي ولأحكام قانون الأسرة، إلا أن المحكمة العليا رفضت الطعن، واعتبرت أن إقامة الزوجين وأبنائهما بفرنسا يبرر إسناد الحضانة للأم وتحديد النفقة بالعملة المتداولة في محل الإقامة، خاصة وأن ذلك تم باتفاق الطرفين، مما يجعل الدفع بمخالفة غير مؤسس.

[1] المرجع نفسه، ص 24.

[2] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص30.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، رقم 56597، مؤرخ في 25 – 12 – 1989، مجلة المحكمة العليا، ع3، 1999، ص ص 61 ،64.

ويفهم من هذا القرار أن المحكمة من هذا القرار أن المحكمة رجحت مصلحة المحضون وظروف الواقع على التطبيق الحرفي للنص، ما يعد اجتهادا قضائيا يراعي التحولات الاجتماعية وأحوال الجالية الجزائرية بالخارج.

أما بعودتنا إلى المشرع الجزائري، فنجد موقفه يتضح بشأن مسألة انتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني من خلال ما جاءت به المادة 69 من ق.أ.ج،[1]حيث وضع ضوابط قانونية تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون وضمان عدم الإضرار بحقوق الطرف الأخر، وذلك من خلال عدم الحكم بسقوط الحضانة بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محددة. [2]

ب- الشروط الخاصة بالرجال:

أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

اعتنى الفقه بتفصيل الأحكام المتعلقة بحضانة الأنثى، مراعيا في ذلك ما قد يترتب عن اختلاطهما بغير المحارم، فاشترطوا بذلك وجوب وجود المحرمية في الحاضن إذا كانت أنثى وقد بلغت سنا معينا وهو سن السبع سنوات الذي قام بتحديده كل من الحنفية والحنابلة، وذلك درءا من الخلوة المحرمة[3].

[1] تنص المادة 69 من ق.أ.ج على أنه: "**إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطه عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**".

[2] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص30.

[3] عزايز حوية، المرجع السابق، ص 25.

ويستند في هذا الشرط إلى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم**[1]. هذا في حال بلوغها ذلك السن، أما في حال عدم بلوغها فتمنح له بالاتفاق، نضرا لانعدام مضنة الفتنة في هذا العمر[2].

لكن الإشكال يثور في حال عدم وجوب قريب محرم وتوفر القريب غير محرم، كابن العم أو نحو ذلك. هذا ما أدى إلى نشوب خلاف بين الفقهاء في بقاء الحضانة من عدمها.

فنجد كل من الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى القول بأن تبقى الحضانة للقريب غير المحرم، ولكن لا تسلم له المحضونة مباشرة، بل تسلم إلى امرأة أمينة موثوقة يختارها هذا القريب.

وقول الحنفية بأن يتم اختيارها القاضي، وتكون تحت إشراف القريب غير المحرم، مستدلين بأن شفقة القريب وولايته الطبيعية على المحضون تجعله أولى من الأجنبي، ما دام يتم تفادي الخلوة بالمحضونة وتسليمها إلى امرأة أمينة.

أما القوي الثاني، وهو قول المالكية، وهو أيضا قول عند الشافعية، على أن الحضانة تسقط عن القريب غير المحرم، واستندوا في ذلك إلى أن انتفاء المحرمية يوجب رفع الحضانة، لانتفاء شرط أساسي فيها يحقق مقصود الشريعة من صيانة المحضونة.

والأرجح من القولين، هو قول الشافعية والحنابلة، وذلك ببقاء الحضانة للقريب غير المحرم، مع اتخاذ الوسائل الشرعية التي تمنح حصول الخلوة أو الفتنة، وذلك بتسليم المحضونة إلى امرأة موثوقة تتولى رعايتها تحت إشراف القريب.

وهذا يحقق مصلحة المحضون، كما يراعي صلة الرحم والولاية الشرعية، كابن العم مثلا هو من العصبات وله ولاية شرعية على قريبات، فإذا لم يوجد محرم، فهو أولى من الأجنبي البعيد عنها.

[1] سعد بن محمد عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص 341.

[2] عزايز حوية، المرجع السابق، ص 25.

أما بالنسبة إلى اتجاه المشرع الجزائري من هذا، فنجده أنه بالرغم من أنه لم ينص صراحة على اشتراط أن يكون الحاضن محرما للمحضونة، إلا أنه أشار إلى هذا المعنى بصورة ضمنية من خلال مراعاته لمصلحة المحضون، كما يتجلى في نص المادة 64 من ق.أ.ج، التي رتبت أولويات الحضانة وفق التسلسل الاتي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع التأكيد على أن مصلحة المحضون تبقى هي المعيار الأسمى.

ومن هذا المنطلق، إذا تبين للقاضي أن مصلحة الطفل تتضرر بإسناد الحضانة لشخص غير محرم له جاز أن يسقط هذه الحضانة، استناد إلى ما تقضيه مصلحة المحضون.

غير أن الإشكال يكمن في أن ترك هذا الشرط دون نص صريح قد يؤدي إلى تفاوت في أحكام القضاء، إذ قد يقدر أحد القضاة وجود مصلحة في حالة ما، بينما يقدر أخر خلاف ذلك في الحالة ذاتها، ما يؤدي إلى تباين في تطبيق القانون[1].

أن يكون الحاضن لديه من تحضن من النساء

يعد هذا الشرط أي وجود امرأة للحضانة في بيت الحاضن من المسائل التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء، إذ لم يجمعوا على اعتباره شرطا لازما في كل الحالات.

غير أن الفقه المالكي أكد عليه بشكل صريح وجعله من الشروط الجوهرية لصحة الحضانة.[2]

و يقصد بهذا الشرط، هو ضمان وجود من يمكنها مباشرة شؤون الطفل و رعايته الفعلية، الأمر الذي لا يمكن للحاضن أن يقوم به بمفرده على الوجه المطلوب لأنه لا يملك الصبر الكافي على أحوال الأطفال، ولا يطيق ما يحتاجونه من رعاية دقيقة ومستمرة سواء من حيث النظافة أو التغذية أو السهر أو المتابعة العاطفية والنفسية، فالطبيعة الغالبة عليه كرجل تجعله أقل استعدادا لتحمل المشقة التي تتطلبها هذه الحضانة التي تقوم أساسا على العطف والحنان وهما صفتان تجبل

[1] بعاكية كمال، المرجع السابق، ص 427، 428

[2] أبو زهرة محمد، مباحث في أحكام الفتوى، د ط، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، ص 409.

عليهما النساء غالبا دون الرجال، فهي أكثر قدرة على ذلك وهذا ما يعزز من حكمة اشتراط وجودها عند الرجل الحاضن.[1]

ومن ثم فإن مجرد كون الحاضن قريبا محرما لا يكفي ما لم تتوفر بجانبه إمرأة[2] كأم أو جدة أو أخت أو خالة أو حتى خادمة مؤتمنة،[3]تتولى مباشرة الحضانة عمليا تحقيقا لمصلحة المحضون التي هي محور الأحكام كلها.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري، فنجده أنه بالرغم من حرصه على تنظيم مسألة الحضانة ضمن ق أ ج، إلا أن ما يؤخذ عليه هو ترتيبه لحق الحضانة بعد سقوطها عن الأم إذ منح هذا الحق مباشرة للأب، وفقا للمادة 64 من ق.أ.ج دون أن يشترط توفر امرأة مؤهلة لرعاية المحضون إلى جانبه، وهذا يعد نقصا تشريعيا يؤخذ، خاصة أن الغالب في واقع الحياة أن النساء هن الأقدر والأجدر بتوفير الرعاية العاطفية والجسدية والنفسية اللازمة للأطفال، فهو اقتصر بالإشارة إلى مصلحة المحضون كمعدد أساسي في ترتب الحضانة، دون أن يضع معايير دقيقة أو ضوابط موضوعية لتحديد تلك المصلحة، ما يفتح الباب واسعا لاجتهادات القضاة التي قد تفاوتت من حالة إلى أخرى أو تخضع في كثير من الأحيان للتقدير الشخصي.

وكان من الأجدر بالمشرع تحقيقا لمبدأ حماية الطفولة ومراعاة للاحتياجات المحضون أن ينص صراحة على ضرورة توفر امرأة مؤهلة مع الأب كأن تكون زوجته أو أحد قريباته تكون قادرة على القيام بمهام الحضانة على النحو الأمثل، مما يضمن تحقيق مصلحة المحضون في إطار أكثر استقرارا واتزانا.[4]

---

[1] بروان فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 26.

[2] نوال بنت سعيد بن عمر بادغيش، المرجع السابق، ص2948.

[3] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص31.

[4] بعاكية كمال، المرجع السابق، ص428.

أن يكون الحاضن متحدا في الدين مع المحضون

لقد أجمع الفقه على أن الحضانة من حيث الأصل، تعد من الولايات الشرعية، وهي الولاية على النفس التي يقصد بها حفظ المحضون ورعايته والقيام بشؤونه في مراحل عمره المختلفة.[1]

إلا أنهم فرقوا بين الرجل والمرأة في شروط استحقاقها وذلك بناء على طبيعة كل منهما وما تقتضيه أحكام الولاية.

فبالنسبة للمرأة، فقد ذهب جمهور الفقهاء وعلى رأسهم، الحنفية، المالكية والظاهرية إلى جواز أن تحضن الطفل حتى ولو كانت غير مسلم وهذا ما ارتأيناه سابقا.

أما حضانة الرجل، فقد اشترطوا فيها الإسلام، فهو شرط لا يستغنى عنه، وذلك لاختلاف طبيعة الولاية التي يباشرها فهو لا يمنح الحضانة فقط بناء على الرعاية عكس المرأة بل حقه فيها مبني على العصوبة، وهي رابطة النسب التي تعد من موجبات الميراث،[2] وبما أن الشريعة أقرت قاعدة **"لا توارث بين مسلم وكافر"**، فإن اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون يسقط العصوبة وبالتالي تسقط الولاية التي تقوم عليها هذه الحضانة.

وعلى هذا الأساس إذا كان ذو رحمه مسلما والولد غير مسلما بالرغم من أنه الأقرب إليه، لا تسند إليه الحضانة بل تعطى لذوي رحمه من أهل دينه تحقيقا لمصلحته واستقرار نشأته الدينية والعكس صحيح، فإذا كان الطفل مسلما وكان ذو رحمه غير مسلم فلا تسند إليه كذلك، لعدم تحقق الولاية الشرعية.

[1] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص30.

[2] بعاكية كمال، المرجع السابق، ص427.

ومن هنا يظهر أن مبدأ حضانة الرجل مرتبط ارتباطها وثيقا بالميراث فإذا انتفى التوارث بين الطرفين لاختلاف الدين انتفت تبعا له أهلية الحضانة.[1]

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، فنجده أن لم يتطرق صراحة إلى اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وذلك لأن الأصل في التشريع الجزائري هو منع زواج المسلمة من غير المسلم، ويعد هذا المنع من موانع الزواج المؤقت وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 30 من ق.أ.ج المعدلة بالأمر 05-02[2]، التي تضمنت في فقرتها الأخيرة على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم تحريما مؤقتا.

وبناء عليه فإننا إذا افترضنا أن طالب الحضانة هو الأب غير المسلم، فإن مسألة اختلاف الدين تكون محسومة من الناحية القانونية. حيث أن الزواج ذاته غير جائز، وبالتالي لا يتصور قانونا وجود حضانة في هذا السياق.

إلا أن الإشكال يظهر بوضوح في حال كان طالب الحضانة شخصا أخر من أقارب المحضون من جهة الأب، مثل العم، أو ابن العم، وكان هذا القريب غير مسلم، ففي هذه الحالة لا نجد في التشريع الجزائري نصا صريحا يشترط فيه اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون. رغم أن المنطق التشريعي يقتضي ذلك حماية لمعتقد الطفل وتماشيا مع مبادئ النظام العام المستمدة من الشريعة الإسلامية.

---

[1] المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، "تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي"، **مجلة العلوم الإنسانية**، المركز الجامعي علي كافي، م05، ع01، أفريل2021، ص ص175،174.

[2] تنص المادة 30 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**يحرم من النساء مؤقتا: - المحصنة، - المعتدة من طلاق أو وفاة، - المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: - الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة مع غير المسلم**".

من هنا، يمكننا القول أنه كان من الأجدر بالمشرع أن ينص صراحة على هذا الشرط ضمن أحكام الحضانة في ق.أ.ج، خاصة في حالات تحتمل فيها الحضانة من طرف أقارب غير مسلمين لضمان انسجام النصوص القانونية وتحقيق المصلحة الفضلى للمحضون.[1]

أن يكون الحاضن من العصبات في الإرث إذا كان المحضون ذكرا

حيث يكون المحضون ذكرا، تبرز بعض الاعتبارات الفقهية التي تضفي على الحضانة طابعا خاصا، من بينها اشتراطهم أن تستند الحضانة إلى العاصب بناء على قوة رابطة القرابة إذ أن هذه القرابة تعد من أبرز الأسس التي تبنى عليها الشفقة تجاه المحضون التي تحقق مقصود الحضانة من رعاية الصغير وحمايته، فكلما اشتدت درجتها زادت معها مضنة الرحمة والعناية، وهو ما يعزز مصلحة الطفل ويحقق استقراره النفسي والجسدي.[2]

ومن هنا، فإن استحقاق العاصب لها لا يتوقف على كونه من المحارم بالنسبة للمحضون أو من غير المحارم، وإنما العبرة في ذلك بقوة النسب لا المحرمية، لأن الأصل فيها يقوم على رابطة القرابة ذاتها،[3] ولذلك لا فرق في نظرهم بين الأب وهو من المحارم وبين ابن العم وهو من غير المحارم ما دام كلاهما من العصبة وتتوفر فيهم شروط الأهلية لذلك.[4]

[1] بعاكية كمال، المرجع السابق، ص427.

[2] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص32.

[3] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 166.

[4] زكري فوزية، عميور مريم، المرجع السابق، ص32.

الفرع الثاني
أصحاب الحق في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون

يعد تحديد أصحاب الحق في الحضانة من المسائل التي أولتها كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية أهمية بالغة، حيث وضع الفقهاء ترتيبا معينا مستندين في ذلك إلى مقاصد الشريعة، في حين نظم قانون الأسرة الجزائري هذا الترتيب بنصوص صريحة.

غير أن هذا الترتيب، سواء الفقهي أو القانوني، لا يعد ملزما على وجه الإطلاق، إذ قد يعدل عنه متى اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

وانطلاقا من هذا، سيتم التطرق في هذا الفرع، إلى بيان ترتيب أصحاب الحق في الحضانة (أولا)، كما نظمه كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ثم التطرق إلى مصلحة المحضون (ثانيا)، باعتبارها الغاية الأسمى التي يتوخى تحقيقها من نظام الحضانة.

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

تعد مسألة ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة من القضايا الخلافية، كونها تخضع للاجتهاد، ويعد المعيار الأساسي فيها هو تحقيق مصلحة الطفل المحضون.

ولهذا السبب، حظي موضوع ترتيب مستحقي الحضانة باهتمام كبير من قبل الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على حد سواء. فقد تجاوز الأمر مجرد ترتيب الأفراد ذوي الحق، ليركز على الشخص الذي تتوفر فيه صفات الرحمة والشفقة والحرص على تربية الطفل تربية صالحة ومتوافقة مع تعاليم الدين الإسلامي.

من هنا نجد اختلاف وجهات نظر الفقهاء والمشرع الجزائري في تحديد أولوية الحاضنين، بناء على ما يرونه محققا لمصلحة المحضون، باعتبار العلاقة بين الحاضن والطفل علاقة إنسانية جوهرها الرعاية والاهتمام.

وبناء على ذلك، سنتناول بداية ترتيب الحق في الحضانة وفقا للفقه الإسلامي، ثم إلى ترتيب الحق في الحضانة وفقا للقانون الأسرة الجزائري.

أ- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفقا للفقه الإسلامي:

اختلفت الآراء الفقهية في ترتيب مستحقي الحضانة، وذلك تبعا لتباين مناهجهم في تحديد الأولى بها، الأمر الذي انعكس في تنوع الترتيب المعتمد لدى كل مذهب بحسب ما يراه الأصلح لمصلحة المحضون، وذلك على النحو الأتي:

1- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنفية: صنف أصحاب هذا المذهب النساء الحاضنات وفقا لهذا الترتيب:

"الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات الشقيقات، ثم الأخوات لأم، ثم الأخوات لأب، ثم الخالات، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ، ثم العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمات الأمهات والآباء، ثم العصبات حسب ترتيب الإرث."[1]

يتبين من خلال هذا الترتيب أنه في حال اجتماع فئة واحدة من الحاضنات من نفس الدرجة، فإن التقديم يكون حسب درجة القرابة.[2]

وإذا لم يوجد مستحق الحضانة من النساء، انتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من الرجال وفق الترتيب التالي:

[1] محمد بجاق، "مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية"، **مجلة البحوث والدراسات** جامعة الوادي، الجزائر، م 11، ع 17، جانفي 2014، ص193.

[2] عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، الجامعة الإفريقية، الجزائر، 2011، ص 54.

الأب، الجد أبو الأب وإن علا، الأخ الشقيق، الأخ من لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، وكذا كل من نزل من أولادهم، العم الشقيق، العم لأب، العم لأب الشقيق، عم الأب لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب.

تسند الحضانة لأبناء العم في حال إذا كان المحضون ذكرا، أما إذا كانت أنثى فلا تسلم إليهم لأنهم ليسوا من محارمها، وعند تساوي المستحقين في الدرجة، يقدم الأصلح، فإن تساووا فالأكبر سنا، وإن لم يوجد رجل من العصبة يكون محرما أو لم يكن أهلا للحضانة، تنتقل إلى ذي رحم محرم من غير العصبات لأن ذي الرحم المحرم في الحضانة أخص من ذي الرحم في الميراث،[1]ويكون ترتيبهم على النحو الأتي:

جد المحضون لأمه، أخ المحضون لأمه، فابن أخيه لأمه، عم المحضون لأمه، خال المحضون الشقيق، خال لأب ثم خال لأم.[2]

2- **ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند المالكية:** يتميز المذهب المالكي في ترتيب الحضانة بين الحاضنين من النساء والرجال، باعتماده على معيار الرحمة والرفق بالمحضون، فيقدم النساء، وعلى رأسهن الأم، لما لها من حنان طبيعي، ثم قريباتها قبل قرابة الأب، مراعاة لمصلحة الطفل.

فرتبت أولويات النساء في الحضانة عندهم على النحو الأتي:

"الأم، فإن لم تكن الأم أو كان لها زوج فأمها جدة الغير لأمه فإن لم تكن فأم أمها أي الجدة أم الصغير أو أم أبيها وهي أم أب المحضون وثم الأخت ثم العمة ثم ابنة الأخ ثم للوصي ثم للأفضل من العصبة."[3]

[1] مطروح عدلان، مرجع سابق، ص ص 364-365.

[2] نوال خيتش، قطر الندى البار، مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2024، ص 35.

[3] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 36.

أما فيما يخص الرجال فتحدد أولوية الحضانة بينهم وفق الترتيب الأتي:

"الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه لا جد لأم واختار خلافه أي فإن لم يكن وصي وسقط حقه في الحضانة هنا يكون الأخ أولى منه حيث أن الشقيقة على غيره"[1]يأتي كما بعده الأخ، الجد، ابن الأخ، العم".

فيتبين لنا من خلال هذا الترتيب أن تصنيف العصبات عندهم لا يسري على قاعدة ميراث المال.[2]

1- **ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الشافعية:** تنقسم فئات مستحقين الحضانة عند الشافعية إلى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: عند اجتماع وتنازع الإناث ويكون ترتيبهم كالأتي:

"الأم، الأم الأم وإن علت تقدم الأقرب فالأقرب لمشاركتهن الأم في الإرث و الولادة، أم الأب وتقدم أم الأب في الجديد على الخالة، وهو الصحيح لأنها جدة وارثة وفي القديم تقدم الخالة عليها لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بنت حمزة لخالتها، وقال الخالة بمنزلة الأم، لأن الخالة تدلى بالأم، وأم لأب تدلى بالأب و الأم تقدم على الأب فتقدم من يدلي به، الأخوات لأنهن اجتمعن معه في الصلب و البطن وشاركته في النسب فهن عليه أشفق، وتقدم الأخت من الأبوين على الأخت من أحدهما وفي القديم تقدم عليهن الخالات، الخالات لأن الخالة بمنزلة الأم، العمات".[3]

الحالة الثانية: عند اجتماع الرجال من أهل الحضانة، وليس معهم نساء فيكون ترتيبهم كالأتي:

[1]أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، ط 2، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1317، ص210.
[2] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 36.
[3] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص ص 367، 368.

"يقدم الأب لأن له ولادة وفضل شفقة، ثم تنتقل إلى أبائه الأقرب فالأقرب، فإن عدم الأجداد انتقلت إلى العصبات إلى الأخ لأبوين، أو لأب، أو العم لقوة قرابتهم بالمحرمية، والإرث، والولاية على ترتيب الإرث."

ولا يجوز تسليم المحضونة إلى ابن عمها إذا كانت محل شهوة تفاديا لما قد يؤدي إلى خلوة محرمة، بل يعهد بها إلى امرأة مأمونة، ولو استلزم الأمر دفع أجر من مال المحضون، لما له من حق في صونها ورعايتها.[1]

الحالة الثالثة: عند اجتماع الذكور والإناث

في حال اجتماع كل من الذكور والإناث وقام النزاع بينهم حول الحضانة:

"تقدم الأم ثم أمهاتهن لأنهن في معنى الأم، ثم الأب يقدم على أمهاته، لأنه أصلهن ثم أمه".

وفي حال اجتماع كل من الأب والخالة، فقد ذهب البعض إلى تقديم الأب لكونه والدا ووارثا، بينما رأى آخرون، ومن بينهم سعيد الإصطرخي، تقديم الخالة لأنها تسند إلى جهة الأم، والأم مقدمة على الأب في الحضانة.

وفي حال انعدام الأمهات والآباء، تطرح ثلاث أراء في أولوية الحضانة:

- **الرأي الأول**: تقديم النساء من الأخوات والخالات ومن في حكمهن على العصبة، لخبرتهن في التربية.

- **الرأي الثاني**: تقديم العصبة من الذكور على النساء، لقوة نسبهم وقدرتهم على التأديب.

- **الرأي الثالث**: تقديم الأقرب من الطرفين، فإن تساووا قدمت النساء للتربية، وإن إستوى اثنان في القرابة دون مرجح، يلجأ إلى القرعة.

[1] مطروح عدلان،المرجع السابق، ص368.

أما في حال لم تتوفر أهلية الحضانة في العصبات من النساء وكان هناك أقارب من الرجال من ذوي الأرحام فهناك رأيان:

- **الأول**: يقدمهن على السلطان لقرابتهم.

- **الثاني**: يرى أن السلطان أحق منهم لعدم ثبوت حقهم مع وجود غيرهم.[1]

4- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنابلة: يبدأ ترتيب المستحقين للحضانة عند فقهاء الحنابلة بالنساء أولا، ثم الرجال، فيكون ترتيب أحق النساء بالحضانة حسب رأيهم، على النحو التالي:

"الأم التي تعتبر هي الأولى بالحضانة ثم تليها الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الأمهات الجد، ثم الأخت الشقيقة لأم ولأب وتليهم الخالة الشقيقة كذلك لأم وأب وبعدها العمات وتليها الخالة لأب وبعدها العمة لأب، ومن ثم بنت الأخ وبنت عم الأب، وباقي العصبة الأقرب فالأقرب درجة".[2]

أما فيما يخص الرجال فنجد ترتيبهم على النحو التالي:

"الأب ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم".[3]

يلاحظ من خلال ترتيب الفقهاء الحنابلة أنهم قدموا النساء على الرجال في الحضانة، وهو ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية الأخرى من الحنفية والمالكية والشافعية، وذلك لما تتميز به المرأة من عاطفة قوية وشفقة وحنان يفوق ما لدى الرجل، مما يجعلها أقدر على رعاية الطفل المحضون.[4]

---

[1] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص ص 367،369.

[2] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 40.

[3] لمين لعريط، "الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة"، **مجلة جامعة الأمير عبد القادر**، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، م34، ع3، مارس2021، ص429.

[4] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 40.

ب- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري:

حدد المشرع الجزائري ترتيبا لأصحاب الحق في الحضانة بما يحقق مصلحة المحضون، مستندا إلى الشريعة الإسلامية وروابط القرابة، وقد عرف هذا الترتيب تعديلا بموجب الأمر05-02.

ولهذا سنعالج في هذا الإطار الترتيب المعتمد قبل تعديل 2005 (أولا)، وما طرأ عليه من تغييرات بعد تعديل 2005 (ثانيا).

1- الترتيب قبل تعديل 2005 (وفقا للأمر رقم 84-11):

تناول المشرع الجزائري موضوع ترتيب مستحقي الحضانة في القانون رقم 84-11، وذلك من خلال المادة 64 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري أعطى الأولوية للنساء على الرجال في الحضانة، لما يتميزون من صبر وقدرة على رعاية الطفل،[1] خاصة أن الأم أرحم وأقرب إليه، فكانت الحضانة لها أصلا، وقد استند الفقهاء في ذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: "**من فرق بين ولد ووالدته، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**"[2]

ويعد هذا الإسناد أمرا طبيعيا، مادامت الأم غير متزوجة ومستوفية لشروط الأهلية وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ج1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 380.

[2] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 43.

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة مدى تأثر المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي، لاسيما الفقه المالكي، الذي يقدم الإناث من جهة الأم من جهة الأب في هذه المسألة، غير أنه خالف هذا المذهب في نقطة واحدة وهي تقديم الجدة لأب على الأب.[1]

كما نلاحظ أن المادة 64 من ق.أ.ج تتوافق إلى حد كبير مع أحكام الفقه الإسلامي في ترتيب مستحقي الحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون كأولوية.

يستند هذا الترتيب إلى أساس منطقي، حيث تقدم قرابة الأم على قرابة الأب في استحقاق الحضانة، ولا يجوز الخروج عن هذا الترتيب المنصوص عليه إلا إذا ثبت من خلال دليل قاطع، أن هناك من هو أقدر وأصلح للقيام بدور التربية والرعاية الصحية والنفسية للمحضون.[2]

وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/02/23بأنه: "**من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب. فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض**".[3]

يتعلق هذا القرار الصادر عن المحكمة العليا، بقضية حضانة طفلين تم إسنادهم من قبل المحكمة الابتدائية إلى خالتهما، غير أن القرار المطعون فيه أسند الحضانة إلى الأب بسبب مركزه الاجتماعي كمدرس، مع العلم أن الخالة تسبق الأب في ترتيب الحاضنين وفق المادة 64 ق.أ.ج.

---

[1] عبد السلام نور الدين، "استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية**، جامعة عين تيموشنت، الجزائر، م6، ع 1، مارس 2022، ص 266.

[2] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 43.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم89672، مؤرخ في 23 – 02 - 1993، مجلة المحكمة العليا، ع1، 1993، ص ص 48،51.

واستنادا إلى وقائع القضية، أقر قضاة المجلس القضائي بإسناد الحضانة للأب، محتجين بكونه أستاذا وله وضع مادي واجتماعي أفضل من الخالة. إلا أن المحكمة العليا نقضت القرار، معللة ذلك بأن مخالفة الترتيب القانوني للحاضنين لا تجوز إلا إذا ثبت بصورة جدية وموثقة أن من هو خارج الترتيب أقدر على حماية ورعاية المحضون.

كما أكدت المحكمة أن الإنفاق لا يعد سببا مستقلا لنقل الحضانة، لأن النفقة واجبة على الأب بحكم القانون، سواء أسندت له الحضانة أم لا.

ومن خلال هذا القرار، يتضح أن المحكمة العليا تؤكد على أولوية مصلحة المحضون، ولكن في نطاق إحترام الترتيب القانوني للحاضنين، مع إمكانية تجاوزه فقط عند توفر مبررات قوية مثبة.

كما يبرز هذا القرار توجه القضاء إلى التمييز بين القدرة على الإنفاق، التي لا تعد سببا كافيا وحدها، والقدرة على الحماية والرعاية، التي تعتبر المعيار الحاسم في إسناد الحضانة.

2- الترتيب بعد تعديل 2005 (بموجب القانون 05-02): أحدث المشرع الجزائري تعديلا في ترتيب مستحقي الحضانة ضمن ق أ ج، مخالفا بذلك ما كان معمولا به سابقا،[1]وذلك نتيجة لظواهر اجتماعية وطبيعة العلاقات الأسرية، خاصة أن معظم الأزواج يقيمون مع الأبوين[2]، ما يستدعي مراعاة واقع الأسرة عند إسناد الحضانة.

فنجد نص المادة64 المعدلة من هذا القانون تنص على أن: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة المصلحة في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.**"

[1] نوال خيتش، قطر الندى البار، المرجع السابق، ص 44.

[2] صبرين مشطن، ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022، ص 42.

فنجد أن هذا التناول الذي أحدثه المشرع، من خلال إشارته في هذه المادة تارة إلى النساء وتارة إلى الرجال يعكس سعيه لتحقيق نوع من التوازن والمساواة بين الأبوين في منح حق الحضانة لأن إسناد الحضانة للنساء بشكل مطلق يعد إجحافا في حق الأب، لاسيما وأنه يتحمل نفقة المحضون.[1]

لكن وما يلاحظ من هذا النص هو أن المشرع اقتصر بعد الأم على ذكر خمسة أشخاص فقط في ترتيب الحضانة، دون أن يبين من هم الأقرب درجة بعدهم، مما يقتضي بالضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقارب، وذلك استنادا إلى الإحالة الواردة في المادة 222 من ق.أ.ج، ويترك للقاضي سلطة اختيار الأصلح للمحضون.[2] كما نجد أن مصلحة المحضون العنصر الثابت، سواء قبل التعديل أو بعده باعتبارها المحور الأساسي، على خلاف ترتيب الحاضنين، الذي لم يدرجه ضمن النظام العام، ولم يلزم القاضي بالتقيد به،[3] وهذا الذي سيتم التطرق إليه.

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة على أساس مصلحة المحضون

بعد تطرقنا إلى ترتيب أصحاب الحق من خلال ما جاءت به المادة 64 من ق.أ.ج سواء قبل التعديل أو بعده، نجد بأن المشرع أورد عبارة مع مراعاة مصلحة المحضون، فيتضح من ذلك أنه بالرغم من تحديده لمراتب الحاضنين في القانون، إلا أنه منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة لاختيار الأنسب لرعاية المحضون، باعتبار أن الحضانة، وإن كانت حقا لأولئك الوارد ذكرهم وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة 64، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة ولا يعد من النظام العام.

---

[1] أحمد هلتالي، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحادير المنح"، **مجلة أستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع11، 2018، ص382.

[2] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار خلدونية، الجزائر، 2009، ص ص 153،151.

[3] أحمد هلتالي، المرجع السابق، ص382.

ولذلك، يمكن للقاضي أن يسند الحضانة لمن يراه أجدر برعاية الطفل وتحقيق مصلحته، حتى وإن خالف ترتيب المادة، فمثلا، إذا تنازعت الأم، والخالة، والأب، والجدة على الحضانة، جاز للقاضي أن يمنحها للأب وحده إذا قدر أنه الأقدر على توفير الرعاية الأخلاقية والتربوية المناسبة.[1]

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10 /03 /2011 أنه: "**تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع**[2]".

يتعلق هذا القرار الصادر عن المحكمة العليا، بمنازعة حول الحضانة، رفعتها الجدة لأم مطالبة الحضانة لحفيدتها التي تعيش معها منذ وفاة، مدعية أن مصلحة الطفل تقتضي بقاءها في كنفها، خاصة ولأنها ترعاها فعليا منذ وفاة والدتها.

وقد أصدرت محكمة سيدي محمد حكما ابتدائيا، قضى بإسناد الحضانة للجدة، مع إعفاء الأب من النفقة ومنحه حق الزيارة، وقد جرى استئناف هذا الحكم من قبل الأب، وتولت غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء الجزائر معالجة النزاع، حيث أمرت بإجراء خبرة اجتماعية من طرف مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح. لكن الطاعن (الأب) تقدم بالطعن بالنقض ضد القرار الإستئنافي، مؤسسا طعنه على ثلاث أوجه.

قررت المحكمة العليا نقض القرار الإستئنافي الصادر عن مجلس قضاء الجزائر، بسبب تناقضه مع نتائج الخبرة وعدم تسببيه الكافي، وأمرت بإعادة القضية أمام تشكيلة أخرى للفصل فيها من جديد.

---

[1] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، ط1، د د ن، د ب ن، 2008، ص60.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 613469، مؤرخ في 10 – 03 - 2011، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2012، ص ص 289،285.

المطلب الثاني
الإشكالات المتعلقة بسقوط وعودة الحضانة

تعد مسألة سقوط الحضانة وعودتها من أبرز الإشكالات التي تثيرها الحياة الأسرية بعد الانفصال، حيث تطرح العديد من التساؤلات القانونية حول الأسباب التي تؤدي إلى زوال هذا الحق (الفرع الأول)، ومدى إمكانية استعادته بعد زوال المانع (الفرع الثاني).

الفرع الأول
أسباب سقوط الحق في الحضانة

يعتبر حق الحضانة من الحقوق المرتبطة بالمصلحة الفضلى للمحضون، إلا أننا نجد هذا الحق ليس مطلقا، بل بإمكانه أن يسقط متى اختلت أحد شروطه الجوهرية. وقد حدد المشرع الجزائري أسبابا معينة لسقوطها والتي سيتم التطرق إليها على النحو الأتي:

أولا: سقوط الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل

أورد المشرع الجزائري هذين السببين، من خلال المادة 66 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: **"يسقط حق الحضانة بالزواج بغير محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون".**

أ - زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: يعد زواج الحاضنة من رجل أجنبي عن المحضون من الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة، ذلك لأن الأجنبي قد لا يحسن معاملة المحضون أو قد يبدي نحوه مشاعر النفور، وهو مالا ينسجم مع مصلحته، لأن مصلحة المحضون الفضلى ينبغي أن تكون هي الأساس في كل حالة، مع أخذ في الاعتبار خصوصية ظروف كل قضية على حدة.[1]

[1] مغاري حياة، فركوس دليلة، " دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية**، جامعة الجزائر1، م58، ع4، 2021، ص 170،171.

ولما قد يترتب عليه من اختلال في شرط القدرة، إذ أن انشغال الزوجة بزوجها يكون على حساب المحضون، وهذا قد يؤثر سلبا عليه ويفضي إلى إهماله وضياعه.[1]

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذا الموضع برأي كل من الإمام مالك، والإمام الشافعي، و الإمام أبو حنيفة، وكذا الإمام أحمد في المشهور عندهم، والذي يفيد بأن الحضانة تسقط عن الأم بمجرد زواجها، بغض النظر عن كون المحضون ذكرا أو أنثى، ويستند في هذا الرأي إلى حديث عمرو بن شعيب: "**أنت أحق بهم ما لم تنكحي**"، حيث منح الحديث للأم أحقية الحضانة مادامت غير متزوجة، فإذا تزوجت زال عنها هذا الحق، وكذا أجمع بين الصحابة.[2]

ومن هذا المنطلق، نجد أن المشرع الجزائري وفق، حين قام بصياغة النص بصيغة عامة، تاركا للقاضي السلطة التقديرية الواسعة دون أن يقيده باستثناءات محددة.[3]

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا، من خلال قرارها الصادر بتاريخ2005/05/18 على ما يلي :"**يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم**".[4]

يتعلق الأمر بقضية رفعتها الأم طعنا في قرار مجلس قضاء تيارت المؤيد لحكم محكمة برج بونعامة، والذي قضى بإسقاط حضانتها للطفل وإسنادها إلى والده، وذلك بعد زواجها من شخص أجنبي على المحضون.

---

[1] براهمي حنان، "أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع الاجتهادات المحكمة العليا، **مجلة المنتدى القانوني دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية**، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع04، جوان2007، ص 65.

[2] لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتدى في قضاء الأحوال الشخصية، ج01، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 491.

[3] مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص 171.

[4] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 40438، مؤرخ في 05 – 05 – 1986، مجلة المحكمة العليا، ع02، 1989، ص ص 75،77.

وقد دفعت الطاعنة بخرق القانون، مدعية أن الحكم المطعون فيه خالف أحكام المادة 64 من ق أج، خاصة في ترتيب الأولويات في الحضانة.

غير أن المحكمة العليا رفضت هذا الدفع، معتبرة أن زواج الأم من غير محرم للمحضون يعد سببا مشروعا لإسقاط حضانتها، لما قد يشكله ذلك من ضرر محتمل على الطفل من الناحية الشرعية والاجتماعية، كما رفضت تدخل الجدة (أم الأم) للمطالبة بالحضانة، لعدم استيفاء تدخلها الشروط القانونية الشكلية.

وبناء عليه، قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، مؤكدة بذلك على أولوية مصلحة المحضون في الاستقرار والنشأة السليمة، وأن الحضانة لا تمنح إلا لمن تتوفر فيه الشروط القانونية كاملة، دون أي إخلال.

ب – التنازل عن الحضانة:

اعتبر المشرع الجزائري من خلال المادة السالفة الذكر، أن الحضانة حقا للحاضن مما له إمكانية التنازل عنها، لكن بشرط ألا يلحق ذلك التنازل ضررا بالمحضون. فمثلا، إذا قررت الأم التخلي عن حضانة رضيعها لصالح والده تصرف يعرض المحضون للضرر أو يهدد مصلحته يعد غير معتبر قانونا.[1]

وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 1989/07/03 الذي قضى على أنه: ״**من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم**

[1] كربال سهام، المرجع السابق، ص 94.

أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

نتلخص وقائع القضية في أن الأم كانت قد تنازلت عن حضانة ابنتها لصالح الأب، وهو ما اعتمدت عليه المحكمة الابتدائية ومجلس قضاء الأغواط في إسناد الحضانة للأب.

غير أن الأم طعنت بالنقض، مستندة إلى أن مصلحة البنت تقتضي بقاءها في حضانة الأم نضرا لإصابتها بمرض مزمن، وهو ما أكدته الشهادات الطبية التي أشارت إلى حاجة الطفلة إلى رعاية مستمرة لا يمكن للأب توفيرها بسبب التزاماته المهنية.

وقد رأت المحكمة العليا أن مجرد التنازل عن الحضانة لا يسقط الحق إذا ثبت أن هذا التنازل يلحق ضررا بالمحضون، مما يجعل القرار المطعون فيه مخالفا للمادة 66 من ق أ ج التي تنص صراحة على أن التنازل لا يعتد به إذا تعارض مع مصلحة المحضون.

وبناء على ذلك، قررت المحكمة العليا نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى. ويؤكد هذا القرار أن مصلحة المحضون تعتبر العنصر الحاسم في تقرير الحضانة، وأنها تقدم على أي اعتبارات شكلية أو تنازلات صادرة من الأطراف.

ويقر التنازل بشكل رسمي من خلال صدور حكم قضائي عن المحكمة، غير أن التنازل عن الحضانة لا يترتب عليه بالضرورة سقوط حق الحاضن في المطالبة بإسنادها إليه من جديد، إذ يجوز العدول عنها، نضرا لكونها مرتبطة بحالة الأشخاص ومراعاة مصلحتهم، فإذا استدعت مصلحة المحضون ذلك، استعاد المتنازل حقه في الحضانة[2].

[1] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 54353، مؤرخ في 03 - 07 - 1989، مجلة المحكمة العليا، ع01، 1992، ص ص 45،47.

[2] كربال سهام، المرجع السابق، ص 94، 95.

وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20 /1999/04 بأن: "**من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم. ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأمد 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 لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطئوا في تطبيق القانون. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه**"[1].

فنجد بأن المحكمة العليا قضت بأن التنازل عن الحضانة لا يعد مانعا دائما من المطالبة بها مجددا، إذا ثبت أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

واعتبرت أن قضاة المجلس أخطئوا في تطبيق القانون عندما رفضوا طلب الأم استنادا فقط إلى تنازلها أثناء الطلاق دون فحص مصلحة البنت، مما أدى إلى نقض القرار المطعون فيه.

ويستند هذا المبدأ إلى أحكام المادتين 66 و67 من ق.أ.ج، اللتين تخولان للقاضي سلطة تقديرية تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون قبل كل اعتبار.

وعليه لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على تنازل الأم وحده دون مراعاة مصلحة المحضون، بل يجوز له إلزامها بالحضانة في حال عدم وجود حاضن أخر، أو في حال وجوده لكن لا تنطبق عليه الشروط القانونية المنصوص عليها.[2]

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم220470، مؤرخ في 20 – 04 – 1999، مجلة المحكمة العليا، ع خ، 2001، ص ص 181، 184.

[2] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 92.

ثانيا: سقوط الحضانة بالإقامة في بلد أجنبي وبانتفاء الشروط

تنص المادة 69 من ق.أ.ج على أنه: "**إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون**".

كما ورد في المادة 67 من نفس المادة على أنه: "**تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**".

أ - سقوط الحضانة بالإقامة في بلد أجنبي:

يتضح من خلال المادة 69 السالفة الذكر أن مسألة إثبات الحضانة أو سقوطها تترك لتقدير القاضي، الذي يسند في قراره إلى ما يستند في قراره إلى ما يتكون لديه من قناعة أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون وجميع الظروف المرتبطة بالقضية.[1]

ويجدر التنويه إلى أن المقصود بالاستيطان في المادة 69 من ق.أ.ج، هو الإقامة الدائمة المصحوبة بنية الاستقرار.

وبناء على هذا المفهوم، فإن السفر المؤقت إلى دولة أجنبية، سواء لغرض قضاء عطلة أو تلقي العلاج، لا يعد خاضعا لأحكام هذه المادة.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة تثير تساؤلا حول المقصود به أكل بلد خارج الجزائر، بغض النظر عن كونه بلدا مسلما أو غير مسلم، أم أن القصد ينصرف تحديدا إلى البلدان غير المسلمة دون غيره.[2]

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص389.

[2] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص ص 562، 563.

ب – سقوط الحضانة بانتفاء شروطها:

يفهم من خلال المادة 67 من ق.أ.ج، أن سقوط الحق لا يمكن أن يتحقق إلا بناء على ما نصت عليه المادتين 62 و67، إذ اشترطتا توفر مجموعة من الشروط التي تهدف في جوهرها إلى حماية الطفل وضمان راحته واستقراره.

وبالتالي، فإن الإخلال بالواجبات المنصوص عليها في نص هذه المادة يؤدي إلى سقوط تلك الشروط،[1] ويمكن حصرها في أمرين رئيسيين، في الأهلية التي اشترطها المشرع في الحاضن، التي يقصد بها السلامة العقلية والجسدية، وفي الالتزامات المتعلقة بالحضانة، من أبرزها التربية، والرعاية الصحية، والرعاية الخلقية.[2]

وهذا ما أكدت عليه المحكمة في قرارها الصادر في 20 /06 /1988 على أنه: "**من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أم الأم وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن**"[3].

تعود وقائع القضية إلى خلاف حول حضانة طفل بعد سقوطها عن أمه، حيث طالبت الجدة لأم بإسناد الحضانة إليها، مستندة إلى أنها تقوم بتعليم المحضون وأنه متمسك بها. غير أن قضاة الموضوع رفضوا طلبها وأقروا إسناد الحضانة للأب، استنادا إلى أن الجدة لا تتوفر فيها

[1] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 193.

[2] تيطراوي منير، المرجع السابق، ص 28.

[3] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم50011، مؤرخ في 20 – 06 – 1988، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1991، ص ص 57،59.

الشروط الشرعية اللازمة للحضانة، كونها متزوجة وتعيش مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، إضافة إلى الشك في قدرتها على رعاية الطفل.

طعنت الجدة بالنقض مدعية وجود قصور في التسبيب وتناقض في الحيثيات، إلا أن المحكمة العليا رفضت الطعن، معتبرة أن قضاة الموضوع قد راعوا الشروط الموضوعية للحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، مما يجعل النعي على القرار بالقصور غير مؤسس.

ويؤكد هذا القرار أن الحضانة لا تمنح لمجرد القرابة، بل يشترط توفر القدرة الحقيقية والرعاية الفعلية، وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون وانسجاما مع القواعد الشرعية.

وباستكمالنا نص المادة 67 نجد بأن المشرع لم يجعل من عمل مرآة سببا لسقوط الحق في الحضانة، إذ لا ينظر إلى عملها كعائق إلا إذا ثبت أنه يتعارض فعليا مع مصلحة المحضون. فالأصل أن للمرأة العاملة الحق في الحضانة، لكن إذا ترتب على طبيعة عملها إهمال في رعاية الطفل أو التقصير في متطلباته الأساسية، جاز للمحكمة استثناء، أن تسقط عنها الحضانة حفاظا على مصلحة، التي تعد المعيار الأهم في هذا الشأن.[1]

وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03 /07 /2002 على أنه : "**عمل الأم الحاضنة لا يوجد إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية**"[2].

تعود وقائع القضية إلى طعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء عنابة، والذي قضى بإسناد الحضانة للأم العاملة كأستاذة في الجامعة، رغم اعتراض الأب الذي تمسك بأن عمل الأم قد يحول دون توفير العناية والرعاية الكافيتين للأولاد.

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 142.

[2] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 274207، مؤرخ في 03 – 07 – 2002، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2004، ص ص 270،273.

غير أن المحكمة العليا رفضت هذا الدفع، وبينت أنه لا يكفي مجرد كون الأم تشتغل لإسقاط الحضانة عنها، بل يجب إثبات أن هذا العمل يخل فعليا بمصلحة المحضون ويحرمه من الرعاية الضرورية، وهو ما لم يتوفر في القضية.

وخلصت المحكمة إلى أن قضاة الموضوع قد أحسنوا تطبيق القانون عندما أيدوا الحكم القاضي بإسناد الحضانة للأم، مما يجعل الطعن غير مؤسس ويكرس هذا القرار مبدأ هاما مفاده أن العمل المشروع لا يعد مانعا من الحضانة ما لم يكن ضارا بمصلحة الطفل، وأن الحضانة تمنح بناء على معيار الرعاية الفعلية لا مجرد الوضع الاجتماعي أو المهني للحاضن.

ثالثا: سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها وبإقامة الجدة أو الخالة مع أم المحضون

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

كما جاء في نص 70 من ق.أ.ج أن:"**تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.**"

أ – سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها:

يفهم من نص المادة 68 من ق.أ.ج، بأن دعوى الحضانة مقيدة بمهلة سنة من تاريخ العلم بانتقال الحضانة، ما لم يوجد عذر يبرر تجاوز هذه المدة، لأن هنالك حالات يمكن فيها المطالبة بالحضانة حتى بعد انقضاء الأجل القانوني، بشرط أن يثبت المدعي وجود عذرا مقبولا ومن بين هذه الأعذار:

- جهل صاحب الحق بأنه من الأشخاص المخولين قانونا بالمطالبة بالحضانة.
- عدم العلم صاحب الحق أن السكوت على المطالبة طيلة المدة المحددة من مسقطات للحق.

ويترك تقدير جدية هذا العذر للقاضي المختص، مع وجوب مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال[1].

ويترتب على انقضاء هذه المدة دون وجود عذر قانوني أو شرعي، سقوط الحق في المطالبة بالحضانة.[2]

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا في قرارها الصادر في 05 /02 /1990 على أن: "**من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقها فيها، ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**[3]".

تعود وقائع القضية إلى نزاع حول حضانة ثلاث أطفال عقب وفاة والدهم، حيث طالبت الجدة من الأب بالحضانة، فقضت المحكمة الابتدائية بإسنادها للأم، لكونها أولى و أحق بالحضانة طبقا للمادة 64 من ق.أ.ج.

غير أن مجلس قضاء سطيف ألغى الحكم وأسند الحضانة إلى الجدة من الأب، معللا ذلك بأن الأم تخلت عن المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة.

إلا أن الأم طعنت بالنقض، وأثبتت أن المدة لم تكتمل بعد، إذ أنها بدأت بالمطالبة بحضانة أطفالها بعد وفاة زوجها، وتقدمت بدعوى قضائية، مما يظهر أنها لم تتخلى عن الحضانة

[1] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص 92.

[2] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص92.

[3] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 58220، مؤرخ في 05 – 02 – 1990، مجلة المحكمة العليا، ع3، 1993، ص ص 53،59.

كما بينت الأم أن الأولاد كانوا في حضانة والدهم أثناء حياته، وليس في حضانة الجدة، مما ينفي إدعاء التخلي.

وبناء على ذلك، رأت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق نص المادة 66، لأنهم لم يحددوا بدقة تاريخ بدء احتساب مدة السنة، كما أن تعليلهم غير كاف لتبرير إسقاط حضانة الأم، خاصة وأنها كانت ولا تزال متمسكة بحقها، ولم يثبت وجود مانع قانوني أو عذر معتبر يسقط عنها هذا الحق.

ولذلك قضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه دون إحالة، ويؤكد هذا القرار أن إسقاط الحضانة بسبب مرور سنة دون المطالبة، لا يتم إلا بتوفر الشروط القانونية الصارمة، وفي مقدمتها مرور المدة كاملة وقيام تخلي حقيقي وبدون عذر عن الحضانة، حفاظا على مصلحة المحضون وعلى ترتيب الأولوية الذي حدده المشرع.

يلاحظ من نص هذه المادة وجود بعض النقائص، أبرزها عدم تحديد تاريخ بدء سريان مدة السنة للمطالبة بالحضانة، رغم أن المذهب المالكي، الذي استمد منه النص، حددها بتاريخ العلم بالاستحقاق،[1] كما يثار تساؤل حول ما إذا كان سقوط الحضانة يتم بقوة القانون أو بقرار قضائي.

وقد أجمع بعض الفقهاء مثل غوتي بن ملحة ونظيرة خلان، على أن السقوط لا يتم تلقائيا، بل يجب أن يثبت بحكم قضائي،[2]مما يستدعي من المشرع إعادة النظر في صياغة المادة لتفادي الغموض.[3]

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص504.

[2]المرجع نفسه، ص 503.

[3] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص 94.

ب – سقوط الحضانة بإقامة الجدة أو الخالة مع أم المحضون:

نصت المادة 70 من ق أ ج، السالفة الذكر على سقوط حضانة الجدة أو الخالة إذا أقامتا بالمحضون مع والدته المتزوجة من رجل أجنبي غير محرم له، وذلك خشية تعرض الطفل لسوء من قبل زوج الأم، الذي قد يعتبر نفسه صاحب السلطة في المنزل، فيأمر وينهي دون مراعاة لمصلحة الطفل. وفي هذه الحالة يفضل أن يقيم الطفل مع والده بدلا من بقائه مع شخص أجنبي عنه.

غير أن هذا الأمر ليس مطلقا، فقد يرى القاضي خلاف ذلك إذا ثبت له ما يبرر إستمرار الحضانة، وفي هذه الحالة لا تسقط الحضانة.[1]

وما يلاحظ على نص هذه المادة، أن مضمونها يتطابق مع ما ورد في مضمون المادة 66 من ق.أ.ج، إذ نجد هذه الأخيرة في مادتها تشمل جميع الحاضنات، بمن فيهن الجدة والخالة، بينما اقتصرت المادة 70 على ذكر الجدة والخالة فقط، مما يجعلها مكملة للمادة 66 وتحمل ذات الحكم.[2]

رابعا: سقوط الحضانة بقوة القانون

نظرا بأن الحضانة محددة المدة، فإنها تنقضي بقوة القانون عند بلوغ الصبي سن العاشرة، وبالنسبة للأنثى فتنقضي عند بلوغها سن الزواج، أي سن التاسعة عشر،[3]وذلك وفقا لنص المادة 65 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: ״**تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.**"

[1] لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 79.

[2] تيطراوي منير، المرجع السابق، ص 34.

[3] زياني عبد الله، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012، ص255.

لكن الأمر الذي يثير تساؤلا هو ما مصير المحضون عقب انتهاء مدة الحضانة أو حتى بعد تمديدها، فهل ينتقل إلى الأب، أم يستمر في البقاء لدى الحاضنة؟

وبالرجوع إلى أصول المذهب المالكي، يتبين أن التخيير غير معمول به، حيث يترك الغلام في رعاية أمه إلى غاية انتهاء مدة الحضانة، ثم يسلم إلى أبيه باعتباره الأحق به.

أما البنت، فإن المرجع في أمرها ما جاء في المدونة الكبرى، إذ ينظر إلى وجود الحرز، فإن كانت في موضع يخشى فيه على أخلاقها ودينها، تترك لدى أمها، أما إذا توفر الأمن والستر، فإنها تضم إلى الأب أو من يقدم عليه، حرصا على صونه من الفساد والضياع.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فنجدها أنها لم تبين هذا الأمر، مما يستوجب على المشرع التدخل بنص صريح يحدد مصير الطفل المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، سواء كان ذكرا أو أنثى.[1]

الفرع الثاني
عودة الحق في الحضانة

تنص المادة 71 من ق.أ.ج على أنه: "**يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**".

يتضح من نص هذه المادة ألا يكون سقوط الحضانة بسبب اختياري من الحاضن، وإنما نتيجة مانع خارج عن إرادته، كأن يعجز عن تربية الطفل على دين والده. وإذا زال هذا المانع وتوفرت الشروط القانونية المطلوبة، فإن حق الحضانة يعود إليه مجددا.[2]

وعليه يقتضي التمييز بين عودة الحق في الحضانة بزوال سبب السقوط الاختياري (أولا)، و بين عودة الحق في الحضانة بزوال سبب السقوط غير الاختياري (ثانيا).

[1] زياني عبد الله، المرجع السابق، ص 255.

[2] ونوغي أمينة، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2015، ص 54.

أولا: عودة الحق في الحضانة بزوال سبب السقوط الاختياري

عندما يكون سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف ناتجا عن تصرف صادر عن مستحقيها بشكل أحادي، يترتب على ذلك الإضرار بمصلحة المحضون، وفي مثل هذه الحالات، يصبح من الضروري الالتزام بالضابط الأساسي المتمثل في تقديم مصلحة المحضون على غيرها، وبما أن الحاضن يظهر من خلال تصرفه عدم الجاهزية لتحمل مسؤولية الحضانة، فإن طلبه يرفض، إلا إذا تبين للقاضي أن مصلحة المحضون تقتضي خلاف ذلك.[1]

ثانيا: عودة الحق في الحضانة بزوال سبب السقوط غير الاختياري

والمقصود به هنا في حال تحقق أحد أسباب السقوط الحضانة التي نصت عليها المادة 66، فنجد أنه ثار خلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان يحق للحاضن استرجاع الحضانة بعد زوال سبب سقوطها أم لا.

فنجد اتفاق كل من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، على أن الحضانة تعود إلى من سقط حقه فيها إذا كان السبب مانعا طارئا، مثل الجنون أو الفسق أو المرض، ثم زال ذلك المانع، كأن يشفى المريض أو يتوب الفاسق أو يعافى المجنون، مستندين في ذلك إلى القاعدة الفقهية إذا زال المانع عاد الممنوع.[2]

أما المالكية، فقد فرقوا بين الموانع، فقرروا أن الحضانة تعود للحاضن إذا كان المانع عذرا اضطراريا، كالسفر أو المرض الذي يمنعه مؤقتا من رعاية المحضون، فإذا زال العذر رجع إليه حقه في الحضانة، باعتبار أن المانع كان ظرفيا وغير دائم.[3]

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 478.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص ص84،85.

[3] المرجع السابق، ص 86.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 05 /04 /2017 على أنه: "**يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري. يعد سقوط اضطراريا غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع**"[1].

تعود وقائع القضية إلى مطالبة الأم باستعادة حضانة ابنتها بعد أن كانت قد أسندت إلى الأب بسبب إقامتها المؤقتة بالخارج (فرنسا)، وبعد عودتها النهائية إلى الجزائر وزوال سبب السقوط، رفعت دعوى لاسترجاع الحضانة.

وقد أجرت المحكمة تحقيقا حول ظروف الإقامة السابقة للأم وتبين لها أن سفرها كان اضطراريا ومؤقتا، وأنها قد عادت بصفة نهائية إلى الوطن بعد انتهاء صلاحية بطاقة إقامتها، وهو ما اعتبرته المحكمة قرينة على زوال سبب السقوط.

وبناء على ذلك، قضى قضاة المجلس بإسناد الحضانة من جديد للأم، وعللوا قرارهم تسبيبا كافيا ومنسجما مع أحكام المادة 62 من ق.أ.ج التي تجيز استرجاع الحضانة في حال زوال السبب غير الاختياري الذي أدى إلى إسقاطها.

رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض المرفوع من الأب، معتبرة أن قضاة الموضوع قد أسندوا إلى وقائع ثابتة وقرائن سائغة في استنتاجهم، مما يجعل قرارهم سليما من الناحية القانونية. ويكرس هذا القرار مبدأ جوهريا يتمثل في أن السقوط المؤقت للحضانة لا يحرم صاحب الحق منها نهائيا، مادام قد ثبت زوال العذر الذي كان سببا في ذلك، تحقيقا لمصلحة المحضون وإستقرار أوضاعه النفسية والاجتماعية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فنجده قد بين حالتين تسترجع فيها الحضانة بعد سقوطها.

[1] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1067582، مؤرخ في 05 – 04 – 2017، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2017، ص ص153،155.

- **الحالة الأولى**: إذا تزوجت الأم من أجنبي وسقط حقها، ثم طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج بغيره.

- **الحالة الثانية**: إذا منحت الحضانة للجدة أو الخالة وسكنتا مع المحضون في بيت أمه المتزوجة من أجنبي، ففي هذه الحالة تعود الحضانة إليها بشرط انتقال الحاضنة إلى مسكن مستقل.[1]

[1] ونوغي أمينة، المرجع السابق، ص 54.

المبحث الثاني
الإشكالات المتعلقة بحق زيارة المحضون وضوابطها

تعد أولى الإشكالات التي تبرز بعد افتراق الأبوين هي سعي الطرف الحاضن إلى الإنفراد بالمحضون وإبعاده عن الطرف الأخر قدر الإمكان، مما يجعل الطفل محورا لهذا الصراع، ويعرضه لانعكاسات تربوية ونفسية خطيرة قد تؤدي به إلى الانحراف ولتجنب هذه الآثار الناتجة عن الانفصال. وجب منح حق زيارة المحضون (المطلب الأول)، وتحديد ضوابط حق هذه الزيارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول
حق زيارة المحضون

تسند الحضانة بعد الطلاق إلى أحد الأبوين أو إلى طرف ثالث، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى افتقاد الطفل المحضون للوالد غير الحاضن أو لكليهما في حالة كان الحاضن غير الأبوين.

الفرع الأول
المستحقين لزيارة في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 64 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية على أنه: "...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

يفهم من ذلك أن القاضي، عند فصله في دعوى انحلال الرابطة الزوجية، يبدأ أولا بمنح الحضانة لمن يستحقها، سواء كانت الأم أو غيرها، مع أن الأفضلية عادة ما تمنح للأم باعتبارها الأقدر على رعاية الطفل وتحقيق مصلحته. وبعد البت في مسألة الحضانة، يصدر القاضي تلقائيا حكما يجيز للطرف الأخر وغالبا ما يكون الأب ممارسة حق زيارة المحضون، حتى إن لم يطلب منه

ذلك صراحة. وذلك حفاظا على الصلة الموجودة بينهم، ويحدد القاضي في نفس الحكم مواعيد الزيارة وأماكنها.[1]

غير أننا نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف دقيق لهذا الحق، كما أغفل بيان شروطه، أو الحالات التي يمكن أن يسقط فيها، فضلا عن عدم تحديده لمن يحق له طلب ممارسة هذا الحق.

الفرع الثاني
المستحقين للزيارة وفقا لقرار المحكمة العليا

إن حق الزيارة المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ.ج سالفة الذكر لا يعد حقا مقصورا على الأب أو الأم المكلفين بالحضانة، وإنما يمتد ليشمل كل من تربطه بالمحضون مصلحة مشروعة، وذلك في إطار مراعاة المصلحة الفضلى لهذا الأخير.

وعليه، يمكن أن يقرر هذا الحق لفائدة الجد، أو العم، أو الخال، أو أي شخص أخر يهمه الحفاظ على الروابط العائلية والاجتماعية بالمحضون.[2]

وقد منح القضاء الحق للأجداد في زيارة أحفادهم واستقبالهم، معتبرا إياهم من بين الأشخاص ذوي الصفة المخولين بممارسة هذا الحق وفقا لما تقر المبادئ القانونية والاجتهاد القضائي.

وذلك من خلال قرارها الصادر في 21 /04/ 1998 الذي قضى على أنه: ״**من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه**

[1] عينار فاطية، مساوي ليدية، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 29.

[2] ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 159.

النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق أ ج فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1]."

يعكس هذا القرار اجتهادا قضائيا مهما في توسيع دائرة أصحاب الحق في الزيارة، ليشمل الأجداد في حالة غياب الأب، خاصة عند قيامهم بواجب النفقة. وهو تكريس لمصلحة المحضون من جهة، وللرابطة الأسرية من جهة أخرى، ويظهر توجه القضاء الجزائري نحو تحقيق التوازن بين حق الطفل في الرعاية وحق الأقارب في صلته العائلية.

المطلب الثاني
ضوابط حق الزيارة

يحاط حق الزيارة مجموعة من الضوابط التي تضمن تحقيق الغاية منه دون أن تتحول الزيارة إلى وسيلة للإضرار بالمحضون أو الحاضن.

ومن هذا المنطلق، فإن ضبط ممارسة هذا الحق يفرض تحديد مكان ممارسة حق الزيارة (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى تحديد سن الزيارة ومدتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مكان ممارسة حق الزيارة

يحدد مكان الزيارة في المكان الذي يحضى فيه المحضون برعاية الزائر، حتى وإن اقتضى الأمر أن تكون الزيارة لعدة ساعات. ومن ثم لا يعتبر من المناسب أن يكون مكان الزيارة في مسكن المطلقة، لما في ذلك من حرج للزائر، باعتبارها أصبحت أجنبية عنه.[2]

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189181، مؤرخ في 21 – 04 – 1998، مجلة المحكمة العليا،ع خ،2001، ص ص193،192.

[2] ديابي باديس، المرجع السابق، ص 160.

ولقد ثبت عن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15 /12 /1998 أنه: "**من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة**"[1].

أكدت المحكمة العليا من خلال هذا القرار، أنه لا يصح شرعا أن يمارس الأب المطلق حق الزيارة داخل بيت طليقته الحاضنة، باعتبارها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق. وقد رأت المحكمة أن هذا الترتيب يخل بمقصد الزيارة، وهو تمكين الأب من رعاية ابنته والتواصل معها في جو ملائم، ومن ثم قررت المحكمة نقض القرار جزئيا في ما يخص مكان ممارسة حق الزيارة، تطبيقا لأحكام المادة 79 من ق.أ.ج[2]، واعتبارا لما تقضي به الشريعة الإسلامية من ضوابط في العلاقة بين المطلقي

الفرع الثاني

سن الزيارة ومدتها

يتعلق تنظيم حق الزيارة بمسألتين أساسيتين، هما سن الزيارة و مدتها، وسنتناول هذين العنصرين على التوالي، بدءا بتحديد السن الذي تمارس فيه الزيارة (أولا)، ثم المدة الزمنية المقررة لها (ثانيا).

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 214290، مؤرخ في 15 – 12 – 1998، مجلة المحكمة العليا، ع خ، 2001، ص ص 194، 196.

[2] تنص المادة 79 من ق.أ.ج على أنه: "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولايراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**".

أولا: سن الزيارة

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، يتضح أن المشرع لم يحدد سنا معينا لممارسة حق الزيارة، مما يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد هذا الحق وتنظيمه، بما يحقق مصلحة المحضون ويكفل له حقه في التواصل مع الطرف الأخر.

وذلك من خلال القرار الصادر في 04 / 01 / 2006 الذي جاء في مبدئه على أن: **"الزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره، حق له وغير مرتبطة بسن معينة"[1].**

تناول هذا القرار مسألة الحضانة والنفقة وحق الزيارة بعد صدور حكم بالتطليق، حيث قضت المحكمة بإسناد الحضانة للأم ومنح الأب حق الزيارة بعد بلوغ المحضون سن أربع سنوات، مع تحديد النفقة.

وقد طعن الأب في القرار، معترضا على تقييد حقه في الزيارة وربطها بسنن معينة، إضافة إلى الاعتراض على تاريخ بداية النفقة، وغياب التعليل القانوني للتطليق.

قبلت المحكمة العليا الطعن شكلا وموضوعا جزئيا، معتبرة أن قضاة الموضوع أخطئوا حين قيدوا حق الزيارة بسن معينة، في حين أن القانون لا يربط هذا الحق بأي أجل زمني، مادام المحضون في حضانة الغير. كما اعتبرت أن تحديد تاريخ بداية النفقة دون تعليل يشكل قصورا في التسبيب.

ومن ثم، قررت المحكمة العليا نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بهاتين النقطتين، مؤكدة أن الزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له، وغير مرتبطة بسن معينة.

[1] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 350942، مؤرخ في 04 - 01 - 2006، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006، ص ص 455،461.

ثانيا: مدة الزيارة

لم يحدد القانون الجزائري، سواء من خلال نص المادة 64 المشار إليها أو من خلال باقي نصوص قانون الأسرة، مدة الزيارة بشكل صريح إذا كانت يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو لساعات أو أكثر.

فنجد أنه قد أسند أمر تحديد أوقات الزيارة إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يقرر هو ما إذا كانت الزيارة تمنح مرة في الأسبوع أو مرتين، وفقا لما يراه مناسبا لمصلحة المحضون.

غير أنه لا ينبغي أن تكون فترات الزيارة نادرة إلى حد يلحق الضرر بالمحضون.[1]

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قرراتها الصادرة بتاريخ 16 /04 /1990 على أنه: "**متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه**[2]".

يتناول هذا القرار مسألة حضانة الأولاد وحق الزيارة بعد الطلاق، حيث قضى مجلس قضاء الأغواط بإسناد الحضانة للأم، مع منح الأب حق زيارة محدودة بمرتين في الشهر، إضافة إلى إبقاء الزوجة المطلقة في سكن الزوجية رغم كونه سكنا وحيدا كما قضى بالتطليق دون تعليل كاف.

[1] ديابي باديس، المرجع السابق، ص 160.

[2] المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 59784، مؤرخ في 16 – 04 – 1990، مجلة المحكمة العليا، ع4، 1991، ص ص126،129.

طعن الأب في هذا القرار بالنقض، وقد قبلت المحكمة العليا طعنه، معتبرة أن منح زيارة مرتين في الشهر فقط يشكل خرقا للمادة 64 من ق.أ.ج التي توجب ترتيبا مرنا للزيارة، يراعي حاجة الأطفال لعلاقة منتظمة مع والدهم. كما اعتبرت أن إبقاء المطلقة في السكن الوحيد للزوج يخالف صراحة القانون، إضافة إلى القصور في تعليل الحكم بالتطليق.

وبناء على ذلك، قررت المحكمة العليا نقض القرار المطعون فيه، مؤكد المبدأ القائل بأن حق الأب في زيارة أبنائه المحضونين حق أساسي يجب أن يمارس بمرونة وبما لا يقل عن مرة في الأسبوع، وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون.

وعليه، فإن القاضي عند ممارسته لهذه السلطة قد يختلف حكمه من قضية إلى أخرى، تبعا لاختلاف سن المحضون، وكذا لاختلاف الزمان والمكان،[1]وبذلك فإن هذه القاعدة تعد قاعدة ذات طابع شخصي، تتعلق بكل محضون على حدة وفقا للظروف المحيطة به.[2]

بالإطلاع إلى القضاء الجزائري، يتضح أنه قد استقر على تنظيم أيام الزيارة وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون، حيث تمنح في العطل المدرسية بنوعيها الأسبوعية والموسمية وكذا في الأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.

ويتم تحديد مواعيد الزيارة وفق السلطة التقديرية للقاضي المختص، مع مراعاة ظروف الأطراف ومصلحة الطفل. ففي العطل المدرسية، جرى العمل على تقسيمها مناصفة بين الحاضن والطرف الأخر وغالبا ما يكون الأب وذلك في حال وجود نزاع بينهما، وهو ما يشكل الحالة الغالبة في المحاكم.

[1] عماري إبراهيم، رباحي أحمد، "مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع3، 2016، ص 183.

[2] بوزيتونة لينة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع"، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية**، جامعة الحاج لخضر، باتنة، م3، ع2، سبتمبر2019، ص 290.

أما في المناسبات الدينية كعيدي الفطر والأضحى فيقضي الطفل عادة اليوم الأول مع الحاضن، واليوم الثاني مع الطرف الأخر. وبالنسبة لعطلة الأسبوع، غالبا ما تخص للأب في الأسبوع الأخير من كل شهر.

أما فيما يتعلق بساعات الزيارة، فإنها غالبا ما تحدد من الساعة التاسعة صباحا إلى الرابعة مساء،[1]غير أنه إذا كان المحضون رضيعا، فإن مدة الزيارة تقلص بما يتناسب مع سنه وحاجاته.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الزيارة يعد من قواعد النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو التنازل عنه، ولو برضا الطرفين، لما له من ارتباط مباشر بمصلحة المحضون.[2]

[1] حسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 520.

[2]عماري إبراهيم، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 183.

ملخص الفصل الأول

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الشروط الواجبة توفرها في الحاضن، بل اقتصر على شرط واحد وهو الأهلية، وذلك من خلال نصه في المادة 62 من ق.أ.ج على أن: **"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".**

مما يقتضي ضرورة رجوع القاضي إلى الفقه الإسلامي لتحديد هذه الشروط، الذي نجده قد قسمها إلى شروط عامة يجب توفرها في الحاضن رجلا كان أو امرأة، وإلى شروط خاصة تخص كل واحد منهما.

كما نجد أنه عندما نص في المادة 64 من ق. أ. ج عن ترتيب أصحاب الحق سواء قبل التعديل أو بعده أقر بأولوية الأم في كلا النصين إلا أنه لم يقم ببيان ما المقصود بالأقربون درجة في نص هذه المادة بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

كما أنه لم يقم بتبيان الحل إذا تعدد مستحق الحضانة في درجة واحدة، ولم تكتفي نص هذه المادة بهذا فحسب بل أضاف المشرع عبارة مصلحة المحضون وهذا يدل على أن الترتيب الوارد في نص هذه المادة ليس من النظام العام، ويمكن للقاضي مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وعلى هذا الأساس جعل المشرع ترتيب مستحقي الحضانة موجها للقاضي فمتى رأى مصلحة المحضون قضى بذلك استجابة لنص هذه المادة وله الخروج على هذا الترتيب.

إلا أننا نجد أن هذا الحق ليس مطلقا بل بإمكانه أن يسقط متى اختلت أحد شروطه الجوهرية التي نجد أن المشرع الجزائري قام بتحديدها في ق.أ.ج من المادة 65 إلى المادة 70. ولكن بإمكان لذلك الحق أن يعود في حال كان ذلك السبب غير اختياري.

كما نجد أن المشرع الجزائري أقر بحق الزيارة، إلا أنه لم يحدد معناها ولا المكان الذي تجرى ولا الزمان.

الفصل الثـاني
دور الاجتهـاد القضـائي في حسم الإشكـالات المتعلقة بالحقوق المـادية للمحضون

تُعتبر الحضانة من المواضيع الأكثر حساسية وتعقيدًا ضمن منظومة قانون الأسرة، لما لها من أبعاد قانونية، اجتماعية، ونفسية متداخلة. وإذا كانت الحضانة في ظاهرها تُمثل نظامًا قانونيًا يهدف إلى رعاية الطفل خلال فترة عدم قدرته على الاستقلال، فإن مضمونها يتجاوز بكثير هذا المفهوم، ليطال الجوانب المعنوية والعاطفية والنفسية للمحضون، وهي جوانب يصعب ضبطها، مما يجعلها من أبرز الإشكالات في النزاعات الأسرية.

ومن أبرز الإشكالات المعنوية التي تُطرح في هذا السياق ما يتعلق بسكن المحضون، حيث يثار تساؤل جوهري حول من يتحمل مسؤولية توفيره، ومدى اعتبار السكن المستقل حقًا للمحضون أم مجرد عنصر تابع للحضانة. فقد أثبت الواقع العملي أن غياب السكن المناسب قد يُعرّض مصلحة الطفل للخطر، خاصة إذا كان السكن الحالي غير ملائم من الناحية الاجتماعية أو النفسية.

كذلك تبرز نفقة المحضون كإشكال جوهري لا يقل أهمية عن السكن، حيث تشمل هذه النفقة جميع المتطلبات الحياتية للمحضون، من غذاء وكسوة وتعليم وعلاج، بل وأحيانًا مصاريف الترفيه والدعم النفسي. غير أن تقديرها من الناحية القضائية كثيرًا ما يواجه صعوبات تتعلق باختلاف الأوضاع الاقتصادية، وغياب معايير موحدة لتحديد الكفاية، أو تباطؤ في تنفيذ الأحكام المتعلقة بها، مما يُضعف أثرها الواقعي في حماية حقوق الطفل .ويزداد تعقيد هذه الإشكالات حين تتخذ الحضانة بعدًا صراعيًا بين الأبوين، فيُستغل الطفل كورقة ضغط أو أداة للانتقام، مما يُفاقم من حدة النزاع ويؤدي إلى آثار سلبية عميقة في نفسية المحضون. وهنا يُطرح التساؤل حول مدى قدرة الاجتهاد القضائي على معالجة هذه الإشكالات، ومدى نجاحه في تجاوز الصياغة العامة للنصوص إلى تطبيقات تراعي الخصوصيات الفردية لكل حالة.

وعليه، فإننا من خلال هذا الفصل سنحاول تسليط الضوء على الإشكالات المادية المرتبطة بالحضانة، من حيث طبيعة سكن المحضون ونفقته، ولمعالجتها قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتطرق في **(المبحث الأول)** إلى الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون، بينما في **(المبحث الثاني)** إلى الإشكالات المتعلقة بمسكن ممارسة الحضانة.

المبحث الأول

الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون

يُعد ضمان الحقوق المادية للمحضون بعد انفصال الأبوين من أهم التحديات التي تواجه القضاء في قضايا الأسرة، ذلك أن مصلحة الطفل، باعتبارها مبدأ فوقي، لا يمكن أن تتحقق ما لم يُوفر له الحد الأدنى من شروط العيش الكريم، سواء تعلق الأمر بالنفقة بمفهومها الواسع أو بالسكن المناسب الذي يضمن له الاستقرار. وقد أولى قانون الأسرة الجزائري عناية واضحة للحقوق المرتبطة بالمحضون.

إذ أوجب النفقة على الأب، وأكد على توفير السكن خلال فترة الحضانة، لكنه في الوقت ذاته لم يفصل بشكل كافٍ في تفاصيل هذه الالتزامات، الأمر الذي فتح المجال أمام القضاء للتدخل من خلال اجتهاداته قصد توضيح الغموض التشريعي وسد النقص القانوني، مستندًا في ذلك إلى مرجعيات شرعية، وقواعد قانونية عامة، واجتهادات مقارنة، خاصة تلك القائمة على معيار "المصلحة الفضلى للطفل".

وتُظهر قراءة الاجتهادات القضائية في هذا المجال أن القضاء اعتمد في كثير من الحالات على سلطته التقديرية، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لقضايا الأسرة، وما تفرضه من مرونة وتكييف فردي لكل حالة، خاصة فيما يتعلق بتقدير النفقة، تحديد الجهة الملزمة بها، أو الفصل في مسألة توفير السكن.

سيتم انطلاقًا من هذه المعطيات، في هذا المبحث إلى دراسة كيفية تعامل الاجتهاد القضائي مع الحقوق المادية للمحضون، من خلال مطلبين أساسين **(المطلب الأول)** المتمثل في شروط وجوب النفقة وتاريخ استحقاقها أما **(المطلب الثاني)** فسنخصصه لدراسة تقدير ومشتملات النفقة.

المطلب الأول

شروط وجوب النفقة وتاريخ استحقاقها

تعد النفقة من أبرز الالتزامات التي يرتبها القانون لصالح المحضون، باعتبارها من الوسائل الأساسية لضمان استقراره المعيشي والنفسي. وقد أولى المشرع أهمية بالغة لهذا الحق، لما له من تأثير مباشر على مصلحة الطفل وكرامته، فأحاطه بمجموعة من الأحكام التي تنظم شروط وجوبه، وتحدد الأطراف الملزمة به، وتضبط تاريخ استحقاقه، وفقًا لمبادئ العدالة ومراعاة الظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل حالة.

وانطلاقًا مما سبق، يتعين التطرق إلى شروط وجوب النفقة في **(الفرع الأول)** وإلى تاريخ استحقاقها في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

شروط وجوب النفقة

تعتبر النفقة من الحقوق الأساسية للطفل المحضون، وهي واجبة على الأب لضمان توفير احتياجات الطفل من مأكل وملبس ومسكن ورعاية صحية وتعليم، وذلك حفاظا على كرامته وتوفير ظروف معيشية مناسبة له بعد انفصال والديه، ولكن لا تجب النفقة إلا إذا توفرت شروط معينة.

فيشترط الفقه الحنفي لوجوب نفقة المحضون أن يكون المنفق قريبا له من جهة النسب، على أن تكون هذه القرابة من النوع الذي يحرم معه الزواج بين الطرفين، وهو ما يعرف عليه في الفقه "بالرحم المحرم"، ويشترط أن يكون المحضون ممن يستحق الإرث أي يكون من بين ورثته الشرعيين.[1]

[1] رمضان علي السيد الشرتباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الجامعة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2015، ص419.

وعليه، لا تجب نفقة المحضون في الفقه الحنفي إلا إذا اجتمعت هذه الشروط التالية: القرابة، والمحرمية، واستحقاق الإرث، مع ضرورة أن يكون المحضون غير قادر على الكسب، والمنفِق قادرًا على تحمل أعباء النفقة. وإذا اختل أحد هذه الشروط، فإن الالتزام بالنفقة يسقط شرعًا.

أما عند الحنابلة، يشترط أن يكون المنفق عليه وارثا من المنفق وهذا الشرط وحده يكفي، والشافعية اشترطوا أن يكون من الأصول والفروع، في حين أن فقهاء المالكية اشترطوا وجوب النفقة على العلاقة التي تربط بين الأب وابنه فقط[1] ودليل وجوب نفقة الولد على أبيه قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ**﴾[2].

وقول الرسول ﷺ لهند زوجة أبي سفيان "**خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف**".

وبالتالي أخذ المشرع الجزائري برأي فقهاء المالكية 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 لدراسة وسقط بالاستغناء عنها بالكسب**"، ويفهم منها أن نفقة المحضون تكون على عاتق الأب بالدرجة الأولى فهو المسؤول عن كل احتياجات ولده، وقد اشترط المشرع الجزائري لوجوب نفقة المحضون الشروط التالية:

- أن يكون الابن فقيرا عديم الكسب،[3] ففي الأصل تمنح النفقة لغير القادر على الكسب، كونها تشرع للحاجة، وبالتالي إذا كان الابن موسرا أي يملك ما يكفيه من مال أو مورد

[1] رمضان على السيد الشرتباصي، المرجع السابق، ص419.

[2] سورة البقرة، الآية 233، ص 37.

[3] بن عمار محمد، بن داود حنان، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، م4، ع2، 2020، ص.ص 253،227.

يغنيه عن غيره فلا تجب له النفقة، سواء كان صغيرا أو كبيرا أو عاجز عن الكسب ما دام لا يحتاج إليه.

أما في حالة فقره فالنفقة تكون واجبة على من تلزمه، والتي تكون على عاتق الأب فإن لم يكن للمحضون مال ينفق منه على نفسه، أوجب القاضي على والده بتحمل نفقته.

- أن يكون الابن عاجز عن الكسب أي أنه غير قادر على توفير معيشته بنفسه[1]، حياته، بسبب صغر سنه، أو إصابته بعاهة مستديمة، أو مرض مزمن، أو حتى لانشغاله بالدراسة التي تمنعه من التفرغ للعمل.

وقد أخذ المشرع الجزائري هذا الشرط ضمن المادة 75 من ق أ ج، لقيام نفقة صحيحة كنتيجة لانحلال الرابطة الزوجية وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:"**من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب. ومتى ثبت-في قضية الحال-أن الولد المنفق عليه ملوق ويتقاض منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن.**"[2]

حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن المرفوع أمامهم بتاريخ 1996/04/05 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم الذي قام بتأييد حكم محكمة مستغانم الصادر يوم 1996/06/04، حيث أن المسمى (ك.م) قد طلب نقض وإبطال القرار القاضي على المطعون ضده بنفقة قدرها 800 دج لشهر لولده (م)، حيث استند الطاعن في طلبه على وجه وحيد المأخوذ من مخالفة القانون.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 387.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 179126، مؤرخ في 17 -02- 1998، مجلة المحكمة العليا، ع خ، سنة 2001، ص ص199،198.

إذ أن قضاة الموضوع قد قضوا على الطاعن بنفقة الولد المعوق حركيا وعقليا الذي من شانه يأخذ منحة الاجتماعية مبلغ 2500 دج شهريا وهذا الولد يعتبر صاحب كسب ففي هذه الحالة الأب يكون غير ملزم بالإنفاق عليه وفقا للمادة 75 من ق.أ.ج ، لكن هذه المنحة التي يأخذها الولد لا تعتبر كسب بل هي مجرد إعانة لا تغطي حاجياته.

حيث قضت المحكمة العليا إلى رفض الطعن، وأقرت بعدم إعفاء الطاعن من الإنفاق على ابنه كون أن تلك المنحة التي يأخذها لا تعتبر كسب بل هي مجرد إعانة ولا تغطي واجباته، فيشترط على الأب الإنفاق على ولده كون هذا الأخير عاجزا عن ذلك.

- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق، [1]أي أن تتوفر لديه كل الإمكانيات اللازمة لتلبية مختلف حاجيات المحضون ويكون قادرا على الكسب وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من ق.أ.ج،[2]بحيث يفهم منها، أنه يجب على الأب بعد فك الرابطة الزوجية الإنفاق على ابنه لكون هذا الأخير لا مال له أو صغير في السن أو ذو عاهة أو كان مزاولا للدراسة، رغم بلوغه سن الرشد.

أما بالنسبة للبنت فتجب على الأب النفقة على ابنته إلى غاية زواجها والدخول بها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج [3]وبالتالي يصبح هذا الأخير مسؤولا عليها.

وفي حالة عجز الأب عن الكسب ينتقل واجب النفقة إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك وهذا ما توضحه نص المادة 76 من ق.أ.ج،[4] بحيث أن نفقة الأولاد هي مسؤولية أولية تقع على عاتق الأب لكن في حالة عجزه عن ذلك وعدم قدرته التامة عن الاسترزاق تسند النفقة إلى الأم،

---

[1] ديابي باديس، المرجع السابق، ص84.

[2] تنص المادة 75 من ق.أ.ج 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**".

[3] ديابي باديس، المرجع السابق، ص 84.

[4] تنص المادة 76 من ق.أ.ج على أنه: "**في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**".

إن ثبت أن لها القدرة المالية الكافية أي أن تكون ميسورة الحال وباستطاعتها الإنفاق على أولادها، وذلك بعد قيام الدليل على عجز الأب ونقصد بالعجز هنا عدم قدرته التامة على الكسب لا بمجرد فقره [1]، وإلا تقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أولادهم.

الفرع الثاني
تاريخ استحقاقها

تنص المادة 80 من ق.أ.ج على أنه: " **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.** "

يتضح لنا أن المستحق للنفقة يمكنه المطالبة بها اعتباراً من تاريخ تقديم الطلب، كما يمكن للقاضي أن يأمر بدفع النفقة عن فترة تصل إلى سنة قبل رفع الدعوى إذا كانت هناك أدلة تثبت استحقاقها في تلك الفترة، ويكون استحقاق النفقة إما باتفاق بين الطرفين أو بمقتضى حكم قضائي.[2]

يتم الاتفاق عادة بين الملزم بالنفقة والمستحق لها على كيفية أدائها، وتحديد مقدارها ومدتها، في حين يلجأ صاحب الحق في النفقة إلى القضاء إذا امتنع من تجب عليه النفقة عن أدائها. [3]

وتُستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم بها استنادًا إلى بينة لا تتجاوز مدتها سنة قبل رفع الدعوى،[4] باعتبار أن النفقة تمثّل حاجة أساسية وملحّة لا تحتمل التأخير و لا يجوز السكوت عنها لمدة طويلة، فهي تُعد من الأمور المستعجلة التي يجب الفصل فيها بسرعة لضمان توفير متطلبات العيش الضرورية للمستحق، خاصة إذا تعلق الأمر بالمحضون بحيث يستوجب دائما مراعاة مصلحته في مختلف المسائل، بحيث يفقد الأولاد حقهم في النفقة إذا

[1] ديابي باديس، المرجع السابق، ص85.

[2] بن عمار محمد، بن داود حنان، المرجع السابق، ص 239[2]

[3] المرجع نفسه، ص239.

[4] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومى، الجزائر، ص592.

انقضت مدة سنة كاملة دون المطالبة بها، في حين يمكن المطالبة بالنفقة الماضية إذا كانت المدة لا تتجاوز سنة، و تم تقديم دليل واضح على استحقاقها[1]

فبعد أن تطرقنا إلى موقف المشرع الجزائري بخصوص تاريخ استحقاق النفقة والتي تكون من تاريخ رفع الدعوى كما يتعين للقاضي الحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، نجد القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية: "**من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.**"[2]

حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن المرفوع أمامهم بتاريخ 1987/03/12، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1986/07/28، حيث قامت السيدة (ب.ع) برفع دعوى لإبطال القرار الصادر من مجلس قرار تيزي وزو بتاريخ 1986/17/28 الذي قام بتأييد الحكم الصادر من محكمة الحمام بتاريخ 1983/04/18 الذي قضت بطلاق بين الزوجين بطلب من الزوج مع حفظ حقه في زيارة الأولاد.

استندت الطاعنة على وجهين، الوجه الأول مأخوذ من خرق القانون وخاصة المادة 13 ق. إ.م[3]، بأن مجلس لا يشير إلى مهنة الأطراف، والوجه الثاني مأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات وتحريف أقوال المناقشة وانعدام النسب وانعدام القاعدة الشرعية.

توصلت المحكمة العليا إلى رفض الطعن في القرار الصادر من مجلس تيزي وزو، وقام بتحميل الطاعنة المصاريف القضائية والنفقة تستحق قانونا من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص293.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 57.506، مؤرخ في 25-12-1989، مجلة المحكمة العليا، ع3، سنة 1999، ص ص65،67.

[3] تنص المادة 13 من ق.إ.م.إ على أنه: "**لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعى أو المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون**".

المطلب الثاني
تقدير ومشتملات النفقة

يُعد تقدير النفقة مسألة جوهرية تستوجب مراعاة جملة من الاعتبارات، منها حال المستحق وقدرة الملزم بها، إلى جانب الظروف الاجتماعية والاقتصادية المختلفة. كما يدخل ضمن مشتملات النفقة عناصر متعددة، لا تقتصر على الغذاء فقط، بل تشمل أيضاً الكسوة، السكن، ومصاريف العلاج والتعليم، مما يجعل تقديرها أمراً معقداً يتطلب اجتهاداً قضائياً دقيقا، وانطلاقاً من هذه الأهمية، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في (الفرع الأول) تقدير النفقة، أما (الفرع الثاني) بذكر مشتملات النفقة.

الفرع الأول
تقدير النفقة

نصت المادة 79 من ق.أ.ج في مسألة تقدير النفقة على ما يلي "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.** "

يستوجب على القاضي مراعاة الحالة المادية لكل من الأب والأم ومعرفة مصدر معيشتهما ومداخيلهما كالاطلاع على قسيمة الأجرة إن كان ميسور الحال أو ذو دخل متوسط.

وتجدر الإشارة إلى أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى القضائية، كما يمكن المطالبة برفع مبلغ النفقة متى طرأت تغييرات على الوضعية المالية للزوج أو تأثير القدرة الشرائية نتيجة ارتفاع الأسعار وتغير ظروف العيش.[1]

وللقاضي الاستعانة بالخبراء في ذلك وتماشي النفقة مع تغير ظروف المعيشة، وباستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداء من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها.[2]وهو وحده من له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال مراعيا بذلك المستوى

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص445.
[2] بلحاج العربي،أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص590.

المعيشي المعتاد للأسرة، وظروف الحياة الاقتصادية الراهنة كغلاء المعيشة، وعدد الأبناء ومختلف مصاريف العلاج والتعليم.

ويهدف هذا التقدير إلى ضمان نفقة عادلة لا ترهق الملزم بها، ولا تقصر في تلبية احتياجات المحضون.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه "**من المقرر قانونا أن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبة الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة يجعل القرار يستوجب النقض.**"[1]

الفرع الثاني
مشتملات النفقة

تُعرّف النفقة بأنها كل الاحتياجات التي يقدمها الشخص لمن تلزمه نفقتهم، لتغطية ضروريات الحياة مثل الطعام، والملبس، والمسكن، والعلاج، وفقًا لما هو متعارف عليه في المجتمع. ويُراعى في تحديد مقدار النفقة قدرة المنفق، فلا يُطلب منه ما يفوق طاقته. ويقع على عاتق الزوج مسؤولية الإنفاق على الحاضنة وأولاده، بما يكفل لهم مستوى معيشي لائقًا يتناسب مع إمكاناته المالية.[2]

نستنتج من نص المادة 78 من ق.أ.ج،[3] أن النفقة ليست محصورة في الطعام فقط، بل تمتد لتغطي مختلف الجوانب الأساسية التي يحتاجها الإنسان لحياة كريمة، مثل اللباس الملائم، الرعاية

---

[1] نسيمة أمال حيفري، "نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، **المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية**، جامعة وهران، م1، ع2، 27جوان،2017، ص106.

[2] نسيمة أمال حيفري، المرجع السابق، ص105.

[3] تنص المادة 78 ق.أ.ج على أنه: "**تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن و أجرته، وما يعتبر الضروريات في العرف والعادة**".

الصحية، ومكان الإقامة اللائق، سواء بتوفيره فعلياً أو دفع أجرته، وكل ما يعتبر ضروريا في العرف والعادة.

ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه فقهـاء الشريعة الإسـلامية إلا أنه أضـاف مـا يسمى بنفقة العلاج وجعلـه فـي المرتبـة الثالثـة لمـا لـه مـن أهميـة كالغـذاء واللبـاس، بالنظر إلى أهميته في المحافظة على صحة المحضون.[1]

كما يجب مراعاة مقتضيات توفير السكن أو دفع بدل الإيجار كونهما من أساسيات النفقة ويعد من العناصر التي تدخل ضمن النفقة الواجبة شرعا وقانونا.[2]

وهذا ما جاء في إحدى القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية من خلال المبدأ الأتي: "**يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة. لا يكتسي الحكم الصادر إلا حجية مؤقتة.**"[3]

حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن المرفوع أمامهم في تاريخ 2008/04/19 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 2007/12/30 حيث قام السيد (س.ل) برفع الدعوى ضد المطعون ضدها (ز.ع) والنيابة العامة، لإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف الذي يؤيد قرار الصادر عن المحكمة الابتدائية بتاريخ 2007/04/08، الذي يلزم الطاعن بأن يوفر للمطعون ضدها مسكنا لممارسة الحضانة و في حالة تعذره يرفع لها بدل إيجار شهري، واستند الطاعن على وجهين لإبطال هذا القرار، الوجه الأول مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات بدعوى أنه لم يتم الإشارة إلى اسم المستشار.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص586.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص442.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15 -04- 2010، ملف رقم 554808، المجلة القضائية، ع1، سنة 2010، ص ص 241،244.

أما الوجه الثاني مأخوذ من مخالفة القوانين بقوله أن مجلس قد خرقوا مبدأ قانونيا يتمثل في قبولهم الجمع بين طلبين أصليين مستقلين الأول يخص طلب دفع النفقة والثاني منح بدل الإيجار.

توصلت المحكمة العليا إلى قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، وأقرت أن النفقة ومشتملاتها تعد من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت.

المبحث الثاني
الإشكالات المتعلقة بمسكن ممارسة الحضانة

باعتبار أن الحضانة هي تربية الصغير ورعاية شؤونه لذا يجب على الأب توفير كل الظروف الملائمة من أجل نشأة الصغير في بيئة سليمة ليحظى برعاية والتربية اللازمة، حيث يعتبر السكن من المتطلبات والحاجيات الضرورية للحضانة ليعيش المحضون مع الحاضن سواء كان الأب أو الأم، وإن لم يوفر له المسكن فمصير الطفل سوف يضيع بسبب الإخلال بهذا الحق. سنتناول حق المحضون في السكن (المطلب الأول)، ثم إلى التزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن المحضون أو دفع بدل الإيجار في (المطلب الثاني).

المطلب الأول
حق المحضون في السكن

يعد السكن من الضروريات الأساسية التي لا يمكن للمحضون الاستغناء عنها، فهو يشكل البيئة التي يعيش فيها الطفل، مما يؤثر بشكل مباشر على صحته النفسية والجسدية وتكوينه الاجتماعي. ولهذا نص قانون الأسرة على وجوب توفير السكن المناسب للمحضون ضمن نطاق النفقة الواجبة، سواء بتأمين مسكن فعلي أو بدفع بدل إيجار عند تعذر ذلك. ويأتي هذا الحق في إطار حماية مصلحة الطفل وضمان توفير حياة كريمة له، بما يعكس اهتمام المشرّع بضمان الاستقرار الأسري والاجتماعي للمحضون، وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا.

الفرع الأول
حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة

تنص المادة 72 من ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: "**نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته**".

يتضح لنا من خلال استقراء نص هذه المادة، بأنه تم تقييد حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بشروط محددة، بأن لا يكون للمحضون مالا أي دخلا معينا ففي هذه الحالة يقضى له

والده أجرة مسكن الحضانة و ذلك بأن لا يكون وارثا أو موهوبا له أو موصى له بأموال من قبل الأقارب.

وهذا في نادر لأن غالبا ما يكون الحاضن بحاجة ولا مال له، وفي حين أنه إذا تعذر على الأب توفير مسكن الحضانة، فإن القاضي يلزمه بدفع بدل الإيجار قصد توفير مسكن لأولاده، كون أن للقضاء دور فعال في الحكم بأجرة مسكن الحضانة.

فهو من يعمل على حماية المحضون، فقد ألزم الأب بأجرة المسكن دون الأخذ بعين الاعتبار عدد المشمولين بها، ضف إلى ذلك عدم أخذ القضاء لامتلاك الحاضنة مسكنا لحضانة ولد[1]

الفرع الثاني
حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة

قام المشرع بموجب أمر المؤرخ في 2005/02/27 بتعديل كل من نص المادتين 52 و72 من ق.أ.ج، فعدل المادة 52 من خلال إلغاء الفقرات 2و3و4 منها، وكذا تعديل المادة 72 منه المعدلة بموجب الأمر 05-02: " **في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل إيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.** "

المادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من المادة السابقة الذكر وبرغم من أنها نصت على السكن أيضا لكن بأسلوب غير وجوبي لحد ما بحيث لم يكن أسلوبا صارما.

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع لم يربط استحقاق الحاضنة لسكن الحضانة بشروط متعددة وإنما اقتصر على توفير شرطين يمكن استخلاصهما من النص هما صدور الحكم بالطلاق فلا يمكن التعرض إلى حق المحضون في السكن في حالة قيام العلاقة الزوجية كون الطفل يكون في

[1] بوقرة أم الخير،"حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق"، **مجلة العلوم الإنسانية كلية الحقوق والعلوم الإنسانية**، جامعة محمد خيضر، بسكرة، م19، ع1، سنة 2019، ص70.

حضانة والديه ولا يطرح أي إشكال ولهذا لبد أن يكون هناك طلاق حتى يثار مشكل استحقاق سكن المحضونين وبالتالي يجب صدور حكم قضائي.

كما يشترط الحكم بإسناد الحضانة فلا بد أن تكون الحضانة مسندة بحكم لمن يطالب بسكن الحضانة، فلا يمكن لمن لم تسند له الحضانة المطالبة بسكن الحضانة.[1]

فالمشرع في تعديله للمادة ألزم الأب بأن يوفر سكنا ملائما للمحضون وإن تعذر ذلك، يدفع بدل الإيجار، وكان صريحا باستعماله صيغة الوجوب "يجب" والتي تعني الإلزام.[2]

المطلب الثاني

التزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن المحضون أو دفع بدل الإيجار

يُعتبر السكن من الشروط الأساسية لتمكين الحاضن من رعاية المحضون في ظروف مناسبة، لذلك ألزم المشرّع الجزائري الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة (الفرع الأول) وإذا لم يستطع، فعليه دفع مبلغ مالي يُعادل كراء سكن (الفرع الثاني) هذا الإجراء يهدف إلى حماية مصلحة الطفل أولًا، وضمان أن يعيش في بيئة مستقرة حتى بعد طلاق الوالدين.

الفرع الأول

التزام الأب بتهيئة سكن المحضون

اشترط المشرع الجزائري أن يكون السكن المخصص لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة، كون هي من تتولى رعاية المحضون وتسند حضانته إليها، ولهذا تقرر لها الحق في توفير سكن ملائم لممارسة

[1] مكي خديجة، سكن المحضون في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

[2] المرجع نفسه، ص28.

الحضانة، وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقم بتعريفه لمسكن ممارسة الحضانة و لم يبين مقصوده بل اكتفى بعبارة سكنا ملائما.[1]

وباستقراء المادة 72 من ق.أ.ج المعدلة[2] نجد أن توفير الأب المسكن الملائم ليس إلزاميا إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة عدم قدرة الأب على توفير السكن يستوجب عليه بدفع بدل الإيجار.[3] كما يمكن للحاضنة رفض ذلك المسكن المتهيئ إذ كان لا يستوفي شروط العيش فيه براحة وأمن لتوفير حياة كريمة للمحضون وبظروف جيدة مراعاة لصحته النفسية والجسدية، ولابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، فيجب أن يكون ذلك المسكن حقيقة لا يستوفي للحاجيات الأساسية ومصطلح الملائمة على ما يحمله من معاني مختلفة إلا أن المقصود منه في هذه الحالة هو أن يكون مناسبا للحضانة والمحضون بحسب القدرة المالية للأب ووضعه الاجتماعي.[4]

ولا يكون المسكن ملائما إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية:

- أن يكون المسكن مناسبا للمحضون والحاضنة معا، حتى تكون هذه الأخيرة متمكنة من القيام بواجبها من رعاية وتعليم وتربية المحضون، وتكون قادرة أيضًا على حمايته صحياً ونفسياً وأخلاقياً.
- يُشترط في هذا المسكن أن يكون صالحاً للعيش، ويحتوي على الضروريات الأساسية مثل الكهرباء والماء والمرافق الصحية وبعض الأثاث، وذلك كله في حدود ما يستطيع الأب توفيره حسب حالته المادية، دون أن يُحَمَّل ما لا يطيق، وبما يحقق مصلحة الطفل.

---

[1] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2018، ص88.

[2] تنص المادة 72 من ق.أ.ج على أنه: "**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**".

[3] مكي خديجة، المرجع السابق، ص 28.

[4] المرجع نفسه، ص 28،29.

- ألا يكون في مكان بعيد ومعزول عن العمران لأن ذلك سوف يؤثر سلبا على المحضون، ويعقيه عن متابعة دراسته، وممارسة مختلف الأنشطة اليومية بشكل طبيعي وهو ما يتنافى مع مصلحته.
- ألا يكون في بناية غير أمنة أو عبارة عن كوخ أو غرفة واحدة لا تتوفر فيه أدنى شروط الصحة والنظافة،[1] كما يستوجب أن يكون ذلك المسكن قريب من بيت أهلها لأن عكس ذلك لا يعد ملائما.

وهذا ما أقرت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة عن غ ش أ و م في المبدأ الأتي: "**يتحدد مسكن ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة.**"[2]حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 2008/04/19 حيث قامت السيدة (ك.ع) برفع دعوى ضد (ب.ع) لإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 2007/06/02 والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد أن يكون سكن الحاضنة المقضي به بسيدي عقبة أو دفع بدل الإيجار المقضي به في نفس القرار.

واستند الطاعن إلى وجه وحيد لإبطال هذا القرار الوجه المشار مأخوذ من قصور التسبيب، حيث أن القضاة عللوا قرارهم استجابة إلى المطعون ضدها في طلبها في السكن بمدينة سيدي عقبة بدلا من مشونش إلى عادات المنطقة التي تتنافى وإقامة المرأة المطلقة بعيدا عن أهلها حيث ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله كون أن المادة 72 لم تحدد المكان الذي يجب توفير السكن طالما إن الحاضن.

[1] مكي خديجة، المرجع السابق، ص29.

[2]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 581700، مؤرخ في 11-11- 2010، مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2011، ص ص252،254.

وفر السكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان أخر تختاره الحاضنة خاصة وأن المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله.

قضت المحكمة العليا إلى قبول الطعن بالنقض شكلا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 2008/04/19 والمصاريف على المطعون ضدها وأن في حال تواجد بيت الزوجية كمكان لممارسة الحضانة لا يستوجب ذلك اشتراط الحاضنة بيتا قرب بين أهلها مع العلم أن البيت الأول يحقق مصلحة للمحضون.

ويفهم منه أن المادة 72 من ق.أ.ج، أنه يستوجب على الأب أن يوفر المسكن الملائم لممارسة الحضانة وفي حال تعذره فعليه بدفع بدل الإيجار، ويبقى مكان توفير السكن بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة.

وبالتالي فلا يحق للحاضنة إلزام أب المحضون بمسكن أخر أو أن تختاره هي بنفسها إن كان المسكن الذي يتواجد فيه الحاضن يحقق مصلحته.

كما أن توفير سكن ملائم لا يقتصر فقط كونه موجودا بل يجب أن يستجيب لحاجيات المحضون، وهذا ما جاء في أحد القرارات الصادرة عن غ ش أ من خلال المبدأ الاتي: "**يتعين على الولد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة بتحقيقه مصلحة المحضون.**" [1]حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن المرفوع أمامهم في تاريخ 2007/02/03 ضد القرار الصادر من مجلس قضاء البليدة بتاريخ 2006/11/06 الذي يؤيد القرار الصادر من المحكمة الابتدائية الذي يلزم المطعون برفع بدل الإيجار إلى 6000 دج شهريا تسري ابتداء من تنفيذ القرار الحالي.

واستند الطاعن على وجهين لإبطال هذا القرار، الوجه الأول مأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أنه القرار المستنفذ غير مسبب لما فيه الكفاية إذ اكتفى بذكر أقوال المدعى عليها دون

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 477191، مؤرخ في 14 -01 - 2009، مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة 2009، ص 275،278.

تحليلها، أما الوجه الثاني مأخوذ من انعدام الأساس القانوني المادة 3/233 من ق.إ.م.إ لخلو القرار المنتقد من أي نص قانوني يتم من خلاله معالجة المسألة المطروحة لأن الاعتماد على وقائع مجردة غير كاف لإصدار قرار يؤيد الحكم المستأنف.

قضت المحكمة العليا إلى قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، وأن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى وهو الطاعن وأنه عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة يستوجب مراعاة مصلحة المحضون.

يتبين منه أن من الضروري مراعاة مصلحة المحضون فهي الأولى وعلى الأب أن يأخذ بعين الاعتبار إقامة المحضونين بالقليعة حيث ولدوا وتربوا وترعرعوا فيها إضافة إلى مزاولتهم لدراسة هناك وتغييرهم للمسكن سوف يمس من استقرارهم.

فبتالي، لم يكن من الضروري النظر في المسكن الأخر الكائن ببلدية الأربعاء بالرغم من أنه متكون من ثلاث غرف وملحقاته يمكن للمدعى عليه ممارسة الحضانة فيه.

فمراعاة لمصلحة المحضونين أخذوا ببدل الإيجار وفق ما توجبه المادتين 72 و78 من ق. أ.ج بمبلغ قدره ستة ألاف ليتناسب مع مستوى الأسعار المعمول فيها بالمنطقة.

الفرع الثاني

التزام الأب بدفع بدل الإيجار للمحضون

اختلف الفقهاء في حكم أجرة سكن المحضون، وتعددت أقوالهم بحيث اختلف فقهاء الحنفية وانقسموا إلى رأيين، الأول بأن أجرة السكن تعتبر نفقة مستقلة عن أجرة الحضانة، وهي واجبة على الأب باعتباره الملوم بالنفقة على المحضون، أما الرأي الأخر فلا تجب على الأب أجرة السكن إذا كان الحاضن يملك مسكنا ملائما للمحضون.[1]

[1] سلمان دعيج بوسعيد، "مراعاة مصلحة المحضون في الفقه وقانون الأسرة البحريني دراسة مقارنة"، **مجلة الشهاب**، جامعة الوادي، ع3، السنة 2020، ص336.

أما بالنسبة لفقهاء المالكية اختلفوا بدورهم إلى ثلاثة أقوال، الأول أن أجرة السكن واجبة على الأب، وتشمل الحاضنة والمحضون معا، باعتبار أن السكن ضروري لاستقرار المحضون ولا يمكن عزله عن الحاضنة التي تتولى رعايته.

الثاني بأن أجرة السكن تجب على الأب فقط فيما يخص المحضون، أما الحاضنة فعليها أن تتحمل حصتها من السكن، وبذلك يتم توزيع أجرة السكن بين الأب والحاضنة.

أما القول الثالث، أن أجرة السكن تكون على الميسور من الأبوين سواء كان الأب أو الأم مراعاة للقدرة المالية وتحقيقا لمصلحة المحضون، وهذا ما يعكس مرونة المذهب المالكي في مراعاة مصلحة المحضون.

في حين أن الشافعية والحنابلة يرون بأن أجرة السكن واجبة على الأب لكل من المحضون والحاضن، باعتبارهما من مشتملات النفقة اللازمة للولد، إذ لا تتحقق مصلحة المحضون إلا بوجود سكن له ولمن يحضنه.

وبالنظر إلى اختلاف الفقهاء في حكم أجرة السكن، نرى بأنه انقسمت أرائهم إلى ثلاث اتجاهات رئيسية، الاتجاه الأول أن الأجرة غير واجبة وضروري على الأب خصوصا إن كانت الحاضنة تملك مسكنا، أما الاتجاه الثاني أن النفقة المحضون واجبة على الأب دون الحاضنة والاتجاه الأخير أن النفقة من واجب الأب لكل من المحضون والحاضنة على حد سواء.

وللقاضي أن يقدر كل حالة على حدة، مراعيا خصوصيتها وظروفها الخاصة.[1]

في حين جاءت المادة 72 من ق.أ.ج، صريحة ملزمة الأب بدفع الإيجار المسكن في حالة عدم استطاعته توفير مسكن ملائم للحاضنة، فالواجب توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك ينقل الالتزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم بواحد منهما على سبيل الخيار، وذلك ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة عن غ ش أ و م في المبدأ الأتي: "**القضاء تخيير الزوج بين**

[1] سلمان دعيج بوسعيد، المرجع السابق، ص336.

تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص سكنا مستقلا لممارسة الحضانة، إساءة لتطبيق السليم للقانون." [1]

حيث فصل قضاة المحكمة العليا في الطعن المرفوع أمامهم بتاريخ 2007/01/09 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2006/10/28 والقاضي بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له تخفيض نفقة الابن إلى 3500 دينار وبدل الإيجار إلى 4000 دج.

واستند الطاعن على وجه وحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون سيما المادة 16 من الأمر05-02 إن الطاعن قدم محضر إثبات حالة مؤرخ في 2005/02/27 أين خصص مسكنا منفردا بكامل شروط الراحة غير أن قضاة الاستئناف لم يتطرقوا لهذا المحضر لذلك فكان على قضاة المجلس رفض الطلب المتعلق ببدل الإيجار لتوفير مسكن لممارسة الحضانة و بالتالي فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون سيما المادة 16 ، حيث متى قدم الطاعن أمام قضاة المجلس يوضح فيه بوجود شقة منعزلة عن عائلة الحاضن خصصها للمطعون ضدها و ابنها فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحاضنة بدلا من أن يخيروه.

قضت المحكمة العليا إلى قبول الطعن بالنقض شكلا ومضمونا، وأن المصاريف القضائية على المطعون ضدها وبأن على القاضي الحرص ومراعاة المسكن الملائم للمحضون مراعيا في ذلك مصلحته.

نستخلص من مضمون القرار أنه كان من الصواب الأخذ بالمسكن المنفرد المتكون من ثلاثة غرف وكونها شقة لها مدخل منفرد مخصص للمطعون ضدها وابنها، متضمنا لكامل شروط الراحة بدلا أن يخيروه بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار فكان على القضاة الفصل فيه دون رأي أو خيار الطاعن.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 474255، مؤرخ في 14- 01 - 2009، مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة2009، ص ص 270،267.

ملخص الفصل الثاني

نسلخص مما سبق دراسته في هذا الفصل نجد أن المشرع الجزائري في المادة 75 أوجب النفقة على والد الحاضن وهذا ما أخذ به فقهاء المالكية بشرط أن يكون الابن فقيرا عديم الكسب وأن يكون عاجزا عن الاسترزاق سواء بسبب صغر سنه أو إصابته بعاهة مستديمة أو كان مزاولا لدراسته، كما يجب أن يكون الأب بدوره قادرا على الإنفاق وتنتهي النفقة عند الذكور في سن الرشد، أما الإناث حتى يتم الدخول بها، كما نصت المادة 80 من ق. أ. ج عن تاريخ استحقاق النفقة التي تكون من تاريخ رفع الدعوى وعلى القاضي أن يأخذ بدفعها عن مدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

كما نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف مسكن المحضون في ق. أ. ج، بل اكتفى في نص المادة 72 من ق. أ بإدراج مصطلح سكن ملائم دون توضيح ما المقصود به وكان الأجدر به وضع شروط معينة واضحة قصد حماية مصلحة المحضون، وهذا ما يستوجب العودة لما أقره الفقه الإسلامي حول مواصفات المسكن والتي تتمثل في أن يكون مستقلا.

أما بخصوص حق المحضون في السكن فنجد أن قبل التعديل نظمت المادتين 52 و72 من ق. أ. ج شروط سكن المحضون إلا عن هاتين المادتين جاءتا متناقضتين في سياقهما فالأولى جاءت بشروط نوعا ما مستحيلة تتمثل في ألا يكون للحاضنة ولي يؤويها وأن تكون حاضنة لأكثر من طفل، وألا يكون مسكن الزوجية وحيدا.

كما تم تعديل المادة 72 بموجب الأمر05 – 02، وكانت أكثر عناية بالمحضون بالإضافة إلى التزام الأب سواء بتوفير مسكن ممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار بهدف استقرار المحضون وعيشه في أمن وسلام، فيستوجب أن يكون ذلك المسكن المخصص له تتوفر فيه كل الحاجيات الأساسية للعيش بسكينة.

خـاتمة

خـاتمة

من خلال دراستنا لموضوع دور الاجتهاد القضائي في حسم إشكالات الحضانة، من حيث الإشكالات المتعلقة بالحقوق المعنوية والمادية للمحضون، بالإضافة إلى محاولة تسليط الضوء على مدى فعالية الاجتهاد القضائي في حسم هذه الإشكالات، توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات التي يمكن إيجازها فيما يلي:

أولا: النتائج

- إهمال المشرع الجزائري لتحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، إلا أنه اكتفى في نص المادة 62 من ق. أ. ج بقوله: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.**"
- إقرار الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، والقضاء على أولوية الأم بحضانة أولادها من أي شخص أخر، عند تمتعها بالشروط اللازمة.
- عدم تحديد المادة 64 من ق. أ. ج الأقربون درجة للمحضون وما المقصود بهم، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.
- عدم تبيان الحل إذا تعدد مستحق الحضانة في درجة واحدة.
- بروز دور الإيجابي للاجتهاد القضائي في مسألة الحضانة، من حيث إسناد حضانة الأولاد لمن يستحقها دون مراعاة الترتيب القانوني الوارد في المادة 64 من ق. أ. ج، إعمالا لمبدأ مصلحة المحضون، وأن العبرة في الترتيب بعد وفاة الحاضنة بالمصلحة وليس بالأولوية المنصوص عليها.
- نص المشرع الجزائري على سقوط الحضانة عن الأم المتزوجة بغير محرم دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في ذلك فالأم أرحم في تربية ابنها على زوجة الأب.
- التنازل عن الحضانة لا يكون بحرية مطلقة، بل يخضع لتقدير القضاء.
- عبارة "**البلد الأجنبي**" المنصوص عليها في المادة 69 من ق. أ. ج، تتصرف مباشرة لكل دولة غير الجزائر من حيث تفسيرها بغض النظر عن طبيعة هذا البلد من حيث كونه مسلم

أم لا، لكن الاجتهاد القضائي تولى تفسيرها على أن البلد الأجنبي غير مسلم، وأساس هذا الموقف هو الحفاظ على العقيدة الإسلامية وخوفا من ضياع الطفل دينيا، فكان من المفروض أن تشمل عبارة "**البلد الأجنبي الغير مسلم**" لخلق ممارسة قضائية مستقرة.

- استنباط المشرع الجزائري من الاجتهاد القضائي فكرة منح للأم العاملة حقها في ممارسة الحضانة بشرط ألا يكون عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية اللازمة.
- - يلاحظ من نص المادة 68 من ق. أ. ج أن المشرع نص على إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة بها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، وهنا يؤخذ عليه أنه لم يحدد تاريخ بدأ سريان مدة السنة بنص قانوني صريح، إلا أن الاجتهاد القضائي تدخل لملئ هذا الفراغ القانوني، وجعل بداية سريان مدة السنة ابتداء من تاريخ ثبوت استحقاق الحضانة استنادا للمذهب المالكي.
- عدم تبيان المشرع الجزائري سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة بالسكن بالمحضون مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون المنصوص عليهم في نص المادة 70 من ق. أ. ج.
- يلاحظ من نص المادة 65 من ق. أ. ج أن المشرع عندما نص على تمديد حضانة الذكر الذي أتم 10 سنوات إلى غاية 16 سنة، قد حصر حق طلب هذا التمديد في الأم فقط إذا لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب هذا الحق ولو اقتضت مصلحة المحضون ذلك، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان المحضون عند شخص غير الأم. كما أن المشرع لم يحدد المعيار الذي حدد به انقضاء حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات فهذا السن غير كاف، وهذا يعتبر قصورا من المشرع الجزائري يجب تداركه.
- عدم تبيان المشرع لمصير الطفل المحضون بعد انتهاء حضانته.
- أن المشرع الجزائري أقر بحق الزيارة، لكنه لم يحدد معناها ولا المكان الذي تجري فيه ولا الزمان، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له وشخص الحاضن

عموما، أضف إلى ذلك أنه لم يذكر الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط هذا الحق، كما اعتبر أن زيارة المحضون حق للمحضون له أو من يتقرر له هذا الحق ولم يجعله واجبا مما يمس حقيقة بمصلحة المحضون، لاسيما في حالة إخلال الأب بهذا وعدم زيارته للمحضون، ما يعرض مصلحة هذا الأخير للخطر خاصة ما تعلق منها بالجانب النفسي. إلا أن الدور الفعال للاجتهاد القضائي أقر على أن تكون الزيارة مرة واحدة في الأسبوع على الأقل، وأن حق الزيارة لا يقتصر فقط على طرفي النزاع حول الحضانة بل يمتد إلى كل شخص له قرابة بالمحضون.

- بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلا غاية تنفيذ الأب الحكم القضائي، الذي نصت عليه المادة 72 من ق. أ. ج، يكاد يكون مستحيلا في المجتمع لأنه مجرد الطلاق تخرج الزوجة من المسكن.
- بقاء الحاضنة في بيت الزوجية، في حالة كان الأب لا يملك غير مسكنه لا يجوز شرعا لأنها أصبحت أجنبية عنه.
- عدم تحديد المشرع مواصفات سكن الحضانة وما يحتويه، واكتفى بعبارة سكن ملائم.
- منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات.

ثانيا: التوصيات

- إعادة ضبط مضمون المادة 62 من ق. أ. ج، ورفع اللبس عنها بتحديد وحصر الشروط اللازمة توفرها في الحاضن أو الحاضنة.
- على المشرع تحديد أصحاب الحق في الحضانة بتحديد الأقربون درجة.
- وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون وتحديد معايير تقديرها لأنها القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي المعروض عليه النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقديرية.
- تعديل المادة 66 من ق. أ. ج، بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج من أجنبي عن المحضون وجوبيا وحتميا، وإنما يقيده باستثناءات.

- تعديل المادة 68 من ق. أ. ج، وذلك بتحديد المشرع الجزائري لتاريخ بدأ سريان مدة سنة.
- إعادة صياغة المادة 69 من ق. أ. ج، وذلك بذكر البلد الأجنبي غير مسلم.
- تعديل المادة 72 من ق. أ. ج، المتعلق بضمان السكن للأم الحاضنة دون غيرها من الحواضن كالعمة والخالة وإعادة النظر في السكن الحاضنة الذي ينص على بقاء الحاضنة في منزل الزوجية حتى تنفيذ القرار المحكمة المتعلق بالسكن وهذا منافي لشرع.

وفي الختام يمكن القول ان للقاضي دور فعال ورئيسي في الإشكالات المتعلقة بالحضانة، من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة، وسعيه للاجتهاد لتدارك الثغرات الموجودة في النصوص القانونية من جهة أخرى، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

قـائمة المراجع

المصدر: القرآن الكريم

قـائمة المراجع

أولا: الكتب

1. أبو زهرة محمد، مباحث في أحكام الفتوى، د ط، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان.
2. أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، ط 2، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1317.
3. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3 و4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
4. السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، 2010.
5. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر.
6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ج1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
7. ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
8. رمضان علي السيد الشرتباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2015.
9. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار خلدونية، الجزائر، 2009.
10. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011.
11. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

12. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

13. عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997.

14. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، ط1، د د ن، د ب ن، 2008.

15. لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتدى في قضاء الأحوال الشخصية، ج01، ط 3، دار هومه، الجزائر، 2011.

16. لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2014.

17. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006

18. محمد إبراهيم الحفناوى، الطلاق، مكتبة الإيمان، المنصورة.

19. محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

20. نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2018.

ثانيا: الأطروحات والرسائل المذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

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

2. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015.

ب- مذكرة الماجستير

1. زياني عبد الله، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012.
2. صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.
3. عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، الجامعة الإفريقية، الجزائر، 2011.
4. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

ج- مذكرات الماستر

1- بروان فاطمة الزهراء، أحكام الحضانة وإشكالاتها في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2024.

2- بليل هدى، أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، معهد الحقوق، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2023.

3- تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019.

4- زكري فوزية، عميور مريم، دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2019.

5- صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيحل، 2016.

6- صايلية غنية، إجتهاد المحكمة العليا في قضايا الحضانة، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2023.

7- صبرين مشطن، ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022.

8- عزايز حوية، باهي فاطمة، إشكالات إسناد الحضانة و ممارستها ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيا ن عاشور،الجلفة ،2018.

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

10- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

11- مكي خديجة، سكن المحضون في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

12- نوال خيتش، قطر الندى البار، مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2024.

13- ونوغي أمينة، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2015.

ثالثا: المقالات العلمية

1- أحمد هلتالي، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحادير المنح"، **مجلة أستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع11، 2018.

2- المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، "تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي"، **مجلة العلوم الإنسانية**، المركز الجامعي على كافي، م05، ع 01، أفريل 2021.

3- براهمي حنان، "أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع الإجتهادات المحكمة العليا"، **مجلة المنتدى القانوني**، دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع4، جوان2007.

4- بعاكية كمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائي"، **مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية**، م7، ع6، 2018.

5- بن عمار محمد، بن داود حنان، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، م04، ع02، 2020.

6- بوزيتونة لينة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع"، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية**، جامعة الحاج لخضر، باتنة، م3، ع2، سبتمبر 2019.

7- بوقرة أم الخير، "حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق"، **مجلة العلوم الإنسانية كلية الحقوق والعلوم الإنسانية**، جامعة محمد خيضر، بسكرة، م1، ع1، 2019.

8- بومالة نظيرة، "أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"، **مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية**، 2023.

9- حداد عيسى، "الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي"، **مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية**، جامعة باجي مختار، عنابة، ع15، 2005.

10- خميس محمد رجب عامر، "حضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، **مجلة علمية محكمة نصف سنوية**، جامعة الأزهر، ع 23، ديسمبر 2022.

11- سعد بن محمد عبد العزيز التميمي، " معايير تقدير الأصلح في الحضانة دراسة فقهية نظامية"، **مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية**، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ع23، ماي 2022.

12- سلمان دعيج بوسعيد، "مراعاة مصلحة المحضون في الفقه وقانون الأسرة البحريني دراسة مقارنة"، **مجلة الشهاب**، جامعة الوادي، الوادي، ع3، 2020.

13- عبد السلام نور الدين، "استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية**، جامعة عين تيموشنت، الجزائر، م6، ع1، مارس 2022.

14- عبد الكريم نذير، "الحضانة في التشريع الجزائري"، **مجلة العلوم القانونية**، الجلفة، م6، ع4، ديسمبر 2021.

15- عماري إبراهيم، رباحي أحمد، "مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع3، الجزائر، 2016.

16- فاطمة حداد، "حق الطفل في الحضانة والكفالة"، معهد العلوم الإسلامية، ع3، جوان 2016.

17- لمين لعريط، "الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة"، **مجلة جامعة الأمير عبد القادر**، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، م 34، ع 3، مارس 2021.

18- محمد بجاق، "مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية"، **مجلة البحوث والدراسات**، جامعة الوادي، الجزائر، م11، ع17، جانفي 2014.

19- مغاري حياة، فركوس دليلة، " دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية**، جامعة الجزائر1، م58، ع04، 2021.

20- نسيمة أمال حيفري، "نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، **المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية**، جامعة وهران، ع02، جوان 2017.

21- نوال بنت سعيد بن عمر بادغيش، "حق الحضانة حال الفراق دراسة فقهية موازنة"، **مجلة الدراسات العربية**، جامعة أم القرى.

22- هادفي بسمة، لموشي عادل، " فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة- دراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا"، **مجلة الفكر القانوني والسياسي**، م7، ع2023،1.

رابعا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج. ع 44، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج، ع24، الصادر بتاريخ 12 يونيو سنة 1984م، معدل ومتمم.

3- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25-02-2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ع 21، صادر بتاريخ 23-04-2008، معدل ومتمم.

خامسا: قرارات المحكمة العليا

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33921، مؤرخ في 09 – 07 – 1984، مجلة المحكمة العليا، ع 4، 1989.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 40438، مؤرخ في 05- 05- 1986، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1989.

3- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 40438، مؤرخ في 05 – 05 – 1986، مجلة المحكمة العليا، ع02، 1989.

4- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم50011، مؤرخ في 20 – 06 – 1988، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1991.

5- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 59784، مؤرخ في 16 – 04 – 1990، مجلة المحكمة العليا، ع4، 1991.

6- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 54353، مؤرخ في 03 – 07 – 1989، مجلة المحكمة العليا، ع01، 1992.

7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 52221، مؤرخ في 13 – 03 - 1989، مجلة المحكمة العليا، ع01، 1993.

8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم89672، مؤرخ في 23 – 02 - 1993، مجلة المحكمة العليا، ع1، 1993.

9- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 58220، مؤرخ في 05 – 02 – 1990، مجلة المحكمة العليا، ع3، 1993.

10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، رقم 56597، مؤرخ في 25 – 12 – 1989، مجلة المحكمة العليا، ع3، 1999.

11- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 57.506، مؤرخ في 25-12-1989، مجلة المحكمة العليا، ع3، سنة 1999.

12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 171684، مؤرخ في 30 – 09 –1997، مجلة المحكمة العليا، ع خ،2001.

13- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم220470، مؤرخ في 20 – 04 – 1999، مجلة المحكمة العليا، ع خ، 2001.

14- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189181، مؤرخ في 21 – 04 – 1998، مجلة المحكمة العليا، ع خ،2001.

15- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 214290، مؤرخ في 15 – 12 – 1998، مجلة المحكمة العليا، ع خ، 2001.

16- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 179126، مؤرخ في 17 - 02- 1998، مجلة المحكمة العليا، ع خ، سنة 2001.

17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 265727، مؤرخ في 13 – 02 – 2002، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2002.

18- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 274207، مؤرخ في 03 – 07 – 2002، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2004.

1- 19- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 350942، مؤرخ في 04 - 01 - 2006، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006.

-20 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 477191، مؤرخ في 14 - 01 - 2009، مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة 2009.

-21 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 474255، مؤرخ في 14- 01 - 2009، مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة2009.

23- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15 -04- 2010، ملف رقم 554808، المجلة القضائية، ع1، سنة 2010.

24- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 613469، مؤرخ في 10 – 03 - 2011، مجلة المحكمة العليا، ع2012،1.

25- المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1067582، مؤرخ في 05 – 04 – 2017، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2017.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وتقدير
إهداء
قائمة المختصرات
مقدمة 1
الفصل الأول : دور الاجتهاد القضائي في حسم الإشكالات المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون 5
المبحث الأول : الإشكالات المتعلقة بإسناد وسقوط الحضانة 7
المطلب الأول : الإشكالات المتعلقة بإسناد الحضانة 7
الفرع الأول : شروط إسناد الحضانة 7
أولا: الشروط العامة لإسناد الحضانة 9
ثانيا: الشروط الخاصة لإسناد الحضانة 20
الفرع الثاني : أصحاب الحق في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون 38
أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة 38
ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة على أساس مصلحة المحضون 47
المطلب الثاني : الإشكالات المتعلقة بسقوط وعودة الحضانة 49
الفرع الأول : أسباب سقوط الحق في الحضانة 49
أولا: سقوط الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل 49
ثانيا: سقوط الحضانة بالإقامة في بلد أجنبي وبانتفاء الشروط 54
ثالثا: سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها وبإقامة الجدة أو الخالة مع أم المحضون 57
رابعا: سقوط الحضانة بقوة القانون 60
الفرع الثاني : عودة الحق في الحضانة 61
أولا: عودة الحق في الحضانة بزوال سبب السقوط الاختياري 62
المبحث الثاني : الإشكالات المتعلقة بحق زيارة المحضون وضوابطها 65
المطلب الأول : حق زيارة المحضون 65
الفرع الأول : المستحقين لزيارة في قانون الأسرة الجزائري 65
الفرع الثاني : المستحقين للزيارة وفقا لقرار المحكمة العليا 66

المطلب الثاني : ضوابط حق الزيارة ا.....66
الفرع الأول : مكان ممارسة حق الزيارة.....67
أولا: سن الزيارة.....69
ثانيا: مدة الزيارة.....70
ملخص الفصل الأول.....73
الفصل الثـاني : دور الاجتهـاد القضـائي في حسم الإشكـالات المتعلقة بالحقوق المـادية للمحضون.74
المبحث الأول : الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون.....76
المطلب الأول :شروط وجوب النفقة وتاريخ استحقاقها.....77
الفرع الأول :شروط وجوب النفقة.....77
الفرع الثاني :تاريخ استحقاقها.....81
المطلب الثاني: تقدير ومشتملات النفقة.....83
الفرع الأول: تقدير النفقة.....83
الفرع الثاني: مشتملات النفقة.....84
المبحث الثاني :الإشكالات المتعلقة بمسكن ممارسة الحضانة.....87
المطلب الأول :حق المحضون في السكن.....87
الفرع الأول :حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة.....87
الفرع الثاني :حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة.....88
المطلب الثاني :التزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن المحضون أو دفع بدل الإيجار.....89
الفرع الأول :التزام الأب بتهيئة سكن المحضون.....89
الفرع الثاني :التزام الأب بدفع بدل الإيجار للمحضون.....93
ملخص الفصل الثاني.....96
خـاتمة.....98
قـائمة المراجع.....103
فهرس المحتويات.....113
ملخص.....115

دور الإجتهاد القضائي في حسم إشكالات الحضانة

ملخص

من خلال دراستنا لموضوع دور الاجتهاد القضائي في حسم إشكالات الحضانة الذي تم تسليط الضوء على الإشكالات المتعددة التي تطرحها قضايا الحضانة في الواقع العملي، والتي غالبا ما تكون معقدة ومتداخلة نتيجة وجود بعض الغموض أو الفراغ في النصوص القانونية المتضمنة لها. لاسيما ما يتعلق بإسناد الحضانة، سقوطها، عودتها، وممارسة حق الزيارة إضافة إلى الإشكالات المرتبطة بالنفقة وتقديرها، ومكان ممارسة الحضانة، نستخلص أن للاجتهاد القضائي دورا مكملا ومفسر للنصوص القانونية، ومساهم بشكل كبير في إرساء معايير تراعي مصلحة المحضون، ومراعاته لتطورات الواقع لتحقيق الاستقرار الأسري والعدالة الاجتماعية.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي / الإشكالات / الحضانة / مصلحة المحضون.

Résumé

Cette étude met en lumière le rôle de la jurisprudence dans la résolution des difficultés liées à la garde des enfants, souvent dues à des imprécisions ou des lacunes dans les textes juridiques. Qu'il s'agisse de l'attribution de la garde, de sa déchéance, du droit de visite ou de la pension alimentaire, la jurisprudence joue un rôle essentiel en interprétant et en complétant la loi. Elle permet d'adapter les décisions à l'intérêt de l'enfant et à l'évolution des réalités sociales, contribuant ainsi à la stabilité familiale et à la justice sociale.

Mots clés : Jurisprudence / Garde / Problèmes / Intérêt de l'enfant.