جامعة غرداية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

مسقطات الحضانة بين الشريعة والقانون

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص "شريعة وقانون"

من إعداد الطالبة:

– عبد الحاكم مبروكة

إشراف الأستاذ:

– بكراوي محمد المهدي.

اللجنة المناقشة

الرقم	أعضاء اللجنة	الصفة في اللجنة
01	بن الشيخ عباس	رئيسا
02	بكراوي محمد المهدي	مشرفا ومقررا
03	عبد العالي بوعلام	مناقشا

السنة الجامعية 1438–1439هـ/ 2017–2018م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إننا في هذه الحياة على الأغلب ندين لكثير من الناس أقرباء كانوا أو أصدقاء بكثير من الخدمات و لعل أصغر شيء يمكننا فعله من أجلهم هو إهدائهم هذا العمل المتواضع.

أهديه إلى:

من أنار لي درب العلم والمعرفة وحرصا علي منذ الصغر أبي الغالي أطال الله في عمره.

وإلى: أمي الحبيبة القريبة إلى قلبي أرجو لك دوام الصحة والعافية...

إلى: من هم نور عيني، إخوتي وكل أفراد عائلتي.

إلى: من كانت لي سندا وقدمت لي يد العون طيلة المشوار العملي"سهام بلعراقب"

إلى: كل من ساعدني على إتمام هذا العمل من قريب أو من قريب.

إلى: من حفظه القلب.

عبد الحاكم مبروكة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل.

أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إيصالي إلى هذه المرحلة العلمية.

وأخص بالشكر الأستاذ الفاضل بكراوي محمد المهدي الذي تفضل بالإشراف على هذه

المذكرة وساهم بشكل كبير في إنجازها، والذي لم يبخل علي بالمعلومات والنصائح

والإرشادات العملية والبناءة من أجل إنجاز هذا العمل.

جزاه الله خيرا، وله منا كل الاحترام والتقدير

كما أشكر لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة.

ملخص البحث

بعد الدراسة لموضوع مُسقطات الحضانة بين الشريعة والقانون وبالتحديد قانون الأسرة الجزائري فإن الحضانة تمثلت في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

وللقيام بها وجب على صاحبها أن تتوفر فيه جملة من الشروط وإلا قد يسقط عنه الحق في ذلك عند اختلال أحدها أو في حال وجود أسباب أخرى والمتمثلة هذه الأخيرة في :

. التزويج بغير قريب محرم .

ـ التنازل عن حق الحضانة

ـ مرور سنة بدون عذر.

ـ انتقال الحاضن إلى بلد أجنبي.

ـ سقوط الحضانة عن الجدة والخالة ،في حال مساكنة المحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم.

وللقاضي السلطة الكاملة في تقدير مصلحة المحضون.

ABSTRACT

After the study sites about Nursery between Sharia and the law especially the Algerian one . and the attendance was in the care of the boy and teach him and raise him on his father's religion and to protect him to creat him .

In order to do that we must have some different cause:

Or it has waived the right to that when you choose one of them or in the case of found some other causes which are

* one year without a valid excuse *transmission of the case to an other country *the fall of Nursery from grandma and aunt in the case of crumb with his mother married or close to harram

Waiver of the right of nursery

And I conclud this lucubration by a group of resuts and recommonations .

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ط: طبعة.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق .إ.ج: قانون إجراءات الجزائية.

م.ع: المحكمة العليا.

م.ق: المجلة القضائية

فهرس المحتويات

العنـــــوان	الصفحة
البسملة	
الإهداء	
شكر وتقدير	
الملخص	
ABSTRACT	
قائمة المختصرات	
فهرس المحتويات	
فهرس الآيات والأحاديث	
المقدمة	أ ـ ز
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	
تمهيد	18
المطلب الأول: تعريف الحضانة	19
الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة	19
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الفقه	20
الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القانون الجزائري	21
المطلب الثاني: مشروعية الحضانة	24
الفرع الأول: من القرءان الكريم	24

الفرع الثاني: من السنة النبوية المطهرة	24
الفرع الثالث: من الإجماع	25
المطلب الثالث: شروط ممارسة الحضانة	26
الفرع الأول:الشروط العامة في النساء والرجال	27
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	30
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	33
المطلب الرابع: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم	33
الفرع الأول: الترتيب الفقهي لأصحاب الحق في الحضانة	34
أولا: القريبات من المحارم	34
ثانيا: المحارم من الرجال العصبة	38
ثالثا: المحارم من الرجال غير العصبة	39
رابعا: ما يراه القاضي أصلح للمحضون.	40
الفرع الثاني: الترتيب القانوني لأصحاب الحق في الحضانة	40
أولا: في قانون 84ـ11.	41
ثانيا: في قانون 05ـ02.	42
المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة وأسبابها	
تمهيد	45
المطلب الأول: حالة التنازل الصريح	46
الفرع الأول: مرور سنة بدون عذر.	46
الحالة الأولى: مرور سنة على عدم المطالبة باسترجاع الحق في الحضانة	46

الحالة الثانية: سكوت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها	47
الفرع الثاني: الإرادة المنفردة	48
الفرع الثالث: التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف	49
الصورة الأولى: اتفاق الحاضن مع احد مستحقي الحضانة الآخرين	50
الصورة الثانية: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع	50
الصورة الثالثة:حالة التنازل في دعوى الطلاق بالتراضي	51
المطلب الثاني: حالة التنازل الضمني	52
الفرع الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون	53
الفرع الثاني: انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي	56
الفرع الثالث: مساكنة الحضانة بالمحضون مع من سقطت حضانتها	58
المطلب الثالث: حالات أخرى	60
الفرع الأول: القدرة	60
الفرع الثاني: ارتكاب جريمة زنا	61
الفرع الثالث: عمل المراة.	61
المبحث الثالث: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	
تمهيد	64
المطلب الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	65
الفرع الأول: التعريف اللغوي للمصلحة	65
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمصلحة	66
الفرع الثالث: التعريف القانوني للمصلحة	66

المطلب الثاني: معنى قاعدة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.	68
المطلب الثالث: معنى مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	68
المطلب الرابع:سلطة القاضي في تقدير الأصلح للمحضون	70
الخاتمة	74
قائمة المصادر والمراجع	77
الملاحق	82

فهرس الآيات والأحاديث

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة	233	24
﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾	آل عمران	37	24
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾	الروم	21	أ

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
{ إن ابني هذا كان بطني له وعاء .....أنت أحق بهم ما لم تنكحي }	25
{ إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فاخذ بيد أمه فانطلقت به}	25
{كلُّكم راعٍ، وكلُّكُم مسؤُولٌ عنْ رَعِيَّتِهِ }	أ

مقدمة

إن رابطة الزواج تُعتبر من أقدس وأنبل الروابط لأنها السبيل الشرعي الوحيد، لإنشاء وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وهذا لقوله تعالى: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**"

وأساس قوام الحياة الزوجية هو الاحترام والتفاهم المتبادل بين الزوجين والمودة والسكينة فهذه العوامل كلها لها أثر كبير وبالغ الأهمية، حيث أنها تعكس على ثمرات الزواج وخاصة الأولاد الشعور بالطمأنينة والاستقرار النفسي الذي يعيشونه في ظل كنف أسرة متماسكة وقوية قوامها المودة والرحمة، وحتى يستمر الود والألفة بين الزوجين ،ويشيع نور ذلك على الأبناء وجب على المؤسِّسين للبيت الزوجية القيام بالمسؤوليات المنوط بهم اتجاه بعضهما البعض، واتجاه فلذة أكبادهما مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام "**كلُّكم راعٍ، وكلُّكُم مسؤُولٌ عنْ رَعِيَّتِهِ**"

وحتى يقوم كل مسئول بواجباته ،وجب على المسئول الأول –الزوج –توفير بيت الزوجية ،وذلك حتى تستطيع الزوجة القيام بمسؤولياتها وخاصة المسؤولية الأهم وهي ممارسة الحضانة في بيت لائق يكتسب فيه الولد قواعد التربية الحسنة النابعة من تعاليم الدين الحنيف بالإضافة إلى اكتساب مختلف مهارات ،لذلك كان على المسئولين على هذا البيت –الوالدين– التعاون لأجل تنشئة أبنائهما تنشئة صحيحة وسليمة ذات أخلاق دينية.

غير أنه ولما كان دوام الحال من المحال فقد تكدر الحياة الزوجية بعض المشاكل والنزعات يمكن للزوجين تفاديها بإقامة الصلح بينهما أو التقليل من حدتها إلا أنه في أحيان أخرى يصعب إيجاد حل لها خاصة عندما تكون بشكل دائم ومستمر بحيث لا يستطيع الزوجين إيجاد حل لها، مما يؤدي إلى صعوبة التعايش مما ينتج عنه عدم جدوى استمرار الحياة الزوجية فيقع الطلاق والفراق بين الزوجين ويحل البغض والعداوة محل الود والتآلف.

ومن أجل حماية ثمرة الزواج فقد شرعت الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي الجزائري الحضانة، والتي هي تربية وحفظ وحماية لهذا الولد الذي لا يستقل بأمور نفسه لعدم تمييزه ،وذلك

برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وغسل ثيابه في سن معينة[1] وذلك حتى لا يقع ضحية صراع أصوله ،وحتى ينشأ في مكان يسوده الأمان والاستقرار.

ولقد شُرعت الحضانة للتخفيف على الأبناء حدة الآثار المترتبة عن انتهاء الرابطة الزوجية كنوع من أنواع التكافل الاجتماعي والنفسي والتربوي للطفل ولمساعدته على التأقلم على الوضع الجديد وتحمله، سواء في كنف أمه أو أبيه أو أي شخص أسندت إليه الحضانة من مستحقيها الشرعيين ولا بد أن يتوفر في الحاضن الشروط الشرعية والقانونية والتي تؤهله لرعاية وحماية هذا الطفل وتعويضه عن الحرمان ،لذلك شُرعت الحضانة والتي من حكمها حفظ للصغير وحمايته.

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية حق الحضانة وأولته اهتماما كبيرا، وأحاطتها بمجموعة من الأحكام والتي سيتناولها الباحث في حينها ،وإلى جانب الشريعة قد خصص المشرع الجزائري نصوصا وأحكاما تتكفل بحق الحضانة والتي يحكمها مبدأ هام وهو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو إسقاطها عمن أسندت إليه، وقد أشار إلى ذلك المشرع في خمس مواد من أصل أحدى عشرة مادة تناول فيها أحكام الحضانة من 62إلى72من قانون الأسرة الجزائري. [2]

ونظرا لأهمية مصلحة المحضون في أحكام الحضانة نجد أن معظم الأحكام القضائية الخاصة بإسنادها وإسقاطها وتحديد أثارها تشير إلى إعمال هذا المبدأ والعمل على حسن تطبيقه ،وبالتالي فإن هذه الأحكام اجتهاديةٌ والتي من خلالها يظهر دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها ولا معيار تطبيقها.

لذلك ارتأينا خلال مرحلة إعداد البحث إلى الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي ،من خلال توظيف بعض الأحكام و الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

[1]. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، ص 392.

[2]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ الصادر ب 27-02-2005.

ولما لهذا الموضوع من أهمية فقد أردت أن أسهم في بحثه فاخترت أن يكون موسوما تحت عنوان: ***مسقطات الحضانة بين الشريعة والقانون الأسرة الجزائري***، وذلك بالحديث عن أسباب إسقاط الحضانة عن بعض مستحقيها وإسنادها إلى الحاضن الأصلي وذلك مع ورد مانع فيه وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

أهمية الموضوع:

– الموضوع **مسقطات الحضانة بين الشريعة والقانون الأسرة الجزائري** أهمية بالغة كون أن هذا الأخير يتعلق بثمرة الحياة الزوجية وهم الأبناء عدة المستقبل المرجو للأسرة والمجتمع، لذا وجب على أوليائهم أن يحرصوا على تربيتهم وحفظهم و تنشئتهم تنشئة سوية سليمة في بيئة قريبة من البيئة الزوجية.

. أن الموضوع يطرح إشكالات في الواقع العملي ناتجة عن عدم احترام كل من الزوجين لحقوقه والتزاماته.

. اهتمام التشريع الجزائري بموضوع الدراسة، كونه يهدف إلى التأكيد على إعطاء هذا الحق العناية اللازمة.

. المحافظة على حقوق الطفل المحضون والقيام بها على أكمل وجه.

أسباب اختيار الموضوع:

إن الدافع الذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أسباب عدة منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي والتالي أورد أهمها على النحو التالي:

. الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع ومحاولة توضيحه.

-إن موضوع دراستي من الموضوعات الشرعية والقانونية فهي تحاكي النصوص الشرعية وكذا أقوال العلماء القدامى منهم والمحدثين وفي الجانب الأخر يحاكي النصوص والمواد القانونية واجتهادات الفقهاء وكذا القضاء في مسائله. - إن موضوع الحضانة ومسقطاتها هو من الموضوعات القديمة المتجددة والتي يمكن أن يتأثر بها أي شخص سواء من قريب أو بعيد خاصة مع تفشي ظاهرة فك الرابطة الزوجية بين الزوجين ولأسباب تافهة في بعض الأحيان وقد يعيد كلا الزوجين ترتيب حياته دون أن يكترث لمصير الأبناء .

. إن الحضانة من أهم حقوق الطفل المحضون وإسقاطها عن بعض مستحقيها مراعاة لمصلحة المحصون عين العدالة وروحها.

إشكالية البحث:

يحتاج الطفل في فترة طفولته إلى سن بلوغه السن القانونية إلى الرعاية والاهتمام إذ هو صغير يحتاج إلى من يقف بجانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة فلا بد لهذه الرعاية أن تتوفر بوجود الوالدين الذين يؤمنان له سبل الراحة والأمان ،إلا أن عدم اجتماعهما لسبب أو لأخر يجعل تحقيق ما ذكر صعب وبعيد المنال خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية فيجد الطفل نفسه بين مفترق طرق ،وحماية له قام المشرع الجزائري بسن نصوص تكفل له حقه وهذا من خلال قانون الأسرة الجزائري الذي يعالج موضوع الحضانة في المواد 62إلى 72 منه.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: ما الحالات والمعايير القانونية المسقطة للحضانة من وجهة قانون الأسرة الجزائري؟.

ويندرج تحت هذا الإشكال الرئيسي إشكالات فرعية أخرى:

. ما مفهوم الحضانة؟ وما أحكامها؟.

. ما الشروط الواجب توافرها عند أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟ وما مراتبهم في كليهما؟.

. ما هي الحالات المسقطة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري؟.

. كيف كرس المشرع الجزائري معيار مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بالحضانة؟.

أهداف الموضوع:

يسعى هذا الموضوع إلى تحقيق الأهداف التالية: بيان مفهوم الحضانة، وأهميتها، ومسقطاتها في حياة الطفل.

. التأكيد على أخذ مصلحة المحضون فوق كل اعتبار و إعطائه حق الأولوية.

التطرق للنصوص القانونية الجزائرية وأهم القرارات التي عالجت موضوع مسقطات الحضانة..

. إبراز الأسباب والحالات المؤدية لإسقاط الحضانة من جهة الفقه والتشريع الجزائري.

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي تناولت الحضانة وإن اختلفت كل دراسة على حسب زواية النظر إليها والتي كلها تدخل ضمن نطاق موضوع الحضانة وما يتعلق بها وبأحكامها.

وعلى حد اطلاعنا على الدراسات فإن التي تناولت الحضانة ومسقطاتها:

. كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير ،جامعة حمة لخضر الوادي .

في هذه الأطروحة عالج الباحث مُسقطات الحضانة بشكل واسع وجعل مجال الدراسة للموضوع في التشريعات المغاربية(القانون الأسرة الجزائري، مجلة الأحوال الشخصية التونسي، مدونة الأسرة المغربي)

حيث قارن الأسباب المسقطة لحق الحضانة بين كل تشريع ،في حين دراستي اقتصرت على قانون الأسرة الجزائري فاعتمدت على الأطروحة في هذا السياق.

. كربال سهام ،الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند ولحاج البويرة.

تطرقت الباحثة في دراستها إلى أحكام الحضانة بشكل عام فبيّنت مفهومها وكذا شروطها، مستحقيها والأسباب المسقطة لها ،كما تطرقت أيا لمصير المحضون عند انتهاء حق الحضانة ،و كذا الآثار المترتبة عليها .

فاعتمدتُ على هذه الدراسة بشكل كبير، غير ان مجال دراستي كان محدود في مسقطات الحضانة وحالاتها .

المنهج المتبع في البحث:

اعتمدتُ في البحث على المنهج المقارن بشكل أساسي، وذلك لعلاقة التخصص بالبحث المقدم من ناحية، ومن ناحية أخرى مقارنة آراء المذاهب الفقهية التي تتحدث في الحضانة ومسقطاتها، مع محاولة مقارنتها بما جاء في القانون الجزائري في بعض الجزئيات.

إضافة إلى ذلك اعتمدت على المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال استقراء أهم النصوص القانونية الواردة في مسائل الحضانة والأحكام المتعلقة بها وكذا الاجتهادات القضائية.

واعتمدت أيضا في هذا البحث على المنهجية التالية:

- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها بذكر اسم السورة، ورقم الآية في المتن.
- تخريج الأحاديث النبوية المذكورة في الرسالة.
- أتيت فهارس علمية في آخر الرسالة على النحو التالي:

أ. فهرس الآيات القرآنية.

ب.فهرس الأحاديث.

ج. قائمة المصادر والمراجع مرتبا ترتيبا أبجديا.

خطة البحث:

اعتمدت في موضوع بحثي والمتعلق بمسقطات الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري إلى تقسيم الخطة إلى ثلاث مباحث .

في المبحث الأول تطرقت إلى :تعريف الحضانة(المطلب الأول)و (مشروعية الحضانة)في المطلب الثاني ، شروط ممارسة الحضانة في (المطلب الثالث)،وفي المطلب الرابع:(أصحاب الحق في الحضانة).

كما خصصت المبحث الثاني لحالات سقوط الحضانة وأسبابها فهو بدوره ينقسم إلى ثلاث مطالب أما عن المبحث الثالث فتضمن هو الأخر ثلاث مطالب تم التطرق فيها إلى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

وفي الأخير ختمنا بنتائج تم التوصل إليها من خلال الدراسة.

صعوبات البحث:

- ✓ قلة الدراسات القانونية التي تناولت موضوع مسقطات الحضانة البحث لأن أغلب المؤلفين تطرقوا للموضوع بشكل عام ولم يفصلوا فيه.
- ✓ صعوبة التعامل مع الكتب الفقهية وخاصة أمهات الكتب.

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

تمهيد:

إن من أهم آثار انحلال عقد الزواج وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه والحضانة نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل بحيث تكفل له التربية الصحيحة و الخلقية السليمة ، ومن هنا فإن أحكامها مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي و التشريعات الوضعية بالطفل .

فقد أكدت الشريعة الإسلامية على حقه في الحصانة وهذا لضرورتها الحياتية ولارتباطها بوجوده وهي واجبة لأنه قد يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما وجب الإنفاق عليه وانجاؤه من الضياع والمهالك.

كما أنها تتطلب اليقظة والصبر والخلق الحسن والحكمة حتى أنه يكره على الإنسان أن يدعوا على ولده أثناء تربيته كما يكره على نفسه وخادمه وماله .

وفي السياق ذاته فقد نظمت الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الوضعي ،وأخص بالذكر قانون الأسرة الجزائري العديد من الأحكام ،وقررتها لتحقيق الهدف المقصود من الحضانة وحددت من خلال النصوص والاجتهادات، مفهومها ومستحقيها، وبينت شروطها ومراتب الحاضنين، ودرجاتهم وكل ما يتناسب مع الموضوع، فقد خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، كرس بموجبها مجموعة من الحقوق للطفل عن طريق الحضانة .

وعليه في هذا المبحث قسمت الخطة إلى أربع مطالب وهي كالأتي:

- **المطلب الأول**: تعريف الحضانة.
- **المطلب الثاني**: مشروعية الحضانة .
- **المطلب الثالث**: شروط ممارسة الحضانة
- **المطلب الرابع**: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة.

الحضانة: بفتح الحاء، مصدر حضن الصبي: تحمل مؤنته وتربيته، والحضن: ما دون الإبْط إلى الكَشح ، ومنه الاحْتِضانُ وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِك كما تَحْتَضِنُ المرأَةُ ولدها فتحتمله في أَحد شِقَّيْها.[1]

وفي الحديث :"**أَنه خرج مُحْتَضِناً أَحَدَ ابْنَي ابْنَتِه**"أَي حامِلاً له في حِضْنه.[2]

وفي حديث أُسيد ابن حَضَيْر "**لولا رسول الله عليه السلام لأنفَذْتُ حِضْنَيك** "أي لخرقَّت جَنبيْك وخُصْيَيْك تصحيف .[3]

يقال حضن الطائر البيض رقد عليه للتفريخ[4]،ورجل حاضن وامرأة حاضنة وصف مشترك

قال الليث: : الحضانة: مصدر الحاضن والحاضنة، وهما الموكلان بالصبي يرفعانه ويربيانه[5].

فالحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون. وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه[6]

نجد أن الحضانة في اللغة وردت بمعاني كثيرة أذكر منها:

. حضن اسم جبل في أعلي نجد[7].

ويقال الحَضَن العاجُ في قول القائل: وأبرزَتْ عن هجان اللَّونِ كالحَضَنِ[8]

---

[1] الفراهيدي، العين، ج3،ص105

[2] الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج1،ص8013.

[3] المطرزي، المعرب في ترتيب المغرب، ج1،ص210.

[4] إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ج1،ص180.

[5] الازهري،تهذيب اللغة، ج2 ص03.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10،ص42.

[7] إبن السكيت، إصلاح المنطق، ج1،ص18.

[8] أبي الحسين، المحقق عبد السلام محمد هارون، مقاييس اللغة، ج2،ص59

أما عن المعاني التي أرى بأنها تخدم وتوافق موضوع بحثي هذا يمكن أن أوجزها في معنيين اثنين:

الأول:الحضانة تعني الضم إلى الجنب [1].

الثاني: جعل الشيء في ناحية .[2]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الفقه.

عُرَفت الحضانة عند فقهاء المذاهب الأربعة بعدة تعريفات استعملت فيها ألفاظ تختلف في دلالاتها فقد عرَفها الحنفية"بأنها حضانة الأم لولدها ووضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه."[3]

وقد عرَف المالكية الحضانة بأنها "هِيَ حِفْظُ الْوَلَدِ في مبيته و مؤنة وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. "[4]

كما عرَفها الشافعية:"الْحَضَانَةُ ، فَهِيَ تَرْتِيبُهُ وَمُرَاعَاةُ مَصْلَحَتِهِ فِي وَقْتٍ يَعْجِزُ وَلَا يُمَيِّزُ بَيْنَ ضَرِّهَا وَنَفْعِهَا "[5]

وقال الحنابلة هي :" تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره، ولو كبيرا مجنونا كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام. وهي نوع ولاية وسلطنة "[6]

بالنظر لهذه التعريفات نجد أنها ترتكز على توضيح حقيقة الحضانة وهي تربية الطفل أيا كان جنسه ذكرا أو أنثى ويدخل في ذلك حتى الكبير إذا كان فاقدا للأهلية.

---

[1] تواتي بن تواتي، المبسط في فقه المالكي بالأدلة، ج4،ص859.

[2] تواتي بن تواتي، المرجع نفسه، ص859.

[3] الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج8، ص231.

[4] الحطاب الرعيني، المحقق زكريا عميرات، مواهب الجليل لشرح مختصر، ج5،ص593.

[5] الماوردي،الحاوي الكبير، ج11،ص 1131.

[6] الحجاوي،الإقناع،ج3،ص252.

فمعظم هذه التعريفات قد أغفلت ذكر أطراف الحضانة ،إلا الحنفية فقالوا هي للأم على ولدها واعتزالها عن أبيه.

كما أنهم لم يذكروا الهدف منها، وسببها، فالمالكية اقتصروا على أن الحضانة للصغير والصغيرة.

والشافعية و الحنابلة في تعريفهم، قد اغفلوا ذكر الحكم ومدة الحضانة .

وعن التعريف المختار للحضانة ما قال به الحنفية والمالكية لقصر مفهوم الحضانة على أنها للولد الصغير ذكر كان أو أنثى؛ لأن هذا المفهوم هو المتبادر إلى الذهن من إطلاق كلمة الحضانة فلا يدخل في مفهومها رعاية الشيخ الكبير ولا المجنون أو المعتوه"[1].

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القانون الأسرة الجزائري.

لم يختلف تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري عن تعريفها في الفقه الإسلامي سوى انه استعمل لفظ الولد بدل الصغير.

فقد عرَفها فضيل سعد بأنها "رعاية الطفل الذي لم يبلغ أشده "[2] فقد حمل هدا التعريف المعاني الآتية:

-حماية الطفل مما يهلكه.

-بلوغ الطفل أشده.

وعرَفتها المادة"62" بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.[3]

[1] إيمان معمري، السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة، ص 17.

[2] كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ص15.

[3] المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05. 02 المؤرخ في 27/02/2005.

حيث ركز المشرع في تعريفه للحضانة على الأسباب والأهداف محددا بدلك نطاقها ووظائفها الأساسية ومن هنا فانه يتعين على المحكمة عند الحكم بالطلاق و الفصل في حق الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها نص المادة.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62يعتبر أحسن تعريف حيث انه جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية على الرغم من احتوائه على أسباب الحضانة و أهدافها .[1]

والتي تظهر و وتتجلى هذه الأخيرة في :

.1. تعليم الولد:

ويُقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس فما دام التعليم إجباريا فلكل طفل الحق في ذلك ففي الطور الابتدائي هو إجباري حتى سن السادسة عشرة أما عن المتوسط وما يليه فلا إجبار في ذلك وهذا راجع إلى القدرة الذهنية والاستطاعة المادية في بعض الأحيان.

.2 تربية الولد على دين أبيه:

ومعناه أن القاضي يمنح الحاضنة الغير المسلمة حقها شرط أن تربي الولد على دين أبيه وان تراعي الشرع في تربيتها الولد، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي"[2].

[1] انظرأمينةونوغي، المرجع السابق، ص10.

[2] انظرإيمان معمري، المرجع السابق، ص 19.

. 3 . السهر على حماية المحضون:

تتضمن حماية الطفل كل الجوانب فيجب أن لا يكون عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالسب والشتم والقذف بالشكل الذي قد ينجم عنه عدم الاستقرار النفسي والعقلي وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب فلا بد من تأديبه كلما استدعت الحاجة ،ثم إن الحماية لا تكون من غيره فقط ، فحتى عليه هو نفسه أن يحميها.

.4 . حماية الولد من الناحية الخلقية:

والذي يكون بتنشئته ،وتربيته على الخلق الحسن، وتهذيبه وإعداده ليكون فردا صالحا سويا في المجتمع، و لا يترك للشارع ورفقاء السوء، فقد أولى المشرع الجزائري في هذه المسألة اهتماما كبيرا وذلك من عديد قراراته المتضمنة لهذا الهدف فمنها الصادر في 1984/01/09 "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا"[1].

.5 . حماية المحضون صحيا:

من واجب الحاضن توفير الرعاية والعناية الصحية الكاملة للطفل، خاصة السنوات الأولى من عمره وذلك بتلقيه التقيحات اللازمة والدورية فهذه المرحلة تعتبر إحدى أهم المحطات الصحية في

حياته. فعلى الحاضن تقع مسؤولية حصول الطفل على هذه اللقاحات اللازمة في الوقت المناسب ،وعرضه على الطبيب كلما استدعت الضرورة لذلك.[2]

[1] قراررقم52221 صادر في13/03/1989 ،م ق، 1993 ،ع 1 ،ص 126،نقل من إيمان معمري، المرجع نفسه، ص 20.
[2] انظرنورالدين بولحية. حقوق الأولاد الصحية والنفسية، ص 117.

المطلب الثاني :مشروعية الحضانة .

الحضانة واجبة على الحاضن اتجاه المحضون فهي جزء من حقه ولا يجبر التخلي عنها أو تركها لأنها لا تتعلق به بل بغيره بالطفل وإهمالها والتغاضي عنها يسبب ضررا له وفي هدا السياق وردت ءايات عديدة وأحاديث نبوية عدة تحث على العناية بالصغير ورعاية شؤونه كما اجمع فقهاء الأمة على وجوبها.

الفرع الأول: من القرءان الكريم:

قوله تعالى عز وجل: **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ ﴿٣٧﴾**[1]

في هذه الأية جعل الله سبحانه وتعالى النبي زكريا عليه الصلاة والسلام كافلا للسيدة مريم أي مربيا لها وحاضنها.

وقوله: **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴿٢٣٣﴾** .[2]

في هذه الآية إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي سنتان كما أن الأم عليها احتضان طفلها والتكفل به، وعلى الوالد النفقة والكسوة للطفل وأمه.

الفرع الثاني: من السنة النبوية المطهرة:

حدثت في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وفي حياته مواقف من خلالها نستطيع أن نستشف أهمية الحضانة ووجوبها للمحضون ومصلحته .

[1] سورةآل عمران، الآية 37.

[2] سورةالبقرة، الآية 231.

نذكر منها ما روي عن أبي داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن:

"امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم آنت أحق بهم ما لم تنكحي "[1].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال :جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت **يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فاخذ بيد أمه فانطلقت به".**[2].

ففي الأحاديث دلالة على وجوب الحضانة وان الأم أحق بها و أولى لها حضانة ولدها من غيرها فإذا لم تكن موجودة كانت لمن يليها من الأقرب للمحضون.

الفرع الثالث: من الإجماع.

وعن يحي بن سعيد قال :سمعت القاسم بن محمد يقول :كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار ،فولدت له عاصم بن عمر ،ثم إن عمر فارقها ،فجاء قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد .فاخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة ،فأدركته جدة الغلام ،فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق .فقال عمر: ابني ،وقالت المرأة :ابني.

فقال أبو بكر خل بينها وبينه فما راجعه عمر الكلام .. رواه مالك في الموطأ

[1] أبي داود، في سننه، ج2، ص415.
[2] انظرالمصدرالسابق، ص 415.

والإجماع على وجوب كفالة الطفل الصغير لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية إن قام به سقط عن الثاني لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان ولا يقبل غيرها [1].

فقد جاء في الفقه المالكي: الإجماع قائم على وجوب كفالة الأطفال الصغار .[2]

قال ابن المنذر :اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على إن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق بهم ما لم تنكح ولا يعلم خلاف بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه مادام صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق.[3]

المطلب الثالث: شروط ممارسة الحضانة.

حسب قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أم بعده فإنه لا يوجد نص واضح وصريح يبين ويحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن عدا نص المادة 62 والتي تنص في فقرتها الثانية على انه" يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك" فالمشرع حصر شروط الحضانة في الأهلية ولم يبين باقيها ولتحديد هذه الأخيرة وجب الرجوع إلى المادة 222 من ق أج ،التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص صريح يتعلق بمسألة ما ومعينة.

وبالرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة بخصوص شروط الحضانة فنجد منها ما يشترك فيها النساء والرجال معا ومنها ما تختص به النساء دون الرجال وكذا ما يخص الرجال دون النساء وفي ما يلي بيان لهذه الشروط :

[1] انظرالتواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص862.

[2] سعيد بن علي القحطاني، الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة، ص 117.

[3] انظر تواتي بن تواتي، المرجع نفسه، ص862.

الفرع الأول:الشروط العامة في النساء والرجال

تثبت الحضانة للرجال كما للنساء وإن تقدمت النساء في ذلك حيث أنهن الأقدر على تربية الصغير وكذا حمايته والأقدر على تلبية حاجياته ومتطلباته وعليه فإن هذه الشروط تتمثل في :

أولا. العقل :

فلا حضانة لمجنون أو معتوه لعدم أهليته[1]، لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فلا يكونان أهلا لرعاية شؤون غيرهما وكلاهما لا يفوض له أمر تدبير غيره لأن فاقد الشيء لا يعطيه[2].

إلى جانب العقل فقد اشترط المالكية الرشد فعندهم لا حضانة لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالا يليق[3]،كما أن الحنابلة قد اشترطوا مع المالكية إلى جانب العقل عدم المرض المنفر كالبرص والجذام فيرون بأنه لا حضانة لمن به شيء من هده الأمراض.[4]

وعن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه و هو ما ورد في نص المادة 85[5] من ق أ ،ج، فلا حضانة لمجنون أو مجنونة فكلاهما يحتاجان لمن يتدبر أمورهما ويرعى شؤونهما وهذا بحسب المادة 42إلى 44من ق م، ج.[6]

---

[1] انظرمحمد بن إبراهيم بن عبدالله التوجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج4، ص269.

[2] انظرالسيد سابق، فقه السنة، ج2، ص345.

[3] انظركربال سهام، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، ص20.

[4] ،انظروهبةالزحيلي،المرجع نفسه، ج 10،ص 54.

[5] المادة85:تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه.

[6] المادة 42:لا يكون أهلا لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أوعته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة.

المادة 43:كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقصا لأهلية وفقا لما يقرره القانون".

المادة44:"يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية، ضمن الشروط ووفقا لقواعد المقررة في القانون."

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر 2002/02/13:إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة القانون ينجر عنها النقض دون إحالة"[1]

ثانيا. البلوغ:

لا حضانة للصغير ولو كان مميزا ،فهو في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه ولا يتولى أمر غيره.[2]

والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام التاسع عشر حسب نص المادة 40 من ق، م.

فاعتبر القضاء الجزائري البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. .

ثالثا. الكفاءة أو القدرة على تربية المحضون:

وهو الاستطاعة على حماية الصغير وصيانته في خلقه وصحته لأنها مهمة صعبة وشاقة ورعاية الطفل والاعتناء به والسهر على سلامته الجسدية والخلقية ،تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك،[3]بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم قادرة على القيام بمتاعب الحضانة ،فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو لعاهة أو لكبر في السن أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير ،لم تكن أهلا للحضانة كما لو كانت مريضة مرضا معديا كان في وجود الطفل معها خطر على حياته[4].

[1]انظرإيمان معمري، الرجع نفسه،ص30.

[2]السيد سابق، المرجع السابق، ص345.

[3]. انظر كربال سهام، المرجع السابق، ص21.

[4]انظربلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، ص383.

فموقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ 1984/07/09[1].

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

رابعا. الأمانة والخلق:

لا حضانة لغير أمين ، وقد نص أكثر الفقهاء على اشتراط الأمانة في الحاضن ، كما أن أرائهم الفقهية متقاربة بشأن حق الفاسقة فهي غير مأمونة على الصغير ولا يوثق بها في أداء واجب الحضانة[2]

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة إن الفسق من موانع الحضانة وقد اتفقوا على ذلك، إلا أن الحنفية قد قيدوه وجعلوا أن الفسق المطلق هو الذي يمنع الحضانة.[3]

وقد ضربوا أمثلة للفسق الذي يجعل الحاضن غير أمين ومما قالوه من كان سارقا أو مشتهرا بزنا [4]

ففي هذه المسألة نجد أن القضاء الجزائري قد تشدد في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن فبموجبه كرس العديد من الأحكام والقرارات ،إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا

[1] قرار،م ع، المؤرخ ب09/07/1984:"من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي ".

[2] انظرالسيدسابق،فقه السنة، ج4، ص348.

[3] انظرصالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ص 104.

[4] . انظر أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب،ص287.

تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه ،إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها[1].

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالنساء

هناك شروط خاصة بالنساء يجب توفرها بالإضافة إلى الشروط السابقة وهي:

أولا. أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:

اتفق الأئمة الأربعة، المالكية، الشافعية، الحنابلة والحنفية على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي سقاء وزعم أبوه، أن ينتزعه مني، " فقال صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]

فهذا الحديث جعل حق للحضانة للأم حتى تتزوج فيسقط عنها هذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير وبالرجوع دائما إلى مصلحة المحضون فيظهر أن الزواج في حد ذاته لا يسقط الحضانة، ولكن الذي يسقطها هو التزوج بأجنبي يخشى أن يسيء في معاملة الصغير.[3]

أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير، و المحرمية المقصودة من جهة الرحم، كعم المحضون فلا يسقط حقها في الحضانة لان من تزوجته له الحق في الحضانة و شفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته .

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة أشار إليه المادة 66من ق أج،"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[4]فمن خلالها يتضح لنا بأن حق

[1] انظرصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص105.
[2] سنن ابي داود، المرجع نفسه، ج2 . ص 415
[3] انظرإيمان معمري، المرجع نفسه، ص 32.
[4] انظرصالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 113.

الحاضنة في الحضانة يسقط بالتزوج بأجنبي عن الصغير وبغير قريب محرم، وفي هذا السياق كرست المحكمة في العديد من قراراتها هذا المبدأ و الشرط ،فجاء في القرار الصادر بتاريخ2005/05/18"يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"[1]

لقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة برأي الجمهور ،حيث أسقط عن الحاضنة حقها ،بمجرد الزواج بغير قريب محرم المحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة ما هو الأصلح للمحضون.

ثانيا :أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير:

ومعناه أن تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمه أو أخته وجدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ،ولهن الحق بحضانة الإناث، ولا حق لأبناء العم وأبناء العمة وكذا أبناء الخال والخالة بحضانة الإناث لإنعام الشرط نفسه وهو المحرمية [2]

ثالثا. عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

إذا أقامت الحاضنة بالصغر في بيت من يبغضه ويكرهه ولو كان قريبا سقطت حضانتها له لان الحضانة شرعة لصيانة وحماية الصغير وفي إقامتها مع المبغض للولد تعريض له للأذى و الضياع إذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها ،وحضنته جدته فلا حضانة لها إذا سكنت مع ابنتها المتزوجة إلا إذا انفردت بسكن آخر وهدا ما نصت عليه المادة 70 من ق أ ج.[3]

[1] ملف رقم331058 قرار بتاريخ 2005.05.18 ، المجلة القضائية، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد 02، سنة2005 ص383، نقل من أمينة ونوغي، المرجع نفسه، ص 38.

[2] انظرمحمدأبوزهرة، الأحوال الشخصية،408.

[3] انظرصالحب بوغرارة، المرجع نفسه، ص 115.

رابعا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانا و الأب معسر:

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

خامسا: الإسلام:

فالحنفية جوزوا حق الحضانة لغير المسلمة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة فهذه الأخيرة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تتوب في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة ،أما المالكية فاتحاد الدين عندهم ليس بشرط لأن الحضانة هي مناط الشفقة ،بينما الإسلام و شرط عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم عندهم ولأنه ربما فتنه عن دينه. للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فان القضاء بخلاف هدا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون[2].

وعن موقف المشرع الجزائري في هذه المسالة فقد أكدت المادة"62"من ق أ ج على أن يربى الطفل على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة وغيرها في الحضانة وتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري انه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة وغيرها في استحقاق الحضانة وهدا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر حيث جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم ولى بحضانة ولدها ولو كانت غير المسلمة إلا أن خيف على دينه وان حضانة الذكر للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون".[3]

---

[1] انظرأمينةونوغي،المرجع نفسه، ص 39

[2] انظرصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 110.

[3] م ع، غ أش، 13/03/1989،ملف رقم 52221، سنة 2004، ص 122، نقل من صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص110.

وقد جمعت هذه الشروط في نظم شرحه ابن ميارة فهذا نصه:

وشرطها الصحة والصيانة والحرز والتكليف والديانة

وفي الإناث عدم الزوج عدا جدا لمحضون لها زوجا غدا

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى ما سبق من شروط عامة ما يلي:

أولا. أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

إن كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحتضن الإناث، كزوجة أو خادمة، و لا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطيقة للوطء كابن عمها إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا. والسبب في اشتراط أن يكون للحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة أو خالة أن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما النساء

ثانيا إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون :

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم و غير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق في الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه من محارم أهل دينه وإذا كان الولد مسلم وذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث إذا ما توافرت كل هذه الشروط في مستحق الحضانة فإن الحضانة تسند إليه ولكن مع مراعاة مصلحة المحضون دائما،وكذا مع مراعاة الترتيب القانوني لمستحقيها .

المطلب الرابع : أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم:

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية و الرعاية و أصبر على القيام بها، و

أشد ملازمة للأطفال، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب فجعلوهم القريبات من المحارم، ثم الرجال العصبات المحارم، و اختلفوا حيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا و إما ذكورا و إما الفريقان، و ذلك في سن معينة فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء

لقد حددت المادة 64من ق أ ج ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر فنصت على أن الأم أولى بحضانة " :ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة

الفرع الأول: الترتيب الفقهي لأصحاب الحق في الحضانة.

وبالرجوع إلى أراء الفقهاء نجد أنهم يختلفون في تحديد ترتيب الحواضن وهدا حسب المذاهب الأربعة:

أولا: القريبات من المحارم

1. في المذهب الحنفي:

رتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات من المحارم[1] بداية من:

- ❖ الأخت الشقيقة.
- ❖ الأخت لام.
- ❖ الأخت لأب.
- ❖ بنت الأخت الشقيقة .

[1] انظر محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، ص304.

- ❖ بنت الأخت لام.
- ❖ الخالة.
- ❖ الخالة لام.
- ❖ الخالة الأب.
- ❖ بنت أخت لأب.
- ❖ بنت أخ الشقيق.
- ❖ بنت الأخ لام.
- ❖ بنت الأخ لأب.
- ❖ العمة الشقيقة.
- ❖ العمة لأم.
- ❖ العمة لأب.
- ❖ الخالة لأب الشقيقة.
- ❖ الخالة للأم.
- ❖ الخالة لأب.
- ❖ وعمة الأب الشقيقة.
- ❖ عمة الأم.
- ❖ عمة الأب.

2. المذهب المالكي:

يرتب القريبات من المحارم ابتداء [1]من:

[1] . انظر محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، 306

- ❖ الأخت الشقيقة.
- ❖ الأخت لأم.
- ❖ الأخت لأب.
- ❖ العمة.
- ❖ العمة لأب.
- ❖ الخالة لأب.
- ❖ بنت الأخ الشقيق.
- ❖ بنت الأخ لأم.
- ❖ بنت الأخ لأب.
- ❖ بنت الأخت الشقيقة.
- ❖ الأخت لأم.
- ❖ الأخت لأب.

و إذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة، و بعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت و إن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا، فإن تساوين من كل وجه تُقدم دوما الشقيقة على التي لأم وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب [1].

3ـ المذهب الشافعي:

عند أصحاب هذا المذهب ترتيب القريبات من المحارم هو:

- ❖ الأخت.
- ❖ الخالة.
- ❖ بنت الأخت.

[1] انظر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص 625.

- ❖ بنت الأخ .
- ❖ العمة.
- ❖ بنت العم.
- ❖ بنت الخال.

وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم خلاف المذهبين المالكي والحنفي.

4. المذهب الحنبلي:

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدءا [1]:

- ❖ بالأخت الشقيقة.
- ❖ الأخت لأم.
- ❖ الأخت لأب.
- ❖ الخالة الشقيقة.
- ❖ لخالة لأم.
- ❖ الخالة لأب.
- ❖ العمة.
- ❖ خالات الأم.
- ❖ خالات الأب.
- ❖ عمات أبيه.

ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي أم وهو من ذوي الأرحام. وعمات الأب يدلين بالأب وهو من أقرب العصبات

[1]. انظر عبد الرحمان الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،ج4،ص521

- ❖ أخواته .
- ❖ بنات إخوته.
- ❖ بنات أعمامه.
- ❖ بنات عماته.
- ❖ بنات أعمام أمه.
- ❖ بنات أعمام أبيه.[1]

ثانيا: المحارم من الرجال العصبة:

ونقصد بهم العصبة من الرجال فان لم يوجد حاضنة من النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة الحضانة النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال

ولقد حددت المادة 150من قانون الأسرة الجزائري مفهوم العاصب بنصها" العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد اخذ أصحاب الفروض حقوقهم وان استغرقت الفروض التركة فلا شيء له"

والعاصب إن كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه وهو ما جاء تحديده في المادة152 من ق أ ج: "العاصب بنفسه كل ذكر ينتم إلى الهالك بواسطة ذكر"

وقياسا على الميراث فان حضانة الولد تعود للعاصب في حالة استغراق كل الأشخاص السابق ذكرهم وعلى دلك جاءت المادة 153 من ق ا ج تبين العصبة بالنفس وتحددها في أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الأتي:

- ❖ جهة البنوة: وتشمل الابن وابن الابن مهما نزلت درجته.
- ❖ جهة الأبوة: وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد

[1] انظر ابن المفلح المقدسي،المبدع شرح المقنع، ج9،116.

❖ جهة الأخوة: وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب مهما نزلوا

❖ جهة العمومة : وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده مهما علا وأبناءهم مهما نزلوا

وعلى هذا فان الترتيب للفئة يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما له علاقة بالميراث وولاية النكاح.[1]

وعلى هذا وحسب المذهب المالكي الذي يجعل الجد اسبق من الأخ وهو الجد لأب وان علا ثم ابن أخ المحضون ثم عم المحضون الشقيق أولا ثم الذي لأب من بعده وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون فيحق له حضانة الطفل ثم أبناء العم[2] وثبت لهم حضانة الذكور عدا الإناث لأنهم من العصبات الغير المحارم وبالتالي فلا حضانة لهم للأنثى .

و العصبات تقدم كما في الميراث الأقرب فالأقرب.

ثالثا: المحارم من الرجال غير العصبة.

لا تنتهي ولا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم أو العصبات من الرجال بحيث انه إذا لم يوجد من هؤلاء من يحضن الولد أو وُجد لكن ليس أهلا أو كفؤا فان حق الحضانة قد ينتقل ويشمل المحارم غير العصبة من الرجال وهم على الترتيب:

❖ الجد أب الأم.

❖ ابن أخ لام.

❖ العم لأم.

❖ الخال الشقيق.

❖ الخال لأب.

[1] انظر صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص80.

[2] – انظر كربال سهام، المرجع السابق، ص45.

❖ الخال لأم.[1]

و ينتقل إلى هذه المرتبة بعد عدم وجود أحد مستحقي الحضانة سواء كان من القريبات من المحارم أو من المحارم الرجال العصبات أو وجد أحد من هؤلاء المستحقين وكان غير مستوفٍ ومستكمل لجميع شروط الحضانة.

رابعا: ما يراه القاضي أصلح للمحضون.

إذا وُجد من هو أهل للحضانة فهو يستحق ذلك أما إذا تعدد أهلها في الرتبة الواحدة قدمت أقربهن درجة على الترتيب المعين والمحدد فان تساوين في الدرجة ومثاله كأخوات شقيقات قدمت الأصلح منهن لتربية وان تساوين في المرتبة ودرجة القرابة وكذا الصلاحية للحضانة اختار القاضي من شاء من بينهن[2] أما في حالة ما لم يكن هناك من هو أهل لحضانة الطفل ممن سبق ذكرهم أو لم يوجد من يحضنه لفقدان الأهلية أو عدم القدرة كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولكان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله الحق في حضانة ابنة عمه إن كانت صغيرة غير مشتهاة بحيث لا يخشى عليها من الفتنة.

الفرع الثاني:الترتيب القانوني لأصحاب الحق في الحضانة.

وافق المشرع الجزائري فقهاء الشريعة، بأحقية وأولوية الأم بحضانة صغيرها، لأنها أعلم بشؤونه من غيرها وأحن عليه وأعطف وأكثر الناس على تحمل مصاعب الرعاية.

وفي هذا الشأن نتطرق إلى أرائه بخصوص مسألة الترتيب و ما جاء به قبل وبعد التعديل.

[1]- انظر كربال سهام، المرجع السابق، ص 46.

[2]- المرجع نفسه، نفس الصفحة.

أولا:الترتيب في قانون84ـــ11.

بحسب نص المادة 64[1]من ق أج، فإن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق وفق ما يلي: **الأم أولى بحضانة ولها، ثم جدته لأمه، تليهما الخالة ،وبعدها أب المحضون فجدته لأبيه، ثم الأقربون درجة.**

وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات ومن بينها الصادر في 02/04/1984 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.

وإدراكا منه بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه كونها الأعطف عليه من غيرها ومن ثم إذا انصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا لوجود سبب شرعي يبيح إسقاط حقها أو إثبات يبين ويوضح عدم قدرتها لممارسة الرعاية و التربية[2].

يقول ابن تيمية "النساء أرفق بالصغير وأخبر بتغذيته وحمله،وأصبر على ذلك، وأرحم به، فهي أقدر و أخبر، في هذا الموضع فعينت الأم، في حق الطفل تمييز المخير في الشرع"[3]

وبالتالي فإن الأم لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل واستقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامة سلوكه، إضافة إلى ذلك فهي مصدر غذاء بالنسبة له وهذا في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، ولهذا هي أولى بالحضانة، فإن توافرت فيها الشروط ليكون هناك من ينازعها.

---

[1]المادة 64 من ق أج، قبل التعديل: "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"

[2]انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص381.

[3]. محمد بن عبد الله بن عابد الصوَاط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ج1، ص 633.

وخلاصة القول أن المشرع في قانون الأسرة 84-11 أعطى الأولوية في حضانة الصغير لجهة الأم وأقاربها أكثر من جهة الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون .

ثانيا: القانون 05-02:

شهد قانون الأسرة بعض التعديلات الواردة، في مواده بموجب الأمر رقم 05/02المؤرخ في 27/02/2005 ومن بينها المادة 64 منه، والتي من خلالها نجد أن المشرع أعاد ترتيب الحاضنين

فورد في نصها على أن" **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

ففي هذا السياق يرى الأستاذ بن شويخ أن التعديل الجديد كان أقرب حيث راعى ،الطبيعة المعيشية في المجتمع الجزائري، وأن الأزواج في الغالب يقيمون إلى جانب الأبوين من جهة الزوج، وبأقلية مع أبوي الزوجة مما يعني أن الأولاد لهم علاقة قوية وصلة وثيقة وهذا الجانب يراعى له عند إسناد الحضانة.[1]

كما يقول أنه إذا استثنت الأم التي بطبيعتها لها الأولوية في الحضانة، فإن ترتيب الأقارب يكون بالاجتهاد بالرأي[2]

جاء هذا التعديل مخالفا للشريعة الإسلامية فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب، وإن أبقى الأولوية للأم، على جهة الأب، لأن الأم أقدر على تحمل مصاعب المهمة وقد أقر بالتداول الذي ما هو إلا مراعاة لمصلحة المحضون[3]

يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: "التقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت به

[1] انظر بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص256.

[2] انظر بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، نفس ص.

[3] انظر بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ص 11.

مصلحة الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا التفاف في القرعة ولا تخيير للصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيف يؤثر عليه التعب فيكون عند من هو أنفع له ولا تتحمل الشريعة غير هذا "[1] .

في تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم والخالة فإنه أخذ برأي ابن القيم الذي يرى بأنه الأرجح في تقديمه لجهة الأب على جهة الأم .[2]

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 64 أنه جاء بعبارة غامضة ومبهمة بعدما حدد الدرجات الستة الأولى في ترتيب، ولم يبين مقصودها "أصحاب الحق في الحضانة حيث وردت عبارة "ثم الأقربون درجة" فسكوته عنها يؤدي بالقضاة إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلهم لها المادة 222 ق، أ، ج.

[1]. انظر كربال سهام، ص43

[2] انظر كربال سهام المرجع نفسه، ص42.

المبحث الثاني

حالات سقوط الحضانة وأسبابها

تمهيد:

يعتبر حق الحضانة أداء أوجبه القانون تجاه الحاضن، فهو لا يثبت بصفة مستمرة، فإن قام والتزم به الحاضن كما أمره القانون بقي له ذلك إلى بلوغ المحضون السن القانوني لنهاية هذا الحق، لكن إن أخل الحاضن بالالتزام المتعلق بالحضانة أو فقد شرط من شروط الأهلية وجب إسقاط حق الحضانة عليه.[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع ذكر الحالات، و الأسباب المسقطة للحضانة عن أصحاب الحق، ولكونها شرعت لصالح الولد المحضون قصد الرعاية والحماية فإن لم يتحقق هذا الهدف فلا مناص من سقوطها عن الذي أسندت له، فتناط لمن يلي في المرتبة وهو أحق بهاو أهل لها.

وهو ما سأحاول تبيينه في هذا المبحث من خلال التالي:

المطلب الأول: حالة التنازل الصريح.

المطلب الثاني: حالة التنازل الضمني.

المطلب الثالث: حالات أخرى.

[1] . انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص388.

المطلب الأول: حالة التنازل الصريح:

اعتبر المشرع التنازل الصريح بمثابة عذر قانوني موجب لإسقاط الحضانة عن الحاضنة وإسنادها لمن يليها، وقد بين المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية حالات التي تدخل ضمن نطاق التنازل الصريح على سبيل الحصر نوردها على النحو التالي:

الفرع الأول: مرور سنة بدون عذر.

اعتبر المشرع الجزائري أن مرور سنة بدون عذر على عدم مطالبة من له الحق باسترجاع الحق في الحضانة أو السكوت عنها سببا قانونين لإسقاط الحضانة عن الحاضنة الأصلية وفي ما يلي بيان للحالتين السابقتين.

الحالة الأولى: مرور سنة على عدم المطالبة باسترجاع الحق في الحضانة

اعتبر المشرع أن مرور سنة لا تمارس فيها الحاضنة مهمة الحضانة ،سببا قانونيا في إسقاط الحضانة عنها وهذا ما نصت عليه المادة 68 من ق أ ج، والتي جاء فيها: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".[1]

من خلال نص هذه المادة يتضح بأنها مقيدة بمدة زمنية معينة يُسقط الحق فيها للحاضن إذا لم يطالب بها من له ذلك، بمدة تزيد عن سنة بدون عذر،وهنا اشترط على المتقاضي للمطالبة بحق ما أن يحترم مواعيده محددة[2]، وباعتبار أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي ، فإن التاريخ المحدد لهذا السريان مدة سنة من تاريخ العلم وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير كيفية هذه المدة كما أنه يقدر الظروف إذا كان التأخر يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عليها أو لم يتنازل عنها،

[1] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص 98

[2] حميدو زكية ، مرجع سابق، ص507

وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة **بدون عذر** التي توسع من سلطة القاضي، ولهذا فإنه لا يمكن القول أن حق الحاضن يسقط بقوة القانون. [1]

الحالة الثانية: سكوت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها

اعتبروا المشرع أن سكوت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بحقه فيها مع وجود عذر، إما لجهله بإسناد الحضانة إليه، أو لعدم علمه بأن سكوته يُسقط حقه في الحضانة فإن ذلك فلا يبطل حقه في المطالبة بها مهما طال الزمان أو قصر، وترجع السلطة التقدير في التأكد ما سبق لقاضي الموضوع.

إما إذا كان سكت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها بدون عذر، مع علمه بذالك فإن ذالك يعد سببا مسقط له لهذا الحق، ويرى في ذالك الأستاذ عبد العزيز سعد أن حق الحاضنة في هذه الحالة يسقط بقوة القانون كسبب إجرائي إذا قدمت الدعوى إلى القضاء، إلى أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة ويعتبر عدم الرد على الدفوع قصورا في الأسباب،[2] وقضت المحكمة العليا أن مطالبة الجدة لأم بإسناد الحضانة لها بعد مُضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة، فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسكت بها الطاعنة وخاصة فيما يتعلق عندما سلمت البنت لأبيها مؤقتا من وقت الطلاق سنة1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة، ولم تطالب بها إلى سنة 1993 أي بعد خمس سنوات فإن طعنها أستوجب الرفض اعتبارا لمصلحة المحضون.[3]

[1] حميدو زكية، مرجع سابق، ص507

[2] انظر قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ص 135

[3] ملف رقم 134931، قرار بتاريخ 21 . 05 . 1996، م ق، ع 02، سنة 2007 ص 86نقل من أمينة ونوغي، المرجع نفسه، ص50.

وجاء في حكم آخر للمحكمة العليا " ومتى كان المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها لأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة.[1]

من خلال ما سبق أستنتج أن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية وكذا اجتهادات المحكمة العليا، اعتبر أن مرور سنة بدون عذر مسقطا لحق الحاضن.

الفرع الثاني: الإرادة المنفردة.

يمكن للحاضن أن يرفض ويمتنع عن ممارسة الحضانة ويستوي في ذلك إن كانت أما أو شخص أخر خول له الفقه والقانون ممارسة هذا الحق، كما أن الشرع والقضاء سمح بالتنازل عن الحضانة شريطة مراعاة مصلحة المحضون وأخذها بعين الاعتبار ،فلا يسمح بالتنازل إلا إذا وجد من هو أهل لها وأقدر على تحملها .[2]

وهذا ما جاءت به المادة 66 من ق أج في فقرتها الثانية على أن حق الحاضنة يسقط بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ،فالمشرع أجاز للحاضنة التنازل ما لم يكن هذا يسبب الضرر للمحضون، ومثال ذلك إذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، فكل تنازل من شأنه أن يضر مصلحة المحضون أو يهددها لا يتعدى به، وهذا الذي جاء تأكيده في القرار الصادر عن محكمة العليا المؤرخ في 1998/04/21"من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة المصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [3]

[1] ملف رقم 33636 قرار بتاريخ 1984.06.2، ع 03، سنة، 1989ص 45نقل من المرجع السابق، ص 50

[2] انظر نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع العصمة، رسالة ماجستير ، الجزائر،2000.1999، ص310.

[3] م ع،غ أش، قرار بتاريخ 21/04/1998، ملف رقم:189234، ع خاص 2001 ، ص 175.

يثبت التنازل بموجب حكم عن طريق المحكمة لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة.

وقدا أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي ينص على"من المستقر عليه أن مسألة الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، ومتى تبين ـ في قضية الحال ـ أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66و67من قانون الأسرة.

وأن القضاة 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]

مما سبق نستخلص أن القاضي لا يمكنه أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط بدون أن ينظر لما هو أصلح للمحضون، بل له الإمكانية بأن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

الفرع الثالث: التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف.

بعد أن عرفنا أن التنازل بالإرادة المنفردة هو أحد أنواع التنازل الصريح فهناك تنازل أخر مسقط للحضانة وهو التنازل باتفاق الأطراف، والذي يتجسد في صور ثلاث نتطرق لها على النحو التالي:

- ❖ إتفاق الحاضن مع صاحب الحق بإسناد الحضانة إليه.
- ❖ التنازل عن الحضانة مقابل الخلع.
- ❖ التنازل الإتفاقي الصريح بالطلاق (التراضي).

[1]. م ع ، غ أش،قرار بتاريخ 20/04/1999، ملف رقم 220470،ع خاص 2001، ص181

الصورة الأولى: اتفاق الحاضن مع احد مستحقي الحضانة الآخرين

تتجسد صورة هذا التنازل في أن صاحب الحق يتفق بينه وبين أحد مستحقي الحضانة بشرط أن يكون هذا الاتفاق غير متعارض مع مصلحة المحضون وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري، في هذا السياق صدر عن المحكمة العليا قرار ورد فيه"متى حصل الاتفاق بين الطرفين (الأم والأب)، فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز للأطراف بعد ذلك الرجوع فيه"

وقد وافقت في ذلك القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1994/06/08والمؤيد لحكم الصادر عن محكمة الرويبة بتاريخ 1993/08/11والقاضي بالموافقة على العريضة المشتركة بين الطرفين والمتضمنة عدة شروط منها إسناد الحضانة البنت لأمها [1]

الصورة الثانية: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع

قد اختلف الفقهاء في هذا النوع الإتفاقي، منهم من يقول بصحة الخلع وبطلان المقابل المشتمل عن الحضانة، لتعلقه بحق الغير.[2]وهو قول أغلب الفقهاء ومنهم من يرى بعدم جواز الخلع، على أن الزوجة تتنازل عن الحضانة مقابله وهذا بقولهم أن الحضانة حق للولد ولقيام مصلحته لابد من عدم قبول هذا التنازل مقابل الخلع.

ويرى المالكية بإجازة إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها للأب إذا توفر الشرطين التاليين:

- ✓ أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.
- ✓ أن يكون الأب قادر على حضانة الولد.

وإلا يقع الطلاق ولا تسقط الحضانة.[3]

[1]. -(م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 07/09/ 1996، ملف رقم 138949، م ق 1996، عدد 01، ص73.

[2]. سعد فضيل، المرجع نفسه، ص 379

[3]. عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص363

وللإشارة فإن الخلع لم يُشر له في باب الحضانة وإنما أشار له المشرع في المادة 54 من ق أج، "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي." وعليه إن وقع ذلك وتنازلت الزوجة مقابل حريتها، على القاضي الانتباه بخصوص الحضانة ويضع في الحسبان مصلحة المحضون فوق كل اعتبار وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر ب 1982/02/08"من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة ،كما لا يفرض على الزوج، إذ أن الخلع شُرع لمعالجة حالات ترى فيها الزوجة أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها ،حينها تَعرض عليه مالا، لمفارقتها إياه إن قَبِلَ تم الخلع وطُلقت منه"[1]

الصورة الثالثة: حالة التنازل في دعوى الطلاق بالتراضي.

يجد الاتفاق المنعقد بين الزوجين أرضية في الطلاق بالتراضي و قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في القانون المدني الجزائري يمكن تطبيقها.[2]

ومن القرارات الداعمة لهذه القاعدة، ما صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1985/12/30

"حيث يتبين انه من مراجعة القرار المطعون فيه ودراسة أوراق ملف الدعوى، أن الطلاق الذي وقع بين الطرفين بمقتضى الحكم الصادر ب:11/21/ 1976كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها (ع) الذي أُسندت حضانته إلى أبيه وصُرفت حضانة البنت(د) لوالدتها على نفقة أبيها وحيث أنه عقد رضائي هو بمثابة التزام أبرمه الزوجين وجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه و أن القضاة الاستئناف لما الغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي،

[1]. م ع، غ أ ش، بتاريخ 02/08/ 1982، ملف رقم 26709، ن ق 1982، عدد خاص، ص258 .

[2]المادة 106من ق، م، ج" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون.

وبالرغم تنازل الأم عن الحضانة وترك الابن عند أبيه قد تجاهلوا القاعدة الواردة في المادة 106 من ق م ج "العقد شريعة المتعاقدين" وأسسوا بأسباب خاطئة، فالقاعدة الفقهية في الحضانة مراعاة مصلحة المحضون معرضين بذلك قرارهم للنقض.[1]

كما جاء في قرار آخر صدر عن المحكمة العليا" من المستقر عليه أن مسألة الحضانة يمكن التراجع فيها لأن تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من ق أج، وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2]

وعليه فالخلاصة مما تقدم نقول أن المشرع الجزائري قال بمبدأ الاتفاق وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما للحاضن حق التنازل عن الحضانة لغيره من مستحقيها و أن حق التنازل يسقط عن طريق الطلاق بنوعيه إما خلع أو رضائي فكليهما جائز بشرط مراعاة الأصلح للمحضون وعلى القاضي مراعاة ذلك

المطلب الثاني: حالة التنازل الضمني.

فهذه الحالة نعني بها التنازل الذي يُطلق على الأسباب القانونية الموجبة لإسقاط حق الحضانة ،والتي فيها الحاضن لا يطلب إسقاط حقه و إنما يتخذ سلوكا يعتبره التشريع سلوكا يضر بمصلحة المحضون والذي ينجر عليه عدم الاستحقاق و إسقاط للحضانة.

ومن هنا فإن حالة التنازل الضمني تتجسد هي الأخرى في صور ثلاث:

- ❖ زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم للمحضون.

[1]. كمال صمامة، المرجع نفسه، ص 115.

[2]. م ع ،غ أ ش، بتاريخ 20/04/1999 ملف رقم 220470، م ق 2001، عدد خاص، ص 181.

- ❖ انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي
- ❖ مساكنة الحاضنة مع من سقطت حضانتها.

الفرع الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون.

تنص المادة 66من ق أج، على فقرتها الأولى على "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم". غير أن هذا السبب لم يكن محل إجماع بين فقهاء الشريعة واختلفوا في هذا السبب منهم من يرى أن كل زواج للحاضنة يسقط الحضانة ولو كان بقريب محرم للمحضون، وهو قول الشافعية ،قد استدلوا بحديث أنت أحق به ما لم تنكحي فيقول الإمام الشافعي أن الدليل لم يفصل بين الزواج بمحرم أو بغيره وهو الظاهر.[1]

ومنهم من يرى عدم الأخذ بالسبب بالإطلاق وهو قول الظاهرية فحججهم في ذلك ما روي عن أم سلمة لما تزوجت النبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها.[2]

أما فقهاء المالكية والجمهور من الحنفية فقد قيدوا زواج الحاضنة بقريب محرم ودلليهم في ذلك ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال"كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل زوجها يوم أُحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها وآخر إلى أبيها فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فأؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال أنكحت فلان فلانة؟ فقال نعم. أنت الذي لا نكاح بك اذهبي انكحي عم ولدك "[3]

[1]. انظر كربال سهام ،المرجع نفسه، ص 92.

[2]. انظر كربال سهام، المرجع نفسه، ص93.

[3]الصنعاني تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، ج6، ص.147

فمن خلال الحديث إشارة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم لم يُنكر زواج الأم بالغير، وإنما أنكحها عم ولدها لتبقى الحضانة عندها، وهذا دليل على عدم سقوط الحضانة بالتزوج بقريب محرم للصغير.

في حين من الفقهاء من يربطه بمصلحة المحضون وما يخدمه فإن لم تكن مراعاة المصلحة قائمة سقط الحق ولم يفرقوا بين الزواج بأجنبي عن المحضون أو بقريب منه، و القاضي له سلطة تقرير ذلك.

فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم وكانت مصلحة المحضون بالبقاء معها فإن ذلك لا يسقطه لغلبة المصلحة للمحضون[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري ومن خلال المادة 66من ق أج، فيُلاحظ بأنه أخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية، حيث أسقط عن الحاضنة حقها في الحضانة لزواجها بغير قريب محرم، و للقاضي مطلق السلطة في تقدير مصلحة المحضون وأخذها بعين الاعتبار.

إلا أنه عند زواج الحاضنة بغير ذي محرم يقع عليه بعض الاستثناءات نورد أهمها في النقاط التالية:

- ✓ أن يقوم الأب أو من يقوم مقامه بترك، لمحضون مع أمه برضا منه.[2]
- ✓ أن لا يكون هناك منازع أو ممن لهم الحق في الحضانة للام في الحضانة بعد زواجها، وتحسب المدة ابتداء من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة بعده.
- ✓ إذا وجد من يلي الأم في الحضانة وكان هو غير أمين للصغير أو كان عاجز عن القيام بالحضانة.
- ✓ عدم وجود من أولى بالحضانة بعد الأم، وكان لابد من وضعه في دور الحضانة فهنا أمه أولى به رغم زواجها.

[1]. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

[2]انظر محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص113.

هناك مسألة يشير إليها القانونيون في حال زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم أيعتبر تنازلا إجباريا؟ أم اختياريا؟ وهل للحاضنة حق المطالبة بالحضانة بعد الطلاق؟

ورد في المادة 71 من أج، "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها "وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/02/05أنه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون وكما كان الثابت ـ في قضية الحال ـ أن الأم أُسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يُعد مخالفا للقانون.[1]

وفي هذا جاء قرار المحكمة العليا والمؤرخ في 1986/05/05"من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية 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، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة[2]

ويلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف حيث اعتبرت زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في إحدى قراراتها الصادرة في 1998/07/21، [3]ما يلي "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين ـ في قضية الحال ـ أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طُلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون.

[1]. صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 132.

[2]. م ع، غ أش،05/05/1986، ملف رقم 40438، م ق 1989، عدد 02، ص 75 نقل من صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص133.

[3]. انظر كربال سهام، المرجع السابق، ص 94.

الفرع الثاني: انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي.

عالج المشرع مسألة السفر والانتقال من الوطن إلى خارجه من خلال المادة 69[1]من ق أج، والذي جعله من أسباب التنازل الضمني عن الحضانة نظرا للضرر الذي يلحق بالصغير عند السفر والانتقال والمقصود منه الانقطاع [2]

فمصلحة المحضون ،تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي بإذن من القاضي ومن ثم بعدم تخويل الأب أو الولي، حق التمتع بهذه الرخصة [3]

بالنظر إلى نص المادة 69من ق أج، نجد أنها لم تميز بين النساء والرجال من أصحاب الحضانة فكليهما يخضع لرقابة القاضي وهذا لأجل تحقيق الأصلح للمحضون وبقاءه مع والديه وتحت رقابتهما.

ومن هنا المقصود بالسفر خارج الوطن هو الذي هدفه الإقامة بشكل مستمر ودائم، وبمفهوم المخالفة السفر الذي من أجله السياحة أو العلاج أو نحو ذلك لا يخضع لأحكام المادة 69من ق أ ج.

إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن و لو خرج به إلى

[1] المادة 69من ق أج المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27/02/2005"إذا أراد الشخص الموكل حق في الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه ،مع مراعاة مصلحة المحضون"

[2] انظر كمال صمامة، المرجع السابق، ص 133.

[3] انظر محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 411.

بلد أجنبي، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة [1]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/02/23 " من المقرر قانون أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أنئ رجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط[2]

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك من خلال حكم آخر لها جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمَّ فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه وأن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة البنت والولد لأمهم طبق القواعد الشرعية و صحيح القانون"[3]

وفي قرار آخر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/03/09"حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم إلى أرض الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة"[4]

مادام انتقال الولد مع أحد مع أحد أبويه إلى بلد مسلم لا يتعارض مع مصلحة المحضون فلا إشكال في ذلك ولكن الإشكال المطروح في البلد الأجنبي وفي المسافة الفاصلة بين البلدين.

[1]. انظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 142.

[2]. أمينة ونوغي، المرجع نفسه، ص 51.

[3]. ملف رقم 56597 قرار بتاريخ 1989.12.25، م ق، العدد 03، سنة 1995، ص61نقل من المرجع نفسه، ص51.

[4]. -(م ع، غ أ ش، بتاريخ /03/09/ 1987، ملف رقم 45186، نقل من كمال صمامة، المرجع نفسه، ص134.

فبالرجوع إلى المادة 69 من ق أج نجد أنها أعطت حكما واحدا سواء كان الأب مسلم أو غير مسلم مع مراعاة مصلحة المحضون إلا أن القاضي لم يولي اهتماما بالمسافة بين الوطن والبلد الأجنبي بقدر ما اهتم بدين البلد الأجنبي إن كان مسلم أو غير مسلم وهذا مراعاة للمحضون ومصلحته.

من خلال ما تقدم تبين أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 69 من ق أج يوحي بأن البلد الأجنبي هو ما كان خارج التراب الوطني، في حين أن القضاء وضح ذلك وجعل البلد الأجنبي هو البلد الذي لا يدين بدين الإسلام حتى لا يضيع الولد ويبقى على دين أبيه وبالتالي في حالة الإقامة بالمحضون والسفر به من أجل الإقامة ببلد أجنبي لا يدين بالإسلام يسقط القاضي عنه الحضانة بهذا السفر الذي يتضرر منه الصغير. [1]

الفرع الثالث: مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها

نصت على هذا السبب المادة 70 ق.أ.ج[2]، ويظهر بأن إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منطقي، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة، لأنها سيدة البيت، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم [3]

ويكون ذلك إذا سكنت الحاضنة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وهذا ما نصت عليه المادة 70 من ق أج وقد استمد المشرع هذه المادة من المذهب المالكي[4]

وهذه المادة تتوافق مع المادة 66من ق أج، من زاوية إمساك المحضون في بيت من يبغضه وبالتالي إسقاط الحضانة عن صاحبها ،وتختلف عنها من زاوية هذا راجع لأن المادة تتكلم عن حاضنتين فقط

[1]. كمال صمامة، المرجع نفسه السابق، ص135.

[2]. المادة 70"تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

[3]. انظر كربال سهام، المرجع السابق، ص98.

[4]. كية حميدو، مرجع سابق، ص 545نقل من كمال صمامة، المرجع السابق، ص127.

وهما الجدة والخالة في حين أن المذكورة أعلاه تشمل كل الحاضنات بما فيها الجدة والخالة فالمادة 70 مكملة للمادة 66 ولهما نفس الحكم.

وتسقط حضانة الجدة والخالة بتوافر الشروط التالية:

1ـ أن تكون الحاضنة أما للمحضون أو خالته.

2ـأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون.

3ـ أن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم .

والمقصود بالمساكنة المسقطة للحضانة هي إن تتخذ سكن أم المحضون موطنا لها وهو أن تكون إقامتها فيه مستمرة .[1]

وبمفهوم المخالفة فإنه إذا أقامت الحاضنة بمحضونها عند أمه بصفة مؤقتة كما في حالة الزيارة، أو العطل المدرسية فإنها لا تسقط الحضانة.

وتطبيقا للمبدأ الذي جاءت به المادة 70من ق أج،فقد قررت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1988/06/20حيث قالت"من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم)أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع إبنتها المتزوجة بأجنبي وتكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فغن النعي، على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس ولما كان من ـ الثابت ـفي قضية الحال إن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة على الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسببا كافيا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن .[2]

وقد شرعت المادة 70 من ق أج، حتى لا يتضرر المحضون في مساكنته حتى لا يتضرر المحضون في مساكنته لمن يبغضه.

---

[1]. سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص302

[2]. م ع، غ أ ش، بتاريخ: 06/20/ 1988، ملف رقم 50011، م ق 1991، عدد2، ص 57 نقل من كمال صمامة، المرجع نفسه، ص 128

ومن خلال ما تقدم تبين إن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم دون غيرهما إلا أن القاضي له السلطة التقديرية في المساكنة ففي حالة تضرر المحضون أسقط الحضانة عنهما (الجدة والخالة) ولقاضي واسع النظر.

المطلب الثالث: حالات أخرى.

إذا اختلت شروط الحضانة فإن مصلحة المحضون في خطر، فهنا يمكن للمعني صاحب الصفة أن يلجأ إلى دعوى الإسقاط والذي لا يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، لأن هذه الدعاوى هي أصلية بخلاف دعاوى الإسناد والتي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق.

كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون وهذا ما سنحاول تبيينه:

ـ عند اختلال أحد شروط المادة 62 من ق أج.

الفرع الأول: القدرة

تسقط الحضانة عن الحاضن إذا فقد أحد شروطها كالقدرة مثلا أو التربية على دين الأب، فنجد أن المادة67من ق أ، ج تنص على سقوط الحضانة في حال اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من القانون ذاته.

والفقه الإسلامي أوجب على توافر شروط الحضانة في صاحبها واعتبر شرط القدرة أهمها، فإن أقر القضاء بإعطاء حق الممارسة للحاضن دون أن يستوجب شروطها يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 11/07/ 1988أنه "من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته ،ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله.

ولما كان الثابت ـ في قضية الحال ـ أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا.[1]

[1]. م ع ،غ أ ش 07/11/1988، ملف رقم 50270، م ق 1991، عدد ص 48

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة حيث أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذه الحال حادوا عن الصواب وبذلك خالفوا القواعد المقررة فقها.[1]

الفرع الثاني: ارتكاب جريمة زنا.

تعتبر جريمة الزنا من أحد الأسباب المسقطة للحضانة ،لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فإن المحضون يبقى لدى أمه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/07/15 والذي جاء فيه "إن قضاة المجلس بقضائهم إسناد حضانة البنت(س) إلى أمها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها جريمة الزنا فإن الحضانة وإذا كانت الحضانة فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق أ ج، باختلال أحد شروطها الواردة في المادة 62 من ق أج، إلا أن هذه الأخيرة نصت على مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة، لم تستغني عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس يكونون بذلك طبقوا القانون تطبيقا سليما"[2].

الفرع الثالث: عمل المرأة.

إن المقصود من عمل المرأة و الذي يسقط الحضانة هو ذالك النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل وصيانته على أكمل وجه.

بالرجوع إلى نص المادة 67من ق أج في فقرته الثانية نجدها تقول:"....ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1]. أمينة ونوغي ،المرجع السابق ،ص 45.

[2]. م ع ، غ أ ش ،قرار بتاريخ 15/07/2010 ،ملف رقم 564787 م ق 2010،عدد02،نقل من كربال سهام ،المرجع نفسه ص 96.

وفي السياق ذاته نجد أم المادة 19من القانون نفسه تنص على "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما الشروط الخاصة بالمرأة"، ونظرا للنزاع القائم والكبير حول عمل المرأة فإن المشرع الجزائري في التعديل الجديد قد حسم الموقف[1]

فهذا التنصيص الجديد أكد على عدم اعتبار عمل المرأة من الأسباب المسقطة للحضانة لكن قد يواجه عملها تناقضا مع مصلحة المحضون ف بعض الأحيان، لأن حقيقة الحضانة هي القيام بشؤون المحضون المتصف بالعجز، فإن كانت الحاضنة بعيدة عن محضونها مدة طويلة، أو مستمرة عدة ساعات في النهار أو الليل، فكيف لها بتحقيق مصلحة المحضون.

ومن المعلوم أن حق المحضون مقدم على غيره، ولذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة .،وكذا في تعارضه مع مصلحة الصغير، وإلا فما الفرق بين مرأة عاملة تقضي اغلب أوقاتها بعيدة عن الطفل و أخرى عاجزة عن القيام بشؤونه والتي رأينا بأنها تمنع من الحضانة أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة[2].

أما بخصوص بعمل المرأة فإن المحكمة العليا قد قضت إن عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، و إنما هي حق للمحضون أيضا ، كما في الفقه والقضاء [3]

فإذا استطاعت المرأة التوفيق بين عملها خارج البيت وكعملها حاضنة ،بحيث لا يضيع المحضون ولا مصلحته فإنها عملها لا يُسقط حقها في الحضانة أما إن كان عكس ذالك وهو بضياع الطفل فإن القضاء هو الذي يقضي ويتكفل بهذا الشأن.

[1]. كمال صمامة، المرجع السابق ،ص،94.

[2].عبد القادر الداودي ،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 220نقل من كمال صمامة ،المرجع نفسه ص95.

[3]. أمينة ونوغي ، المرجع نفسه، ص 45.

المبحث الثالث

قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

تمهيد:

تخضع الحضانة لقاعدة مهمة وهي قاعدة "مراعاة مصلحة المحضون"، وقد جاءت الشريعة الإسلامية تؤكد على ضرورة الأخذ بها ومن أجل ذلك وضع الفقهاء قواعد لحماية هذه المصلحة وقرروا تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة، وهذا درءا للمفاسد و رعاية لحاجات الناس.

فمن مصلحة المحضون توفير الرعاية المادية، و المعنوية للصغار، وذلك في حالة الوفاة أو الطلاق أو حالات أخرى (المرض ...) الذي يحدث بين الزوجين، والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة حضانة الصغار.

لذلك اعتنى الفقه و التشريع بالحضانة وأجمعوا كلهم على وجوبها ، فكل منهما يسعى إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك وضعت منافذ يستطيع القاضي من خلالها توفير الحماية والرعاية لمصالح الصغير ومن ثم فإن أهمها هذه المنافذ هي قاعدة "مصلحة الطفل المحضون" التي لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين حتى أصبحت الوحيدة التي يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب السلطة التقديرية وعلى هذا سأتناول في هذا المبحث متبعة في ذلك:

–المطلب الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

– المطلب الثاني:قاعدة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.

–المطلب الثالث: سلطة التقديرية للقاضي في مصلحة المحضون.

–المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الأصلح للمحضون.

المطلب الأول: معنى قاعدة مصلحة المحضون.

تعتبر قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية، وكان العمل بها سائرا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك صحابته الكرام رضوان االله عليهم. فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي االله عنهما.

كما أنها قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمصلحة يكون مفهومها بحسب الظروف الاجتماعية و الثقافية التي تؤثر في تحديدها، ولا يمكن حصرها في تعريف دقيق وموحد وهذا راجع لأسباب عديدة.

وللتفصيل أكثر في مفهوم المصلحة نتطرق لها من الناحية اللغوية، و الاصطلاحية و القانونية.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمصلحة

المصلحة في اللغة كالمنفعة، وزنا ومعنى فهي: مصدر الصلاح أو هي: اسم للواحدة من المصالح،[1]

والصلاح هو: الخير والصواب في الأمر.[2]

والمصلحة ضدها المفسدة.

وقد أورد لسان العرب المعنيين إذ جاء فيه "والمصلحة، الصلاح والمصلحة واحدة المصالح "فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل الفوائد أو بالدفع واستبعاد الأضرار فهو جدير بأن يسمى مصلحة[3]

[1] ابن منظور ،لسان العرب، ج2، ص 517.
[2] الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص 345.
[3] انظر بن عصمان نسرين ايناس، المرجع السابق، ص 28.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمصلحة

المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم وأموالهم ونسلهم طبق ترتيب معين فيما بينها.[1]

فالمصلحة وردت بألفاظ مختلفة متقاربة المعنى والمدلول ونذكر منها:

- ❖ قال الإمام الغزالي رحمه الله: هي جلب المنفعة ودفع المضرة.[2]
- ❖ وقد أورد الشاطبي تعريفا للمصلحة : وأعني بالمصالح ما يرجع على قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق.[3]

خلاصة القول في التعريفات التي وردت، فإن المصلحة والمفسدة تفهم وتعرف على مقتضى ما غلب فإذا كان الفعل الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبة إلى الجهة الراجحة وهو ما عبر عنه الشاطبي بقوله "فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتياد وهي المقصودة شرعا ولتحصيلها وقع الطلب على العباد وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر على المصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعا" [4]

الفرع الثالث: التعريف القانوني للمصلحة.

بعد التعريف اللغوي والاصطلاحي نشير إلى التعريف القانوني للمصلحة، وفي ذالك انقسم التعريف عند القانونيين إلى مذهبين:

---

[1]. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص27

[2]أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى إلى علم الأصول، ج1، ص286

[3]. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص125.

[4]انظر نسرين بن عصمان، المرجع السابق، ص29.

. المذهب الأول:

اعتبار أن المصلحة كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا مارس حقا أو أقام دعوى، أو أنها السبب الذي من أجله ترفع الدعوى فالمدعي طلبه تحقيق مصلحة بحماية حق قانوني.[1]

. المذهب الثاني:

المصلحة جلب للتعويض عند الضرر، سواءاً كان الضرر ماديا أو معنويا.[2]

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية تطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية ولا تعني مصلحة مالية فحسب بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع.[3]

يصعب تحديد معنى للقاعدة لأن الأمر يتعلق بمادة لها صلة وثيقة بالحياة فالقاعدة من ملامحها أنها ذاتيه لا يمكن وضعها في إطار معين كما أن مصلحة الطفل تتعلق بمستقبله مما يزيد القاعدة تعقيدا وصعوبة، فالبالغ موجود بحاضره ومستقبله يتحدد منه ،لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون في المستقبل مما يجعل القاعدة متغيرة غير ثابتة.[4]

وعليه يمكن القول، عن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون أنها قاعدة مطاطة ومرنة تتأقلم مع الظروف الزمانية والمكانية وكذا ذاتية الطفل.[5]

---

[1] انظر أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص 26.

[2]. انظر بن عصمان نسرين ايناس، المرجع السابق ،ص 31

[3]. كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، ص 30.

[4] أنظر أمينة ونوغي، المرجع نفسه، ص 27.

[5] انظر عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 299.

المطلب الثاني: معنى مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا واضحا وصريحا تختص به المصلحة، فاكتفى بذكر المصطلح في بعض الأحيان وفي أحيان أخرى شمل الفكرة بدون مصطلح. فنجد أنه أخذ بها دون أن يحدد لها معنى عام ومجرد فقاعدة مصلحة المحضون بطبيعتها ذاتية ،تتعلق بكل طفل لوحده ،فالقاضي ينظر للظروف الخاصة بكل طفل وكذا السن والحاجيات، كما يراعي للمحيط الذي يترعرع فيه، وأيضا يجب عليه أن ينظر لها من حيث الزمان لأن تطور الحياة يؤثر عليها بالتعقيد والتطور.

ولما كانت قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها المصدر والأصل للمشرع الجزائري لاستمداده واستقاءه أحكام قانون الأسرة منها، نجد المادة 222منه تحيلنا إلى الشريعة في حال عدم وجود نص صريح في مسألة معينة وهذا بدون تقييد لمذهب محدد ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام الفقه الإسلامي.

. المطلب الثالث: معنى مراعات مصلحة المحضون في القانون الجزائري.

أورد المشرع الجزائري قاعدة مصلحة المحضون في المواد المتعلقة بمسألة الحضانة وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة وقد شملت هذه القاعدة إحدى عشر مادة منه لم ترد على الترتيب فقد ورد ذكر بعضها في باب الحضانة وود بعضا الأخر في باب الولاية على القاصر [1].

وأهم ما يميز هذه القاعدة:

– نجد أن المشرع أشار للترتيب أصحاب الحق في الحضانة ،وأعطى الأولوية للأم لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون بحسب المادة 64من ق. أ.ج، والتقدير للمصلحة يكون من طرف القضاة .

[1]. المواد 07،64،65،66،67،،69،84،89،94،96 من ق أج.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ الغوثي لقد قضت المحكمة العليا" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة ترتيب المنصوص عليه في المادة 64من ق. أ، بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية للمحضون، ولما كان ثابتا ـ في قضية الحال ـ أن القرار المنتقد أسقط حضانة الصغيرين عن الطاعنة ،وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون عليه.

فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض".[1] من خلال هدا النص نجد أن قضاة المحكمة العليا نقضوا حكم الغرفة المدنية والتي قضت بإسناد الحضانة للأب – قبل تعديل قانون الأسرة – بدلا من الخالة غير أنه لما ثبت في قضية الحال أن إبقاء حضانة الصغيرين مع خالتهما أفضل لمصلحتهما من إسناد الحضانة لولدهما فإن المحكمة العليا نقضت حكم الغرفة المدنية وقضت بإرجاع الحضانة لخالتهما، مراعاة لمصلحتهما .

كما ورد في اجتهاد أخر عن المحكمة العليا المؤرخ ب1993/02/23"من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64من قانون الأسرة بالنسبة للحاضن إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون".[2]

– اشترطت المادة 65من ق. أ.ج، في الحكم القاضي بإنهاء الحضانة مراعاة مصلحة المحضون،[3]

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا وجاء به القرار المؤرخ في2001/02/12"حيث أنه– في قضية الحال– يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما ،الأمر الأولى يثبت إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن ...لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا، مادام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون وكان

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقانون، ص133.
[2]. م ع، غ أ ش،23/02/1993، ملف رقم 89672، م ق 2001، عدد خاص، ص 166.
[3] صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 156.

صائبا في حكمه ،مما يترتب ليه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا المادة 75 من ق .أ.ج، لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 66.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الأصلح للمحضون

يتضح من خلال ق أج، أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأعلى و فوق كل اعتبار،و مُنحت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول ما هو أصلح للمحضون كما أن السلطة تختلف من قضية إلى أخرى، حيث لكل قضية حيثياتها وظروفها المختصة والمحيطة والتي قد تؤثر على اقتناع القاضي في تقدير المصلحة .[1]

وهذا ما بينه الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة بتاريخ 1996/05/21"من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان الثابت ـ في قضية الحال ـ أن الحضانة أُسندت إلى الأب مراعاةً لمصلحة المحضون واعتمادا على تقدير المرشدة الاجتماعية فقد طبقوا القانون" [2]

وفي قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة الأم تقتضي ذلك يعتبر تطبيقا صحيحا للقانون مؤسسين على أن الحضانة من آثار الطلاق وليس الوفاة ،وأن مصلحة المحضونة تتمثل ببقائها في بيت والدها الذي تزوج مرة ثانية وقبلت زوجة أبيها برعايتها وتربيتها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها الغير أهل للقيام بالحضانة حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 62 من ق. أ.ج.[3]

[1] انظر صالح بوغرارة، المرجع ص 158.
[2]. م .ع،غ أ. ش، 21/05/1996،ملف رقم 134951، م .ق 1997،عدد02،86.
[3]. انظر صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 159.

ولكي يستطيع القاضي تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة ومضبوطة، لابد عليه اللجوء إلى وسائل والتي من خلالها يصدر حكمه.

والتي تتمثل في:

الفرع الأول: التحقيق والمعاينة.

فتتم هذه العملية باستماع القاضي لكل أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد من منهما الأصلح لمراعاة المحضون ومصلحته ،كما له الاعتماد على وثائق مقدمة من الطرفين والموازنة بينها في الإثبات للاستطاعة على تكوين القناعة بخصوص الأصلح للمحضون. كما يمكن لقاضي الأحوال الشخصية الاعتماد على قانون الإجراءات المدنية وبالأخص 43منه، وهذا بان يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة.

ومثال ذلك ما سبق ذكره أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية ومنحه بذلك الحضانة للأب مراعيا الأصلح للمحضون.[1]

. كما يمكن للقاضي المعاينة ومعرفة الظروف والوسط الذي يعيش فيه الصغير و كذا أخذ بعين الاعتبار المسافة الفاصلة من مسكنه سواء بالقرب أو البعد والتي يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة إلى أحد المستحقين، فتتم هذه المعاينة عن طريق انتقال القاضي إلى مكان ممارسة الحضانة.

الفرع الثاني: الاستماع إلى الأقارب أو أحد أفراد العائلة.

بعد التحقيق والمعاينة من طرف القاضي لمعرفة الظروف المحيطة بالصغير جاز له أن يقوم بطلب أقارب الخصوم سواءا أصهارهم أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء العمومة ،وكل

[1] أنظر، المرجع السابق، ص 159.

هذا من أجل تجميع وتحصيل أكبر قدر من المعلومات والتي من خلالها يستطيع القاضي الترجيح لرأيه عملا بأحكام المادة 64من ق. إ.م، كما أنه لا يسمع شهادة الصغار المحضونين لأنهم لا يستطيعون معرفة الأصلح لهم كما يمكن أن يكون إدلائهم الذي قدموه للقاضي كان تحت تأثير الخوف أو الضغط والذي يؤدي إلى عدم الاختيار الموفق والصائب.[1]

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21نقض القرار الصادر عن مجلس قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي[2].

خلاصة القول أن قِوام الحضانة تحقيق الأفضل والأصلح للصغير المحضون، فعلى الرغم من تمتع قاضي الأحوال الشخصية بكامل السلطة والصلاحية في تقدير وإصدار الأحكام الخاصة بالحضانة، إلا أنه يجد صعوبة في بعض الحالات واختيار الأصوب، وهذا نتيجة تصادفه بمشاكل تكون معترضة لسلطته التقديرية ،وتجرَده أيضا من الوسائل المساعدة له على تحقيق مسؤولية مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه.[3]

[1]أنظر صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص 160

[2]. م . ع ،غ. ا .ش،21/10/1989، ملف رقم 32594، م ق 1989، عدد 01،ص77، نقل من صالح بوغرارة، المرجع نفسه، ص160

[3]حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، الجزائر، 1999-2000ص87، نقل من صالح بوغرارة المرجع نفسه، ص 161.

الخاتمة

الخاتمة

وفي خاتمة دراستي لهذا البحث المتعلق بمسقطات الحضانة بين الشريعة والقانون توصلت إلى عدة نتائج:

- ✓ ـ أن الحضانة في اللغة وردت بمعاني كثيرة والتي وافقت موضوع بحثي كان معنيين اثنين أحدهما جاء بمعنى الضم إلى الجنب والثاني دل على جعل الشيء ناحيته.
- ✓ ـ أن الحضانة في الفقه جاءت بمعنى واحد لكن بألفاظ مختلفة و هذا حسب المذاهب الأربعة.
- ✓ ـ أن الحضانة في القانون الأسرة الجزائري خُصصت لها مادة وهي 62من ق أ ج، والذي جاء في مضمونها بيان تعريف الحضانة وكذا أسبابها وأهدافها .
- ✓ أن كل من الفقه والقانون أجمعا على وجوب حضانة الطفل الصغير من حيث مشروعيتها.
- ✓ ـ أن الفقه والقانون كليهما اتفقا في أولوية الحضانة للام .
- ✓ . أن الفقه الإسلامي حدد وبيّن الشروط الواجب توافرها في الحاضن فبيّن المشتركة بين النساء والرجال والخاصة بالنساء وكذا الخاصة بالرجال في حين أن المشرع الجزائري اكتفى بعبارة "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"
- ✓ أن الفقهاء رتبوا أصحاب الحق في الحضانة بحسب درجة القرابة للمحضون. أما المشرع الجزائري فقد رتّب أصحاب الحق بحسب مستحقيها.
- ✓ ـ أن المشرع الجزائري أعاد الترتيب لأصحاب الحق بموجب الأمر 05-02بعد التعديل 84-01.
- ✓ . أن القانون الجزائري أورد الحالات والأسباب التي تسقط حق الحضانة عن الحاضن فبيّن من كان صريحا ومن كان ضمنيا ومن كان غير ذلك .
- ✓ . بخصوص عمل المرأة رأينا أن الفقهاء انقسموا على ثلاث في أرائهم، أما التشريع فقد حسم المسألة بعد التعديل وجعل عمل المرأة بأنه غير مُسقط لحق الحضانة لكن بشرط مراعاة مصلحة المحضون والتي يقررها القاضي المخول له ذلك.
- ✓ بالنسبة لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون فنجد أن الفقه الإسلامي قد حددها وبيّنها على عكس المشرع الذي نص عليها دون أن يحدد معناها ومفهومها.

التوصيات

- ✓ على المشرع تحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وعدم الاكتفاء بعبارة: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك**"
- ✓ على المشرع الجزائري أن يأخذ بمسلك الشريعة الإسلامية بخصوص قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وهذا بتحديد مفهومها وتبينها والعمل على توسيعها وعدم جعلها منصوص عليها وحسب.

قائمة المصادر والمراجع

القرءان الكريم.

- ابراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح ابو إسحاق برهان الدين، المبدع في شرح المقنع ،دار عالم الكتب ،الرياض ،2003.
- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات ـدار ابن عفان، ط الأولى،1997.
- إبراهيم مصطفى ،المعجم الوسيط ،تحقيق مجمع اللغة العربية ،دار الدعوة ،ج1.
- أبو الحسن الماوردي ،الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي ،تحقيق علي محمد معوض ،دار الكتب العلمية ،ط الأولى ،1994.
- أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب ،ج1.
- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ،إطراف المعتلي المسند الحنبلي ،دار ابن كثير ،دار الكلم الطيب ،بيروت لبنان.
- **أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ،الكافي في فقه أهل المدينة ،ج2.**
- أبو يوسف يعقوب بن إسحاق ،إصلاح المنطق لأبن السكيت ،تحقيق عبد السلام محمد هارون ،دار المعارف . إتحاد الكتاب العربي ،2002.
- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ،المستصفى من علم الأصول، محمد بن سليمان الأشقر ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان ،ط الأولى ،1997.
- أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ،منشأة المعارف ،1988.
- أحمد محمد بن علي المقري الفيومي ،المصباح المنير ،المكتبة العلمية، بيروت . لبنان، د ط.
- بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى ،دار الخلدونية، الجزائر 2008.
- تواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي ،المجلد الرابع .
- الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين ،ج3.

- رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ،الدار الجامعية ،د ب ن،2001.
- سعيد حوى بن علي القحطاني ،الهدي النبوي في تربية الأولاد في الفقه ضوء الفقه والسنة الأولى 2011.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة ،دار الفكر الجامعي ،ط الأولى،2013.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ،دار الكتب العلية ،بيروت ، لبنان ط الثانية،2002.
- عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب اخر تعديل له، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزاشري، ملخص من الفقه الإسلامي.
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، ط الثانية، دار القلم، الكويت، 1990.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2013.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، الزواج والطلاق، ط الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.
- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثانية، 196.
- العيش فضيل ،قانون الأسرة مع آخر تعديلات ،ديوان المطبوعات الجامعية، ط الثانية.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

- قاسم بن عبد الله القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمان الكبيسي، دار الوفاء جدة.
- محمد ابو زهرة الأحوال الشخصية ،الطبعة الثانية ،دار الفكر العربي، مصر ،1957.
- محمد السيد سابق ،فقه السنة ،دار الفتح الإعلام العربي، المجلد 2.
- محمد بن ابراهيم التوجري موسوعة الفقه الإسلامي ،الناشر بين ط الأولى،2009.
- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة ،ج1.
- محمد بن عبد عبد الرزاق الحسيني أبو الله البخاري صحيح البخاري تحقيق محمد زهير بن الناصر ،دار طوق النجاة ،ط الأولى.
- محمد بن عبد الله بن عبد عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية ،مكتبة دار البيان الحديثة ،ط الأولى
- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين مهد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، دار الفكر الجامعي،ج13.
- محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ،مصر 2008.
- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني، للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر،ط2.
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ،دار الوراق، ط السابعة،1999.
- موسى الحجاوي،الإقناع،ج3.
- نبيل صقر، وقمراوي عز الدين ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، الجزائر ،2008.
- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي،ج1.

الرسائل والمذكرات الجامعية :

- ✓ زكية حميدو . مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"رسالة دكتوراه، تلمسان 2005 2006
- ✓ كمال صمامة ، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ماجستير، الوادي،20152014
- ✓ يمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية ،ماجستير، الوادي،20152014.
- ✓ نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع العصمة، رسالة ماجستير ،الجزائر،20001999
- ✓ كربال سهام، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، ماستر، البويرة 20132012

في قانون الأسرة الجزائري، ماستر، بسكرة،20152014. أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون

المجلات القضائية:

- ✓ . المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا،العدد02 سنة 1991.
- ✓ . المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، سنة 1989.
- ✓ . المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، العدد 02سنة 1997 .
- ✓ . المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا،العدد02 سنة2001.
- ✓ . المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، العدد 01 سنة 2005
- ✓ .. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، عدد خاص 2001.
- ✓ المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، العدد سنة 2010
- ✓ المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا العدد 03 سنة 1995.

القوانين:

قانون رقم 84ـ 11المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984،يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05ـ 02المؤرخ في فبراير الصادر ب 2005/02/27.

الملاحق

مـجـلـس قـضاء غرداية
محـكـمـة غـردايـة
قـسـم شـؤون الأسـرة

محـامي لـدى الـمـجـلـس
شـارع أول نوفمبر (مقابل BNA)
غرداية – هاتف: 159 284 029

غردايـة في: 2017/03/07

عـريـضـة افـتـتـاح الـدعـوى

لفائـدة المدعـي : ع / و.

ضد المدعى عليها : ل / ي.

بحضور السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة غرداية

ليطيبه للمحكمة الموقرة،

يشرف المدعي أن يتقدم لهيئة المحكمة الموقرة بما يلي:

حيث أن المدعي كانت تربطه علاقة زوجية بالمدعى عليها بموجب عقد الزواج رقم : المسجل بسجلات عقود الزواج لبلدية بنورة في : 2009/08/11 و اثمر هذا الزواج ولادة الابن: محمد في 2010/11/01 كما هو ثابت من البطاقة العائلية **(مرفق1)**

حيث أنه بموجب حكم صادر عن محكمة الحال في: 2010/05/20 تحت رقم فهرس: /11 تم فك الرابطة الزوجية بين طرفي دعوى الحال بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع إسناد حضانة الابن إلى المدعى عليها. **(مرفق2)**

حيث أن المدعى عليها تزوجت بالمدعو: "ش خ" في 2015/04/23 بموجب عقد الزواج رقم 139 المسجل بسجلات عقود الزواج لبلدية بنورة وأنجبت منه ابن.

حيث أن المدعى عليها تسكن رفقة زوجها الثاني بحي النومرات تاركة الابن المحضون ببيت اهلها في حي الثنية، و ليس هي من يقوم بتربيته بل اهلها و هو ما يشكل اخلالا لشروط المادة 62 من قانون الأسرة.

حيث أنه طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة فإن حضانة الأم تسقط بالزواج بغير قريب مما يجعل طلب المدعي مؤسس قانونا.

حيث أن مراعاة مصلحة الابن المحضون تستدعي دون أدنى شك تدخل عدالة المحكمة لإسناد حضانته لأبيه.

حيث أن المدعي يتمسك بحضانة ابنه حرصا منه على مصلحته و لتحقيق أهداف الحضانة المنصوص عليها بالمادة 62 من قانون الأسرة.

لـهـذه الأسـبـابـ و لأجلها

يلتمس المدعي من المحكمة الموقرة :

- **في الشكل : قبول الدعوى.**
- **في الموضوع : إسقاط حضانة الابن "محمد" عن المدعى عليها و إسنادها من جديد لوالده المدعي " ع /و " و تعيينه وليا عليه.**
- **احتياطيا : إجراء تحقيق مدني بحضور الطرفين و الابن المحضون و الشهود للتأكد من واقعة زواج المدعى عليها و من عيش المحضون مع والدة المدعى عليها و ليس معها.**
- **تحميل المدعى عليها المصاريف القضائية.**

مع كامل التحفظ عن المدعي محاميه :

مجلس قضاء غرداية

محامي لدى المجلس — محكمة غرداية

شارع أول نوفمبر غرداية — قسم شؤون الأسرة

غرداية في: 2015/10/18

إلى السيد : رئيس قسم شؤون الأسرة لدى محكمة غرداية.

• طلب إسناد حضانة مؤقتة بموجب أمر على عريضة (م 57 مكرر من قانون الأسرة) •

لفائدة العارضة : ل / س، الساكنة : حي ثنية المخزن، غرداية.

ضد العارض ضده : م / ت، الساكن : حي ثنية المخزن، غرداية .

*** بحضور السيد وكيل الجمهورية**

ليطيب للقاضي المحترم

يشرف العارضة أن تتقدم إلى عدالة المحكمة الموقرة بما يلي:

حيث أن العارضة زوجة العارض ضده بموجب عقد زواج رسمي مسجل بسجلات عقود الزواج لبلدية ضاية بن ضحوة تحت رقم : 89 بتاريخ : 1999/08/23. - مرفق1 -

حيث أن هذه العلاقة الزوجية أثمرت إنجاب 4 بنات: **جميلة في 2002/01/03، لامية في 2008/09/11، سندس في 2009/12/15** و أصغرهم **سامية في 2014/06/17.** كما هو ثابت من البطاقة العائلية المرفقة. – مرفق 2 –

حيث أن العارض ضده أقام دعوى أمام قسم و محكمة الحال التمس بموجبها فك الرابطة الزوجية بينه و بين العارضة بالطلاق مسجلة تحت رقم /15، مجدولة لجلسة: / /2015. -مرفق 3-

حيث أن العارض ضده ترك العارضة حاليا مع بناتها في مسكن الزوجية دون أي مصدر رزق و امتنع عن الانفاق عليهم كما أنه يطالب العارضة بإخلاء مسكن الزوجية.

حيث أن نفقة البنات واجبة على أبيهم العارض ضده كما أن هذا الأخير مسؤول عن الانفاق على زوجته العارضة الى غاية الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية خاصة و أنه ميسور الحال.

حيث أنه و بموجب نص المادة 72 فقرة 2 من ق أ فان الحاضنة تبقى ببيت الزوجية الى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن.

حيث أنه و طبقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة فانه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة المتعلقة بالحضانة و النفقة و المسكن.

حيث أن العارضة تلتمس بموجب طلب الحال من سيادتكم الأمر **بإسناد الحضانة المؤقتة للبنات الأربعة** إلى أمهم (العارضة) مع الزام العارض ضده بأداء نفقة بواقع 000 6 دج شهريا لكل واحدة من البنات و 000 6 دج شهريا كنفقة لزوجته (العارضة) مع الأمر ببقاء هذه الأخيرة ببيت الزوجية لممارسة الحضانة إلى غاية الفصل النهائي في الدعوى.

*** * لهذه الأسباب ومن أجلها * ***

تلتمس العارضة:

الأمر على عريضة بإسناد الحضانة المؤقتة للبنات لأمهم " **ل / س**" مع إلزام العارض ضده " **م /ت** " بأداء مبلغ 000 6 دج شهريا كنفقة غذائية مؤقتة لكل واحدة من البنات الأربعة و مبلغ بواقع 000 6 دج شهريا كنفقة للزوجة (العارضة) مع الزامه بترك العارضة بمسكن الزوجية لحضانة البنات إلى غاية الفصل النهائي في الدعوى الأصلية.

عن العارضة و بكامل التحفظ محاميها :

ختم المحامي

محكمة : .....

فرع : شؤون الأسرة

عريضة إفتتاح دعوى بطلب الحضانة وتوابعها

لفائدة : (الإسم الكامل للأم). المقيمة في .....

قائما في حقها الأستاذ ..... مدعية

ضد : (الإسم الكامل للأب). الساكن في ..... مدعى عليه

بحضور : النيابة العامة

ليطب للمحكمة الموقرة

للعارضة الشرف أن توضح للمحكمة الموقرة ما يلي:

حيث أن العارضة كانت زوجة للمدعى عليه بعقد رسمي مؤرخ في ..... ومسجل في الحالة المدنية لبلدية ..... (وثيقة رقم 1).

وأنه نتج عن هذا الزواج الابن سعيد عمره 3 سنوات (وثيقة رقم 2).

وحيث أنه صدر حكم من محكمة ..... بتاريخ ..... قضى بالطلاق بين الطرفين (وثيقة رقم 3).

ونظرا لكون الحكم المذكور أغفل الفصل في حضانة الصغير.

وحيث أن العارضة (الأم) أولى بحضانة ابنها وهي أهل لذلك. وأن مصلحة المحضون تقضي إسناد حضانته للأم لأنه لازال صغيرا يحتاج إلى عناية الأم وتربيتها ولا يستطيع الاستغناء عنها.

وحيث أن الأب ملزم قانونا بالإنفاق على الأولاد وملزم ايضا ان يوفر [illegible] ملائما للحاضنة لممارسة الحضانة وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وهذا عملا بالمواد 72، 75، 78 من قانون الأسرة.

لـهـذه الأسـبـاب

- إثبات الحكم القاضي بالطلاق بين الطرفين المؤرخ في .....
- إثبات التأسيس القانوني لطلبات العارضة الرامية لإسناد الحضانة إليها وتخصيص مسكن الزوجية أو أي مسكن آخر لممارسة الحضانة فيه.
- الإشهاد بإلزام الأب بالإنفاق على ابنه.

ومن ثم :

- الحكم بإسناد حضانة الابن (الإسم واللقب كاملان) للعارضة وإلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه على أساس 10 آلاف دينار شهريا تسري من تاريخ صدور حكم الطلاق المؤرخ في ..... لغاية سقوطها بمبرر قانوني.
- الحكم بتخصيص مسكن الزوجية الواقع في..... لممارسة الحضانة فيه.
- الحكم على المدّعى عليه بالمصاريف القضائية.

بكل تحفظ

عن المدعية / وكيلها

ملاحظات :

1 – تأسيس طلب إسناد الحضانة موضوعا يتم حسب المواد 62، 64، 65، 72، 75، 78 من قانون الأسرة.

2 – الاختصاص القضائي النوعي المادة 423 فقرة 2 من ق إ م إ.

3 – الاختصاص القضائي المحلي المادة 426 فقرة 4 و 5 من ق إ م إ.

4 – سلطات الولي بعد الطلاق وصلاحياته في تدبير شؤون القاصر محددة بالمواد 87 حتى 91 من قانون الأسرة ولا سيما الأحكام الجديدة الواردة في المادة 87 بعد تعديل 27 فبراير 2005 حيث أصبح من أسندت إليه الحضانة بعد الطلاق هو الولي على القاصر.

المواد من 453 إلى 468 من ق إ م إ.

6 – بعد صدور الحكم القاضي بإسناد الحضانة لمستحقها وصيرورته نهائيا يتم تنفيذه جبرا وإذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الطفل لمن أسندت إليه الحضانة فيتابع جزائيا عن طريق الاستدعاء المباشر من المدعي المدني بجنحة عدم تسليم الطفل طبقا للمادة 337 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية .

المراد في الصيغة السابقة هو تقرير حق الحضانة الدائمة بعد انحلال رابطة الزوجية. أما اتخاذ إجراء معين مستعجل ولو تعلق بإسناد حضانة صغير لشخص معين أو تسليمه لأحد أبويه مؤقتا خلال مرحلة التقاضي فيتم بموجب أمر على ذيل عريضة بوصفه تدبيرا مؤقتا عملا بالمادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

الإجتهاد القضائي :

1 – ملف رقم 265727، قرار في 13 فبراير 2001 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد إنعداما في الأساس القانوني ومخالفة للموضوع ينجر عنه النقض دون إحالة.

المصدر : المجلة القضائية 2002 عدد 2 صفحة 432.

2 – ملف رقم 330566،قرار في 18 ماي 2005 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة إجتماعية.

المصدر : مجلة المحكمة العليا 2005 عدد 1 صفحة 301.

3 – ملف رقم 347914، قرار في 4 نوفمبر 2006 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.

4 – ملف رقم 245123،قرار في 18 جويلية 2000 غرفة الاحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة.

المصدر: المجلة القضائية 2001 عدد 1 صفحة 253.

5 – ملف رقم 282052، قرار في 8 ماي 2002 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : إقامة الحاضنة عند أبيها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو أجرته.

المصدر : المجلة القضائية 2004 عدد 1 صفحة 279.

6 – ملف رقم 282153، قرار في 19 فبراير 2002 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون.

المصدر : المجلة القضائية 2004 عدد 1 صفحة 288.

7 – ملف رقم 66552، قرار في 10 ديسمبر 1990 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في القرار المطعون فيه أن الحاضنة ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم وأن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض.

المصدر : المجلة القضائية 1995 عدد 2 صفحة 89.

8 – ملف رقم 91671، قرار في 23 جوان 1993 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم حكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد يشترط تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة إبنه في فرنسا لكونه هو نفسه مقيم في فرنسا.

وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم إستوجب النقض الجزئي.

المصدر : المجلة القضائية 1994 عدد 1 صفحة 72.

9 – ملف رقم 59156، قرار في 19 مارس 1990 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : من المقرر قانونا أن 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 مع مراعاة مصلحة المحضون، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالفوا القانون.

10 – ملف رقم 384529، قرار في 11 أبريل 2007 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار.

المصدر : مجلة المحكمة العليا 2008 عدد 2 صفحة 291.

11 – ملف رقم 356900، قرار في 15 مارس 2006 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : المنحة العائلية حق للمحضون يقبضها من له الحق في الحضانة.

12 – ملف رقم 288072، قرار في 31 جويلية 2002 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن.

المصدر : المجلة القضائية 2004 عدد 1 صفحة 285.

13 – ملف رقم 44630، قرار في 9 فبراير 1987 غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.

المبدأ : من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية.

ولما كانت جهة الإستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة دون أن تبحث في حال الزوج وحالة معيشة الزوجة ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان. فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية.

المصدر : المجلة القضائية 1990 عدد 3 صفحة 55.

ختم المحامي

محكمة : .....

فرع : شؤون الأسرة

عريضة افتتاح دعوى بطلب إسناد الحضانة للجدة لأم
ورفع مبلغ النفقة المحكوم بها

لفائدة : (الإسم الكامل للجدة طالبة الحضانة). الساكنة في .....
قائما في حقها الأستاذ ..... مدعية

ضد : (الإسم الكامل لأب الطفل). الساكن في ..... مدعى عليه

بحضور: 1 – (الإسم الكامل لأم الطفل). المقيمة ..... مدخلة في الخصام
2 – النيابة العامة

ليطب للمحكمة الموقرة

حيث أن المدعى عليه كان زوجا لابنة العارضة (المدخلة في الخصام الحالي) وذلك بعقد رسمي (وثيقة رقم 1).

ورزقت منه بولد اسمه علي عمره حاليا 4 سنوات(وثيقة رقم2).

وحيث أنه صدر حكم بالطلاق بتاريخ ..... من محكمة ..... بين المدخلة في الخصام والمدعي عليه، وأسند حضانة الولد لأمه مع إلزام المدعي عليه بالإنفاق عليه بواقع مبلغ ..... شهريا (وثيقة رقم 3).

وحيث أنه بتاريخ ..... أعادت ابنة المدعية الزواج بأجنبي، وسلمت الولد (علي) للعارضة التي هي جدته لأمه.

وحيث أنه عملا بالمادة 66 من قانون الأسرة يسقط حق الأم في الحضانة في حالة زواجها بغير محرم.

وحيث أنه من المقرر قانونا أن يراعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى (المادة 64 من قانون الأسرة).

وحيث أن الأب ملزم قانونا بالإنفاق على أولاده بما يكفي لإطعامهم ومسكنهم وملبوسهم وفراشهم والعناية الصحية بهم (المادة 75 من قانون الأسرة).

وحيث أنظرا لارتفاع مستوى المعيشة وتدهور القيمة الشرائية فان المبلغ المحكوم به بموجب حكم ..... لم يعد كافيا لتلبية الحاجيات الأساسية للطفل مما يقتضي مراجعته ورفعه إلى الحد المناسب في الظروف الراهنة وهذا طبقا للمادة 79 من قانون الأسرة.

وحيث أن الحالة المالية للمدعى عليه ميسرة لأنه تاجر وأرباحه معتبرة.

لـهـذه الأسـبـاب جميعـا

- إثبات الحكم الصادر بتاريخ ..... من محكمة ..... القاضي بالطلاق بين المدعى عليه والمدخلة في الخصام.
- الإشهاد بتأسيس طلبات العارضة الرامية لإسناد الحضانة إليها وكذا رفع مبلغ النفقة المحكوم به.

وبناء عليه :

- الحكم بإسناد حضانة الولد (الاسم الكامل للولد) إلى المدعية.
- الحكم بإلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه بمبلغ ..... شهريا ابتداء من تاريخ تسليمه للعارضة في ..... واستمرارها لغاية سقوطها بمبرر شرعي.
- الحكم على المدعى عليه بالمصاريف الشرعية.

عن المدعية / وكيلها

ملاحظات :

1 – زيادة عن الملاحظات الواردة في الصيغة السابقة التي تنطبق أيضا على هذا الموضوع يتعين التأكيد هنا على :

الأب عن الجدة لأم في ترتيب مستحقي الحضانة، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة حسب ظروف القضية. لأن المشرع أقر في تلك المادة وفي مواد أخرى من قانون الأسرة وكذلك في ق إ م إ مبدأ أساسيا وهو مراعاة مصلحة المحضون دائما. ومن ثم بالنظر لصغر سن الطفل المحضون فالأفضل إسناد حضانته لجدته بالأولوية عن غيرها لرعايته والقيام بشؤونه.

– فيما يخص رفع مبلغ النفقة المستحقة للمحضون يرتبط ذلك بظروف المعيشة والقدرة الشرائية وحال الطرفين.

– تطلب مراجعة النفقة المحكوم بها بعد مضي سنة من صدور الحكم الأول (المادة 79 من قانون الأسرة).

2 – يتعين تقديم ملف موضوع يتضمن الوثائق المشار إليها في العريضة ولا سيما :

– شهادة ميلاد الطفل.

– حكم الطلاق بين بنت المدعية والمدعى عليه.

– عقد إعادة زواج المدعية.

– شهادة ميلاد المدعية وشهادة ميلاد ابنتها لتأكيد صلة القرابة.

الإجتهاد القضائي :

1 – ملف رقم 256629، قرار في 12 فبراير 2001 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : إن لإسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون.

المصدر : المجلة القضائية 2002 عدد 2 صفحة 421.

2 – ملف رقم 364850،قرار في 17 ماي 2006 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة إجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون.

3 – ملف رقم 153640،قرار في 18 فبراير 1997 غرفة الاحوال الخصيه بالمحكمة العليا.

المبدأ : من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون.

المصدر : المجلة القضائية 1997 عدد 1 صفحة 39.

4 – ملف رقم 50011، قرار في 20 جوان 1988 غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.

المبدأ: من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة بأجنبي وأن تسكن مع إبنتها 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 الحانة لا تتوفر في الجدة وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة للأب يكونون قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا.

المصدر : المجلة القضائية 1991 عدد 2 صفحة 57.

5 – ملف رقم 33921، قرار في 9 جويلية 1984 غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.

المبدأ : من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

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

المصدر : المجلة القضائية 1989 عدد 4 صفحة 76.

بالمحكمة العليا.

المبدأ : إسناد حضانة جميع الأولاد إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة.

المصدر : مجلة المحكمة العليا 2004 عدد 2 صفحة 347.

محكمة : .....

فرع : شؤون الأسرة

عريضة افتتاح دعوى بطلب طلاق
زوجة أجنبية وإسناد الحضانة

في حق : (الإسم الكامل للأب). الساكن في .....

قائما في حقه الأستاذ ..... مدعي

ضد : (الإسم الكامل للأم). فرنسية الجنسية، المقيمة في ..... مدينة ليون، فرنسا

مدعى عليها

بحضور : النيابة العامة

لُيطب للمحكمة المحترمة

يشرح العارض دعواه لعدالة المحكمة فيما يلي :

إن المدعي كان مغتربا في فرنسا و تزوج بالمدعى عليها التي هي فرنسية الجنسية ومسيحية الديانة بعقد رسمي سجل في مدينة ليون سنة 2003 (وثيقة رقم 1).

وأنه رزق من زوجته بولد اسمه عبد الرحمان عمره حاليا 3 سنوات (وثيقة رقم2).

حيث أن الطرفين انتقلا إلى الجزائر بقصد الإقامة الدائمة واشتغل العارض إطارا في مؤسسة عمومية وعملت المدعى عليها مدرسة اللغة الفرنسية في جامعة الجزائر.

حيث أنه قررت المدعى عليها العودة إلى بلدها، وهنا بدأت المشاكل وسوء التفاهم بين الطرفين. وأخيرا أخذت الطفل خفية وأرادت السفر به إلى فرنسا ولكن شرطة الحدود الجزائرية بالمطار تفطنت للأمر وتم استرجاع الطفل.

المشتركة نظرا لسوء التفاهم بين الطرفين وإصرار المدعى عليها على عدم العودة للجزائر نهائيا وعليه فلم يبق إلا الطلاق بين الطرفين كحل أخير.

حول القانون الواجب التطبيق :

حيث أنه عملا بالمادة 12 فقرة 2 والمادة 13 من القانون المدني فان القانون المختص هو القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج.

وحيث أن طلب الطلاق مؤسس موضوعا مما يتعين الاستجابة له عملا بالمادة 48 من قانون الأسرة.

حيث أن حق المدعى عليها في حضانة الولد المشترك يسقط للأسباب التالية :

- بوصفها مسيحية إذ لا يجوز للأم المسيحية أن تحضن ولدا مسلما طبقا للمادة 62 فقرة 1 التي تنص «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا»

- مادامت المدعى عليها تقيم في بلد أجنبي فلا يجوز لها أن تمارس حضانة الولد لما في ذلك من إخلال بحق الأب في رقابة تربية ابنه ورعايته.

لهذه الأسباب

- إثبات اختصاص القضاء الجزائري عملا بالمادة 21 مكرر مدني والمادة 41 من ق إ م إ.

- إثبات اختصاص القانون الجزائري طبقا للمادتين 12 فقرة 2 و 13 مدني.

- إثبات تأسيس طلبات العارض الرامية للطلاق وإسناد حضانة الولد له موضوعا.

وبناء عليه :

- الحكم بالطلاق بين الطرفين مع إسناد الظلم المدعى عليها.

- الحكم بإسناد حضانة الولد عبد الرحمان للعارض.

- الحكم على المدعى عليها بكل المصاريف الشرعية .

عن المدعى / وكيله

1 - لا تختلف المسائل القانونية المطروحة في هذا النموذج مع ما ذكر في نموذج سابق يتعلق أيضا بالزواج المختلط، وإنما الجديد يتمثل في طرح مشكل عدم أحقية الأم في ممارسة الحضانة للأسباب المذكورة أعلاه بالرغم من كونها أولى من الأب بحضانة الأولاد إذا كانوا صغارا.

وهذا المشكل مطروح بشدة في علاقات الزواج المختلط التي يختلف أطرافها، جنسيتها أو ديانتها، وحتى الاتفاقيات الثنائية الجزائرية مع دول أخرى لم تصل إلى حل جذري لهذا المشكل وبالتالي يطبق القاضي الجزائري قواعد الإسناد الجزائرية وهي تقضي باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الأب.

2 - نشير أيضا في هذا الصدد أن تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر طبقا للمادة 603 من ق إ م إ لا يجوز منحها الصيغة التنفيذية إذا أسندت مثلا في قضية الحال الحضانة للأم لأن ذلك مخالف لما تقضي به قواعد التنازع الجزائرية وكذلك مخالف للنظام العام.

ختم المحامي

محكمة : .....

فرع : شؤون الأسرة

عريضة فتتاح دعوى بطلب إسقاط الحضانة عن الأم

لفائدة : (الإسم الكامل للأب). الساكن في .....

القائم في حقه الأستاذ ..... مدعي

ضد : (الإسم الكامل للحاضنة). الساكنة في ..... مدعى عليها

بحضور : النيابة العامة

ليطب للمحكمة الموقرة

يشرح العارض دعواه كما يلي:

حيث أن الطرفين كانا زوجين سابقا ثم حصل طلاق بينهما بموجب حكم صادر عن محكمة ..... بتاريخ ..... (وثيقة 1).

وقد أسندت حضانة الولدين (موسى عمره حاليا 14 سنة وليلى 11 سنة) للمدعى عليها.

وحيث أن الدعوى الحالية لإسقاط حضانة الولدين عن المدعى عليها مبررة قانونا للأسباب التالية :

- إن الولد الأول انقضت حضانة المدعى عليها له بنص القانون (المادة 65 من قانون الأسرة).

- أن المدعى عليها أعادت الزواج بأجنبي وأخذت معها البنت أيضا وهذا سبب موجب أيضا لإسقاط حضانتها لها.

- إن مصلحة الولد [illegible] عن التربية الأولى.

(يمكن ذكر أسباب أخرى : - سوء خلق المدعى عليها - عدم قيامها بواجباتها نحو المحضون - زواجها بأجنبي - تنقلها للإقامة في الخارج).

لهذه الأسباب جميعا

- إثبات تأسيس الدعوى الحالية عملا بالمواد 64 ،65 ،66 من قانون الأسرة.

ومن ثم :

- الحكم بإسقاط حضانة المدعى عليها عن الولدين (ذكر الاسم واللقب لكل واحد) وإسنادها للمدعي.

- الحكم على المدعى عليها بالمصاريف القضائية.

عن المدعي / وكيله

الإجتهاد القضائي :

1 - ملف رقم 235456،قرار في 22 فبراير 2000 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها إعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة.

المصدر : المجلة القضائية 2001 عدد 1 صفحة 280.

2 - ملف رقم 252308، قرار في 1 نوفمبر 2000 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : إن القضاء بسقوط الحضانة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون وقصورا في التسبيب.

المصدر: المجلة القضائية 2001 عدد 2 صفحة 284.

3 - ملف رقم 237693، قرار في 12 فبراير 2001 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المطعون ضده كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة.

المصدر : المجلة القضائية 2002 عدد 2 صفحة 436.

4 – ملف رقم 331058، قرار في 18 ماي 2005 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم.

المصدر : مجلة المحكمة العليا 2005 عدد 2 صفحة 383.

5 – ملف رقم 273526، قرار في 26 ديسمبر 2001 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر.

المصدر : المجلة القضائية 2004 عدد 1 صفحة 264.

6 – ملف رقم 274207، قرار في 3 جويلية 2002 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ : حمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية.

المصدر : المجلة القضائية 2004 عدد 1 صفحة 270.

7 – ملف رقم 32829، قرار في 9 جويلية 1984 غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.

المبدأ : من المقرر شرعا على ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة.

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

المصدر : المجلة القضائية 1990 عدد 1 صفحة 60.

الحكمة العليا.

المبدأ: من المقرر قانونا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بها إلا سنة 1993 أي بعد 5 سنوات. فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة إعتبارا مصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون.

المصدر : المجلة القضائية 1997 عدد 2 صفحة 86.

9 – ملف رقم 54353، قرار في 3 جويلية 1989 غرفة الأحوال الشخصية المجلس الأعلى.

المبدأ : من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج 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 أكثر من رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

المصدر : المجلة القضائية 1992 عدد 1 صفحة 45.

10 – ملف رقم 51894، قرار في 19 جويلية 1988 غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.

المبدأ : من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة.

ولما كان من الثابت أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد.

ختم المحامي

محكمة : .....

فرع : شؤون الأسرة

عريضة افتتاحية بطلب مصاريف

علاج طفل محضون

لفائدة : (الإسم الكامل للحاضنة). الساكنة .....

قائما في حقها الأستاذ ..... المحامي لدى المجلس مدعية

ضد : (الإسم الكامل للمكلف بالنفقة على الطفل). الساكن ..... مدعى عليه

بحضور: النيابة العامة

ليطب للمحكمة الموقرة

تتشرف العارضة أن توضح لعدالتكم ما يلي:

حيث أنه بموجب حكم صادر عن محكمة ..... فرع شؤون الأسرة بتاريخ..... قضى بمنح حضانة الطفل ..... البالغ من العمر حاليا 8 سنوات مع إلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه بمبلغ 3 آلاف دينار شهريا.

ونظرا للحالة الصحية للطفل المصاب بمرض ..... وقد كلف العارضة مصاريف باهظة فوق طاقتها بسبب إجراء عمليات جراحية له ومصاريف الأدوية والمراقبة الطبية الدورية.

وحيث أن المدعى عليه بصفته الأب ملزم بالإنفاق إستثنائيا على علاج ابنه.

ونظرا لكون العارضة قد أنفقت مبلغ ..... لهذا الغرض كما يتضح من المستندات المقدمة المثبتة للمصاريف المذكورة.

- الحكم على المدعى عليه بمبلغ ... الذي يمثل مصاريف علاج إبنه القاصر ...
- الحكم على المدعى عليه بكل المصاريف الشرعية.

عن المدعية / وكيلها

الإجتهاد القضائي :

1 - ملف رقم 372292، قرار في 13 نوفمبر 2006 غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا.

المبدأ : يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابتة بشهادة طبية.

المصدر : مجلة المحكمة العليا 2007 عدد 1 صفحة 493.