جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والانسانية

قسم: العلوم الإنسانية والاجتماعية

شعبة: علوم إسلامية

الاجتهادات القضائية المعاصرة للحضانة و إشكالاتها في ضوء الشريعة و القانون

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص:شريعة و قانون.

اعداد الطالبة:

بركاني أسماء

اشراف الأستاذ :

شويرف عبد العالي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الصفة	الجامعة
د. الحاج محمد قاسم	رئيسا	جامعة غرداية
د. شويرف عبد العالي	مشرفا ومقررا	جامعة غرداية
أ. بكراوي محمد المهدي	مناقشا	جامعة غرداية

السنة الجامعية: 1438-1439هـ /2017-2018م

قال الله تعالى :

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ
الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا
تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ
وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ
إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا
تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (233)

صدق الله العظيم

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى مقلتاي، إلى أغلى ما أملك، أبي وأمي اللذان منحاني كلما عندهم بدون تعب ولا ملل ولم يبخلا علي بأي شيء من أجل إيصالي إلى هذه المرتبة العلمية، فالفضل لهما كلّ الفضل في هذا، فإن نجحت فذلك نجاحهما.

إلى ألفتي وبهجتي في هذه الدنيا: أخواتي.

إلى زوجي.

وإلى كل عائلتي وجميع من ساندني وتعب معي.

إلى جميع صديقاتي اللّاتي أضفين المرح والسعادة أثناء إنجاز هذا العمل، وإلى منكن بعيدات عني

ولكنهن قريبات دائما.

أسمـــاء

شكر وتقدير

الحمِد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية و على آله وصحبة ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل ومشرفي شويرف عبد العالي.

حيث بذل جهدا في إرشادي وتوجيهي أثناء عملي في البحث.

إلى اللجنة المناقشة لقبولها مناقشة هذه المذكرة، إلى كل من

كان سببا في تعليمي وتوجيهي ومساعدتي.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من ساعدني في انجاز هذا البحث من قريب أو بعيد.

الملخص

الملخص :

قد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة بحماية الطفل المحضون، لأجل تحقيق مصلحته من خلال تعاون المشرع بوضعه نصوص قانونية تنظر إلى مصلحة المحضون أولا، وكذا القاضي الذي يسعى إلى تطبيقها أحسن تطبيق مع مراعاة مصلحة المحضون، فالمصلحة هنا تعتبر المعيار الأول لحماية المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه، ولكي يصبح الطفل في المجتمع فردا صالحا يجب خلال تعليمه و تأديبه و الاعتناء به و التكفل به وحمايته صحيا وخلقيا.

الكلمات المفتاحية : المشرع – مصلحة المحضون– انحلال الرابطة الزوجية – الطلاق.

Abstract :

The Algerian legislator has attached great importance to the protection of the child in order to achieve his or her interest through the cooperation of the legislator with legal texts that look at the interests of the child first and the judge who seeks to apply them to the best interests of the child. And in order for the child to become a good person in society, he must be educated, disciplined, cared for, protected and protected in a healthy and moral manner.

Keywords: legislator - the interests of the child - the dissolution of the marital relationship - divorce.

Résumé:

Le législateur algérien a attaché une grande importance à la protection de l'enfant pour atteindre son intérêt par la coopération du législateur avec des textes juridiques qui respectent d'abord les intérêts de l'enfant et le juge qui cherche à les appliquer dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Et pour que l'enfant devienne une bonne personne dans la société, il doit être éduqué, discipliné, soigné, protégé et protégé d'une manière saine et morale.

Mots-clés: législateur - l'intérêt de l'enfant - la dissolution de la relation conjugale - divorce .

الفهرس

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
البسملة	
الإهداء	
الشكر	
المقدمة	**أ–د**
الإطار المفاهيمي للبحث : التعريف بمصطلحات البحث.	**06**
المبحث الأول: تعريف الاجتهادات القضائية المعاصرة.	**06**
المطلب الأول: تعريف الاجتهادات لغة وشرعا وقانونا.	**06**
المطلب الثاني: تعريف القضائية لغة وشرعا وقانونا.	**08**
المطلب الثالث: تعريف المعاصرة لغة وشرعا وقانونا.	**10**
الفصل الأول : مفهوم الحضانة وشروطها وحكمها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	
المبحث الأول : مفهوم الحضانة.	**12**
المطلب الأول: تعريفها لغة وشرعا وقانونا.	**12**
الفرع الأول : : قانونا.	**13**
الفرع الثاني : شرعا.	**13**
المطلب الثاني : شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**15**
الفرع الأول : شرعا.	**15**
الفرع الثاني : قانونا.	**16**
المطلب الثالث : حكم الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**16**
الفرع الأول: شرعا.	**16**

الفرع الثاني : قانونا.	**19**
الفصل الثاني : مسائل تتعلق بالمحضون والحاضنة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	
المبحث الأول : مسائل تتعلق بالمحضون حسب الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**21**
المطلب الأول : ترتيب مستحقي الحضانة.	**21**
الفرع الأول: شرعا.	**21**
الفرع الثاني : قانونا.	**24**
المطلب الثاني : انتهاء مدة الحضانة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	**26**
الفرع الأول: شرعا.	**26**
الفرع الثاني : قانونا.	**27**
المطلب الثالث: مصير المحضون بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**29**
الفرع الأول: شرعا.	**29**
الفرع الثاني : قانونا.	**30**
المطلب الرابع: مكان الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**30**
الفرع الأول: شرعا.	**30**
الفرع الثاني : قانونا.	**32**
المبحث الثاني: مسائل تتعلق بالحاضنة شرعا وقانونا.	**34**
المطلب الأول: أجرة الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**34**
الفرع الأول: شرعا.	**34**
الفرع الثاني : قانونا.	**37**
المطلب الثاني : سقوط حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**39**

الفرع الأول: شرعا.	**39**
الفرع الثاني : قانونا.	**40**
المطلب الثالث : رجوع حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**43**
الفرع الأول: شرعا.	**43**
الفرع الثاني : قانونا.	**44**
المطلب الرابع :السفر بالمحضون في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	**45**
الفرع الأول: شرعا.	**45**
الفرع الثاني : قانونا.	**48**
الفصل الثالث : بعض القضايا النموذجية عن الحضانة	
المبحث الأول : قضايا المحكمة العليا	**50**
المطلب الأول : ملف رقم 599850 قرار بتاريخ 2011/02/10	**50**
المطلب الثاني : ملف رقم 581700 قرار بتاريخ 2010/11/11	**54**
المطلب الثالث : ملف رقم 4742255 قرار بتاريخ 2009/10/14	**57**
الخاتمة	**64-61**
المصادر والمراجع	**71-66**
الفهرس	**72**
الملخص	

مقدمـة

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

وبعد، الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، لذلك عني الإسلام به منذ نعومة أظافره، ولهذا أمر الإسلام الرجل أن يختار الزوجة الصالحة [1].

فالأسرة هي الأساس لبناء المجتمع وإذا نظم هذا الأساس وبني على أسس سليمة ومبادئ وقيم رفيعة، ظل هذا البناء متماسكا لا تؤثر فيه أي عوامل، و بما أن الزواج يعتبر الخطوة الأولى لبداية حياة جديدة للإنسان ولبناء أسرة متعاونة متماسكة مترابطة، لا أن تنبني على الإجبار والحقد والكراهية خاصة إذا اختلفت فيه طبائع الزوجان هنا تكون الأسرة على محك من الانهيار وقد تؤدي إلى خلق مشاكل قد تنتهي بالانفصال .

ولأن البيت يعد الركيزة الأساسية في الحياة الزوجية، وأن من أهداف الزواج تحقيق الأمن والراحة والطمأنينة وهي الخاصية التي تلتصق بعقد الزواج لقوله تعالى : ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ**

[1] محمد إبراهيم إبداح، حق الحضانة، بحث قانوني، سنة 2014م، ص 1 .

أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1] . **(سورة الروم: 21)**

وأيضا قد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله تعالى : ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف**﴾[2]. **(النساء:19)**

ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية إلى أمور تجعل الحياة مصدر الخصام فتصبح جحيما ونقمة، بعد أن كانت نعمة وسعادة، لذلك شرع الإسلام الطلاق للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها إذا تبين أن العشرة بينهما مستحيلة وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق حالات الطلاق، ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق وآثاره مسألة حضانة الأطفال إذ لا يحق أن نحملهم تبعات النزاع الحاصل بين والديهما ويكون هو الضحية الوحيدة من هذا الانفصال .

فالحضانة تقوم من يوم ازدياد الطفل لكن لا تنتج آثارها إلا من يوم الفرقة ، إذ يكون حق ممارسة الحضانة مصدره التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل نذكر على سبيل المثال عدم أهلية الحاضنة فقد عرفها المشرع الجزائري بأنها القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه وعقله، ودينه، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال بما يمكنه أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون.

[1] سورة الروم، الآية رقم 21 .

[2] سورة النساء: الآية رقم 19 .

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

أهمية الموضوع :

كما أن للموضوع أهمية كبيرة فهو حماية الطفل بالحضانة الذي تلقى صدمة من طلاق والديه إذ قد يؤدي هذا بنتائج سلبية عليه وعدم الاستقرار و الطمأنينة إذ لا يستطيع حتى أن ينمو و يتطور في جو طبيعي دون هذا، كفل الطفل من التمزق و الانحلال الشخصي و التعقد من جراء تمزق كيانه الأسري، ثم حمايته من الانحراف و دمجه في مجتمعه ليعيش من جديد وتوفير الرعاية والحنان و الاستقرار و الطمأنينة و الخلق داخل المجتمع.

أسباب اختيار الموضوع :

ومن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع هو رغبتي الشخصية في ذلك لأن الحضانة من أهم المواضيع المطروحة في مجتمعنا الحالي بكثرة.

و لدراسة هذا الموضوع كانت الإشكالية كما التالي :

فيما تتمثل الاجتهادات القضائية المعاصرة للحضانة وماهي اشكالاتها من الناحية الشرعية والقانونية ؟

من خلال الاشكالية السابقة نطرح التساؤلات التالية:

1- ما مفهوم الحضانة ؟ ومن هم مستحقوها شرعا وقانونا ؟

2- وما حكمها ؟ وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن ؟

3- وما المسائل التي تتعلق بالحاضن والمحضون ؟

4- وما مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة في رأي القانون و الفقه الإسلامي ؟

ومن أهم أهداف البحث :

- إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل .

- تبين الأصلح للطفل فيما يختص بالحضانة .

- توضيح الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بالحضانة .

- توفير بيئة صحية محفزة ومناسبة للأطفال للتعلم واللعب والتعرف على الذات وتطويرها.

- تدعيم القيم الإيجابية عند الأطفال، وإدخال البهجة والسرور لأنفسهم .

و لمعالجة هذه الإشكالات كان المنهج المتبع هو : المنهج الاستقرائي الذي يهدف إلى تحليل المواد و استنباط الأحكام منها و المقارنة بين النصوص القانونية و الشرعية .

الدراسات السابقة :

من خلال البحث في الدراسات السابقة في هذا المجال وجدت بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع من جوانب مختلفة، وسأقتصر على ذكر التي لها صلة بالبحث الأكاديمي، من بين هذه الأبحاث ما يلي :

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (دكتوراه)، سنة 2009/2008، جامعة الحاج لخضر، باتنة

اعتمد في بحثه على ثلاث فصول وبابين:

الفصل التمهيدي: تطور النظام القضائي للأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين العربية .

الباب الأول : أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

الفصل الأول : أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني : أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الأسري الجزائري .

الباب الثاني : تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما .

الفصل الأول : تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الزواج وآثارهما .

الفصل الثاني : تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل انحلال الزواج وآثاره .

2- نصر محمود الكرنز، الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة، (الماجستير)، سنة 2008، الجامعة الإسلامية، غزة.

اعتمد في بحثه على ثلاث فصول :

الفصل الأول : مبادئ عامة في الاجتهاد.

الفصل الثاني : مفهوم الاجتهاد الجماعي وتاريخه وأهميته وحجيته ومجالاته وتنظيمه.

الفصل الثالث : مؤسسات الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة.

3- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (شهادة الماستر)، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 2013/2012.

اعتمدت في بحثها على فصلين :

الفصل الأول : مفهوم الحضانة.

الفصل الثاني : الآثار المترتبة عن الحضانة.

4- صالحي هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق، (شهادة ليسانس أكاديمي)، سنة 2014/2013.

اعتمدت في بحثها على :

الفصل الأول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق.

الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في آثار الطلاق.

5- قاسي عبد الله الرؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة تخرج)، سنة 2004/2001.

اعتمد في بحثه على فصلين :

الفصل الأول : مفهوم الحضانة.

الفصل الثاني : أحكام الحضانة.

الاختلاف بيني و بينهم هو أنني مزجت بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

ومن الصعوبات التي واجهتني أثناء قيامي بالبحث نقص المصادر والمراجع خاصة من الناحية القانونية.

ولقد اعتمدنا في هذا البحث على الخطة التالية:

الإطار المفاهيمي للبحث: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الأول: تعريف الاجتهادات القضائية المعاصرة.

المطلب الأول: تعريف الاجتهادات لغة وشرعا وقانونا.

المطلب الثاني: تعريف القضائية لغة وشرعا وقانونا.

المطلب الثالث: تعريف المعاصرة لغة وشرعا وقانونا.

الفصل الأول : مفهوم الحضانة وشروطها وحكمها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

المبحث الأول : مفهوم الحضانة.

المطلب الأول: تعريفها لغة وشرعا وقانونا.

المطلب الثاني : شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثالث : حكم الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: مسائل تتعلق بالمحضون والحاضنة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول : مسائل تتعلق بالمحضون حسب الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول : ترتيب مستحقي الحضانة.

المطلب الثاني : انتهاء مدة الحضانة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

المطلب الثالث: مصير المحضون بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الرابع: مكان الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: مسائل تتعلق بالحاضنة شرعا وقانونا.

المطلب الأول: أجرة الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثاني : سقوط حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثالث : رجوع حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الرابع :السفر بالمحضون في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الثالث : بعض القضايا النموذجية عن الحضانة

المبحث الأول : قضايا المحكمة العليا

المطلب الأول : ملف رقم 599850 قرار بتاريخ 2011/02/10

المطلب الثاني : ملف رقم 581700 قرار بتاريخ 2010/11/11

المطلب الثالث : ملف رقم 4742255 قرار بتاريخ 2009/10/14

الخاتمة.

الاطار المفاهيمي

للبحث

المبحث الأول : تعريف الاجتهادات القضائية المعاصرة.

المطلب الأول : الاجتهادات:

للاجتهاد أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي منذ زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، إلى عصرنا هذا فهو الميدان الرحب للمستنبطين للأحكام، وذوي الفكر الاجتهادي[1] ،من خلال هذا التمهيد سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الاجتهادات لغة وشرعا وقانونا.

الاجتهاد في اللغة : هو بذل الوسع والمجهود، وهو مصدر للفعل اجتهد، يقال : اِجْتَهَدَ يَجْتَهِدُ اِجْتِهَادًا، وَجَهَدَ يَجْهَدُ جُهْداً، كلاهما بمعنى جَدَّ، ويقال : جهد الرجل في كذا، أي : جد فيه وبالغ [2].

وفي قوله تعالى :{**وَٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ ۙ سَخِرَ ٱللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**}**سورة التوبة الآية رقم 79**[3] .

قال الآمدي في الإحكام : (هو عبارة عن استفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور مستلزم للكلفة والمشقة) .

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (دكتوراه)، سنة 2009/2008،ص70.

[2] نصر محمود الكرنز، الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة، (الماجستير)، سنة 2008م، ص 6 .

[3] سورة التوبة، الآية رقم 79.

إذا الاجتهاد في اللغة هو بذل الوسع والطاقة[1] .

وأما في اصطلاح الأصوليين: فقد عبروا عنه بعبارات متفاوتة، لعل أقربها ما نقله الإمام الشوكاني في كتابه "ارشاد الفحول" في تعريفه بقوله :" بذل الوسع في نبل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"[2].

وبعض الأصوليون لم يكتف بكلمة "بذل الوسع" وجعل بدلها كلمة "استفراغ الوسع" .

و زاد الإمام الآمدي على ذلك فقال في تعريفه: "هو استفراغ الوسع في طلب الظن بشئ من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه"[3].

فجعل الإحساس بالعجز عن المزيد جزءا من الحد والتعريف، أما الإمام الغزالي فجعل ذلك جزءا من تعريف "الاجتهاد التام". هذا مع أن العبارة الأولى كافية، إذ ليس على المكلف إلا بذل وسعة قال الله تعالى:(**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**)[4]، وإنما قالوا ذلك ليسدوا الطريق على المتسرعين الذين يخطفون الأحكام خطفا، دون أن يجهدوا أنفسهم في فهمها والاستنباط منها[5].

[1]نصر محمود الكرنز، المرجع نفسه.

[2]يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص5.

[3]يوسف القرضاوي، المرجع نفسه.

[4]سورة البقرة ،الآية 286 .

[5]المرجع السابق.

في القانون الجزائري : يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص[1].

المطلب الثاني: تعريف القضاء لغة وشرعا وقانونا

القضاء في الشريعة الإسلامية يقوم على جملة أركان ومرتكزات، فهو يستلزم وجود من يقوم بحسم الخصومات وفض المنازعات.

القضاء لغة: يعني الحكم والفصل والقطع، يقال : قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها الذي يقضي بين الناس بحكم شرعي وهو يرد في عدة وجوه منها:[2]

- الإتمام والإكمال، مثل قوله تعالى: { **فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ**} [3].
- الخلق والتدبير، قال تعالى: {**فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ** }[4].
- العمل ، مثل قوله تعالى: {**فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ**}[5].

[1] مريم نور، الاجتهاد القضائي، مداخلة قانونية، ج 1، سنة 2013م، ص 1.
[2] عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، سنة 1989م،ص 8-11 .
[3] سورة القصص ، الآية رقم 29 .
[4] سورة فصلت، الآية رقم 9-12 .
[5] سورة طه، الآية رقم 59-73 .

القضاء اصطلاحا: أما القضاء عند فقهاء الشريعة، فقد عرفوه بتعاريف كثيرة منها:

أ- أنه فصل الخصومات والمنازعات.

ب-هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله.

ت-هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص.

ث-القضاء قول ملزم يصدر عن ولاية عامة[1].

وهذه التعاريف للقضاء، وان بدت وكأنها مختلفة، إلا أنها في الحقيقة متفقة لا مختلفة، واختلافها ينصب على ما أظهره كل تعريف أو أخفاه من معاني أو مقومات القضاء، فمثلا فالتعريف الأول أظهر عنصر الخصومات وفصلها وأخفى العناصر الأخرى التي يتضمنها القضاء[2].

تعريف القضاء قانونا :هو نظام الحكم في دولة، وتتولى السلطة القضائية شئونه .

المطلب الثالث : تعريف المعاصرة لغة وشرعا وقانونا.

تعريف المعاصرة :

لغة: مفاعلة من عاصر يعاصر، وفي المعجم الوسيط: عاصر فلان فلاناً؛ إذا عاش معه في عصر واحد .

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 11 .

[2] المرجع نفسه.

وهي أيضا من العصر وهو: الدهر والحين. قال ابن فارس: العين، والصاد، والراء أصولٌ ثلاثة صحيحة، والعصر هو الدهر[1]. قال الله تعالى: {**وَالْعَصْرِ إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ**}[2].

اصطلاحاً: من خلال تتبعنا لم نجد تعريفاً محدداً لكلمة «معاصِرة» إلا أنّ الاستخدام الاصطلاحي لكلمة معاصِرة ليس بعيدًا عن المعنى اللغوي، فالمسائل المعاصِرة هي المنسوبة لذلك العصر الذي تضاف إليه، ويُقصد بها المسائل التي حدثت في العصر الحاضر، فكل من يتحدث عن «المعاصِرة» تكون مضافة للزمن الذي يعيشه[3].

[1]عبد الرزاق بن عبد الله بن غالب الكندي، المفطرات الطبية المعاصرة، ط1، سنة 2014، ص 29.
[2]سورة العصر، الآية 1و2.
[3]المرجع نفسه، ص 29 .

الفصل الأول

المبحث الأول : مفهوم الحضانة لغة وشرعا وقانونا.

من بين القضايا المطروحة على مستوى محاكمنا والتي تتعلق بفك الرابطة الزوجية نجد الحضانة، باعتبارها من أبرز آثار الطلاق لأن العواقب المترتبة عنها وخيمة، لأنها تتعلق بمصير الأولاد وبتربيتهم ورعايتهم أحسن رعاية .

وبالنظر إلى أهمية الموضوع سنحاول من خلال هذا الفصل ضبط مفهوم للحضانة في المطلب الأول مع تحديد شروطها في المطلب الثاني أما المطلب الثالث فسنحاول التطرق إلى أحكامها .

المطلب الأول: تعريفها لغة وشرعا وقانونا.

الحضانة لغة : هي بفتح الحاء، مأخوذة من الحضن بكسرها وهو الجنب، لأنها تضمه إلى حضنها وتنتهي بالتميز، ثم بعده إلى البلوغ تسمى كفالة[1]، والأصل فيها قوله تعالى:" **وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا** "[2].

أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه .....الخ، والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية[3].

[1] شلاج الدين أبي حفص الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، ،ط 1، سنة 2012 م، ج4، ص 30.
[2] سورة الإسراء، الآية رقم 24 .
[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1-2، سنة 1985-1984، ج 7، ص 71.

حيث قال ابن الفارس: الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته، فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح، يقال: احتضنت الشيء، جعلته في حضني، ونواحي كل شيء أحضانه[1].

الفرع الأول :شرعا

عرف الفقهاء الحضانة بأنّها : القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه لذا فقد كانت الشريعة السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال حيث أنهم أول ضحايا الطلاق مفتقدين بذلك من يرعاهم ويسير شؤونهم. وقد اتخذ الفقهاء تلك الأحكام الشرعية لوضع نصوص تشريعية تثبت حقهم في الحضانة[2].

الفرع الثاني :قانونا

قد خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة وقد نصت المادة 62 على ما يلي:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[1]عبد العزيز بن صالح الرضيمان، الحضانة في الإسلام، (بحث)، ص 3.

[2]شلاج الدين أبي حفص الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، ، ط1،سنة1433 هـ 2012 م، ج4، ص 30.

يعتبر هذا التعريف من أحسن التعارف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

جاء في قرار للمحكمة العليا 1991/02/19 "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون[1]."

يعني هذا أن الحضانة تعطى للأم لأنها الأولى بمصلحة المحضون والأحن والأنسب له خاصة في رعايته وتربيته على دين أبيه والقيام بشؤونه والسهر على حفظه صحة وخلقا .

وفي مفهوم الحضانة لا يوجد اختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في مفهوم الحضانة لأن الكل منهما له هدف واحد وهو مراعاة مصلحة المحضون ورعايته أحسن رعاية من طرف أبيه أو أمه أو من له الحق في الحضانة، ولهذا سنتطرق إلى أحكام الحضانة فقها وقانونا وبعدها شروطها.

1أحوال الشخصية، 1991/02/19، ص 117، نقلا عن : عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، ط ج،سنة 2006م، ص 46 .

المطلب الثاني : حكم الحضانة من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع الأول :شرعا

الحضانة واجبة شرعا وهذا باتفاق جميع فقهاء الشريعة، لأن المحضون يهلك بتركها والواجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[1].

ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام : **{فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا}**[2].

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق، حتى إنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " **لَا تَدْعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ وَلَا تَدْعُوا عَلَى أَوْلَادِكُمْ وَلَا تَدْعُوا عَلَى أَمْوَالِكُمْ لَا تُوَافِقُوا مِنْ اللَّهِ سَاعَةً يُسْأَلُ فِيهَا عَطَاءٌ فَيَسْتَجِيبُ لَكُمْ** ".[3]

معنى هذا أن الناس كلما غضبوا أن يقوموا بالدعاء على أنفسهم أو على أولادهم، لأن ما يحصل من الإنسان عند الغضب تجده يندم عليه بعد ذلك.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ط 1-2، سنة 1985-1984، ج 7، ص 718.

[2] سورة آل عمران - الآية 37.

[3] محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، سنة 1426هـ، ج 6، ص 50 .

الفرع الثاني :قانونا

بالنظر إلى المواد 62 و64و65 فإن المشرع الجزائري يوجب الحضانة على المكلفين بها لأنها تهم مصلحة المحضون، ولكن لا توجد مادة خاصة توجبها من ناحية القانون .

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة شرعا وقانونا.

اختلف الفقهاء في ترتيب أهل الحضانة نتيجة اختلاف الأسس التي اعتمدوا عليها في آرائهم باستثناء الأم اتفاقاً، حيث قدمت على الجميع في موضوع الحضانة إذا اجتمعت فيها شروط الحضانة كما هو مفصل في المذاهب:

الفرع الأول : شرعا

1- الشروط عند الحنفية : قالوا :

أولها :أن لا ترتد فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، سواء لحقت بدار الحرب أولا فإن تابت رجع لها حقها.

ثانيها : أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو محترفة حرفة دنيئة ،كالراقصة، فإن حقها يسقط من الحضانة .[1]

[1] عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، سنة 2003م، ج4، ص 522.

ثالثها : أن لا تتزوج غير أبيه، فإن تزوجت سقط حقها إلا أن يكون زوجها رحما للصغير، كأن يكون عما له، فإن تزوجت أجنبيا سقط حقها فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة[1].

رابعها : أن لا تترك الصبي بدون مراقبة، خصوصا إذا كانت أنثى تحتاج إلى رعاية، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طول الوقت وتهمل في تربيتها، فإن حقها يسقط بذلك.

خامسها : أن لا يكون الأب معسرا، وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة، وقالت عمته : أنا أربيه بغير أجرة، فإن لها ذلك، ويسقط حق أمه في الحضانة.

سادسا: أن لا تكون أمه أو أم ولد، فإنه لا حضانة لها. ولا يشترط الإسلام فإن كان متزوجا بذمية فإن لها أن تحضن ابنها منه، بشرط أن يؤمن عليه الكفر والفساد، فإذا لم يؤمن، كأن يراها تذهب به إلى الكنيسة، أو رآها تطعمه لحم الخنزير، أو تسقيه الخمر، فإن للأب أن ينزعه منها، فإذا ماتت الأم الحاضنة، أو لم يتوفر فيها شرط من هذه الشروط انتقلت الحضانة إلى من يليها، حسب الترتيب المتقدم، أما العقل فهو شرط مجمع عليه.

2- **شروط الحضانة عند الشافعية** :يشترط في الحضانة سبع شروط من بين أهم شروطها ما يلي :

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 522.

أولا : أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا، كيوم واحد في السنة كلها[1].

ثانيا : الإسلام : فلا حضانة لكافر على مسلم إذ لا ولاية له عليه، لأن الحضانة جعلت لمصلحة الولد ولا مصلحة للولد المسلم في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر، ولكن الحضانة تثبت للمسلم على الكافر، لأن فيه مصلحة للمحضون[2].

ثالثا: أن لا يكون عاوزا، كأعمى، لعدم حصول المقصود به، ومثل الأعمى ضعيف البصر.

رابعا: أن لا تكون متزوجة بأجنبي من الطفل، فإن كان غير أجنبي كجده وقريبه، فإن لها الحضانة[3].

3- **عند المالكية** : قالوا يشترط في الحاضن ذكرا كان أم أنثى شروط :

أولا :العقل، فلا حضانة لمجنون ولو يفيق في بعض الأحيان ولا لمن به خفة عقل وطيش[4].

ثانيا: القدرة على القيام بشأن المحضون ،فلا حضانة للعاجز، كامرأة بلغت سن الشيخوخة، أو رجل هرم إلا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما، ومثلهما الأعمى، والأصم، والأخرس.....الخ .

[1] المرجع نفسه، 523.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط 1، سنة 1993، ج 10، ص 38 .

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه، ص523.

ثالثا: أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، فإن كان في جهة غير مأمونة فإن حضانته تسقط [1].

رابعا: الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر، ومشتهر بالزنا، ونحو ذلك[2].

الفرع الثاني : قانونا

سواء قبل أو بعد التعديل فإننا لا نجد نصا يحدد الشروط الواجب توفرها في الحاضنة ما عدا نص المادة 62 التي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) فالمشرع من خلال هذه المادة اشترط أهلية الحاضن دون أن يحدد باقي الشروط[3].

ولتحديد الشروط الواجب توفرها في الحاضن حتى يكون أهلا للقيام بالحضانة يجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمادة معينة. .

[1] أبي الحسن علي بن محمد، الإقناع في الفقه الشافعي، ط 1، سنة 1378هـ، ج 1، ص 160.

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص524.

[3] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (شهادة الماستر)، سنة 2012-2013م،ص 18.

الفصل الثاني

المبحث الأول : مسائل تتعلق بالمحضون حسب الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول : ترتيب مستحقي الحضانة.

الفرع الأول : شرعا

انفردت المرأة عن الرجل بأن لها حق في الرضاع والحضانة، قدمها الإسلام على غيرها، لأنها الأقدر على مسؤوليتها، ومن ذلك أن قرر لها هذا الحق في حال طلاقها، أو الوفاة عنها.

قال الله تعالى : **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)**[1].

في هذه الآية دليل على أن الحضانة للأم، فهي في الولد حتى البلوغ، وفي البنت إلى النكاح، وذلك حق لها، وإذا بلغ الولد ثماني سنين وهو في سن التمييز، خير بين أبويه، فإنه في تلك الحالة تتحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات، وذلك يستوي فيه الغلام والجارية[2].

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعل الإناث أليق بالحضانة، لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات من المحارم واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة علما بأن مستحقي الحضانة إما إناث فقط، وإما ذكور فقط،

[1] سورة البقرة، الآية رقم 233 .

[2] مرزوق بن هياس الزهواني، حقوق المرأة في ضوء الكتاب والسنة، سنة 1428هـ،ص127.

وإما الفريقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء[1].

يجدر الإشارة إلى أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء أو غير مأمونة، بأن تخرج كل وقت، وتترك الولد ضائعا[2].

قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح، وكذا قال أبو عمر بن عبد البر: لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه مادام طفلا صغيرا لا يميز شيئا[3].

ودليل تقديم الأم من السنة يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال لعمر الفاروق: (**ريحها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك**).

ثم أم الأم (الجدة لأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، ثم عند الحنفية، والشافعية في الجديد: أم الأب، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه، وأخر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1-2، سنة 1984-1985، ج 7، ص 720.

[2] المرجع نفسه.

[3] مرزوق بن هياس الزهواني، المرجع نفسه، ص 128.

وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت عند الحنفية والشافعية والحنابلة، أخت المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الأخت لأم لأن الحق من قبلها[1].

فإن لم تكن فالخالة، لأن الجدة لأم تعتبر أما والخالة تعتبر بمنزلة الأم لقوله صلى الله عليه وسلم: (الخالة بمنزلة الأم)، فإن لم تكن فأم الأب، فإن لم تكن فالأخت، فإن لم تكن فالعمة، فإن لم تكن فبنت الأخ، فإن لم يوجد المذكورات حاضنة انتقلت إلى أبيه، ثم جده،ثم أخيه، ثم ابن أخيه، ثم عمه، ثم الأقرب فالأقرب من العصبة[2].

وحسب قول المحاملي فإن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يأتي كما يلي :

الأم أولى بالحضانة من الأب ما لم يبلغ الولد سبع سنين إلا في ثمان مسائل هما :

أحدها : أن يقول كل واحد منهما (أنا أمسك الولد) فلأب أولى .

الثاني : أن يكون الأب مأمونا دون الأم .

الثالث : إذا لم تكمل الحرية في الأم ،ويكون الأب حرا .

الرابع : إذا افترق الدار بهما فالأب أولى .

الخامس : إذا تزوجت الأم ، فالأب أولى .

السادس : إذا كان الأب مسلما والأم ذمية .

[1] المرجع نفسه، ص721.

[2] أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، ط4، سنة 2004، ج1، ص365.

السابع : إذا كان الأب مسلما والأم مرتدة .

الثامن : إذا كانت الأم مجهولة النسب ،فأقرت بالرق لإنسان انتهى، ومحل تخصيص الأب بالحضانة في هذه المسائل ما إذا لم يوجد من أمهات الأم لإدلائهن بإناث من هي متصفة بصفات الحضانة، فإن وجدت واحدة منهن متصفة بالصفة المذكورة فهي مقدمة على الأب.

ومحل انتقال الحضانة عن الأم بالتزويج، إذا تزوجت ممن لا حق له في الحضانة، فإن تزوجت بمن له حق في الحضانة، ورضي زوجها بأن تحضن الولد، فحقها باق[1].

الفرع الثاني : قانونا

فيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة الحضانة جاء في التعديل الأخير للمادة 64 من قانون الأسرة أن : (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي أن يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)[2].

أما المادة 64 قبل التعديل فكانت تنص على: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة....". وقد لاحظنا من خلال هذا الترتيب أن المادة 64 قبل

[1] شلاج الدين أبي حفص الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، ط1 ،سنة 2012 م، ج4، ص30.
[2] عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، سنة 2016م، ص 48.

التعديل قدمت الجدة والخالة على الأب في حضانة الولد، فجاء التعديل فقدم الأب على الجدة والخالة لأنه الأولى في تربيتهم ورعايتهم وحفظهم[1].

فإن من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرعى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون[2].

من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية[3].

من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة [4].

[1] مولود ديدان، قانون الأسرة الجزائري، سنة 2006، ص24 .

[2] عبيدي الشافعي، المرجع نفسه .

[3] الأحوال الشخصية، سنة 1989/03/13، ص 48، نقلا عن :عبيدي الشافعي .

[4] المرجع نفسه .

المطلب الثاني : انتهاء مدة الحضانة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

الفرع الأول : شرعا

تنتهي الحضانة ببلوغ الولد السن التي يستغني فيها عن النساء، أي عند بلوغه سن التمييز والاستقلال، قال المتقدمون من الفقهاء أن الحضانة بالنسبة للغلام تنتهي عند قضاء حاجاته الأولية وحده كالأكل والشرب واللبس دون احتياجه للآخرين، هذا تقدير المتقدمين نظروا إلى طبيعة الولد ولم ينظروا إلى سنه، أما عن حضانة الصغيرة تنتهي إذا بلغت بلوغها الطبيعي (الحيض)، ولكن جاء بعدهم من رأوا الحد بالسن لكي لا تجرى المشاحنة، وإن حدث اختلاف سهل الاحتكام إلى ضابط معين مستقيم.

جعل الحصاف سن الحضانة بالنسبة للغلام سبع سنين، لأنها أقل سن التمييز، عند بلوغه هذا السن هنا يحتاج إلى من يهديه ويرشده إلى الطريق المستقيم، ويعوده على عادات الرجال، لكي يكبر عاقلا، فاهما، بالغا، أما بعضهم فقد جعل سن انتهاء الحضانة تسع سنين .

أما بالنسبة للجارية، فهي تحتاج إلى رعاية النساء لكي تتعود على عاداتهن، لذلك حددوا لها سن انتهاء الحضانة (تسع سنين)، بعد هذا السن تحتاج إلى الحفظ والصيانة والرعاية، لذلك فالرجال أقدر على ذلك من النساء، وبعضهم جعلها إحدى عشرة سنة[1].

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2و3، سنة 1950و1957م، ص414و415.

الفرع الثاني : قانونا

نص المشرع الجزائري في المادة (65) من قانون الأسرة على ما يلي : (**مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**)[1].

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات، ويفهم من ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطالب بحضانة ولدهما إلا في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنه تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج[2] .

جاء في قرار للمحكمة العليا 1990/12/10 ما يلي : 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 ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني[3].

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط 4، سنة 2012م، ص 347.

[2] المرجع نفسه .

[3] أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/12/10،ص82، نقلا عن : عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، ط ج، دار الهدى للنشر، سنة2006 م، ص 53.

يعني هذا أن الحضانة من حق الأم مادامت غير متزوجة، وعلى القاضي أن يمدد لها حق حضانة الذكر إلى 16 سنة، لكن بمراعاة مصلحته أولا ثم إن القاضي لا يستطيع مخالفة القانون .

جاء في قرار للمحكمة العليا 2006/01/04 ما يلي : تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها[1].

يفهم من هذا أنه لا تنقضي حضانة البنت وهي صغيرة لا تعرف الخطأ من الصواب، بل عند زواجها والدخول بها، هنا تسقط حضانتها عن والديها دون اللجوء إلى القضاء وهذا بقوة القانون لأن زوجها هو من يصبح مسؤولا عليها .

جاء في قرار للمحكمة العليا 1997/02/18 ما يلي : من المستقر عليه القضاء، أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون . ولما كان ثابتا، في قضية الحال، أن الحضانة تمنح إلى الأب مراعاة مصلحة المحضون، اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك. فإن قضاة الموضوع، إعمالا لسلطتهم التقديرية، فقد طبقوا القانون. مما يستوجب رفض الطعن[2].

يعني هذا أن المشرع الجزائري يمنح الحضانة لأحد الوالدين حسب مصلحة المحضون خوفا عليه من الضياع والتشرد خاصة إذا كان أحد الحاضنين غير قادر على مسؤولية تربيته، لكن حسب التقرير التي تقدمه المرشدة الاجتماعية للقاضي هنا بدوره يقرر لمن تمنح حضانة الولد .

[1] محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/01/04م، رقم الملف 347914، ص 449، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2012م، الجزائر-وهران، ص 350.

[2] محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/02/18، رقم الملف 153640، عدد 1، ص 39، نقلا عن : بلحاج العربي، المرجع نفسه.

المطلب الثالث: مصير المحضون بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة[1].

ولقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه، لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القران والأدب وذلك يستوي فيه الصبي والصبية واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في رواية داوود عن أبي هريرة قال : " جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: " يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إستهما عليه"، فقال زوجها:" من يحاقني في ولدي"؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت"، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"[2] .

[1] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (شهادة الماستر)، سنة 2013/2012، ص 102.

[2] أبو المحاسن يوسف ابن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الأثار، ج 1، ص 325.

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين أمه وأبيه، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى أنه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية، وحد التخيير من السبع سنين، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا: الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم بالأنثى، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير[1].

الفرع الثاني : قانونا

من خلال نصوص قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري يركز كثيرا على مراعاة مصلحة المحضون، لكنه لم يحدد وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، وكذا لم يضع نصا تشريعيا في هذا الجانب وعليه، فإن بناء الرأي يقتبس حسب آراء فقهاء الشريعة الإسلامية .

المطلب الرابع: مكان الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

مكان الحضانة يكون في بيت الزوجية إذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء، له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا أنها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلا عن الإخراج من البلد وإن أرادت المرأة أن تخرج من المِصْرِ الذي هي فيه إلى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن، لأن عليها المقام في بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة لا

[1] المرجع نفسه.

يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج إخراجها لقوله عزّ وجلّ " **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** "[1]. (الطلاق:1)

تفسير الآية : يعني أن الزوجة في مدة العدة لها حق السكن على الزوج مادامت عدتها لم تنتهي، فليس من حق الرجل أن يخرجها إلا عند ارتكابها فاحشة مبينة حتى يخرجها من المنزل والفاحشة المبينة تشمل الزنا .

وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلدٍ فهذا على أقسام:

إن أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه، فلها ذلك مِثْلُ أن تزوج كُوفِيَّة بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك، لأن المانع هو ضررُ التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرِّضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النِّكاح فكان راضيا بحضانة[2]

الولد في ذلك فكان راضيا بالتفريق إلا أن النِّكاح فيه كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الأصل، لأن

[1] سورة الطلاق، الآية رقم (1).

[2] علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، سنة 1986م، ص587.

ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطين:

أحدهما: أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها.

والثاني: وقوع النكاح فيه فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية التنقل.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا ذَلِكَ وَاعْتَبَرَ مَكَانَ الْعَقْدِ فَقَطْ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَالَ: وَإِنَّمَا أَنْظُرُ فِي هَذَا إلَى عُقْدَةِ النِّكَاحِ أَيْنَ وَقَعَتْ؟ وَهَكَذَا اعْتَبَرَ الطَّحَاوِيُّ وَالْخَصَّافُ اتِّبَاعًا لِقَوْلِ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا وَإِنْ أَجْمَلَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَامِعِ فَقَدْ فَصَّلَهَا فِي الْأَصْلِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي وَصَفْنَا وَالْمُجْمَلُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُفَسَّرِ وَقَدْ يَكُونُ الْمُفَسَّرُ بَيَانًا لِلْمُجْمَلِ كَالنَّصِّ[1].

الفرع الثاني : قانونا

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى مكان ممارسة الحضانة أي المقر الذي تتم فيه رعاية الطفل المحضون :

[1] المرجع نفسه.

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا ، وأن تعذر فعليه أجرته "[1] .

نفهم من نص المادة 72 المذكورة أعلاه، أنه إذا كان للمحضون مال فأجرة السكن من ماله الخاص وأن لم يكن له مال فيجب على الأب أن يوفر له مسكنا، أما إذا لم يكن قادرا على توفير المسكن للطفل المحضون كما هو الحال في وقتنا هذا نتيجة لأزمة السكن فوجب عليه أن يدفع أجرته .

وأوضحت المادة 52 فقرة 2 من قانون الأسرة أنه " إذا كانت حاضنة ولم يكن ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع طفلها حسب مقدرة الزوج، ويستثنى من القرار بالمسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " إن المواد السالفة الذكر لم تنكر حق الحاضنة في مسكن يأويها مع أطفالها[2].

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط 4، سنة 2012م، ص 350 .

[2] قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة تخرج)، سنة 2001 إلى 2004، ص 15.

المبحث الثاني: مسائل تتعلق بالحاضنة شرعا وقانونا.

المطلب الأول: أجرة الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

حضانة الصغير قد تكون من قبل أمه، لأن الإسلام قد خصها وقدمها على غيرها لأنها مؤهلة للقيام بهذه المسؤولية، وقد تكون الحضانة على الصغير لغير أمه، فهل تستحق الحاضنة أجرة على حضانتها أما كانت أم غيرها ؟

وعلى هذا السؤال يتبين الجواب في أراء المذاهب المختلفة وأقوال فقهائها.

-1 **مذهب الحنفية:** تستحق الأم الحاضنة أجرة حضانة ولدها إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبي ولدها المحضون. وهذه الأجرة غير أجرة إرضاعه ونفقته. وعلى هذا، يجب للمحضون على أبيه:[1]

أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة ونفقته. فإذا كانت منكوحة أو معتدة لأبيه من طلاق رجعي، لم تستحق أجرة لا على الحضانة ولا على الإرضاع لوجوبها عليها ديانة، نظرا لقيام النكاح أو اعتباره قائما في عدة الطلاق الرجعي. فإن كانت في عدة طلاق بائن، فقيل: إنها لا تستحق أجرة

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في المرأة والبيت المسلم، ط1، سنة 1993م، ج10، ص 57،58،59.

الحضانة لانقطاع الرابطة الزوجية. أما إذا انقضت عدتها، فلها أجرة الحضانة اتفاقا بلا خلاف شأنها شأن غيرها من الحاضنات[1].

من أجرة الحضانة المسكن والخادم: إذا لم يكن للحاضنة مسكن تحضن فيه الولد، وجب لها أجرة مسكن ويعتبر هذا من أجرة الحضانة التي تستحقها. فإن كان لها مسكن تسكن فيه، ويمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن فيه تبعا لها، فلا تستحق أجرة مسكن مع أجرة حضانتها. وكذلك يلزم الأب تقديم خادم أو أجرته إن احتاج الصغير المحضون لذلك.

تجب أجرة حضانة المحضون على: تستحق الحاضنة أجرة حضانتها وما يتبعها من أجرة المسكن والخادم من مال الولد المحضون إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته أي تلزمه نفقة الولد المحضون[2].

-2 **مذهب الشافعية:** قالوا تستحق الحاضنة أجرة الحضانة ولو كانت أمًا وهي في مال المحضون، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أو من تلزمه نفقته عند عدمه. وترجع الحاضنة أمًا كانت أو غيرها بما أنفقته لحضانة الولد المحضون على أبيه إذا قصدت الرجوع وأشهدت على ذلك. ويكفي لحقها في الرجوع أن يأذن لها القاضي بحضانة الولد على أن لها الرجوع على أبيه بأجرة الحضانة، وإن لم يستأجرها الأب لذلك وتستحق في هذه الحالة أجر المثل[3].

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 58،57.
[2] المرجع نفسه، ص59.
[3] المرجع نفسه، ص60،61.

-3 **مذهب المالكية**: ليس للحاضنة أجرة على حضانتها:

وعندهم لا أجرة للأم على حضانة ولدها، وليس لها أن تنفق من نفقة ولدها الذي تحضنه على نفسها لقاء حضانتها له، وإنما لها إذا كانت فقيرة النفقة على ولدها المحضون في ماله، فقد جاء في " الشرح الكبير" للدردير: (لا أجرة ، أي ليس للحاضنة أجرة للحضانة أي في نظيرها، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه، نعم إن كانت الأم معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة).

فالأم الفقيرة الحاضنة لولدها لا تستحق أجرة حضانة، وإنما تستحق النفقة من مال ولدها الذي تحضنه، وإلا ففي مال أبيه.

وقالوا: وللحاضنة السكنى –أي بالاجتهاد- فيما يخصها ويخص الولد المحضون، فيجعل نصف أجرة المسكن مثلا في مال المحضون أو أبيه ونصفها على الحاضنة، أو ثلثها في مال المحضون أو أبيه وثلثيها على الحاضنة أو بالعكس[1].

4- مذهب الحنابلة: الحاضنة تستحق أجرة الحضانة ولو كانت أمًا:

تستحق الأم أجرة على حضانة الولد، ويبدو أن لها الأجرة على حضانته حال قيام الزوجية وبعدها قياسا على ما قالوه في الرضاع، وأن للأم أن تطلب الأجرة على ذلك وإن وجدت المتبرعة بإرضاعه، وسواء ذلك حال قيام الزوجية.

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 61،62.

وبعدها قالوا: (لا يمنع الأب أم الرضيع من رضاعه إذا طلبت ذلك، وإن طلبت أجرة مثلها أو وجد الأب من يتبرع له برضاعه.

فهي أي الأم أحق سواء كانت في حيال الزوج أو مطلقة، لأنها أشفق وأحق بالحضانة). وإذا كانت الأم تستحق أجرة الحضانة على حضانة ولدها، فغيرها في هذا الاستحقاق أولى[1].

الفرع الثاني : قانونا

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)[2].

استفادة الحاضنة من سكن للحضانة أو بدل إيجار شهري يوفره الأب حسب ما نصت عليه المادة أعلاه أي أن السكن الزوجي يبقى بعيدا عن النقاش ما عدا إذا قرر الأب السماح للحاضنة البقاء به لممارسة الحضانة و يتدبر هو أمره.

إن دعوى الحضانة دعوى مستقلة، قائمة بذاتها لا يجوز جمعها مع دعوى الحضانة التي أقامتها قصد الزيادة في نفقة المحضونين لديها، فدعوى الزيادة رفعت قصد الزيادة، وإن لم ترفع تكون سلاحا في يد الخصم الآخر يتغلب به على من وضعه في يده، فالأب أن يبادر إلى طلب الحضانة

[1] المرجع نفسه، ص62.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط4، سنة 1966-2010م، ص 372.

لو تأثر من سلوكها له، رغبة فيها لأن ينتظر حتى تقام دعوى الزيادة ويقابلها بطلب إسقاط الحضانة[1].

من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد .

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم يبدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة، لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

جاء في قرار للمحكمة العليا 1982/02/22 ما يلي : (من المقرر قانونا بأنه، لا يعد خرقا لأحكام المادة 476 من القانون المدني، إذا حكم القضاة بتخصيص السكن الزوجي للحضانة، معلقين ذلك على شرط عدم ملكية الزوج للمحل المتنازع عليه، ولا يعد ذلك مساسا بالملكية)[3].

[1] محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1981/03/09، في الملف رقم 25055، غير منشور، نقلا عن: المرجع نفسه، ص 373.

[2] أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001م، ص213، نقلا عن: عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، ط ج، سنة 2016م، ص56

[3] محكمة عليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1982/02/22م، في ملف رقم 26997، عدد خاص، ص277، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط4، سنة 1966-2010م، ص373.

المطلب الثاني : سقوط حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية، وافقهم في أغلبها غيرهم.

1- سفر الحاضن وانقطاع إلى مكان بعيد، وهو مقدار ستة بُرُد فأكثر كما بينا، فلو سافر وليُّ المحضون أو سافرت الحاضنة ستة بُرُد فأكثر لا أقل منها، فللولي أخذ المحضون، وتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه.

وقال الحنفية : يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال.

وقال الشافعية : يسقط الحق بالحضانة بالسفر لمكان مخزف أو بقصد النقلة، سواء أكان طويلاً أم قصيرًا.

وقال الحنابلة : يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر.

ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص. وافقهم فيه الحنابلة[1].

[1]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ، الأحوال الشخصية، ط 2، سنة 1985م، ط 1، سنة 1984م، ج 7، ص 730-731.

2- الفسق أو قلة دينه وصونه، بأن كان غير مأمون على الولد، لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة. وهذا متفق عليه.

3- تزوج الحاضنة ودخولها، إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده أو تتزوج الأم عما له، فلا تسقط لأن الجد أو العم محرّم للصغير، وهذا متفق عليه كما مبينا.

وكذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر، كما تسقط بالاتفاق بالجنون أو العته[1].

الفرع الثاني : قانونا

لقد تحدث قانون الأسرة الجزائري على أسباب سقوط الحضانة في عدة مواد من 66 إلى 76 سنتعرف عليها من خلال شرحنا لهذه المواد :

- نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل، وما لم يضر مصلحة المحضون** "[2].

وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها أسند إليها حق الحضانة ما لم تتزوج، فإذا تزوجت مع شخص ليس من أقرباء المحضون هنا يحكم القاضي بسقوط حقها في الحضانة، وترجع الحضانة إلى الشخص الذي يستحقها حسب الترتيب المذكور في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وهذا الذي تسند إليه الحضانة يجب أن يكون أهلا للقيام بها لأنها تتعلق بمصلحة وحياة المحضون .

[1] المرجع نفسه.

[2] عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، ط ج، سنة 2006م، ص51.

- وكذلك من أسباب سقوط الحضانة هو تنازل الأم عن حضانة الولد كما هو مذكور في المادة 66 أعلاه يعني إذا قدمت المعنية طلبا بتنازلها عن حضانة الولد فسيحكم القاضي بسقوط حقها في الحضانة ويرجع الحق لمن يستحقها بعدها، وذلك حتما بحكم القانون، شرطا أن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون .

و يسقط حق الحضانة القانونية في المادة 67 المعدلة والتي تنص على أنه : " **تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه .**

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[1]

يعني هذا أنه إذا لم تتوفر الشروط في المحضون المنصوص عليها في المادة(62) سواء الأم أو الأب أو غيرهما، لأنه إذا كان المحضون عاجزا أو غير قادر أو غير مؤهلا لتربية الولد على الخلق ودين أبيه وتوفير له الأكل والشرب، فحتما وبحكم القانون يسقط الحق في الحضانة .

وكذلك لا يسقط الحق في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة لأن عملها لا يشكل عائقا لها من ناحية الحضانة .

[1]مولود ديدان، قانون الأسرة، سنة 2005م، ص 25.

- ومن الأسباب التي تسقط الحضانة كذلك هو ما نصت عليه المادة (68) من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "**إذ لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه في الحضانة**" [1].

يعني هذا إذا لم يطلب صاحب الحق الحضانة في الوقت المناسب وتزيد المدة عن سنة بدون عذر أو أي مبرر على ذلك، فهنا يسقط حقه في الحضانة بقوة القانون .مثلا : إذا وقع الطلاق بين الزوجين وتحكم المحكمة الحضانة للأب فإذا لم تطلب الأم حقها في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر قانوني سقط حقها في الحضانة .

وكذلك نصت المادة (70) على أنه :" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** "[2].

هنا ذكر المشرع ثلاث شروط اعتبرها كسبب من أسباب الحضانة تتمثل في أن تكون الحاضنة هي الواحدة من الاثنين، إما خالة للمحضون أو جدته، ويتمثل العنصر الثاني في أن تأتي الخالة أو الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون وتقيم بمنزل الأم المتزوجة من لرجل غريب غير محرم للمحضون وهذا سبب من أسباب سقوط الحضانة. أما إذا كانت زيارتها لفترة مؤقتة أو لقضاء عطلة في نفس

[1] مولود ديدان، المرجع نفسه.

[2] عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، ط ج، سنة 2006م، ص 54.

المكان يعني بجوارها لا في منزلها، فهنا لا يسقط حقها في الحضانة[1]، ودائما مراعاة لمصلحة المحضون.

المطلب الثالث : رجوع حق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

إذا سقطت الحضانة لمانع من الموانع، ثم زال المانع، فهل تعود الحضانة ؟ للفقهاء رأيان :

قال المالكية في المشهور : إذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض وخوف مكان، وسفر ولي بالمحضون سفر نقلة، وسفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفائها من المرض، وتحقق الأمن، وعودة

من السفر الاضطراري، عادت الحضانة إليها، لأن المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري، عادت الحضانة إليها، لأن المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري، وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع .

أما إن تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم ودخل بها، أو سافرت باختيارها لا لعذر، ثم تأيمت بأن فارقها الزوج بطلاق أو فسخ نكاح أو وفاة، أو عادت من السفر الاختياري، فلا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع، لأن سقوط الحضانة كان باختيارها، فلا تعذر.

[1] صالحي هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق، (شهادة ليسانس أكاديمي)، سنة 2014/2013م، ص 38.

وقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : إذا سقطت الحضانة لمانع، ثم زال المانع، عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء أكان المانع اضطراريا كالمرض، أم اختياريا كالزواج والفسق، لزوال المانع، لكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للبائن ولو قبل انقضاء العدة، أما الرجعية فلابد من انقضاء العدة فيها[1].

وذكر الشافعية أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون بيته إن كان له، فإن لم يرض لم تستحق.

وقرر الحنابلة استحقاق المطلقة الحضانة، ولو كان الطلاق رجعيا، ولو لم تنقض العدة[2] .

الفرع الثاني : قانونا

لقد نصت المادة (71) من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " **يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"**[3].

يعني أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق لسبب قانوني قد يكون غير قادر على حمايته وتعليمه وتربيته على دين أبيه والعناية بخلقه وبصحته، فإن حق الحضانة يعود إليه إذا توفر السبب الذي كان ينقصه، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرف الحاضن بناء

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2و1، سنة 1984-1985م، ج 7،ص 732.
[2] المرجع نفسه.
[3] مولود ديدان، قانون الأسرة، سنة 2005م، ص 25.

على رغبته فإن حقه يسقط في الحضانة ولن يعود إليه أبدا وفقا لنص المادة (71) من قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الرابع :السفر بالمحضون في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول : شرعا

في جواز سفر الحاضن بالمحضون وعدمه، هناك تفصيل المذاهب :

الحنفية : قالوا لهذه المسألة ثلاث صور وهي :

الصورة الأولى : أن تكون الحاضنة إما مطلقة وأن يكون الأب موجودا وتريد الأم أن تنتقل بابنها إلى بلدة أخرى، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا بشرطين :

الشرط الأول : أن تكون مطلقة طلاقا بائنا، أو طلاقا رجعيا، أو انقضاء عدتها، أما إذا لم تنقض عدتها فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون حتى تنتهي.

الشرط الثاني : أن لا تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة جدا عن أبوه، ويجوز لها الانتقال إلى بلدة بعيدة بشرطين : [1]

أحدهما : أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد .

[1]عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ،ط 2، سنة 2003م، ج4، ص 525.

ثانيهما : أن تكون هذه البلدة وطنا لها [1].

الصورة الثانية : أن يكون الأب موجودا، وتكون الحاضنة غير الأم، الجدة أو الخالة ونحوهما من الحاضنات، وهؤلاء لا يجوز لهن الانتقال بالولد المحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون إذنه مطلقا

وكذا يمنع الأب من إخراج الولد من بلدة الأم مادامت حضانتها قائمة إلا إذا تزوجت غيره فله الحق أن ينتقل به، فإذا عاد لها حقها رجع، وبعضهم يقول: لا يجوز له الخروج بولده إلا إذا انتهت مدة حضانتها.

الصورة الثالثة : أن يكون أبوه متوفى، وهي في عدة الوفاة، في هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال به إلا بإذن وليه الذي يحل محل أبيه، أما بعد انقضاء عدتها فقد توقف المفتون في المسألة، وبعضهم قال : للأولياء منعها، في هذه الحالة ينبغي أن يترك الأمر لاجتهاد القاضي ليرى ما فيه مصلحة الصغير .

المالكية : قالوا : ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشروط :[2]

الأول : أن تكون المسافة أقل من ستة برد هنا يصح لها أن تستوطن فيها .

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه.

[2] محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 4، ص212

الثاني : أما إذا أرادت أن تنتقل للتجارة أو لقضاء حاجة، فإن لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بشرط أن تكون الطريق مأمونة والمسافة قليلة وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا[1].

الشافعية : قالوا : إذا أراد الحاضن أو الولي السفر لحاجة أو لتجارة، بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره، فإن كان مميزا يخير في البقاء مع من يشاء منهما، أما إذا أراد السفر للنقلة أو استيطان، فإن الولد يتبع العاصب من أب أو غيره، بشرط أن لا يكون ببلدة الحاضن عاصب آخر مقيم، مثلا: إذا انتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة إلى بلدة أخرى ليقيم بها، ولكن جده لا يزال مقيما مع الحاضنة فليس للأب أخذه معه.[2]

الحنابلة : قالوا: إذا أراد أحد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى، فإن الولد يبقى مع الأب، سواء كان هو المقيم أو المسافر، بشروط نذكر منها شرطين :

أحدها : أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

ثانيها : أن تكون الطريق مأمونة والبلدة أيضا[3].

[1] المرجع نفسه.

[2] أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط 1، ج 4، ص 115.

[3] المرجع نفسه، ص 523.

الفرع الثاني : قانونا

جاء في نص المادة (69) من قانون الأسرة الجزائري "**إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**"[1].

وهذا يعني أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن من مراقبته وزيارته وتربيته على دينه.

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

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ط 4، سنة 2010م، ص366.

الفصل الثالث

المبحث الأول : قضايا المحكمة العليا

المطلب الأول :ملف رقم 599850 قرار بتاريخ 2011/02/10

قضية (ع.ح) ضد (ط.ر) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة ـ تمديد الحضانة.

إن المحكمة العليا

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

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

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

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى ، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2008/12/02 .

بعد الاستماع إلى السيد تواتي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن [1].

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012، ص 281 .

وعليـه فـإن المحكمـة العليـا

وحيث أن الطاعن (ع.ح) طعن بطريق النقض بتاريخ 2008/12/02 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذ المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة غرفة شؤون الأسرة [1]

بتاريخ 2008/05/26 القاضي بتأييد الحكم المستأنف .

حيث يستخلص من ملف القضية أن المدعية المطعون ضدها أقامت دعوى أمام محكمة بوفاريك بتاريخ 2008/01/08 طالبة إلزام المدعى عليه بأن يخصص لها سكنا لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار بمبلغ 10000 دج، في حين أجاب المدعى عليه طالبا رفض الدعوى وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2008/02/23 القاضي بإلزام الطاعن يأن يدفع للمطعون ضدها بدل الإيجار شهري قدره 8000 دج ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية انقضاء الحضانة وهو الحكم المؤيد بالقرار المؤرخ في 2008/05/26 المطعون فيه بالنقض .

وحيث أن الطاعن يثير ثلاثة أوجه للطعن لتأسيس طعنه .

وحيث أن المطعون ضدها لم ترد على عريضة الطعن .

[1] المرجع نفسه، ص 282 .

وعليـــــه :

من حيث الشكل :

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

من حيث الموضوع :

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات

بدعوى أن الولد المحضون (ع) تجاوز سن 10 سنوات وأن الحضانة بذلك قد انقضت قانونا وأن المطعون ضدها بذلك تفتقر للصفة في إقامة هذه الدعوى وفقا لنص المادة 459 من ق. إ . م .

عن الوجه الثاني : هو تكرار للوجه ويرد عليه بنفس الرد والتأكيد من أن الحضانة لا تنتهي إلا بحكم وفقا لنص المادة 2/25 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض .

عن الوجه الثالث : المأخوذ من مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون :

أن القضاة بقضائهم للحاضنة ببدل الإيجار قد طبقوا صحيح القانون مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض[1].

حيث أنه بذلك الأوجه الثلاثة غير مؤسسة ويتعين معه رفض الطعن .

[1] المرجع نفسه .

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من ق . إ . م وإ[1].

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا .

والمصاريف القضائية على الطاعن .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2011/02/10 من قبل المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية[2] .

[1] المرجع نفسه، ص 283.

[2] المرجع نفسه .

المطلب الثاني : ملف رقم 581700 قرار بتاريخ 2010/11/11

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

الموضوع :حضانة– سكن– ممارسة الحضانة .

إن المحكمة العليا :

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

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 و360 و 377 إلى 378 و557 إلى 581 من ق.إ.موإ .

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2008/08/09 .

بعد الاستماع إلى السيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى نقض القرار بسبب القصور في التسبيب[1] .

[1] مجلة محكمة عليا، العدد 01، سنة 2011، ص 252 .

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث أن الطاعن التمس بموجب المذكرة المقدمة بواسطة الأستاذ الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 2008/04/19 فهرس رقم 08/00676 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد أن يكون سكن الحاضنة المقضي به بمقتضى القرار المؤرخ في 2007/06/02 بسيدي عقبة أو دفع بدل الإيجار المقضى به في نفس القرار .

حيث يستخلص من ملف القضية أن المدعية المطعون ضدها أقامت دعوى للمطالبة بإلزام مطلقها بأن يوفر لها مسكنا لممارسة الحضانة بسيدي عقبة مكان تواجد أهلها بدلا من بلدة مشونش تنفيذا للقرار المؤرخ في 2007/06/02 وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2008/01/19 عن محكمة سيدي عقبة القاضي بعدم الاختصاص وإثر استئناف هذا الحكم أصدر المجلس القرار المؤرخ في 2008/04/19 محل الطعن بالنقض .

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية خاصة ما تعلق منه الآجال فهو حينئذ مقبول شكلا [1].

من حيث الموضوع :

حيث أن الطاعن استند في طعنه إلى وجه وحيد .

[1] المرجع نفسه، ص 253 .

حيث أن المطعون ضدها لم ترد على عريضة الطعن بالنقض.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

في الشكل : قبول الطعن بالنقض شكلا .

وفي الموضوع : نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 2008/04/19 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون .

والمصاريف على المطعون ضدها .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2010/11/11 من قبل المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية [1].

[1] المرجع نفسه، ص 254 .

المطلب الثالث : ملف رقم 4742255 قرار بتاريخ 2009/10/14

قضيـــــــة (ح.إ) ضـــــــــد (ع.ن)

الموضوع : طلاق**– حضانة – سكن** .

إن المحكمة العليا :

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

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 231 233 و 239 إلى 244 و257 وما يليها من ق.إ.م .

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2007/01/09 .

بعد الاستماع إلى السيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى نقض القرار[1] .

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2009، ص 267، 268 .

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن الطاعن (ح، إ) طعن بطريق النقض بتاريخ 2007/01/09 بواسطة عريضة قدمها محاميه المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2006/10/28 والقاضي بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له تخفيض نفقة الابن إلى 3500 دج، وبدل الإيجار إلى 40000 دج .

حيث إن المطعون ضدها لم تجب على عريضة الطعن على الرغم من توصلها بها كما هو ثابت من الإشعار بالوصول الذي يتضمنه ملف القضية .

حيث لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ القرار محل الطعن للطاعن .

حيث إن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية لذلك يتعين قبوله شكلا .

من حيث الموضوع : حيث إن الطاعن أثار وجها واحدا هو :

الوجه الأول والوحيد : المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون سيما المادة 16 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدلة والمتممة للمادة 72 من قانون الأسرة :

إن الطاعن قدم محضر إثبات حالة مؤرخ في 2006/01/23 أين خصص مسكنا منفردا بكامل شروط الراحة[1]، والكائن ببني عمران للمدعى عليها لممارسة حضانة ابنهما المشترك، ورغم ذلك

[1] المرجع نفسه .

فإن قضاة الاستئناف لم يتطرقوا إطلاقا لهذا المحضر ولو على سبيل مرور الكرام، بل اكتفوا فقط بخفض مبلغ الإيجار .

لذلك فكان على قضاة المجلس رفض الطلب المتعلق ببدل الإيجار لتوفير مسكن لممارسة الحضانة، وبالتالي فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون سيما المادة 16 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدلة والمتممة للمادة 72 من ق.أ التي تستوجب للزوج أن يوفر لمطلقته إما مسكنا أو دفع بدل الإيجار .

وعليه فإن قرار المطعون فيه معرض للنقض .

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا .

نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2006/10/28 جزئيا فيما يخص بدل الإيجار وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون .

وإبقاء المصاريف القضائية على المطعون ضدها . بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2009/01/14 من قبل المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية [1].

[1] المرجع نفسه، ص 269.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، وجدنا أنها من المواضيع الحساسة والدقيقة، ذلك أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون هذا المصطلح الذي ذكره المشرع الجزائري في جميع مواده المتعلقة بالحضانة تقريبا، إلا أنه غير واضح وغير محدد، كما أن المشرع الجزائري ترك تقدير مصلحة المحضون على القاضي .

وبالنظر إلى تفشي ظاهرة الطلاق بكثرة والذي بسببه يعاني الطفل من سوء المعاملة أو إهمال من طرف أبويه خاصة إذا كان المحضون غير مسؤول على تربيته وحسن معاملته كما ينبغي، هنا يجد القاضي نفسه أمام وضع حرج، فهو ملزم من جهة حماية مصلحة المحضون ومن جهة أخرى يجد نفسه معدوم من كل الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توفرها، لأن كثرة القضايا تجعله لا يعطي للملفات المعروضة عليه العناية اللازمة والدراسة الكافية .

- وما يمكن ملاحظته على المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري، قد ركز في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ويكون بذلك قد حدد نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية وجعل من أهدافها تربية الطفل على دين أبيه ورعايته أحسن رعاية .

- كما نلاحظ على نفس المادة أن المشرع الجزائري قد أهمل الحديث عن شروط الحضانة برغم أهميتها بل اكتفى بعبارة " أن يكون أهلا للقيام بها " وترك ذلك للقاضي ليبحث عنها في مصادر الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق.أ.ج .

- أما بالنسبة للشريعة الإسلامية لم تهمل هذا الجانب بل تحدثت عنه بالتفصيل لأنه يتعلق بمصلحة المحضون ومن أهم الشروط التي ركز عليها هي : الإسلام، البلوغ، العقل، الأمانة في الدين، القدرة على القيام بشأن المحضون ...الخ .

- أما بخصوص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحدثت عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة نصت على " الأقربون درجة " ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون، ، كما أقر في هذه المادة الحق في الزيارة لكنه تركها غامضة فلم يحدد معناها، على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى التي تحدثت فيه بالتفصيل.

- كما أنه اعتبر عمل المرأة حق لها ولا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة عنها .

بالرغم من التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري في بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص يجب تداركها حتى تكتمل حماية مصلحة المحضون .

المصادر و المراجع

أولا : القرآن الكريم

1. سورة البقرة ، الآية رقم 286

2. سورة البقرة، الآية رقم 233 .

3. سورة آل عمران، الآية رقم 37.

4. سورة النساء، الآية رقم 19 .

5. سورة التوبة، الآية رقم 79.

6. سورة الإسراء، الآية رقم 24 .

7. سورة القصص، الآية رقم 29 .

8. سورة الروم، الآية رقم 21 .

9. سورة فصلت، الآية رقم 9-12 .

10. سورة الطلاق، الآية رقم 1.

11. سورة طه، الآية رقم 59-73 .

12. سورة العصر، الآية رقم 1- 2.

ثانيا : السنة النبوية الشريفة

1. أبو المحاسن يوسف ابن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الأثار، ج 1، ط2، عالم الكتب، لبنان، 1362 هـ.

2. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، دار الوطن للنشر، الرياض، 1426هـ،ج 6.

ثالثا : الكتب

1.أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، دار السلام للنشر، ط4، سنة 2004، ج1.

2.أبي الحسن علي بن محمد، الإقناع في الفقه الشافعي، ط 1، دار حسان للنشر والتوزيع، إيران، سنة 1378هـ، ج 1.

3.أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 4.

4.الإمام والفقيه الكبير شلاج الدين أبي حفص الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي ، دار القبلتين، ط.1،سنة1433 هـ 2012 م، ج4.

5.شلاج الدين أبي حفص الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، ، دار القبلتين، ط 1، سنة 2012 م، ج4.

6.عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ،ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، سنة 2003م، ج4.

7.علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، سنة 1986م.

8.محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، ج 4.

9.مرزوق بن هياس الزهواني، حقوق المرأة في ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الملك فهد للنشر، المدينة المنورة، سنة 1428هـ.

10. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، ط 1-2، سنة 1985-1984، ج 7.

11. يوسف القرضاوي ، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية.

12. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، ط2، سنة 1989م.

13. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، سنة 1966-2010م.

14. عبد الرزاق بن عبد الله بن غالب الكندي، المفطرات الطبية المعاصرة، دار الحقيقة الكونية للنشر،ط1، سنة 2014.

15. عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للنشر، سنة 2016م، عين مليلة.

16. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2و3، سنة 1950و1957م.

17. مولود ديدان، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر،الجزائر، سنة 2006.

رابعا : المذكرات

1.محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (دكتوراه)، سنة 2009/2008، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

2.نصر محمود الكرنز، الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة، (الماجستير)، سنة 2008م، الجامعة الإسلامية، غزة.

3.كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (شهادة الماستر)، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 2013/2012.

4.قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة تخرج)، سنة 2001 إلى 2004.

5.عبد العزيز بن صالح الرضيمان، الحضانة في الإسلام، (بحث).

6.محمد إبراهيم إبداح، حق الحضانة، بحث قانوني، سنة 2014م.

7.مريم نور ، الاجتهاد القضائي ، مداخلة قانونية ، ج1 ، سنة 2013.

خامسا : الاجتهادات القضائية

1.أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/13.

2.أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/19.

3.أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001م.

4.محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/01/04م، رقم الملف 347914.

5.محكمة عليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1982/02/22م، في ملف رقم 26997، عدد خاص.

خامسا : المجلات

1.مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012.

2.مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2009.

3.مجلة محكمة عليا، العدد 01، سنة 2011.