جامعـــــة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق
تخصص قانون أسرة

مذكـــرة مكملة لمتطلبات نيــل شهادة الماستر في القانون

# رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي

إعـــداد الطالبتين:
1/ حدادة هبة
2/ عريبي ايمان

تحت إشراف:
الدكتور: علال ياسين

## تشكيل لجنـة المناقشـــة

| الرقم | الأستاذ | الجامعة | الرتبة العلمية | الصفة |
|---|---|---|---|---|
| 01 | د/ حديدان سفيان | 8 ماي 1945 قالمة | أستاذ محاضر – ب– | رئيسا |
| 02 | د/ علال ياسين | 8 ماي 1945 قالمة | أستاذ محاضر – أ– | مشرفًا |
| 03 | د/ الطيب عبد الجبار | 8 ماي 1945 قالمة | أستاذ محاضر – ب– | عضوا مناقشًا |

السنـة الجامعيــة: 2021_2022

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر و تقدير

إن الحمد لله نحمده ونستعين به، وهو الذي وفقنا و أعانا على إنجاز هذا العمل فهو الأحق أن يشكر ويحمد.

كما نتقدم بخالص شكرنا وتقديرنا إلى استأذنا الفاضل:" **علال ياسين**" على توجيهاته ونصائحه في إعداد هته المذكرة بإيصالنا للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من المراحل.

ونشكر أيضا لجنة المناقشة على ما تكبدوه عناء في قراءة مذكرتنا المتواضعة وحضورهم من أجل مشاركة في إثرائها.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كافة الأساتذة في كلية الحقوق.

شكر موصول لعمال مكتبة جامعة قالمة.

وفي النهاية يسرنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مد لنا يد العون في ما سيرتنا العلمية.

وشكرا

# إهداء

الحمد لله والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح

بفضله تعالى مهداة إلى:

إلى من سهر على تربيتي وتعلمي و إرشادي حتى هذه المرحلة أبي وأمي حفظهما الله والى جدي

وجدتي أطال الله في عمرهما

إلى شريك الحياة زوجي العزيز محمد إلى روح قلبي ابني آدم عبد المؤمن

إلى أختي يسرى وإلى إخوتي باسم ومحمد الأمين

إلى كل عائلة زوجي أمي وأبي مريم حمزة بلال يحي

إلى القريبات على قلبي كوثر مروة لبنى وسام لينا زينب هاجر

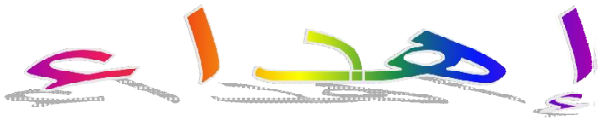
إلى كل صدقاتي القريبات على قلبي شهيناز صورية مروة أميرة شيماء سليمة

إلى التي حملت معي عناء هذا العمل أختي حبيبتي هيبة

إلى كل عائلة عريبي جاهمي من كبيرها إلى صغيرها

كما اهدي هذا العمل إلى كل من علمني حرفا في جميع الأطوار.

*** إيمان عريبي ***



أهدي ثمرة جهدي إلى من قال الله فيهما " وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغير"

إلى أجمل كلمة ينطق بها اللسان، موطن الحب و الحنان " أمي الغالية "

إلى الذي تعلمت من أجله معنى الكفاح، إلى من أزاح الأشواك من دربي " أبي العزيز"

إلى من رافقوني في الحياة: إخوتي وأخواتي وأولادهم أعزاء

إلى مصدر الأمان الذي أفنى عمره من أجل راحتي" زوجي"

إلى من أكن لهم في القلب محبة وتقدير"عائلة زوجي وأولادهم"

إلى كل الأحباب والأصدقاء، وأخص بالذكر صديقات العمر والدرب(شاهي،صورية، وردة،مروة) لكم مني أفضل التحية وأعز الأماني

إلى من عملت معي بكد بغية إتمام هذا العمل، أختي وزميلتي " إيمان"

إلى كل شغوف بالعلم والمعرفة، مؤمن بأن العلم مطلوب لا محمول، ولا حدود له وأن فوق كل ذي علم عليم.

إليكم جميعا وإلى كل من أحضي بمحبتهم وتقديرهم

***هبـة ***

# مقدمـــــة

## مقدمة

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

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

**أهمية الموضوع**

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع:

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

_ كذلك أهمية الحضانة، والتي تعتبر أمرا ضروريا لحماية مصالح الطفل في القانون و القضاء.

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

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

**الإشكالية**

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

**أسباب اختيار الموضوع:** يمكن إرجاعها إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية

**فأما الأسباب الشخصية :** فتتمثل في

_ الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة.

_ كون موضوع الحضانة يؤثر في الأسرة بصفة عامة و الأطفال بصفة خاصة.

_ ارتباط الموضوع بحياة الأطفال.

_ لفت انتباه الباحثين في الدراسات المستقبلية، من أجل صيانة حق المحضون.

**الأسباب الموضوعية**

_ اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة ومدى سلطته في مراعاة مصلحة المحضون.

_ تحديد مدى سلطة وحرية القاضي في إسناد الحضانة.

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

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

**الهدف من الدراسة**

_ بيان مفهوم الحضانة و مسقطاتها، وأهميتها في حياة المحضون.

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

_ الحرص على استيفاء حقوق المحضون.

_ التأكيد على أخذ مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

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

_ معرفة الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي، في إسناد الحضانة

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

**الدراسات السابقة**

وقفنا من خلال البحث في الموضوع على بعض الدراسات المهمة:

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

_ مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر، 2015/2014.

_ سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2015/2014.

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

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

**صعوبات الدراسة**

اعترضت إنجاز عملنا هذا، العديد من الصعوبات تتمثل في:

_ قلة المراجع المتخصصة المعالجة للموضوع، ونقص البحوث العلمية، كون هذا الأخير لا يتعلق بالحضانة ككل وإنما جزء منه ألا وهو رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني و الاجتهاد القضائي،

_ عدم كفاية الوقت للتوسع أكثر في موضوع حساس مثل موضوع رعاية مصلحة المحضون.

_ الحضانة من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة المحضون.

**منهج الدراسة المتبع**

اقتضت طبيعة الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يتناسب مع الدراسات القانونية، كما وظفنا المنهج التحليلي الذي كان معتمد في تفسير المواد القانونية، وتحليلها من خلال الاجتهادات القضائية، واستعملنا المنهج المقارن حينما عالجنا النصوص القانونية في ظل القانون84-11 مقارنة بالنصوص المعدلة بموجب الأمر 05-02.

**تقسيم الدراسة**

إجابة عن الإشكالية المطروحة حاولنا تقسيم الموضوع إلى فصلين، حيث خصصنا

الفصل الأول لمراعاة مصلحة المحضون في اسناد الحضانة، وذلك من خلال التطرق لمفهوم لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون في المبحث الأول، والدي بدوره قسمناه إلى مطلبين، حيث عالج المطلب الأول تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين، كما تناولنا في المبحث الثاني تقدير مصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة، حيث تناول المطلب الأول شروط القانونية الواجب توافرها لاكتساب الحضانة مع تقدير مصلحة المحضون، أما المطلب الثاني مراعاة مصلحة المحضون في حالات اسناد وتمديد الحضانة.

أما الفصل الثاني فعالجنا مراعاة مصلحة المحضون في اسقاط الحضانة وسلطة القاضي في ذلك، حيث تم تخصيص المبحث الأول لدراسة مسقطات الحضانة وعودتها حماية لمصلحة المحضون، والذي بدوره قسمناه إلى مطلبين، تناول المطلب الأول حالات سقوط الحضانة وتأثرها بمصلحة المحضون، أما المطلب الثاني تناول عودة الحضانة لمستحقيها بعد سقوطها، والمبحث الثاني خصصناه لدراسة آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة، من خلال التطرق إلى الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون، والمطلب الثاني الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون.

خطة

الفصل الأول: مراعاة مصلحة المحضون في اسناد الحضانة

المبحث الأول: مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون

المبحث الثاني: تقدير مصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة

الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في اسقاط الحضانة وسلطة القاضي في ذلك

المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها حماية لمصلحة المحضون

المبحث الثاني: آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة

# الفصل الأول

## مراعاة مصلحة المحضون
## في اسناد الحضانة

# الفصل الأول: مراعاة مصلحة المحضون في اسناد الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية وكذا القانون، لأجل حماية الأولاد، ولفهم قاعدة مصلحة المحضون، لا بد لنا التطرق إلى عدة مفاهيم مهمة كتعريف الحضانة وتحديد خصائصها، وذلك إلى جانب تبيان المقصود بمصلحة المحضون ومعايير المعتمد عليها في تقديرها، باعتبار مصلحة محضون أهم معيار في إسناد الحضانة والشروط الواجب توافرها في الحاضن.

وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفصل، بحيث تم تقسيمه إلى مبحثين:

يتناول الأول مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، أما الثاني تقدير مصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة.

**المبحث الأول: مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون**

من أهم الآثار القانونية الناتجة عن الطلاق أو انحلال عقد الزواج، هو وضع الطفل عند الطرف القادر على الاهتمام به والعناية بشئونه، وبالتالي الحضانة تربية الولد منذ أول وجود سواء كان ذلك من الأم أو ممن يقوم مقامها.

وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نبين تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في(المطلب الأول)، بينما نتناول تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين في(المطلب الثاني).

**المطلب الأول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون**

قبل التعمق في موضوع مراعاة مصلحة المحضون، لابد من القيام بتعريف الحضانة التي يثور النزاع حولها بعد الطلاق، أي مصير الطفل بعد الطلاق.

**الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها**

باعتبار الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وهم زينة الدنيا، قال تعالى" المال والبنون زينة الحياة الدنيا".[1]

فالحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن، وتتمثل في القيام بتلبية حاجيات المحضون، من إطعام ولباس تنظيف لجسده، والحكمة منها هي عجز الصغير عن التكفل بمصالحه.

**أولا: تعريف الحضانة**

1: **تعريف الحضانة لغة**

الحضن بالكسر: مادون الإبط إلى الكشح، و حضن الصبي حضنا.

وحضانة بالكسر:جعله في حضنه، أو رباه، كاحتضانه، و الطائر بيضه حضنا وحضانا وحضانة، بكسرهما، وحضونا: رخم عليه للتفريخ.[2]

2: **تعريف الحضانة شرعا**

عرف الفقهاء الحضانة بتعريفات متعددة وكلها قريبة من بعضها نجملها في الآتي:

_ عرفها الحنفية بأنها: تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة.

[1] سورة الكهف، الآية46.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص375.

_ عرفها الشافعية: تربية صبي بما يصلحه كتعهده بغسل جسده، ثيابه، ودهنه، وكحله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام._ عرفها الحنابلة والإباضية: حفظ الولد في نفسه ومؤنه طعامه، ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسده.[1]

**3: تعريف الحضانة قانونا**

عرفتها المادة62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".[2]

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أهدافها المتمثلة في:

_ تعليم الولد

_ تربيته على دين أبيه

_ السهر على حمايته

_ حماية الطفل من الناحية الخلقية

_ حماية المحضون صحيا

محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.[3]

**ثانيا: خصائص الحضانة**

تتجلى خصائص الحضانة فيما يلي:

**1_ الحضانة من النظام العام**

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب، فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها.

---

[1] خالد داودي، **الحضانة**، ط1، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018، ص14.

[2] القانون رقم 84_11 المؤرخ في رمضان 1404هـ، الموافق ل:25 فبراير 1984، **المتضمن قانون الأسرة الجزائري**، الجريدة الرسمية عدد43، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.

[3] أمينة ونوغي، **حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص9.

**2_ الحضانة حق مشترك**

تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بوجهين، هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي من الجهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن.

**3_ الحضانة غير قابلة للتجزئة**

إن المقصود بتجزئة الحضانة، هو أن يكون طلب الأم مقتصرا على الذكور فقط دون الإناث، أو مقتصرا على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سنا وتترك الآخرين

**4_ الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه**

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته، سواء بأجر أو تبرعا.[1]

**الفرع الثاني: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون**

سنتناول في هذا الفرع (أولا) تعريف وخصائص قاعدة مصلحة المحضون (ثانيا) طبيعة مصلحة المحضون (ثالثا) معايير تقدير مصلحة المحضون.

**أولا: مفهوم وخصائص قاعدة مصلحة المحضون**

سنتطرق إلى تعريف مصلحة لغة واصطلاحا وقانونا ثم معنى مصلحة المحضون وفي الأخير سنتطرق إلى خصائصها.

**1_ تعريف قاعدة مصلحة المحضون**

**أ_تعريف المصلحة**

**التعريف اللغوي للمصلحة**

مصلحة لغة من الصلاح، وهي مفردة مصالح وهي كالمنفعة، والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، فهي كل ما يبعث على الصلاح، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.[2]

[1] صالح خيضر، فارس دبه، **أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015، ص12.

[2] مسعود جبران، الرائد، **معجم لغوي عصري**، الطبعة03، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد02، 1978، ص1389.

**التعريف الاصطلاحي للمصلحة**

المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهما.

ومنزلة الحضانة تندرج تحت هذه المصالح الضرورية ولاسيما المتعلقة لحفظ النسل والنفس والدين.

لأن الغرض من الحضانة، هو تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويحميه عما يضره، ولو كان كبيرا أو مجنونا أو معتوها.[1]

**وعرفها الخوارزمي:** أنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق، وقال الإمام الغزالي هي جلب المنفعة ودفع المضرة ومنها الشاطبي فقط بسط تعريفها وذكر معناها في الدين قال:"واعني بالمصالح ما يرجع إلى القيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية حتى يكون منعما على الإطلاق".[2]

**التعريف القانوني للمصلحة**

لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة، وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة، اغلبها ما تعلق بمادة الحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر ومثال ذلك المواد(6،64،65،66،67،69،84،89،90،96) من قانون الأسرة الجزائري، فحسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه:"من المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المواد 64 من قانون الأسرة الجزائري" لذا فإن مصلحة المحضون هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شانها شان القواعد الأخرى (النظام العام،الآداب العامة، حسن النية وغيرها).

---

[1] سناء عماري، **التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014، ص177.

[2] ساري نوري، **مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري( دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014/2013، ص6.

وعليه كان على المشرع أن يحدد أهم الملامح والعناصر الأساسية التي تقوم عليها مصلحة المحضون.

وما يمكن استنتاجه أن مصلحة المحضون قاعدة تتقمص كل الأشكال وتقترن بكل الأزمنة وتترجم بطريقة واضحة تطور قانون الأسرة الذي أصبح فيه للطفل حيزا معتبرا من الاهتمام.[1]

**ب_ تعريف مراعاة مصلحة المحضون**

ما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، لذلك حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه والتشريع و القضاء، واجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به تطبيقا وإعمالا للقاعدة الشرعية،" دار المفسدة مقدم على جلب المصلحة".[2]

لقد قضت المحكمة العليا:"من المقررقانونا انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدورالحماية والرعايةللمحضون.

ولما كان ثابتا_ في قضية الحال_ أن القرار المنتقد اسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة، وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة اسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب أستاذ يجعله اقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب.

فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا،خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض".[3]

**2: خصائص قاعدة مصلحة المحضون**

رغم عدم وضع المشرع الجزائري تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لضبطها إلا أن هناك مميزات وخصائص تنفرد بها وهي:

---

[1] صالح خيضر، مرجع سابق، ص49.

[2] دغنوش انيس، ميهوبي محمدالعيد، **مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2021/2020، ص41.

[3] انظر إلى الملف رقم 89672، القرار الصادر بتاريخ 1993/02/23، المحكمة العليا، عرفة أحوال الشخصية والمواريث، عدد خاص، اجتهاد قضائي، 2001، ص166.

**أ_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية**

أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات و المحيط الذي يترعرع فيه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة للطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة و لا يمكنه أن يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه، بينما يستقل الطفل الأكبر سنا ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده.

**ب_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية**

أي أنها ليست قاعدة ثابتة، بل هي قابلة للتغيير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان أخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة عن الحاضن من اجل مراعاة مصلحته.

في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان هما

_ تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية

_ تحقيق الأمن و استقرار النفسي والعاطفي للطفل

وهما العنصران اللذان احتكم إليهما قضاء المحكمة العليا بالجزائر من خلال القرار الصادر بتاريخ 1997/02/18 الذي جاء فيه :"إن قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون".

وفي قرار آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 2008/02/13 جاء فيه:" إن قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء للجدة لأم دون تبيان معايير مصلحة المحضونين لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني".[1]

**ثانيا: طبيعة مصلحة المحضون**

لقد كان موضوع الطفل محل اعتبار وعناية الفقه والتشريع والقضاء، واجمع كلهم على اعتبار مصلحة الطفل والعمل بها وهذا ما تجسد على المستويين، الخارجي لما عكسته اتفاقية حقوق الطفل من

[1] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع سابق، ص50.

حماية لهته الفئة، وعلى المستوى الداخلي وهذا لم يكتنف من أهمية حياة الأسرة والمجتمع وإذا كان الأمر هكذا بالنسبة للفقه، فان الأمر بالنسبة للتشريع الوطني لا يختلف عنه.

وان لم يعطي المشرع الجزائري في قانون الأسرة مفهوما للمصلحة، إلا انه أدلى بها في عدة مواد.

أماالاجتهاد القضائي ظل وأبقى مفهوم مصلحة المحضون شغله الشاغل، إلا انه لابد عليه تكريسه في الواقع، إعمالا لما جاءت به النصوص القانونية.

أما الشريعة الإسلامية فكانت هي السباقة في معالجة مصالح الناس وحماية الطفل، وفي ظل الفراغ التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري في تحديد المصلحة و المعايير الضابطة لها، لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا بإحالة المادة 22 من قانون الأسرة التي أحالتنا إحالة صريحة.

فلما كان المحضون لصغر سنه لا يعرف مصلحته، كان من الواجب على الأولياء حمايته من كل ما من شانه أن يمس المصلحة، ولكن قد تتعارض مصالح الآباء خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية، والتي يتقرر بموجبها بقاء الأولاد عند احدهم ويبقى لطرف الآخر حق الزيارة، فلابد أن يكون هناك طرف ثالث خارج عن العلاقة يعهد له تقدير مصلحة المحضون وهو القاضي، وهذا ما تتسم به من طبيعة مما تجعلها متغيرة.[1]

**ثالثا: معايير تقدير مصلحة المحضون**

إن عدم إيراد تعريف شامل جامع ودقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، وتقربه من العدالة والموضوعية، ونجملها في ثلاث معايير أساسية

**1_ المعيار المعنوي الروحي**

أول معيار يلجأ إليه القاضي لتقدير مصلحة المحضون، ولا شك أن الفقه لا يعارض على هذا المعيار، بل يؤكده متبعا في ذلك المتخصصين في علم النفس، ليس للقضاء في هذا الموضوع إلا أن يصغوا إلى علماء النفس لكي يسد ثغرات سكوت القانون، ولهذا تستدعي طبيعة هذا النوع الاستعانة والاعتماد على النتائج الطبية، منها النفسية والعامة، لتوضيح أهمية العنصر النفسي والروحي في حياة الطفل.[2]

[1] دغنوش أنيس، ميهوبي محمد العيد، المرجع السابق، ص42.

[2] حميدو زكية، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص105.

فأكيد أن الحنان والعطف اللذان يمدهما الوالدين لأبنائهما، ومن الأم على الخصوص، لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية.

ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام، ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يراعيه ويعتني به ويحسن معاملته، ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[1]

**2_ المعيار المادي**

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي، لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح ولأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها.

المشرع الجزائري اقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغر سنه أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو بدنية.[2]

ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وذلك بتوفير الحاجات الضرورية له مما يجعله يعيش في اطمئنان واستقرار، أقر المشرع الجزائري، إنشاء صندوق النفقة وفقا للقانون 15/01 وأن كان لم يضع له النصوص التنظيمية بعد، بهدف حماية الحقوق الأساسية ليضمن له العيش الكريم، حتى يبلغ سن الرشد.[3]

**3_ معيار الأمن والصحة**

تعتبر هذه المعايير هي الأخرى من أهم المعايير التي ترتكز عليها تربية المحضون، بل مصلحة المحضون، إذا أن وجودها إلزامي لا يمكن الاستغناء عنها، يجري الفقه المعاصر في كافة آرائه على الاعتراف بهذا المعيار لتقدير مصلحة المحضون، وقد اهتدى الأستاذ دونيي بوجهين يمكن للقاضي الاسترشاد بهما للبحث عن تلك المصلحة، الأول سيادة المصلحة

[1] دغنوش أنيس، المرجع السابق، ص45.

[2] أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص32.

[3] بوبكر خلف، **مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة**، مجلة العلوم الإنسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص528.

المعنوية على المصلحة المادية، والثاني أمن الطفل واستقراره فلأهم هو أن يتمكن الطفل من الاستمرار في العيش داخل الإطار الاعتيادي دون أي إزعاج.[1]

والعنصر الصحي هنا نقصد به، ألا يكون الحاضن عاجزا عن القيام برعاية المحضون، والمقصود بالعاجز هو الشخص الطاعن في السن الذي لم يعد قادر على رعاية المحضون، أو مصاب بعاهة أو صحته تلحق أذى بالمحضون إذا كان مصاب بمرض معدي، وعلى هذا الأساس يجب التأكد من سلامة الحاضن من أي مرض سواء من جسمه أو عقله.[2]

**المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين**

أناط الشارع أمر حضانة الطفل إلى أوثق الناس صلة به وأكثره عطفا وهما الأبوان، ومن يقربهما، واتفق الفقهاء على تقديم النساء على الرجال في الحضانة، وعلى تقديم الأم على سواها من النساء زوجة كانت أم مطلقة في العدة أم منتهية العدة متى استجمعت شروط أهلية الحضانة، وفي هذا المطلب سنتعرف على ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري، وأصحاب الحق في الحضانة حسب القضاء.[3]

**الفرع الأول: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**

سنتطرق إلى أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، وبعد تعديله.

**أولا: ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري**

حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة رقم 84-11، فإن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك."

فالمشرع الجزائري قدم النساء على الرجال في هذا الترتيب، وغلب الأم على سواها من النساء زوجة كانت أم مطلقة في العدة أم العدة المنتهية متى استجمعت شروط أهلية الحضانة،

[1] حميدو زكية، المرجع السابق، ص111.

[2] المرجع نفسه، ص117.

[3] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)**، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص170.

حيث أعطى الأولوية في حضانة الطفل بعد الأم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم وجعل الأب يليهم في المرتبة.[1]

وهذه القاعدة يجري تطبيقها في القضاء الجزائري حيث أكد أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها، وهذا ثابت محل إجماع فقها، ومكرسا قانون وقضاء، حيث قضى المجلس الأعلى، متى كان المقرر شرعا أن الحضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي،[2] فإذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبي عن المحضون، تسقط عنها الحضانة وتليها أمها مباشرة، لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، لهذا فضلت على الجدة أم الأب.[3]

تليها الخالة المحضون بالعموم سواء أخت للأم أو أخت للأب، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأقرته المادة 64 قبل تعديلها لأن الخالة تحمل شفقة الأم على المحضون، ثم يأتي الأب وأم الأب والأقربون درجة.[4]

**الفرع الثاني: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 02/05**

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02/05المؤرخ في 27فبراير 2005:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

الملاحظ بأن النص الجديد أوجد ترتيبا جديدا لمستحقي الحضانة، بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبعده تأتي كل من الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة.

---

[1] بن محاد كريمة، خلفاوي خديجة، **مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة(دراسة مقارنة)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والسياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017/2016، ص52.

[2] أنظر لقرار المجلس الأعلى، رقم 32594، بتاريخ 1984/04/02، قضية(ب.ن) ضد(ب.ع)، المجلة القضائية، العدد01، سنة 1989، ص77.

[3] خالد داودي، المرجع السابق، ص41.

[4] باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية(تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي**، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص73.

مع الإشارة بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضنة، إذا حكم القاضي بالحضانة فانه يحكم بحق الزيارة للطرف الأخر، ويحدد أيام الزيارة في منطوق حكمه وكذا الساعات المسموح فيها بذلك وكذا مكان ممارسة ذلك الحق.[1]

**- أصحاب الحق في الحضانة في نظر القضاء**

إذا وجد من يستحق الحضانة فهو أهل لذلك، أما إذا تعدد أهل الحضانة في المرتبة الواحدة قدمت أقربهن درجة على الترتيب المبين، فان تساوين في الدرجة كأخوات شقيقات، فان كانت أحداهن أصلح لتربيته قدمت، وان تساوين في المرتبة و درجة القرابة والصلاحية للحضانة اختار القاضي من شاء منهن.

أما في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل احد مما سبق ذكرهم أو لم يوجد من يحضنه لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون، كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الزيارة.

من خلال ما سبق نلخص إلى أن مصلحة المحضون هي أساس الحضانة، ويجب مراعاتها في أية مسالة تخص المحضون نفسيا أو ماديا، وبغض النظر عن مثيرها سواء كانت أما أو أبا أو جدة أو غيرها.[2]

[1] لحسين بن شيخ اث ملويا،**المرشد في قانون الأسرة**، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص205.

[2] كربال سهام، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي منحد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013/2012، ص46.

**المبحث الثاني: مراعاة مصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة**

كما ذكرنا أعلاه تعريفات الخاصة بالمصلحة، الحضانة ومميزاتها وكذلك المعايير التي من شأنها يدرك القاضي مصلحة المحضون، سنتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توفرها في الحاضن سواء الحاضنين من النساء أو الحاضنين من الرجال (المطلب الأول) ثم لنتطرق إلى حالات إسناد الحضانة ومدتها (المطلب الثاني)

**المطلب الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها لاكتساب الحضانة مع تقدير مصلحة المحضون**

محور الحضانة مبني على الصغير وحمايته و نظرا لأهمية الحاضن في حياة المحضون، فقداشترط المشرع شروطا كثيرة لتولي الحضانة، وذلك بهدف حماية مصلحة المحضون، هذا ما أشارت إليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن كان هذا بدون تفصيل، لأن الشروط الحاضن عديدة،[1]تنقسم إلى ماهو عام يخص كل من الرجال والنساء معا، ومنها ما يخص النساء فقط، ومنها ما يخص الرجال.

**الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الرجال والنساء معا**

يقصد بالشروط العامة جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن سواء ذكر أو أنثى.

**أولا: كمال الأهلية**

يتحقق ذلك بالبلوغ والعقل، يجب أن تكون الحاضنة بالغة أي راشدة وسن الرشد حسب نص المادة40 من قانون المدني هو تسعة عشرة سنة كاملة،[2] فلا تثبت الحضانة لصغير ولا لمجنون، أو معتوه، هؤلاء غير قادرين على تحمل وإدارة أمورهم بأنفسهم بل يحتاجون هم كذلك إلى من يقوم بشؤونهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم.[3]

هذا ما أكده المشرع في الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة على أنه:" ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

---

[1] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص134.

[2] الأمر رقم 75_58، المؤرخ بتاريخ 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر1975، **المتضمن قانون المدني**، الجريدة الرسمية، عدد78، المؤرخة في 30 سبتمبر1975 المعدل والمتمم.

[3] أحمد علي جردات، **الحضانة والضم ومتعلقاتها(أحكامها الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في ظل القانون الجديد**، ط01، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص26.

**ثانيا: الإسلام**

يعتبر الإسلام ضرورة لازمة في منح حق للحاضن في رعاية المحضون، وبالتالي سبب عدم مباشرة الحضانة هو عدم توفر الدين الإسلامي لدى شخص الحاضن، سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى، هذا ما أقر به الشافعية والحنابلة.

أما عند المالكية والحنفية، الإسلام ليس بشرط في الحاضن، وأن حق الحضانة للحاضنة إنما هو للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين.[1]

باستقراء نصوص المواد11و12و13 من القانون المدني التي جاءت تحت الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، يتضح لنا أن المشرع نص على تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار الشخصية التي تحيلنا إلى تطبيق قانون الأسرة إذا كان الزواج مختلط، وعليه الأم هي أولى بالحضانة وهذا ما جاء في المادة 64 من الأمر رقم 05_02 وبالتالي المشرع الجزائري لم يشترط شرط الإسلام في الحاضن وهو ما نستشفه من المادة 62 من قانون الأسرة:"...بتربيته على دين أبيه...".

كذلك قضاء المحكمة العليا لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة، جاء في قرار:" من المقرر قضاء مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنه من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة".[2]

**ثالثا: القدرة على القيام بشؤون المحضون**

بمعنى يكون الحاضن أو الحاضنة قادرا على القيام بالحضانة بكل متاعبها، فإن كان عاجزا عن ذلك فإنه لا يكون أهلا للحضانة.

لم يذكر المشرع الجزائري شرط القدرة صراحة، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه اعتبر شرط القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة.

---

[1] بركات الربيع، بعلي عز الدين، **رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق**، مذكرة ماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018/2017، ص10.

[2] انظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم86597، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد4، سنة 1989، ص61.

فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرض يعجزها عن القيام بشؤونه، أو لقاطنة مع مريض مرضا معديا بحيث لا تتوفر له الرعاية ولا الجو الصالح.[1]

**رابعا: الأمانة**

فلا تثبت الحضانة لمن تكون غير أمينة على تربية الصغير وتقويم أخلاقه، فلو كانت المرأة فاسقة وكان فسقها يشغلها عن العناية بالغير ويؤدي إلى ضياعه إذا ترك عندها لم يكن لها حق الحضانة، وإذا كانت المرأة سيئة السلوك وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها ويألف ما تفعله يسقط حقها في الحضانة مراعاة للصغير حتى لا يشب دارجا على الرذيلة.[2]

بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها أن إسناد حضانة البنات الثلاثة للأم الحاضنة بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون.[3]

**الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال**

إضافة إلى الشروط العامة التي تطرقنا إليها، هناك شروط خاصة بالنساء(أولا) وشروط خاصة بالرجال(ثانيا)

**أولا: الشروط الخاصة بالنساء**

باعتبار النساء أولى درجة بالحضانة، لأنهم الأكثر شفقة وأحن قلبا لتدبير شؤون المحضون وهذه الشروط كالآتي:

**1_ لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه**

اتفقوا المذاهب الأربعة المالكية، الشافعية، الحنابلة، الحنفية، أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم عما رواه عبد الله بن عمرو( أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي).[4]

---

[1] أنظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم33921، بتاريخ09/07/1984، المجلة القضائية، العدد04، سنة 1989، ص76.

[2] عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص269.

[3] أنظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم 1997/09/30، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، مأخوذ عن طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، طبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص156.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص63.

وبالتالي الأم أحق بالحضانة بما بذلته من مشقة من أجل حفاظ عليه، فقضى الرسول صلى الله عليه وسلم ببقاء الولد عند أمه، ما لم تتزوج برجل آخر.

أما الأم إذا تزوجت بذي رحم بعم صغيرها مثلا، أي بقريب إلى الصغير، فتبقى محتفظة بحقها في الحضانة، لأن العم قريب من الأب في حب الطفل والحرص عليه باعتباره يستطيع تحمل النفقة والرحمة.[1]

وتجدر الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري عل أنه:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في القرار مؤرخ في: 05/18/ 1986:" أن حق الأم في الحضانة يسقط بزواجها بغير قريب محرم".[2]

**2_ عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه**

معظم الفقهاء يعتبرون أن السكن الحاضنة مع من يبغضه ويعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه.

وتنص المادة 70 من القانون الأسرة الجزائري على أنه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، وكذلك ما جاء في المادة 72 من نفس القانون على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار".

والملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 وما جاءت به المادة70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.[3]

**3_ عدم امتناع الحاضنة عن حضانة المحضون مجانا عند إعسار الأب**

إن امتناع الأم عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، وأن عدم امتناعها عن الحضانة يعد شرطا من شروط استحقاقها لها، فإذا لم يستطع الأب دفع أجرة

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة( الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص187.

[2] قرار المحكمة العليا، رقم331058، الصادر بتاريخ2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2005، ص383.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص66.

الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة، يرى أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضن الصغير مجانا ووجود متبرعة.[1]

**4_ أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه**

وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة وعلى هذا فلا حضانة لغير القريبة وإن كانت محرما له كالأم أو الأخت من الرضاع ولا للقريب غير المحرم كبنت العم أو العمة أو الخالة.[2]

**ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال**

يشترط في الرجل الحاضن أيضا ما يلي:

**1_ ثبوت الحضانة للعاصبيبنى على الإرث ولا إرث مع اختلاف الأديان**

لأن الدين مانع من الموانع الإرث في الإسلام، فإذا وجد لغير المسلم أخوان شقيقان أحدهما مسلم والأخر غير مسلم فحضانته لشقيقه غير المسلم.[3]

**2_ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى**

اتفقوا الفقهاء على أن يكون الحاضن للأنثى محرما لها، وأقر الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين، أما في حالة عدم بلوغ الطفلة فلا مانع من حضانتها، لأنه في حالة البلوغ لا يمكن لابن العم أن يحضن ابنة عمه البالغة إلا إذا لم يكن لها أحد حسب رأي الحنفية.[4]

**المطلب الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في حالات اسناد وتمديد الحضانة**

يتم إسناد الحضانة بناء على دعوى في حالة انفصال الزوجين عن طرق الطلاق أو التطليق أو الخلع أو في حالة الوفاة أو الفقدان وتبقى السلطة للقاضي في إسناد الحضانة لمن يستحقها، وفي بعض الحالات يمددها القاضي إذا كانت ضرورة لذلك.

---

[1] زكري فوزية، عميور مريم، **دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2019/2018، ص29.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص187.

[3] المرجع نفسه، ص189.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص67.

**الفرع الأول: حالات اسناد الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون**

سنتناول في هذا الفرع حالة الطلاق وما في حكمه و حالة الوفاة أو فقدان

**أولا: حالة الطلاق وما في حكمه**

تعتبر حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في طلب فك عقدة النكاح بينه وبين زوجته عند استحالة العشرة الزوجية بين الطرفين حتى ولو كان القانون لم يحدد حالات الطلاق إلا أن القضاء قد دأب في معرفة أسباب فك العصمة الزوجية من طرف الزوج وذلك تماشيا وحكمه الذي جعله الله ابغض حلاله .[1]

وذلك حسب نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وفي حالة الطلاق بالتراضي طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة، وحتى في جميع الحالات التي قد تؤدي فك الرابطة الزوجية والتشتت الأسري، أو إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون، ففي جميع الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ذلك انه متى فك الرابطة الزوجية لأحد الحالات المذكورة سابقا لم يعد بقاء لبيت الزوجية وكان للزمن الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كتف سيعيشون؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون.[2]

**ثانيا: حالة الوفاة أو الفقدان**

إذا كنت دعوى الحضانة في الحالة الأولى دعوى تبعية لدعوى الانفصال، فإنها تكون في مثل هذه الحالات دعوى أصلية في حالة ما إذا توفي من اسند تاليه الحضانة أو الفقد، يكون من حق أي شخص أخر وفرت فيه الشروط القانونية والشرعية للحضانة أن يرفع دعوى

[1] الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، **مصلحة المحضون بين الشرع والقانون**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، 2017/2016، ص75.

[2] المرجع نفسه، ص76.

أمام المحكمة مطالبا إسناد الحضانة له وذلك لرعاية المحضون، وفي حالة الوفاة ترفع الدعوى بعد إثبات ذلك، أما في حالة الفقد فإنها ترفع بعد إصدار الحكم بالفقد.[1]

**الفرع الثاني: مدة الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون**

المقصود بمدة الحضانة هي الفترة الزمنية مابين بدايتها ونهايتها.

**أولا: مدة الحضانة**

تنتهي مدة الحضانة إذا استغنى الصغير عن خدمة النساء وقدر أن يقوم بنفسه بحاجياته الأولية من مأكل وملبس وتنظيف، فالقانون الأسرة الجزائري في المادة 65 التي تنص على:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ميز بين الذكر والأنثى، حدد مدة الحضانة القانونية وجعلها تنتهي ببلوغ الذكر، وحددته بعشر سنوات، أما حضانة الأنثى تركها تستمر إلى سن الزواج القانوني المطبق في الجزائر وهو بلوغ الأنثى 19 سنة كاملة،[2] وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها ومنها:" تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[3]

كذلك القرار:"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج".[4]

**ثانيا: تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون**

يتبين لنا من خلال المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى للمطالبة بتمديد حضانة الولد الذكر دون الأنثى– بحجة أن هذه الأخيرة مدة

---

[1] عزايز حرية، باهي فاطمة، **إشكالات إسناد الحضانة وممارستها**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017، ص50.

[2] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2013، ص139.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/05/08، ملف رقم 282033، نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص350.

[4] أنظر إلى القرار 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية، عدد 01، 1993، ص48.

حضـانتها طويلـة بلـوغ سـن الـزواج- إلا الأم التـي لـم تتـزوج ثانيـة مراعيـا فـي ذلـك مصـلحة المحضون، وتمديد يكون إلى 16 سنة.[1]

وهـذا مـا أكدتـه المحكمـة العليـا فـي العديـد مـن القـرارات، حيـث صـدر قـرار لهـا بتـاريخ 1999/12/10 يقتضـي بأنـه :" مـن المقـرر قانونـا أنـه يمكـن للقاضـي تمديـد فتـرة الحضـانة بالنسـبة للـذكر إلـى سـتة عشـر سـنة إذا كانـت الحاضـنة أمـه ولـم تتـزوج ثانيـة مـع مراعـاة مصـلحة المحضون"[2]

وكـذلك قـرار آخـر بتـاريخ 2015/01/15 مفـاده أنـه يكـون تمديـد فـي الحضـانة إلا لـلأم الحاضنة طبقا للقانون دون غيرها من النساء، ممن لهن الحق في الحضانة.[3]

وإذا كـان المشـرع قـد وضـع الحـد الأقصـى لتمديـد حضـانة الـذكر، إلا إنـه فضـل أن يتـرك هـذا الأمـر لتقـدير القاضـي، غيـر أن هـذا الأخيـر سـلطته غيـر مطلقـة، بـل مقيـدة بالشـروط القانونيـة التالية:

_ أن التمديد يتعلق بالذكر دون الأنثى.

_ أن يكـون حـد التمديـد هـو بلوغـه 16 سـنة، إذ يمكـن للقاضـي أيضـا أن يمـدد الحضـانة إلـى أقـل من 16 سنة حسب ما تطلبه مصلحة المحضون.

[1] مغاري حياة، فركوس دليلة، **دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد04، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2021، ص156.

[2] أنظر إلى القرار رقم 25566، الصادر في 1999/12/10، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص76.

[3] أنظر القرار رقم0842551، الصادر بتاريخ 2015/01/15، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2015، ص231.

**ملخص الفصل الأول**

نستخلص مما سبق أن الحضانة هي تربية الطفل ورعايته من أجل العيش في أمان ومصلحة المحضون هي أساس إسناد الحضانة لذلك تتطلب شروط استحقاقها عن طريق إجراءات خولها المشرع لقاضي شؤون الأسرة، فكلما كان أكثر تحققا كان الشخص المؤهل لذلك في المرتبة الأولى وهكذا، وترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إنما هو الموجه للقاضي في تبيان أصحاب الحق في المطالبة بالحضانة و المؤهلين لها بعد تأكد من توفر الشروط المطلوبة في الحاضن وتبقى السلطة التقديرية للقاضي عند إصدار حكمه سواء عند الإسناد إلى من يستحقها أو تمديدها.

.

# الفصل الثاني

## الثاني مراعاة مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة

**الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في اسقاط الحضانة وسلطة القاضي في ذلك**

إن إسناد الحضانة لمن يستحقها بعد انحلال الرابطة الزوجية، ينتج عنها آثار تتطلبها ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون، فكلما كانت المصلحة قائمة تكون الحضانة قائمة، وكلما انتفت المصلحة سقطت الحضانة سواء لأسباب قانونية أم اختيارية وهذا ما سنقدمه بالتفصيل في المبحث الأول تحت عنوان مسقطات الحضانة وعودتها حماية لمصلحة المحضون.

إلا أن المصلحة تخضع لسلطة القاضي للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون عن طريق عدة وسائل تتجلى في الخبرة، المعاينة، سماع الشهود، واليمين، وهذا ما يعرف بالضوابط الإجرائية،

كذلك إبراز أهم الآثار المتمثلة في نفقة، حق المحضون في السكن، حق الزيارة، سنتناوله كمبحث ثاني بعنوان آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة.

## المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها حماية لمصلحة المحضون

تسند الحضانة لمن كان أهلا لها وتوفرت فيه الشروط اللازمة للقيام برعاية المحضون، وفي حالة عدم القدرة على رعايته يلجأ صاحب الحق في الحضانة إلى رفع دعوى إسقاط الحضانة، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنقوم بالتطرق إلى كيفية عودة الحضانة إلى من يستحقها بعد سقوطها، وهذا مع إبراز مصلحة المحضون في كل منهما.

### المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وتأثرها بمصلحة المحضون

تسقط الحضانة إذا وجد مانع يمنع من استحقاقها أو زال شرط من شروطها، ومن أسباب السقوط ما يلي:

#### الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة

تسقط الحضانة لعدة أسباب قانونية تتجلى في ما يلي:

**أولا: زواج الحاضنة بغير قريب المحرم**

نصت على هذا السبب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، جاء فيها :"يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، اعتبر المشرع زواج الأم الحاضنة بغير قريب المحرم سببا من أسباب سقوط الحضانة، لأن الأجنبي قد يبغض المحضون ولا يعامله معاملة حسنة تليق به، في كل الأحوال لا بد من مراعاة مصلحة المحضون في كل قضية، فترك المشرع النص بعمومية لتكون السلطة التقديرية بيد القاضي.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها آخر ذهبت إلى أنه :" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار".[2]

الملاحظ أن نص المادة 66 اشترطت مراعاة مصلحة المحضون عند التنازل فقط، ويفهم من نص المادة أنه عند تزوج الحاضنة بغير قريب محرم فإنه تسقط عليها الحضانة دون أن يراعى في ذلك مصلحة المحضون، وهذا غير صحيح، لأنه إذا نظرنا إلى أحكام الحضانة

[1] مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص170.

[2] انظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40438، الصادر1986/05/05، المجلة القضائية، العدد02، 1989، ص75.

بشكل عام نجد أن المشرع قد راعى مصلحة المحضون في هذه الحالة، وذلك أن سقوطها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وإسنادها أيضا من سيليها في الحضانة وهو ما سيراعي فيه القاضي مصلحة المحضون، وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها منها:

_ مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

_ تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة64 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.[1]

إذا كانت الحضانة تسقط عن الأم الحاضنة بغير قريب المحرم، فإنه كذلك تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم، وذلك بموجب حكم قضائي بسقوطها يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة من ق أ، وهذا ما أكدته المادة 70 منه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".[2]

**ثانيا: تخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج**

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أنه:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، غير أن المشرع لم يحدد شروط الحضانة بشكل خاص ودقيق، مما جعل سلطة القاضي واسعة في تقدير ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون بدرجة أولى قبل إصدار حكم سقوط الحضانة.

فإذا ما عجز الحاضن على تربية المحضون على دين أبيه، توفير الرعاية، وحفظ صحته سقط حقه في الحضانة.[3]

---

[1] محمد بجاق، **مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية**، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، جامعة الوادي، الجزائر، ص206.

[2] كريمة محروق، **مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر العلوم الإسلامية، مجلد31، العدد2، قسنطينة، 2017، ص361.

[3] بن داود حنان، بن عمار محمد، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد02، 2019، ص245.

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون لا بد أن يكون الحاضن قادر على حفظ الطفل في قرار لها :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب

توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي".[1]

وقضت المحكمة العليا بالتطبيق السليم للقانون من طرف قضاة المجلس في إسنادهم حضانة البنت إلى والدتها، رغم ثبوت ارتكابها الزنا متى كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، وهذا ما كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/15 يقضي بأنه:" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون".[2]

بالتالي تسقط الحضانة لسوء تصرفات الأم ولفساد أخلاقها.

**ثالثا: سفر الحاضنة بالمحضون**

يسقط حق الحضانة كذلك عند انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي بسبب استحالة ممارسة حق الزيارة من طرف الأب إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون في بقائه مع الحاضنة فيجوز له إثبات حق الحضانة لها، وبالتالي في هذا مراعاة حق الوالدين وذلك بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وبين إشراف أبيه عليه، حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من عطف حضانته ورعاية أبيه[3].

وهذا ما نصت عليه المادة 69 من ق الأسرة الجزائري:" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، معنى هذا أن إسقاط الحضانة من عدمه بسبب السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي،إذ له إبقاؤها أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ويظهر هذا من خلال عدة اجتهادات للمحكمة العليا حيث نرى تغيير في اجتهاداتها، وذلك بحسب تقدير مصلحة المحضون:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين

---

[1] انظر القرار رقم33921، الصادر بتاريخ 1984/04/09، المجلة القضاة، العدد04، مأخوذ عن مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص164.

[2] انظر إلى الملف رقم 564787، القرار بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2010، ص262.

[3] أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)**، دار الجامعة الجديدة للنشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص251.

الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلو متر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم قد أخطئوا في تطبيق القانون".[1]

**رابعا: عمل الحاضنة المؤدي إلى إهمال المحضون**

إن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، هذا يعني أنه حتى ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سبب من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حقها إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، مما يخل بمصلحة المحضون[2]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18 بقولها:"من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة واعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور والتسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

**الفرع الثاني: الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة**

بالرغم من وجود أسباب قانونية مسقطة للحق في الحضانة، إلا انه يمكن أن يزول هذا الحق خارج عن هذه الأسباب القانونية.

---

[1] انظر إلى الملف رقم 43594 المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1986/09/22، المجلة القضائية، العدد04، 1992، ص41.

[2] سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)**، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص142.

[3] انظر القرار 2000/07/18، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 245156، اجتهاد قضائي، 2001، نقلا عن لحسين بن آث ملويا، المرجع السابق، ص484.

**أولا: سقوط الحضانة بالتقادم**

نص المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري على سقوط الحضانة إذ لم يطالب بها من له حق فيها بمضي سنة ودون عذر، لكن القاضي هو الذي يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطات استمدت بالخصوص من عبارة:" بدون عذر" التي توسع من سلطة القاضي وذلك صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/25 بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها...".

لكن إشكال هو كيفية حساب مدة السنة، هل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق، أو أن تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بأحد الوالدين، هنا القاضي عليه أن يسد الثغرات في غياب النصوص التشريعية أو غموضها، وقد تأكد هذا في الاجتهاد القضائي في قراره جاء فيه:" ... ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة...".

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق بمرور هذه المدة.[2]

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

**الحالة الأولى:** أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

**الحالة الثانية:** أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.[3]

---

[1] حميدو زكية، المرجع السابق، ص505.

[2] انظر إلى الملف رقم 328229، الصادر في 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد01، 1990، نقل عن جمال غريسي، **السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد02، جامعة تمنراست، الجزائر، 2021، ص511.

[3] كربال سهام، المرجع السابق، ص97.

**ثانيا: سقوط الحضانة بالتنازل عنها**

يعتبر التنازل عن الحضانة حق للحاضن من جهة وهو مقيد بمصلحة المحضون من جهة أخرى، يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل على الحضانة يفقد حقه في استعادتها، بل يمكنه التراجع عن التنازل عنها، ويكون التنازل إما بالإرادة المنفردة، أو بالتنازل ألاتفاقي.

**1: التنازل بإرادة الحاضن المنفردة عن الحضانة**

للحاضنة حق التنازل عن حضانتها، ويقرر هذا الأثر في الوقت الحاضر القانون الأسرة الجزائري حيث يقضي في المادة 66 منه على أنه:" يسقط حق الحاضنة، وبالتنازل"، لكن ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، و أن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون وحده.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها:

القرار الصادر بتاريخ 1987/12/07 ما يلي :"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، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة".[2]

وفي قرار آخر لها مفاده:" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون".[3]

فالتنازل يمكن أن يطرح فرضيتين، الأولى أن هذا التنازل يكون لصالح مصلحة المحضون ويجب أن ننظر إلى التنازل الحاضنة على أساس فقدت شروطها، وذلك يتجلى في عدم استعدادها ورغبتها للحضانة، أما الثانية هي أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون

[1] حميدو زكية، المرجع السابق، ص467.

[2] انظر إلى ملف رقم 44858، مجلة القضاة، 1990، العدد03، نقلا عن مغاري حياة، فركوس دليلة، المرجع السابق، ص174.

[3] انظر إلى الملف رقم 189234، القرار الصادر في 1998/04/21، اجتهاد قضائي، 2001، مأخوذ من المرجع نفسه، ص174.

وفي صالح الحاضنة وهنا لا مفر من تطبيق الشرط الأساسي وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون.

**2: التنازل عن الحضانة بمقتضى اتفاق**

هو التنازل الناجم عن الاتفاق بين صاحب الحق في الحضانة والطرف الثاني الذي يستلمها بشرط أن يكون من مستحقي الحضانة، وهذا التنازل إما يكون مقابل طلاق بالتراضي أو مقابل خلع.

**أ_ الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي**

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة صراحة في قانون الأسرة، فقد اعتمد على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في قانون المدني الجزائري، فأي تعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، دون المساس بمصالح المحضون.

**ب_ التنازل عن الحضانة مقابل الخلع**

اختلف الفقهاء في مثل هذا النوع حيث يرى المالكية بإجازة إسقاط الحضانة بالخلع، وانتقالها إلى الأب إذا توفر الشرطان التاليان:

_ أن يكون الأب قادر على حضانة الولد

_ أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه

وإلا يقع الطلاق، ولا تسقط الحضانة، فالمشرع الجزائري لم يشر للخلع في باب الحضانة، وإنما قد أشار إليه في المادة 54 الفقرة 02 من القانون الأسرة بقوله:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فمن المحتمل أن تتنازل الزوجة عن الحضانة مقابل الخلع، أي حريتها بشرط أن ينظر إلى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.[1]

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:" من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة، كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها غير قادرة على البقاء مع زوجها، تعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه".[2]

---

[1] كمال صمامة، **مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014، ص113.

[2] انظر إلى ملف رقم 26709، القرار بتاريخ 1982/02/08، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد خاص، ص258.

**المطلب الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها بعد سقوطها**

تعود الحضانة إذا سقطت عندما يزول المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادته دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله.

وهذا ما سنتناوله في عودة الحضانة إلى من سقطت حضنتها بالزواج وعودة الحضانة لمن سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها.

**الفرع الأول: عودة الحضانة من سقطت حضانتها بالزواج**

من سقطت حضانتها لزواجها ثم طلقت من زوجها تعود لها حضانة إن كان الطلاق بائنا فور وقوع الطلاق، بلا خلاف، لارتفاع ولاية مطلقها عنها.[1]

أما إذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت عودة الحضانة للمطلقة رأيان.

فقد قال الشافعية واحد قولي الحنبلية،أن حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق، دون حاجة إلى انتظار العدة، لأنه عزلها عن فراشه، ولم تعد مشغولة به، فالعلة التي سقطت الحضانة بسببها قد زالت، ولذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها.

أما الحنفية فقالوا: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود، إلا إذا انقضت عدتها، لأن المعتدة زوجة حكما، و تأخذ أحكام الزوجة بشكل عام، فهي ترث ولها النفقة، ويقع عليها الطلاق و الايلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها، ولذلك فهي في العدة زوجة، فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقطعت الزوجية، ويكون انقطاع الزوجية، بانتهاء العدة.[2]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 قضت:" حيث جاء في القرار المنتقد بان زواج الطاعنة قد اسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998 حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لان سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن

[1] عثمان التكروري، المرجع السابق، ص274.

[2] محمد سمارة، **أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص392.

اختياريا، بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة ".[1]

**الفرع الثاني:عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها**

إذا سقطت الحضانة لتخلف شرط من الشروط السالفة الذكر، ثم زالت الموانع، فعقل المجنون، فعقل المجنون، وعدل الفاسق، وأسلم الكافر وبلغ الصغير فهل يعود حقهم في ممارسة الحضانة أم لا، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

**أولا: عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها وفقا للشريعة الإسلامية**

قال الفقهاء: إذا سقطت الحضانة لعذر كالمرض وخوف مكان وسفر لحج ثم زال العذر بشفائها من المرض وتحقق الأمن والعودة من السفر عادت الحضانة إليها، لان المانع من الحضانة هو العذر سواء كان اضطراريا لو غير ذلك وقد زال، وإذا زال عاد الممنوع.[2]

انقسم الفقهاء إلى فريقين

**الفريق الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة " إلى أن حقهم يعود في ممارسة الحضانة إذا زالت الموانع، لان سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالنسب الأولى الملازم كالزوجة إذا طلقت.

**الفريق الثاني:** ذهب المالكية إلى أن الحاضنة إذا سقطت حقها في الحضانة من غير عذر كما لو اسقط حقها منها بعد استحقاقها، أو سكتت عاما فأكثر عن المطالبة بها فان الحضانة لا تعود لها في ذلك كله، ولو زال المانع بطلاق، أو الموت أو الفسخ على المشهور.

وأما إن كان إسقاطها لعذر، أو مانع خارج عن إرادتها كالمرض، أو سفر ولي المحضون، وزال العذر، أو المانع عادت إليها الحضانة.[3]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/11/21، الملف رقم 252308، نقلا عن سناء عماري، ص77.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص192.

[3] مطروح عدلان، **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة**، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر، 2015/2014، ص256.

**ثانيا: عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها في قانون الأسرة الجزائري**

نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

ويتضح من هذه المادة انه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن ليست من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا.

فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافرت لديه السبب الذي كان ينقصه، واثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة71 من قانون الأسرة، لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.

بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل له لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه زال المانع لا تعود الحضانة بزواله.[1]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار 2000/02/22:" إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة.[2]

**المبحث الثاني: آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة**

المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة، بالتالي القاضي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، إلا أن القانون خول للقاضي ضوابط قضائية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لمراعاة مصلحة المحضون.

---

[1] بركات مروان، شريفي عبد الغاني، **الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2020/2019 ص75.

[2] انظر إلى الملف رقم 235456، قرار بتاريخ 2000/02/22، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد01، 2001، ص280.

**المطلب الأول: الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون**

حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة، له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكله وظروفه حتى يصدر حكمه، سواء قام بها هو نفسه، كما يمكن له الاستعانة بآراء أشخاص مؤهلين، أو شهود، أو تعيين مساعدة اجتماعية.

**الفرع الأول: الخبرة**

الخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير رأيه بشأنها، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب، فالخبرة مضمونها الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده، حسب نص المادة 125من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه:" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"[1]، فالقاضي هو الذي يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون النفسية والصحية وجمع المعطيات الاجتماعية قبل البت في تحديد الشخص المناسب لإسناد الحضانة إليه،[2] وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 425 منه:"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."، قد يلجأ القاضي إلى خبراء في مجال الطب كاعتماده على خبير في الطب العقلي العصبي من أجل الوقوف على صحة المحضون، وكذا بالمختص الاجتماعي من أجل التحقق من البيئة الإجتماعية له، وغيرهم من الخبراء كما نصت المادة 126 من ق إ م إ على ذلك:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، سعيا من القاضي إلى حل القضية بأحسن الطرق على أساس مراعاة مصلحة المحضون.[3]

---

[1] القانون رقم08_09، المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق ل:25 فيبراير2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخة بتاريخ 23 ابريل 2008.

[2] الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، المرجع السابق، ص54.

[3] بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009/2008، ص168.

هذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2005/11/16 الذي قضى:" إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على القاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية"[1]، وفي قرار آخر صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 أقرت:"بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعد قصورا في التسبيب".[2]

و بالتالي يجب على القاضي قبل إسناد حضانة أن يرى التقرير المعد من طرف المرشدة الاجتماعية وهذا ما أكده القرار المؤرخ في 2006/05/17:" يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون"[3]، وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/05/18 بأن:" يستعين القاضي، في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون، بتقرير مساعدة اجتماعية"[4]

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/17:" من الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم لأب مع وجود حالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم وقبل وفاتها بسبب الميراث، حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم لأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم من غيره، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالة القضية لنفس المجلس."[5]

---

[1] انظر إلى ملف رقم 337176، قرار بتاريخ 2005/11/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد65، 2010، ص319.

[2] انظر إلى ملف رقم 332324، قرار بتاريخ 2005/07/13، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد59، 2006، ص236.

[3] انظرإلى الملف رقم 364850، القرار بتاريخ 2006/05/17، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2007، ص437.

[4] انظر إلى الملف رقم 330566، القرار الصادر في 2005/05/18، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2005، ص301.

[5] انظر إلى الملف رقم 123889، القرار الصادر في 1995/10/24، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد52، 1997، ص111.

**الفرع الثاني: المعاينة**

إذا كانت الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب أو إن الخبرة التي قام بها الخبير لم تتوصل إلى بيان وتوضيح المعلومات الفنية المطلوبة، يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف شخص على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه.[1]

يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف(ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده)، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى مستحقيها، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 56 من نفس القانون.[2]

وبهذا جاءت المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إذا نصت على انه:"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم،القيام بإجراء المعاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.

يحدد القاضي خلال الجلسة(يوم وساعة ومكان الانتقال)، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات".

إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر.

وفي حالة غياب الخصوم أو احدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون."

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/21 بأنه" إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال و البيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب".[3]

---

[1] دثوش مفيدة، زغداوي الهام، **مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي**، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2021/2020، ص63.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص170.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 2003/05/21، في الملف رقم302428، نشرة القضاء، 2006، العدد58، ص202، نقلا عن سناء عماري، ص201.

**الفرع الثالث: سماع الشهود**

الشهادة سواء في القضايا المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها، له الحق في تصديق كما له الحق في رفضها، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب مراعاة الشروط القانونية المتعلقة بالشهود، على أن يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة، غير أن السلطة التقديرية تبقى بعد ذلك للقاضي في الأخذ بها،[1] وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على :"يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيد للقضية"

**أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع**

لقد خول القانون للقاضي بعض الحقوق التي يستند إليها أثناء النزاع من بينها الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، تحديد أيهما أصلح لحماية المحضون، بما في ذلك الاعتماد على دلائل المقدمة من طرف كل واحد منهم والموازنة بينهما في الإثبات، ولقاضي شؤون الأسرة أن يلجأ إلى طلب إجراء مدني إذا رأى أن ملابسات القضية تستدعي ذلك[2]

وتنص المادة 454 من ق إ م إ على أنه:" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1_ سماع الأب و الأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة من سماعه

2_ سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك

3_ الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي[3]

يبقى السؤال المطروح هل يمكن الاعتماد على رأي المحضون في القضايا المتعلقة به؟

---

[1] مسيكة محمد صغير، **مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016/2015، ص67.

[2] برادع حياة، كلاسي كاميليا، **الحضانة بين مستلزمات النص القانوني ومصلحة المحضون**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021/2020، ص 55.

[3] عماري سناء، المرجع السابق، ص201.

فمن خلال دراسة مواد قانون الأسرة، نجد المشرع الجزائري له اتجاهين بحسب طبيعة القضية:

**فلاتجـــاه الأول:** هـو مـا يتعلـق بالكفالـة، بموجـب المـادة 124 مـن ق أ ج يمـنح المكفـول حريـة الاختيـار مـع مـن يريـد البقـاء مـع كفيلـه أو العـودة إلـى والديـه إذا بلـغ سـن التمييـز، ورأيـه مهـم فـي هذه الحالة.

**الاتجـــاه الثـــاني:** أحالنـا المشـرع إلـى نـص المـادة 459 مـن ق إ م إ هنـا نـرى أن المحضـون إذا اسـتدعى لسـماعه، لا تكـون لـه أهليـة التقاضـي، وبالتـالي قـانون الأسـرة لـم يـأتي بـأي نـص يعبـر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل الحضانة.[1]

بـالرجوع إلـى أحكـام القضـاء تباينـت حـول ذلـك حيـث قضـى المجلـس الأعلـى بتـاريخ 1981/12/14 أقـر بأنـه:" يظهـر مـن تحريـات قضـاة الموضـوع ومـن تقـديراتهم أن الحضـانة تبقـى حـق للزوجـة مراعـاة لسـماح الـزوج ومراعـاة لرغبـة الأولاد أنفسـهم الـذين فضـلوا البقـاء مـع أمهـم إلـى حـين المواجهـة أمـام المجلـس وبحسـبه فـإنهم اعتمـدوا فـي تأسـيس قـرارهم علـى الفقـه الإسـلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض".[2]

**ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة**

يجـوز للقاضـي أن يطلـب حضـور أقـارب الخصـوم أو أصـهارهم أو زوج احـد الخصـوم بالإضـافة إلـى أخـوة وأخـوات وأبنـاء عمـوم الخصـوم وكـل هـذا مـن اجـل جمـع اكبـر قـدر مـن المعلومات التي ها يستطيع ترجيح راية.[3]

وهـذا عمـلا بالمـادة 459 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والتـي تـنص:" يجمـع القاضـي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

وفـي القـرار الصـادر بتـاريخ 1982/10/21 عـن مجلـس قضـاء قسـنطينة، والـذي اعتمـد علـى رفـض المحضـونين الالتحـاق بأمهمـا وعلـى رغبتهـا فـي البقـاء عنـد جـدتهما لأبيهمـا، فـاعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.[4]

---

[1] بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص166.

[2] انظر إلى الملف رقم 26225، القرار الصادر في 1981/12/14، المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، نشرة القضاة، عن عماري سناء، المرجع السابق، ص202.

[3] سناء عماري، المرجع السابق، ص202.

[4] قرار المحكمة العليا رقم 32594، الصادر بتاريخ 1984/04/02، نقلا عن مسيكة محمد الصغير، ص67.

**الفرع الرابع: اليمن**

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله، والخوف من بطشه وعقابه، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين:يمين حاسمة تحسم النزاع، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى فيطلب القاضي من المتخاصمين على الحضانة في حالة تساوي درجاتهم و حظوظهم وقربهم من المحضون الحلف على بعض الأمور كالأماكن أو المواقف أو التصرفات أو العلاقات التي يراها ترجيحية والمتعلقة بحياة المحضون لكي يسند حضانته للأقرب تحقيقا لمصلحة المحضون.[1]

**المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون**

سنتطرق في هذا المطلب إلى آثار الحضانة، ولعل أهل أثر لها هو النفقة وهي حق ثابت سواء للإناث أو الذكور، كما أنه يترتب على انحلال رابطة الزواج مشكلة السكن والتي هي من حق المحضون، إضافة إلى آثار يوجد أثر آخر وهو حق رؤية المحضون التي أقره المشرع سواء لأحد الأبوين أو لكليهما إذا كانت الحضانة للغير.

**الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة**

سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى نفقة المحضون(أولا)، و أجرة الحضانة(ثانيا).

**أولا: نفقة المحضون**

إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها وإنما جاء ببعض مشتملاتها وألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة الجارية بين الناس، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه:" تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".[2]

نفقة الأب على ابنه ملزمة، في إطار عمود النسب، رغم أن الأصل هو نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إذا كان له مال فإن لم يكن له ألزم الأب بنفقة على ولده، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في مادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:" تجب نفقة الولد

[1] مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص68.

[2] بن داود حنان، المرجع السابق، ص237.

على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".[1]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا:" من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب.

ومتى تبين من قضية الحال أن القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية، أو حصولها على كسب، وعليه فإن القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الاسرة الجزائري.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة".[2]

**1_ شروط وجوب النفقة**

يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

_ أن يكون الابن لا مال له، لأنها لا تجب النفقة إلى الابن الذي له ماله خاص سواء كان قادر أو عاجز

_ أن يكون الابن عاجزا عن الكسب

_ أن يكون الأب قادر على الإنفاق

_ نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب، أي إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق، فتنتقل بقوة القانون إلى الأم، وفي حالة عجز الأب وعدم قدرة الأم تنتقل إلى الأصول، حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري:" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".[3]

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص85.

[2] انظر إلى الملف رقم 218736، القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16، المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد خاص، 2001، ص206.

[3] بن داود حنان، المرجع السابق، ص238.

**2_ تقدير و تاريخ استحقاق النفقة**

تحديد النفقة في القانون يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين( الزوجة، الزوج، ظروف المعاش)، فالقاضي إذا قدر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها، فزيادة النفقة والدعوى بطلب تخفيض النفقة لا يكون مقبولا من قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها قرار الصادر بتاريخ1999/03/16:" من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش.

ولما كان ثابتا_ في القضية الحال_ أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون و أن عدم الأخذ بشهادة الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون

ولما كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

وجاء في قرار آخر بتاريخ1996/04/23 ما يلي:" من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجة الشيء المقتضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة و المدرسة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

تستحق المرأة النفقة من تاريخ رفع الدعوى، أكد ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25:" من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من التاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمادة

[1] انظر إلى الملف رقم 216886، القرار بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 1992، ص203.

[2] انظر إلى ملف رقم 136604، القرار الصادر في 1996/04/23، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد02، 1997، ص89.

لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله...".[1]

وبالتالي استحقاق النفقة يكون باتفاق بين الطرفين، بحيث أن المدين بالنفقة ومستحقها يتفقان على كيفية أداء النفقة، مقدارها، مدتها، ويمكن أن يكون استحقاقها عن طريق القضاء بامتناع من تجب عليه النفقة، وإذا لم تطالب الحاضنة بحقها في طلب نفقة الأبناء ومضى أكثر من سنة، ضاع حقهم.[2]

**ثانيا: أجرة الحضانة**

لما كانت الحضانة خدمة الطفل و القيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال، هذا العمل تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ المحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا

ويسمى بأجرة الحضانة، وهي تختلف عن النفقة، فهذه الأخيرة تسدد لتغطي حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدماتها إذا طالبت بها.[3]

إن الحاضنة إما أن تكون أما أو غيرها من سائر الحاضنات، فإن كانت أما وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها، أوكانت معتدة من زوجها والد المحضون، فلا أجرة لها على حضانتها، وذلك لوجوب الحضانة عليها ديانة، ثم إن النفقة واجبة لها على الزوج أثناء العدة، فلا تستحق معها أجرة على الحضانة، أما بعد انقضاء العدة فتستحق الأجر من مال الصغير إن كان لها مال، وإلا فمن مال أبيه أو تلزمه النفقة.

أما إن كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة، لأن السبب الذي وجبت الأجرة فيه للأم، في حال انعدام الزوجية، موجود في غير الأم، لأن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها، والأب يلزمه ثلاثة أنواع من النفقة على ولده، أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد، وهذا لم يوجد متبرع بالحضانة.[4]

---

[1] انظر إلى ملف رقم 57506، القرار الصادر في 1989/12/25، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد03، 1991، ص65.

[2] بن داود حنان، المرجع السابق، ص239.

[3] خرباب أسمهان، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2020/2019، ص36.

[4] محمد سمارة، مرجع سابق، ص394.

قال تعالى:" **فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف و إن تعاسرتهم فسترضع له أخرى**".[1]

فإنه بالتمعن في المواد (75،76،77،78) من قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما تنص عليه المادة 222 قانون الأسرة الجزائري، فنجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسالة.

وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسالة، وخاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، فإن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل، وهذا ضرر بالمحضون، والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.[2]

وفي هذا المجال نجد رأي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/04/12 أنه:" لا مانع من استحقاق الحاضنة لأجر مقابل ما تقوم به من أعباء".[3]

**الفرع الثاني: حق المحضون في السكن**

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون، و الأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم قال تعالى:" لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده".[4]

تنصالمادة 72 من قانون الأسرة بالقول في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.[5]

---

[1] سورة الطلاق، الآية6.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، ص121.

[3] انظر إلى الملف رقم 355718، القرار بتاريخ 2006/04/12، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نقلا عن زكرياء مطرفي، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018، ص45.

[4] سورة البقرة، الآية233.

[5] يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)**، ط2، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص70.

يبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق منه.

و من ثم فإن استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة، يجب توافر الشروط الآتية:

_ أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، لأنه إذا أسندت الحضانة إلى الجدة أو الخالة، لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة، ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

_ أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها، يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

_ أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس حق حضانة وده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار.[1]

هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها:" من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد.

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

وبالتالي أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة ومنها فإنها من التزامات الأب اتجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.[3]

كما لا يمكن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، لأنه يعد انتهاكا للقانون، وإذا تماطل هذا الأب في توفير السكن أو في تقديم ثمن إيجاره فإنه من حق الزوجة المحكوم لها بحق الحضانة أن تبقى بمسكن الزوجية ولا تجبر على الخروج منه إلى غاية تنفيذ الأب للحكم الذي ألزمه

---

[1] أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري ( طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 329.

[2] انظر إلى الملف رقم 189260، القرار الصادر 1998/04/21، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص213.

[3] بلحاج العربي، **قانون الأسرة ( مع تعديلات الأمر 02/05، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة1966-2006)**، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص431.

بتوفير السكن، أو دفع بدل الإيجار، ومنه هدف من وجوب إعداد سكن للمحضون مع حاضنته، هو الحرص على أمنه وراحته.[1]

**الفرع الثالث: حق زيارة المحضون**

من حق أبوي المحضون متابعة ولدهما وزيارته إذا كان الولد محضونا لأحدهما، وبهذا يتحقق للمحضون الحفظ و ملاحظة وضعه الصحي وتلبية طلباته والسؤال عن سلوكه، وحق الزيارة حق ثابت للوالدين، لأن حرمان احدهما من ذلك يضر بالطرف الأخر.[2]

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة ذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهما الأب و الأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة.[3]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1990/04/16 رقم 59784 انه متى أوجبتأحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا كما تقتضيه حال الصغار فمن حق الأبأن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والعطف عليهم.

حق الزيارة يمكن أن تكون لمن تقرر لصالحه بموجب أمر على عريضة وفق ما تنص عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

---

[1] ضيف الله عادل، قاسم تواتي، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2017/2016، ص46.

[2] إيمان معمري، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر، 2015/2014 ص97.

[3] خرباب اسمهان، مرجع سابق، ص46.

ولـلأب حـين اسـتخدام حقـه فـي الزيـادة أخـد أبنائـه، ولـو لسـاعات محـدودة إذ الفتـرة و الوقـت يـتم تحديده بسن الأبناء، فإذا كان الطفل رضيع فلا يجوز أخذه والاحتفاظ به لوقت طويل.

وعليــه اخــذ الأب معــه وعــدم جــواز ممارســة حــق الزيــارة فــي بيــت مطلقتــه كونهــا أصـبحتأجنبية عنـه وهـذا المبدأأقرتـه المحكمـة العليـا بـالقول انـه مـن المقـرر شـرعا انـه لايصـح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.[1]

وقـد جعـل القاضــي الأجـداد ضـمن الأشـخاص الـذين لهـم حـق اسـتقبال أو زيـارة أحفـادهم، وهـذا مـا قضـت بـه المحكمـة العليـا فـي احـد قراراتهـا:" مـن المقـرر شـرعا انـه كمـا تجـب النفقـة علـى الجـد لابـن الابـن، يكـون لـه الزيـارة أيضـا، ومـن ثـم فـان قضـاة الموضـوع لمـا قضـوا بحـق الزيـارة للجـد الـذي يعتبـر أصـلا للولـد وهـو بمنزلـة والـده المتـوفى، الـذي يجـب عليـه النفقـة، يكـون لـه أيضـا حـق الزيـارة طبقـا لأحكـام المـادة 77 قـانون أسـرة الجزائـري، فـان القضـاة بقضـائهم كمـا فعلـوا طبقـوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[2]

**أولا: مكان الزيارة**

يكـون مكـان الزيـارة ذلـك المكـان الـذي يتمتـع بـه المحضـون برعايـة زائـره ولـو تطلـب الأمـر سـاعات محـدودات وبـذلك لا يمكـن أن يكـون مكـان الزيـارة لا يسـبب إحراجـا للزائـر بمسـكن المطلقـة مثلا لأنها أصبحت أجنبية.[3]

إذا قررت المحكمة العليا في 1990/04/30 بأن:" من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لايقيد إلا بما قيده القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولدان يسهل على الأخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة،فالقانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان – في قضية الحال– أن مجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم21440، مجلة القضائية، سنة2001، ص 194، نقلا عن يوسف دلاندة، ص75.

[2] قرار رقم 189181، صادر في 1998/04/21، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص192، نقلا عن إيمان عماري، ص98.

[3] الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، مرجع سابق، ص70.

سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:"من المقرر شرعا انه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

ومتى كان في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن بسبب المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لان المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عنه، وان الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال متى تمتعت البنت برعاية والدها ولو لساعات محدودة ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار".[2]

**ثانيا: مدة الزيارة**

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

المشرع الجزائري لم ينص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا أو أسبوعيا أم شهريا، ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل و الأعياد و المناسبات الدنية والوطنية.[3]

وقد حددته المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت:" متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ومن ثم، فان القرار المطعون فيه القاضي.

بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[4]

---

[1] قرار رقم 79891 صادر في1990/04/30، مجلة القضائية،1992، عدد01، ص45، عن إيمان عماري، ص100.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم214290، بتاريخ 1998/12/15، نقلا عن الهاشمو فاطمة الزهراء، عتوا سامية، ص70.

[3] ضيف الله عادل، قاسم تواتي، المرجع سابق، ص50.

[4] انظر إلى الملف رقم 59784، القرار صادر في 1990/04/16، مجلة القضائية، العدد04، سنة 1991، ص126، نقلا عن إيمان عماري، ص99.

**ملخص الفصل الثاني**

نستخلص مما سبق أن مصلحة المحضون هي التي تغلب في أحكام القضاء فيما يخص إسقاط الحضانة حيث أن الحاضنة يمكن أن يسقط حقها في ممارسة حضانتها اتجاه الأولاد ذكورا أو إناث عند تخلف أحد شروط أو وجود مانع يمنعها من ممارسة حضانتها، ويمكن للحاضنة أن تعود لها حضانتها بعد سقوطها إذ زال السبب.

فسلطة القاضي الواسعة في تقدير مصلحة الطفل، فحيث ما تحققت هذه المصلحة اتجه إليها محاولا بذلك وضع الطفل في يد أمينة ترعاه، فسلطته تمكنه من تكييف الوقائع والدلائل والبراهين وتقديرها بكل حرية مستنبطا الحكم الملائم.

وعلى الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة والحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص أثناء ممارستها لكن الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة خاصة تنازع الزوجين المنفصلين عن الحضانة وكيفية ممارسة حق الزيارة.

# الخاتمة

**الخاتمـــــة:**

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

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

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

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

وبالتالي تم التوصل إلى النتائج و الملاحظات الآتية:

_ أن المشرع نظم الحضانة في 10 مواد (62_72) من قانون الأسرة ونص على ضرورة التأكد من مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منها، مع ترك تقدير هذه المصلحة إلى القاضي بناء على الوقائع المطروحة أمامه.

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

_ أن المشرع الجزائري لم يبين الوسائل الكفيلة لتحقيق مصلحة المحضون، بل ترك الأمر للقاضي بمنحه سلطة واسعة في التكفل بالصغير حسب ما تمليه عليه الظروف المحيطة بالمحضون وخبرته.

_ مراعاة مصلحة المحضون غير مستقرة فهي تختلف من محضون لآخر، لكن قاضي شؤون الأسرة يستدل عليها من خلال ظروف وملابسات كل قضية، لذلك نجد في بعض الأحيان اختلاف في الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع.

_ نص على تمديد الحضانة للولد وأعطى هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأي أحد غير الأم طلب تمديدها حتى لو اقتضت مصلحة المحضون ذلك، دون إعطاء مبرر خاصة وأن هذا

التمديد لا خلفية شرعية له، فلم نجد في الفقه الإسلامي ما يشير إلى إمكانية تمديد حضانة الولد إلى سن سادسة عشر.

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

_ التأكيد على أن عمل المرأة لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة ما لم يكن يضر بمصلحة المحضون، تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في العمل، وحقها في حضانة أولادها

_ إلزامية استعانة القاضي قبل الفصل في المسائل الخاصة بالمحضون بخبراء نفسانيين واجتماعيين، ووضع تقرير عن كل حالة.

وبعد هذه الدراسة التحليلية من الناحية القانونية والقضائية ارتأينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات نأمل أن تساهم بارتقاء النصوص القانونية و القرارات القضائية بما يحقق مصلحة المحضون وتتمثل في:

_ ضرورة تدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة، وتدارك النقائص الموجودة ومنح الحضانة مزيدا من الاهتمام باعتبارها تمس مصلحة المحضون.

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

_ وضع المشرع لنص قانوني ينظم حق الزيارة، والمسائل المتعلقة به من حيث مكان الزيارة ومدتها باعتبارها حق من حقوق المحضون.

_ إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة، بتحديد وحصر الشروط الواجب توافرها في الحاضن، تحقيقا لمصلحة المحضون، وذلك من أجل رفع الغموض عنها.

_ يجب على المشرع وضع قواعد أكثر دقة لتنظيم موضوع الحضانة، بدلا من الإحالة إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص.

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

# قائمة المصادر و المراجع

# قائمة المصادر والمراجع

**أولا: المصادر**

**أ: القرآن الكريم**

**ب: القوانين**

1 الأمر رقم 75_58، المؤرخ بتاريخ 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

**2** القانون رقم 84_11 المؤرخ في رمضان 1404هـ، الموافق ل:25 فبراير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد43، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر 05_02المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.

3 القانون رقم08_09، المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق ل:25 فيبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد21، المؤرخة بتاريخ 23 ابريل 2008.

**ج: القواميس والمعاجم**

1 مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، سنة 2008.

2 مسعود جبران، الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة03، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد02، سنة 1978.

**ثانيا: قائمة المراجع**

**أ: الكتب**

1 أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري(طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

2 أحمد علي جردات، الحضانة والضم ومتعلقاتها(أحكامها الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في ظل القانون الجديد، ط01، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017.

3 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

4 أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 2009.

5 بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.

6 بلحاج العربي، قانون الأسرة(مع تعديلات الأمر 02/05، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006)، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

7 خالد داودي، الحضانة، ط1، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018.

8 رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة( الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

9 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

10 باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية(تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

11 طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

12 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

13 العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2013.

14 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

15 لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.

16 محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

17 يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

**ب: الأطروحات والرسائل الجامعية**

**1_ الأطروحات**

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

2 مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر، 2015/2014.

**2: المذكرات الجامعية**

**أ: رسائل الماجيستر**

1 أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

2 إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر، 2015/2014.

**ب: مذكرات الماستر**

1 برادع حياة، كلاسي كاميليا، الحضانة بين مستلزمات النص القانوني ومصلحة المحضون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021/2020.

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

3 بركات مروان، شريفي عبد الغاني، الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2020/2019.

4 بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009/2008.

5 بن محاد كريمة، خلفاوي خديجة، مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة(دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والسياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017/2016.

6 خرباب أسمهان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2020/2019.

7 دثوش مفيدة، زغداوي الهام، مصلحة المحضون بين الترتيب القانوني والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، الجزائر، 2021/2020.

8 زكري فوزية، عميور مريم، دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2019/2018.

9 زكرياء مطرفي، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018.

10 ساري نوري، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2014/2013.

11 سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2015/2014.

12 صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015.

13 ضيف الله عادل، قاسم تواتي، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2017/2016.

14 عزايز حرية، باهي فاطمة، إشكالات إسناد الحضانة وممارستها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017.

15 كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.

16 مسيكة محمد صغير، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016/2015.

17 الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، الجزائر، 2017/2016.

**ج: المقالات**

1 بن داود حنان، بن عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد02، 2019.

2 بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.

3 جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد13، العدد02، جامعة تمنراست، الجزائر، 2021.

4 كريمة محروق، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر العلوم الإسلامية، المجلد31، العدد2، قسنطينة، 2017.

5 محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، جامعة الوادي، الجزائر.

6 مغاري حياة، فركوس دليلة، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2021.

**د: القرارات القضائية**

1 ملف رقم 26709، القرار بتاريخ 1982/02/08، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد خاص.

2 قرار المجلس الأعلى، رقم الملف 32594، بتاريخ 1984/04/02، قضية (ب.ن) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية، عدد01، سنة1989.

3 قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40438، الصادر1986/05/05، المجلة القضائية، عدد02، 1989.

4 الملف رقم 43594 المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1986/09/22، المجلة القضائية، 1992، العدد04.

**5** قرار 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية، عدد 01، 1993.

6 ملف رقم 57506، القرار الصادر في 1989/12/25، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد03، 1991.

7 الملف رقم 89672، القرار الصادر بتاريخ 1993/02/23، محكمة العليا، عرفة أحوال الشخصية والمواريث، عدد خاص، اجتهاد قضائي،2001.

8 الملف رقم 123889، القرار الصادر في 1995/10/24، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد52، 1997.

9 ملف رقم 136604، القرار الصادر في 1996/04/23، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد02، 1997.

10 الملف رقم 189260، القرار الصادر 1998/04/21، محكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، اجتهاد قضائي، عدد خاص.

11 الملف رقم 216886، القرار بتاريخ1999/03/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 1992،

12 القرار رقم 25566، الصادر في 1999/12/10، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

13 الملف رقم 235456، قرار بتاريخ 2000/02/22، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد01، 2001.

14 قرار المحكمة العليا، رقم331058، الصادر بتاريخ، 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2005.

15 الملف رقم 330566، القرار الصادر في 2005/05/18، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2005.

16 ملف رقم 332324، قرار بتاريخ 2005/07/13، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد59، 2006.

17 ملف رقم 337176، قرار بتاريخ 2005/11/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد65، 2010.

18 لملف رقم 364850، القرار بتاريخ 2006/05/17، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2007.

19 الملف رقم 564787، القرار بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2010.

20 قرار المحكمة العليا، رقم 0842551، الصادر بتاريخ 2015/01/15، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2015.

# الفهرس

مقدمة ..... 1
الفصل الأول: مراعاة مصلحة المحضون في اكتساب الحق في الحضانة ..... 6
المبحث الأول: مفهوم مبدأ مراعاة مصلحة المحضون ..... 7
المطلب الأول: تعريف قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ..... 7
الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها ..... 7
الفرع الثاني: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ..... 9
المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين ..... 15
الفرع الأول: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ..... 15
الفرع الثاني: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 02/05 ..... 16
المبحث الثاني: مراعاة مصلحة المحضون من خلال أحكام ممارسة الحضانة ..... 18
المطلب الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها لاكتساب الحضانة مع تقدير مصلحة المحضون .. 18
الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الرجال والنساء معا ..... 18
الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال ..... 20
المطلب الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة وتمديدها ..... 22
الفرع الأول: إسناد الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ..... 23
الفرع الثاني: مدة الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ..... 24
ملخص الفصل الأول ..... 26
الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة ..... 28
المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها حماية لمصلحة المحضون ..... 29
المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وتأثرها بمصلحة المحضون ..... 29
الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة ..... 29
الفرع الثاني: الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة ..... 32
المطلب الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها بعد سقوطها ..... 36
الفرع الأول: عودة الحضانة من سقطت حضانتها بالزواج ..... 36
الفرع الثاني:عودة من سقطت حضانتها بسبب تخلف شروطها ..... 37
المبحث الثاني: آثار اعتراف القاضي الجزائري بمصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة ..... 38
المطلب الأول: الضوابط الإجرائية لتقدير مصلحة المحضون ..... 39
الفرع الثاني:المعاينة ..... 41
الفرع الثالث: سماع الشهود ..... 42

الفرع الرابع: اليمن ..... 44
المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية لتقدير مصلحة المحضون ..... 44
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة ..... 44
الفرع الثاني: حق المحضون في السكن ..... 48
الفرع الثالث:حق زيارة المحضون ..... 50
ملخص الفصل الثاني ..... 53
الخاتمـــــــة: ..... 55
قائمة المصادر والمراجع: ..... 58
الملخص: ..... 68

**الملخص:**

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

فالمشرع الجزائري وضع جملة من الضمانات، واعتبرها كافية لحماية مصلحة المحضون ووضع ترتيب لأصحاب الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المصلحة من خلال العديد من الإجراءات التي يرها مناسبة في تقدير مصلحة المحضون ومنح الحضانة للحاضن اعتمادا على هذه الإجراءات، وتبيان الآثار المترتبة على الحضانة والحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الحاضن والمحضون والتي تكون في مصلحته.

**الكلمات المفتاحية:** المصلحة– الحضانة – الرعاية – حق الزيارة.

**Abstract :**

Through our study of the issue of caring for the interests of the child between legal and judicial jurisprudence, we conclude that custody is one of the most important issues addressed by the Algerian family law and the judiciary in many decisions, because providing care and protection for young children when disengaging the marital bond between spouses is one of the most important issues addressed by the law and the judiciary in Assignment of custody, its extension, its fall, and its promise, as well as the conditions required in the custodian, whether he is a man or a mirror, taking into account the interests of the child in all of this.

The Algerian legislator put in place a set of guarantees, and considered them sufficient to protect the interests of the child and set an arrangement for the owners of custody taking into account the interests of the child, leaving the discretionary authority to the judge to determine the interest through several procedures that he deems appropriate in assessing the interests of the child and granting custody to the custodian depending on these procedures, and showing the effects Consequences of custody and the rights and obligations of the custodian and the custodian that are in his interest.

**Keywords:** Department - custody - care - right of visitation.