جامـعة عبد الرحمـــان ميـرة – بجـــاية

كليــة الحقــوق و العلـــوم السياســـية

قسـم القـــانون الخاص

الحضانة - دراسة مقارنة -

(بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية)

مذكرة لنيــل شهـــادة المـــاستر في الحقـــوق

شعبة: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعـداد الطالبتين:

- أيت عكوش وزنة.
- بن كرو نوال.

تحت إشراف الأستاذ:

- تريكي فريد

لجـنـة المنـــاقشة :

- الأستاذ(ة): سعدون كريمة.....رئيسا .
- الأستاذ: تريكي فريد.....مشرفا و مقررا.
- الأستاذ(ة): نجومن سناء.....ممتحنا .

تاريخ المناقشة: 2013/06/15.

إهداء

إلى من كان السبب في وجودي

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى أغلى إنسانين في الوجود أمي الحبيبة و أبي الحبيب أدامهما الله لي و أطال في عمرهما

إلى أستاذنا المشرف تريكي فريد الذي تكرم بقبول الإشراف على انجاز هذه المذكرة و أمدنا خلال ذلك بتوجيهاته العلمية و ملاحظاته القيمة

إلى إخوتي: يوسف، صفيان، و خاصة الصغير كمال

إلى أختي الوحيدة كهينة وفقها الله في مشوارها الدراسي

إلى من عملت معي بكد بغية إتمام هذا العمل، إلى رفيقة دربي و صديقتي الغالية نوال

إلى صديقاتي: شفيعة، صبرينة، جهيدة، كهينة، نعيمة و خاصة نسيمة و ياسمين

إلى كل من سقط من قلمي سهوا أهدي هذا العمل.

وزنة

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى من ربتني و أنارت دربي و سعت في سيري على الطريق المستقيم إلى أمي الحبيبة

إلى أبي الحب المثالي الذي عمل بكد في سبيلي و أوصلني إلى ما أنا عليه

الى أستاذنا المشرف تريكي فريد الذي أشرف على إنجاز هذا العمل و أفادنا بتوجيهاته القيمة

إلى إخوتي: ماسينيسا، و خاصة الصغير ياني

غالى أخواتي: أمال، و خاصة رينة و فقها الله في مشوارها الدراسي

إلى صاحبة القلب الطيب و النوايا الصادقة إلى من رافقتني في مشواري الدراسي و عملت معي بغية إتمام هذا العمل إلى صديقتي وزنة

إلى صديقاتي: صبرينة نايت سليمان، وردة، ليندة، فوزية، لويزة، قمير، نعيمة

إلى كل من يعرفني أهدي هذا العمل

نوال

قائمة المختصرات

- الم : المادة.
- ج: الجزء.
- ج.ر: جريدة رسمية.
- د.ب.ن: دون بلد النشر.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

مقدمة

تشكل الأسرة اللبنة الأولى لأساس بناء المجتمع وإذا نظم هذا الأساس وبني على أسس وقواعد سليمة ومبادئ وقيم رفيعة، ظل هذا البناء شامخا متماسكا لا تؤثر فيه أي عوامل ويحمي كل من يأوي بداخله من كل تيارات متطرفة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق المستقيم، ونظرا لهذه الأهمية التي تتمتع بها الأسرة فإنه يجب وضع أسس وقواعد لحمايتها والحفاظ عليها، ويكون ذلك بوضع نصوص قانونية تضمن بقاؤها وسلامتها.

يعتبر عقد الزواج الخطوة الأولى لتكوين وبناء أسرة سليمة ومتماسكة، ومع ذلك ينبغي ألا تكون هناك زوجية قائمة على أساس القهر والإجبار فالزواج عقد، وهو تعايش ويجب أن يتم بمودة وحسن المعاشرة وإذا اختلفت طبائع الزوجين فلا يتم الترابط والانسجام بينهما، ومن هنا فلا مصلحة في بقاء هذه الزوجية المضطربة ومن أجل هذا شرع الطلاق بين الزوجين والذي هو أبغض الحلال عند الله.

لكن إنهاء العلاقة الزوجية في حالة تعرضها للتشقق الذي يتعذر معه الاستمرار فيها، ينجم عنه مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم أي مشكلة الحضانة.

فالطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بما يحيط به في الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء ويكتب المجتمع عليها ما يشاء، وقد نبه الدين الإسلامي إلى ضرورة تنشئة الولد تنشئة صالحة .

و يعتبر الصبي لبنة ضعيفة تحتاج إلى الرعاية والاهتمام إذ هو صغير عاجز على تدبير شؤونه سواء ما تعلق بماله أو بنفسه فهو يحتاج إلى من يقف إلى جانبه.

فما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملامح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعضها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية.

فالطفل يعد رجل المستقبل لذا يجب القيام بتوجيهه، نصحه، تربيته، إرشاده وتعبئته روحيا وخلقيا، حتى يوصل إلى بر السلام فهو أمانة وضعها الله في أعناق الآباء.

و يوفر هذه الرعاية الوالدان اللّذان يؤمّنان هذا ويسهران على حمايته وتقويته، إلا أن عدم اجتماع الوالدان لسبب أو لآخر يجعل تحقق ما ذكر بعيد المنال خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية (الطلاق).

و من أجل حماية هذا الصغير الذي لا يقوى على حماية نفسه سن المشرع الجزائري نصوص قانونية تكفل له ذلك من المادة 62 إلى المادة 72 (ق.أ.ج)[1].

و حتى تحفظ حقوق الأولاد ولا تهدر، وضعت عدة أحكام شرعية واتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع.

كما أنّ جل التشريعات الوضعية الأخرى عالجت مسألة حضانة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية منها التشريع التونسي، المغربي و كذا الأردني.

وعليه فما مفهوم الحضانة؟ وما هي معايير التمييز في إسناد الحضانة لطرف دون الأخر؟

كما أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل حتى عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس بمصلحة الطفل وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوي التي تعرض عليه.

فما هي هذه الدعاوي؟ و ماهي أبرز الإشكالات التي تثار حول الحضانة؟ ولمعالجة هذه الإشكاليات قمنا بإتباع المنهج التحليلي المقارن الذي يهدف إلى تحليل المواد و استنباط الأحكام منها، والمقارنة بين النصوص القانونية والفقهية.

وتكمن أهداف هذا الموضوع في:

. تبيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل الذي تلقى صدمة من جراء انفصال أبويه.

. إظهار ما هو أصلح للطفل المحضون من خلال اختيار أفضل حاضن له.

. إظهار الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالحضانة.

. استخراج معظم إشكالات الحضانة ومحاولة اقتراح حلول لها.

أما أهمية الموضوع فتكمن فيما يلي:

(1) قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم، بالأمر رقم 05-02،المؤرخ في 27فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

. حضانة الطفل ستؤدي إلى استقراره وحمايته وتوفير الطمأنينة والرعاية والحنان له خاصة وأنه تلقى صدمة انفصال أبويه وهو في سن مبكرة مما قد يسبب له بعض المشاكل النفسية.

. كفالة الطفل من التمزق والعقد النفسية والانحلال الشخصي.

. حضانة الطفل ستؤدي إلى حماية الطفل من الانحراف أمام مجتمع لا يرحم، وإدماجه في المجتمع من جديد.

و قد قسمنا موضوعنا إلى فصلين:

الفصل الأول خصصناه لدراسة مفهوم الحضانة و آثارها.

أما الفصل الثاني سنعالج فيه دعاوى الحضانة و إشكالاتها.

الفصل الأول: مفهوم الحضانة وآثارها

يترتب عن فك الرابطة الزوجية جملة من الآثار، خاصة الحضانة والتي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، ويمكن القول أنّها من أهم تلك الآثار خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتبة على إسنادها لطرف دون آخر لأنّها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج.

و عليه سنحاول في هذا الفصل أن نتعرف على مفهوم الحضانة، في المبحث الأول، ومنه سنتعرف على تعريف الحضانة(فقها، قانونا)، وشروط ممارستها.

أما المبحث الثاني فسنخصصه للتطرق لأصحاب الحق في الحضانة، منها الترتيب الفقهي والقانوني، وبعدها سنحاول دراسة آثار الحضانة، فإسناد الحضانة لأحد الأبوين أو لغيرهما، يترتب عليه مجموعة من الآثار، منها ما يستحقه المحضون من نفقة وكذا أجرة الحضانة.

و سنعالج أيضا إحدى أهم آثار الحضانة، والتي أثارت العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية و هي سكن ممارسة الحضانة، وبعدها سنتطرق للحق في الزيارة، فعند إسناد الحضانة لأحد الأبوين يكون من حق الطرف الآخر أن يحكم له بحق الزيارة.

وسنحاول معالجة هذه المواضيع من الناحية الفقهية أولا، ثم نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري مع تدعيمه ببعض القرارات القضائية، وفي الأخير نتطرق إلى موقف بعض التشريعات العربية سيما المشرعين المغربي و التونسي.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي إمساك الولد و تربيته منذ أول وجود سواء كان ذلك للأم أو ممن يقوم مقامها.

فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل[1].

المطلب الأول: تعريف الحضانة

ابتداء، وقبل التعمق أكثر في الموضوع، وجب علينا أولا القيام بتعريف الحضانة (قانونا، فقها)، ومن ثمة نحاول التطرق لشروط ممارستها.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

الحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن، صيانة للصغير ووقاية له مما يهلكه أو يضره وتتمثل في إمساكه وحفظه في مبيته أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته من إطعام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه و قد قال عنها الشافعي: "**هي مراقبته على اللحظات حتى لا يهلك** "[2].

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة مأخوذة من الحضن، وهو مادون الإبط إلى الكشح، وحضن الشيء جانباه، وحضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحه، و احتضن الصبي أي جعله في حضنه، ضمه إلى صدره، و الحاضنة هي التي تقوم على تربية الصغير.

كما تعني الحضانة روضة الأطفال أي مؤسسة تعتني بحالة الأطفال، ونظافتهم و تعويدهم ألعابا متنوعة تتلاءم و سنهم[3].

(1) صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص.244.
(2) فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقرب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص.22.
(3) قاموس المنجد في اللغة و الأعلام، ط.27، دار المشرق، بيروت، 1984، ص.139

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة تدور كلها حول مفهوم واحد هو القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير ملبسه وطعامه ونومه وتنظيفه، ممن له حق تربيته شرعا[1].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها و قانونا

أولا: تعريف الحضانة فقها

عرفها الإمام مالك بأنّها: " تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء "[2].

عرفها بعض فقهاء الشافعية بأنّها: "حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره ".

يرى **ابن القيم** أنّ الولاية على الطفل نوعان:

نوع يقدم فيه الأب عن الأم وهي ولاية المال والنكاح، نوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاعة وقدم كل من أبويه فيما جعل من ذلك لتمام مصلحة الولد[3].

أمّا الشيخ محمد أبو زهرة فيرى أنّه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات:

ولاية التربية، ولاية النفس، ولاية المال إن كان له مال[4].

و عرفها الحنابلة بأنّها: "حفظ صغير أو معتوه أو مجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"[5].

من خلال استعراض تعاريف الفقهاء يتضح لنا أنه و إن تغايرت ألفاظها فإنّها تدل على معنى واحد وهو رعاية الصغير والاهتمام به وتربيته، فالحضانة تكون في الصغير فقط.

غير أنّ الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة وإن كان معظم الفقهاء ذهبوا إلى أنّ العناية بالكبير المجنون كفالة وليست حضانة، وكذلك الحنابلة أدخلوا المجنون والمعتوه في معنى

---

(1) التكروري عثمان،شرح قانون الأحوال الشخصية،ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2004،ص.265.

(2) الامام مالك ابن انس،المدونة الكبرى،ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان،1994، ص.358.

(3) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص.560.

(4) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن ص.474.

(5) وفاء معتوق حمزة، الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط.1، دار القاهرة، مصر، 2000، ص.447.

الحضانة وإن كان المعنى لا يشملهم[1].

أمّا عن حكم الحضانة فقد اتفق جمهور الفقهاء أنّ الحضانة واجبة لأن الطفل إذا ترك ضاع وهلك وكذلك كل من لا يستقل بالقيام بأمور نفسه، كالكبير العاجز والحضانة فرض كفاية إن قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين[2].

و دليل وجوبها ما جاء في الآية الكريمة " **فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسن وكفلها زكريا**"[3].

ومما سبق يمكن الاستنتاج أن أهداف الحضانة تتمثل أساسا في:

1. تعليم الولد: ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، ما دام التعليم إجباري ومجاني فكل طفل له الحق في التعليم حسب استطاعته وإمكانيته.

2. تربية الولد على دين أبيه: يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي.

3. السهر على حماية المحضون: فالغرض من الحضانة هو رعاية المحضون، فيجب حمايته من أي اعتداء سواء كان مادي أو معنوي. غير أنّه يمكن للحاضن ممارسة سلطة تأديب المحضون إذا استدعى الأمر ذلك، كما تهدف الحضانة إلى حماية الطفل من الناحية الخلقية والصحية وذلك بتنشئته على خلق حسن، كما يجب أن يتلقى الطفل عناية صحية خاصة في السنوات الأولى من حياته من تلقيحات وعرضه على الطبيب إذا استدعت الحاجة[4].

ثانيا: تعريف الحضانة قانونا:

1. موقف المشرع الجزائري: عرف الحضانة في **المادة 62 (ق.أ.ج)** " **الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...**"[5].

(1) وفاء معتوق حمزة، المرجع السابق، ص.447.

(2) السرطاوي محمود علي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، ط.1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص.331.

(3) سورة آل عمران، الآية 37.

(4) حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2001، ص.28-29.

(5) قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

ونلاحظ على هذا التعريف إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري اتجاه هذا العمل وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون وأهله. فالأمر يحتاج إلى ذي أهلية خاصة ويكون المشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلّا بها، بوصفها جوانب أساسية لتنمية شخصية المحضون[1].

2. موقف المشرع المغربي:

عرفتها المادة **163**من **مدونة الأسرة المغربية** كالتالي: "**الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه** "[2].

3. موقف المشرع التونسي:

عرفتها **المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية** بأنها: "**حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**"[3].

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد من خلال هذه التعاريف أنّ التعريف الوارد في قانون الأسرة الجزائري أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، ولاسيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره.

ومن حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية . وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بانحلال الرابطة الزوجية وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وتراعي مصلحة المحضون[4].

---

(1) سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق،ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص. 369-370.

(2) القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة، صادر في 12من ذو الحجة 1424(3فبراير2004)،ج.ر رقم 5184، الصادرة يوم الخميس 5فبراير2004، ظهير شريف رقم 22-04.

(3) أمر علي، مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات، 2008.

(4) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر،1996، ص.293.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

إنّ الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوافر شروط معينة، فهناك شروط عامة في الرجال والنساء و شروط يجب توفرها في النساء فقط وأخرى يختص بها الرجال دون النساء.

وما نلاحظه في قانون الأسرة الجزائري، أنه على عكس ما جاء في **المادة 58** من **مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 173 من مدونة الأسرة المغربية**، وكذا **المادة 155**من **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، فإنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن أيّة مادة تحدد أو تحصر شروط ممارسة الحضانة.

فبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن **الم 62** منه نصت على شرط واحد فقط وهو الأهلية، حيث وردت **الفقرة الثانية** من هذه المادة كما يلي: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"[1].

و المقصود بالأهلية في هذه المادة هي القدرة على القيام بمهمة صعبة نوعا ما وهي تربية طفل وإعداده إعدادا سليما وجعله قادرا على تحمل صعاب الحياة ومتاعبها[2].

والملاحظ أنّه لم ترد بصريح العبارة شروط أخرى في هذا القانون، لذلك ومن أجل تحديد هذه الشروط يتوجب علينا العودة إلى الفقه الإسلامي، وذلك استنادا إلى **الم 222** من **(ق.أ.ج)** التي تنص على: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[3]. وبذلك سنقوم في هذا المطلب بدراسة شروط ممارسة الحضانة فقها، مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري وكذا موقف التشريعات العربية الأخرى، مدعما بتطبيقات بعض قرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء مع اختلاف في ترتيبهم، فبحكم أنّ المرأة أكثر صبرا على توفير احتياجات الصغير وأكثر رأفة به، فهي دائما مقدمة على الرجال في الترتيب و حتى تسند الحضانة لأحدهما وجب توفر بعض شروط.

(1) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(2) حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.28-29.

(3) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم، المرجع السابق.

أولا: البلوغ والعقل.

يجب أن يكون من أسندت له الحضانة بالغا وراشدا، كون أنّ الحضانة كما قلنا من قبل مهمة صعبة نوعا ما فلا يتحمل مسؤولياتها إلّا الكبار، لأنّ الصغير وإن كان مميز فهو بحاجة إلى من يتولى أموره، فلا يتولى هو أمور غيره[1].

وسن الرشد الواجب توفرها في الحاضن حسب القانون الجزائري هي سن **19 سنة كاملة**، وهذا طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري[2].

أما المدونة المغربية، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية قد حددتاها ببلوغ الشخص سن **20 سنة**[3].

بالإضافة إلى بلوغ الحاضن يشترط فيه أيضا أن يكون عاقلا، وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة، فهو لا يحسن القيام بشؤون نفسه فكيف القيام بشؤون غيره[4].

ويستوي في الجنون أن يكون مطلقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، كما أنّه لا فرق أن يكون الجنون المتقطع قليل أو كثير، فالهدف من الحضانة هو حماية مصلحة المحضون ورعايته، وترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن، أو مثل هذه الحاضنة فيه خطر كبير عليه[5].

ونفس الحكم بالنسبة للمعتوه، فهو يأخذ حكم المجنون لأنّه أيضا بحاجة إلى من يرعاه فلا تكون له القدرة على رعاية شؤون غيره[6].

كما لا يمكن أن تسند الحضانة إلى سفيه مبذر، فهو في نظر الفقه الإسلامي يعتبر محل حجر

(1) الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2002، ص.401.

(2) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل و متمم بالأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007.

(3) حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص.227.

(4) الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص.401.

(5) قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، الجزائر، 2001-2004 ،ص.13

(6) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفتح للإعلام العربي، مصر،2000، ص. 219.

على أمواله، فلا يمكن جعله قيما على أموال المحضون[1].

أمّا عن موقف المشرع الجزائري، فإنّه لم ينص صراحة على اشتراط العقل في الحاضن، إلا أنه بالعودة إلى **الم 2/62** فإنها نصت على أنه يشترط أن يكون الحاضن أهلا للقيام بشؤون المحضون، وبالنظر إلى حالة كل من المجنون والمعتوه والسفيه، فإنّ حالتهم تجعلهم غير آهلين حتى للقيام بشؤونهم فكيف القيام بشؤون غيرهم، كما نصت **المادة 85**من **(ق.أ.ج)** على ما يلي: "**تعتبر تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه** " [2].

أمّا عن موقف المشرع التونسي، فنجد أنّ **الم 58** من **مجلة الأحوال الشخصية** قد نصت بصريح العبارة على الشروط الواجب توفرها في الحاضن ومن بين هذه الشروط التي تضمنتها نجد: البلوغ والعقل[3].

ونفس الشيء بالنسبة للقانون المغربي، حيث نصت **الم 173**من **مدونة الأسرة المغربية** على ما يلي: " **شروط الحاضن هي:**

. **الرشد القانوني لغير الأبوين.**

. الإستقامة والأمانة.

. القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا ومراقبة تمدرسه " [4]

فجل هذه القوانين نجد أنها أقرت واشترطت في الحاضن أن يكون بالغا وعاقلا، والسبب في ذلك أن جل المذاهب الفقهية قد اتفقت على وجوب توفر هذان الشرطان في الحاضن.

ثانيا: القدرة والأمانة.

1. القدرة: هي الاستطاعة على القيام بشؤون الطفل، أي يجب أن يكون من أسندت إليه الحضانة سليم الجسم، ولذلك فلا توكل حضانة الطفل لشخص عاجز أو مريض مرضا معديا أو مرض يعجزه على القيام بشؤونه اتجاه الطفل، كما لا تسند الحضانة إلى شخص متقدم في السن تقدما يجعله في حاجة إلى

(1) تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط.2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2010 ، ص. 879.
(2) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.
(3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.
(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

رعاية غيره له[1].

كما يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة بصر لأنّ الأعمى يعد عاجزا عن الحضانة[2].

وشرط القدرة و إن لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، إلّا أن القوانين العربية الأخرى منها القانون التونسي، المغربي ، المصري وحتى الأردني ومن خلال المواد المتعلقة بشروط الحاضن فجميعها اشترطت بصريح العبارة أنه يجب أن يكون الحاضن قادرا على القيام بشؤون المحضون.

لكن هناك مشكل يطرح خاصة في وقتنا الحالي وهو بالنسبة لعمل المرأة الحاضنة، فقد اختلف الفقهاء حول قدرة المرأة العاملة على الحضانة، فاتجه بعض الفقهاء إلى القول بأنّ عمل المرأة إذا كان يمنعها من تربية الصغير أو الصغيرة والعناية والاهتمام بهما فلا تكون قادرة على ممارسة الحضانة، وبالتالي يمكن إسقاطها عنها أما إذا كان عملها لا يعيقها على رعاية الصغير وتدبير شؤونه، فلا يسقط حقها في حضانته كون أنّ شرط القدرة متوفر فيها[3].

ويرى الدكتور محمود السرطاوي أنّه يجب النظر إلى سن المحضون للقول إذا كانت المرأة العاملة تستحق الحضانة أم لا، فإذا كان الصغير مزاولا للدراسة، بحيث الوقت الذي تقضيه في العمل هو بدوره يقضيه في المدرسة فإنّ هذا لا يؤثر عليه، ومنه يمكن القول بأنها تستحق الحضانة، وحسب رأي الدكتور فإنه يحبذ ترك الأمر للقاضي ليقدر فيما إذا كانت الحاضنة العاملة تستحق الحضانة أم لا[4]. أمّا عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فنجد **الم 67 (ق.أ.ج)** في **فقرتها الثانية** قد نصت على : " **لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة** "[5].

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة، عبر عن موقفه بشكل صريح لا يثير أي جدال، وهو أن عمل المرأة مهما كان لا يمكن أن يكون سببا لإسقاط حضانة الصغير عنها.

أمّا عن موقف المشرع التونسي، فقد نصت **الم 58** من **مجلة الأحوال الشخصية** على شروط الحاضن ولم يرد فيها شرط أن تكون الحاضنة ليست عاملة، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي أيضا.

(1) قاسي عبد الله رؤوف، المرجع السابق، ص. 13.
(2) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته،ج.7، ط.2 ، دار الفكر، سوريا، 1975، ص. 727.
(3) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص. 878.
(4) السرطاوي محمود علي، المرجع السابق، ص.239.
(5) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

ولقد أكد القضاء الجزائري موقف المشرع في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث قضى بأنّ عمل المرأة لا يعد من مسقطات الحضانة عنها وأقر بأنها تبقى حاضنة لأطفالها رغم عملها[1].

غير أنه بالنظر إلى الواقع المعاش في البلدان العربية بصفة عامة، والجزائر بصفة خاصة فإنه صحيح أن هناك أعمال تمارسها المرأة ولا تشكل أي عائق لممارسة حضانتها للصغير ومثال ذلك مهنة التعليم، لكن من جهة أخرى هناك أعمال تتطلب من المرأة الجهد الكبير والوقت الكثير، مما يعيقها أو يمنعها من أداء واجبها كحاضنة على أكمل وجه، ومثال ذلك مهنة الطب، الأعمال الإدارية وغيرها.

وفي مثل هذه الحالات وكما نراه في الواقع، فغالبا ما تعهد المرأة العاملة بحضانة الصغير إلى امرأة أخرى، قد تكون من الأقارب أو يمكن أن تكون أجنبية عنه تماما وقد لا تراعي مصلحته، كما تعهد أيضا المرأة العاملة بحضانة الصغير إلى دور الحضانة.

وحسب رأينا، فإنه حبذا لو أنّ المشرع الجزائري ميّز بين عمل المرأة الشاق، والذي يعيقها على أداء مهامها كحاضنة، و العمل اليسير الذي وإن احترفته فإنه لا يؤثر عليها، ولا يؤدي بها أن تقصر في حضانتها للصغير، ونقترح صياغة نص **الم 67** كالتالي: "**.....لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة.**

غير أنه إذا كان عملها يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه، فإنه يمكن لمن له الحق في الحضانة أن يطالب بإسقاطها عنها مراعاة لمصلحة المحضون "

فيضع المشرع في الفقرة الثانية مبدأ عام ويورد في الفقرة الثالثة استثناءا لذلك المبدأ، ويمنح بذلك الفرصة لمن له الحق في الحضانة أن يطالب بإسقاطها عن الحاضنة إذا تبين أن مصلحة المحضون مهددة جراء انشغال الحاضنة بعملها.

لكن يجب أن تبقى السلطة التقديرية للقاضي لتقدير ما إذا كانت مصلحة المحضون مهددة من جراء انشغال الحاضنة، ويتطلب الأمر إسقاط الحضانة عنها أم أن مصلحته لا تقتضي ذلك.

أما عن موقف القانون المصري من هذه المسألة، فنجد أن القضاء المصري قد رفض الإقرار

(1) غ.أ.ش، قرار رقم 245156 صادر بتاريخ 2000/07/18، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.484.

باستحقاق شخص ما لحضانة الصغير إذا عهد بها لدور الحضانة[1].

2- الأمانة: فيعنى بها أن يكون من أسندت إليه الحضانة أمينا على أخلاق المحضون وأمينا في الاهتمام به ورعايته، لأنّ الحاضن الذي لا يهتم بمصلحة الطفل ويتركه يخالط أصحاب السوء لا يكون أمينا ولا قادرا على الحضانة.

وقد سئل الشيخ محمد بن صالح العثيمين عن حضانة الفاسق هل تسقط أم لا؟ فكان جوابه أن استحسن بقاء حضانة الأب وولايته، مبررا إجابته أن شفقة الأب على أبنائه وسهره على حمايته ولو كان فاسقا لا يشابه فيها أحد[2].

وقال بعض الفقهاء أنّ القول بسقوط حضانة الفاسق وولايته قول ضعيف، ومناقض للأدلة الشرعية، والصواب فيها هو بقاؤه على ولاية أولاده مالا، نكاحا وحضانة[3].

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو أنّ حضانة الصغير لا تسند إلى فاسق أو فاسقة واللذان لا يقيمان للأخلاق الفاضلة وزنا، لأن الطفل سيطبع في ذهنه صور ما يراه، فينشأ بذلك على أخلاق سيئة[4]. وقد أعطى الفقهاء أمثلة عن الفسق، كأن يكون الحاضن سارقا، مشهورا بالزنا أو شاربا للخمر، وتقدير مدى فسق الحاضن أمر متروك للقاضي، فللقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان الحاضن فاسقا أم لا[5].

أما عن موقف القضاء الجزائري، فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إسناد الحضانة للفاسق، ونستنتج ذلك في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا، منها ما ورد في إحدى القرارات: " لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي مع ثبوت سوء

(1) سعد فضيل، المرجع السابق، ص.372.

(2) صلاح الدين محمود، فتاوى العلماء في عشرة النساء وحل الخلافات الزوجية، دار الغد الجديد، المنصورة، د.س.ن، ص.261.

(3) السعدي عبد الرحمان بن ناصر، الفتاوى السعدية، ج.1، المؤسسة السعدية، الرياض، د.س.ن، ص.574.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، وهران، ص. 384.

(5) ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص.25.

خلقها يكون قد خرق القانون " [1]. وورد في قرار آخر ما يلي: " ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ.ج " [2].

وهو أيضا موقف باقي التشريعات العربية، **فالم 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية** عند النص على شروط الحاضن، أوردت أنه يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون، ونصت **الم 173** من **المدونة اللأسرة المغربية** أيضا أنه يشترط في الحاضن أن يكون مستقيما وأمينا، أضف إلى ذلك نص **الم 155** من **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، والتي ورد فيها أنه يشترط في الحاضن أن يكون أمينا على المحضون، وحسب رأينا فإن ما ذهبت إليه التشريعات العربية وما أقره القضاء الجزائري هو الصواب، لأنّ الطفل يكون عقله صفحة بيضاء لا يدرك الصواب من الغلط، وبالتالي إذا أسندت حضانته إلى فاسق أو سيئ أخلاق حتى ولو كان أبوه أو أمه، فسوف ينشأ بذلك على أخلاق سيئة، مما سيؤثر عليه سلبا في المستقبل.

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الفقهاء وبعض التشريعات العربية الذين يشترطون شروط عامة أخرى كشرط الحرية فلا تثبت الحضانة للعبد لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى[3].

إلا أننا نرى أنه ليس من الضروري معالجة هذا الشرط وإدراجه كون أنّ مسألة العبودية لم تعد موجودة في زمننا الحالي، وبالتالي فلا داعي للتطرق لأمر زال مقتضاه، فاكتفينا بمعالجة المسائل المطروحة في الحاضر.

كما أن بعض التشريعات العربية اشترطت عدم الردة و على سبيل المثال القانون الأردني في **الم155**، كما يشترط بعض الفقهاء أن يكون من أسندت له الحضانة مقيما في مكان آمن، فلا يجب أن تسند الحضانة إلى من هو مقيم في مكان مخيف أو مكان يكثر فيه المفسدون، وهذا الموقف نستنبطه من

(1) غ.أ.ش، قرار رقم 53578 صادر بتاريخ 1989/05/22، (قضية: ج . أ ضد: ك . م)، المجلة القضائية عدد 4، صادر في 1991، ص.99.

(2) غ.أ.ش، قرار رقم 171864 صادر بتاريخ 1997/09/30، (قضية: ب س ج ضد: ز ف)، عدد خاص، 2001، ص.164.

(3) الشيرازي إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1990، ص. 164.

مذهب الإمام مالك[1].لكن تبقى الشروط العامة الواجب توفرها هي التي أشرنا إليها بالتفصيل.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالنساء

أشرنا سابقا أنّ الفقه الإسلامي خص المرأة ببعض الشروط التي يجب أن تتوفر فيها دون الرجل، وتتمثل هذه الشروط في:

1. يشترط في المرأة أن تكون ذات رحم محرم للصغير وقريبة منه كالأم، الأخت، الخالة، وعليه فلا تثبت الحضانة لمن لم تكن قريبة للصغير وإن كانت محرما له كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة، كما لا تثبت للقريب الغير محرم كبنت العم وبنت الخال وبنت الخالة لعدم المحرمية[2].

2. يشترط في الحاضنة الأم أن لا تكون متزوجة بأجنبي غير ذي رحم محرم للصغير، وقد اختلف الفقهاء في حكم زواج المرأة من أجنبي عن الصغير، فمنهم من يرى بأنّ زواجها لا يسقط الحضانة مطلقا، خاصة إذا كان سن الصغير لم يتجاوز الحولين، فلا يجوز التفرقة بين الصغير وأمه في هذه الفترة مهما كان مستندين في ذلك إلى **قول الله تعالى:** " **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**"[3]. كما أنه حسب رأيهم لم يرد نص صحيح يبيّن أنّ زواج الأم يسقط الحضانة عنها وجانب آخر من الفقهاء يرو بأنّ زواج الأم بأجنبي عن الصغير يسقط الحضانة عنها مطلقا. فقد قال الإمام مالك أنه لا ينبغي للأولياء أن يحولوا بين الولد وأمه إلا أن تنكح، فنكاحها يؤدي بها إلى أن تفقد حضانة ولدها[4].

وهذا ما اتجه إليه معظم الفقهاء كالشافعية، الحنابلة، والحنفية، فجميع هؤلاء قد اتفقوا على أنّ زواج الأم من أجنبي يسقط الحضانة عنها وحجتهم في ذلك: ما رواه أحمد وغيره أن **الرسول صلى الله عليه وسلم** قال لامرأة: " **أنت أحق به ما لم تنكحي** "[5].والحكمة من اشتراط خلو الأم من زوج لاستحقاقها حضانة الولد هو: أنّ الولد يبغض ويمقت زوج أمه والعكس صحيح، أي أنّ الزوج لا يحب ولد زوجته من غيره، وبالتالي فإذا قيل باستحقاقها لحضانة

(1) الموسوعة الفقهية، ط.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990، ص. 306. 307.

(2) الشرنباصي رمضان علي السيد ، المرجع السابق،ص.402.

(3) سورة البقرة، الآية 233

(4) أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، المجلد الخامس، ط.1، دار الغرب الإسلامي، 1999،ص.62.

(5) رواه عبد الله بن عمرو، أخرجه أحمد و أبو داوود و البيهقي و الحاكم صححه.

الولد، فسوف يؤدي ذلك إلى أن تحضنه في بيت من يبغضه[1].

و تجدر الإشارة إلى أنّ أغلب الفقهاء اشترطوا الدخول بالمرأة لإسقاط الحضانة عنها، فالعقد لوحده غير كاف. غير أنّ حق المرأة في الحضانة لا يسقط إذا كان الزوج قريب محرم للمحضون كعمه، لأن العم كالأب له شفقة على الصغير عكس الأجنبي الذي لا يعطف ولا يرأف عليه[2].

أمّا عن موقف المشرع الجزائري فإنّه بالعودة إلى نص **الم 66 (ق.أ.ج)** فإنها تنص على: " **يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون** "[3].

بالإطلاع على هذه المادة، نستنتج أنّ المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء، وهو أنّ زواج الأم بأجنبي أو بقريب غير محرم للصغير يسقط حقها في الحضانة.

وهو ما أكده القضاء الجزائري في عدة قرارات منها ما جاء في إحدى القرارات أنّ 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[4].

لكن من أجل إسقاط الحضانة عن المرأة المتزوجة يجب أن يكون زواجها بأجنبي محرر في شكل رسمي وهذا ما نستنتجه في إحدى قرارات المحكمة العليا: " إنّ الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلّا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة "[5].

أمّا عن موقف باقي التشريعات العربية: فنجد أن **الم 156** من **قانون الأحوال الشخصية الأردني** قد نصت بصريح العبارة على ما يلي: " **عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط**

(1) التكروري عثمان، المرجع السابق، ص.271.

(2) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص. 880.

(3) قانون رقم84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(4) غ.أ.ش، قرار رقم 40418، المؤرخ في 1986/05/05، المجلة القضائية، العدد الثاني، صادرة سنة 1989، ص.75.

(5) غ.أ.ش، قرار رقم 102886 مؤرخ في 1994/04/19،(قضية: ص ب ضد :هـ ع)، نشرة القضاة، العدد51، نقلا: العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن،ص.64.

حضانتها "[1].

ومن خلال هذه المادة نستنتج أنّ المشرع الأردني لم يشترط دخول المرأة الحاضنة لإسقاط الحضانة عنها بل مجرد العقد كافي لذلك.

كما نجد **الم 174** من **مدونة الأسرة المغربية** قد نصت على ما يلي: " **زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في حالتين:**

. إذا كان زوجها محرما أو نائبا شرعيا للمحضون

. إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون "[2].

غير أنّه ومراعاة لمصلحة المحضون فإنّ قاعدة سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي ترد عليها بعض الاستثناءات وهو ما لم يقم المشرع الجزائري بالإشارة إليه، عكس المشرع المغربي والذي نص في **الم 175** من **مدونة الأسرة** على ما يلي: " **زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في الحالات التالية:**

. إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها

. إذا كان بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم

. إذا كان زوجها قريبا محرم أو نائبا شرعيا للمحضون

. إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون..."[3].

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الاستثناءات في نص محدد، فإنّه يجب علينا العودة إلى الفقه الإسلامي للتعرف عليها استنادا **للم 222 من (ق.أ.ج).**

وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

1. حالة عدم وجود من يحضن الطفل غير أمه: فإذا لم يوجد شخص يحضن الصغير غير أمه أو موجود لكنه غير مأمون على الطفل أو عاجز على حضانته، فإن حق الأم في الحضانة يبقى رغم زواجها

(1) قانون رقم 61-1976، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية رقم 1976/2668-12-01، ص.2756.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) المرجع نفسه.

بأجنبي وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

2. إذا وجد شخص آخر يحضن الصغير، لكن رغم ذلك لم يقبل المحضون به في هذه الحالة أيضا يبقى حق الأم في الحضانة قائما رغم زواجها[1].

3. سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الأم، فإذا سكت من له الحق في حضانة الصغير لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه في المطالبة بحضانة الصغير وبالتالي يبقى حق الأم قائما رغم زواجها[2].

لكن هناك إشكال يطرح بخصوص زواج الأم بأجنبي عن المحضون وهو في حالة طلاقها من هذا الأجنبي سواء كان طلاق رجعي أو بائن، فهل يعود لها حق الحضانة؟

ذهب الحنفية إلى القول أنه إذا كان الطلاق رجعيا فلا يعود حقها إلّا بعد انتهاء العدة، كون أنه في فترة العدة تبقى الزوجية قائمة بينهما، أما إذا كان الطلاق بائنا فيعود حقها في الحضانة.أما رأي الشافعية والحنابلة فذهبوا للقول أنّ حقها يعود سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا[3].

أما عن موقف المذهب المالكي فيرى أنّه من أجل القول بعودة الحضانة إلى الأم بعد زوال المانع، فيجب التفريق بين زوالها لعذر اضطراري وزوالها لعذر اختياري، فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كمرض الحاضنة ثم زال العذر بشفائها عاد حقها في الحضانة، أمّا إذا سقطت لعذر اختياري كزواج الحاضنة بأجنبي ثم يزول العذر بطلاقها فلا يعود حقها في الحضانة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا[4].

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فنجد **الم 71(ق.أ.ج)** قد نصت على ما يلي: "**يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الاختياري** "[5].

فقد اشترط المشرع الجزائري لكي يعود حق الحاضنة بعد زواله أن يكون سبب سقوط الحضانة غير اختياري، لكن هل زواج الأم بأجنبي عن المحضون يعتبر سبب اختياري حسب القانون الجزائري أم

(1) الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص. 307-308.

(2) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص. 880-881.

(3) المومني أحمد محمد، نواهظة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط.1، دار المسيرة، عمان، 2009، ص. 171-172.

(4) الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص.312-313.

(5) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق.

لا؟ بالعودة إلى القضاء الجزائري نجد أنه قد ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي:

" من المقرر قانونا أنّه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإنّ المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون.

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

وما نستنتجه من خلال هذا القرار أنه قد اعتبر زواج الأم بأجنبي أمر اختياري ورضائي وبالتالي يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بموقف المذهب المالكي، وبالتالي فالأم التي سقطت حضانتها بسبب زواجها بأجنبي لا يمكنها استرجاع حقها بعد طلاقها.

لكن حسب رأينا الشخصي، فإنه يجب إعطاء الفرصة للمرأة التي فقدت حقها في الحضانة دون رغبة منها أن تسترجع ابنها المحضون، فصحيح أنّ إجبار المرأة على الزواج أمر نادر الوقوع في وقتنا الحالي، لكن لا يمكن أن ننكر أن هناك نساء حقيقة يجبرن على الزواج خاصة إذا كن مطلقات فهي أمور ما زلنا نعيشها في المجتمع الجزائري وبالتالي يجب على القاضي قبل الحكم بعدم استرجاعها لحضانة ابنها أن يتأكد من مدى رغبتها في الزواج، فإذا تبيّن أنّها تزوجت بمحض إرادتها ودون إجبار من أحد، حكم بعدم استحقاقها للحضانة أمّا إذا تبين أنها قد تزوجت بعد إجبارها أو الضغط عليها فإنّه من المنطقي ومن العدل حسب رأينا إعادة حضانة ابنها إليها.

أما عن موقف التشريعات العربية الأخرى من هذه المسألة فنجد أن **الم 170** من **مدونة الأسرة المغربية** قد نصت على ما يلي: " **تعود الحضانة لمستحقيها إذا ارتفع العذر الذي منعه منها...**" [2].

ونلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع المغربي عكس المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون سبب سقوط الحضانة غير اختياري، بل نص على أنّ الحق في الحضانة يعود بمجرد زوال العذر، غير أنه منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقرة الثانية للنّظر في الحضانة والحكم بما فيه مصلحة للمحضون.

---

(1) غ.أ.ش، قرار رقم 58812 صادر بتاريخ 1990/02/05، (قضية: ق ز، ق ب ضد: ب ف)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص.58، نقلا عن: العيش فضيل، المرجع السابق، ص.68.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

ونصت **الم 158** من **قانون الأحوال الشخصية الأردني** على ما يلي: " **يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه** "[1].

ويفهم من هذه المادة أنّ حق الحاضنة يعود لها بمجرد زوال سبب سقوطها، فإذا كانت متزوجة ثم طلقت فإن حقها في الحضانة يعود لها بمجرد طلاقها.

3. في حالة كون الحاضنة غير الأم كالجدة والخالة، يشترط أن لا تكون ساكنة مع أم المحضون المتزوجة برجل أجنبي عنه، فإن كانت مقيمة معها سقط حقها في الحضانة[2].

لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى أنّ الصغير سيقيم في بيت من يبغضه وهذا لن يكون لمصلحته، أمّا إذا سكنت في بيت رجل آخر فلا يسقط حقها في الحضانة، كأن تسكن جدته مع جده أو تسكن مع زوج خالته[3].

وهذا ما اعتمده المشرع الجزائري بصريح العبارة في **الم 70 (ق.أ.ج)** حيث نصت على ما يلي:" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** "[4].

وحسب رأينا فالمشرع أحسن فعلا، لأنّ الصغير في تلك الحالة لن يرتاح في إقامته فلو قلنا بجواز حضانة الجدة أو الخالة القيمة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم فلماذا إذا تسقط الحضانة عن الأم أصلا؟ وقد أضاف الحنفية شرطا آخر لاستحقاق الأم الحضانة وهو أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، فإذا كان الأب معسر و قبلت قريبة أخرى حضانته مجانا سقط حق الحاضنة الأولى[5].

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالرجال

فبالإضافة إلى شرط البلوغ ، العقل، القدرة، الأمانة، يشترط في الرجال شروط خاصة بهم فقط وهي:

1. يجب أن يكون الحاضن محرما للمحضون، إذا كانت أنثى وعليه فليس للرجل أن يحضن ابنة عمه

(1) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

(2) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص.880.

(3) التكروري عثمان، المرجع السابق، ص.272.

(4) قانون رقم84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(5) الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص.729.

لأنه ليس محرما لها وذلك تفاديا للفتنة والفساد[1].

غير أنه إذا كان ابن العم هو العصبة الوحيدة للبنت أي أنه لم يكن لها عصبة محارم، فإنه تسلم له حضانة البنت لثقة أي يجب أن يكون مأمونا عليها[2].

2. يشترط في الرجل أن يكون متحدا مع المحضون في الدين، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث في اختلاف الدين، ويفهم من خلال هذا أنّه إذا كان الصغير مسلم وكان ذوي الرحم المحرم له غير مسلم فلا تسند إليه حضانته إلّا إذا كان مسلما لأنه لا توارث بينهما[3].

وهناك من يضيف شرطا آخر بالنسبة للرجال وهو أن يكون عنده من يحضن الصغير من النساء

كأن يكون له أمه، أخته أو زوجة تتولى أمور الصغير ورعايته، فإذا لم يكن عنده أنثى فلا حضانة له لأن الرجال حسبهم غير قادرين على رعاية الطفل كالنساء [4].

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و أثارها

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين تثور مسألة الحضانة ويثار التساؤل فيمن له الحق في الحضانة؟ سواء كان الصغير ذكرا أو أنثى وهذا ما سنحاول معرفته في المطلب الأول من هذا المبحث.

كما أن إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو للغير يترتب عنها أثارا، منها آثار مادية وأخرى معنوية وهو ما سنحاول معرفته في المطلب الثاني.

المطلب الأول:ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

تعد تربية الولد الصغير والقيام بشؤونه و مصالحه وكل ما يدخل في مفهوم الحضانة أمرا، ويقوم به الوالدان متعاونين في حال قيام الزوجية وأن نصيب الأم من هذه الحضانة أعظم بكثير من نصيب

(1) فراج أحمد حسين، المرجع السابق، ص.231.

(2) البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع: شرح زاد المستقنع، دار المؤيد ، د.ب.ن، د.س.ن، ص.629.

(3) ممدوح عزمي، المرجع السابق،ص.26

(4) أبي بكر الحسن بن حسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، ط.1، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010، ص. 279.

الأب وعليه سنحاول معرفة من تكون له أولوية حضانة الأطفال وكيف تم ترتيبهم فقها و قانونا[1].

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها

تثبت مشروعية الحضانة للأم سواء كانت متزوجة أو مطلقة بالكتاب والسنة.

. أما الكتاب فمنه:

قوله تعالى: " وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا "[2].

وأثبت الحق تبارك وتعالى حق التربية للأم في الصغر.

قوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "[3].

. أما السنة فمنها:

مارواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت **يارسول الله: "إن ابني هذا كان له بطني وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني** " فقال **رسول الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي "**[4].

ودل الحديث على أنّه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق وأولى بحضانته ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها دون الأب وتقضي باستحقاقها وأولويتها في حضانة ولدها وقد أقرها النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها به [5].

و الأصل في الحضانة أن تكون للنّساء لأنّ المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته، وعلى هذا تكون الأم أحق الناس بحضانة ولدها وتكون قربتها مقدمة على الأب وقرابته.

---

(1) صقر نبيل، المرجع السابق، ص.246.

(2) سورة الإسراء، الآية 24.

(3) سورة البقرة، الآية 233.

(4) رواه عبد الله بن عمرو، أخرجه أحمد و أبو داوود و البيهقي والحاكم صححه.
الوعاء: هو الظرف، الحواء: كل شيء يحوي غيره ويجمعه، السقاء: أي يسقي منه اللبن.

(5) وفاء معتوق حمزة، المرجع السابق، ص.449.

وإذا عدنا إلى المذاهب الفقهية نجد أنّها وضعت ترتيبا معتبرا للحاضنين، فمثلا **الحنفية** قدموا النساء على الرجال، فمن ليس له محرم من النساء أو وجدت وليست أهلا لحضانته انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال العصبة، فإن لم يوجد عاصب محرم له أو وجد وليس أهلا له انتقل الحق إلى محارمه من الرجال غير العصبة، فإن لم يوجد فمن يعينه القاضي[1].

وقد رتب الحنفية الحاضنات من النساء على النحو التالي:

الأم، أم الأم وإن علت، أم الأب وإن علت، الأخوات، بنات الأخوات الشقيقات، بنات الأخوات لأم، الخالات،بنات الأخوات لأب، بنات الإخوة، العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمة الأم، عمة الأب [2].

وعندما يجتمع صنف من درجة واحدة تقدم من كانت شقيقة، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب هكذا بالنسبة للأصناف الأخرى.

فإذا لم توجد من المحارم واحدة أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الإرث.

الأب ثم أب الأب وإن علا،ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب،ثم ابن العم، فإن لم يوجد من عصبته المحارم أحد أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى المحارم غير العصبة [3].

أما المحارم من ذوي الأرحام فهم:

الجد لأم،ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال للأم، فإن لم يكن للصغير قريب عين له القاضي حاضنة تقوم بتربيته، لأنّ حضانة الطفل أمر لابد منه و أولى الناس به قرابته وبعض القرابة أولى من بعض، فيقدم الأولياء فإذا لم يكونوا موجودين أو كانوا ووجد ما يمنعهم من الحضانة انتقلت إلى الأقرب فالأقرب فإذا لم يكن قريب فإن القاضي مسؤول عن تعيين من يصلح للحضانة [4].

أما مذهب المالكية في ترتيبهم للمستحقين للحضانة قدموا الأم على غيرها في الحضانة وهذا في حق الأم المطلقة أو من مات زوجها وأما في حال قيام الزوجية فالحضانة حق لهما.

---

(1) التكروري عثمان، المرجع السابق،ص.266-267.

(2) المرجع نفسه، ص.267.

(3) خلاف عبد الوهاب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط.2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص.195.

(4) المرجع نفسه، ص.195.

و إن لم توجد الأم بأن ماتت مثلا فالحضانة لأمّها أي أم الأم وإن لم توجد فجدتها أي جدة الأم إذ هي أحق بالحضانة من غيرها فإن لم توجد فخالته، فخالة أمه أحق من غيرها فإن لم توجد فعمة الأم فإن لم توجد فجدته لأبيه أي جدة الولد لأبيه، فأبوه أي أب الولد المحضون، فأخته أي أخت الولد المحضون، فعمته، فعمة أبيه، فخالة أبيه، فبنت أخ شقيق أو لأم أو لأب ثم بنت أخته كذلك[1].

و نخلص من خلال ما سبق أنّ الفقهاء المسلمون اتفقوا على أنّ الحضانة هي حق للأم مثل أي حق من الحقوق الأخرى ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد من يحضن الطفل بدلا منها، و الحضانة من جانب آخر هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به ويمكن أن تجبر على حضانته في كل حالة لا يوجد فيها من يحضنه من غيرها رعاية لمصلحة المحضون أو إجبار من يليها درجة إذا لم تتوفر فيها الشروط الأساسية[2].

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قانونا

يحتاج المولود في طفولته إلى من يرعاه ويقوم بشؤون حياته ولما كان الوالدان أقرب الناس إليه وأرفقهم به فقد جعل الشارع رعاية مصالحه إليهما والأم أقدر وأصبر على تربية الطفل في المرحلة الأولى من حياته وجعل للأب ولاية التصرف في نفسه وماله لأنه أصلح لهذه الولاية وأقدر على النساء.

ولهذا فإن حق الحضانة يكون للنساء أولا إذا وجد من قريبات الطفل من تصلح للقيام بهذا الحق دون أقاربه من النساء فإن لم يوجد من النساء من تصلح للقيام به انتقل هذا الحق إلى عصبته من الرجال ثم إلى سائر أقاربه.

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري

المشرع الجزائري في معالجته لموضوع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ظهر من خلال نص **الم 64** من **(ق.أ.ج)** وسنحاول دراسته من خلال ما يلي:

1. موقف المشرع الجزائري قبل التعديل.

المشرع الجزائري في **الم 64 (ق.أ.ج)** نص على أن "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم**

(1) صقر نبيل، المرجع السابق،ص.249.

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.295.

الخالة، ثم الأب ثم أم الأب،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، "[1].

نستخلص من هذه المادة أنّ الحضانة تثبت للنساء أصلا لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به، كما يتضح لنا بأنّ القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم رتب المستحقين لها مبتدئا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب

فالأصل في الحضانة هي مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء كانت زوجة لأبيه، أم معتدة من الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة بعد وفاته) لأنها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته والأم هي أحق بولدها إن لم تتزوج مادامت أهلية وشروط الحضانة متوفرة لديها وإلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[2].

وانطلاقا من نص **الم 64(ق.أ.ج)** فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي:

الأم، أم الأم، الخالة، الأب، أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون[3].

من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في **الم 64(ق.أ.ج)** إلّا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة. ونجد تكريسا لهذا النص القانوني تطبيقا في مجال القضاء، فقد قضت المحكمة العليا أنّ قضاة الموضوع لما أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون[4].

ومن تحليل نص **الم 64 (ق.أ.ج)** يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين أعلاه حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام، بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى طالبته ليس إلى الترتيب المذكور في القانون ، لكن أيضا وقبل ذلك ينظر إلى مصلحة المحضون حيث للقاضي أن يقوم

(1) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم، المرجع السابق.
(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.380-381.
(3) المرجع نفسه، ص.382.
(4) غ.أ.ش، ملف رقم 179471 قرار بتاريخ 1988/03/17، عدد خاص، 2001، ص.172.

بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه حتى ولو أدى إلى القفز فوق درجة أو درجتين، فإذا تنازع حول حضانة الطفل أمه وخالته وأبوه وأم أبيه مثلا يمكن أن يحكم لأم أبيه إذا كانت الرعاية الصحية والخلقية والتربوية تتوفر لدى جدته لأبيه وهذا على عكس اجتهادات المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال اعتمادا على أن النساء أكثر شفقة.

لكن المشكل الذي يمكن أن يطرح ليس هو مشكل التنازع حول حضانة الولد بين ذوي الحق في حضانته وإنما هو مشكل عدم التنازع أي يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط اللازمة لحضانة الطفل ولا يوجد من يطلبه ممن لهم الحق في حضانته، بالتالي هل يجوز للقاضي استنادا إلى ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد من ذوي الحقوق في الحضانة على أخذ هذا الطفل.
و الحقيقة أن قانون الأسرة لا يجيبنا عن هذا التساؤل ولا يساعدنا أبدا على إيجاد حل لمثل هذا المشكل الذي يقع كثيرا[1].

ونقترح على المشرع إدراج حل يتمثل في تمكين القاضي من اختيار أي شخص من أقارب الطفل للقيام بهذه المهمة حتى لا يضيع.

2. موقف المشرع الجزائري بعد التعديل.

التعديل الذي أدخله المشرع على هذه المادة مراعيا في ذلك التطور الاجتماعي الجزائري وأصبح الترتيب على النحو التالي:الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة والأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك "[2].

ما نلاحظه على **الم 64 من (ق.أ.ج)** أنها جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة وهي فئة " الأقربون درجة " دون ذكرهم أو تحديدهم ومن ثم نلجأ إلى نص **الم 222 من (ق.أ.ج)** التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص في أمر محدد وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم متفقون على التصنيف التالي:

(1) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.294.
(2) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

القريبات من المحارم، العصبات من المحارم، المحارم من الرجال غير العصبة، من يراه القاضي أصلح للمحضون، و لقد تعرضنا لهم بالتفصيل عندما درسنا مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي.

في الحقيقة القاضي الجزائري يمكنه العودة إلى جميع المدارس الفقهية المختلفة، و يختار منها الرأي الذي يلاءم القضية المطروحة بين يديه و يحقق به مصلحة المحضون.

وحسب رأينا فالمشرع الجزائري بتعديل **الم 64 من (ق.أ.ج)** أراد أن يوفر للأب نفس الحظوظ التي تتمتع بها الأم، حيث في ترتيبه لمستحقي الحضانة يبدأ بقرابة الأم دائما ثم تأتي قرابة الأب مثلا الجدة لأم ثم الجدة لأب أو الخالة ثم العمة.

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في بعض التشريعات العربية

أما فيما يتعلق بباقي التشريعات العربية نجد القانون التونسي في الفصل الثاني المتعلق بالرضاع والحضانة حيث تنص **الم 57** من **مجلة الأحوال الشخصية التونسية** على ما يلي: " **الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك....في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير**

إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها. إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد "[1].

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه المادة أنّ الأم تكون أحق بحضانة صغيرها حال قيام العلاقة الزوجية وكذلك أثناء فك الرابطة الزوجية يكون لها الحق في الحضانة لكن بشرط وهو أن لا يتضرر المحضون من ذلك. وفي حالة فقدان الأم أحد الشروط المتعلقة بالحضانة أو بفعل الوفاة انتقل الحق في الحضانة مباشرة إلى الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، ففي هذه الحالة تكون للقاضي السلطة التقديرية في اختيار صاحب الحق في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

(1) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

وفي حالة عدم وجود من هو أجدر للقيام بدور الحاضن، تودع المحكمة المحضون بيد حاضن أمين كما لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة. في حالة فقدان الأب شروط الحضانة فيخول حق الحضانة للأم ما دامت أهلا للقيام بالحضانة ومحتفظة بكل الشروط لممارستها وليس لأي أحد من الأقارب سواء رجال أو نساء الحق في منازعتها في حضانة الصغير إلى حين بلوغ المحضون سن الرشد.

كما نجد القانون المغربي في **الم 171**من **مدونة الأسرة المغربية** تنص على ما يلي: " **تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية** "[1].

من خلال استقرائنا لنص **الم 171** نستنتج أنّ الحضانة في المرتبة الأولى تكون للأم يليها الأب ثم تليها أم الأم، فإذا كان هناك أي مانع حال دون قيام أحد من مستحقي الحضانة بممارستها، في هذه الحالة للمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لمصلحة المحضون أن تقوم بإصدار حكم ومنطوق هذا الحكم يقوم بإسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أمنا على المحضون.

بالنسبة للقانون المصري ينص على أن الأم مقدمة على غيرها في حضانة الصغير لأنّها أكثر شفقة وحنانا من غيرها وأكثرهن صبرا على احتماله، ورعايته، والسهر من أجله، فإن لم يكن للصغير أم أو لم تتوفر فيها الشروط انتقلت الحضانة إلى من تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة، وإذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون [2].

أما القانون الأردني نجد نص **الم 154** منه " **أن الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب أبي حنيفة** "[3]. والحكمة الشرعية من تقديم الأم في الحضانة أنّ قوام حضانة الطفل ورعايته هو العطف والشفقة والحرص والرعاية والصبر، وهذه المعاني تتحقق في المرأة بحكم خلقتها أكثر

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) عثمان التكروري، المرجع السابق، ص.266.

(3) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق

من الرجال، والنساء من جهة الأم أكثر من غيرهن[1].

المطلب الثاني: آثار الحضانة

قلنا من قبل أنّ من الآثار التي تنجر عن انحلال الرابطة الزوجية، إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين أو إلى غيرهما، وعادة ما تكون الحضانة للأم باعتبارها الأنسب والأقدر على أداء هذه المهمة، والحضانة أيضا تترتب عنها آثار منها آثار مادية وتتمثل في: نفقة المحضون وأجرة الحضانة، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن تكون تحت سقف لحماية الصغير، ورعايته وآثار أخرى معنوية تتمثل في حق الزيارة، وسنحاول معالجته في فرعين.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

إنّ حضانة الصغير تتطلب من الحاضن بذل مجهودات مادية من أجل تنشئة الصغير تنشئة سليمة وبالتالي سنحاول معرفة ما إذا كانت هذه المجهودات المادية تقع فقط على عاتق الحاضنة أم أنّ هناك من يتحملها بدلا عنها، كما سنحاول معرفة ما إذا كان من حقها تلقي مقابلا مستقلا عن النفقة عن مجهوداتها المبذولة.

أولا: نفقة المحضون.

اتفق أغلب فقهاء الفقه الإسلامي على أن نفقة الأولاد كأصل تكون من مالهم إذا كان لهم مال، أما إذا لم يكن لهم مال فإن نفقتهم واجبة على أبيهم سواء كانوا معه أو مع غيره، وبالتالي إذا تولت المرأة بعد الطلاق حضانة الأولاد وجب على الأب أن يقوم بالإنفاق عليهم[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد نصت **الم 75 (ق.أ.ج)** على ما يلي: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب** "[3].

(1) نواهضة إسماعيل أمين، المومني أحمد محمد ، المرجع السابق، ص. 171.

(2) عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام (مشكلات الأسرة)، ج.6، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص.353.

(3) قانون رقم84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

يفهم من هذه المادة أنّ المشرع قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث أوجب أن تكون نفقة الولد على أبيه، غير أنه إذا كان للولد مال فينفق عليه من ماله هو فإذا كان ذكرا ينفق عليه إلى حين بلوغه سن الرشد وإن كانت أنثى فالنفقة تستمر إلى غاية الدخول بها ولعل الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء هو حول ما يدخل ضمن مشتملات النفقة، وقد نصت **الم 78** من **(ق.أ.ج)** على ما يلي: " **تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة** "[1].

فالنفقة هي كل ما يحتاج الصغير من غذاء، ملبس، علاج، سكن وكل ما هو ضروري ومتعارف عليه.

لكن بالرغم من أنّ الأصل العام هو أنّ نفقة المحضون إذا لم يكن له مال تكون على أبيه إلا أن **الم 76 (ق.أ.ج)** أتت بحكم آخر، حيث نصت على ما يلي: " **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك** "[2]. فيفهم من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري نقل واجب النفقة على الأبناء من الأب إلى الأم لكن بشرطين:

1. الشرط الأول: هو إعسار الأب وقد عبرت عليه المادة بالعجز، أي أن يكون الأب غير قادر تماما على الكسب ولا يعتبر الكسل عذرا.

2. الشرط الثاني: هو قدرة الأم أي أن تكون الأم قادرة على الإنفاق على أبنائها، كأن يكون لها دخل يجعلها قادرة على الإنفاق عليهم، وإذا لم تكن قادرة فلا ينتقل إليها الالتزام بالإنفاق.

ثانيا: أجرة الحضانة.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنه لا أجرة للحاضنة، سواء أكانت أم أو غيرها، إلا إذا كانت فقيرة وكان للولد المحضون مال. فإنه ينفق عليها لفقرها وليس لحضانتها[3].

غير أنه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو أنه إذا كانت الحاضنة غير الأم فإنه يجب دفع أجرة الحضانة لها إذا لم تكن متبرعة.

---

(1) قانون رقم 84-11 متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم، المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه.

(3) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص. 875.

أما إذا كانت الحاضنة أم المحضون فهناك حالتين:

1. الحالة الأولى: في حالة ما إذا كانت الزوجية قائمة، أو أثناء فترة العدة من طلاق رجعي، فيقول الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي: " لا تستحق الأم أجرة على حضانة طفلها حال قيام الزوجية "[1].

كما أنّها لا تستحق الأجرة أثناء فترة العدة من طلاق رجعي، لأن الزوجية لا تزال قائمة، فإذا قيل باستحقاقها الأجرة فإنها تكون قد جمعت نفقتها هي وأجرة الحضانة وهذا سيثقل كاهل الزوج ويجعله غير قادر على الإنفاق.

2. الحالة الثانية: في حالة ما إذا كانت الحاضنة أم الصغير بعد الطلاق فلها أجرة الحضانة وتجب هذه الأخيرة من مال الصغير إذا كان له مال حتى ولو كان أبوه موسر، أما إذا لم يكن له مال فتجب هذه الأجرة على الأب.

أما بالنسبة لتاريخ استحقاق الحاضنة للأجرة، فإنها تستحقها من تاريخ مباشرة الحضانة[2].

وهناك من أشار إلى أجرة خادم المحضون أو المرضعة، فإذا كان المحضون بحاجة إلى خادم أو مرضعة وكان أبوه موسر يلزم بأجرته[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري فنلاحظ أنه سكت تماما عن هذه المسألة، فبالعودة إلى قانون الأسرة وباستقرائنا لجميع المواد المتعلقة بالحضانة لا نجد أي نص يعالج مسألة أجرة الحاضنة.

أما عن موقف باقي التشريعات العربية الأخرى، فقد نصت **الم 167** من **مدونة الأسرة المغربية** على ما يلي: " **أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة**

لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة طلاق رجعي "[4].

---

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.596

(2) العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع(دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية)،ج. 3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 248.

(3) قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق، ص. 597.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

فقد أخذ المشرع المغربي برأي الجمهور، أما المشرع التونسي فقد نص في **الم 65** من **مجلة الأحوال الشخصية التونسية** على: " **لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف** "[1].

كما نصت **الم159** من **قانون الأحوال الشخصية الأردني** على ما يلي: " **أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق**"، ونصت **الم 160** من نفس القانون على ما يلي: " **لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي**" [2].

والمشرع الأردني أيضا قد أخذ برأي الجمهور وهو أنّ الحاضنة الأم لا تستحق الأجرة حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي، و يفهم من المادة أنه بعد الطلاق يمكن لها المطالبة بها.

الفرع الثاني: سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة

أشرنا من قبل أنه حفاظا على مصلحة المحضون، ومن أجل رعايته أحسن وجب أن تمارس الحضانة تحت سقف بيت، كما أن إسناد الحضانة إلى أحد الأبوين يعني إبعاده عن أحدهما أيضا، ومن أجل جبر الضرر الذي قد يلحقه من جراء هذا البعد وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة وهذا ما سنحاول معالجته في هذا الفرع.

أولا: سكن ممارسة الحضانة

ثار خلاف فقهي حول استحقاق الحاضنة لسكن ممارسة الحضانة لكن ما هو متفق عليه بين أغلب الفقهاء هو أنّ توفير مسكن الحضانة أمر واجب، لكن السؤال المطروح هو على من يقع واجب توفير مسكن الحضانة؟

(1) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(2) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

فالأصل أن سكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت المطلقة في عدة الطلاق الرجعي، أما بعد الطلاق فسواء كانت الحاضنة أما أو غيرها فإن سكن ممارسة الحضانة هو جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء ونفقة المحضون من ماله إذا كان له مال[1]

أما إذا لم يكن للمحضون مال فإن واجب توفير سكن الحضانة يقع على عاتق الأب حسب رأي معظم الفقهاء، غير أن هناك بعض الفقهاء الذين قالوا أنه إذا كان للحاضنة مسكن تحضن فيها صغارها، فلا يكون لها الحق في مسكن الحضانة لأن الصغير في هذه الحالة يسكن تبعا لها[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فإنه باستقرائنا لنص **الم 72 (ق.أ.ج)** نجدها تنص على ما يلي: " **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار** "[3].

يفهم من هذه المادة أن الأب هو المكلف قانونا بتوفير سكن ممارسة الحضانة، وإن لم يكن قادرا على توفير مسكن، فإنه عليه دفع أجرة السكن.

وبناء عليه ومن أجل تطبيق هذه المادة، أي من أجل الحكم للمطلقة الحاضنة باستحقاقها لمسكن لتمارس فيه الحضانة، وجب أن تتوفر جملة من الشروط وتتمثل هذه الشروط في:

1. هو وجوب صدور حكم نهائي بطلاقها، ويجب أن يتضمن هذا الحكم إسناد حضانة الأولاد لها.

2. يجب أن تكون الحاضنة هي أم المحضون، لو كانت الحاضنة التي أسندت لها الحضانة هي جدة المحضون أو عمته، لكان بإمكانها الانتقال بالمحضون إلى مسكنها دون الحاجة إلى توفير مسكن من الأب.

3. يجب أن يكون الأب يملك مسكنا ملائما يمنحه لممارسة الحضانة، أما إذا لم يكن له مسكن ففي هذه

(1) سراج محمد أحمد، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. س.ن، ص.180-181.

(2) العمورسي أنور، المرجع السابق،ص.247-248.

(3) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

الحالة عليه أن يدفع للحاضنة مبلغا يساوي قيمة إيجار سكن[1].

والجديد الذي أتى به المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 هو ما ورد في الفقرة الثانية من **الم 72**، حيث نصت على ما يلي: " **وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن** "[2].

وقد أثارت هذه الفقرة الكثير من الجدال، فكانت محل انتقاد الكثير من القانونيين و من بين هذه الانتقادات، أنه في حالة عدم امتلاك الأب لمسكن آخر(أي في حالة المسكن الوحيد)، فإن تطبيق هذه الفقرة سيؤدي إلى تشرد الأب و حسب رأينا فإن القول ببقاء الأب في المسكن الزوجية مع الحاضنة التي أصبحت أجنبية عنه أمر غير منطقي وغير شرعي أما إذا قيل ببقاء الأب في السكن وخروج الحاضنة وأولادها فإنه حسب رأينا أن يتشرد الأب أقل خطورة من تشرد الحاضنة والصغار، فإننا نرى أن المشرع بنصه على هذه الفقرة حسنا فعل، فهو أمر فيه مصلحة للمحضون بالدرجة الأولى.

الانتقاد الثاني هو ما أتى به الأستاذ عبد العزيز سعد وهو أن تطبيق هذه الفقرة أمر يكاد يكون مستحيلا لأن الزوجة عادة ما تخرج من البيت الزوجية بمجرد طلاقها فلا يمكن تصور بقائها في بيت طليقها إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن[3].أما عن موقف باقي التشريعات العربية من مسألة سكن ممارسة الحضانة، فقد نصت **الم 186** من **مدونة الأسرة المغربية** على ما يلي: " **تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما**

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، وأن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه..."[4].

وما نلاحظه أن المشرع المغربي قد ألقى عاتق توفير السكن على الأب، وفي حالة عدم قدرته على توفير السكن وجب عليه أن يمنح للحاضنة أجرة كراء السكن.

وهناك إشكال آخر يثور في هذه المسألة وهو حول المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة؟

---

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، ط.4، دار هومة، الجزائر،2010، ص. 145-146.

(2) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 146.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

فما ذهب إليه الفقهاء هو أنه إذا كانت الزوجية قائمة فلا شك بأن الزوجة من واجبها ممارسة الحضانة في البيت الزوجية وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي [1].

لكن عند حدوث الطلاق بين الزوجين، أو عند انتهاء مدة العدة فيحق للحاضنة الانتقال بالولد

المحضون إلى مكان آخر غير بيت الزوجية من أجل ممارسة الحضانة، غير أن هذا المكان يجب أن يكون قريبا من الأب حسب جمهور الفقهاء، إذ يجب أن تمارس الحضانة في مكان يستطيع فيه الأب

زيارة ابنه ومراقبته[2].

أما إذا انتقلت الحاضنة بالمحضون إلى مكان بعيد أو بلد آخر، فإن هذا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها حسب بعض الفقهاء وهذا إذا كان السفر بنية الاستيطان، أما إذا كان سفرا مؤقتا فلا تسقط الحضانة[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري، فإنه باستقرائنا **للم 69 (ق.أ.ج)** نجدها تنص على ما يلي: " **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** "[4].

يفهم من هذه المادة أن مسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يمكن له أن يقر الحضانة ويسمح بانتقال المحضون إذا تبين له أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك كأن يكون مريض بحاجة إلى علاج، كما أن مسألة الانتقال بالمحضون من شأنها أن تكون سببا لإسقاط الحضانة عن المحضون إذا تبين له دائما أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه في موطن أبيه.

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا، فقد قضى بأن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب مخالف للشرع والقانون[5].

---

(1) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص. 877.

(2) المرجع نفسه، ص.878.

(3) السرطاوي محمود علي ، المرجع السابق، ص.239.

(4) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(5) غ.أ.ش، قرار رقم 59013 صادر بتاريخ 1990/02/19،(قضية: ن إ ضد: ف ب)، مجلة قضائية عدد 4، 1991، ص. 596.

أما عن موقف باقي التشريعات العربية، فإن المشرع المصري قد منع الأم أن تسافر بالولد المحضون إلى بلد أجنبي دون إذن الأب[1].

في حين نص المشرع المغربي في **الم 178** من **مدونة الأسرة المغربية** على ما يلي: " **لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان آخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط...**"[2].

ما نلاحظه من خلال هذه المادة، هو أنّ المشرع المغربي قد وضح أن الحضانة لا تسقط بانتقال الحاضنة بالمحضون، لكن إذا كان هذا الانتقال داخل المغرب فقط ولم يشر إلى الانتقال بالمحضون خارج المغرب.

أما عن موقف المشرع التونسي فنجد أن نص **الم 61** من **مجلة الأحوال الشخصية** قد نصت على ما يلي: " **إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها**"[3].

وما نلاحظه أن المشرع التونسي، اعتمد على معيار المسافة، بحيث أن سفر الحاضنة لمسافة بعيدة يجعل الأب عاجزا على القيام بواجباته، وبالتالي هذا يؤدي إلى سقوط الحاضنة عنها.

ثانيا: حق الزيارة

أشرنا من قبل أنّ الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين يعني إبعاده عن الآخر لكن هذا لا يمنع من

أن يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة فالصغير لا دخل له في الخلاف الذي حدث بين أبويه، بل هو ضحية طلاقهما فافتراق الأبوين عن بعضهما لوحده من شأنه أن يسبب له عدة أضرار فكيف لو قاموا بإبعاده تماما عن الآخر ولهذا ومن أجل جبر الضرر الذي سيلحق الصغير وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر، لأنه إذا كان الصغير بحاجة إلى أم ترعاه وتربيه وتقوم بشؤونه، فهو أيضا بحاجة إلى أب يراه ويعرفه ويمارس سلطته عليه[4].

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص. 596.

(2) مدونة الأسرة المغربية ، المرجع السابق.

(3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(4) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص.887.

فإذا كان المحضون عند أمه فلا يمكن لها منع أبيه من زيارته، وهي لا تجبر على إرساله إليه، ونفس الحكم إذا المحضون عند أبيه.

أمّا بالنسبة لأوقات الزيارة فإنّ رأي أغلب الفقهاء هو أن الزيارة لا تكون يومية، بل تكون يوما في عدة أيام كأصل، غير أنه إذا كان مسكن الأم قريبا من المحضون فلا بأس أن تقوم بزيارته يوميا.

كما تجدر الإشارة أن ما اتفق عليه بين أغلب الفقهاء هو أن حق الزيارة مقرر فقط لوالدي المحضون دون سواهما[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري، فباستقرائنا لنص **الم 64** من **(ق أج)** نجد أنها تنص على ما يلي: "...**و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** "[2].

فمن خلال نص المادة نستنتج أنّ المشرع الجزائري قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة، فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، أي حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك، مع العلم أن هناك قاعدة قانونية مفادها أن القاضي لا يمكن له أن يحكم بما لم يطلب الأطراف والمشرع في هذه المادة قد أخرج القاضي من هذه القاعدة[3].

وترك المشرع الجزائري تحديد أوقات الزيارة خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الأسبوع أو مرتين، غير أنه لا يجب أن تكون مرات الزيارة قليلة جدا إلى حد تضر بالصغير، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرق للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع[4].

وعادة ما تحدد أوقات الزيارة في عطلة نهاية الأسبوع، وهو الأنسب حسب رأينا لأنه في مثل هذه الأوقات يكون من تقرر له حق الزيارة غير منشغل (خاصة إذا كان عاملا)، كما لا يكون المحضون منشغلا بدراسته إذا كان مزاولا للدراسة، مما سيمكنهما من قضاء وقتهما معا دون أي عائق.

(1) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 249، 250.

(2) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) سعد فضيل، المرجع السابق، ص.297.

(4) غ.أ.ش، قرار رقم 59784، صادر بتاريخ 1990/04/06، مجلة قضائية، عدد 4، 1991، ص. 126.

وما نلاحظه في هذه المادة أنّ المشرع سكت عن أصحاب الحق في الزيارة، فكما أشرنا من قبل فإن معظم الفقه يرى أن أصحاب الحق في الزيارة هما الوالدان فقط، لكن القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا نجد أنه قد قرر بأن القضاء بحق الزيارة للجد تطبيق صحيح للقانون[1].

و منه نستنتج أن القانون الجزائري، لم يأخذ برأي الفقهاء الذين قالوا بأن الوالدان فقط هما من لهما حق الزيارة، بل يمكن الحكم بهذا الحق لأحد الأقارب غير الأبوين.

كما نلاحظ أنه لم تحدد المادة مكان الزيارة بل تركه يخضع للقاضي غير أنه لا يجوز أن يكون هذا المكان هو مكان إقامة الزوجة، وهذا ما استنتجناه في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث قضت بأن تحديد مكان حق الزيارة ببيت الزوجة بعد طلاقها أمر مخالف للقانون لأنها أصبحت أجنبية عنه[2].

أما عن موقف باقي التشريعات العربية، فقد نصت **الم 66 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية** على ما يلي: " **الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه لزيارة فكلفه الزيارة عليه...**"[3].

فقد اعترفت هذه المادة بصريح العبارة بحق الزيارة للطرف الذي لم تمنح له الحضانة، غير أنه إذا كان بعيدا عن المحضون وطلب نقله إليه، فإن تكاليف نقل المحضون يتحملها هو.

كما نصت **الم 180** من **مدونة الأسرة المغربية** على ما يلي: " **لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون** "[4].

وما نلاحظه من خلال هذه المادة هو أن حق الزيارة مقرر لأحد الأبوين فقط، كما أضافت **المادة 181** من نفس المدونة، أنه يمكن للأبوين أن ينضموا هذه الزيارة باتفاق بينهما، ويبلغان به المحكمة،

---

(1) غ.أ.ش، قرار رقم 189181، صادر بتاريخ 1998/04/21،(قضية:ش أ ضد: م س)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص. 194.

(2) قرار رقم 214290، صادر بتاريخ 1998/12/15،(قضية: م ن د ضد: ج ب)، اجتهاد قضائي ، عدد خاص، 2001، ص. 194.

(3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

وهو ما لم يقم به المشرع الجزائري وقد نصت **الم 163** من **القانون الأردني** على ما يلي: " **يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته** " [1].

ويتضح من هذا النص أنه إذا كان المحضون عند الحاضنة سواء كانت أمه أو غيرها فلأبيه و جده الحق في زيارته وما نلاحظه أيضا أن المشرع الأردني قد جعل الجد في مقام الأب في حق الزيارة.

و ما نخلص إليه في ختام هذا الفصل، أن الحضانة كونها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية لا تسند إلا لمن هو أهلا لها، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط فيه، كما أنها تمنح بالأولوية لأشخاص يعتبرون أشفق و ارأف على المحضون من غيرهم، كما انه و من اجل ممارسة الحضانة على أكمل وجه اتفق الفقهاء على ضرورة توفير نفقة للمحضون و سكن يأويه و غيرها من الآثار، أضف إلى ذلك أن الحضانة تعني إسناد الولد لأحد الأبوين أو غيره و إبعاده عن الآخر و بالتالي وجب الحكم للطرف الذي ابعد عنه المحضون بحق الزيارة.

(1) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

الفصل الثاني: دعاوى الحضانة وإشكالاتها

بعد التعرف على مفهوم الحضانة وآثارها في الفصل الأول سنحاول في هذا الفصل الثاني أن نشرع في التطبيقات القضائية للحضانة، وكذا إشكالاتها فالحضانة بصفتها أثر من آثار الطلاق، لا تخلو من الجانب التطبيقي، حيث أنه هناك عدة دعاوى يمكن أن ترفع أمام القضاء بشأنها، وهذه الدعاوى تنقسم إلى نوعين:

دعاوى مدنية: تتمثل في دعوى إسناد الحضانة، دعوى تمديد الحضانة، وأخيرا دعوى إسقاط الحضانة.

دعاوى جزائية: حيث أن هناك عدة أعمال يمكن أن يقوم بها سواء من أسندت له الحضانة، أو الغير، وبعض هذه الأعمال قد تشكل جرائم يعاقب عليها القانون وتتمثل هذه الجرائم أساسا في:

جريمة الامتناع عن تسليم الطفل، جريمة اختطاف المحضون، وجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

وهذا ما سنحاول إدراجه في المبحث الأول تحت عنوان دعاوى الحضانة، أما المبحث الثاني فسنخصصه لمعالجة بعض إشكالات الحضانة.

فالحضانة بالرغم من إحاطتها باهتمام كبير من قبل الفقه، وكذا القانون، إلا أنه مازالت تطرح بعض الإشكالات العالقة والتي تثير الكثير من الجدل والعديد من التساؤلات وأهم هذه الإشكالات: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون وإشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون.

المبحث الأول: دعاوى الحضانة

للحضانة نوعين من الدعاوى: أولها الدعاوى المدنية (دعوى إسناد الحضانة، دعوى تمديد الحضانة، دعوى إسقاط الحضانة)، وهو ما سنحاول إدراجه في المطلب الأول، أما النوع الثاني فيتمثل في الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة وتتمثل في: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل، جريمة اختطاف المحضون، جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية

لا تسند الحضانة إلى شخص ما مهما كان إلّا بموجب حكم قضائي كما لا يمكن إسقاطها عن من أسندت له إلّا بموجب حكم قضائي، كما يمكن في بعض الحالات تمديد مدة الحضانة بعد انتهائها أيضا باللجوء إلى القضاء، وهو ما سنحاول معالجته.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة

تعتبر دعوى الحضانة من الدعاوى المدنية السهلة إذا طلبها أحد الزوجين ولم يعارضه الطرف الآخر، لكنها في غير هذه الحالة من الدعاوي المعقدة نسبيا مقارنة ببعض الدعاوى المدنية الأخرى ويمكن أن تكون دعوى الحضانة في شكلين:

1- **الشكل الأول:** قد تكون دعوى تبعية لدعوى الطلاق، قد تثار بطريقة شفاهية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعة ويفصل فيها القاضي عند الفصل في دعوى الطلاق بحكم واحد.
2- **الشكل الثاني:** قد تكون أصلية يرفعها أحد الزوجين أو غيرهما ممن له الحق في الحضانة لوحدها أمام الجهة القضائية المختصة [1].

الشكل الأول لا يثير الكثير من الجدل لأنّه في مثل هذه الحالة سيتم الفصل في مسألة الحضانة تبعا لدعوى الطلاق، في حين أنّ الشكل الثاني هو الذي يهمنا أكثر فقد تستند الحضانة إلى شخص معين ثم يتوفى أو تسقط عنه لسبب من أسباب سقوط الحق في الحضانة، فيطلب شخص آخر الحكم بإسناد حق الحضانة إليه بموجب دعوى أصلية وبالتالي وجب عليه لاستصدار حكم الحضانة أن يقدم عريضة كتابية موقعة منه أو من المحامي أو تصريحا شفهيا إلى كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 366.

ويوضح فيها الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة وإثبات توفر شروطها فيه، مرفوقة بوصل دفع الرسوم القضائية وبكل الوثائق التي يمكن أن تساعده في دعواه.

وتجدر الإشارة إلى أنّ دعوى الحضانة يمكن أن تكون إستعجالية وذلك في حالة ما إذا كانت هناك دعوى الطلاق أمام قاضي الموضوع وتأخر أوطال الفصل فيها، بشكل قد يلحق ضررا بالمحضونين[1].

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

حسب **الم 65** من **(ق.أ.ج)** فإنها نصت على مايلي: " **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. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**"[2].

وما نستنتجه من خلال هذه المادة هو أنّ مدة الحضانة تنتهي بقوة القانون ببلوغ المحضون عشر سنوات إذا كان ذكرا وببلوغها سن الزواج إذا كانت أنثى وهو تسعة عشر سنة طبقا **للمادة 7** من نفس القانون والتي تنص " **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...**" [3].

إلا أنّ **المادة 65** من **(ق.أ.ج)** أتت بإستثناء وتتمثل في إمكانية تمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة، بحيث يمكن للحاضنة أن تلجأ إلى القضاء لتطلب من القاضي تمديد مدة الحضانة للولد من **10** سنوات إلى **16** سنة وذلك بتوفر الشروط التالية:

1- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، فيمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون ولا يمكن له أن يمددها إلى سن أكبر من 16 سنة.
2- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإن فاتت مدة السنة ولم تطلب التمديد ولم يكن لها أي عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد[4].
3- أن يكون الحاضن طالب التمديد هو أم المحضون نفسها.
4- ألّا تكون متزوجة بأجنبي غير ذي رحم محرم.

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 367.
(2) قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل والمتمم، المرجع السابق.
(3) المرجع نفسه.
(4) حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 63-64.

5- أن يكون المحضون ذكرا بحيث لا يجوز طلب تمديد مدة حضانة الفتاة مطلقا[1].

ولعلّ السبب في إباحة تمديد حضانة الذكر دون الفتاة، يرجع إلى أنّ مدة حضانة الفتاة طويلة مقارنة مع مدة حضانة الذكر، حيث أنّ هذا الأخير لا يزال يحتاج إلى عناية نسوية حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده.

أما عن موقف المشرع التونسي فنلاحظ أنه سكت عن مسألة تمديد الحضانة، في حين أن المشرع المغربي ومن خلال **المادة 166** من المدونة قد وضحت أنه لم يأخذ بتمديد مدة الحضانة إلى ما بعد سن الرشد[2].

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

طبقا **للمادة 66** من **(ق.أ.ج)** وبعض المواد التي أتت بعدها نجد أنّها قد تحدثت عن أسباب سقوط الحضانة عمن أسندت إليه بموجب حكم قضائي، فيمكن لأي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية أن يلجأ إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، ويقدم طلب بإصدار حكم بإسقاط حق الحضانة على من أسندت إليه من قبل ويجب فقط أن يثبت اختلال أحد أو بعض شروط الحضانة كزواج الأم بأجنبي.

ثم يطلب في نفس الوقت إسنادها إليه بعد أن يثبت توفر شروط الحضانة فيه شخصيا، فلا يجوز أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب إسنادها إلى الغير[3].

فإذا اختلت إحدى شروط الحضانة يمكن لمن تهمه مصلحة المحضون و الذي له صفة أن يرفع دعوى إسقاط الحضانة، لأنّ سقوط الحضانة لا بد فيه من حكم قضائي وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي عادة ما تكون تبعية ومنه سنحاول التعرف على أهم الحالات والأسباب التي يمكن من خلالها رفع دعوى إسقاط الحضانة وهذه الحالات قد تم النص عليها في قانون الأسرة الجزائري و هي:

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 298-299

(2)حميدو زكية، المرجع السابق، ص.62.

(3) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 370.

الحالة الأولى:

هي الحالة المنصوص عليها في **المادة 66 من (ق.أ.ج)** وهي سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، فإذا تزوجت الحاضنة أثناء قيامها بحضانة الأطفال برجل أجنبي عنهم سقط حقها بحكم القانون وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن لهم الحق في حضانة الأطفال.

الحالة الثانية:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه وذلك بأن تسند المحكمة حضانة الطفل لأحد مستحقيها ثم يعلن تنازله عنها بتقديم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر ففي هذه الحالة يسقط حقه بحكم القانون ويكون بذلك الحكم الصادر من القضاء بسقوط الحضانة حكما مقررا للسقوط وليس منشئا له، مع الملاحظة أنّ المشرع الجزائري اشترط أن لا يكون التنازل مضرا بمصلحة المحضون، فإذا كان مضرا بالمحضون فإنه لا يعتد به وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد القرارات[1]).

الحالة الثالثة:

ما نصت عليه **المادة 67 من (ق.أ.ج)** وهو سقوط الحضانة عند اختلال الشروط المنصوص عليها في **المادة 62 من (ق.أ.ج)** سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، كأن لم يقم بواجباته نحو المحضون بحيث تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية و لم يعد أهلا للحضانة، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد المستحقين، لكن يجب عليها دائما أن تراعي مصلحة المحضون قبل الحكم بإسقاط الحضانة.

الحالة الرابعة:

الحالة المنصوص عليها في **المادة 68 (ق.أ.ج)** والتي جاءت كما يلي:" إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " [2].

يفهم من خلال هذه المادة أنّ دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، فإذا لم يطلبها في هذه المدة فإنه يعتبر تنازل ضمنيا عن حقه وبالتالي فإنّ حقه يسقط بقوة القانون.

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.300-301.

(2) أمر رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

ومثال ذلك: إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذا الحال أكثر من سنة، فإنه لم يعد من حق الأم ولا غيرها أن يطالبوا بها أمام المحكمة[1].

لكن قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا ومع ذلك لا يسقط الحق في المطالبة بالحضانة وذلك إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول، كأن يكون جاهلا بأنّه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة[2]. غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار دائما مصلحة المحضون.

الحالة الخامسة:

ما ورد في **المادة 70 من (ق.أ.ج)** وهو سقوط حق الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، ومن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج شروط إسقاط الحضانة لهذا السبب وهي:

1- يجب أن تكون الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته (أم الأم).

2- أن تقيم هذه الخالة أو الجدة بالمحضون مع أمه إقامة مستمرة.

3- أن تكون الأم متزوجة برجل أجنبي عن المحضون[3].

الحالة السادسة:

الحالة المنصوص عليها في **المادة 69 من (ق.أ.ج)**، حيث يمكن للقاضي أن يحكم بإسقاط الحضانة في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي فالمسألة جوازية للقاضي، فهو الذي سيقرر فيما إذا كان سيثبت الحضانة أم يحكم بإسقاطها انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون[4].

ومن أجل رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة لا بد من توفر الصفة والأهلية والمصلحة في المدعي، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في **المادة 64 من (ق.أ.ج)**، و المصلحة التي يجب أن تراعى هي مصلحة المحضون، ويكون الاختصاص لمحكمة ممارسة الحضانة[5].

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.301.

(2) تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص.880.

(3) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 302.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.389.

(5) سعد عبد العزيز،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص. 126.

المطلب الثاني: الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة

قد تنجر عن مخالفة أحكام الحضانة عدة جرائم وتتمثل هذه الجرائم في جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل، حيث علمنا سابقا أنّ إسناد الحضانة يكون بموجب حكم قضائي وبالتالي عدم تسليم المحضون إلى حاضنه يعتبر جريمة وكذا جريمة اختطاف المحضون من حاضنة، أما الجريمة الثالثة فتتمثل في جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل

نصت على هذه الجريمة **المادة 327** من **(ق.ع.ج)** كالتالي: " **كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات**" [1].

كما جاء في **المادة 328** من نفس القانون ما يلي: " **يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...**" [2].

وبالتالي قد جرمت هاتين المادتين عدم تسليم الطفل الذي قضي في شأن حضانته بحكم قضائي غير أنه لا تقوم هذه الجريمة إلّا بتوفر شروط وركنين مادي ومعنوي وتتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون الطفل قاصرا، وبما أن الأمر يتعلق بالحضانة فوجب الرجوع إلى قانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر إستنادا لانقضاء مدة الحضانة.

وبالرجوع إلى نص **المادة 65** من **(ق.أ.ج)** نجد أنها قد نصت على أنّ الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر **16** سنة كحد أقصى (إذا تم تمديدها)، وببلوغ الأنثى سن الزواج وهو **19** سنة حسب **المادة 7**

---

(1) أمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.
(2) المرجع نفسه.

من **(ق.أ.ج)**، وعليه فإن القاصر المقصود هنا هو من لم يبلغ سن **16** سنة بالنسبة للذكر وسن **19** بالنسبة للأنثى[1].

أما أركان الجريمة تتمثل في:

1- الركن المادي.

المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي، وقد قضت المحكمة العليا بأن الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ.

2- الركن المعنوي.

يتمثل الركن المعنوي في ضرورة توافر القصد الجنائي والمتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذ هذا الحكم.

غير أنه يمكن لمن امتنع عن تسليم الطفل أن يحتج بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل، وإصراره على عدم مرافقة من أسندت له الحضانة وهذه المسألة لم يعالجها المشرع الجزائري، كما لم ترد بشأنها قرارات قضائية، إلا أنّ القضاء الفرنسي قد رفض هذه الحجة مبررا أو عذرا قانونيا[2].

وهناك من أقر أنه إذا حاول الحاضن قصارى جهده لإقناع المحضون بالذهاب إلى حاضنه فإنه لا تقوم الجريمة لأن العبرة بسوء نية الحاضن[3].

أما عن موقف المشرع المغربي، فنجد أنّ القانون الجنائي المغربي يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من امتنع عن تقديم طفل إلى شخص له الحق في المطالبة به.

كما أورد المشرع التونسي مادة واحدة جرمت فعل عدم تسليم المحضون.

(1) بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 171-172.

(2) المرجع نفسه، ص. 173.

(3) حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 206.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون

نصت على هذه الجريمة **المادة 328** من **(ق.ع.ج)** والتي وردت كما يلي: "....**وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو ابعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف**" [1].

ونستنتج من خلال هذه المادة أنّ اختطاف المحضون من حاضنته يعتبر جنحة معاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري.

و كما أشرنا في الجريمة السابقة، فإن هذه الجنحة أيضا لا تقوم إلّا بتوافر شروطها وكذا الركنين المادي والمعنوي.

و ما استنتجناه أن شروط هذه الجريمة هي نفسها شروط جريمة الامتناع عن تسليم الطفل وبالتالي لا داعي لإعادة ذكرها.

والاختلاف الوحيد بينهما يكمن في الركن المادي، المتمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها، أو حمل الغير على خطف الغير أو إبعاده عن المكان الموجود فيه و لا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير.

و هناك عدة صور لجريمة اختطاف المحضون، فهناك صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه حضانته وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل: المدرسة ودار الحضانة وما شابهها.

فالأصل في هذه الجريمة أنها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسندها إلى الآخر، ولكنها تنطبق أيضا على كل من له الحق الحضانة غير الوالدين كالجدة، الخالة والأقربين[2].

(1) أمر رقم 66-156، متضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(2) بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص. 173.

كما نستنتج أن هذه الجريمة قائمة حتى ولو لم يتم الخطف بطريق التحايل، بل يكفي أن يكون الخطف بإغراء الطفل[1].

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيتمثل في القصد الجنائي والذي أشرنا إليه في جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

تعتبر جريمة الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة جنحة معاقب عليها، فليس من حق الأم الحاضنة عرقلة زيارة الأب ابنه أو العكس، فإذا منعت الأم الحاضنة الأب من زيارة ابنه جاز له رفع دعوى إلى قاضي الأمور المستعجلة[2].

لقيام هذه الجريمة يجب توفر الشروط التي سبق ذكرها في الجريمتين السابقتين و توفر الركن المادي والمتمثل في منع الحاضنة لمن تقرر له حق الزيارة من ممارسة حقه ويجب أيضا توفر الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي وهو علم الجاني بالحكم القضائي ونيته في معارضة تنفيذ الحكم.

وقد قضي بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم الذي صدر حكم قضائي لمصلحته يقضي له بحق الزيارة[3].

وقد جعل المشرع المغربي تنفيذ حكم الزيارة من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة خلافا لما ذهب اليه المشرع التونسي والذي لم يدرجه ضمن الأمور المستعجلة، بل جعله أمرا اختياريا.

وما يمكن قوله أنّ ما ذهب إليه المشرع المغربي أكثر حرصا على مصلحة المحضون وأكثر رعاية لمصالحه[4].

فباستقرائنا لنص **المادة 64 (ق.أ.ج)** التي سبق الإشارة إليها قد نصت أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

---

(1) حميدو زكية، المرجع السابق، ص.205.

(2) المرجع نفسه، ص.203.

(3) بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص.173

(4) حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 203-204.

و تتمثل عناصر جنحة الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة في:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل
- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، ومنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.
- أن يكون الامتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، وعليه فإذا توفرت هذه الشروط فإنّ الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جريمة.

المبحث الثاني:إشكالات الحضانة

إن موضوع الحضانة باعتباره من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية فهو لا يخلو من المشاكل العملية ويمكن حصر هذه المشاكل التي تصادف القضاة في عملهم في:

إشكالية مراعاة مصلحة المحضون، وإشكالية الكافرة ومسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون.

المطلب الأول: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان ومراعاة حقوق الطفل والتكفل به، والطريقة التي انتهجتها التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون التي يفصل من خلالها القاضي في موضوع الحضانة.

وعليه سنحاول في هذا المطلب تحديد معنى هذه القاعدة وسلطة القاضي في تقديرها مع إدراج ما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

لجأ العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مصلحة المحضون ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد الامام أبو حامد الغزالي والذي عرفها بأنها: " عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإنّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة وإذا أطلقنا المعنى المحيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس"[1].

عرفها الخوارزمي بأنّها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق، كما عرفها أحد الفقهاء بالقول بأنّها كل أمر أنيط بتحقيقه نفع ما فهو مصلحة، وما نلاحظه من خلال هذه التعاريف هو أنّ الفقهاء في الحقيقة كلهم اتفقوا على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون و لكنّهم في الحقيقة تفاوتوا بين مفصل في أنواع المصلحة مثل الإمام الغزالي و هي المصالح الضرورية(الدين، النفس، العقل، النسل،

(1) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324هـ، ص. 286-287.

المال) و غيره ممن ذكر الضابط و المعيار العام، فمصلحة المحضون هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، فالتشريع الإسلامي يعمل على تحقيق المصالح سواء كانت فردية أو جماعية، وتبقى مصلحة الطفل في الدرجة الأولى[1]).

أما قانونا، فلم يتم إدراج أي مادة تتضمن تعريفا لمصلحة المحضون، بل اكتفى بتوظيف لفظ المصلحة و هو ما يستدعي اللجوء إلى الفقه الإسلامي و ذلك بالاستعانة **بالمادة 222(ق.أ.ج)**

ونفس الشيئ بالنسبة لباقي القوانين المغاربية الأخرى، فقد اكتفى المشرعون المغاربيين بإحالة القاضي إلى الرجوع إلى مصلحة المحضون في كثير من الأمور المتعلقة بالحضانة دون أن يقوموا باقتراح معايير تساعده في تقدير هذه المصلحة.

وترى الدكتورة حميدو زكية بأنّ عدم تحديد كل العناصر المكونة للمصلحة من طرف المشرعين كان في محله، لأنّ مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات، فما كان يمثل مصلحة المحضون بالأمس لم يعد كذلك اليوم، فالمشرع يضع القواعد عامة ومجردة والقاضي يفسرها ويفصل حسب كل حالة على حدى[2].

ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون يضبطها، إلا أنه هناك مميزات وخصائص تنفرد بها يمكن إبرازها و هي:

- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون شخصية وذاتية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لطفل في السابعة من عمره.
- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست ثابتة بل هي قابلة للتغيير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر[3].

وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته، ويحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان:

- **أولهما:** تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية

(1) حميدو زكية، المرجع السابق، ص.69-70، 73.
(2) المرجع نفسه، ص.78.
(3) حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.78.

- **ثانيهما:** تحقيق الأمن و الإستقرار النفسي والعاطفي للطفل[1].

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في المواد المعالجة لموضوع الحضانة ويمكن إبرازها في النقاط التالية:

– عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جعل المشرع الأم أولى بالحضانة، لكنه ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما نصت عليه **المادة 64 (ق.أ.ج)** التي سبق الإشارة إليها، وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي:

" من المستقر عليه قضاء أنّ الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون" [2]).

فقد أقر القضاء بأنّ إسناد حضانة الولد لأبيه مراعاة لمصلحة المحضون تطبيق صحيح للقانون رغم أن الأصل في الحضانة أنها تثبت للأم.

– أما **المادة 65** من **(ق.أ.ج)** عند الإشارة إلى انقضاء مدة الحضانة حيث نصت على ما يلي:

" **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية**

على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[3].

فقبل الحكم بانقضاء مدة الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: " حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأنّ قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص **المادة 74** من قانون الأسرة

(1) حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.78.

(2) غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 153640، مؤرخ في 1997/02/18، المجلة القضائية عدد 1، 1997، ص.39، نقلا عن العيش فوضيل ، المرجع السابق، ص.63.

(3) أمر رقم 84–11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط **المادة 65 من قانون الأسرة** "[1].

وما يمكن قوله حول مسألة انتهاء مدة الحضانة هو أن المشرع لم ينص ولم يتحدث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، رغم أنّ الفقهاء المسلمين قد اهتموا كثيرا بهذه المسألة إلا أنّهم لم يأتوا لنا برأي واحد متفق عليه بل جاؤو بآراء مختلفة، فمنهم من قال بأنّ الولد المحضون يعود إلى أبيه بحكم الشرع وليس له حق الخيار بين أبويه، في حين هناك من يقول بأنّ المحضون يخيّر بين اللجوء إلى أبيه أو إلى أمه[2].

وحسب رأي الأستاذ عبد العزيز سعد فإنّه يرى أنّه من الأفضل أن يخير المحضون بين الإقامة مع أمه أو مع أبيه، فمن حقه أن يختار الإقامة في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه ويشعر بأن مصلحته بجانبه، على أن يبقى للأب حق الإشراف على حياة المحضون ومراقبة تصرفاته.
وهو الأنسب حسب رأينا، لأن المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة يكون في سن تسمح له بأن يدرك مع أي منهما يرتاح أكثر وبالتالي فمن حقه أن يختار الإقامة في مكان يراه أنسب وأصلح له.

وهناك مشكل أيضا يمكن الإشارة إليه وهو ما يخص سن انتهاء حضانة الفتاة، فقد نص المشرع في **المادة 65** من **(ق.أ.ج)** السالفة الذكر بأنه تنتهي حضانة الفتاة ببلوغها سن الزواج، وسن الزواج حسب قانون الأسرة هو 19 سنة كاملة[3].

لكن حسب رأينا كان من الأفضل أن تبقى حضانة الفتاة إلى غاية زواجها والدخول بها، أي كان من الأفضل أن يأخذ المشرع الجزائري بموقف الإمام مالك، لأنه إذا قلنا بأنّ سن انتهاء حضانة الفتاة هو سن الزواج (أي 19 سنة)، فإذا لم تتزوج الفتاة في هذا السن فما مصيرها، خاصة وأنه في وقتنا الحالي الفتاة في هذا السن تكون لا تزال تزاول دراستها، وبالتالي فهي لا تزال بحاجة إلى حاضن يحضنها ويتولى أمورها ويرعاها.

– كما أشارت **المادة 66** من **(ق.أ.ج)** إلى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وذلك عند سقوط حضانة الأم بزواجها بغير قريب محرم أو بالتنازل عنها، فإذا كان سقوط الحضانة عن الأم سيضر بالمحضون فإنّ حضانتها تبقى قائمة حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم مراعاة لمصلحة المحضون التي

(1) غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 257693، صادر بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2002، ص.436.

(2) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.299.

(3) أنظر المادة 7 من الأمر 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

تقتضي ذلك، كما أنه لا يعتد بتنازل الأم عن حضانة أولادها إذا كان هذا التنازل سيضر بمصلحة المحضون.وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: " ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم قد طبقوا صحيح القانون"[1].

ففي هذه الحالة تجبر الأم على حضانة أولادها لأنّ مصلحتهم تقتضي ذلك ولا تسند حضانتهم إلى غيرها فقط لمجرد أنها لا ترغب في ذلك.

– ونصت أيضا **المادة 67** من **(ق.أ.ج)** على أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون عند اختلال أحد الشروط، فيفهم منها أنه حتى وإن لم تتوفر إحدى الشروط الواجب توفرها في الحاضن إلا أنّ الحضانة تبقى إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فحماية الطفل أولى من اختلال الشرط.

– إضافة إلى ما نصت عليه **المادة 69** من **(ق.أ.ج)**، وهو مراعاة مصلحة المحضون عند إسنادها إلى شخص يستوطن في الخارج، حيث تركت مسألة إثباتها أو إسقاطها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى القاضي أنه من مصلحة المحضون الانتقال إلى الخارج مع حاضنه فإنه يثبت الحضانة له، أما إذا رأى أنه من مصلحة المحضون الاستيطان في بلده حكم بسقوط الحضانة عن الحاضن وإسنادها إلى من هو أحق بها بعده، وعليه ومن خلال كل ما قلناه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أو إسقاطها، وقد أخضع المشرع هذه القاعدة للسلطة التقديرية للقاضي.

(1) غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 189234 مؤرخ في 1998/04/21، (قضية: ردن ضد: ع م)، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.175.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية لمراعاة مصلحة المحضون عند إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، فيجب أن تكون مصلحة المحضون فوق كل اعتبار وأسمى من كل شيئ.

وتختلف مصلحة المحضون من قضية إلى أخرى ومثال ذلك: ما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا أين أقر القضاة بأن إسناد الحضانة إلى الجدة لأم تطبيق صحيح للقانون، على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها وأنّ مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيه[1].

في حين اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر أنّ إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم تطبيق صحيح للقانون كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك، مؤسسين على ذلك أنّ الحضانة أثر من آثار الطلاق وليس من آثار الوفاة، وأنّ مصلحة البنت المحضونة تكمن في بقاء البنت في بيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها، مبينين أنّ الطاعنة مسنة وغير آهلة للقيام بالحضانة حسب مقتضيات **المادة 2/62** من **(ق.أ.ج)**[2].

ونلاحظ من خلال هذين القرارين أنه رغم تشابه الوقائع إلا أنّ الأحكام كانت مختلفة ففي كل قضية حكم القاضي وفقا لقناعته وبحسب ما رآه أنه أصلح للمحضون.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون وجب عليه اللجوء إلى عدة وسائل أهمها:

- **التحقيق والمعاينة:** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون كما يمكن له الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين ويمكن أيضا أن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو الاعتماد على تقرير المرشدة الاجتماعية.
- **الانتقال للمعاينة:** فيمكن للقاضي أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعرفة الظروف التي يعيش فيها المحضون كمدى قرب السكن من المدرسة وبعده وحالة المسكن والحي الذي يعيش فيه، فيعتمد على هذه الأمور عند تقريره إسناد الحضانة.

---

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 178086، مؤرخ في: 23/ 1997/12، نشرة القضاة، العدد 56، 1997، ص.33.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 256629 بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص.421.

- **الاستماع إلى أفراد العائلة:** فيمكن للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو أحد أفراد العائلة وذلك من أجل جمع المعلومات التي تساعده على ترجيح رأيه، في حين أنّه لا يتم سماع شهادة الأبناء المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم[1].

على الرغم من تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في إصدار أحكام متعلقة بالحضانة إلا أنّه تعتريه بعض الصعوبات أحيانا في اختيار الحكم الصائب ومن بين هذه الصعوبات عدم تجزئة الحضانة في حالة تعدد المحضونين فما هو مستقر عليه شرعا وقانونا هو أنّ حضانة الأطفال في حالة تعددهم تسند لشخص واحد.

وقد انتقد البعض هذا الأمر (إسناد الحضانة لحاضن واحد) كون أن مصلحة الأطفال تختلف باختلاف أعمارهم، فما يكون أصلح للطفل عمره سبع سنوات لا يكون أصلح لطفل الرضيع.

المطلب الثاني: إشكالية حضانة الكافرة والمسؤولية عن أفعال المحضون

تعتبر إشكالية حضانة الكافرة للمسلم من أكثر الإشكالات تعقيدا لعدم وجود رأي متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وعليه سنحاول في هذا المطلب معالجة هذه الإشكالية ومعرفة مختلف آراء الفقهاء فيها،كما أن الصغير قد تصدر منه بعض التصرفات التي قد تؤدي إلى إحداث أضرار للغير، و عليه يثار الإشكال فيمن سوف يكون المسؤول عن هذه الأفعال التي قام بها.

الفرع الأول: إشكالية حضانة الكافرة للمسلم

الحضانة كما أشرنا من قبل أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو غيرها من أسباب الانحلال، إلا أنّه قد يكون الولد مسلما تبعا لأبيه وتكون أمه كافرة أو كتابية، فهل يمكن لهذه الأم الغير مسلمة أن تحضن ولدها المسلم أم لا؟ وقد اختلف الفقهاء كثيرا في هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، وقد انقسموا إلى فريقين:

(1) حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص.86.

الفريق الأول: مذهب أبي حنيفة ومالك

أصحاب هذا الفريق يقولون بأنّ حضانة الكافرة للمسلم أمر جائز، فقد ذهب المالكية إلى القول بأنّ كون الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غير ذلك لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنه، سواء كان الحاضن رجلا أو امرأة، لكن إذا خيف على المحضون من الحاضن فإنه يضم إلى المسلمين ليراقبوه ولا تنزع حضانته من الحاضن.

أما الحنفية فقد فرقوا بين حضانة الرجال والنساء، فإذا كانت امرأة فلا يشترط فيها أن تكون متحدة في الدين مع المحضون، أما إذا كان الحاضن رجلا فيشترط أن يكون دينه نفس دين المحضون[1].

فإسلام الحاضنة ليس بشرط لاستحقاقها للحضانة، لأن شفقة الأم على ابنها لا تتأثر باختلاف الدين، فإن كانت الأم كتابية وكان زوجها مسلم فإن حقها في حضانة ابنها يبقى قائما إلا إذا اتضح أن في بقائه معها خطر، كأن تبدأ في تعليمه لتعاليم دينها، أو تذهب به إلى معابدها لأنّها في هذه الحالة تفقد شرط الأمانة الواجب توفره في الحضانة [2].

وقد استدل أصحاب هذا الفريق على جواز حضانة الكافرة بما يلي:

ما رواه أبو داوود عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان: " **أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم: أقعد ناحية، وقال لها: أقعدي ناحية، وقال لهما: أدعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أهدها، فمالت الصبية إلى أبيها** "[3].

فهذا الحديث دل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم خير الأب المسلم والأم الكافرة في ابنتهما، وهذا التخيير يثبت شرعية حق الأم في الحضانة وإن كانت كافرة، وهذا يدل على أنّه لا أثر لاختلاف الدين على الحضانة.

الحجة الثانية: حسب أصحاب هذا الفريق أنّ الحضانة شرعت لأمرين هما: الرضاع وخدمة الرضيع، والأم أوفر شفقة على ولدها وأقدر من غيرها على حفظه وخدمته.

---

(1) ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2004-2005، ص. 78.

(2) التكروري عثمان، المرجع السابق، ص.271.

(3) أخرجه أبو داوود، كتاب الطلاق: باب إذا أسلم أحد الأبوين برقم 2244.

الفريق الثاني: مذهب الشافعي وأحمد

وأصحاب هذا الفريق يرون بأنّه لا تثبت حضانة المسلم لكافر وقد كانت حجتهم في ذلك بما يلي:

– أنّ الحضانة نوع من الولاية و لا تثبت ولاية الكافر على المسلم، فالله عز وجل قد جعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم أولياء بعض وفي هذا قال عز وجل: " **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** " [1].

– أنّ الحاضن يحرص على تربية الطفل على دينه وأن ينشأ ويتربى عليه مما قد يؤدي إلى تغييره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده، فالحضانة يراعي فيها مصلحة الولد، فلا تشرع لمن هو كافر يكون سببا في هلاك الحاضن وهلاك دينه وبالتالي فإنّ كفر الحاضنة أو الحاضن مانعا من حضانة الولد المسلم[2].

وأمام هذا الاختلاف الفقهي حاولنا معرفة موقف المشرع الجزائري إلا أننا لم نجد أي مادة تحسم الأمر بشكل صريح، فالمادة الوحيدة التي وجدنا فيها إشارة للموضوع هي **المادة 62 (ق.أ.ج)** والتي نصت على مايلي: " **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.**

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "[3].

فهذه المادة قد اشترطت تربية الولد على دين أبيه فإذا كان الأبوين من نفس الدين أي مسلمين فلا يطرح أي إشكال لكن في حالة كون أحد الأبوين مسلم والثاني كافر هنا يطرح الإشكال، فإذا كانت الأم كافرة والأب مسلم فكيف يمكن أن تربيه على دين أبيه؟ فهذه المادة لم تعطي لنا أي حل.

أما بالنسبة لموقف القضاء فقد ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي:

"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف – في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا

(1) سورة النساء، الآية 141.

(2) ميرة وليد، المرجع السابق، ص.70–71.

(3) قانون رقم 84–11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق

أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبح يافعين، إلا أنّهم أخطؤو بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا "[1].

نستنتج من خلال هذا القرار أنّ القضاء قد أقر بحضانة الأم ولو كانت كافرة ومنه يمكن القول بأنه قد أخذ برأي الإمام مالك الذي أجاز حضانة الكافرة للمسلم.

وحسب رأينا، فإننا نحبذ لو أنّ المشرع الجزائري أخذ بالرأي الآخر، أي الرأي الذي يقول بعدم جواز حضانة الكافرة للمسلم، لأنّ القول بجواز حضانة الكافرة يتناقض مع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون المنصوص عليها تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، فكيف يتعلم المحضون تعاليم دين الإسلام ومن أين يتعلم حدود ما أنزل الله على رسوله عليه الصلاة و السلام إن كان من يحضنه كافرا، فحسب رأينا إن كان قد قيل بعدم جواز حضانة الفاسق فإنه أيضا يجب القول بعدم جواز حضانة الكافر لأن الصغير ناشئ العقل، تنطبع على نفسه أي صورة يراها، وتنشأ في قلبه أية عقيدة يتلقاها.

و هناك من يقول أنّه لا بأس أن تسند حضانة الصغير لكافرة شرط أن تربيه على الدين الإسلامي، وهذا القول حسب رأينا مستحيل، لأنّ هذه الكافرة لو كانت عالمة بتعاليم الدين الإسلامي حق المعرفة ولديها نية لتربية المحضون عليه لأسلمت هي أولا ولما بقيت كافرة، فلا يعقل لكافرة لا تصلي ولا تصوم أن تأمر ابنها الصغير بالصلاة في سبع سنوات وبالصوم عند البلوغ.

وبالتالي حسب رأينا فمن مصلحة الصغير أن تسند حضانته لحاضن مسلم ومن الأجدر على المشرع لإزالة هذا الإشكال إعادة صياغة نص **المادة 62** من **(ق.أ.ج)** وذلك باستبدال عبارة دين أبيه بعبارة دين الإسلام، وتكون صياغتها كالتالي: " **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين الإسلام والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.**

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

تدخل مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة ضمن المسؤولية الناشئة عن فعل الغير، وهي مسؤولية من طبيعة خاصة وهذا المبدأ في بعض الأحيان يكون عسير على الضحية خاصة إذا

(1) غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 2221، بتاريخ: 13 مارس 1989، (قضية : ب ج ضد: ج أ)، مجلة قضائية عدد 1، 1993، ص.48.

كان المحضون غير مميز لأنه لا يمكن إثبات الخطأ من جانبه، وسنحاول معالجة هذه الإشكالية كما يلي:

أولا: مسؤولية المكلف بالرقابة

إن فعل الخاضع للرقابة هو من أفعال الغير المنشئة للمسؤولية المدنية، فهو يحمل مسؤولية تعويض الأضرار التي يتسبب فيها الغير، وقد جاء في نص **المادة 134** من **(ق.م.ج):** " **كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار**

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أنّ الضرر كان لابد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية" [1].

ومن خلال هذه المادة يمكن استخلاص الشروط التي تتحقق بها مسؤولية متولي الرقابة وتتمثل هذه الشروط في:

1- تولي الرقابة:

تتحقق مسؤولية متولي الرقابة إذا قام الالتزام بالرقابة ومصدر هذا الالتزام كما نص عليه في **المادة 134** من **(ق.م.ج)** قد يكون قانونا مثل تولي الأب رقابة ابنه، كما قد يكون اتفاقا كتولي مدير المستشفى الأمراض العقلية رقابة المرضى فلا يكفي أن يتولى شخص رقابة شخص آخر حتى يكون مسؤولا عنه، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاقي بتولي هذه الرقابة. وتكون أسباب هذا الالتزام كما ورد في **الم 134** من **(ق.م.ج)** إما بسبب قصره أو بسبب حالته الجسمية أو العقلية، فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب سنه، أي أن الولد لم يبلغ سن الرشد وهو **19** سنة حسب **المادة 40** من (ق. م. ج) والتي تنص " **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.**

وسن الرشد 19 سنة كاملة "[2].

ومن ثم يتحمل الأب أو الأم المسؤولية المترتبة عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها. وعند ترشيد القاصر يتخلص الرقيب من المسؤولية إلا إذا استطاع المضرور أن يقيم الدليل على خطأ الأب أو الأم الشخصي بترشيد ولده القاصر قبل الأوان.

---

(1) أمر رقم 75/ 58، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه.

والمجنون والمعتوه وذو الغفلة بحاجة إلى الرقيب بسبب حالتهم العقلية، في حين يكون الأعمى والمقعد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية، فهؤلاء يخضعون لرقابة الآباء أو أولياء النفس بحكم القانون، في حين يخضع المرضى لرقابة عمال المستشفى كالمدير والممرض بحكم الاتفاق[1].

2- صدور عمل غير مشروع:

يعتبر الفعل الضار شرطا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية ولا بد أن يحدث هذا الفعل ضرر للغير لتحقق مسؤولية متولي الرقابة فيجب أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة، فالعمل الغير المشروع يجب أن يقع منه لا أن يقع عليه. فمسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مفترضة تقبل إثبات عكسها، و حتى تتحقق مسؤولية الخاضع للرقابة يجب إثبات خطأ من جانبه طبقا للقواعد العامة وقد تتحقق المسؤولية عن طريق افتراض خطأ من جانبه طبقا للقواعد العامة، وقد تتحقق المسؤولية عن طريق افتراض خطأ من جانبه، ومتولي الرقابة لا يكون مسؤول على أساس خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس، بل تقوم على أساس خطأ ثابت أو خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ومتى تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة قامت إلى جانبها مسؤولية متولي الرقابة.

لكن قد يكون الخاضع للرقابة غير مميز فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه، وهنا يكفي توفر العنصر المادي للخطأ وهو التعدي دون الحاجة للركن المعنوي وهو التمييز.

وما يلفت النظر في مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال غير المميز خلافا للمسؤولية عن أعمال المميز، أنها مسؤولية أصلية لا تبعية، ذلك أنّ مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية تقوم بقيام مسؤولية الشخص الموضوع تحت الرقابة، أمّا إذا كان غير مميز فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسؤوليته قد تحققت وتتحقق تبعا لها مسؤولية متولي الرقابة، والواجب أن يقال أن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية أصلية قامت مستقلة وأساسها خطأ مفترض من جانب المسؤول ولا تسند هذه المسؤولية إلى مسؤولية غير مميز[2].

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 1125-1126.

(2) المرجع نفسه، ص. 1132-1133-1134.

ثانيا: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون

سنحاول البحث في هذه الإشكالية من خلال القانون المدني و قانون الأسرة

1- مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون الضارة في ضوء القانون المدني:

كما نعلم فإن القانون المدني الجزائري قد طرأ عليه تعديل و كانت المواد المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير من بين المواد التي مسها تعديل 2005 و عليه سنحاول دراسة مسؤولية الأم عن أفعال ابنها في ضوء القانون المدني قبل التعديل و بعد التعديل.

أ- مسؤولية الأم الحاضنة في ضوء القانون المدني قبل التعديل:

نصت **الم 135من(ق.م.ج)** قبل إلغائها على ما يلي: "**يكون الأب و بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين، و المؤدبين، و أرباب الحرف، مسؤولان عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم. غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين...**"[1].

حسب هذه المادة فإنّ الأم لا تسأل عن أفعال ابنها المحضون الضارة إلاّ بعد وفاة الأب، فهو الذي يتحمل المسؤولية عن أفعال ابنه طالما أنه على قيد الحياة.

لكن ما هو منصوص عليه في **الم 135(ق.م.ج)** قد يتعارض مع الواقع، إذ يمكن للضحية أن تطالب بمسؤولية الأب و الأم في آن واحد، فتطالب الأب بالمسؤولية بصفته أبا**(طبقا للم 135من ق.م.ج)** و تطالب الأم بصفتها متولية الرقابة **(طبقا للم 134من ق.م.ج)**.

كما قد تكون الأم هي المسؤولة الوحيدة رغم وجود الأب و ذلك لأنّ **الم135** قد أتت بشرط ثالث لإثبات المسؤولية، فبالإضافة لشرط تولي الرقابة و شرط العمل الغير مشروع أضافت هذه المادة شرط المساكنة فحسب المادة لقيام مسؤولية الأب أو الأم يجب أن يكون الولد ساكنا معه أو معها و هنا يكمن الإشكال، فإذا آلت الحضانة للأم ينتفي بذلك شرط المساكنة بالنسبة للأب و بالتالي هل تبقى المسؤولية للأب رغم انتفاء الشرط أم تكون المسؤولية على الأم باعتبارها حاضنة و متولية الرقابة؟

بالرجوع إلى نص **المادة 38 من (ق.م.ج)** نجدها تنص على ما يلي:"**موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا**

(1) أمر رقم 75-58، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"[1].

يتبين من خلال المادة أن موطن القاصر هو موطن الأب لأنه هو الذي ينوب عنه قانونا.

لكن بالرجوع الى **الم 135(ق.م.ج)** نجد أنها قد نصت على المساكنة، فهل تعني بها الإقامة أم الموطن؟

فإذا كانت تعني الإقامة فهي متوفرة في الأم إذاً هي التي تكون مسؤولة عن أي فعل ضار يقوم به المحضون، أما إذا كانت تعني الموطن فهو متوفر في الأب و بالتالي يكون هو المسؤول عن أفعال المحضون، و قد نصت **الم 135(ق.م.ج)** أنه حتى تتحقق مسؤولية الأم يجب أن يكون الأب متوفى.

و ما يمكن استخلاصه من هذه المواد أنه إذا تعذر مساءلة الأب استنادا **للم135(ق.م.ج)** لتخلف شرط المساكنة كون أنّ الابن محضون من طرف والدته تسأل هذه الأخيرة على أساس مسؤولية متولي الرقابة المنصوص عليها في **الم 134(ق.م.ج)**.

و قد نصت **الم 2/125(ق.م.ج)** قبل إلغائها على ما يلي:"...**غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم** "[2].

من خلال هذه المادة يظهر لنا إشكال و هو في حالة تعذر الحصول على تعويض من الحاضن، فمن أين يمكن للقاضي الحكم بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق بالضحية؟

و يمكن القول أنّ هذه المادة قد أعطت لنا حل، فقد فسّرت أنّه إذا كان المحضون عديم التمييز عند ارتكابه لفعل ضار أحدث ضرر للغير و تعذر الحصول على تعويض من حاضنه جاز للقاضي الحكم بتعويض عادل اعتمادا على نص هذه المادة.

ب-مسؤولية الأم الحاضنة في ضوء القانون المدني بعد التعديل:

بعد تعديل المشرع الجزائري للمواد المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير قام بإلغاء **الم135** كليا و المادة الوحيدة التي أبقى عليها المشرع تحت عنوان المسؤولية عن فعل الغير هي المادة **134**، و منه يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري في القانون قد أتى بحكم نهائي بالنسبة لإشكالية المسؤولية عن أفعال

(1)أمر رقم 75-58، متضمن القانون المدني، معدل و متمم،المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه.

المحضون الضارة، و هذا الحكم هو أن المسؤول عن تعويض الضرر الذي يلحقه القاصر بالغير هو من يتولى رقابته بغض النّظر عن وجود الأب أو عدم وجوده، بالتالي نستنتج أنه إذا أسندت حضانة الصغير للأم فهي المسؤولة عن أي فعل ضار يحدثه للغير بصفتها متولية الرقابة **(طبقا للم 134من ق.م.ج)**.

فالمشرع بإلغائه **للم 135** قد ألغى شرط المساكنة الذي وضعنا أمام مشكل تعذر من خلاله تحديد من يكون المسؤول عن أفعال المحضون.

كما أنّ المشرع في الفقرة الثانية من **الم 134** بعد تعديلها قد منح الفرصة للمكلف بالرقابة من التخلص من مسؤوليته إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب، فقد وردت **الم 2/134** كالتالي:"... **و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية**"[1].

كما قام المشرع بإلغاء الفقرة الثانية من **المادة 125(ق.م.ج)** نهائيا و قام بتعديل الفقرة الأولى منها كالتالي:"**لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا**"[2].

و نحن نرى أنه حبذا لو أبقى المشرع على الفقرة الثانية من هذه المادة لأنّه إذا كان المتسبب في الضرر غير مميز و تعذر مساءلة متولي الرقابة بأن أثبت أنّه قام بواجب الرقابة أو أثبت أنّ الضرر كان لابد من وقوعه و لو قام بهذا الواجب، فمن أين سيحكم القاضي بالتعويض لجبر الضرر الذي ألحق بالضحية؟ أم أنه سيبقى من دون تعويض؟

فالتعويض الذي نص عليه في **الم 2/125** كان على أساس العدالة و ليس لأنه مسؤول، فمن غير العدل أن يترك المضرور من دون تعويض و نحن نعلم أن هناك عدة قواعد فقهية مفادها أن الضرر الذي يلحق شخص ما يجب جبره و إزالته و ذلك بمنح تعويض له و من بين هذه القواعد قاعدة "لا ضرر و لا ضرار" و قاعدة " الضرر يزال" و حسب رأينا فإن ترك المضرور بدون تعويض هو خرق لهذه القواعد.

(1) أمر رقم 75-58، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه.

2-مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون في ضوء قانون الأسرة:

عالج فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة ضمن أحكام الولاية، فقد قسم الإمام محمد أبو زهرة الولاية إلى ثلاثة أقسام و هي:

- ولاية النفس
- ولاية المال
- ولاية التربية و هي الحضانة[1].

فولاية التربية (الحضانة) تثبت للأم في حين الولاية على النفس و على المال تثبت للأب، بالتالي المسؤول عن أفعال الولد هو الأب فلا مسؤولية للأم عن أفعال ابنها الضارة في حياة والده.

أما عن قانون الأسرة فلم ترد فيه أية مادة أو أي نص يعالج هذه المسألة و لم ترد فيه و لو إشارة ضمنية لها.

و نحن نرى أنه حبذا لو أنّ المشرع الجزائري وضع نصا أو مادة في قانون الأسرة يعالج فيها مشكلة المسؤولية عن أفعال المحضون كون أنّ هذه الإشكالية مرتبطة بموضوع الحضانة إحدى أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية و الذي حضي باهتمام معتبر من قبل المشرع في قانون الأسرة، بالتالي كان من المستحسن إدراج نص قانوني يتضمن حلا لهذه المشكلة في نفس القانون الذي عالج موضوع الحضانة دون اللجوء إلى القانون المدني.

ما يمكن قوله في ختام هذا الفصل أن الحضانة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية لا تسند إلا بموجب حكم قضائي، كما أنها لا تمدد، ولا تسقط أيضا إلا بموجب حكم يصدر عن قاضي شؤون الأسرة كما أن مخالفة أحكامها يؤدي إلى تقرير عقوبات قانونية تم التعرف عليها، إضافة إلى ذلك فإن الحضانة أيضا لا تخلو من الإشكالات العملية منها إشكالية قاعدة مصلحة المحضون، وإشكالية حضانة الكافرة وكذا إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون.

(1) أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص.404.

الخاتمة

يتبين من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، أنه رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا أنّه لا تزال هناك ثغرات، فالمشرع الجزائري عند تعريفه للحضانة ركز أكثر على ذكر أهدافها، وهو ما دفعنا للجوء إلى التعاريف الفقهية، كما أنّ المشرع قد أهمل ذكر خصائص الحضانة، وكذا الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن، واكتفى فقط بمصطلح الأهلية للقيام بالحضانة، وهو ما أورده في نص المادة 62 ف 2 (ق أ ج) وحسب رأينا كان على المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات أن يخصص مادة مستقلة يتناول فيها الشروط الواجب توفرها في الحاضن.

كما يتضح من خلال دراستنا لموضوع الحضانة أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، فهذا المصطلح قد ذكره المشرع تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، لكنه لم يعط لنا مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في النزاع، إلا أنه كان من المستحسن لو أن المشرع ضبط مفهوما لهذا المبدأ فلكل قاض مفهومه الخاص.

وما تجدر الإشارة إليه أيضا بخصوص سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر الذي حدده ب 10 سنوات فهو غير كاف حتى وإن منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة كون الحاضن أم المحضون التي لم تتزوج مرة ثانية، فهذا السن غير كاف كما أنّ تقييد هذا الحق بأم المحضون فقط أمر يثير إشكال، وهو في حالة كون الحاضن غير أم المحضون.

فحسب رأينا فإنه من الأجدر رفع سن الحضانة إلى سن الرشد وهو 19 سنة، أين يكون المحضون كامل الأهلية وقادرا على تحمل مسؤولياته بنفسه، كما أنه يستحسن عدم تقييد حق تمديد الحضانة بأم المحضون فقط.

أما بخصوص المادة 64 التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فإن هذا الترتيب جاء مختصرا بعكس بعض التشريعات العربية الأخرى، خاصة عند النص على الأقربون درجة، فلم يحدد المشرع من هم الأقربون درجة بل ترك للقاضي، ولم يبين لنا الحل إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة.

كما نلاحظ أن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يقم بتحديد معناها والحالات التي يمكن للقاضي الحكم بإسقاطها.

كما نستنتج أن المشرع لم يضع مادة صريحة لمعالجة مشكلة إسناد الحضانة لأم كافرة (غير مسلمة)، وتربية الولد على دين أبيه، وكان من الأجدر على المشرع أن يفصل في هذا الأمر ويضع حكما فاصلا في مادة صريحة.

وفي الأخير، ومن خلال درستنا هذه نؤكد أنه على المشرع إعطاء أهمية أكبر لموضوع الحضانة، وذلك إما بإعادة النظر في المواد المنظمة له، وتدارك الثغرات الموجودة فيه، وذلك إما بتخصيص مواد إضافية لضبط النقائص المتواجدة، ومراجعة الأحكام المتعلقة بها، ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل.

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتـــب

1- البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع، شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، د.ب.ن، د.س.ن.

2- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2004.

3- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1975.

4- السرطاوي محمود علي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج و الطلاق)، ط.1، دار الفكر، الأردن، 2008.

5- السعدي بن ناصر عبد الرحمان، الفتاوى السعدية، الجزء الأول، المؤسسة السعدية، الرياض، د.س.ن.

6- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2000.

7- الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2002.

8- الشيرازي أبي إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 1990.

9- العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع(دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة و القوانين الوضعية)، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

10- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.

11- المومني أحمد محمد، نواهضة اسماعيل أمين، الأحوال الشخصية(فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع)، ط.1، دار المسيرة، عمان، 2009.

12- آث ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.

13- إبن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

14- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية،ط.2، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

15- أبي بكر الحسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، ط.1، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010.

16- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، المجلد الخامس، ط.1، دار الغرب الاسلامي، د.ب.ن، 1999.

17- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324 هـ.

18- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1999.

19- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2005.

20- تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط.2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

21- خلاف عبد الوهاب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط.2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

22- سراج محمد أحمد، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.

23- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

24- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة، الجزائر، 1996.

25- ــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.4، دار هومة، الجزائر، 2010.

26- سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 2000.

27- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د. س.ن.

28- صلاح الدين محمود، فتاوى العلماء في عشرة النساء وحل الخلافات الزوجية، دار الغد الجديد، المنصورة، د.س.ن.

29- عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام(مشكلات الأسرة)، الجزء السادس، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000.

30- فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.

31- قدري عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

32- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

33- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

34- وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط.1، دار القاهرة، مصر، 2000.

35- الموسوعة الفقهية، ط.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990.

ثالثا: القواميس:

قاموس المنجد في اللغة و الأعلام، ط.27، دار المشرق، بيروت، 1984

رابعا: الرسائل والمذكرات:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2004- 2005.

2- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

3- ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، 2004-2005.

4- قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2001-2004.

خامسا: المجلات والنشرات القضائية:

1-المجلات القضائية:

- المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1989.
- ـــــــــ، العدد 4، سنة 1991.
- ـــــــــ، العدد 1، سنة 1993.
- ـــــــــ، العدد 2، سنة 2001.

2- النشرات القضائية:

- نشرة القضاة، العدد 2، سنة 1994.
- ـــــــ، العدد 56، سنة 1997.

سادسا: النصوص القانونية:

1-النصوص القانونية الجزائرية:

- قانون رقم 11/84، مؤرخ في 9 رمضان 1404، الموافق ل 9 يونيو 1984 متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

- أمر رقم 156/66، مؤرخ في 18 صفر 1386 المافق ل 8 يونيو سنة 1966، متضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.

- أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 05/07، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

2-النصوص القانونية العربية:

- أمر علي مؤرخ في 13 ماي 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2008.

- قانون رقم 61-1976، متضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، ج.ر رقم 1976/2668-12-01، ص. 2756.

- قانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة صادرة في 12 من ذو الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004، ج.ر رقم 5184، الصادرة في 05 فبراير 2004، ظهير شريف رقم 22-04 .

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة .....1.

الفصل الأول: مفهوم الحضانة وآثارها.....4.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.....5.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....5.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة وإصطلاحا.....5.

أولا: تعريف الحضانة لغة.....5.

ثانيا: تعريف الحضانة إصطلاحا.....6.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها وقانونا.....6.

أولا: تعريف الحضانة فقها.....6.

ثانيا: تعريف الحضانة قانونا.....7.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.....9.

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء.....9.

أولا: البلوغ والعقل.....10.

ثانيا: القدرة والأمانة.....11.

1-القدرة .....11.

2-الأمانة.....14.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالنساء.....16.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالرجال.....21.

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وآثارها.....22.

المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....22.

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها.....23.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قانونا.....25.

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري.....25

1- موقف المشرع الجزائري قبل التعديل.....25.

2- موقف المشرع الجزائري بعد التعديل.....27.

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في بعض التشريعات العربية.....28.

المطلب الثاني: آثار الحضانة.....30.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة.....30.

أولا: نفقة المحضون.....30.

ثانيا: أجرة الحضانة.....31.

الفرع الثاني: سكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة.....33.

أولا: سكن ممارسة الحضانة.....33.

ثانيا: حق الزيارة.....37.

الفصل الثاني: دعاوى الحضانة وإشكالتها.....41.

المبحث الأول: دعاوى الحضانة.....42.

المطلب الأول: الدعاوى المدنية.....42.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة.....42.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة.....43.

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة.....44.

المطلب الثاني: الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة.....47.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.....47.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون.....49.

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.....50.

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة.....52.

المطلب الأول: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون.....52.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.....52.

الفرع الثاني: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري.....54

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....57.

المطلب الثاني: إشكالية حضانة الكافرة والمسؤولية عن أفعال المحضون.....58.

الفرع الأول: إشكالية حضانة الكافرة للمسلم.....58.

الفرع الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.....61.

أولا: مسؤولية المكلف بالرقابة.....62.

ثانيا: مسؤولية الأم الحاضنة عن أفعال ابنها المحضون.....64.

الخاتمة.....68.

قائمة المراجع.....70.

الفهرس.....75.