دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون

The role of jurisprudence in protecting the interest of the custodians

مغاري حياة
طالبة دكتوراه
جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق
عضوة في مخبر قانون الأسرة
megharihayet1@gmail.com

فركوس دليلة
أستاذة التعليم العالي
جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق
مديرة مخبر قانون الأسرة
ferkousdalila@yahoo.com

تاريخ الارسال: 2019/12/17تاريخ القبول: .2021/06/28 تاريخ النشر: سبتمبر 2021

ملخص:

يعتبر موضوع حماية الطفل المحضون من أهم المواضيع القانونية وأكثرها شيوعا على مستوى المحاكم، حيث وضع المشرع جملة من الضمانات تهدف إلى حماية مصلحة المحضون، إلاّ أن النصوص القانونية في حالة تطبيقها قد تصطدم بواقع اجتماعي صعب، وبالتالي يؤدي إلى فتح مجال أوسع للاجتهاد القضائي حتى يضع حلولا مناسبة ويسد الثغرات القانونية التي تكون محل جدل ونقاش، إعمالا بمبدأ حماية مصلحة المحضون بدرجة أولى.

الكلمات المفتاحية: مصلحة المحضون، الاجتهاد القضائي، الحضانة.

Abstract :

The issue of protecting a child is one of the most important and most common legal issues at the courts level. The legislator has put in place a number of safeguards designed to protect the interests of the child. However, the legal texts may apply to a difficult social reality, thus opening up a wider area of jurisprudence to the legal gaps that are subject to debate and debate, in accordance with the principle of protecting the interests of the first-degree

Keywords : custody service, case law, custody.

مقدمـــــة:

تقوم أحكام الحضانة على مبدأ هام مستمد من الشريعة السمحاء ألا وهو مبدأ " **مصلحة المحضون**"، المتمثل في توفير الرعاية المادية والمعنوية للأولاد، ذلك في حالة وفاة الزوجين أو طلاقهما، والذي ينتج عنه نزاع في مسألة حضانة الأولاد.

ونظرا لأهمية الموضوع، وضع المشرع الجزائري آليات وجملة من الضمانات لحماية هذه مصلحة، يبرز ذلك من خلال المواد القانونية التي تضمنت مجموعة من الحقوق معتبرا مصلحة المحضون ركيزة أساسية يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة لحل المشاكل المتعلقة بالحضانة. حيث ينحصر دوره في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل، ويخول له مهمة تحديد ما يشتمل عليه من الناحية العملية، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع خاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية.[1]

ورغم وجود نصوص قانونية تعالج هذه المسألة، إلاّ أنها غير كافية لحماية مصلحة المحضون، لأن النص القانوني في حالة التطبيق يصطدم بواقع اجتماعي صعب، مما يستدعي بالضرورة تدخل الاجتهاد القضائي لسد الثغرات القانونية التي تكون محل جدل ونقاش تكريسا لمبدأ حماية مصلحة المحضون بدرجة أولى.

إن موضوع هذه الدراسة يهدف إلى إعطاء نظرة حول دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون من حيث تحديد الإشكالات العملية عند تطبيق النصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة تتعلق بالطفل المحضون. أو بمعنى أخر إبراز الإشكالات العملية التي فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي. وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية:

– ما هو دور القضاء في حل النزاعات الخاصة بالحضانة باعتباره الملجأ الأول للمتقاضين لفض الخلافات المتشعبة بينهما في هذا المجال؟ وهل استطاع الاجتهاد القضائي تحقيق حماية لمصلحة الطفل المحضون؟

سوف نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال التطرق إلى إسناد الحضانة وترتيب آثارها (المبحث الأول)، ومن خلال حالات إسقاطها (المبحث الثاني).

---

[1]– حميدو زكية، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص 78.

المبحث الأول: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وترتيب آثارها

وضع المشرع الجزائري آليات قانونية لحماية الطفل، وحرص على تحديد الأشخاص المؤهلين لتربية الأولاد ورعايتهم، وسمح بتمديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر حتى يكون قادرا على تدبير شؤونه بنفسه، إلاّ أن هذه الضمانات غير كافية لحماية مصلحة المحضون الأمر الذي أدى إلى فتح مجالا واسعا للاجتهاد القضائي، سواء من خلال اسناد الحضانة (المطلب الأول)، أو من خلال الآثار المترتبة عن ممارسة الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة

سوف نحاول بيان دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة لمستحقيها (الفرع الأول)، وعند تمديد الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اسناد الحضانة لمستحقيها

الأصل أن الحضانة تثبت للنساء كونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الأولاد والعناية بهم[1]، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير في ترتيبه لمستحقي الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون مستندا في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام المادة **64** من قانون الأسرة[2].

كما أن الترتيب الوارد في النص المذكور أعلاه، ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه[3]، وللقاضي إسناد الحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة **64** من **قانون الأسرة**. وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ **1993/02/23** ما يلي:" **من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في**

---

[1]– شرون حسينة، جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى الحاضن، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، المجلد 04، عدد 07، 2010، الصفحة 22.

[2]– المادة 64 من قانون الأسرة تنص على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للأم، ثم الجدة للأب ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[3]– باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، الصفحة 77.

المادة 64 قانون الأسرة، بالنسبة للحاضنين إلاّ إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال–أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والانفاق من الخالة مع العلم أن الانفاق يكون على الأب. فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض"[1].

ومنه نستخلص أن المشرع قد وضع ضمان لحماية مصلحة المحضون، وحدد مراتب الحاضنين وفق نص قانوني مرن، حيث كرس الاجتهاد القضائي بدوره مبدأ مصلحة المحضون من خلال إسناده الحضانة لمستحقيها دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة.

تعد مسألة وفاة الحاضن من بين النزاعات الشائكة التي يتلقها القضاء، حيث نجد أن المشرع لم ينص صراحة لمن يؤول حق الحضانة بعد وفاة الحاضنة بل اكتفى فقط بنص المادة **64** من قانون الأسرة التي جاءت عامة وشاملة.

وهذا ما أدى إلى عدم استقرار قرارات المحكمة العليا، حيث ارتكزت فيها على مدى تطبيق قضاة الموضوع للقانون من خلال مراعاتهم لمصلحة المحضون وتبقى العبرة في مسألة الترتيب بعد وفاة الحاضنة بالمصلحة وليس بالأولوية المنصوص عليها في المادة **64** من قانون الأسرة، وهذا ما لاحظناه من خلال إحدى قراراتها الصادر بتاريخ **2001/02/12** الذي جاء فيه ما يلي:" **إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون.**

حيث أن قضاة الموضوع يردوا قضاءهم بكون الحضانة أثر من آثار الطلاق وليست من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت

[1]– القرار رقم: 89672، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 166. وجاء في نفس السياق القرار رقم: 59013، 1990/02/19، المجلة القضائية، 1991، عدد 04، الصفحة 117. وأيضا القرار رقم: 179471، 1998/03/17، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، 172. والقرار رقم: 275990، 2002/05/31، المجلة القضائية، 2003، عدد 03، الصفحة 301. وأيضا القرار رقم: 330566، 05/18/ 2005، عدد 01، الصفحة 304. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 2005/07/13، نشرة القضاة، 2006، عدد 59، الصفحة 236.

أ ترعاها وتربيها، كما أن الطاعنة مسنة تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 من قانون الأسرة"[1].

وفي قرار أخر صادر بتاريخ **2015/01/15** مفاده:" **يكون الأب (الزوج)، بوفاة الأم (الزوجة)، الأحق بحضانة ولده. الولاية مقرونة بالحضانة"[2].**

الفرع الثاني: تمديد الحضانة

يتبين لنا من خلال المادة **65** من **قانون الأسرة[3]**، أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى للمطالبة بتمديد حضانة الولد الذكر، إلاّ الأم التي لم تتزوج ثانية مراعيا في ذلك مصلحة المحضون. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث صدر قرار لها بتاريخ **1999/12/10** يقضى بأنه:" **من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"[4].**

وجاء في قرار أخر صدر بتاريخ **2015/01/15 ما يلي:" يكون تمديد الحضانة، طبقا للقانون، للأم الحاضنة دون غيرها من النساء، ممن لهن الحق في الحضانة"[5].**

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند ترتيب آثار الحضانة

لقد رتب المشرع الجزائري أثارا لممارسة الحضانة لكلا المطلقين، كونها ترتكز أساسا على مجهود كبير لتربية المحضون، ويتجلى ذلك فيما تتطلبه من نفقة على المحضون (الفرع الأول)، ومسكن الحاضنة (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى منح حق الزيارة لكل شخص له قرابة بالمحضون (الفرع الثالث).

---

[1]– القرار رقم: 256629، المجلة القضائية، 2002، عدد 02، ص 421. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 274683، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02، ص347. وأيضا القرار رقم: 364850، 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا، 2077، عدد 02، الصفحة 437. القرار رقم: 0737488، 2013/04/11، (غير منشور).

[2]– القرار رقم: 0990050، مجلة المحكمة العليا، 2015، العدد 01، الصفحة 256.

[3]– المادة 65 من قانون الأسرة تنص على أنه:" 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".

[4]– القرار رقم: 25566، (غير منشور). القرار رقم: 123889، نشرة القضاة، 1997، عدد 52، الصفحة 111.

[5]– القرار رقم: 0842551، مجلة المحكمة العليا، 2015، العدد 01، الصفحة 231.

الفرع الأول: نفقة المحضون

إن الغاية الأساسية للحضانة هي حماية مصلحة المحضون، سواء من الجانب المعنوي أو المادي لضمان توفير ما يلزمه وتغطية حاجاته الضرورية. ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون[1]، حرص المشرع الجزائري على تنظيمها ضمن نصوص قانونية، حيث يفهم من خلال المادة **75** من قانون الأسرة[2]، أنه يجب على الأب بعد فك الرابطة الزوجية الإنفاق على ابنه لكون هذا الأخير لا مال له أو صغير في السن أو ذو عاهة أو كان مزاولا للدراسة، رغم بلوغه سن الرشد، في حين أكد الاجتهاد القضائي على أنه يقصد بالدراسة التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية، حسب التنظيم المعمول به في كل طور والمرتبط بسن المتمدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد[3].

أما بالنسبة للبنت فتجب على الأب النفقة على ابنته إلى غاية زواجها والدخول بها. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ **1998/02/17** ما يلي:" **من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب. ومتى ثبت–في قضية الحال–أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن"**[4].

وفي حالة ما إذا كان الأب غير قادرا على الانفاق، فإن النفقة تنتقل إلى الأم بشرط أن تكون قادرة على ذلك وأن يكون لها مال، حسب ما جاء في المادة **76** من قانون الأسرة. إلاّ أنه في حالة تماطل أو امتناع الأب عن الإنفاق، يجوز لمن له حضانة الطفل الحق في المطالبة بنفقة المحضون أمام القضاء، ويصدر في حقه حكم قضائي يجبره على دفع النفقة لأبنائه. وهذا راجع إلى ارتباط هذا الحق بالحضانة، حيث لا تستطيع الحاضنة ممارسة مهامها دون التزام الأب بتوفير ما يحتاج إليه المحضون.

---

[1]– عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015، ص 193.

[2]– المادة 75 من قانون الأسرة تنص 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 مزوالا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

[3]– القرار رقم: 0997381، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد 02، الصفحة 232.

[4]– القرار رقم: 179126، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 198. وأيضا القرار رقم: 218736، 1999/02/16، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 206.

أما فيما يخص شمولية النفقة فقد كان المشرع واضحا من خلال نص المادة **78** من قانون الأسرة، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون. كما أعطى للقاضي شؤون الأسرة السلطة الواسعة في تقدير نفقة المحضون كونها من الأمور الموضوعية مراعيا في ذلك الحالة المادية لكلا الزوجين. وهذا ما يتضح جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ **1991/05/21** ما يلي:" **إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك**"[1].

كما أشارت المادة **80** من قانون الأسرة، على أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم لاستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وبما أن النفقة أمر واجب فلا يجوز السكوت عليه لمدة طويلة. ومع ذلك قد لا تدرك الحاضنة الإجراءات الواجب اتخاذها مما يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة، ولهذا وضع المشرع استثناء عن الأصل مفاده إذا ما قدمت بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي. كما يسقط حق المطالبة بنفقة الأولاد بمرور سنة، حيث جاء في هذا الشأن القرار الصادر بتاريخ **1990/04/16** قضى بما يلي:" **من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من البيت الزوجية**"[2].

أما بالنسبة لمسألة إعادة النظر في النفقة، فالأسس التي يعتمد عليها القاضي غير ثابتة فهي تتغير حسب الظروف المعيشية للطرفين، ولا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها. كما لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها بعد انتهاء مدة الحضانة، لعدم امتلاكها الصفة طبقا لأحكام المادة **13** من **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**. وهذا ما استقرت عليه المحكمة

[1]– القرار رقم، 72602، نشرة القضاة، 1995، العدد 47، الصفحة 149. وأيضا القرار رقم: 216886، الصادر في 1999/03/16، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 203.

[2]– القرار رقم: 59967، (غير منشور)، مهمش عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966–2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 04، 2012، ص 428.

العليا في قرار لها صدر بتاريخ **2002/07/02** قضى بما يلي:" **لا صفة ولا مصلحة للأم الحاضنة في رفع دعوى عدم تسديد نفقة البنت بعد بلوغها سن الرشد "**[1].

الفرع الثاني: مسكن المحضون

دائما وفي إطار حماية مصلحة المحضون جاءت المادة **72** من **قانون الأسرة**[2]، لتبين أنه في حالة ما إذا وقع طلاق بين الزوجيين، يتعين على الأب توفير سكنا لائقا وملائما لممارسة الحضانة، وإذا تعذر عليه الأمر يدفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، بهدف حماية المحضون من التشرد أو التسول. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قرارتها الصادرة بتاريخ **1997/11/25** ما يلي:" **طبقا للمادة 72 من قانون الأسرة، فإن نفقة المحضون وسكنه تكون على عاتق والده الذي عليه أن يهيئ له سكنا وإن تعذر عليه أجرة الكراء** "[3].

ولإمكانية الحكم للحاضنة بسكن، لابد من توفير جملة من الشروط حددها المشرع الجزائري بما يلي: – أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها مع إسناد الحضانة لها.

– أن تكون الحاضنة أم المحضون.

– أن يملك الأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته للممارسة حضانة الأولاد، وإذا لم يكن له مسكن فما عليه إلاّ دفع بدل إيجاره. ويقصد بملائمة المسكن أن يكون مهيأ لكافة اللوازم الضرورية لظروف العيش.

وبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة في المادة **72** من قانون الأسرة، على أن حق المحضون في السكن مرتبط أساسا بقيام الحضانة، إلاّ أن الاجتهاد القضائي استقر على أن هذا الحق ليست له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة. وجاء في هذا الصدد القرار الصادر بتاريخ **1990/12/23** يقضي بما يلي:" **من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي في حالة الطلاق، أن يعين الزوجين من يمكنه الانتفاع بحق الإيجار، لأجل حضانة الأولاد، على أن يستثنى من القرار مسكن**

---

[1]– القرار رقم: 269321، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، الصفحة 367. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 390389، 2007/05/09، (غير منشور).

[2]– المادة 72 من قانون الأسرة تنص على أنه:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

[3]– القرار رقم: 175646، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، الصفحة 30. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 197739، 1998/07/21، نشرة القضاة، 1999، العدد 56، الصفحة 37.

الزوجية إن كان وحيدا. ولا يكتسب حق السكن الممنوح للمطلقة باعتبارها حاضنة الصيغة النهائية، بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة، لأن هذا الحق مقصور على الانتفاع وليس سندا للملكية"[1].

إلاّ أنه يعاب على المادة **72** من **قانون الأسرة**، المذكورة أعلاه المتعلقة ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية، لأنه بمجرد انتهاء العدّة تصبح المطلقة أجنبية عن طليقها ولا يمكن تصور بقائها معه في نفس البيت إلى أن ينفذ هذا الأخير الحكم القضائي المتعلق بالسكن. حيث جاء في هذا الشأن القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1999/02/16** ما يلي:" **من المستقر عليه قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلاّ فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته. المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى والمنطق فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحدا فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضاءهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة، على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة"[2].**

كما لا يجوز للحاضنة أن تتنازل عن حقوق المحضون. وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ **2007/04/11** جاء فيه:" **لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار"[3].**

نلاحظ أن المشرع قد ألزم الأب صراحة وبصورة أصلية بتوفير مسكن ملائم للمحضونين ولا مجال للتخيير بين الأمرين. حيث جاء في هذا السياق القرار الصادر بتاريخ **2008/10/15** ما يلي:" **إن تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة يعد انتهاك للقانون. ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعنة طالبت بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة منفصل ومنفرد وقضاة الموضوع خيروا الطاعن بين توفير مسكن أو بدل الايجار يكونون قد انتهكوا نص المادة 72 من**

---

[1]– القرار رقم: 81197، المجلة القضائية، 1996، العدد 01، الصفحة 85، مهمش عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 376.

[2]– القرار رقم: 215212، المجلة القضائية، 2000، العدد 01، الصفحة 181.

[3]– القرار رقم: 384529، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، الصفحة 291.

قانون الأسرة، وكان عليهم القضاء بالسكن إلاّ إذا رأوا أن ذلك يتعذر على المطعون ضده ومن ثم يجوز لهم القضاء ببدل الايجار الأمر الذي يتعين معه القضاء بالأخذ بالوجه المثار لوجاهته"[1].

كما أغفل المشرع إلزام الأب بتقديم للحاضنة ضمانات كافية لتنفيذ التزاماته المتعلقة بمسكن المحضون إلى حين انتهاء المدة القانونية المقررة للحضانة، لأنه في غالب الأحيان يقوم الأب بدفع بدل الإيجار لمدة معينة ثم يتهرب من الاستمرار في دفعها للمؤجر فتقع الحاضنة ومحضونها في مشكلة الطرد من السكن المؤجر، وبالتالي تجد نفسها وأبنائها في الشارع بدون مأوى[2].

الفرع الثالث: حق زيارة المحضون

لقد نصت المادة **64** من **قانون الأسرة** في **فقرتها الثانية**، على أنه:" **...وعلى القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**". ويفهم من خلالها أن المشرع قد ألزم القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناده الحضانة إلى أحد الوالدين أو لمستحقها حسب الترتيب القانوني[3]، أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحدا ذلك، ولمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة مع مراعاة مصلحة المحضون.

إلاّ أنه سكت على كيفية تنظيم ممارسة حق الزيارة وعن الضوابط التي تحمي المحضون حتى لا يكون أرضية ملائمة لتنمية الأحقاد ووسيلة ناجعة للانتقام بين المطلقين، فلا بد أن تكون مراقبة على مدى أحقية الوالد أو غيره بهذا الحق لما قد سينجر عنه اختلال لمصلحة المحضون[4].

فحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميتها الكبيرة على المستوى العملي فهو يدخل ضمن مقومات الحماية التي تفرضها طبيعة هذا الحق الذي تتشابك فيه المصالح وخاصة مصلحة

---

[1]– القرار رقم: 451303، نشرة القضاة، 2012، العدد 67، الصفحة 252.

[2]– تاوريرت صبرينة، المرجع السابق، الصفحة 155.

[3]– رقم القرار: 189181، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 192، الذي جاء فيه:" من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا".

[4]– ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014، الصفحة 111.

المحضون باعتبارها الأجدر بالرعاية والحفظ[1]، حيث رتب عقوبة جزائية للأشخاص الذين خالفوا أحكام حق زيارة المحضون، نصت عليها المادة **328** من **قانون العقوبات الجزائري**[2].

كما لعب الاجتهاد القضائي دورا كبيرا في تنظيم مسألة حق زيارة المحضون من خلال سد الثغرات القانونية المتعلقة بها، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، حيث أكد على أن الحق في الزيارة يكون مرة واحد في الأسبوع على الأقل، وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ **1990/04/16** أنه:" **متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة، على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[3].

بل أكثر من ذلك، فقد برز دور الاجتهاد القضائي مرة أخرى في تحديده مكان ممارسة حق الزيارة أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون، هذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ **1998/12/15** الذي قضى على أنه:" **من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين–من قضية الحال–أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلاّ عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو**

---

[1]– عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإسلامية، مجلد 11، عدد 01، 2019، الصفحة 271.

[2]– المادة 328 من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة الرسمية عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966 معدل ومتمم. والتي تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار 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 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 إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

[3]– القرار رقم: 59784، مجلة القضاة، 1991، عدد 04، الصفحة 126.

ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"[1].

كما اجتهدت المحكمة العليا بخصوص حق الزيارة فقضت بأنه ليس مقتصر فقط لطرفي النزاع حول الحضانة بل يمتد إلى كل من له قرابة بالمحضون، كجده أو جدته أو الخالة وغيرهما. حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (سابقا) الصادر بتاريخ **1989/10/08** أنه:" **من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد، خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية، وبما يتفق مع مصلحة الطفل.»**

كما خولت المحكمة العليا للخالة حق الزيارة على أساس أنها هي صاحبة المرتبة الثالثة ضمن مستحقي الحضانة وذلك لكون الخالة المطعون ضدها في قضية الحال، رتبها قانون الأسرة في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة بعد الأم والجدة لأم، وبما أن القانون منح لها الحق في طلب إسناد حضانة أبناء أخواتها .فلها الحق أيضا في زيارتهم. وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ **2001/01/23** جاء فيه ما يلي:" **للخالة حق الزيارة، لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحاضنة. مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى"** [2].

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة

لقد جعل المشرع الجزائري حق الحضانة قابلا للسقوط كلما كانت مصلحة الطفل المحضون في خطر، سواء بسبب اختلال أحد الشروط العامة (المطلب الأول)، أو اختلال أحد الشروط الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط العامة

سوف نحاول التطرق إلى حالات سقوط الحضانة المنصوص عليها في المادة **62** من **قانون الأسرة** (الفرع الأول)، وكذا عمل المرأة كسبب قد يؤدي إلى اسقاط حقها في الحضانة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: حالات سقوط الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة

لقد نصت المادة **67** من **قانون الأسرة** على أنه:" **تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.**

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

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1]– القرار رقم: 214290، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 194. وفي نفس السياق القرار رقم: 79891، 1999/04/30، مجلة القضاة، 1992، عدد 01، الصفحة 55.

[2]– القرار رقم 258479، مجلة القضاة، 2001، عدد 02، الصفحة 300.

ونصت المادة **62** من نفس القانون على أنه:" **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".

جاءت الفقرة الثانية من المادة **62** المذكورة أعلاه عامة، كما أن المشرع لم يحدد شروط الحضانة بشكل خاص ودقيق، مما جعل سلطة القاضي واسعة في تقدير ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون بدرجة الأولى قبل إصدار حكم سقوط الحضانة.

ويفهم من خلال عبارة" **أهلا للقيام بذلك**" أنه لا بد أن يكون الحاضن قادر على حفظ الطفل وصيانته والقيام بمصالحه وشؤونه وحمايته، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ **1984/07/09** بما يلي:" **من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي**"[1].

مما يتعين أيضا على قاضي شؤون الأسرة الحرص على توافر الشروط اللازمة عند النطق بحكم الحضانة، حيث يشترط في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة أن يكون بالغا، لأن الحضانة من باب الولاية.[2]

أما إذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ وكان الظاهر يقضي بصدقه، فتطبق عليه أحكام البالغ بشرط أن يكون عاقلا. ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك، إلاّ أنه أعطى للقاضي سلطة الترخيص للصغيرة بالزواج بعد تأكده من تحملها المسؤولية طبقا للمادة **07** من **قانون الأسرة**، وبالتالي يسمح لها كذلك بممارسة الحضانة إذا كانت راشدة حتى ولو لم تبلغ بعد سن **19** سنة[3].

كما يشترط أن يكون الحاضن عاقلا مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه في حضانته للصغير، وملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة[4]، فلا يعقل أن تسند الحضانة لمجنون أو معتوه أو سفيه، ومن الضروري الاستعانة بأصحاب الخبرة لتقدير مدى صحة

---

[1]– القرار رقم: 33921، مجلة القضاة، 1989، عدد 04، الصفحة 76. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 50270، 1988/11/07، مجلة القضاة، 1991، عدد 03، الصفحة 48.

[2]– أجمع الشافعية والحنابلة والحنفية على وجوب اقتران البلوغ بالرشد، عكس ما ذهب إليه المالكية كون الحاضن بالغا مادام عاقلا راشدا ومستوفي للشروط الأخرى المتعلقة بالحضانة.

[3]– لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ص 72،73.

[4]–باديس دياب، المرجع السابق، الصفحة 55.

الحاضن عقليا[1]. وهذا ما كرسه القضاء الجزائري، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ **2002/02/13** يقضي بما يلي:" **إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"**[2].

نستخلص من قضية الحال أنه يتبين من التقرير الطبي المبرر في الملف أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب نفسي مختص بسيكياتري، وإنما هو مختص في أمراض الأعصاب. وبالتالي لا يستطيع تشخيص وإصدار تقرير طبي على القدرة العقلية لشخص ما بما أنه غير مختص، ولا يعد دليلا على أن الطاعنة متأخرة عقليا مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على شرط الإسلام صراحةً، وإنما اشترط على الحاضنة القيام بتربية الولد على دين أبيه من خلال المادة **62** من نفس القانون. ومنه يمكننا القول أن لا فرق بين مسلمة أو غير مسلمة مادامت تقوم بتربية الولد على دين أبيه. وهذا ما ذهب إليه المالكية، لعل الحكمة من ذلك هي مراعاة مصلحة المحضون الذي يكون في أشد الحاجة لأمه في مراحل حياته الأولى، لكن في حالة ما إذا كانت الأم مسلمة ثم ارتدت عن الدين الإسلامي، فإن حقها في الحضانة يسقط[3].

في حين أكد القضاء الجزائري على عدم التفرقة بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة بشرط أن تمارسها داخل التراب الوطني، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا قرار بتاريخ **1989/03/13** يقضي على أنه:" **من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلاّ 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 أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلاّ أنهم أخطأوا**

---

[1] - Kouidri Mostefa. L'évolution de la jurisprudence en matière de hadana. Revue algérienne des sciences juridiques. Economiques et politiques. Faculté de droit. Université d'Alger/ volume xli n° 01/2003. Page 44

[2]– القرار رقم: 265727، مجلة القضاة، 2002، عدد 02، الصفحة 432. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 388639، 2006/07/12 مفاده:" إسقاط الحضانة على الأم دون إثبات مرضها يعد مخالفة للقانون ومتى تبين –من قضية الحال–أن إسقاط الحضانة عن الأم معتمد على شهادات طبية من طبيب عام قدمت على مستور المجلس، فإن ذلك يجعل من الصعوبة إثبات أن الطاعنة مريضة عقليا ما دام أن الشهادات حررت من طبيب غير أخصائي في الأمراض العقلية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية". (غير منشور).

[3]– لعناني أميرة، المرجع السابق، الصفحة 83.

بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[1].

كما يشترط في الحاضن القدرة على ممارسة الحضانة، وأن تكون لديه الاستطاعة البدنية والقدرة الكاملة على حفظه ورعايته، والقيام بشؤونه من خدمة ومتابعة وتدبير أمره. ولهذا لا بد أن يتمتع الحاضن بصحة جيدة، فلا تصح الحضانة للمريض بالأمراض المعدية والخطيرة حفاظا على صحة وحياة الصغير.

وأيضا من الأمور التي قد تسقط الحضانة نجد الإعاقات الجسمية بنوعيها سواء الحسية كالصم والبكم والعمى أو الحركية التي تشمل الجسم كله أو أحد أعضائه كالشلل، وما دام أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على شرط القدرة واكتفى بعبارة " **...أن يكون أهلا للقيام بذلك**"، فإن مسألة تعين طبيب لمعرفة مدى قدرة الحاضنة لممارسة الحضانة هي من المسائل الموضوعية التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع[2]. وهذا ما أكدته المحكمة في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ **1984/07/09** الذي قضى بأنه:" **من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن قضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.**

ولما كان الثابت–في قضية الحال–أن الحاضنة فاقدة للبصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المشار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"[3].

---

[1]– القرار رقم: 52221، مجلة القضاة، 1993، عدد 01، الصفحة 48. القرار رقم: 457038، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، الصفحة 313. وفي قرار أخر الصادر في 2007/12/12 مفاده:" إسناد الحضانة للجدة دون الأب على أساس أن زوجة الأب أجنبية ولا تدين بالدين الإسلامي يعد خطأ في تطبيق القانون.

وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه اعتمد على دفع المطعون ضدها (الجدة للأم) بكون أن زوجة الطاعن لا تدين بدين الإسلام دون أن يتبين الأساس الذي اعتمد عليه في ذلك رغم أن ديانة زوجة الأب لا يكون مانعا في إسناد الحضانة له، لأنها متدينة ولها أخلاق عالية، وعليه فإن القضاء بإسناد الحضانة للجدة دون الأب يعد خطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية". القرار رقم: 407842، (غير منشور).

[2]– القرار رقم: 435604، (غير منشور).

[3]– القرار رقم: 33921، مجلة القضاة، 1989، عدد 04، الصفحة 76.

بالإضافة إلى ذلك يشترط في الحاضن أن يكون أمينا ومتحلي بالأخلاق الحسنة، وإلاّ سقطت عنه الحضانة عند إثبات عكس ذلك كفسقه وسوء أخلاقه. وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1984/01/09 أنه:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا. وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"**[1].

وفي كل الأحوال تبقى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار سواء من حيث التأكد من تأثير سوء السلوك الحاضنة على تربية وحياة المحضون أو من حيث التأكد من صحة الادعاءات بانحراف الحاضنة من عدمها. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ **2000/07/18** الذي قضى بأنه:" **لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة"**[2].

وقضت المحكمة العليا بالتطبيق السليم للقانون من طرف قضاة المجلس في إسنادهم حضانة البنت إلى والدتها، رغم ثبوت ارتكابها الزنا متى كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك. وهذا ما كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2010/07/15** يقضي بأنه:" **يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"**[3].

يمكننا القول أنه في حالة ما إذا تم إسناد الحضانة لأحد مستحقيها بموجب حكم قضائي، وثبت فيما بعد أن الحاضن لم يعد أهلا لسبب صحي أو خلقي تتعارض معه القدرة على إدارة والقيام بشؤون المحضون، يجوز للمحكمة أن تسقط حقه في الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد مستحقيها من أصحاب الدرجات الأخرى مع مراعاة دائما مصلحة المحضون. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ **2015/10/05** مفاده:" **لا يجوز رفض دعوى اسقاط الحضانة، على أساس حق الأم بالأولوية في الحضانة، دون التحقق من مدى رعاية المحضون والسهر عليه"**[4].

---

[1]– القرار رقم: 31997، مجلة قضاة، 1989، عدد 01، الصفحة 73. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 171684، 1997/09/30، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 169. والقرار رقم: 171684، 2009/01/14، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 169. ومنه ما ورد أيضا في القرار رقم: 702213، (غير منشور).

[2]– القرار رقم: 245123، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 247. والقرار رقم: 315266، 2004/05/26، (غير منشور).

[3]– القرار رقم: 564787، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، الصفحة 262.

[4]– القرار رقم: 1016157، مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد 02، الصفحة 203.

الفرع الثاني: عمل المرأة لا يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة.

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة عمل المرأة في قانون الأسرة **11/84**، ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني صدر اجتهاد قضائي عن المحكمة العليا بتاريخ **1984/04/02** جاء فيه ما يلي:" **من المقرر شرعا، أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها الحق إلاّ بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلاّ لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه**".[1]

وبما أن مصلحة المحضون من النظام العام، فقد تدخل المشرع من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم **02/05** في **الفقرة الثانية والثالثة** من المادة **67** المذكورة أعلاه، وأكد على أن عمل المرأة لا يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل،[2] بشرط مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحقيق تلك المصلحة.

ومنه نستخلص أن هذه الفكرة كانت وليدة الاجتهاد القضائي فدوره كان إيجابيا حيث أعطى للأم العاملة حقها في ممارسة الحاضنة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حقها في ذلك إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية اللازمة مما يؤدي مصلحة المحضون إلى الخطر[3].

قد أحسن المشرع ما فعل، لأن المرأة العاملة قد تساهم في تحقيق مصلحة المحضون، حيث تسعى على توفير كل الاحتياجات المادية للمحضون خاصة إذا كانت نفقة والده لا تكفي لو كان دخله ضعيفا[4].

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في الاجتهاد القضائي الصادر عنها بتاريخ **2000/07/18** على أنه:" **من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط**

---

[1]– القرار رقم: 32594، مجلة القضاة، 1989، عدد 01، الصفحة 77.

[2]– بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، الصفحة 389.

[3]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، الصفحة 316.

[4]– لعناني أميرة، المرجع السابق، الصفحة 94.

حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

المطلب الثاني: سقوط الحق في الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط الخاصة

يسقط الحق في الحضانة أيضا في حالات خاصة تتمثل في كل من استوطن الحاضن في بلد أجنبي (الفرع الأول)، سقوط الحق في الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم (الفرع الثاني)، سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر (الفرع الثالث)، سقوط الحق في الحضانة بالتنازل عنها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة عند استوطن الحاضن في بلد أجنبي

نصت المادة **69** من **قانون الأسرة**[2]، على أنه في حالة انتقال الحاضن لبلد أجنبي بصفة دائمة ومستمرة بنية الاستقرار، يسقط حقه في الحضانة. هذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث تم إسقاط الحضانة على الأم بسبب الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني متمسكا بمسافة ستة برود، مستندا في ذلك إلى مذهب المالكي. جاء في هذا الشأن القرار الصادر بتاريخ **1986/09/22** أنه:" **من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بيت الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود. ولما كان من الثابت-في قضية الحال-أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلو متر ويعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهما، فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[3].

---

[1]- القرار رقم: 245156، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 188. وفي نفس السياق جاء القرار رقم 274207، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 263.

[2]- المادة 69 من قانون الأسرة تنص على أنه:" **إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".**

[3]- القرار رقم: 43594، نشرة القضاة، 1988، عدد 44، الصفحة 175. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 111048، نشرة القضاة، 1997، عدد 52، الصفحة 102. كذلك جاء في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 2011/09/15 ما يلي:" **أن قضاة الموضوع قضوا بإسقاط الحضانة عن الأم الطاعنة اعتمادا على أنها تقيم في بلد أجنبي تختلف قيمه ومبادئه وديانته عن مجتمعهم الأصلي مما يشكل خطرا عليهم. وبالتالي طالما أن الطاعنة خالفت مقتضيات القرار الصادر بتاريخ 2003/09/24 القاضي لها بالحضانة وقررت الاستيطان في بلد أجنبي بمحض إرادتها دون الرجوع للقضاء وفقا لأحكام المادة 69 من قانون الأسرة، فإن الأب من حقه إقامة دعوى إسقاط الحضانة عنها، وأن قضاة الموضوع**

كما نلاحظ عدم استقرار المحكمة العليا في قراراتها، حيث أعطت حق الحضانة للأم رغم بعد المسافة سواء داخل الوطن أو خارجه، وذلك لتحقيق مصلحة المحضون بغض النظر عن الظروف، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تحقيق ذلك. وجاء في هذا الشأن القرار الصادر بتاريخ **1993/06/23** أنه:" **من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.**

ولما ثبت-من قضية الحال-أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة للأم، قد طبقوا-تلقائيا-ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي"[1].

وأيضا القرار الصادر بتاريخ **2004/04/12** ما يلي:" **حيث طالما أن الطاعن لم يقدم أمام الجهة القضائية ما يثبت أن المطعون ضدها الحاضنة تقيم مع طفلتها المحضونة لديها بدولة كندا، فإن قضاة الموضوع أمام غياب الدليل الرسمي الذي يثبت صحة ادعاء الطاعن فإن قضاءهم بإسناد حضانة البنت لأمها يتماشى والتطبيق السليم للقانون**"[2].

الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم

نصت الفقرة الأولى من المادة **66** من **قانون الأسرة** على أنه:" **يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم**".

اعتبر المشرع زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم سببا من أسباب سقوط الحضانة، لأن الأجنبي قد يبغض المحضون ولا يعامله معاملة حسنة تليق به، عكس القريب المحرم الذي له صلة القرابة بالطفل. لكن أحيانا نجد أن الغريب أو زوج الأم أكثر عطفا وشفقة على المحضون من أقربائه[3].

بقضائهم بذلك قد طبقوا صحيح القانون مما يجعل الوجه غير سديد يستوجب الرفض". القرار رقم: 634842، (غير منشور). والقرار رقم: 732633، (غير منشور).

[1]- القرار رقم: 91671، مجلة القضاة، 1994، عدد 01، الصفحة 72. وجاء في نفس السياق القرار رقم: 249196، 2002/05/**08**، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 250. وأيضا القرار رقم: 282033، 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02، الصفحة 363.

[2]- القرار رقم: 680454، (غير منشور)، مهمش عن لعناني أميرة المرجع السابق، الصفحة 114.

[3]- لعناني أميرة، نفس المرجع، الصفحة 121.

وفي كل الأحوال لابد من مراعاة مصلحة المحضون حسب ظروف كل قضية، فقد أحسن المشرع فعلا بعمومية النص، حيث ترك السلطة الواسعة للقاضي في تقدير ذلك دون تقييده باستثناءات معينة.

كما تبنى القضاء هذا المبدأ سواء كان ذلك قبل صدور قانون الأسرة أم بعد إصداره، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ **1979/02/05** بأن:" ...**حق الحضانة يسقط عن الحاضنة بمجرد تزوجها، وقضاة الموضوع لما صرحوا بقولهم أن المستأنف عليها لم تنكر كونها متزوجة من جديد، وعلاوة على ذلك، فإنها تطلب الحضانة لها وهذا مستحيل شرعا**"[1].

وفي قرار أخر صدر بتاريخ **2009/01/14** مفاده:" **تأييد قضاة المجلس فيما قضوا به عند إسنادهم حضانة الطفلين لأمهم رغم ثبوت زواجها بغير محرم، وذلك مراعاة لمصلحة المحضونين ما دام أن الأب لم يبدي استعداده للتكفل بالطفلين وحضانتهما**"[2].

لكن في حالة ما إذا زال سبب سقوط الحضانة بطلاق الأم من الزوج الأجنبي أو وفاته، هل يجوز لها المطالبة بعودة حقها في الحضانة أم لا؟

نجد عدم استقرار القضاء فيما يخص هذه المسألة، لأن هناك من يعتبر أن إقدام الأم على الزواج بغير قريب محرم تعد بمثابة تنازل رضائي عن حقها في ممارسة الحضانة، وإسنادها الحضانة يعتبر مخالفا للقانون. وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1986/05/05** الذي جاء فيه:" **متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة. لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة**"[3].

وهناك من يعتبر زواج الأم بشخص أجنبي يعد تنازل غير اختياري، ولها فرصة ثانية للمطالبة بحقها في ممارسة الحضانة. ونلاحظ تراجع المحكمة العليا عن موقفها السابق، هذا ما أكده الاجتهاد القضائي في قرار صدر بتاريخ **1998/07/21** قضى على أنه:" **من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري. ومتى تبين –في قضية الحال– أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن**

---

[1]– القرار رقم: 16687، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، (غير منشور)، مهمش عن حميدو زكية، تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2000، الجزء 41، عدد 01، الصفحة 171. القرار رقم: 382484، 2007/02/14، (غير منشور).

[2]– القرار رقم: 45790، (غير منشور).

[3]– القرار رقم: 40438، مجلة القضاة، 1989، عدد 02، الصفحة 75.

قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة، قد طبقوا صحيح القانون. متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وأيضا القرار الصادر بتاريخ **2017/04/05** الذي جاء فيه:" **يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري. يعد سقوطا اضطراريا غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة بالخارج لسبب مشروع"**[2].

نلاحظ أن المادة **71** من قانون الأسرة[3]، جاءت صريحة حيث نصت على إعادة الحق للحاضنة عند زوال سبب السقوط الغير اختياري متى كان ذلك في مصلحة المحضون، وإذا تبين لقاضي شؤون الأسرة أن عودة المحضون للأمه قد يسبب له ضررا، فمن الأحسن تركه عند حاضنته السابقة.

هذا وإن كانت الحضانة تسقط عن الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم، فإنه بالمقابل تسقط وبقوة القانون حضانة الجدة أو الخالة، بمجرد إقامتهما الدائمة والمستمرة مع أم المحضون إذا كانت متزوجة بشخص لا تربطه أية قرابة محرمية. وهذا ما نصت عليه المادة **70** من قانون الأسرة على أنه:" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونيها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".**

وعلى هذا الأساس يجوز لكل من يهمه الأمر أن يطالب من المحكمة الحكم بإسقاط الحضانة وإسنادها لمن تنتقل إليه حسب التسلسل القانوني الذي نصت عليه المادة **64** من **قانون الأسرة**، ولعل السبب في ذلك هو حماية المحضون من الزوج الأجنبي نفس السبب الذي يسقط حق الأم في الحضانة لزواجها بغير قريب محرم، حيث جاء في هذا الشأن القرار الصادر بتاريخ **1988/06/20** مفاده:" **من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع أبنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس. ولما كان من الثابت–في قضية الحال–أن شروط الحضانة لا**

---

[1]– القرار رقم: 201336، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص178. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 58812، مجلة القضاة، 1992، عدد 04، الصفحة 58. وأيضا القرار رقم: 252308، مجلة القضاة، 2001، عدد 02، الصفحة 284.

[2]– القرار رقم: 1067582، مجلة المحكمة العليا، 2017، العدد 01، الصفحة 153.

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

تتوفر في الجدة–أم الأم–وأن الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعو شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وفي قرار أخر صدر **بتاريخ 2013/03/14**، حيث أسندت الحضانة للجدة رغم إقامتها مع ابنتها المتزوجة بغير قريب محرم مراعاة لمصلحة المحضون، حيث جاء في حيثياته ما يلي:" **حيث أن قضاة المجلس قد أسسوا قضاءهم على مصلحة البنت التي تقتضي بقائها عند جدتها التي اعتنت بها منذ ولادتها، ومثل هذا التسبيب يكفي لإسناد الحضانة لها كما قضى قضاة المجلس في قرارهم المنتقد، الأمر الذي يتعين معه رفض الوجه المثار لعدم التأسيس"**[2].

الفرع الثالث: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

في حالة زواج الأم بشخص أجنبي يكون لمن له الحق في الحضانة حق المطالبة بها من القاضي، برفع دعوى قضائية في مدة سنة وإلاّ سقط حقه في ذلك، ما لم يثبت وجود عذر مقبول عقلا ومنطقا يبرر به عدم رفعه لدعواه في تلك المدة. وللقاضي السلطة الواسعة في تقدير العذر مراعيا مصلحة المحضون، كما له الاستعانة بشتى الطرق لمعرفة ذلك. وجاء في هذا الشأن القرار الصادر بتاريخ **1984/07/09** أنه:" **من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة، ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"**[3].

كما أن المشرع لم يحدد بداية سريان المدة ضمن نص قانوني صريح، مما فتح مجال لاجتهاد المحكمة العليا وملاء هذا الفراغ القانوني. حيث جعلت بداية سريان مدة السنة ابتداء من تاريخ ثبوت استحقاق الحضانة استنادا للمذهب المالكي. وجاء في هذا الصدد القرار الصادر بتاريخ **1979/02/05** ما يلي:" **إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة. وبناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان"**[4].

---

[1]– القرار رقم: 50011، مجلة القضاة، 1991، عدد 02، الصفحة 57.

[2]– القرار رقم: 726350، (غير منشور).

[3]– القرار رقم: 32829، مجلة القضاة، 1999، عدد 01، الصفحة 60. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 388225، 1985/12/02، نشرة القضاة، عدد 44، الصفحة 157. أيضا القرار رقم: 58220، 1990/02/05، مجلة القضاة، 1993، عدد 03، الصفحة 53. وأيضا القرار رقم: 222655، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 185.

[4]– القرار رقم: 19303، نشرة القضاة، 1987، عدد 01، الصفحة 77. وأيضا القرار رقم: 32829، 1975/07/09، مجلة القضاة، 1990، عدد 01، الصفحة 60. والقرار رقم: 58220، 1990/02/05، مجلة القضاة، 1993، عدد 03، الصفحة 53.

الفرع الرابع: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل عنها

أكدت المادة **66 من قانون الأسرة**، على أنه يسقط حق ممارسة الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل استرجاع الحضانة. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ **1989/03/27** أنه:" **من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.**

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"[1].

كما اشترط المشرع في التنازل عن حق ممارسة الحضانة أن لا يسبب ذلك ضررا بمصلحة المحضون ولا يعتد بكل تنازل يهدد تلك المصلحة. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها:

القرار الصادر بتاريخ **1987/12/07** ما يلي:" **من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن أخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد – فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها–ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"[2].**

وفي قرار أخر لها صدر بتاريخ **1998/04/21 مفاده:" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون"[3].**

---

[1]– القرار رقم: 53340، مجلة القضاة، 1990، عدد 03، الصفحة 85. والقرار رقم: 134951، 1996/05/21، مجلة القضاة، 1997، عدد 02، الصفحة 86.

[2]– القرار رقم: 44858، مجلة القضاة، 1990، عدد 04، الصفحة 50. وفي نفس السياق جاء القرار رقم: 51894، 1988/12/19، مجلة القضاة، 1990، عدد 04، الصفحة 70. وأيضا القرار رقم: 54353، 1989/07/03، مجلة القضاة، 1992، عدد01، الصفحة 45.

[3]– القرار رقم: 189234، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 175.

ونلاحظ عدم استقرار المحكمة العليا، حيث قضت من جديد على أنه يجوز إعادة إسناد الحضانة لمن تنازل عنها مراعاة لمصلحة المحضون. وهذا ما جاء في إحدى قراراتها بتاريخ **1999/04/20**على أنه:" **من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم.**

ومتى تبين–في قضية الحال–أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا للمادة 66 و67 من قانون الأسرة.

وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[1].

خاتمـــــــــــة:

نستنتج مما سبق ذكره أن الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بالحضانة مناطها دوما يرتكز على المصلحة العليا والفضلى للمحضون، بغض النظر عن الظروف الأخرى.

لقد برز الدور الإيجابي للاجتهاد القضائي في مسألة الحضانة، من حيث إسناد حضانة الأولاد لمن يستحقها دون مراعاة الترتيب القانوني الوارد في المادة **64** من **قانون الأسرة**، إعمالا لمبدأ مصلحة المحضون، وأن العبرة في الترتيب بعد وفاة الحاضنة بالمصلحة وليس بالأولوية المنصوص عليها.

كما أكد الاجتهاد القضائي على أن حق المحضون في السكن مرتبط أساسا بقيام الحضانة وينتهي بانتهاء مدة الحضانة، بالإضافة إلى دوره الفعال في تنظيم مسألة حق زيارة المحضون والذي أقر على أن تكون الزيارة مرة واحدة في الأسبوع على الأقل. وأن حق الزيارة لا يقتصر فقط على طرفي النزاع حول الحضانة بل يمتد إلى كل شخص له قرابة بالمحضون.

أما فيما يخص مسألة عمل المرأة، فقد استنبط المشرع من الاجتهاد القضائي فكرة منح للأم العاملة حقها في ممارسة الحضانة بشرط ألا يكون عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية اللازمة.

كذلك بالنسبة لعبارة "**البلد الأجنبي**" المنصوص عليها في المادة **69** من **قانون الأسرة**، فمن حيث تفسيرها تنصرف مباشرة لكل دولة غير الجزائر بغض النظر عن طبيعة هذا البلد من حيث كونه مسلم أم لا. لكن الاجتهاد القضائي تولى تفسيرها على أنها البلد الأجنبي الغير المسلم، وأساس هذا الموقف هو

[1]– القرار رقم: 220470، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 181. القرار رقم: 659578، 2011/12/08، (غير منشور). مهمش عن لعناني، نفس المرجع، الصفحة 144.

الحفاظ على العقيدة الإسلامية وخوفا من ضياع الطفل دينيا، فكان من المفروض أن تشمل عبارة "**البلد الأجنبي الغير مسلم**" لخلق ممارسة قضائية مستقرة.

وفي حالة زواج الأم بشخص أجنبي يكون لمن له الحق في الحضانة حق المطالبة بها من القاضي، برفع دعوى قضائية في مدة سنة وإلاّ سقط حقه في ذلك، إلاّ أن المشرع لم يحدد بداية سريان المدة بنص قانوني صريح، حيث تدخل الاجتهاد القضائي لملاء هذا الفراغ القانوني، وجعل بداية سريان مدة السنة ابتداء من تاريخ ثبوت استحقاق الحضانة استنادا للمذهب المالكي.

وفي الأخير ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات توصلنا إليها من خلال بحثنا، تتمثل في:

– تعديل بعض النصوص قانونية بوضع أحكام صارمة ودقيقة تتعلق بالحضانة على وجه العموم وبمصلحة المحضون على وجه الخصوص حتى لا يقع القضاة في أخطأ فادحة، ذلك بإصدار أحكام متناقضة فيما بينهما.

– إعادة صياغة المادة **69** من **قانون الأسرة**، على النحو الاتي:" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في **بلد أجنبي غير مسلم** رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

– وضع مساعدة اجتماعية لمراقبة الحاضن في أداء دوره على أحسن وأكمل وجه.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ–النصوص القانونية:

قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادرة بالجريدة الرسمية العدد 15.

القانون رقم 06–23 المؤرخ في 2006/12/20 المتضمن لقانون العقوبات الجزائري، يعدل ويتمم القانون رقم 156/66 الجريدة الرسمية العدد 84، ص 24.

ثانيا /قائمة المراجع:

أ–الكتب:

– بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.

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

– ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012.

ب –الرسائل الجامعية:

– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

– عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2015/2014.

– تاوريرت صبرينة، النزاعات المالية بسبب فك الرابطة الزوجية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2014/2013.

– لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2015/2014.

– ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، الجزائر، 2014، الصفحة 111.

ج–الإجهاد القضائي:

– القرار رقم: 89672، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 166.

– اقرار رقم: 59013، 1990/02/19، مجلة القضاة، 1991، عدد 04، الصفحة 117.

– القرار رقم: 179471، 1998/03/17، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 172.

– القرار رقم: 275990، 2002/05/31، مجلة القضاة، 2003، عدد 03، الصفحة 301.

– القرار رقم: 330566، 2005، عدد 01، الصفحة 304.

– القرار رقم: 2005/07/13، نشرة القضاة، 2006، عدد 59، الصفحة 236.

– القرار رقم: 256629، مجلة القضاة، 2002، عدد 02، الصفحة 421.

– القرار رقم: 274683، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02، الصفحة 347.

– القرار رقم: 364850، 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 02، الصفحة 437.

– القرار رقم: 0737488، (غير منشور).

– القرار رقم: 25566، (غير منشور).

– القرار رقم: 123889، نشرة القضاة، 1997، عدد 52، الصفحة 111.

– القرار رقم: 179126، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 198.

– القرار رقم: 218736، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 206.

– القرار رقم، 72602، نشرة القضاة، 1995، عدد 47، الصفحة 149.

– القرار رقم: 216886، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 203.

– القرار رقم: 59967، (غير منشور).

– القرار رقم: 269321، مجلة القضاة، 2003، عدد 02، الصفحة 367.

– القرار رقم: 390389، 2007/05/09، (غير منشور).

- القرار رقم: 175646، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، الصفحة 30.
- القرار رقم: 197739، 1998/07/21، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، الصفحة 37.
- القرار رقم: 81197، مجلة القضاة، 1996، عدد 01، الصفحة 85.
- القرار رقم: 215212، مجلة القضاة، 2000، عدد 01، الصفحة 181.
- القرار رقم: 384529، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، الصفحة 291.
- القرار رقم: 451303، نشرة القضاة، 2012، عدد67، الصفحة 252.
- القرار رقم: 59784، مجلة القضاة، 1991، عدد 04، الصفحة 126.
- القرار رقم: 214290، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 194.
- القرار رقم: 79891، مجلة القضاة، 1992، عدد 01، الصفحة 55.
- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1969/10/08، 1969، ص 327.
- القرار رقم: 189181، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 192.
- القرار رقم 258479، مجلة القضاة، 2001، عدد 02، الصفحة 300.
- القرار رقم: 265727، مجلة القضاة، 2002، عدد 02، الصفحة 432.
- القرار رقم: 388639، 2006/07/12 (غير منشور).
- القرار رقم: 692322، (غير منشور).
- القرار رقم: 714510، (غير منشور)
- القرار رقم: 52221، مجلة القضاة، 1993، عدد 01، الصفحة 48.
- القرار رقم: 457038، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، الصفحة 313.
- القرار رقم: 407842، (غير منشور).
- القرار رقم: 435604، (غير منشور).
- القرار رقم: 33921، مجلة القضاة، 1989، عدد 04، الصفحة 76.
- القرار رقم: 380556، (غير منشور).
- القرار رقم: 388724، (غير منشور).
- القرار رقم: 32594، مجلة القضاة، 1989، عدد 01، الصفحة 77.
- القرار رقم: 245156، اجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 188.
- القرار رقم 274207، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 263.
- القرار رقم: 31997، مجلة القضاة، 1989، عدد 01، الصفحة 73.
- القرار رقم: 171684، 1997/09/30، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 169.
- القرار رقم: 171684، 2009/01/14، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 169.
- القرار رقم: 702213، (غير منشور).

- القرار رقم: 245123، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 247.
- القرار رقم: 315266، (غير منشور).
- القرار رقم: 564787، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، الصفحة 262.
- القرار رقم: 43594، نشرة القضاة، 1988، عدد 44، الصفحة 175.
- القرار رقم: 634842، (غير منشور).
- القرار رقم: 732633، (غير منشور).
- القرار رقم: 91671، مجلة القضاة، 1994، عدد 01، الصفحة 72.
- القرار رقم: 249196، 2002/05/08، مجلة القضاة، 2004، عدد 01، الصفحة 250.
- القرار رقم: 282033، 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02، الصفحة 363.
- القرار رقم: 680454، (غير منشور).
- القرار رقم: 16687، مجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، (غير منشور)
- القرار رقم: 382484، (غير منشور).
- القرار رقم: 45790، (غير منشور).
- القرار رقم: 50011، مجلة القضاة، 1991، عدد 02، الصفحة 57.
- القرار رقم: 726350، (غير منشور).
- القرار رقم: 32829، مجلة القضاة، 1999، عدد 01، الصفحة 60.
- القرار رقم: 388225، 1985/12/02، نشرة القضاة، عدد 44، الصفحة 157.
- القرار رقم: 58220، 1990/02/05، مجلة القضاة، 1993، عدد 03، الصفحة 53.
- القرار رقم: 222655، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 185.
- القرار رقم: 19303، نشرة القضاة، 1987، عدد 01، الصفحة 77.
- القرار رقم: 32829، 1975/07/09، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، الصفحة 60.
- القرار رقم: 58220، مجلة القضاة، 1993، عدد 03، الصفحة 53.
- القرار رقم: 53340، مجلة القضاة، 1990، عدد 03، الصفحة 85.
- القرار رقم: 134951، مجلة القضاة، 1997، عدد 02، الصفحة 86.
- القرار رقم: 44858، مجلة القضاة، 1990، عدد 04، الصفحة 50.
- القرار رقم: 51894، 1988/12/19، مجلة القضاة، 1990، عدد 04، الصفحة 70.
- القرار رقم: 54353، 1989/07/03، مجلة القضاة، 1992، عدد 01، الصفحة 45.
- القرار رقم: 189234، مجلة القضاة، 2001، عدد خاص، الصفحة 175.
- القرار رقم: 220470، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 181.
- القرار رقم: 659578، (غير منشور).
- القرار رقم: 189181، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، الصفحة 192

- القرار رقم: 33921، مجلة القضاة، 1989، عدد 04، الصفحة 76.

- القرار رقم: 50270، 1988/11/07، مجلة القضاة، 1991، عدد 03، الصفحة 48.

د-المقالات في المجلات:

- محروق كريمة، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، الجزائر، مجلد 31، عدد 02، الصفحة 356.

- حميدو زكية، تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2000، الجزء 41، عدد 01، الصفحة 171.

- شرون حسينة، جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى الحاضن، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، العدد 07.

- عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإسلامية، المجلد 11، عدد 01، 2019، الصفحة 271.

- Kouidri Mostefa. L'évolution de la jurisprudence en matière de hadana. Revue algérienne des sciences juridiques. Economiques et politiques. Faculté de droit. Université d'Alger/ volume xli n° 01/2003. Page 44