دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة

The role of the judge in the balance between the child's interest and the mother's privilege of custody

نجومن المولودة قندوز سناء

جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية– الجزائر

sanaguendouze@gmail.com

تاريخ الارسال:2022/02/25 تاريخ القبول:2022/05/19 تاريخ النشر:2022/06/15

ملخص:

اهتم المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية بموضوع الحضانة وأولاه مكانة خاصة كما أعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي فيما يتعلق بإسناد الحضانة أو إسقاطها، وذلك من أجل مراعاة مصلحة الطفل والموازنة بينها وبين حق الحضانة الذي منحه لمجموعة من الأشخاص مع منح حق الامتياز فيه للأم، وقد أقر القاضي الجزائري في أغلب قراراته الحق للأم في ممارسة الحضانة ولم يسقطها عنها حتى في حالة تخلف بعض الشروط ضمانا لتحقيق مصلحة الطفل المعنوية خاصة.

كلمات مفتاحية: حق الحضانة. امتياز الأم بالحضانة. مصلحة المحضون. إسناد الحضانة. إسقاط الحضانة.

Abstract:

The Algerian legislature has given great importance to CHAREA regarding custody of children and has given the judge a broad discretion with regard to custody or disqualification, in order to take into account The interest of the child and to balance that interest with the right of custody granted to a group of persons whose mother is a priority, the Algerian judge in most of his decisions granted the mother the right to exercise custody and did not withdraw it from her even in the event that some conditions were not met, in order to ensure the fulfillment of the child's moral interest in particular.

Keywords: conditions of custody. deprivation of custody. interests of the child. rights of custody. the mother's privilege of custody.

*المؤلف المرسل

مقدمة

أقرت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حماية خاصة للطفل من كل أشكال الاعتداء، بل وأكثر من ذلك فقد أعطت للقاضي صلاحيات واسعة في هذا المجال بإمكانية إحكام سلطته التقديرية في كل ما يتعلق بالقاصر أو الطفل، وقد نص قانون الأسرة الجزائري[1] على بعض الحقوق غير المالية[2] المشتركة بين عدد من الأشخاص، مع منح حق الامتياز لأحدهم على أساس مجموعة من الاعتبارات التي تتعلق أساسا بعلاقة هذا الأخير بالطفل محل الحماية، وتتمثل هذه الحقوق أساسا في: حق الحضانة، حق الولاية وحق الوصاية[3].

إن الحضانة حسب ما جاء به جمهور الفقهاء تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الأم الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه[4]، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليها وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره، وتترتب عن ذلك عدة آثار خاصة فيما يتعلق بالتنازل عن الحضانة وعودتها ومدى إمكانية إجبار الحاضن عليها خاصة لو كان أما[5]، فحماية مصلحة المحضون هو حق أساسي للطفل، حيث لا يتم إسناد الحضانة إلا في حدود ما يحقق مصلحته المادية والمعنوية، ولكن مسألة الحضانة تحقق تضاربا بين مصالح الأطراف المعنية كما تثير العديد من الإشكالات حول كيفية تحقيق الموازنة بين هذه المصالح والحفاظ على حق الأم وأفضليتها في ممارسة الحضانة بين غيرها من الحاضنين ومدى إمكانية تحقيق مصلحة الطفل في إبقاءه عند أمه التي قد تتخلف عنها بعض شروط ممارسة الحضانة.

سنحاول من خلال هذه الدراسة معالجة الموضوع من زاوية الآليات القانونية التي تؤطر هذا الحق في مجال شؤون الأسرة من حيث الأشخاص الذين يملكون حق الامتياز في ممارسته وعلى رأسهم الأم التي أقرت لها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هذا الحق، وكذا الرقابة القضائية على ممارستها هذا الحق ومدى التوافق مع مصلحة المحضون الأولى بالحماية من وقت إسناد الحضانة وطوال مدة ممارستها وصولا إلى نهايتها أو سقوطها، وذلك على ضوء القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية والعديد من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذا المجال في إطار قانون الأسرة القديم 84-11 أو القانون الحالي الساري المفعول 05-02.

وبالتالي اعتمادا على المنهج التحليلي النقدي ستتم معالجة هذا الموضوع بالإجابة على الإشكال التالي: **إلى أي مدى ضمن المشرع حماية الطفل القاصر من أشكال التعسف في ممارسة الأم لامتياز حق الحضانة؟ وما هي حدود تدخل القاضي في هذا المجال؟**. وسيكون ذلك من خلال تحديد الأساس القانوني والشرعي لتمتع الأم بامتياز حق الحضانة **(أولا)** وحدود تدخل القاضي في الرقابة على هذا الامتياز عند إسناد الحضانة أو إسقاطها **(ثانيا)**.

أولا: تحديد الأساس الشرعي والقانوني لتمتع الأم بامتياز حق الحضانة

لأجل التعرف على أساس تمتع الأم بامتياز حق الحضانة ينبغي تقديم تعريف للحضانة شرعا وقانونا، ثم تحديد أصحاب الحق في الحضانة، وبعدها التعرف على أساس منح الأفضلية للأم بممارسة الحضانة شرعا وقانونا ومضمون قاعدة مراعاة مصلحة المحضون كأساس لمخالفة الترتيب في منح الحضانة.

1-تعريف الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها

1-1-تعريف الحضانة وحكمها:

عرف الإمام مالك الحضانة بأنها: "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء"[6]، أما الحنابلة فقد عرفوها بأنها: "حفظ صغير أو معتوه أو مجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"[7]، وعرفها الحنفية بأنها: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[8]، أما الشافعية: "حفظ من لا يستحق بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه وتربيته"[9].

وقد اتفق جمهور العلماء على أن الحضانة حق من حقوق الطفل وهي حق أيضا وواجب على والديه أو من يحل محلهما لأن الطفل إذا ترك ضاع وهلك، وهي فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين[10]، ودليل وجوبها قوله تعالى: "**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**"[11] وقوله أيضا: "**وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً**"[12]، ووجه الدلالة في الآية الأولى أن زكريا كفل الطفل أي حضنه وقام بالعناية به، أما في الآية الثانية أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير وهذه التربية حضانته والقيام بشؤونه[13].

أما قانونا فقد عرفتها المادة 62 من قانون الأسرة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، ويعتبر هذا التعريف حسب تحليل الدكتور عبد العزيز سعد أحسن تعريف للحضانة مقارنة بغيره من التعريفات التي اعتمدتها بعض الدول العربية حيث جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية باعتبارها الأهداف المرجوة من الحضانة[14].

1-2-ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة

يعتمد ثبوت الحق في الحضانة على قوة القرابة والقدرة على رعاية مصالح الطفل، وبالرغم من اختلاف المذاهب الفقهية في مسألة ترتيب الحاضنين، إلا أن هذا الترتيب أخذ أساسا بأحقية النساء للحضانة ثم للرجال، فلما كانت النساء فيهن رفق وقوة عاطفة أكثر من الرجال كانت الحضانة أحق لهن بشرط أن تكون الأنثى الحاضنة محرما للمحضون وبعدها انتقلت للرجال تبعا لترتيبهم في الإرث[15].

أما بالنسبة لترتيب المشرع الجزائري لمستحقي الحضانة فقد منحت المادة 64 من قانون الأسرة الحق فيها للأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة[16].

وبالتالي فإن ترتيب المشرع الجزائري للحاضنين كان على أساس الوالدية وذلك بمنح الامتياز للأم في ممارسة هذا الحق ثم انتقاله للأب على أساس أن الوالدين أقدر الأشخاص على رعاية ابنهما وحفظ مصالحه، بعد ذلك ينتقل الحق في الحضانة للنساء مع تفضيل جهة الأمومة على جهة الأبوة، ويقدم النساء على الرجال لأنهن أشفق وأرفق وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[17]، مع الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد المقصود بالأقربين درجة رغم أننا نميل إلى الرأي القائل بأنه يقصد به هو ترتيب القريبات من المحارم ثم العصبات من المحارم ثم ترتيب الحواضن من الرجال على أساس الأحقية في الميراث.

وفي كل الأحوال على القاضي مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة، والتأكد من توفر الشروط وبالتالي إمكانية تعديل الترتيب المذكور[18] مادام أنه ليس إلزاميا للقاضي وليس من النظام العام[19]، وقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تؤكد على أن المبدأ هو أن مراعاة مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[20].

2-امتياز الأم بحق الحضانة

جعلت الشريعة الإسلامية وكافة القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري الأم في مرتبة الامتياز في ممارسة حق الحضانة، فالحضانة في الأصل حق للأم باعتبارها أقرب للمحضون وأرحم من غيرها عليه، وهي مقدمة على الأب وغيره من الحاضنين ما لم تتزوج أو يمنعها مانع آخر، فلا حق في حرمان المحضون من أمه أقرب الناس إليه إلا إذا تعذر ضمان هذا الحق[21].

يستدل فقهاء الشريعة على هذا الامتياز بقوله عليه السلام: "من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[22]، كما استدلوا بما رواه عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما جاءته امرأة تشتكيه زوجها الذي أراد أن يأخذ ابنها منها بعد طلاقهما فقالت له: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله: أنت أحق به ما لم تنكحي"[23].

وقد قال الصنعاني في هذا الشأن بأن الحديث دل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد أباه انتزاعه منها، وقد ذكرت المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وقد أقرها النبي على ذلك وحكم لها[24]، كما قال ابن القيم في سبب امتياز الأم بالحضانة: "ولما كن النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها، لذلك قدمت الأم فيها على الأب، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط والنظر لهم"[25].

وقد أكدت المادة 64 من قانون الأسرة على هذا الامتياز بنصها: "الأم أولى بحضانة ولدها"، وحافظت الأم على أحقيتها في صدارة مستحقي الحضانة حتى بعد تعديل قانون الأسرة لما في ذلك من أهمية مادية ومعنوية في تحقيق مصلحة المحضون[26] وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/06/14: "حيث من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"[27].

وبذلك سار القاضي الجزائري على نفس هذا النهج من حيث الحفاظ على الأولوية الشرعية والقانونية للأم في إسناد الحضانة لها وأقر ذلك في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا كعدم قبول دعوى تجزئة الحضانة بين الأم والأب في القرار الصادر بتاريخ 1984/04/02 والذي جاء فيه: "...أن الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر كما في قضية الحال، فإن الأولاد الأربعة هم صغار وضمهم لأمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب..."[28]، كما أن القاضي –من حيث الأصل وهو المطلوب في رأينا عكس ما قضى به في قرارات أخرى ندرجها لاحقا– لا يعتد برأي المحضون لخياره البقاء مع أبيه لنزع الحضانة عن أمه، فلا طائل من سماعه ما دامت مصلحته تقتضي بقاءه مع أمه وهو ما أكده القرار الصادر بتاريخ 2007/12/12 والذي جاء فيه: "...إن سماع الأولاد المحضونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد، لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية، كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[29].

3-خضوع منح الحضانة لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون

أورد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون[30] في كل المسائل المتعلقة بالحضانة، حيث أن تغليب المصلحة المادية والمعنوية للطفل المحضون أجدر بالحماية، باعتبار أن القاضي يعتمد في تقديره لمصلحة المحضون المعيارين المادي والمعنوي بما يضمن سد حاجيات الطفل الأساسية وتحقيق استقراره المادي والعاطفي[31]، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة أو إسقاطها أو بكل المسائل المرتبطة بها، وهذه القاعدة التي اعتمدتها الشريعة الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وكل القوانين العربية الإسلامية[32] وكثرت بشأنها الدراسات والنظريات هي قاعدة يخضع تطبيقها للسلطة التقديرية للقاضي، وتتميز بخصائص أهمها: أنها قاعدة ذاتية وشخصية تتعلق بكل طفل على حدا، كما أنها ليست قاعدة ثابتة بل قابلة للتغيير فما يصلح للطفل المحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر، وهي قاعدة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي[33].

وحتى يكوّن القاضي قناعته في تحديد ما هو الأجدر للمحضون منحه القانون وسائل وسلطات معينة يختار بينها حسب معطيات القضية المطروحة أمامه[34] سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد

الخصوم وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى[35] كالتحقيق[36] أو عن طريق الخبرة[37] بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو باللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة[38]، والانتقال للمعاينة للمكان الذي تمارس فيه الحضانة[39]، وكذا الاستماع إلى الشهود[40] من خلال الاستماع لأطراف النزاع من الأب والأم أو إلى أحد أطراف العائلة من أقارب الطفل أو الاستماع إلى أقوال الطفل على سبيل الاستدلال[41].

يعتبر الاستماع للقصر أمر جوازي للقاضي لأنه غير قادر على تقدير ما هو أصلح له[42]، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1982/02/11: "من المقرر أن رغبة المحضون لا تأخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن"[43]، رغم أن المحكمة العليا كانت في وقت سابق قد أخذت برأي الأبناء وقامت بتخييرهم بين البقاء مع أمهم أو أبيهم وهو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1981/12/14 الذي جاء فيه: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع، ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة ومراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس، وبحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[44].

إن مخالفة القاضي لترتيب الحاضنين وإمكانية منح الامتياز فيها للأم ينبغي تأسيسه حيث وإن كان أساسها هو مراعاة مصلحة المحضون فإنها في المقابل تخضع لضابطين أساسيين: توفر الحاضن على كل الشروط المطلوبة فيه لممارسة الحضانة وكذا الاستعانة بمرشدة اجتماعية للتحقيق في مدى أحقية طالب الحضانة في ممارستها[45] أو الاستناد إلى وثائق يقدمها الأطراف تثبت مصلحة المحضون، وهو ما جاء في القرار الصادر في 1995/10/24: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحضانة، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة لعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، فإنه بقضاءهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[46].

وقد صدرت بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 عدة قرارات عن المحكمة العليا تتعلق بإمكانية الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون، ولكن هذه المسألة مازالت القرارات فيها متذبذبة بين الإلزامية والإمكانية أي خضوع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

فأول قرار صدر في هذا المجال كان بتاريخ 2005/05/18[47] حيث أقرت المحكمة العليا بأن: "المبدأ هو أن يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية، حيث جاء في هذا القرار بأن الطاعنة تدعي بأن ابنها الذي أسندت حضانته لأبيه موجود عند عمته مهملا ولا يتمتع بأي رعاية، خاصة أن أبوه الحضن يعمل بمكان بعيد عن محل إقامة الطفل، وأن القرار المطعون فيه مشوب بالقصور

ومخالفة القانون لأن المجلس أسند الحضانة للجدة لأم وأسقطتها عن الأب، في حين أنه كان من المفروض التأكد من صحة أو عدم صحة إدعاء الطاعنة بتعيين مرشدة إجتماعية تزور الطفل بمكان إقامته وهو ما يجعل القرار عرضة للنقض والإبطال". وهو ما يدل على إلزامية الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون عند منح الحضانة أو إسقاطها.

أما في قرار آخر صادر بتاريخ 2005/11/16[48] (بعد 6 أشهر من القرار السابق) فقد أكدت المحكمة العليا أنّه: "على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل، ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين اللذان يطالبان بالحضانة (الجدة لأم والأب) بعد وفاة الأم، وأن منح الحضانة في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة يأخذ نفس الحكم ويستند في الحالتين لأحكام المادة 47 من قانون الأسرة. ممّا يجعل قرار قضاة المجلس بتسليم حضانة الولد الذي توفيت أمه لأبيه تلقائيا لكونه الولي الشرعي منعدم الأساس القانوني مما يعرضه للنقض والإبطال".

يظهر من خلال هذا القرار بأن المساعدة الاجتماعية تعد من بين الوسائل التي تساعد في معرفة أين تكمن مصلحة المحضون، لكن الإلزام يتمثل في البحث عن أين تكمن المصلحة وليس إلزامية اللجوء للمرشدة أو المساعدة الاجتماعية بذاتها.

ثالث قرار صادر عن المحكمة العليا في هذا المجال كان بتاريخ 2011/10/13[49] وقد كان هذا القرار صريحاً في هذا المجال وأكد على مضمون القرار الثاني موضحا المقصود من القرار الأول حيث أقر بأن: "المبدأ هو أن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون، وأن الاستناد على القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2005/05/18 والذي أوصت فيه باللجوء إلى وسائل قانونية كالمساعدة الاجتماعية لتقدير مصلحة المحضون غير مؤسس، لأن قضاة المجلس غير ملزمين باللجوء إلى مساعدة اجتماعية ما داما أنهم استندوا في قرار منح الحضانة للأم طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة إلى وثائق موجودة بالملف ممّا يتعين رفض الطعن". (مع الإشارة أن هذه القضية تتعلق بإسقاط الحضانة عن الأم التي تزوجت بغير قريب محرم وقد قدمت وثيقة الزواج كدليل لذلك، وبالتالي الدليل ثابت بوثيقة رسمية وهي أقوى الأدلة ولا يحتاج القاضي في هذه الحالة للاستعانة بالمرشدة الاجتماعية).

فدور المرشدة الاجتماعية دور أساسي ومهم لأنه قد يكون موجها للقاضي في معرفة الأحق بالحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون، ونقول قد يكون وليس يكون لأن القرارات القضائية وإن كانت أغلبيتها تشير إلى أن الاستعانة بالمرشدة الاجتماعية أمر وجوبي إلا أنه سبق وأن صدر قرار للمحكمة العليا يقر بأن الأمر اختياري يعود للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر ذلك بناء على معطيات الدعوى ووثائق ملف الموضوع[50].

ثانيا: مجال تدخل القاضي في الرقابة على تمتع الأم بامتياز حق الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي منح فيها قانون الأسرة سلطة تقديرية للقاضي سواء في مجال إسناد الحضانة أو إسقاطها، حيث لا يتقيد القاضي بضرورة منح الحضانة للأم على أساس أنها تملك حق الامتياز في ممارستها، بل عليه أن يمنحها بناءا على طلب منها، وأن يتأكد من مدى توافر شروط ممارستها، كما عليه أن يبقى أمينا على مراعاة مصلحة المحضون التي تعتبر أساس إسناد الحضانة أو إسقاطها.

1.دور القاضي في التحقق من توفر شروط ممارسة الحضانة عند إسنادها

تثبت الحضانة لمن كان أهلا لها بتوافر شروطها فباجتماع هذه الشروط يمكن تحقيق الأهداف النفسية والتربوية المنشودة من الحضانة ورعاية الطفل والعناية به على أكمل وجه[51]، وقبل إسناد الحضانة يتعين على القاضي التأكد من توافر هذه الشروط التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة وهي شرط الأهلية وشرط القدرة والأمانة وتربية الولد على دين أبيه، في حين أنه لم يفصل هذه الشروط وأغفل ذكر الشروط الأخرى ليحيلنا في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 منه، وقد حددت الشريعة الإسلامية الشروط الواجب توافرها في الحاضن ندرجها فيما يلي مع بيان أهم القرارات القضائية الصادرة في هذا المجال ومدى إمكانية منح الامتياز فيها للأم من عدمه.

1.1.شرط العقل: يشترط في الحاضن أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون أو معتوه، لأن الحضانة تأخذ حكم الولاية على النفس فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره[52]، وبذلك يتعين على القاضي أن يتأكد من السلامة العقلية للحاضن، وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية بالاستعانة بالخبرة الطبية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[53].

2.1.شرط البلوغ: يعتبر كلا من البلوغ والعقل من الشروط التي اتفق عليها جميع الفقهاء فالصغير غير العاقل لا حضانة له، لأن الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو التمتع بالأهلية أي بلوغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، ويستثنى من شرط البلوغ الأم القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج وهذا استنادا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

3.1.شرط الأمانة: ويعتبر أهم شرط لاستحقاق الحضانة[54] ونعني بذلك أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون وأمينا على الاهتمام به ورعايته، وإن كان بعض الفقهاء قد اختلفوا في مسألة سقوط الحضانة عن الأم الفاسقة من عدمها[55] إلا أن جمهور الفقهاء ذهب إلى أن حضانة الصغير لا تسند إلى فاسق أو فاسقة لا يقيمان للأخلاق وزنا، لأن الطفل سيطبع في ذهنه صور ما يراه فينشأ بذلك على أخلاق سيئة[56]، فالقاضي الذي

يتأكد من عدم سلامة أخلاق الأم يرفض منح الحضانة لها لأن قوام الحضانة هو حفظ الولد صحة وخلقا حسب ما جاء في المادة 62 من قانون الأسرة، وقد أقرت المحكمة العليا في عدة قرارات لها إسقاط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها[57]، وهو ما ورد مثلا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"[58].

ولكن في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2010/07/15 أسند الحضانة للأم رغم ثبوت إدانتها بجريمة الزنا بحجة أن المحضون بنت صغيرة لا تستغني عن خدمة النساء رغم أنه كان من الممكن إسنادها لحاضنة أخرى تتسم بالاستقامة متى ما تقدمت أحد الحاضنات بطلب إسناد الحضانة وتم التأكد من أمانتها على المحضونة، أو إسناد حضانتها لأبيها الذي يعتبر في هذه الحالة أجدر بها بعد التأكد من أمانته مادام يمارس الحضانة بواسطة النساء، وقد جاء في هذا القرار: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة الموضوع مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها جريمة الزنا...على أنه يجب في جميع الحالات– مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما..."[59].

4.1.شرط القدرة: هي الاستطاعة على القيام بشؤون الطفل، فلا يمكن للقاضي أن يوكل حضانة الطفل لشخص عاجز أو متقدم في السن أو مريض مرضا معديا أو مرض آخر يعجزه عن القيام بشؤون الطفل كالأعمى والأصم والأخرس[60]، حيث قضت على هذا النحو المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 والذي جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"[61].

تجدر الإشارة أن عمل الأم لا ينتفي معه شرط القدرة ولا يعتبر من أسباب سقوط الحضانة عنها وهو ما يتماشى مع ما أقره الفقه الإسلامي الحديث بالرغم من اختلافهم في الحكم بحسب صور العمل الذي تمارسه المرأة[62] وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة وذهبت إليه المحكمة العليا في عدة قرارات لها كالقرار الصادر بتاريخ 2000/07/18 والذي جاء فيه بأن: "قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني عندما اعتبروا أن عمل الطاعنة يمنعها من ممارسة الحضانة، مع أنها كانت تعمل قبل طلاقها من المطعون ضده والذي قضى عليه جزائيا بسب الإهمال العائلي ويدعي اليوم بأن الطاعنة هي المهملة للأولاد خاصة أنه لا يوجد أي نص يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[63].

إلا أنه استثناء يجوز للقاضي إسقاط الحضانة عن الأم العاملة إذا أثبت الأب أو طالب الحضانة أو تأكد القاضي بالوسائل الممنوحة له قانونا أن عملها يضر بمصلحة المحضون ويحرمه من الرعاية والحماية، كالعمل في مكان بعيد يجعلها تغيب لساعات طويلة أو أيام عن طفلها، قياسا على رأي الفقهاء بالحكم بإسقاط الحضانة من عدمها حسب طبيعة عمل المرأة ودرجة تفرغها للمحضون وهذا الحكم قد يختلف من حاضنة لأخرى ولو كان لهما العمل نفسه[64]، وهو ما جاء في القرار الصادر في 2002/07/03: "عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في الرعاية والعناية"[65].

5.1.شرط الدين: من أهم شروط الحضانة التي نص عليها قانون الأسرة في مادته 62 هو تربية الولد على دين أبيه والمقصود هنا هو الإسلام أي تربية الإبن على تعاليم ومبادئ الدين الإسلامي، فإذا كان الوالدين مسلمين فهذا لا يطرح أي إشكال، أما إذا ارتدت الحاضنة فوجب إسقاط الحضانة عنها، وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية والحنفية لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة، واشترطته بعض التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 137 والقانون الأردني في المادة 155، أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فقد أخذ بموقف الإمام مالك الذي أجاز حضانة الكافرة للمسلم[66] كتابية كانت أو مجوسية لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته والشفقة عليه، وإذا خيف على المحضون تضم الحاضنة لجيران المسلمين ليكونوا رقباء عليها[67] مع منح القاضي سلطة تقدير مدى تأثير اختلاف الدين على تربية الولد في إسناد الحضانة للأم.

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه... ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"[68]، ما يلاحظ من خلال هذا القرار أنه يحمل تناقضا مع النص القانوني ومخالفة صريحة لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة الذي يشترط أن تتم تربية الولد على دين أبيه، فكيف للأم الكافرة أن تربي ابنها على أحكام ومبادئ الدين الإسلامي وهي تنكرها وانتدت عنها؟، فضلا عن

أن هذا القرار يحمل تناقضا أيضا في تسبيبه من خلال عبارة "الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه"، فالأولوية تسقط بتخلف أحد الشروط الواجب توافرها في الحاضن والخوف على دين الطفل المحضون وارد مادامت الأم كافرة، رغم أن القاضي كان في قرار سابق قد أسقط الحضانة عن أم مسيحية حاولت تربية ابنها على مبادئها، ولم يقم بإسقاطها عن الأم التي اكتسبت الجنسية الفرنسية وتنوي الاستقرار في بلد أجنبي لا يدين بدين الإسلام طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي، حيث جاء في هذا القرار الصادر بتاريخ 2008/09/10: "حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة.

حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لأمهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب القول أن الوجه المثار غير مؤسس يتعين القضاء برفضه وتبعا لذلك رفض الطعن"[69].

للتفصيل أكثر في هذه المسألة وموقف المشرع والفقه والقضاء منها نقول بأن المشرع الجزائري استعمل عبارة "تربية الولد على دين أبيه"، والمقصود هنا هو تربيته على تعاليم ومبادئ الدين الإسلامي، فهو لم يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون كما فعلت بعض التشريعات العربية، لذلك يمكن أن تكون الأم لا تدين بالدين الإسلامي وهو ما أجازه القانون والشرع على اعتبار أن المسلم يستطيع الزواج بالكتابية، ولكن ليس الكافرة أو المجوسية لأنه الأصل أن تسقط الحضانة عنها، وهذا هو المنطقي ففي رأينا أن الأم الكافرة في هذه الحالة مرتدة، وعلى هذا الأساس ساوى الفقه والقانون والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك على أن تراعي أحكام الشرع والقانون في تربية الطفل[70] إلا إذا ثبتت ردتها عن الدين الإسلامي ففي هذه الحالة تمنع الحضانة عن الأم المرتدة لأنها يفسخ بها عقد الزواج وكل آثاره، أما إذا كانت الأم كتابية فيقع على عاتق الأب أو من يحل محله الرقابة على مدى تربية الطفل المحضون على دين أبيه، ولكن عمليا من الصعب تحقيق هذه الرقابة لعدم التقاءهما يوميا، فكان من الأجدر على القاضي ضبط هذه المسألة لأنه وإن كان المشرع قد أخذ بموقف الإمام مالك الذي أجاز حضانة الكافرة للمسلم، إلا أنه منح للقاضي سلطة تقدير مدى تأثير اختلاف الدين على تربية الولد في إسناد الحضانة للأم وهو من الأمور المادية والمعنوية التي من الصعب التحقق منها.

2.دور القاضي في مسألة إسقاط الحضانة

لقد حدد قانون الأسرة الجزائري حالات سقوط الحضانة عن الأم صاحبة حق الامتياز في ممارستها ضمن المادة 66 بنصها: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وذلك دون الإخلال بأحكام المادة 67 التي تجعل من اختلال أحد شروط الحضانة سببا لسقوطها، وهو ما سبق وناقشناه سابقا، وأحكام المادة 69 التي تجعل من استيطان الحاضن –بما في ذلك الأم– في بلد أجنبي سببا

آخر للسقوط ويرجع الأمر في كل الأحوال للسلطة التقديرية للقاضي حيث أن كل إسقاط للحضانة يكون بموجب حكم قضائي، فيمكن لكل ذي مصلحة أن يطالب بإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها إليه أو إلى الغير[71].

1.2.حالة زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم: تعتبر هذه الحالة من الحالات الوجوبية التي نص عليها المشرع وتؤدي لإسقاط الحضانة عن الأم، وفي ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، وقد أكد القضاء الجزائري على ذلك في عدة قرارات منها القرار الصادر بتاريخ 1986/05/05 الذي جاء فيه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون مما يستوجب معه نقض القرار"[72].

لقد ثار الكثير من الجدل حول مسألة سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة التي تتزوج بغير قريب محرم، فإذا كان العديد من النساء قد عزفن عن الزواج خوفا من سقوط حقهن في الحضانة خاصة أن أب المحضون وعائلته يكونون لها بالمرصاد ويترقبوا وقت زواجها لنزع الطفل عنها ولو كان ذلك عقابا لها وليس حبا في الطفل، فإن بعضهن لجأن إلى الزواج العرفي حتى لا يجد الأب أو غيره من الحاضنين دليلا لإسقاط الحضانة عنهن، بينما فضلت أخريات الانتقال بعيدا بالطفل المحضون للزواج وهو ما قد يضر بحق الأب في الزيارة.

إن الأصل هو سقوط الحضانة متى ما تم الدخول بالأم الحاضنة وهو قول جمهور الفقهاء، إلا أن القضاء الجزائري لا يجعل الزواج برجل أجنبي سببا للسقوط إلا إذا تم بموجب عقد رسمي، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/04/19: "إن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة..."[73].

لكنه ترد على هذه القاعدة استثناءات، فلم يأخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء الشافعية والمالكية والحنفية وأحمد في المشهور عنه الذين جعلوا زواج الأم بغير قريب محرم يسقط عنها الحضانة مطلقا متى ما تحققت بعض القيود التي وضعوها لاشتغالها بحقوق الزوج[74]، بل منح القانون الحق للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون وذلك بإمكانية الحكم ببقاء الحضانة للأم بالرغم من زواجها بغير قريب محرم، متى ما تأكد القاضي من استقامة الزوج وتمسك المحضون بالحاضنة، أو في الحالة التي لا يكون للحاضن محضون غير أمه أو أن له محضون آخر لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة لممارسة الحضانة أو صاحب عاهة يحتاج لرعاية مستمرة لا تصلح للقيام بذلك إلا الأم، وقد وضع المالكية استثناءا آخر في هذا المجال لم ينص عليه المشرع الجزائري ولكن أخذ به المشرع المغربي، ويتعلق الأمر بالحالة التي تكون فيها الأم وصية على أبنائها على أساس أن الوصاية لا تسقطها الزوجية، وهو ما نصت عليه المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية[75] التي ذهبت لأبعد من ذلك عندما استبعدت سقوط الحضانة عن الأم المتزوجة إذا كان الزوج نائبا شرعيا للمحضون ولو كان غير قريب محرم.

2.2.حالة تنازل الأم اختياريا عن حضانة ولدها: لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الإمام مالك في التمييز بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري لتنازل الأم عن الحضانة[76]، فإذا كان التنازل اضطراريا أي لعذر شرعي مقبول كحالة المرض أي تخلف شرط القدرة، فمن حق الأم استرجاع حضانة ابنها متى ما زال المانع، وهو ما أقرته المادة 71 من قانون الأسرة: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، بينما إذا كان التنازل اختياريا وعدم المطالبة بها لمدة سنة المدة المقررة لطلب الحضانة حسب المادة 68 من قانون الأسرة فإن الأصل هو سقوط الحضانة وعدم عودتها عقابا للأم الأولى بالعطف والرأفة بابنها وألا تتركه لغيرها خوفا عليه.

أمام عدم تحديد المشرع للجزائري هل حالة زواج المرأة من غير قريب محرم من حالات التنازل الاختياري على الحضانة أو لا، فقد عرفت القرارات القضائية تناقضا في هذا المجال، فمرة يأخذ برأي الإمام مالك[77] ويعتبرها من قبيل حالات التنازل الاختياري على الحضانة فلا يجوز للأم طلب الحضانة من جديد حتى لو تم طلاقها، ويستوي في ذلك حالة الطلاق البائن أو الرجعي، ودليل ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1990/02/25: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[78].

ولكن في قرارات أخرى يمنح الحق للأم في استرجاع حقها في الحضانة بعد طلاقها، ويعتبر الزواج عذر اضطراري ويميل في ذلك لرأي الشافعية والحنابلة[79]، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1998/07/21 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب 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 قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"[80].

إن التناقض الموجود في قرارات المحكمة العليا حول مسألة استعادة الأم للحضانة بعد طلاقها أو وفاة زوجها مرده الوقائع والظروف المحيطة بكل نزاع، لذا يمكن للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون تغيير رأيه بين قضية وأخرى، أما إذا تعلق الأمر بالتنازل الصريح فلا يمكن للقاضي إعادة الحضانة للأم التي تنازلت عنها، لأن القانون واضح في هذا المجال، حيث نص قانون الأسرة في المادة 71 منه على أن الحضانة لا تعود إلا إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، أي أن تكون الأم مجبرة على التخلي عن الحضانة لسبب ما ثم تطالب بها بعد زوال هذا السبب، ففي هذه الحالة يمكن للأم استعادة الحضانة متى ما أثبتت ذلك.

أما بالنسبة للتنازل فالأصل أن القاضي يقبل التنازل ومتى مازال السبب يمكن استرجاع الحضانة كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/04/20: "من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناده لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من ق.أ.ج.

وأن قضاة المجلس كما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطئوا في تطبيق القانون، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"[81].

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على ذلك كالقرار الصادر بتاريخ 1994/04/19 الذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازل عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثمة 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، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"[82].

بالمقابل أقرت المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1988/12/16 بعدم قبول تنازل الأم عن الحضانة ما لم يوجد شخص آخر يقبلها ويكون جدير بالقيام بها لأنها أولى بحضانة أولادها حيث جاء في القرار: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"[83].

حيث وبالرغم من أن القاعدة تقضي عدم إجبار الحاضن على ممارسة الحضانة إذا رفضها، إلا أنه في حالات معينة لا يقبل من الحاضنة الأم إسقاط الحضانة عنها إذا كان في ذلك إضرار بالمحضون، خاصة إذا كان المحضون رضيعا أو مريضا مرضا خطيرا يجعله في حاجة ماسة إلى أمه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها القرار الصادر بتاريخ 1989/07/03 الذي جاء فيه: "ولما كان ثابتا –من قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة"[84].

كما ذهبت المحكمة العليا لأبعد من ذلك في قرار آخر صادر بتاريخ 2010/10/14 بإجبار الأم على حضانة ابنها رغم تنازلها عنها وأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنه في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة، حيث جاء في هذا القرار: "حيث أن

إدانة الطاعن بسبب ارتكابه لجريمتي السرقة وانتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يشكل في حد ذاته، مساسا بشرف الأسرة، ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، ولا يحتاج إلى أي توضيح في هذا الشأن، كما أن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته إلى والدته بالرغم من تنازلها عنها، وذلك لثبوت تواجد والدته بالمؤسسة العقابية، بعد إدانته بسبب ارتكابه للجريمتين المذكورتين، وذلك طبقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة. ومن ثم فإن هذا الوجه يعد هو الآخر غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن"[85].

من خلال القرارات السابقة يظهر أن القاضي الجزائري يجبر الأم على حضانة إبنها على اعتبار أن الحضانة حق للأم وواجب عليها أيضا ولا يعتد بتنازلها عند امتناع الحاضنين الآخرين أو عدم توفرهم على الشروط المطلوبة، وهي نفسها قد لا تتوفر فيها هذه الشروط، مما يتنافى وتحقيق مصلحة المحضون لكن في ذلك دفع للضرر الأكبر بضرر أقل فهو خير من ترك المحضون بلا حاضن ومثل ذلك ما أقرته المحكمة العليا عندما لم تسقط الحضانة عن الأم التي أدينت بجريمة الزنا في القرار الصادر بتاريخ 2010/07/15 الذي سبق بيانه في إطار تطرقنا لشرط الأمانة، وهو ما يؤيده الدكتور عبد العزيز سعد الذي يقول في هذا الشأن أن: "مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل ذلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون"[86].

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 1998/04/21: "كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون"[87].

3.2.حالة استيطان الأم في بلد أجنبي: يقصد بالاستيطان هو الإقامة وليس مجرد السفر بالطفل لغرض غير الإقامة كزيارة الأقارب أو النزهة أو لقضاء حاجة معينة، وقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على هذه الحالة كسبب مسقط للحضانة، حيث إذا أرادت الأم الاستيطان بالخارج فيمكن لكل ذي مصلحة أن يرفع هذا الأمر للقاضي الذي يرجع له وحده الحق في إثبات الحضانة للأم أو إسقاطها عنها بناء على المصلحة التي قد تكون في سفر المحضون خارج البلد أو بقاءه في أرض الوطن مع عدم الإضرار بمصالح الأب وحقوقه، وبالتالي فإن هذه الحالة لا تعتبر حالة سقوط وجوبية مثل حالة الزواج بغير قريب محرم وحالة التنازل الاختياري، بل حالة تخضع لتقدير القاضي لظروف وغرض الهجرة وكذا البلد المراد الاستيطان فيه وغيرها من الأمور التي يحقق فيها القاضي قبل الحكم ببقاء الحضانة أو إسقاطها ففي كل الأحوال ينبغي مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، رغم أن الحكم ببقاء الحضانة من شأنه الإضرار بمصلحة أحد الأبوين فيما يتعلق بحق الزيارة وبذلك الإضرار بالمحضون الذي من مصلحته أن يكبر بين والديه حفاظا على استقراره النفسي والعقلي[88].

وبالتالي فإن الإشكال الحقيقي المطروح في هذه الحالة يتعلق ببعد المسافة بين المحضون والأب مما قد يمنعه من حق الزيارة والرقابة عليه، رغم أن المسافة التي اعتمدها القضاء الجزائري هي نفسها التي قدرها الفقهاء بمسافة القصر وهي ست برود أو 72 ميلا والتي تضمن عدم انقطاع خبر المحضون عن الأب وأولياءه، وهو ما يعادل 33 كيلومتر تقريبا وهي مسافة قد تفصل بين مدينة ومدينة أخرى داخل الوطن بل وقد تكون أكبر وتبلغ مئات الكيلومترات مقارنة بما قد يفصل بين الجزائر وبعض المدن الفرنسية مثلا، وهو ما لم يمنعه المشرع حيث لم يعتبر التنقل بالمحضون داخل الوطن من أسباب سقوط الحضانة، كما أنه من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يظهر أن القاضي لم يفرق بين البلد المراد الاستيطان فيه مسلم أو غير مسلم، وهو ما أكد عليه القرار الصادر في 2002/05/08 الذي جاء فيه: "إلا أنه لا تسقط الحضانة عن الأم إذا كان الوالدين يقيمان في نفس البلد الأجنبي لأن الغرض من السقوط في هذه الحالة وهو زيارة الأب لأبنائه والرقابة عليهم لا محل له"[89].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2007/11/14: "الحكم تلقائيا بمنع المحضون المسندة حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي حيث يقيم والده بصفة قانونية خطأ في تطبيق القانون"[90].

وهو ما أكد عليه أيضا القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 ما يلي: "من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"[91].

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2008/03/12 أقرت أنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم، حيث جاء في هذا القرار: "حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة مراعاة لمصلحتهم ولأنهم يدرسون بفرنسا، حيث أن هذا التسبيب كاف مادامت مراعاة مصلحة المحضونين تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم كما تنص المادة 62 من قانون الأسرة. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه"[92].

أما حول بعد المسافة فنجد القرار الصادر بتاريخ 1995/11/21 الذي جاء فيه: "إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبناءه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[93].

وقد اشترطت المحكمة العليا –عملا برأي أغلب الفقهاء– على الأم الحاضنة –وعلى الحاضن كأصل عام– أن لا تبتعد بمحضونها مسافة بعيدة تمنع الأب من زيارة ورعاية ولده، ومن ذلك ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1986/09/22: "من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود[94]، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في

تطبيق القانون، ولما كان ثابتا–في قضية الحال– أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"[95].

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة يتضح أن منح الامتياز للأم في ممارسة حق الحضانة قد ضبطه المشرع بمجموعة من الشروط التي تنصب في إطار حماية القاصر ومنع التعسف في استعمال هذا الحق وذلك تحت طائلة إسقاطه، وانتقال الحضانة لأحد مستحقيها الآخرين.

وبالتالي فإن منح حق امتياز لشخص معين ليس معناه إطلاق هذا الحق دون رقابة، لذا منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي للتدخل ومراعاة مصلحة المحضون في استعمال هذه الحقوق، هذه المصلحة التي تختلف حسب وقائع وظروف كل قضية، وقد أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات القضائية ذات العلاقة بمسألة الحضانة التي تثير الكثير من الإشكالات، والتي تأخذ حصة الأسد في أشكال القضايا المرفوعة أمام قاضي شؤون الأسرة بعد قضايا انحلال الرابطة الزوجية.

وقد خلصنا في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ندرجها فيما يلي:

النتائج:

–قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي مدار مسائل الحضانة كلها وإن كانت هذه القاعدة هي مسألة شخصية وذاتية يختلف أمر تقديرها من طفل لآخر ومن قاض لآخر ومن ظروف قضية لأخرى لأنها مسألة قابلة للتغيير، إلا أنه على القاضي وفي كل قضية من قضايا الحضانة بمختلف عناصرها تغليب المصلحة المعنوية للطفل على المصلحة المادية بما يحقق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

–إن كان المشرع أعطى لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أو إسقاطها وكل المسائل المتعلقة بها، إلا أنه منح ضمانات لحماية هذه المصلحة وضوابط ينبغي على القاضي مراعاتها في ذلك كمنح الأم الأولوية في استحقاق الحضانة وترتيب الحاضنين وتحديد شروط الحضانة وحالات سقوطها وغير ذلك.

–يظهر من خلال قرارات المحكمة العليا أنه عندما يتعلق الأمر بإسناد الحضانة للأم فإن القاضي لا يخل بالقاعدة الأصلية حول ترتيب الحاضنين ولا يمنحها لحاضن آخر على حساب الأم إلا في حالات محدودة، وأحيانا لا يسقطها عنها حتى لو تخلفت بعض شروط الحضانة على اعتبار أنه غالبا ما تتحقق مصلحة المحضون في بقاءه عند أمه الأولى بحضانته باعتبارها أقرب للمحضون وأرحم من غيرها عليه، وذلك مسايرة لما أقره القانون الجزائري في المادة 64 منه وأحكام الشريعة الإسلامية.

-إن كان الفقهاء قد اتفقوا على شروط العقل والبلوغ والقدرة في إسناد الحضانة، إلا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بشرط الدين والأمانة، وهو ما خلف تضاربا في الأحكام القضائية في هذا المجال، رغم أنه كان يتعين على المحكمة العليا إصدار اجتهاد قضائي فاصل في هتين المسألتين.

-يظهر التناقض في قرارات المحكمة العليا بشأن إسناد الحضانة للأم في حالة تخلف شرط الأمانة أو الدين، أنه بعدما كانت تسقط الحضانة عن الأم الزانية أصبحت تبقيها على اعتبار مراعاة مصلحة المحضون بحجة صغر سن المحضونة واحتياجها لحضانة النساء، أما فيما يتعلق بشرط الدين فقد أعطت الحق للأم الكافرة في حضانة إبنها وهو ما يتعارض مع المبدأ القانوني الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة حول وجوب تربية الإبن على دين أبيه والمبدأ الشرعي الذي يجعل الردة من أسباب فسخ عقد الزواج وآثاره ما دامت الأم مرتدة بكفرها على أساس أنه لا يجوز للمسلم الزواج إلا بكتابية، إلا إذا حدثت الردة بعد الطلاق.

-إن كان المشرع الجزائري وقرارات المحكمة العليا تعطي دائما الأفضلية للأم في إسناد الحضانة لها وفي تمديدها طبقا للمادتين 64 و65 على التوالي من قانون الأسرة، إلا أن الأفضلية قبل ذلك تكمن في مدى تحقق مصلحة المحضون في حضانة أمه له، حيث أقرت عدة قرارات بإسقاط الحضانة عن الأم خاصة في حالة تخلف شرط الأمانة أو زواجها بغير قريب محرم، وأحيانا معاقبتها عن تخليها عن طفلها برفض إسناد الحضانة لها لأنها لم تطالب بها أو رفض إرجاع الحضانة لها بعدما تنازلت عنها، على أساس أن الفقه والقانون والقضاء أقر أنه لو امتنع الحاضن عن الحضانة لا يجبر عليها ولو أسقط حقه فيها سقط لأنها ليست واجبا، وهي حق للمحضون فإذا لم يوجد حاضنا له غير أمه أو أبيه أجبروا عليها.

التوصيات:

-على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها مراعاة مصلحة المحضون المادية والمعنوية تماشيا وأهداف الحضانة المقررة في المادة 62 من قانون الأسرة، وبالتالي تغليب مصلحة الطفل على مصالح وحقوق الأطراف الأخرى سواء عندما تكون الحاضنة أما تملك امتياز هذا الحق أو غيرها من الحاضنين الذين رتبهم القانون في المادة 64 حسب الأفضلية ومنح للقاضي السلطة التقديرية في الإخلال بهذا الترتيب بما يحقق مصلحة الطفل.

-على المشرع أن يتدخل لتعديل بعض المواد المتعلقة بمسائل الحضانة خاصة ما يتعلق بإدراج نص قانوني يمنع إسناد الحضانة للأم التي ثبتت إدانتها بجريمة الزنا إلا في حالة عدم وجود حاضن آخر تتحقق فيه شروط الحاضن، لأن في المنح تغليب لأولوية الأم في ممارسة الحضانة وفي المنع حفاظ على مصلحة المحضون.

-ينبغي توحيد الاجتهاد القضائي حول بعض المسائل المتعلقة بالحضانة كتلك المتعلقة بشرط الدين وتحديد المقصود به هل اتحاد الدين بين الحاضن من غير الأب وأب المحضون بما أن الحاضن قد يكون

شخص آخر غير الأم، وبالتالي فإن مسألة عدم اتحاد الدين قد تكون مطروحة ومن الصعب تحقق شرط تربية الطفل على دين أبيه المسلم إذا كان الحاضن غير مسلم، كما ينبغي التوضيح بشأن إسناد الحضانة لكافرة وأن الكفر المقصود هنا الذي يقع بسببه الانفصال أو يكون لاحقا للانفصال لأنه لا زواج لمسلم بكافرة فبكفرها وردتها يفسخ عقد الزواج وآثاره، خاصة مع عدم إمكانية تحقق تربية الطفل على دين أبيه في هذه الحالة أيضا.

-من بين المسائل التي يجب وتوضيحها وتعديلها في قانون الأسرة تحديد الوقت الذي يمكن خلاله إسقاط الحضانة عن الأم التي تزوجت من غير محرم هل تحسب من وقت إبرام العقد أو من وقت الدخول، وكذلك المدة التي يجب خلالها رفع دعوى استرجاع الحضانة عند زوال سببها الاضطراري، هل تحسب كمدة المطالبة بالحضانة وهي سنة من زوال السبب أو يمكن تمديد هذه المدة إذا حال دون ذلك أي ظرف أجنبي.

-يجب على القاضي عند النظر في قضايا منح الحضانة أو إسقاطها عن الأم تغليب مصلحة المحضون على امتياز الأم بحق الحضانة، وحمايته نفسيا وسلوكيا وعدم التأثر بظروف الحضانة ومعاقبة كل مقصر في هذا الشأن، وهذا القول ينطبق على كل حاضن وليس الأم فقط.

الهوامش:

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 صادر في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005.

[2] الحقوق غير المالية هي حقوق ليست ذات قيمة مالية، فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص، وهي ليست أموال بل هذه الحقوق لصيقة بشخصية صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا المقايضة عليها، ولا يجوز للدائنين الحجز عليها بخلاف الحقوق المالية.. أنظر في ذلك: عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار العلوم، دون بلد النشر، 2007، ص 30.

[3] للمزيد من التفصيل حول هذه الامتيازات والحقوق راجع كلا من: نجومن قندوز سناء، الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2016، ص ص 150-169، يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2011، ص ص 244-246.

[4] لقد اختلف الفقهاء والتشريعات الوضعية حول طبيعة مصلحة المحضون هل هي حق أو واجب للمزيد من التفصيل راجع كلا من: بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، السنة 11، 2014، ص ص 185-187، بوبكر خلف، مصلحة المحضون: دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جوان 2016، ص ص 524-525.

[5] بن صغير محفوظ، مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، جوان 2018، ص 109.

[6] مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 358.

[7] الشعراوي محمد متولي، تفسير الشعراوي، دون طبعة، مطابع أخبار اليوم، مصر، 1997، ص 65.

[8] محمود بن أحمد بن موسى بن الحسن المعروف ببدر الدين الحنفي، البناية شرح الهداية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص 210.

[9] ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ص 592.

[10] مالك بن أنس، مرجع سبق ذكره، ص 44.

[11] الآية 37 من سورة آل عمران.

[12] الآية 24 من سورة الإسراء.

[13] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 11.

[14] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 293.

[15] للتفصيل في مسألة ترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة راجع: يمينة شودار، مرجع سبق ذكره، ص ص 240-241.

[16] تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قبل تعديل المادة 64 من قانون الأسرة كان يمنح الحق في ممارسة الحضانة للأم أولا ثم لأم الأم ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب فالأقربون درجة، وبالنظر للانتقادات الكثيرة التي وجهت لهذه المادة تم التعديل على النحو المذكور أعلاه، وفي رأينا أن هذا هو المنطقي والأفضل لمصلحة الطفل المحضون وللأب الذي هو أقرب للطفل وأولى برعايته من الجدة (أم الأم) والخالة، كما أنه وبعد وفاة الأم تنتقل الحضانة للأب تلقائيا ولا يخرج عنه هذا الحق إلا إذا أثبت أنه غير أهل للقيام بواجب الرعاية.

[17] بن صغير محفوظ، مرجع سبق ذكره، ص 115.

[18] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1999، ص 380.

[19] غريسي جمال، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد2، 2021، ص 507.

[20] ومن بين هذه القرارات: قرار المحكمة العليا رقم 497457 صادر بتاريخ 2009/05/13، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2009، ص 301، والقرار رقم 613496 صادر بتاريخ 2011/03/10، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 289.

[21] حداد عيسى، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 15، ديسمبر 2005، ص 188.

[22] وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القاهرة، مصر، 2000، ص 470.

[23] جمال الدين بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 265.

[24] يمينة شودار، مرجع سبق ذكره، ص 241.

[25] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء 05، دار الكتاب العربي، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 445.

[26] عيساوي عادل، السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 04، 2020، ص 169.

[27] قرار المحكمة العليا رقم 540 صادر بتاريخ 2006/06/14، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار غير منشور، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 213.

[28] قرار المحكمة العليا رقم 32594 صادر بتاريخ 1984/04/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 79.

[29] قرار المحكمة العليا رقم 1180 صادر بتاريخ 2007/12/12 ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار غير منشور، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 215.

[30] للتفصيل في التعريف اللغوي الفقهي والقانوني لكل من المصلحة، المحضون ومصلحة المحضون راجع كل من: بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص ص 520-523، غريسي جمال، مرجع سبق ذكره، ص ص 502-504، بجاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص ص 188-190.

[31] للمزيد من التفصيل في العناصر الخاصة بكل معيار راجع: الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مدعمة بأحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية)، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 04، العدد 02، 2020، ص ص 195-196، بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص ص 527-528.

[32] بجاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص 188.

[33] للمزيد من التفصيل في خصائص قاعدة مصلحة المحضون راجع: الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مرجع سبق ذكره، ص ص 193-195، بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص ص 523-524، بجاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص ص 190-191.

[34] للتفصيل في الوسائل راجع: الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مرجع سبق ذكره، ص ص 197- 198، بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص ص 528-530.

[35] طبقا للمادتين 75 و76 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 23 أفريل 2008.

[36] طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[37] طبقا للمادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[38] طبقا للمادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[39] طبقا للمادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[40] طبقا للمادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[41] طبقا للمواد 153، 454، 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[42] بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص 530.

[43] قرار المحكمة العليا رقم 26503 صادر بتاريخ 1982/01/11، قرار غير منشور، نقلا عن: بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص 530.

[44] قرار المحكمة العليا رقم 26225 صادر بتاريخ 1981/12/14، قرار غير منشور، نقلا عن: الصادق عبد القادر، رقاني عبد المالك، مرجع سبق ذكره، ص ص 197-198.

[45] للمزيد من التفصيل حول دور المرشدة الاجتماعية في تقدير الظروف المادية للحضانة راجع: عيساوي عادل، مرجع سبق ذكره، ص 166.

[46] قرار المحكمة العليا رقم 123889 صادر بتاريخ 1995/10/24، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 111.

[47] قرار المحكمة العليا رقم 330566 صادر بتاريخ 2005/05/18، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، العدد1، 2005، ص 301.

[48] قرار المحكمة العليا رقم 337176 صادر بتاريخ 2005/11/16، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، نشرة القضاة، العدد 65، 2010، ص319.

[49] قرار المحكمة العليا رقم 650014، صادر بتاريخ 2011/10/13، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، العدد 1، 2012، ص 313.

[50] عيساوي عادل، مرجع سبق ذكره، ص ص 171- 172.

[51] حيدرة محمد، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 04، العدد 02، 2018، ص 11.

[52] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق ونفقة الأولاد وحقوق الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 228.

[53] قرار المحكمة العليا رقم 265727 صادر بتاريخ 2002/02/13، غرفة الأحوال الشخصية، قرار غير منشور، نقلا عن: نبيل صقر، عزالدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 119.

- [54]حيدرة محمد، مرجع سبق ذكره، ص 11.

[55] للمزيد من التفصيل حول مختلف الآراء الفقهية حول شرط الأمانة والاستقامة في الفقه الإسلامي راجع: لمين لعريط، الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 34، العدد 03، 2020، ص ص 419-420.

[56] العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 48.

[57] فإسناد الحضانة لأم فاسدة على اعتبار عاطفي يعد خرقا للقانون حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/05/22، كما تسقط الحضانة أيضا عن الجدة لأم في حالة فساد أخلاق الأم وسوء تصرفاتها لانعدام الثقة فيهما معا: أنظر قرار المحكمة العليا رقم 31997 صادر بتاريخ 1984/01/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1989.

[58] قرار المحكمة العليا رقم 171648 صادر بتاريخ 1997/09/30، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 169.

[59] قرار المحكمة العليا رقم 564787 صادر بتاريخ 2010/07/15، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 2010، ص 262.

[60] أحمد فراج حسين، مرجع سبق ذكره، ص 228.

[61] قرار المجلس الأعلى للقضاء (بدون رقم) صادر بتاريخ 1984/07/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 04، ص 78.

[62] للمزيد من التفصيل راجع: بن صغير محفوظ، مرجع سبق ذكره، ص ص 119-120.

[63] قرار المحكمة العليا رقم 245156 صادر بتاريخ 2000/07/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

[64] حيدرة محمد، مرجع سبق ذكره، ص 12.

[65] قرار المحكمة العليا رقم 274207 صادر بتاريخ 2002/07/03، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 262.

[66] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، الكويت، 1990، ص ص 306-307.

[67] لمين لعريط، مرجع سبق ذكره، ص 421.

[68] قرار المحكمة العليا رقم 57221 صادر بتاريخ 1989/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1993، ص 48.

[69] قرار المحكمة العليا رقم 457038 صادر بتاريخ 2008/09/10، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 2008، ص 313.

[70] بوبكر خلف، مرجع سبق ذكره، ص 526.

[71] حيث يجوز تقديم طلب إسقاط الحضانة من أجل إسنادها إلى الغير.. أنظر في ذلك: عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص 370.

[72] قرار المحكمة العليا رقم 40418 صادر بتاريخ 1986/05/05، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 75.

[73] قرار المحكمة العليا رقم 102886 صادر بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، العدد 51.

[74] للمزيد من التفصيل راجع: بن صغير محفوظ، مرجع سبق ذكره، ص ص 113-114.

[75] قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 22-04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل03 فبراير 2004، ج ر عدد 5184 صادر في 05 فبراير 2004.

[76] بن صغير محفوظ، مرجع سبق ذكره، ص ص 114-115.

[77] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرجع سبق ذكره، ص ص 312-313.

[78] قرار المحكمة العليا رقم 58812 صادر بتاريخ 1990/02/05، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 04، 1992، ص 15.

[79] المومني أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية: فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، 2009، ص 313.

[80] قرار المحكمة العليا رقم 201336 صادر بتاريخ 1998/07/21، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 178.

[81] قرار المحكمة العليا رقم 220670 صادر بتاريخ 1999/04/20، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 181.

[82] قرار المحكمة العليا رقم 102886 صادر بتاريخ 1994/04/19، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 51، 1997، ص 92.

[83] قرار المحكمة العليا رقم 51894 صادر بتاريخ 1988/12/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 04، 1990، ص20.

[84] قرار المحكمة العليا رقم 54353 صادر بتاريخ 1989/07/03، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1992، ص 45.

[85] قرار المحكمة العليا رقم 581222 صادر بتاريخ 2010/10/14، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2011، ص 248.

[86] عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص 295.

[87] قرار المحكمة العليا رقم 189234 صادر بتاريخ 1998/04/21، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 175.

[88] عيساوي عادل، مرجع سبق ذكره، ص 175.

[89] قرار المحكمة العليا رقم 282033 صادر بتاريخ 2002/05/08، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 2004، ص 363.

[90] قرار المحكمة العليا رقم 408248 صادر بتاريخ 2007/11/14، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2011، ص 244.

[91] قرار المحكمة العليا رقم 56597 صادر بتاريخ 1989/12/25، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص 61.

[92] قرار المحكمة العليا رقم 426431 صادر بتاريخ 2008/03/12، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2008، ص 271.

[93] قرار المحكمة العليا رقم 111048 صادر بتاريخ 1995/11/21، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 102.

[94] وهي نفس المسافة التي حددها جمهور الفقهاء والتي تسقط عنها الحضانة وقد قدروها بما يعادل 72 ميلا أو 33 كيلومتر تقريبا. أنظر في ذلك: السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة 21، دار الفتح للإعلام العربي، 1999، ص 226.

[95] قرار المحكمة العليا رقم 43594 صادر بتاريخ 1986/09/22، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 04، 1992، ص 41.