جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبان:

* صالح خيضر

* فارس دبه

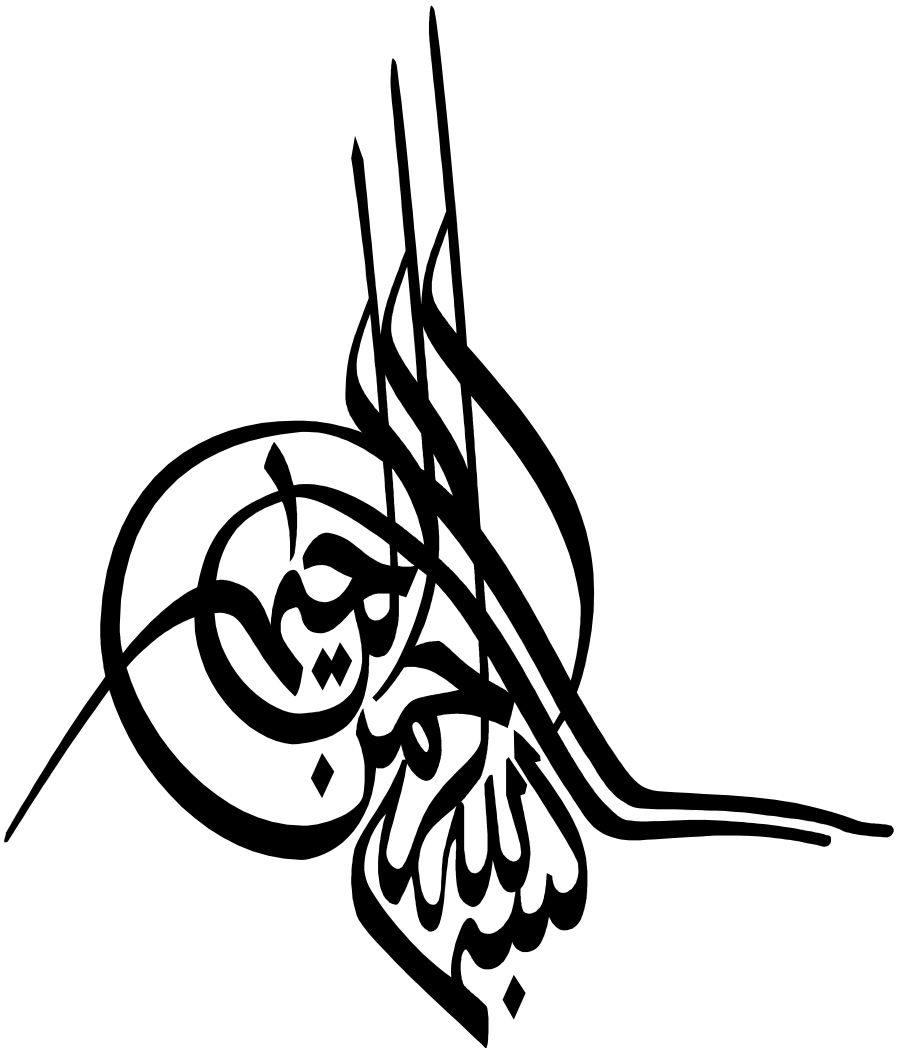
إشراف الأستاذ:

* فؤاد خوالدية

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
حسام بخوش	أستاذ مساعد – أ –	جيجل	رئيسا
فؤاد خوالدية	أستاذ مساعد – أ –	جيجل	مشرفا ومقررا
جمال أولعربي	أستاذ مساعد – ب –	جيجل	مناقشا

السنة الجامعية :2016/2015



تشكر

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى:

الأستاذ المشرف:

فؤاد خوالدية

والذي لم يبخل علينا من فيض نصائحه وإرشاداته وتوجيهاته

السديدة التي كان لها الأثر والصدى الكبير

في إنجاز هذا العمل المتواضع.

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق جامعة تاسوست

وكل من ساهم من قريب أو من بعيد في

إنجاز هذا العمل

شكرا

صالح - فارس

قائمة المختصرات :

ج : الجزء .

ج.ر :الجريدة الرسمية.

د .س. ن : دون سنة النشر.

ص : الصفحة.

ط : الطبعة.

غ.أ. ش : غرفة الأحوال الشخصية .

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري.

م.ع : المحكمة العليا.

ن.ق : نشرة القضاة.

مقدمة

تعد الأسرة الخلية الأساسية والوحدة الأولى لبناء المجتمع، والتي تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلتي الزوجية والقرابة، فالعناية والإهتمام بالأسرة لهما آثار كبيرة في المجتمع، فإذا أنشئت على أسس متينة فإنها تضمن مجتمعا سليما لتربية الأجيال وغرس القيم والأخلاق بين أفراده، ولهذا حرص الإسلام أشد الحرص على إرسائها وتثبيتها والمحافظة عليها مما يؤذيها، لأنها المنبت السليم الذي ينشأ فيه الطفل، وذلك بإعطاء كل فرد من الأسرة دورا مهما في حياته فجعل للوالدين مسؤولية عظيمة في تربية الأولاد، فخص كل واحد منهما بما يستطيع القيام به، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأطفال، لهذا رغبت في الزواج، وحثت عليه لقوله تعالى: "وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِۚ أَفَبِٱلۡبَٰطِلِ يُؤۡمِنُونَ وَبِنِعۡمَتِ ٱللَّهِ هُمۡ يَكۡفُرُونَ"[1]، فالزواج هو وسيلة لإنجاب الأطفال وزيادة النسل وأساس لحفظ الأنساب وصيانتها.

وللزواج أهمية بالنسبة للأطفال ، كون الطفل يستمد الشعور بالأمان والاستقرار والتوافق النفسي من تفاهم وارتباط وتماسك والديه، إلا أن هذا الشعور قد يتزعزع بمجرد الإنفصال أو الطلاق، وهذا لضرورة ابتعاد أحد الزوجين عن الآخر، فيجد الطفل نفسه أمام غياب أحد الدعائم الأساسية لحياته النفسية والمادية مما يؤدي إلى نقص المتابعة الدائمة من قبل أحدهما كما كانت من قبل.

لذا كان من الضروري حماية الطفل وعدم تركه عرضة للأخطار، ومن هنا واستجابة لمصالح هذه الفئة الحساسة من المجتمع فقد ظهرت العديد من التشريعات الوضعية التي حاولت تجسيد ما أتت به الشريعة الإسلامية، خاصة في الدول المسلمة، ومن بينهما الجزائر التي حاولت من خلال قانون الأسرة حماية هذه الفئة بعد انحلال الرابطة الزوجية وضمان

[1] سورة النحل، الآية 72.

حقوقها، وذلك بالنص على الحضانة واعتبارها البديل الوحيد والممكن الذي يعوض الطفل عن الجو الطبيعي المفقود وهو اجتماع والديه بأن أسندت رعاية الطفل والإهتمام به إلى أحد أبويه وهي الأم بالدرجة الأولى أو الأب إذا تعذرت حضانته من قبل أمه وإذا لم يتم أحد الحلين، فيسند الطفل إلى أهل أمه أو أبيه وفي كل هذه الفروض بحث عن الجو العائلي المفقود وحتى يجنب الطفل الضياع.

أسباب إختيار الموضوع:

تعود أسباب إختيار الموضوع إلى أسباب موضوعية و أخرى ذاتية ، تتمثل الأولى في كون الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه، فهي تعتبر أهم أثر من آثار الطلاق، أما الثانية فتتمثل في كونها لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى الطفل خاصة في وقت أصبحت فيه ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير وفي تفاقم مستمر لأجل أتفه الأسباب، دون الأخذ في الإعتبار مصلحة الأطفال التي أصبحت محل مساومة من قبل الأزواج بعد الطلاق، حيث يصبح الطفل ورقة ضغط يستعملها أحد الأبوين على الأخر، إما لحمله على التنازل عن الحق أو كوسيلة ابتزاز لدفع الأذى دون مراعاة مشاعر ومصالح هذا الطفل.

أهمية الموضوع:

يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع يتعين على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة وتوفير بيئة صحية ومناسبة له، وتعتبر العائلة البيئة المثالية لتنشئة الأطفال، غير أن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة كثيرا ما تنتهي بالطلاق مما يخلف تشتتا في العائلة، وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة أي الطفل قدرا من الحماية ، وتعتبر الحضانة الحل القانوني والسليم لذلك ، لما لها من أهمية من الناحية العلمية و الموضوعية، فمن الناحية العلمية هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار القانوني لحماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري والوقوف على السبل الكفيلة بتجسيد هذه الحماية.

كما أن موضوع الحضانة عموما لا يمكن دراسته بالإعتماد على القانون وحده، بل لابد من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظرا لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نص قانوني ومن ثم فإنه من الأهمية بمكان أن نبين مواطن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

أما من الناحية العملية ، فموضوع الحضانة من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة وأن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث في معايير وضوابط تقدير القضاء لهذه المصلحة.

الهدف من الدراسة:

تهدف هده الدراسة إلى مايلي :

- ✓ بيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، سواء ما تعلق بضمان تعليمه أو السهر على حمايته وحفظه صحيا وخلقيا ودينيا وتربويا، والقيام بشؤونه وتلبية حاجياته عن طريقها ، وإظهار الأصلح للطفل في الشؤون التي تخص الحضانة.
- ✓ الوقوف على مدى الإنسجام بين قانون الأسرة من جهة وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال من جهة أخرى.
- ✓ بحث الإشكالات العملية التي يطرحها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة بخصوص الحضانة.
- ✓ تقييم مدى كفاية النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لحماية مصلحة الطفل المحضون.

منهج الدراسة:

اقتضت طبيعة الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرف على موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، كما وظفنا أيضا المنهج

التحليلي وذلك من أجل استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالدراسة وتحليلها، وبيان العيوب التي تشوبها واقتراح الحلول البديلة لها.

الإشكالية :

و للتعريف بأهمية بحثنا هذا والوصول لأهداف الدراسة قمنا بطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى تمكن المشرع الجزائري في قانون الأسرة من حماية مصلحة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية من خلال أحكام الحضانة؟

وتحت هذه الاشكالية الرئيسية يمكن طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- ✓ **ما المقصود بماهية الحضانة؟**
- ✓ **ماهي الأثار المترتبة عنها؟**

إطار الدراسة:

نتناول موضوع الحضانة من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة مرحلة ما بعد تعديله، أي في إطار القانون 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، ونظرا لارتباط موضوع الدراسة بالفقه الإسلامي، ونظرا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا مهما من مصادر قانون الأسرة وفقا لنص المادة 222 منه، فإننا سنعود إلى الفقه الإسلامي كلما اقتضى الأمر ذلك، وسوف نستعين بقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص الأحكام الإجرائية المتعلقة بدعاوى الحضانة ، و القانون المدني فيما يخص المسؤولية المترتبة عنها.

الدراسات السابقة:

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وقفنا على بعض الدراسات السابقة والتي كانت مرجعا مهما لنا في بحثنا هذا والتي نذكر منها ما يلي:

- ✓ أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، والتي تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2005/2004 والتي كانت عونا لنا لاسيما أنها اعتمدت في دراستها على قوانين الأسرة المغاربية مستعينة في ذلك

بأحكام الشريعة الإسلامية ، بالرغم من أنها تناولت موضوع الحضانة في القوانين المغاربية وليس في قانون الأسرة الجزائري فقط .

✓ أطروحة دكتوراه للباحث محفوظ بن صغير بعنوان الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، تمت مناقشتها بجامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2009/2008 والتي كانت مرجعا لنا لاسيما في المجال الفقهي ، بالرغم من أنها تناولت الموضوع من الناحية الفقهية بصفة موسعة .

✓ مذكرة لنيل شهادة الماجستير للباحث بن عصمان نسرين إيناس بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، تمت مناقشتها بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان سنة 2009/2008 والتي كانت مرجعا لنا لاسيما فيما يتعلق بأسباب سقوط الحضانة وعودتها بالرغم من تناولها لموضوع الحضانة من الناحية الجزائية أيضا.

تقسيم الدراسة:

وللإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا الموضوع إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول: ماهية الحضانة وقسمناه بدوره إلى مبحثين، تناولنا في الأول: مفهوم الحضانة بينما تناولنا في المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة.

أما في الفصل الثاني فقد عالجنا الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة، وتناولنا في المبحث الأول منه الإلتزامات القانونية المترتبة على الحضانة، بينما توصلنا في المبحث الثاني إلى انقضاء الحضانة.

الفصل الأول

ماهية الحضانة

الفصل الأول: ماهية الحضانة:

يترتب عن فك الرابطة الزوجية، جملة من الآثار من بينها الحضانة، التي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، ويمكن القول أنها من أهم الآثار، خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتبة عن إسنادها لطرف دون آخر، لأنها تتعلق بمصير الأولاد، الذين يكونون في مرحلة حرجة من حياتهم، قد تؤدي بهم إلى عواقب وخيمة على صحتهم وأخلاقهم، ومستقبلهم، لذا شرعت الحضانة حماية لهم، لقوله تعالى: "فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا [1]"، أي جعل الله تعالى النبي زكريا عليه السلام متكفلا وحاضنا للسيدة مريم، أي ملتزما بمصالحها فكانت في حضانته وتحت رعايته، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه ابن داود في سننه عن عمر بن العاص أن إمرأة قالت: "يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي[2]"، فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، والواجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه كأثر من آثار الحضانة، وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق لدى الحاضن ، لأنها تتعلق بحفظ حياة الإنسان فيكره للحاضن الإساءة إلى المحضون ولو كانت الإساءة بسيطة والحضانة واجبة على الحاضن إتجاه المحضون فهي جزء من حقه، ولا يجب التخلي عنها أو تركها لأنها لا تتعلق به بل تتعلق بغيره، أي الطفل وإهمالها يسبب ضررا له، والحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقدمت حضانة الإناث على حضانة الذكور كون النساء أنسب لها، فهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للطفل.

وعلى ضوء ما سبق سنحاول من خلال هذا الفصل التعريف بالحضانة وذكر أهم خصائصها، وكذا تمييزها عما يشابهها من مصطلحات قانونية أخرى، إضافة إلى شروط إسنادها، وهذا في مبحث أول، أما في المبحث الثاني، فسنتطرق إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حسب مصلحة المحضون، كما

---

[1] سورة آل عمران، الآية 37.

[2] حسين بن عودة الحواشي:" الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة"، ج5، دار ابن حزم، بيروت، 2004، ص414.

تجدر الإشارة إلى أن هذه المسائل ستتم دراستها وفقا لقانون الأسرة الجزائري مع الإستعانة بفقه الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص في هذا القانون أو كان محل غموض.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة:

بمجرد التفريق بين الزوجين، أيا كانت الصورة التي يتم فيها الطلاق، تنشأ مباشرة آثار مادية وأخرى معنوية، فمن النتائج المترتبة عن الطلاق، مسألة حضانة الأطفال، كون هذه المسألة ذات أهمية كبيرة، فهي تتعلق بنفسية طفل بريء يحتاج إلى عناية كاملة، لذا فقد حظيت بإهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية، التي اعتبرتها من الحقوق العظيمة للطفل وحاولت الحفاظ عليها من خلال وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال نتيجة هذا الإنفصال، لينتقل بعد ذلك هذا الإهتمام بموضوع الحضانة إلى مختلف التشريعات الوضعية.

فمن خلال ما سبق يتبين أن الحضانة هي حق، لكن السؤال المطروح هو إذا كانت الحضانة حقا فما المقصود بالحضانة وما خصائصها؟ وكيف يمكن تمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الأول، وإذا كانت الحضانة حقا فماهي شروط إسناد هذا الحق؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني:

المطلب الأول: المقصود بالحضانة:

الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وهي بهجة الدنيا وزينتها، وقد قال تعالى بشأنهم: "ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ"[1]، لأن في المال جمالا ونفعا وفي البنين قوة ودفعا، ولهذا شرع الله للطفل أحكاما تتعلق بحقه في الحضانة، هذه الأخيرة تعد من أهم الأسباب التي تكفل للصغير التربية والخلق السليم، لذا كان لزاما علينا التعريف بالحضانة وهذا في فرع أول، وكذا ذكر أهم خصائصها في فرع ثان، وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها في فرع ثالث، كما سيأتي بيانه:

[1] سورة الكهف، الآية 46.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها:

الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس تثبت للمحضون حفاظا على مصالحه، وحتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك[1]، وقبل التعمق في هذا الموضوع، لابد من تعريف الحضانة في فرع أول، وبيان خصائصها في فرع ثان:

أولا : تعريف الحضانة:

وسنقوم بتعريف الحضانة من الناحية اللغوية ، والفقهية ، والقانونية كما يلي:

1- تعريف الحضانة لغة:

الحضانة من الفعل حضَن ، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الصدر، والعضدين وما بينهما.

والحاضن اسم فاعل ، والحاضنة الموكلة بالصبي وحفظه وترتيبه ، وهي مأخوذة من الحضن وهو الجنب، والجمع أحضان، والفعل حَضَنَ، ومنه حضَن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، ونقول حضنتَ الشيء أو احتضنته إذا ضممته إلى جنبيك ، وحضنت الأم طفلها أي ضمته إلى صدرها[2].

2- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

عرفها الحنابلة بأنها: " حفظ صغير ومجنون ومعتوه ، وهو المختل العقل عما يضرهم وترتيبهم بعمل مصالحهم: كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحليه وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه[3]".

أما الشافعية فعرفوها بقولهم: "الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون وترتيبه، أي تنميه المحضون بما يصلحه بالتعهد بطعامه وشرابه ونحو ذلك[4]،

---

[1] محفوظ بن الصغير:" قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02"، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص208.

[2] مجد الدين الفيروز آبادي:" القاموس المحيط"، ط1، دار الحديث، مصر، 2008، ص375.

[3] عبد الله عبد العزيز العنقري:" الروض المربع"، ج2، مطبعة الرياض، السعودية، د . س . ن، ص251.

[4] محمد عليوي ناصر:" الحضانة بين الشريعة والقانون"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص25.

وقد عرفها الحنفية بأنها: "تربية الولد ممن له حق الحضانة[1]"، كما عرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه ، أي طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه[2].

ومن خلال استعراض تعاريف الفقه الإسلامي يتضح لنا، أنه وإن تغيرت ألفاظ الحضانة فإن معانيها تدور حول معنى واحد، وهو رعاية الصغير والإهتمام به وترتيبه، فالحضانة تكون في الصغير فقط، غير أن الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة، وإن كان معظم الفقهاء ذهبوا إلى أن العناية بالكبير المجنون تسمى كفالة وليست حضانة[3]، وكذا أدخل الحنابلة المجنون والمعتوه في معنى الحضانة وإن كان المعنى لا يشملهما[4].

3- تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من (ق.أ.ج) كالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بترتيبه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز على أسباب وأهداف الحضانة محددا بذلك نطاقها ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.

ويمكن من خلال هذا التعريف إجمال أهداف الحضانة فيما يلي[5]:

أ_ تعليم الولد: ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس.

ب_ تربية الولد على دين أبيه: حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي ، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما نص على تربية الولد على دين أبيه وليس أمه، لأن تربية الولد على دين أمه قد يشكل خطرا على أخلاقه، لاسيما عند زواج الأب من أجنبية ليست على دينه.

---

[1] محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص26.

[2] أحمد الدرديري :" الشرح الصغير"، ج1، دار المعارف، مصر، د. س. ن، ص451.

[3] وفاء معتوق حمزة :" الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي"، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000، ص472.

[4] وفاء معتوق حمزة، المرجع نفسه، ص473.

[5] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص ص52،51.

جـ السهر على حماية المحضون: فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلابد أن تشتمل هذه الحماية على أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي إعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالشتم والتخويف.

دـ حماية الطفل من الناحية الخلقية: وذلك بتنشئته على الأخلاق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا وسويا.

هـ حماية المحضون صحيا: حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل حاضنه، خاصة في السنوات الأولى من حياته.

ثانيا : خصائص الحضانة:

من خلال تعريف الحضانة، يتبين أنها تهدف إلى نفع الولد لذا اعتبرت واجبة وبالتالي فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد وترتيبه تربية صحيحة ما يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجده حقا مشتركا للحاضن والمحضون، وبما أنها حق مشترك، فهل هذا يعني أن للحاضن أن يمارسها بمقابل مالي؟ وهل يعطي هذا الحق للحاضن إمكانية تجزئتها؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في موضعه.

1 – الحضانة من النظام العام:

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب، فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها، وقد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيها الشروط كاملة، ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها إذ أن ذلك لمصلحة الطفل[1]، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية مقدرة، يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي[2].

---

[1] عزيزة حسيني:"الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص44.

[2] عيسى طعيبة:" سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص42.

2- الحضانة حق مشترك:

تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين، هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار[1] لقوله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به"، ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته، لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه. فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة، لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبدا[2]، يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة66 (ق.أ.ج) فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير.

أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب ظروف ومصلحة الطفل وقد أحسن المشرع في ذلك، ويترتب على كون الحضانة حقا للصغير ما يلي[3]:

أ- أن الأم التي تخالع زوجها بمقابل خلع يتمثل في ترك حقها في الحضانة، فإن الخلع لا يبطل، ولكن البدل يبطل.

ب- لا يجوز للأم مصالحة زوجها بإسقاط حقها في حضانة الطفل في مقابل بدل تأخذه منه.

ج- لا يجوز للحاضنة أن تمتنع عن حضانة الولد إن لم تتوفر في غيرها شروط الحضانة.

---

[1] نبيلة تركماني:" أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص93.

[2] حسين طاهري:" الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص153.

[3] بدران أبو العينين بدران:" الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص ص542، 545.

ويترتب على كون الحضانة حقا للحاضن ما يلي[1]:

أ- إذا أعطيت حضانة الطفل لشخص توفرت فيه شروطها فلا يحق للأب أن ينتزع الصغير من حاضنه، ليعطيه لمن هو أقل درجة.

ب- لا يجوز للأب نقل المحضون من بلد إقامة الحاضنة، لأنه بفعله هذا يكون قد ضيع لها حقها في الحضانة.

ج- إذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة، وجب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظا لحق الحاضنة من الضياع.

3- الحضانة غير قابلة للتجزئة:

إن المقصود بتجزئة الحضانة، هو أن يكون طلب الأم مقتصرا على الذكور فقط دون الإناث، أو مقتصرا على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سنا وتترك الآخرين، رغم أن هذا يعد حقا للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، إلا أنه ومن أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قرارا[2] بعدم تجزئة الحضانة للأم، حيث جاء في القرار: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي، وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الإجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، ومن جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعدما تفرق الأبوان، والعمل على إبقائهم معا، سواء كان بقاؤهم مع أمهم، أو حاضنة أخرى غير أمهم، حتى يبلغوا سن نهاية

---

[1]: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص ص544، 545.

[2]: م ع، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 2549، المجلة القضائية، عدد4، سنة 1989، ص77.

الحضانة، وذلك حفاظا على الأبناء، لأنهم يمرون بمرحلة حرجة من حياتهم، ، لهذا فإن تجزئة الحضانة تعدد سببا من أسباب سقوطها عن الأم[1].

4- الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه:

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته ، سواء بأجر أو تبرعا، وهنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر، وبين معارض لذلك:

أ_ أجرة الحضانة:

إن الحضانة عمل متعب وشاق يتطلب إمكانيات وجهودا مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل، وبالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحاضنة؟

بالتمعن في المواد 75، 76، 77 و 78 من (ق.أ.ج)، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما حول القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 (ق.أ.ج) [2]، نجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة، فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه، لكونها فقيرة وليست لكونها حاضنة[3].

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين والد طفلها، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، وتستحق النفقة من أب الطفل ، ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع للأم ومؤونة ونفقة[4].

---

[1] سهام كربال:" الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2012-2013، ص17.

[2] تنص المادة 222 من (ق.أ.ج) على مايلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[3] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع السابق، ص86.

[4] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع نفسه، ص86.

لقوله تعالى: " وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ "[1]، وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة[2]، أما الشافعية، فالحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أم غيرها، وهي غير أجرة الرضاع[3].

ويرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، وتجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد، وإذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإن امتنعت الأم سقط عنها حقها وانتقل إلى غيرها[4]، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة خاصة وأن أجرة الحضانة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، وبالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي، خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل يدفعه إلى الإحجام عن القيام بهذا العمل، وفي هذا ضرر بالمحضون، والمعلوم أن الحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.

مما سبق نستنتج من نص المادة 222 من (ق.أ.ج) أن المشرع الجزائري أحالنا في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود نص قانوني، وبما أن هاته المسألة محل خلاف بين المذاهب الأربعة، وأن المشرع الجزائري غالبا ما يأخذ بالمذهب المالكي، وبالتالي يمكن القول استنتاجا أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي القائل بأن لا أجرة للحاضنة على حضانتها للطفل.

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] باديس دياببي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع السابق، ص86.

[3] سامية بن قوية:" آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010، ص152.

[4] سامية بن قوية، المرجع نفسه، ص154.

ب_ المدين بأجرة الحضانة:

أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع، وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير، فإن كان معسرا عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب، ويؤديها إلى الحاضنة، وإذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمرا بالأداء، وعلى من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر[1].

من خلال ما سبق نخلص إلى أن[2]:

- ✓ أجرة الحضانة لا تسقط بموت الصغير بخلاف نفقته.
- ✓ أجرة الحضانة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء على خلاف نفقة الصغير.
- ✓ الأم تجبر على رد ما عجل لها من أجل الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب أو انقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها.

ج_ التبرع بالحضانة:

إذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجرة، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته واجب فيه، فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه[3]، وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب، فإن كان موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها، لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به[4].

---

[1] عمروعيسى الفقي:" الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية"، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص194.

[2] عمرو عيسى الفقي، المرجع نفسه، ص194.

[3] سهام كربال، المرجع السابق، ص16.

[4] سهام كربال، المرجع نفسه ، ص ص16,17.

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة:

يختلط مفهوم الحضانة بمفاهيم أخرى قريبة منها، كالولاية على النفس والكفالة والوصاية، ولتوضيح تلك الفروق، كان لزاما التطرق إلى أوجه الإختلاف والشبه بينها:

أولا: تمييز الحضانة عن الولاية على النفس:

يقصد بالولاية على النفس، الولاية التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج[1]، وهي تثبت للأب وبعد وفاته تنتقل إلى الأم، وفي حالة الطلاق تعطى لمن يمنح له القاضي الحضانة[2] وسنحاول التطرق إلى أوجه الشبه والإختلاف بين الحضانة والولاية على النفس كما يلي:

1_ أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس:

إذا أوجد الفقه فروقات بين الحضانة والولاية على النفس، فإنه لن يعثر عليها بلا شك في الهدف الذي أسس كل منهما لأجله، ألا وهو مصلحة الطفل، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه هو سبب قيام كل من الحضانة والولاية على النفس، وهذا ما يدعو إلى القول بأنهما من النظام العام[3].

إذا كان هذا هو التشابه المشترك، فإن الإختلافات كثيرة ومتعددة الأوجه.

2_ أوجه الإختلاف بين الحضانة والولاية على النفس:

سنحاول هنا بيان الاختلاف الفعلي بين الحضانة والولاية على النفس، وذلك من حيث مصدرهما، ومن حيث موضوعهما، ومن حيث سن الطفل، ومن حيث شرط وحدة الدين، ومن حيث وقت إنتهاء كل منهما، وأخيرا، من حيث الأشخاص المخول لهم هاتان المهمتان.

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص136.

[2] تنص المادة 87 من (ق.أ.ج)على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

[3] زكية حميدو:" مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص91.

أ_ من حيث مصدرهما: يشهد الفقهاء العرب وكذا الفقه الفرنسي أن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين أن لها سابقة في تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة، على خلاف الولاية على النفس فهي مؤسسة القانون المدني والأسري[1].

ب_ من حيث موضوعهما: إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها ترتسم في موضوع كل منهما، فالحضانة تحمل معنى جسديا عاطفيا محضا، لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية، أي ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، وتلبية حاجياته كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه، فضلا عن العناية الرؤوفة به، كضمه إلى الصدر[2] ، في حين أن الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع، حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها فهي تقتصر على تنشئته وحراسته وحسب، لذلك يجب أن نفرق بين التنشئة التي تخص الحضانة، والتربية التي تتعلق بالولاية على النفس[3].

ج_ من حيث سن الطفل: تمارس الحضانة على الطفل في المرحلة الأولى من حياته، أي منذ ولادته وفي طفولته، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الذي تمارس عليه الولاية على النفس شرعا[4].

د_ من حيث شرط وحدة الدين: يشترط في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما في الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كانت أنثى[5].

هـ_ من حيث مدة إنتهائهما: تنتهي الولاية ببلوغ الطفل سن الرشد في حين الحضانة تنتهي، ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة، أما البنت فببلوغها سن الزواج[6].

---

[1] صبحي المحمصاني:" المبادئ الشرعية"، دون دار نشر، بيروت، 1954، ص58.

[2] أحمد الخمليشي:"التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، ج2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية"، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994، ص117.

[3] أحمد الخمليشي، المرجع نفسه ، ص117.

[4] عبد الرحمان الصابوني:" شرح قانون الأحوال الشخصية السوري"، ج1، الزواج وآثاره، ط8، منشورات دمشق، 1998، ص192.

[5] زكية حميدو، المرجع السابق، ص94.

[6] محمد مصطفى شلبي:" أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص791.

و_ من حيث أصحابها: الولاية على النفس من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث، في حين الحضانة تسند للأم، ثم الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا حسب ما جاء به قانون الأسرة الجزائري[1].

ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة:

الكفالة لغة هي الضم، ومنه قوله تعالى: "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا "[2]، أما معناها شرعا، فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين، أو عين، أو عمل[3].

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 116 (ق.أ.ج) بقوله: "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي"، والكفالة نوعان، كفالة بالنفس، وكفالة بالمال[4]، ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف إلى رعاية الولد القاصر وهي بهذا تشترك مع الحضانة في الغاية المقصودة من ورائها.

أما فيما يخص الفرق بين الحضانة والكفالة فيمكن إجماله في النقاط التالية[5]:

أ- الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون.

ب- الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا القول الذي ندعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنوات، أما الكفالة فجعلوها بعد بذلك.

ج- الكفالة إلتزام، وعلى وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص ص92,93.

[2] سورة آل عمران، الآية 37.

[3] عبد الرحمان الشواربي:" مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص391.

[4] والكفالة نوعان: كفالة بالنفس وهي: إلتزام بإحضار الشخص المكفول إلى المكفول له، وكفالة المال وهي: التي يلتزم فيها الكفيل إلتزاما ماليا، أنظر العربي بلحاج:" قانون الأسرة ومبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا"، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص265.

[5] أحمد داود رقية:" الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2003، ص125.

د- إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

هـ- للكافل الولاية القانونية على المكفول، أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية.

و- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما، بينما الكفالة تطلق في الذي يكون عند غير والديه.

ز- المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب، أما المحضون يطلق على طفل معروف النسب.

س- إشتراط الإسلام في الكافل، أما في الحضانة فلم يشترط فيها مثل هذا الشرط في الحاضنة للإختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحد الدين مع المحضون.

ش- تنتهي الكفالة بطلب من أحد الأبوين أو كلاهما عودة المكفول إلى ولايتهما، أو التخلي عنه[1]، أما الحضانة فتنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشرة سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج[2].

ثالثا : تمييز الحضانة عن الوصاية:

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته[3].

ولذلك فإن الفقه الإسلامي قد فرق بين حق الحضانة والوصاية، فخول لوالد الطفل أن يعين عليه وصيا مختارا يدير أمواله، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوطا بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها ولا اعتبار لإرادة والده فيها[4].

---

[1]أنظر المادة 124 من القانون رقم84 /11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل بالأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 27فبراير 2005 ، ج ر ، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

[2]أنظر المادة 124 من القانون رقم84 /11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل بالأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 27فبراير 2005 ، ج ر ، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

[3]رشدي شحاتة أبوزيد:" ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص ص45,46.

[4]زكية حميدو، المرجع السابق، ص101.

ومن ثم، فإذا اشترط الوالد أن تكون حضانة ولده لشخص معين كان شرطا باطلا ولا يعمل به، بخلاف الوصاية، وحكمة التشريع في ذلك أن الحضانة نوع من أنواع الولاية جعلها الشارع في أشخاص بعينهم، حماية ومحافظة على الطفل ورعاية لمصالحه[1]، فمدار الحضانة يتمثل في الحفاظ على مصلحة المحضون والنظر في ذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وعروف الحوادث، غير أن في الوصاية، تنص المادة 92 من (ق.أ.ج) على أنه: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم يكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة:

إن الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوفر شروط معينة، وبالعودة إلى (ق.أ.ج) نجد أن المشرع لم يحدد لنا بشكل صريح الشروط الواجب توافرها في الحاضن، حيث تنص المادة 62 الفقرة 2 من (ق.أ.ج) على أنه: "..يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، تاركا بذلك فراغا قانونيا يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، وعليه يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك استنادا لنص المادة 222 من (ق.أ.ج) ، فهناك شروط عامة في الرجال والنساء (الفرع الأول)، وشروط خاصة يتوجب توفرها فقط في النساء (الفرع الثاني)، وأخرى يختص بها الرجال دون النساء (الفرع الثالث):

الفرع الأول: الشروط العامة لممارسة الحضانة:

هذه الشروط يجب أن تتوفر في الحاضن رجلا كان أو امرأة ، لكي يقوم بواجباته نحو المحضون على أكمل وجه، ويراعي مصالحه وشؤونه، وهذا لا يكون إلا إذا توفرت فيه (أي الحاضن) الأوصاف التالية:

أولا: البلوغ:

يحتاج الصغير ولو كان مميزا إلى من يتولى حفظه ورعايته، فهو لا يستطيع أن يتولى أمر نفسه فكيف يتولى أمر غيره؟[2]

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص102.

[2] السيد سابق:" فقه السنة (نظام الأسرة،الحدود والجنايات)"، المجلد الثاني، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص291.

لقوله تعالى: "وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ [1]"،

فالحضانة مهمة شاقة، لا يقوم بوظائفها إلا الكبار، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة[2].

وسن الرشد الواجب توفره في الحاضن حسب القانون الجزائري هو 19 سنة كاملة، وهذا طبقا لنص المادة 2/40 من (ق.م.ج)، التي تنص على مايلي: "وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة".

وبالرجوع إلى المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على مايلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."، نجد أن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى آثار الزواج ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم[3].

وبالتالي طرح إشكال عملي يتمثل في كيفية تولية قاصر على قاصر، والواضح أن المشرع أخذ المعيار القائل بالبلوغ الحكمي ، أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى لو كان ناقص الأهلية دون الإلتفات إلى الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونا للمحضون والذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد[4].

وعليه كان على المشرع الجزائري إعادة النظر في هاته النقطة حتى لا تترك مجالا للتلاعب بمصالح الطفل المحضون.

ثانيا: العقل:

تعتبر الحضانة ولاية على غير العاقل هذا الأخير الذي يحتاج إلى عناية ورعاية، فهو كالصغير لا يتولى شؤون غيره ، وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة[5].

---

[1] سورة النور، الآية 59.

[2] محمد كمال الدين إمام:" أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة تاريخية تشريعية وقضائية)" ، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، 2001، ص219.

[3] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع السابق، ص57.

[4] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع نفسه، ص58.

[5] العربي بلحاج:" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)"، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص383.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص صراحة على شرط العقل في الحاضن بل نص فقط على شرط الأهلية، وبالنظر إلى حالة كل من المجنون والمعتوه والسفيه فإن حالتهم غير مؤهلة حتى للقيام بشؤونهم، فكيف لهم القيام بشؤون غيرهم؟[1]، وهذا استنادا إلى المادة 81 (ق.أ.ج) التي تنص على أنه :"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، وبالتالي فالمشرع الجزائري في هذه المسألة، يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 85 من (ق.أ.ج) :"تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إن صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته.

ثالثا: القدرة:

يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، أي القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه[2]، أي بمعنى أن تكون الحاضنة سليمة الجسم، قادرة على القيام بأعباء الحضانة، فلا تثبت الحضانة لعاجز عن ذلك لكبر السن أو المرض أو عاهة كالعمى[3]، لكن هناك مشكل يطرح في وقتنا الحالي وهو عمل المرأة الحاضنة، فقد اختلف الفقهاء حول قدرة المرأة العاملة على الحضانة، فاتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن عمل المرأة إذا كان يترتب عنه ترك الولد يضيع بسبب عدم إكتراثها والعناية به فلا تكون قادرة على ممارسة الحضانة،

---

[1] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع السابق ، ص55.

[2] عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص296.

[3] العربي بلحاج :" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)"، المرجع السابق، ص409.

وبالتالي إسقاطها عنها، أما إذا كان عملها لا يعيقها على رعاية الصغير وتدبير شؤونه فلا يسقط حقها في حضانته[1].

ومن هنا يتبين أن عمل المرأة الحاضنة في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة، هو ضياع المحضون وإهماله عند حاضنته[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد استدرك النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية من المادة 67 (ق.أ.ج) والتي تنص على: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا لسقوط الحق في ممارسة الحضانة".

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حسم المسألة بشكل صريح لا يثير أي جدال، وهو أن عمل المرأة مهما كان لا يمكن أن يكون سببا لإسقاط حضانة الصغير [3].

وبناءا على هذا ولحتياطا من المشرع فإنه ربط عمل المرأة بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية[4].

رابعا: الأمانة:

يقصد بها أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وفي سلوكه وكذلك أمينا في الإهتمام بالمحضون ورعاية مصالحه[5]، فلا حضانة للفاسق لأنه غير أمين على نفسه فكيف يكون أمينا على غيره، وقد أعطى الفقهاء أمثلة للفسق كأن يكون الحاضن سارقا أو مسربا للخمور أو زانيا[6].

---

[1]باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، المرجع السابق، ص58.

[2]العربي بلحاج :" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)"، المرجع السابق، ص409.

[3]م ع، غ أ ش، قرار رقم 45156 صادر بتاريخ 2000/07/18، (قضية: س ص ضد: أ ح ش)، إجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص188.

[4]محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص306.

[5]عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص296.

[6]عزمي ممدوح:" أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،1997، ص25.

فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق الأقل حدة الذي ينظر فيه هل أضر بالطفل أم لا ، فإذا أضر به اعتبر مانعا [1]، أما المالكية والشافعية والحنابلة فاتفقوا على أن الفسق مانع من موانع الحضانة[2]، ويبقى أمر تقدير مدى فسق الحاضن أمرا متروكا لتقدير قاضي الموضوع[3].

أما عن موقف القضاء الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إسناد الحضانة للفاسق ويظهر ذلك في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية[4]، فالطفل في يد الحاضنة في حكم الأمانة لذا وجب عليها العناية به والسهر على حمايته.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لممارسة الحضانة:

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي واستنادا لنص المادة 222 من (ق.أج)، نجد إلى جانب الشروط العامة في الرجال والنساء شروطا خاصة للحضانة يجب توفرها في النساء فقط (أولا)، وشروط يختص بها الرجال دون النساء (ثانيا).

أولا: الشروط الخاصة بالنساء:

يشترط في النساء جملة من الشروط وهي كالآتي:

1_ عدم جواز زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:

إتفقت كل من المذاهب الأربعة أي المالكية ، الشافعية، الحنابلة، والحنفية على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني،

---

[1] أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص599.

[2] أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، المرجع نفسه، ص600.

[3] ممدوح عزمي ، المرجع السابق، ص25.

[4] م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 53578 صادر بتاريخ 1989/05/22، (قضية: ح أ، ضد: ك م)، المجلة القضائية ، عدد 4، 1991، ص99.

فقال صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي[1]"، فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج فيسقط عنها هذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير[2].

أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير، والمحرمية المقصودة هي المحرمية من جهة الرحم، كعم المحضون فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة و شفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[3].

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في عدة قرارات منها القرار رقم 404118 المؤرخ في 5 ماي 1986[4].

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية اشترطوا الدخول بالمرأة لإسقاط الحضانة عنها، فالعقد وحده غير كاف[5]، والمشرع الجزائري أخذ بشرط عدم جواز زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير، وذلك في نص المادة 66 من (ق.أ.ج) "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...".

لكن المشرع الجزائري وضع في نفس المادة استثناءا يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيبها ويبقى أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي[6].

2_ وجوب كون الحاضنة من محارم الصغير نسبيا:

حتى تقبل المرأة أن تكون حاضنة للطفل يجب أن تكون ذات رحم محرم للمحضون، كالأم، والأخت، والخالة، والعمة، والجدة، فلا حضانة لغير القرابة النسبية، ولا حضانة للقريب غير المحرم كبنت العم أو

---

[1] جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي:" نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية"، ج3، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد من أحق به، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص265.

[2] عبد القادر بن حرز الله:" الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل"، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص350.

[3] وزنة أيت عكوش ونوال بن كرو:" الحضانة (دراسة مقارنة: بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، 2012 -2013، ص05.

[4] م ع، غ أ ش، قرار رقم 404118صادر بتاريخ 1986/05/05، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص72.

[5] محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص97.

[6] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص145.

بنت العمة، فالقرابة وحدها لا تكفي، بل يجب توفر المحرمية وقرابة عمود النسب حتى تكون للنساء الأهلية لحضانة الأطفال [1].

3_ عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سبب مسقط لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها إذا تزوجت بغير قريب محرم، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من (ق.أ.ج): "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[3]"، ذلك أن بقاء الصغير في بيت من يبغضه، وينظر إليه شزرا ، أولا يعطف عليه، يعرضه دائما إلى الخطر والضرر، فينشأ الصغير في جو يبغضه ولا يرتاح إليه، ما يؤثر ذلك في أخلاقه وسلوكاته.

4_ ألا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب:

إذا كان الأب معسرا ولا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة[4] ، وهو ما ذهب إليه الفقه حيث يرى أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضن الصغير مجانا ووجود متبرعة[5].

5_ التباين الفقهي حول شرط كون الحاضنة مسلمة:

لقد طرحت تساؤلات عدة حول إشتراط كون الحاضنة من نفس دين الصغير وهل تحضن غير المسلمة إبنها المسلم؟

لقد جاء في شرح الزيلعي على الكنز "فإن الحضانة مردها الشفقة وبالتالي فلا داعي إلى حرمان الذمية حضانة إبنها ما دامت تكن له الشفقة، ولا يعقل ماهو دينا لأن ذلك لا يؤثر عليه، أما إذا كان يعقل الدين

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان :"الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر، 2008، ص ص40، 41.

[2] كريمة مرار وصبرينة مزاري:" حماية القصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013،ص ص12، 13.

[3] بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص408.

[4] عصام أنور سليم:" حقوق الطفل"، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2001، ص139.

[5] وهبة الزحيلي:" الفقه الإسلامي وأدلته"، ج7، ط3، دار الفكر، سوريا، 1989، ص729.

فإنه ينتزع منها لإحتمال الإضرار به، ويحدد السن الذي يعقل فيه الدين بسبع سنوات ، لأنه في هذا السن يخشى على الصغير من تعلم الكفر والإعتياد عليه[1]".

وحسب المالكية فإن إتحاد الدين ليس شرطا، فإن خيف على الولد أن تسقيه خمرا، أو تغديه بلحم خنزير ضمت حاضنته إلى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد، ولا فرق في ذلك بين الذمية والمجوسية[2]، وقد استشهدوا على رأيهم هذا بما يروى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده عن رافع بن سنان أنه أسلم وأبت زوجته أن تسلم فأتت النبي عليه الصلاة والسلام فقالت: "إبنتي؟ وهي فطيم أو شبهه"، وقال رافع "إبنتي" فقال النبي عليه الصلاة والسلام "أقعدي ناحية"، وقال: "أدعوها" فمالت الصبية إلى أمها، فقال عليه الصلاة والسلام "اللهم إهدها" فمالت إلى أبيها فأخذها[3].

كما تجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم إشترطوا أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تتوب في الحبس ، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة[4].

أما الشافعية والحنابلة فإنهم يقولون بحرمان الحاضنة من الحضانة لإختلاف الدين لأنها قد تخرجه من الإسلام، ولأن الحضانة من باب الولاية فلا ولاية لكافر على مسلم[5]، وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من (ق.أ.ج) على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة، ويتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، فساوى بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13، حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم

---

[1] أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، المرجع السابق، ص603.

[2] التواتي بن تواتي:" المبسط في الفقه المالكي بالأدلة"، ج4، كتاب الأحوال الشخصية، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص879.

[3] أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي:" معتصر من المختصر من مشكل الآثر"، ج1، ط2، عالم الكتاب، لبنان، 1362هـ، ص325.

[4] أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، المرجع السابق، ص ص602,603.

[5] أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، المرجع نفسه، ص606.

أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر إلى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون[1]".

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال:

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يشترط توفرها في الرجال والنساء، يشترط في الرجال على الخصوص أيضا ما يلي:

1_ أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين:

وذلك أن الحضانة ولاية على النفس ولختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره، وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائما بإتحاد الدين مع المحضون[2].

إضافة إلى ذلك، فإن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من عامة أهل دينه، ولذا كان الولد مسلما وذو الرحم غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث[3].

2_ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى:

يشترط في الحاضن الذكر أن يكون محرما للأنثى المحضونة، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن الأنثى بسبع سنوات تفاديا للخلوة بها لانتفاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها فلا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه المشتهاة كأصل، أما الحنفية فقد أجازوها إن لم يكن لبنت العم غير إبن العم وإبقاءها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا[4].

---

[1] م ع، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية، عدد 1، 1993، ص37.

[2] فراج أحمد حسين:" أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 1998، ص231.

[3] محمد أبو زهرة:" مباحث في أحكام الفتوى"، دار إبن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د س ن، ص408.

[4] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ص729,730.

3_ أن يكون الحاضن من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا:

هذا الشرط إشترطه الفقهاء لأن أصل إستحقاق العاصب للحضانة يقوم على أساس قوة القرابة، بإعتبارها تضمن الشفقة على الصغير، فكلما كانت درجة القرابة قوية كلما زادت الشفقة على الصبي، وبالتالي فلا خلاف بين العاصب الذي يكون محرما على المحضون كالأب، أو كان غير محرم على المحضون كإبن العم[1].

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة:

لقد ساق المشرع الجزائري أحكاما تتضمن تحديد أصحاب الحق في الحضانة، وإلى جانبه عمد الفقه الإسلامي إلى دقة تحديد هؤلاء، وكل منهما يسعى إلى حفظ مصالح المحضون حتى ينشأ تنشئة سليمة، ولعل تحديد أصحاب الحق في الحضانة من أهم المحاور التي تدور حولها مصلحة المحضون، مما يستوجب علينا البحث عن وضعية الطفل قصد حفظه من الضياع، آخذين بعين الإعتبار الحقائق الإجتماعية المعاشة، مع أهمية التساؤل عن الأساس المعتمد في الحكم بضم الولد إلى حاضنه، وحول مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، ولمعالجة هذه المسائل سنتطرق إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة (المطلب الأول)، وتكريس مبدأ مصلحة المحضون في الترتيب في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الثاني):

المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة:

تكتسي مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري على حد سواء، ذلك أن ترتيب الحواضن يقوم على ركيزة أساسية وهي مصلحة المحضون، حيث لا يعتمد في سبيل ذلك على تحري الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عطفا وشفقة فقط، بل الأكثر حرصا على تربية الصغير وتأديبه، بحيث يتماشى الترتيب مع جدارة الحواضن[2].

---

[1] محمد أبو زهرة:" الأحوال الشخصية"، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص408.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق ص38.

وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري انتهج ترتيبا معينا لأصحاب الحق في الحضانة حسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها سنة 2005 (الفرع الأول) وعمد إلى تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد 2005 (الفرع الثاني):

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل سنة 2005:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها سنة 2005 على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

نستنتج من هذه المادة أن قانون الأسرة الجزائري منح أولوية الحق في الحضانة للأم، ثم رتب المستحقين لها ابتداء بجهة الأم ثم جهة الأب، ثم الأقربون درجة كما سيأتي بيانه:

أولا: الأم ومن يليها من قريباتها:

لقد سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة، المالكية، الحنفية، الحنابلة والشافعية، وذلك حسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 [1]،وذلك كما يلي:

1_ الأم:

حيث يفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري جعل أولوية حق الحضانة للأم بالدرجة الأولى بقوله: "الأم أولى بحضانة ولدها"، كون الأم أقدر وأصبر من الأب على تربية الطفل والعناية به[2]، وقد جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج"[3]، ذلك أن تحديد أصحاب

---

[1] باديس ديابي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص140.

[2] العربي بلحاج: "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص 380.

[3] م ع ،غ أ ش، قرار رقم 52221 صادر بتاريخ 1989/03/13 ، المجلة القضائية ، عدد01،1989، ص48، نقلا عن باديس ديابي:" قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، النص الكامل لقانون الأسرة مدعم بأكثر من 350 إجتهادا قضائيا حديثا ومراسيم تنظيمية وتنفيذية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2012 ، ص61.

الحق في الحضانة وترتيبهم فيما عدا الأم لم يرد عليه لا نص في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية، وإنما هو خلاصة اجتهاد فقهي، وعلى هذا الأساس اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال[1].

حيث ورد أن امرأة جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني"، فقال لها رسول الله: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2] وقال صلى الله عليه وسلم: "من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[3]، ذلك أن الأم بفطرتها أكثر شفقة على الولد.

2_ أم الأم (الجدة لأم):

تأتي الجدة لأم في المرتبة الثانية بعد الأم في حال إسقاط الحضانة عن أم المحضون، لأي سبب كان سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج أو لأي سبب آخر، فالقاضي مثلا يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم أو سقط حقها في ذلك بمبرر شرعي كالزواج من أجنبي عن المحضون[4].

وبالعودة لأحكام الشريعة الإسلامية فهي تتفق مع ما جاء في القانون، لأن أم الأم مثل الأم لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، ولهذا فضلت الأم على الأب وفضلت كذلك الجدة لأم على الجدة لأب لهذا السبب[5].

والملاحظ أن المشرع الجزائري في نص المادة 64 من (ق.أ.ج) قد توقف عند أم الأم فحسب، لكن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، وبعض القوانين العربية لاسيما قانون الأسرة السوري في المادة 139

---

[1] محمد أبو زهرة:" الأحوال الشخصية" ، المرجع السابق ، ص504.

[2] محمد أبو زهرة:" الأحوال الشخصية" ، المرجع نفسه، ص506.

[3] نسرين برقوق:" مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015 ، ص27.

[4] أحمد شامي:" قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د .س. ن، ص304.

[5] سارة خليفي:" حق الحاضنة في السكن"، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014- 2015، ص11.

الفقرة الأولى منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدة الأم أي أخذ بقاعدة (حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت) [1].

وحضانة أم الأم لمحضونها تتقيد بجملة من الشروط الواجب توفرها في كل حاضن، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي[2].

3_ الخالة:

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، وهذا ما اتفق عليه في الأثر، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في حمزة لخالته وقال: "الخالة أم".

والخالة بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة لأم أو غير شقيقة[3]، وجاء ترتيب الخالة عموما في المرتبة الثالثة بعد أم الأم، وهو ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية و أكدته المادة 64 من (ق.أ.ج) وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في العديد من قراراتها[4]، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من (ق.أ.ج) بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة، مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض" [5].

---

[1] قاسي عبد الله رؤوف:" الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، 2001- 2004، ص14.

[2] أحمد شامي، المرجع السابق، ص304.

[3] باديس ديابي:"صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص144.

[4] عبد الفتاح تقية:"مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي"، دار ثالثة، الجزائر، 1999، ص268.

[5] م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 89672 صادر بتاريخ 1993/02/23 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص166، نقلا عن باديس ديابي:"صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص144.

ذلك أن شفقة الخالة على الصبي من شفقة الأم فلذا يجب أن تتوافر في الخالة الشروط نفسها الواجب توافرها في الحاضنة.

ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه:

إذا لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم، لإنتقاء الشروط فيهن أو وفاتهن، انتقلت الحضانة إلى جهة الأب وقد حددت المادة 64 من (ق.أ.ج) السالفة الذكر هؤلاء الأشخاص تحديدا حصريا[1] وهم :

1_ الأب:

يحتل الأب المرتبة الرابعة مباشرة بعد الخالة، ولن كانت أم الأب أسبق من الأب في إستحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة[2]، وجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/02/18 أن: "قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم وإعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك وإعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[3].

2_ أم الأب (الجدة لأب):

إذا لم توجد الأم أو الجدة لأم أو الخالة أو وجد السبب المسقط لحق الحضانة انتقلت الحضانة إلى الأب ومن بعده إلى أمه[4]، ويلاحظ أن المشرع الجزائري كان متأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذين يقدمان الأب على أمه وهذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذين يقدمان أم الأب على الأب نفسه[5].

وكما تكون الحضانة لأم الأب أو غيرها يجب أن تتوفر دائما في شخص الحاضن كامل شروط استحقاق أو ممارسة الحضانة.

---

[1] سميرغدا، خولة مزيادي، وسام كحل اللسان، منى القاوي:" الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص17.

[2] عبد الرحمان الجزائري :"الفقه على المذاهب الأربعة"، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص584.

[3] م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 153640 صادر بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية ، عدد 01 ،1997 ، ص39، نقلا عن باديس ديابي:" قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، المرجع السابق، ص61.

[4] فضيل سعد:" شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق"، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، د. س. ن ص376.

[5] سارة خليفي، المرجع السابق، ص13.

ثالثا: الأقربون درجة:

بالرجوع إلى نص المادة 64 من (ق.أ.ج) سواء قبل التعديل أو بعده، نجد أن المشرع الجزائري وظف مصطلح "الأقربون درجة" دون تحديد للمقصود بذلك، وأمام سكوت المشرع عن تحديد الأقربين درجة، فإن ذلك يؤدي بنا إلى الرجوع لنص المادة 222 من (ق.أ.ج) التي تحيلنا بدورها لأحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب المعتمد وذلك في ظل تعدد المذاهب الفقهية وتنوعها، وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية، وبمعنى آخر، فإن المشرع الجزائري اكتفى بوصفهم بـ "الأقربون" وهنا يقتضي التساؤل إزاء هذه العبارة الواسعة النطاق، حول ما إذا كان يقصد بهم الحواضن النساء أم الحواضن الرجال؟ وهل يكون استحقاقهم وترتيبهم على أساس الميراث أم على أساس الولاية؟[1]

وبالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أراء الفقهاء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص، لكنهم متفقون على التصنيف التالي[2]:

1_ القريبات من المحارم:

وهن محددات حسب المذاهب كما يلي:

أ_ القريبات من المحارم في المذهب المالكي:

يرتب المذهب المالكي القريبات من المحارم ابتداءا من الأخت الشقيقة على التي هي لأم، وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم التي لأم، وبعدها التي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم وتليها التي لأب، وإذا اجتمعن رجح بنات الأخ على بنات الأخت.

وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا فإن تساوين من كل وجه تقدم دوما الشقيقة على التي لأم وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب[3].

---

[1] جيلالي تشوار، المرجع السابق ، ص32.

[2] قاسي عبد الله رؤوف، المرجع السابق، ص14.

[3] سهام كربال، المرجع السابق، ص44.

ب_ القريبات من المحارم في المذهب الحنفي:

إن القريبات الحاضنات وفقا لهذا المذهب هن: الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب ، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم الخالة لأب الشقيقة، لأم، فلأب ، ثم عمة الأم الشقيقة لأم، فلأب، وعمة الأب الشقيقة لأم، فلأب[1].

ج_ القريبات من المحارم في المذهب الشافعي:

القريبات من المحارم هن الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم[2].

د_ القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي:

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدءا بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، فالخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، فالعمة ، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي أم وهو من ذوي الأرحام، وعمات الأب يدلين بالأب، وهو من أقرب العصبات، ثم أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه[3].

2_ العصبات من المحارم من الرجال:

لقد حددت المادة 150 من(ق.أ.ج) مفهوم العاصب بالقول أن: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده ، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

---

[1]محمد محي الدين عبد الحميد:" الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية"، ط3، مطبعة السعادة، مصر، 1996، ص406.

[2]سمير محمد محمود عقبي:"الحضانة في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة، ط1، دار المنار، مصر 1986، ص28.

[3]قاسي عبد الله رؤوف، المرجع السابق، ص15.

لكن العصبة ثلاثة أنواع بمفهوم المادة 151 من (ق.أ.ج)،(عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره)، والمراد بالعصبات من المحارم من الرجال هم العصبة بالنفس وعرفتهم المادة 152 من (ق.أ.ج) بالقول أن: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك ، بواسطة ذكر"، وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود للعصبة بالنفس وهو ما حددته المادة 153 من (ق.أ.ج) إذ نصت على ما يلي: "العصبة بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الإجتماع حسب الترتيب الآتي:

1. جهة البنوة وتشمل الإبن، وإبن الإبن مهما نزلت درجته،
2. جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد،
3. جهة الإخوة وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب وأبناءهم مهما نزلوا،
4. جهة العمومة وتشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جده مهما علا، وأبناءهم مهما نزلوا".

إن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح[1].

وحسب المذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ وهو الجد لأب وإن علا، ثم إبن أخ المحضون ثم عم المحضون الشقيق أو لأم، ثم يليه الذي لأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، وبالتالي يحق له حضانة الطفل ثم أبناء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكر، إذ أنه من العصبات غير المحارم وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى والعصبات تقدم كما في الميراث الأقرب فالأقرب[2].

3_ المحارم من الرجال من غير العصبة:

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة المحضون من القريبات المحارم أو العصبات من المحارم من الرجال أو من لم يكن أهلا للقيام بممارسة الحضانة انتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من غير العصبة وهم على النحو الآتي: الجد أبو الأم، ثم الأخ لأم، ثم إبن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم[3].

---

[1] صالح بوغرارة :" حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص ، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2007، ص80.

[2] سهام كربال، المرجع السابق، ص45.

[3] محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص407.

رابعا: من يراه القاضي أصلح للمحضون:

إذا تعدد مستحقوا الحضانة و لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد منهم ممن سبق ذكرهم ،ففي هذه الحالة وحسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل إبن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيره غير مشتهاة، بحيث لا يخشى عليها الفتنة[1].

وعليه فإن المشرع قد أحسن صنعا عندما خول القاضي اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون وهو المعيار الأساسي المكرس في تحديد المستحق للحضانة، ضف إلى ذلك أن المشرع لا يمكن له حصر وتحديد كل الأقارب في مادة قانونية واحدة، فالأمر يرجع للقاضي في إنتقاء الحاضن الأصلح للمحضون من بين أقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد تعديل سنة 2005:

لقد أحدث المشرع الجزائري تغييرا في المادة 64 من(ق.أ.ج) على إثر تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إذ نص على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب،ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يستفاد من النص بعد التعديل أن المشرع الجزائري بقي محافظا على مكانة الأم بإعتبار أن لها الأولوية في حضانة أولادها كونها أعطف ، أحن وأشفق على الولد من غيرها، كما احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار إذ من شأنها تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة[2].

كما يستفاد من نص المادة سالفة الذكر أن الحضانة تكون مباشرة للأب بعد الأم بعد عدول المشرع عن مذهب الجمهور وخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن، وعليه لابد من الوقوف عند مسألة انتقال

---

[1] قاسي عبد الله رؤوف، المرجع السابق، ص16.

[2] أحمد الشامي، المرجع السابق، ص308، وأنظر عبد القادر بن حرز الله:" الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له"، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2007، ص358.

الحق في الحضانة بعد الأم إلى الأب مباشرة ومعرفة ما استند عليه المشرع فيما ذهب إليه، وكذلك تداعيات هذا التعديل.

أولا: ترتيب الأب بعد الأم :

يتضح من خلال نص المادة 64 من (ق.أ.ج) المعدلة بالأمر 05-02 أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة إبنه، فهل المشرع الجزائري على إثر هذا التعديل خالف أحكام الشريعة الإسلامية، وهل الشريعة الإسلامية أوجبت تقديم أم الأم وبعدها الخالة على الأب أم أن المسألة محل خلاف والفيصل فيها هو حكم القاضي وفقا لمصلحة المحضون؟[1]

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثمة فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، وهو رأي الحنابلة[2].

وقد استند المشرع الجزائري فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة فيما يبدو إلى ما ورد في فقه الحنابلة، حيث جاء في المعنى: "ولا يشاركها أي الأم في الحضانة في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه"[3].

إلا أن المشرع الجزائري جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، كما استند إلى ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2011/03/10 "فمن المقرر قانونا أن تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي"[4].

---

[1] عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق، ص358.

[2] سارة خليفي، المرجع السابق، ص13.

[3] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص ص777,778.

[4] م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 613469 صادر بتاريخ 2011/03/10 المجلة القضائية ،عدد1، 2012، ص285، نقلا عن نسرين شريفي وكمال بوفرورة:" قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص106.

ولعل المشرع الجزائري متأثر برأي ابن قيم الجوزية رحمه الله حيث قال: "التقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت بها مصلحة الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا التفاف في القرعة ولا تخيير للصبي في هذه الحالة، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه التعب، فيكون عند من أنفع له ولا تتحمل الشريعة غير هذا"[1].

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

1_الأم ، 2_الأب ، 3_أم الأم ، 4_ أم الأب ، 5_الخالة ، 6_العمة ، 7_ ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ونجد أن هذا الترتيب غير إلزامي بمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون في كل مرة يقضي بإسناد الحضانة إلى أحد الحواضن الذين تتوفر فيهم كامل شروط استحقاق الحضانة[2].

ثانيا: تداعيات تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري:

إن التعديل الذي طرأ على نص المادة 64 من (ق.أ.ج)يبقى محل نقاش إذا ما قورن بالفقه الإسلامي، وفي بحثنا عن أسباب هذا التعديل استنتجنا ما يلي:

1_ هذا التعديل ينظم مستحقي الحضانة حيث راعى المشرع في ذلك الحقائق الإجتماعية المعاشة "ما أصاب المجتمع الجزائري من تطور وتفكك الأسرة الكبيرة"

2_ إن عدم ذكر كل أصحاب الحق في الحضانة مثلما قام به الفقه الإسلامي[3]، يرجع إلى أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق حولها الإجماع[4]، إذ أن الخلاف

---

[1]صالح بوغرارة ، المرجع السابق، ص77.

[2]غنية قري:" شرح قانون الأسرة المعدل"، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص149.

[3]محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق ، ص759، وانظر عبد الرحمان هرنان :" الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي"، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1978، ص110.

[4]سارة خليفي، المرجع السابق، ص13.

الشديد الذي احتدم بين الفقهاء حول هذا الموضوع قد حال دون إتفاقهم على إجراء محدد يمكن أن يكتمل به التشريع، ضف إلى ذلك أن إسناد الحضانة يقوم على أساس مصلحة المحضون[1].

3_ التعديل الجديد يحاول فيه المشرع الجزائري الموازنة بين الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، وهذا الاتجاه يلاحظ في سائر المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02 السالف الذكر.

4_ كما أنه في (ق.أ.ج) القديم أي قبل التعديل، فإن حق الأب كان مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها وهذا غير منطقي لأن الأب أولى منهن وأكثر حرصا على رعاية أبنائه[2].

5_ إعطاء الأولوية للأب في الحضانة بعد الأم يعود لجملة من الأسباب أهمها:

أ- أول ما نستشهد به ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في حث الأب على تربية إبنه ومسؤوليته عنه ، حيث يقول صلى الله عليه وسلم:" لأن يؤدب أحدكم ولده خير له من أن يتصدق كل يوم بنصف صاع على المساكين"[3].

ب- وحسب الأستاذ أحمد الخمليشي فإن: "وضع الأسرة اليوم الإجتماعي والإقتصادي والسكني يفرض قصر واجب الحضانة على الأبوين ولا يبدو مبررا تقديم الجدات والخالات على الأب كما كان معمولا به قبل التعديل"[4]، كما أن العميد (J.Carbonnier) يعارض أن تكون تربية الأطفال من قبل الأم فقط عندما تكون هي الحاضنة ، لأنه وحسب رأيه يؤدي ذلك إلى فقد رجولة فئة من الشباب الذكور، وليتمتع المحضون ذكرا كان أو أنثى بحماية أبيهم، وعليه لا نرى أي أساس في القول بإبعاد السلطة الأبوية[5].

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص369.

[2] باديس دياربي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص149.

[3] زكية حميدو، المرجع السابق، ص347.

[4] أحمد الخمليشي ، المرجع السابق، ص187.

[5] زكية حميدو، المرجع السابق، ص349.

6ـ إن أحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، ضف إلى ذلك أنه يتحمل عبء النفقة فمن غير المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بالحضانة[1].

وفي الأخير نستنتج ما يلي:

أ- أن الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في تعديله الجديد فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم قد خالف فيه الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكامها باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق ومراعاة مصلحة المحضون[2].

ب- أن الترتيب الوارد في المادة 64 من (ق.أ.ج) ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن أحد الحواضن ليس أهلا لممارسة الحضانة وأن غيره أحق بها ، فالمشرع أورد عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون"، التي تعني إمكانية مخالفة هذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[3].

ثالثا: بعض المآخذ على نص المادة 64 من (ق.أ.ج) المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة:

1ـ يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يعلق استحقاق الأب أو غيره من الذكور للحضانة على الشرط الذي جاء به الفقه المالكي القاضي بأن يكون للأب حاضنة من النساء (كالزوجة، الأم، الأخت) إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره (كالرضيع) ، وإن كان هذا الشرط يستفاد ضمنيا من عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" إلا أن العمل بالقواعد الضمنية لا يزيل الإبهام ولا يوجد الأحكام[4].

2ـ إذا لم يكن في الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من (ق.أ.ج)من تتحقق معه مصلحة المحضون، هل يمكن إسناد الحضانة لشخص أجنبي؟ وما هو الإجراء الذي تكتمل به مصلحة المحضون؟[5]، وللإجابة عن ذلك فإن القاضي هو الذي يخول له مهمة وضع المحضون عند من يثق

---

[1] أحمد شامي، المرجع السابق، ص ص308,309.

[2] نسرين برقوق، المرجع السابق، ص37.

[3] باديس ديابي:"آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض نفقة، عدة، حضانة، متاع)"، المرجع السابق، ص77.

[4] زكية حميدو، المرجع السابق، ص ص375,376.

[5] زكية حميدو، المرجع نفسه، ص370.

به ومنه تتجلى أهمية مبدأ مصلحة المحضون، وأنه عند إنعدام الحواضن يبقى للقاضي مؤشر واحد وهو مصلحة المحضون فيتحقق من الشروط التالية:

أ_ إنعدام حاضن قريب للمحضون.

ب_ إسناد حضانة الفتى لذكر و الفتاة لامرأة عندما يخشى عليها من الفتنة.

ج_ أن يثق القاضي بهؤلاء الحواضن ويتأكد من قدرتهم على الحضانة وحماية المحضون خلقا وصحة وذلك كله رعاية لمصلحة المحضون[1].

وعليه، إذا كان الفقه الإسلامي يشترط أن يكون الحاضن محرما للمحضون، أي أن القريب غير المحرم لا حضانة له فما بالك بالأجنبي عنه وذلك درءا للضرر عن المحضون، لكن الأم التي هي أحق الناس بحضانة ولدها، فإذا تزوجت بغير قريب محرم سقط حقها في حضانة ولدها حسب التشريع الجزائري، ما يقتضي من المشرع إعادة النظر في هذه المسألة (إسقاط الحضانة عن الأم المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون)، وندعم هذا الرأي بما يلي:

- ✓ تضارب آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول حالات إسقاط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون، فهذه المسألة بالذات ليست محل إجماع الفقهاء[2].
- ✓ أول ما نستشهد به قوله تعالى: " وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ "[3]، خاصة إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره، كالرضيع مثلا، وثبت علميا أن الأم التي لا ترضع أولادها، فإن الحليب يتكدس في ثديها ليتحول إلى ورم خبيث.
- ✓ ضف إلى ذلك أن زوج الأم يصبح محرما لبنتها بمجرد الدخول بالأم[4]، إستنادا لقوله تعالى: "حرمت عليكم...وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن"[5]، يتضح من الآية أنه لو

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص373.

[2] سهام كربال، المرجع السابق، ص92.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] زكية حميدو، المرجع السابق، (مذكور في الهامش) ، ص530.

[5] سورة النساء، الآية 23.

كان الزواج يسقط حق المرأة في الحضانة ما كانت الربيبة في حجره، مما يدل على أن المحضونة تكون مع أمها في بيت زوجها.

✓ كذلك ما روي عن جعفر وزيد بن حارثة عندما تنازعوا في حضانة إبنة حمزة، حيث قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للخالة وهي متزوجة بجعفر ومن ثم لو كان الزواج يسقط حق المرأة في الحضانة لما قضى لها بها[1].

✓ حسب المذهب المالكي، فإنه يقضي ببقاء الأم محتفظة بالحضانة رغم زواجها في حالة ما إذا تمسكت بالحضانة بعد زواجها وسكت من له الحق فيها بعد مدة عام بدون عذر سقط حقه وتقرر إبقاء المحضون لديها، وكذلك في حالة ما إذا كان المحضون رضيعا وكان في تركه ضرر له، فإن حضانة الأم لا تسقط حتى الفطام [2].

✓ كما ندعم مسألة إعادة النظر في إسقاط الحضانة بسبب الزواج بغير قريب محرم، بالإحصائيات التي تم تحصيلها حسب آراء المجتمع الجزائري، والتي قام بها مركز الإعلام والتوثيق لحقوق الطفل سنة 2008(الملحق رقم 01 من هذه المذكرة).

3ـ ضف إلى ذلك أن الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 64 من (ق.أ.ج) يطرح مسألة ما إذا كان القاضي ملزما بإحترامه أم هو مجرد إقتراح:

أـ فحسب نظرة الفقه الإسلامي فإن هذا الترتيب إلزامي متى توفرت في كل الأشخاص شروط الحضانة حسب مصلحة المحضون.

بـ أما بنظرة القانون الوضعي فإن هذا الترتيب أصله مراعاة مصلحة المحضون، فتسند الحضانة لمن تتوفر معه مصلحة المحضون، وبالتالي فهو غير إلزامي ولا من النظام العام، فهو بمثابة معيار للقاضي في كشف المؤهلين للحضانة فقط[3]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص525.

[2] عبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص48.

[3] عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص293.

2009/05/13 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من (ق.أ.ج)"[1].

4_ المشرع الجزائري ذكر بعض أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم درجة بدرجة، فإنه مع ذلك ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم ولا نوعية قرابتهم من المحضون، بل اكتفى بوصفهم "بالأقربون"، وبالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي نجد الإحتدام المتباين بين الفقهاء في تحديد هؤلاء، وعليه ما دام المذهب المالكي هو السائد والشائع في المغرب العربي، كان من المفروض على المشرع الجزائري التقيد بأحكامه.

المطلب الثاني: تكريس مبدأ مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

لقد أرسيت أحكام الحضانة على ركيزة بالغة الأهمية وأساسية تكمن في مصلحة المحضون، وهذا ما أكده المشرع الجزائري عند تقنينه لأحكام قانون الأسرة سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا، إذ أنه لم يقصر في صرف الإنتباه إلى وجوب نصب الأعين في كل حالة على مصلحة المحضون، حيث يحيل القانون القاضي في كل مرة إلى مصلحة المحضون كأساس لإسناد الحضانة أو إسقاطها، مخالفا في ذلك الترتيب الذي سنه المشرع في قانون الأسرة دون إقتراح معايير تساعد القاضي في تقدير مصلحة المحضون ، وعلى هذا الأساس سوف نتناول مفهوم مصلحة المحضون (الفرع الأول)، وتحديد سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون (الفرع الثاني):

الفرع الأول: مفهوم مصلحة المحضون:

لقد حظي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه، التشريع، والقضاء، لما يمثله هذا المبدأ من أهمية في حياة الأسرة والمجتمع، وعليه فإن تعريف مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف الطفل المحضون من جهة باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة ، ثم البحث في تعريف مصلحة المحضون وبيان أهم خصائصها.

[1] م ع ، غ أ ش ، ملف رقم 497457 ، قرار صادر بتاريخ 2009/05/13، نقلا عن نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص106.

أولا: تعريف الطفل المحضون:

في الحقيقة إن تعريف الطفل المحضون لم يرد إلا قليلا مقارنة مع تعريف الحضانة التي دون فيها الكثير، وعليه يمكن التوصل إلى تعريف المحضون عن طريق الإستنتاج من تعاريف الحضانة سواء تلك الصادرة عن الفقه أو عن التشريع.

وأول ما نستهل به هو تعريف الأستاذ أحمد محمد بخيت الذي جاء كما يلي: "المحضون هو من لا يستقل بأموره فيما يصلحه، ولا يتوقى ما يضره حقيقة أو تقريرا..."[1].

فالمحضون لغة: يطلق على الطفل والطفلة الصغيرين والجمع أطفال، ولذلك قيل يدعى طفلا حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم، كما يعرف بأنه المولود حتى البلوغ[2].

والمحضون شرعا: يقصد به الطفل والطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة وتمتد إلى مرحلة البلوغ[3]، مصداقا لقوله تعالى: " ثُمَّ نُخۡرِجُكُمۡ طِفۡلٗا "[4]، ولقوله عز وجل: " أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ "[5].

واتفق جل الفقهاء على أن الطفل كائن ضعيف، قاصر بالطبيعة[6] وقد تعززت صحة هذا القول بقوله تعالى: "وَلۡيَخۡشَ ٱلَّذِينَ لَوۡ تَرَكُواْ مِنۡ خَلۡفِهِمۡ ذُرِّيَّةٗ ضِعَٰفًا خَافُواْ عَلَيۡهِمۡ "[7].

أما عن تعريف المحضون قانونا: فلم يرد في قانون الأسرة الجزائري تعريف للطفل المحضون إلا أنه يستفاد ذلك من نص المادة 65 من (ق.أ.ج) التي نصت على أنه :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه

---

[1] أحمد محمد بخيت :"إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية (المشكلة وتطورات في الحل)"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص56.

[2] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (إبن منظور):" لسان العرب"، المجلد التاسع، ط1، دار صادر، بيروت، ص12.

[3] نسرين برقوق، المرجع السابق، ص3.

[4] سورة الحج، الآية 05.

[5] سورة النور، الآية 31.

[6] زكية حميدو، المرجع السابق، ص40.

[7] سورة النساء، الآية 09، وفسرت "ذرية ضعافا"، بمعنى أولاد صغار، نقلا عن زكية حميدو، المرجع السابق، (مذكور في الهامش) ، ص40.

10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ...".

كما نصت المادة 62 من (ق.أ.ج) على أن الحضانة هي رعاية الولد ومعنى الولد ينصرف للأنثى والذكر، وبمفهوم المخالفة نستنتج أن المحضون هو الولد ذكرا كان أو أنثى وحدد القانون حضانة كل منهما بسن معينة ، فالذكر إلى سن 10 سنوات يمكن تمديدها إلى سن 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج.

وحسب الأستاذ ابن رشد البكري في كتابه "لباب اللباب" فإن المحضون هو: "من لا يستقل بأمور نفسه بسبب صغر سنه أو عدم سلامة عقله أو بسبب عزوبته (بالنسبة للفتاة البكر) [1].

وإنطلاقا من هذه التعاريف نتوصل إلى أن المحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة سواء كان القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله وأن الحضانة تثبت منذ الولادة باتفاق الفقهاء[2].

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون:

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة نص على قاعدة مصلحة المحضون في العديد من المواد، غير أنه لم يعرفها وتبعا لذلك سنتناول تعريف مصلحة المحضون كما يلي:

1_ تعريف المصلحة لغة:

المصلحة لغة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.

والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، لأن قوام الإنسان في دينه ودنياه وفي معاشه ومعاده بحصول الخير واندفاع الشر، حيث أن قواعد الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد[3].

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص ص49، 50.

[2] محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام:" أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990، ص184.

[3] سهام كربال، المرجع السابق، ص29.

2_ تعريف المصلحة إصطلاحا:

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، ومن بين تعاريف المصلحة التعريف الفقهي الذي قال به الإمام الغزالي: "إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، أنفسهم، عقلهم، نسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[1].

3_ تعريف المصلحة قانونا:

لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا للمصلحة، وإنما وظف تارة لفظ المصلحة، وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة، أغلبها ما تعلق بمادة الحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر ومثال ذلك المواد (7، 64، 65، 66، 67، 69، 84، 89، 90، 96) من (ق.أ.ج) [2].

فحسب نص المادة 64 من (ق.أ.ج) فإن المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من (ق.أ.ج)"[3]، لذا فإن مصلحة المحضون هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شأنها شأن قواعد أخرى (النظام العام، الآداب العامة، حسن النية وغيرها)، فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا[4].

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

---

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص63.

[2] نسرين برقوق، المرجع السابق، ص16.

[3] م ع ، غ أ ش ، ملف رقم 497477 قرار صادر بتاريخ 2009/05/13 المجلة القضائية ، عدد1، 2009 ، ص287، نقلا عن نسرين شريفي وكمال بوفرورة ، المرجع السابق، ص106.

[4] سهام كربال، المرجع السابق، ص31.

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

ثالثا: خصائص قاعدة مصلحة المحضون:

رغم عدم وضع المشرع الجزائري تعريفا لقاعدة مصلحة المحضون لظبطها، إلا أن هناك مميزات وخصائص تنفرد بها وهي:

1_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية:

أي أنها تتعلق بكل طفل على حده، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة للطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة ولا يمكنه أن يستغنى في هذه المرحلة عن رعاية النساء خاصة أمه، بينما يستقيل الطفل الأكبر سنا ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده[1].

2_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية:

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

في حين يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان هما:

- ✓ تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.
- ✓ تحقيق الأمن والإستقرار النفسي والعاطفي للطفل[2].

وهما العنصران اللذان إحتكم إليهما قضاء المحكمة العليا بالجزائر من خلال القرار الصادر بتاريخ 1997/02/18 الذي جاء فيه: "إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة

---

[1] نبيلة تركماني، المرجع السابق ، ص98، وانظر عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص78.

[2] عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص78.

لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[1].

وفي قرار آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 2008/02/13 جاء فيه: "إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء للجدة لأم دون تبيان معايير مصلحة المحضونين لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني"[2].

فالملاحظ على القرارات السالفة الذكر أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، دون الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

إن المشرع الجزائري جعل من قاعدة مصلحة المحضون المبدأ الأسمى، وهو فوق كل اعتبار، غير أن مراعاة مصلحة المحضون تتضمن إعطاء القاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة[3]، كما أن للقاضي في تقديرها جملة من الإجراءات وهي :

أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع:

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم أو غيرهم، وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف، والموازنة بينها في الإثبات، حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.[4]

ولقاضي شؤون الأسرة الاعتماد على نص المادة 27 من (ق.إ.م.إ.ج) ، وهذا بأن يطلب حضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لتحقيق مصلحة المحضون، كما له أن يأمر شفهيا

---

[1] م ع ، غ أ ش ، ملف رقم 153640، قرار بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية ، عدد 01 ، 1997 ص39، نقلا عن باديس ديابي:" قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، المرجع السابق، ص61.

[2] م ع ،غ أ ش ، ملف رقم 424292 قرار صادر بتاريخ 2008/02/13 ،المجلة القضائية ، عدد 1، 2008 ، ص267، نقلا عن باديس ديابي:"قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، المرجع السابق ، ص62.

[3] سهام كربال، المرجع السابق، ص36.

[4] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص165.

بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض، وحسب المادة 28 من (ق.إ.م.إ.ج) يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا.[1]

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري فإنه لم يعبر صراحة عن وجوب سماع المحضون في مسائل الحضانة، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتحديد نص المادة 454 التي تنص على أنه:"يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

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

3- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي".

كذلك نص المادة 2/463 من نفس القانون التي تقرر أنه:

"يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأم الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا. ويمكن إعفاء القاصر من الحضور".

فإنه و بموجب المواد السالفة الذكر نستنتج أن المشرع الجزائري جعل من سماع المحضون أمرا جوازيا للقاضي، وهذا حسب سلطته التقديرية، كما أن القاضي في حالة سماعه للمحضون له أن يأخذ برأيه أو يستبعده، فالمسألة جوازية، تخول القاضي سلطة تقدير مصلحة المحضون.[2]

ثانيا: إجراء المعاينة أو الانتقال إلى عين المكان:

تنص المادة 146 من (ق.إ.م.إ.ج) على أنه:

"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

وعليه فقد يرى القاضي ضرورة الانتقال لمعاينة المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف: ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة

---

[1] أنظر المادتين 27 و 28 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 29 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ، ج ر،عدد21 ،الصادرة بتاريخ 23أفريل 2008، ص06.

[2] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص168.

الحي الذي يعيش فيه، وأيضا مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.[1]

وللقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص، كما له سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص عند انتقاله لمعاينة مكان ممارسة الحضانة إذا كان ذلك ضروريا.[2]وذلك كمايلي:

1-سماع الشهود:

حسب نص المادة 150 من (ق.إ.م.إ.ج) التي تنص على أنه:

"يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية".

فإن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله، كما له أن يرفضها إذا لم يطمئن لها، على أن يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة والا كانت شهادته قابلة للإبطال، والقاضي في تقديره للشهادة لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، غير أنه ملزم بتسبيب رفضه للشهادة وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور.[3]

ومن الأمثلة التي يلجأ القاضي فيها إلى سماع الشهود منها: ما تعلق بسكن المحضون، كقيام الحاضنة باستغلاله للدعارة مثلا، أو أن الحاضنة تسيء معاملة المحضون ولا تقوم برعايته.

2-اليمين:

هي استشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله، والخوف من بطشه وعقابه، وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين، يمين حاسمة وتحسم النزاع، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إليها في الدعاوى الاستعجالية، ويمين متممة الغرض منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى.[4]

ثالثا: الاستعانة بالخبراء:

حسب نص المادة 126 من (ق.إ.م.إ.ج) التي تنص على أنه:

---

[1]نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص75.

[2]عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص75.

[3]عيسى طعيبة، المرجع نفسه، ص76.

[4]سهام كربال، المرجع السابق، ص40.

"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

فإنه ، يتضح لنا أن المشرع خول القاضي وفي إطار سلطته التقديرية المعروض عليه دعوى تتعلق بالحضانة، أن يأمر بإجراء خبرة[1]، لإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يستحيل عليه فهمها والتطرق إليها بدونها، إذ تعتبر الخبرة نوعا من أنواع المعاينة يقوم بها الخبير باعتباره صاحب دراية بتلك المسائل، ومن هذه المسائل الطب، علم النفس وغيرها.[2]

وأغلب ما يعتمد عليه القاضي، الخبرة في مسائل الحضانة، خاصة ما تعلق بحالة المحضون الصحية

[1] سهام كربال، المرجع السابق، ص38.

[2] ليلى جمعي:" الحماية الجنائية للطفل"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص"، جامعة وهران، 2005-2006، ص204.

الفصل الثاني

الأثار القانونية المترتبة

عن الحضانة

الفصل الثاني: الأثار القانونية المترتبة عن الحضانة :

إن الحكم بانحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين المنفصلين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا وشرعا حسب مصلحة المحضون، ولعلها الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر، فالحضانة تتعلق أساسا بالأولاد ومصيرهم بعد افتراق الزوجين، من حيث تربيتهم ورعايتهم وحفظهم، وأحسن ممارسة الحضانة ومراعاة لمصلحة المحضون، رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة، نظرا لما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية ومعنوية في سبيل القيام بشؤون المحضون والسهر على مصالحة، وتتمثل هذه الآثار أساسا في الالتزامات المترتبة عن الحضانة والتي ينصرف معناها إلى حقوق الولد المحضون ، كحقه في النفقة وسكن الحضانة ومجموعة الواجبات الملقاة على عاتق الحاضن من جهة، وإلى جانب دوره في رعاية وحفظ وتربية المحضون يقع عليه ألا يحرم المحضون له من رؤية المحضون ، و التزامه برقابة المحضون ومسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها بالغير من جهة أخرى (المبحث الأول)، لكن هذه الالتزامات المتبادلة بين شخص المحضون له والحاضن لا تكون أبدية باعتبار أن حق ممارسة الحضانة ليس كذلك، فهو ينتهي إما مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها، وإما نهائيا بانتهاء مدتها كما سيأتي بيانه(المبحث الثاني):

المبحث الأول: الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة:

إن الحضانة علاقة ثلاثية الأطراف تربط أساسا بين كل من المحضون له وهو الأب، قياسا على قوله تعالى: " وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ "[1]، أو من يقوم مقامه وشخص الحاضن الذي يكون غالبا الأم أو غيرها من النساء الحاضنات والولد المحضون كطرف ثالث ذكرا كان أم أنثى، ولقد رتب المشرع الجزائري جملة من الإلتزامات القانونية المترتبة عن ممارسة الحضانة وإلى

[1] سورة البقرة، الآية 233.

جانبه عمد إلى ذلك الفقه الإسلامي، وإذا كان معنى الإلتزام ينصرف إلى الحقوق والواجبات ، ونظرا لما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية ومعنوية في سبيل رعاية المحضون وتربيته وتنشئته التنشأة القويمة، كان لزاما علينا بيان أهم حقوق الولد المحضون التي يسعى المحضون له لضمانها تحقيقا لمصلحة المحضون (المطلب الأول) ، ونتابع الكلام عن أهم واجبات شخص الحاضن تجاه المحضون له من جهة والمحضون من جهة أخرى (المطلب الثاني):

المطلب الأول: حقوق الولد المحضون:

إذا افترق الأبوان، فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا الحق الأولوية على الأب ما لم يقم مانع يمنع تقديمها، غير أن الأب إذا لم تسند إليه الحضانة لا يتنصل من إلتزاماته الأخلاقية والقانونية إتجاه المحضون، فكون الولد أو الأولاد تحت حضانة الأم أو غيرها من النساء الحاضنات لا يعني أن تتولى تدبير شؤونهم لوحدها، فيقع على عاتق الأب وتحت مسؤوليته واجب الإنفاق على أولاده كحق من حقوق الولد المحضون (الفرع الأول) ، كما أنه ملزم بتوفير مكان يأوي تحت سقفه الطفل ويتلقى حاجياته المادية والمعنوية وهو حق المحضون في السكن (الفرع الثاني):

الفرع الأول: حق الولد المحضون في النفقة:

إن الحضانة ونظرا لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، حيث تعتبر النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، وعلى هذا الأساس سنتناول الحديث عن نفقة المحضون كما يلي:

أولا: تعريف نفقة المحضون:

إن نفقة المحضون يقتضي تعريفها كما يلي:

1_ تعريف النفقة لغة:

تعني الصرف، ويقال أنفق الرجل ماله أي صرفه، وتعني كذلك الإخراج والذهاب يقال نفقت الدابة، إذا خرجت من يد صاحبها بالبيع أو الهلاك، فنفقت الدابة بمعنى ماتت، والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات، ونفاقا بكسر النون كثمرة وثمار.

أما نفق من النفقة وتعني ما ينفق من الدراهم ونحوها وجاء في الحديث الشريف "إذا أنفق الرجل على أهله نفقة يحتسبها فهي له صدقة"[1].

2_ تعريف النفقة اصطلاحا:

عرفت النفقة في اصطلاح الفقهاء على أنها ما يدفع به الإنسان حاجة غيره، من غذاء وسكن وملبس، وما يلحق بذلك من كل ما تتطلبه المعيشة، بدون تقصير ولا إسراف، بحسب حال الطرفين[2].

3_ تعريف النفقة قانونا:

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف للنفقة على خلاف الفقه، ولكنه أورد الأصناف الذين تجب لهم النفقة بداية من الزوجة إلى الأولاد، فالأقارب ، وهذا من خلال نصوص المواد من 74 إلى 77 من (ق.أ.ج) ، وتناول أحكام النفقة ومشمولاتها حسب المادة 78 من (ق.أ.ج) [3]، وعليه يمكن تعريف نفقة المحضون على أنها الأموال التي يمكن أن تنفق على حاجيات الطفل من ملبس ومأكل ومصاريف علاج...إلخ[4].

ثانيا: شروط وجوب نفقة المحضون قانونا:

تعتبر النفقة حقا من حقوق الطفل المحضون، ولإستحقاق هذه النفقة يشترط في المنفق والمنفق عليه جملة من الشروط، إرتأينا أن نوضحها كما يلي:

1_ أن يكون المحضون محتاجا:

بمعنى أن يكون المحضون فقيرا لا مال له حسب نص المادة 75 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال"، حيث نجد أن المشرع الجزائري قيد مسألة إنفاق الأب

---

[1] هاجر صالحي:" السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الليسانس أكاديمي، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013-2014، ص24.

[2] فضيل سعد:" شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق"، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س. ن ، ص383.

[3] هاجر صالحي ، المرجع السابق، ص24.

[4] فضيل سعد، المرجع السابق، ص383.

على إبنه المحضون بعدم إمكانية هذا الأخير القيام بنفسه ماديا، وبمعنى آخر عدم توفر لدى المحضون أموال تمكنه من التكفل بإحتياجاته، فإذا كان لديه مال أعفي الأب من الإنفاق على إبنه[1].

2_ أن يكون المنفق ميسورا:

بمعنى أن يكون للأب مال يمكنه من التكفل بإحتياجات المحضون اليومية، وبمفهوم المخالفة إذا تعذر على الأب الإنفاق على المحضون وكان عاجزا على حد تعبير نص المادة 76 من (ق.أ.ج) ففي هذه الحالة يعفى الأب من هذا الإلتزام ، وينتقل واجب النفقة على المحضون إلى الأم وذلك إن كانت قادرة على ذلك[2]، فقد نصت المادة 76 من (ق.أ.ج) على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

ويرى بعض فقهاء القانون أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق[3]، وحتى ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم لابد من توفر ما يلي:

أ_ أن يكون الأب عاجزا فعلا عن الكسب وتكون الأم قادرة على الإنفاق أي وجود مال لديها يمكنها من النفقة على أولادها سواء بالعمل أو غيره، فإذا كانت الأم موسرة والأب قادر على الكسب فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة عنه أو التذرع بحجة عدم العمل أو الإعسار، ما دام قادرا على العمل وهذا لأن النفقة حق للمحضون.

ب_ أن يقوم الدليل على عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق كأن يحضر الأب شهادة طبية تثبت أنه غير قادر على العمل بسبب عاهة وأن يثبت أن الأم عاملة مثلا[4]، وللقاضي كامل السلطة في تقدير ذلك.

ولقد أشرك المشرع الجزائري الأم في مسؤولية الإنفاق على الولد حماية لهذا الأخير، ومن باب التعاون بين الوالدين على ضمان رعاية الولد، ولأنها أولى الناس بحمايته[1]، وللأم أن تعود على الأب إن ظهر سبب يسره لأنه يعتبر مدينا لها بها، وذلك لأن مسؤولية الإنفاق على الأولاد تعود إليه بالدرجة الأولى[2].

---

[1]أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص263.

[2]عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص225.

[3]باديس دياربي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص154.

[4]سهام كربال ، المرجع السابق، ص ص53,54.

وعلى ذلك سار القضاء في الجزائر، إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم ما يلي:

"لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد ما دامت النفقة حقا للمحضون" [3].

وعليه كان من الضروري التوقف عند نص المادة 77 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث[4].

ويؤخذ على المشرع أنه لم يحدد من هو الأصل ولا من هو الفرع، والأصل هو الأب وأب الأب وإن علا، والفرع هو الإبن وابن الإبن وإن نزل، والأصول عند الإمام مالك هم الآباء والأمهات المباشرون وليس الأجداد ولا الجدات مطلقا، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم، أما الأحناف والشافعية والحنابلة فالأصول عندهم هم الأب والجد وإن عليا ، وأم الأم وأب الأم وأم الأب وإن علين[5]، ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "نفقة الأصل (الجد) على الفرع (الحفيد) تكون حسب القدرة والإحتياج.

وأن القرار المطعون فيه استند في فرض النفقة على الجد لأب إلى ما توجبه المادة 77 من (ق.أ.ج) دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أن نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة فضلا عن الفقر والغنى"[6]، ولكن بعد عجز الوالدين أو فقدانهما لم يحدد المشرع إلى من ينتقل واجب النفقة.

وقد جاء الشطر الأخير من نص المادة 77 من (ق.أ.ج) كما يلي: "ودرجة القرابة في الإرث"، فبعد عجز الوالدين أو فقدانهما فإن واجب النفقة على الأولاد أو الفروع يكون على عاتق الأصول حسب درجة القرابة في الإرث.

---

[1]كمال لدرع:" مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، عدد 01، 2001، ص52.

[2]نسرين برقوق ، المرجع السابق، ص46.

[3]م ع ، غ أ ش، قرار رقم 311418 صادر بتاريخ 2004/01/21 ، المجلة القضائية ،عدد 2، 2004، ص379.

[4]وفي هدا السياق جاء قرار المحكمة العليا رقم 237148 مؤرخ في 2000/02/22:"من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعا، إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون"، أنظر مجلة قضائية ، عدد خاص ،2011 ، ص33.

[5]أحمد نصر الجندي :"شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص165.

[6]م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 259422 صادر بتاريخ 2001/02/21 ، المجلة القضائية ،عدد 01 ، 2004،ص 337.

فإذا تعدد الموجودون وكانت النفقة عليهم حسب ثبوت الإرث لهم جميعا، أو ثبوته لبعضهم وكانوا جميعا وارثين كانت عليهم النفقة حسب ميراث كل منهم[1].

3_ أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب:

حسب نص المادة 75 من (ق.أ.ج) التي تنص على أن: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول ، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

فإنه يفهم من نص المادة أن نفقة الفروع أي الأبناء واجبة على الأب بتوفر الشروط التالية:

أ- عدم بلوغ الذكر سن الرشد أي 19 سنة كاملة.

ب- عدم زواج الأنثى والدخول بها.

ج- عدم وجود مال للأبناء.

وتستمر نفقة الفروع إلى ما بعد سن الرشد في حال كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو انشغاله بمزاولة الدراسة، وبالمفهوم المخالف لنص المادة 75 من (ق.أ.ج) فإن نفقة الفروع تسقط في الحالات التالية:

- ✓ بلوغ الذكر سن الرشد وقدرته على الكسب.
- ✓ الدخول بالأنثى أي زواج البنت ، حسب قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "إن نفقة البنت تظل واجبة على والدها وملازمة له ولا تسقط عنه إلا بالدخول أو بالإستغناء عنها بالكسب". [2]
- ✓ وجود مال للأبناء بميراث أو هبة أو بالكسب من عمل لهم، ولو قبل بلوغ السن أو الشرط المسقط للنفقة بمعنى الرشد أو الدخول بالأنثى.

الملاحظ على النص أعلاه، أن المشرع لم يحدد مدة الدراسة على خلاف المشرع المغربي الذي حددها بـ 25 سنة في المادة 198 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية[3].

---

[1] أحمد نصري الجندي :"شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص166.

[2] م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 0318418 صادر بتاريخ 2005/02/23 ، المجلة القضائية ، عدد 01 ،2005، ص282.

[3] نسرين شريفي وكمال بوفرورة ، المرجع السابق، ص43.

ولذا ظل الأب ينفق على أولاده بعد بلوغ الذكر سن الرشد وبعد زواج الأنثى والدخول بها رغم انقضاء حقهما في النفقة، فإن ذلك يعتبر تبرعا منه، ولا يحق له الرجوع عليهما بما قد أنفقه وتبرع به[1].

وبالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، فنلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بما جاء به الإمام مالك وأبو حنيفة، إذ يرى الإمام مالك أن نفقة الطفل واجبة على الأب بالنسبة للذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب وبالنسبة للأنثى حتى يدخل بها زوجها[2].

ثالثا: مشتملات النفقة:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 78 من (ق.أ.ج) على أنه:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن، وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

الملاحظ على نص المادة أنه جاء صريحا إذ عدد فيه المشرع الجزائري مشتملات النفقة التي يحتاجها الطفل في حياته والتي يجب على الأب أن يوفرها له وهي:

1- الغذاء المتمثل في الطعام والشراب.

2- الكسوة وتتمثل في اللباس.

3- العلاج ويتمثل في الرعاية الصحية.

4- المسكن وهو المأوى الصالح للعيش وفي حالة عدم قدرته على توفير مسكن يدفع بدل الإيجار.

5- كل ما يحتاجه الطفل وفقا للعادات والأعراف.

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر ضمن الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الإجتماعية، ولذلك نرى أن المشرع على صواب في نصه على ذلك وحتى لا يحصر النفقة فيما تم التنصيص عليه، بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه تحقيق مصلحة المحضون.

---

[1] قاسي عبد الله رؤوف، المرجع السابق، ص43.

[2] قاسي عبد الله رؤوف، المرجع نفسه، ص40.

رابعا: تقدير قيمة النفقة:

لقد نصت المادة 79 من (ق.أ.ج) على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

يفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثمن أو أجر للنفقة، ولم يقيده أو يلزمه بشيء إلا مراعاة عنصرين مهمين وهما: حالة الطرفين من الناحية المالية وظروف المعيشة من جهة أخرى، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم[1].

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا السياق في أحد قراراتها إلى أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج"[2].

ونجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن النفقة الواجبة هي النفقة الكافية بلا إسراف ولا تقصير في حدود المعروف وفي حدود طاقة الزوج[3]، وهذا مصداقا لقوله تعالى: "لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ"[4]، وللقاضي وحده صلاحية تقدير قيمة النفقة المستحقة للأطفال ، ومع ذلك بإمكان الأب إن كان قادرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء، ولكن ليس أقل منه[5].

فمن المبادئ التي استقرت عليها المحكمة العليا أن تقرير النفقة المستحقة للمحضون يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ، ثم حال مستوى المعيشة وهذا مقرر فقها وقضاء، والقضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقواعد الشرعية[6].

كما يستفاد من نص المادة 79 من (ق.أ.ج) أنه لا يجوز لشخص الحاضن المطالبة بمراجعة نفقة المحضون إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، كما يجب على القاضي عند إعادة النظر في تقدير

---

(1) يوسف دلاندة :" إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة"، دار هومة، الجزائر، 2011، ص124.

(2) م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 51715 الصادر بتاريخ 1989/01/16، المجلة القضائية ، عدد2، 1992، ص55.

(3) هاجر صالحي ، المرجع السابق، ص26.

(4) سورة الطلاق، الآية 07.

(5) أحمد نصر الجندي :"شرح قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص163.

(6) نعيمة تبودوشت:" الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000، ص38.

النفقة مراعاة المعايير السابقة[1]، أما فيما يخص التدبير المستعجل المتعلق بالنفقة فإن الحاضنة قد تطالب بالنفقة أثناء سير دعوى الطلاق، وقد تطالب بها على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة يتضمن القضاء لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق، ويقدم الطلب ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها إلى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة التي يوجد مسكنها بدائرة اختصاص هذه المحكمة وليس أمانة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن المدعي عليه وذلك تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة 40 من (ق.إ.م.إ.ج)[2].

كما قد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها، ويبقى للقاضي سلطة تقدير قيمة هذه النفقة[3].

وللإشارة فإن القانون لم يحدد قيمة أدنى وقيمة أقصى للنفقة وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[4].

خامسا: تاريخ إستحقاق النفقة:

جاء في نص المادة 80 من (ق.أ.ج) مايلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

وعليه، فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة قبل رفع الدعوى، ولا بعد صدور الحكم[5].

لكن استثناءا من هذه القاعدة التي لا تسمح باستحقاق النفقة إلا من تاريخ طلبها تبعا لرفع الدعوى بشأنها أمام القضاء، فإن نص المادة 80 من (ق.أ.ج) المذكور أعلاه التي سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة

---

[1] ليلى جمعي، المرجع السابق، ص193.

[2] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2008، ص ص156، 163.

[3] أحمد نصر الجندي:" شرح قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص163.

[4] يوسف دلاندة :" دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة"، الزواج والطلاق، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص73.

[5] نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص126.

المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة واستحقتها شرعا، وذلك مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى من أجل أن يحكم بالنفقة لمدة تتجاوز السنة وإلا اعتبر حكمه مخالفا للقانون[1].

وللإشارة فإن الامتناع عن تسديد المبالغ المقررة للنفقة يشكل جريمة يعاقب عليها قانونا، فحسب نص المادة 331 من (ق.ع.ج) يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم بإلزامه بدفع نفقة إليهم[2]، وذلك تدعيما لنص المادة 75 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال"، ومنه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل وبعد انقضاء مهلة الشهرين من التبليغ وعند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يقدم شكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى في هذا الشأن، مع الإشارة إلى أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة[3].

ونظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة، وما ينعكس عنها من اكتظاظ رفوف المحاكم بقضايا تتعلق بعدم دفع النفقة المستحقة قانونا للمحضون والانعكاسات السلبية على حسن تربيته ومراعاة لمبدأ مصلحة المحضون ثم إنشاء ما يعرف بصندوق النفقة[4]، بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير سنة 2015[5] ، حيث يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الإستفاذة من مستحقاتها المالية وذلك من أجل حماية الحقوق الأساسية للمحضونين وذلك في حالة طلاق الوالدين، حيث يستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة الطفل المحضون المحكوم له بالنفقة وتتولى قبض هذه النفقة لصالحه المرأة الحاضنة، كما تستفيد المرأة المطلقة أيضا من هذه النفقة.

---

[1] سعد عبد العزيز:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص229.

[2] نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص126.

[3] أحسن بوسقيعة:" الوجيز في القانون الجنائي الخاص"، ج1، ط17، دار هومة، الجزائر، 2014، ص175 وما بعدها.

[4] نسرين إيناسبن عصمان ، المرجع السابق، ص118.

[5] القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر ، عدد1 ،المؤرخة في 16 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ7 يناير 2015، ص07.

حيث يتم دفع المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة نظرا لإمتناع المدين (والد الطفل) عن الدفع أو لعدم معرفة محل إقامته، ويسقط حق الاستفادة من المستحقات المالية بسقوط الحق في الحضانة أو انقضائها طبقا لأحكام القانون أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها.

وعليه فإن صندوق النفقة هو آلية جديدة لدفع مستحقات النفقة ورفع الإحتياج عن المحضون، والملاحظ كذلك من خلال هذا القانون أنه شرع لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى والحاضنة المطلقة بالدرجة الثانية، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون وما تقتضيه ظروف المعيشة، وما نود الإشارة إليه هوأن صندوق النفقة يحل محل الدائن بالنفقة ويخول له جميع الطرق والوسائل القانونية المجدية والفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة.

الفرع الثاني: حق الولد المحضون في السكن:

إن مناط ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون للطفل المحضون سكن يأويه من حر الصيف وبرد الشتاء ويجد فيه الدفئ والحنان، وينلقى فيه ما يلزمه من إحتياجات مادية ومعنوية من مأكل ومشرب، ملبس وغذاء لجسده وروحه، وعليه سوف نتناول حق الطفل المحضون في السكن كما يلي:

أولا: تعريف سكن الحضانة:

إن السكن هو كلمة لاتينية "DOMUS" يقصد بها الدار أو المنزل، تفيد تعيين مكان الإقامة الثابت، وتسمح بتحديد مكان الشخص من الناحية الجغرافية[1].

وللسكن عدة مفاهيم ومن أهمها ما يلي:

السكن في اللغة: من مسكن وهو السكون ضد الحركة وسكن الشيء يسكن سكونا، إذا ذهبت حركته، وسكن الرجل أي سكت، وقيل سكن في معنى سكت، والسكن والمسكون والمسكن هو المنزل والبيت.

[1] أسماء عيسيو: "حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء"، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، الدفعة1، 2001-2004، ص18.

والسكن هو كل ما سكنت إليه واطمأنت إليه النفس من أهل وغيره ، والسكن أيضا هو سكن الرجل في الدار[1].

أما في الإصطلاح العام: فالسكن يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد وهو ربط الشخص قانونا بمكان معين، بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه، والآخر ملموس ويقصد الذي يقيم فيه، وهو بالأحرى المكان أو الموضع الذي يتحقق فيه السكن[2].

كما يقصد به المكان المشغول بالسكن فعلا[3]، بدليل قوله تعالى:" قَالَتْ نَمْلَةٌ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّمْلُ ٱدْخُلُوا۟ مَسَـٰكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَـٰنُ وَجُنُودُهُۥ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ " [4]، فكلمة سكن إنما تدل على المكان المشغول فعلا بالسكن وكذلك البيت والدار والمنزل[5]، بدليل قوله تعالى:" وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَى ٱلنَّحْلِ أَنِ ٱتَّخِذِى مِنَ ٱلْجِبَالِ بُيُوتًا "[6] ولم يقل اتخذي من الجبال مساكن لأن النحل لم تكن قد سكنت فعلا.

أما تعريف سكن الحضانة قانونا: فإن المشرع الجزائري لم يعرفه لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني ويختلف بلا شك مفهوم السكن الخاص بالحضانة عن المسكن الذي نصت عليه المادة 355 من (ق.ع.ج) وهو التعريف الذي يخص السكن الذي يكون محلا للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، والتي توسع من مفهوم السكن ليشمل ليس فقط المكان المسكون وإنما المكان المعد للسكن، وحتى ملحقات السكن وتوابعه[7]، بينما القوانين الأخرى لاسيما (ق.م.ج) و (ق.أ.ج) لم يتضمنا أي تعريف للسكن[8]، وبصفة عامة فإن السكن هو مكان مستور يستخدم بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان

---

(1): سارة خليفي، المرجع السابق، ص16.

(2): سارة خليفي، المرجع نفسه، ص16.

(3): أسماء عيسيو، المرجع السابق، ص18.

(4): سورة النمل، الآية 18.

(5): أسماء عيسيو، المرجع السابق، ص18.

(6): سورة النحل، الآية 86.

(7): سارة خليفي، المرجع السابق، ص17.

(8): سارة خليفي، المرجع نفسه ، ص17.

ملكا لساكنه أو مستأجرا أو يقيم فيه مجانا[1] ، على أنه يجب أن يتوفر فيه جميع مرافق الحياة من مطبخ ودورة مياه، كما يعتبر من السكن كذلك العربات المتحركة التي تتضمن كل المرافق الضرورية[2]، ويطلق عليها بالإنجليزية إسم(camping-car).

ثانيا: مواصفات مسكن الحضانة:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 72 من(ق.أ.ج)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 حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

الملاحظ على نص المادة أعلاه أن المشرع لم ينص على مواصفات محددة في المسكن وقد إكتفى بالقول بأن يكون "سكنا ملائما"، لكن وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واعتمادا على نص المادة 222 من (ق.أ.ج) فإنه يشترط في المسكن مواصفات واضحة حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأطلقوا عليها اسم مواصفات المسكن الشرعي[3]، والتي لابد من توافرها فيه حتى يكون صالحا للعيش فيه، ويمكن حصر هذه المواصفات فيما يلي:

1- أن يكون المسكن يحتوي على باب به قفل، وأن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام والغرف.

2- أن يحتوي المسكن على اللوازم الأساسية للمعيشة كالأثاث المخصص للجلوس والنوم وأدوات الطبخ والأكل وكل ما يعتبر ضروريا عرفا.

3- أن يكون للمسكن جيران والبيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعي.

4- أن يكون موقع السكن في مكان غير منقطع وغير موحش أو مخيف يأمن فيه الإنسان على نفسه بعيدا عن اللصوص وأهل الفساد، والحكمة من الجيران تبديد الوحشة والشهادة عند الإقتضاء.

---

[1]عادل بوضياف:" الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري"، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع ، قسنطينة، 2013، ص ص 277, 278.

[2]أحمد غاي:" الحماية القانونية لحرمه المسكن"، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008، ص15.

[3]نسرين برقوق ، المرجع السابق، ص57.

5- أن يكون السكن مستقلا خاليا من الغير[1].

ولقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون مسكن الحضانة مستقلا والمقصود بذلك المسكن الذي لايشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، وبالتالي يجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه، وعلى ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا ومناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير استقلال مسكن الحضانة ومناسبته للمحضون والحاضنة[2].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن المحضون:

سنتعرض في هذه المسألة إلى حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري(أ) ،وبعد تعديله سنة 2005 (ب).

1_ حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري:

تضمن قانون الأسرة في صياغته الأولى موضوع سكن المحضون في المادتين 52 و 72 منه وهما مادتان لم تعرفا انسجاما ولا تكاملا[3]، فقد نصت المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها في فقرتها الثانية على أنه: "...إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج".

ولقد رتبت المادة 52 من(ق.أ.ج) قبل تعديلها وتكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى وخصصت الفقرات الموالية للحضانة، ومن هنا فهي تخاطب الحاضنة الأم دون سواها[4].

من خلال نص المادة 52 من(ق.أ.ج) السابق فإن حق المطلقة في السكن مقيد بجملة من الشروط وهي:

أ- أن يكون للمطلقة حكم يقضي بإسناد الحضانة لها.

---

[1]عبد الفتاح تقية:" قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء"، دار ثالثة، الجزائر، 2011، ص ص32، 33، وأنظر عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص49.

[2]أحمد خليل إبراهيم عطية:" نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة"، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، 2008، ص215.

[3]زكية حميدو، "المرجع السابق ، ص123.

[4]زكية حميدو ، المرجع نفسه، ص128.

ب- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيواءها، مع أنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة البنت تجب على أبيها حتى تتزوج[1].

ج- أن يكون للحاضنة محضونين بصيغة الجمع، وبمفهوم المخالفة يقتضي أنها تفقد حقها في السكن إن كانت تحضن واحدا فقط.

د- عدم زواج المطلقة أو ثبوت انحرافها، ذلك أن المقصود من هذا الشرط هو مراعاة مصلحة المحضون[2].

هـ- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن، فلقد استوجب المشرع الجزائري مراعاة حالته المادية فحسب المادة 52 التي نصت على: "...حسب وسع الزوج" وبهذا قد ساير المذهب المالكي.

و- أن يكون للمطلق أكثر من سكن، وأن يكون باسمه حسب الفقرة 03 من المادة 52 من (ق.أ.ج) حيث استثنى المشرع مسكن الزوجية إذا كان وحيدا وليس كل مسكن قابلا للإسناد بل يجب أن يكون مملوكا للزوج أو مؤجرا له[3].

وقد وجهت للمشرع على إثر المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها مجموعة من الإنتقادات أهمها: جاءت الفقرة الثانية من المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها كما يلي:" وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج"، ونستخلص منها ما يلي:

أ_ أنه ما كان يعاب على المشرع هو أنه أجبر بصفة غير مباشرة الحاضنة الأم بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيواءها، أو أنها تفتقد لولي تلجأ إليه وهو ما يتعارض ويتنافى مع مصلحة المحضون ولا يراعيها بتاتا[4].

ب_ يعاب على المشرع إستعمال مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج"، وهما عبارتان لا تتطابقان لا من الناحية القانونية ولا من الناحية اللغوية لأن استعمال عبارة يضمن تفيد أن الشيء موجود

---

[1] أسماء عيسيو، المرجع السابق، ص ص29، 30.

[2]: سامية بن قوية، المرجع السابق، ص149.

[3]: عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص22.

[4]: زكية حميدو، المرجع السابق، ص129.

ومتوفر بغض النظر عن حالة الزوج وإمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد.

جـ إن كلمة "محضونيها" الواردة في المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها، قد تقرأ بصيغة الجمع أو بصيغة المثنى[1].

وهذا هو السبب الرئيسي في التناقض الذي عرفته الإجتهادات القضائية لذا كان لابد من إيجاد حل لهذا التناقض والتعارض[2].

دـ إن عبارة "مسكن الزوجية"، الواردة في المادة 52 من (ق.أ.ج) في الحقيقة هو مصطلح في غير محله من ناحية الصياغة التشريعية لأنه يطلق أثناء قيام الرابطة الزوجية والتي تزول بالطلاق، أما مسكن الحضانة فيتقرر للحاضنة أما كانت أو غير ذلك[3].

وبالرجوع إلى نص المادة 72 من (ق.أ.ج) قبل تعديلها والتي تنص على أنه: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا، وإن تعذر فعليه أجرته"، وقد نظمها المشرع في موضوع الحضانة، فهي بذلك تخاطب كل الحاضنات من ناحية وتبدو أكثر حماية بالمقارنة مع المادة 52 من (ق.أ.ج) بسبب إلزام الأب بتوفير مسكن أو على الأقل أجرته، الشيء الذي لم تنص عليه المادة 52 من (ق.أ.ج) [4].

وبالرغم من إيجابيات المادة 72 أعلاه فإنها لم تسلم من النقد حيث:

أ- لم تعتبر هذه المادة السكن من مشتملات النفقة، وهذا ما يجعلها متعارضة مع المادة 78 من (ق.أ.ج) التي تنص على أن السكن من مشتملات النفقة[5].

ب- في حالة عدم وجود مال للمحضون، تعرض المشرع لحل مشكل السكن أو أجرته الذي يقع على عاتق الأب دون أن يحل مشكل باقي مشتملات النفقة.

---

[1] زكية حميدو ، المرجع السابق، ص130.

[2] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص149.

[3] سهام كربال ، المرجع السابق، ص64.

[4] سهام كربال ، المرجع نفسه، ص63.

[5] زكية حميدو ، المرجع السابق، ص128.

وقد كان التضارب والتناقض الحاصل بين المادتين 52 و 72 من(ق.أ.ج) عقبة أمام القضاء دون إيجاد حل مناسب رغم الإجتهادات القضائية.

2_ حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري:

إن الإنتقادات اللاذعة التي وجهت إلى المشرع الجزائري على إثر المادتين 52 و 72 من (ق.أ.ج) دفعت به إلى الإفراج عن تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 وذلك بإلغائه للفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52، كما عدل المادة 72 [1] ، حيث نص 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 حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما ولإمكانية الحكم للمطلقة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:

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

ب- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، فلو كان من أسندت المحكمة إليه الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة، ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحضانة.

ج- أن يكون للأب مسكن ملائما يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها[2].

ولذا كان نص المادة 72 من (ق.أ.ج) بعد تعديله يحمل في طياته الرغبة في حماية المحضون، وتجنب عيوب النص السابق، إلا أنه لم يخل هو الآخر من بعض الإنتقادات تتمثل في:

---

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص24.

[2] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق "، المرجع السابق، ص ص 145, 146.

أ- الفقرة الثانية نصت على أن: "...وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية..."، بمعنى أن المشرع اختصر مفهوم الحاضنة في الأم مطلقا، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أما أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى، فاستعمال لفظ الحاضنة يدل على المطلقة دون غيرها من النساء وهو مصطلح غير دقيق[1].

ب- إستعمال مصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله، بل الأصح "بيت المطلق"، لأن "الزوجية" صفة لشخصين مرتبطين بعقدة النكاح، وهو ما لم يعد كذلك بعد فكها بالطلاق[2].

والجدير بالإشارة أنه يمكن أيضا استبدال مصطلح "الزوجية" بـ "بيت والد المحضون"، إذ أن العبارة الأليق هي الثانية، لأن هذه المادة تعالج مسألة الحضانة وهي منظمة في فصل آثار الطلاق[3].

ج- إن العمل بالنص الجديد يؤدي حتما إلى تحليل ما حرمه الله، وذلك بإبقاء المطلق والمطلقة في نفس البيت، حتى ولو انتهت عدتها طبقا للفقرة الثانية من المادة 72 من (ق.أ.ج) المعدلة بصريح قولها "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"[4]، فحسب قرار المحكمة العليا قبل تعديل سنة 2005 فقد فصل في هذا الموضوع بالقول: "إن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون"[5].

د- أغفلت نفس المادة الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن، وهنا لا يتوجب على أب المحضون أن يوفر لها مسكنا لممارسة الحضانة، بل أجرته.

هـ- إشترط المشرع أن يكون السكن ملائما للحاضنة، وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصرا على ملائمته للحاضنة، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة،

---

[1] باديس ديابي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص158.

[2] زكية حميدو ، المرجع السابق، ص138.

[3] زكية حميدو ، المرجع نفسه، ص138.

[4] باديس ديابي:"صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص158.

[5] م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 348644 صادر بتاريخ 2005/12/14 ، ن ق، العدد 59 ، 2005 ، ص244، نقلا عن باديس ديابي:" قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، المرجع السابق، ص70.

لأنها لا تحصل على ذلك الحق إلا إذا كانت حاضنة، وهو حق مقرر أصلا للمحضون[1]، لذلك فإن المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة لم يكن موفقا لأنها تحمل الكثير من الغموض وعدم الدقة.

وعليه وطبقا لأحكام المادة 72 من (ق.أ.ج) فإنه في حالة الطلاق، ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، فإن لم يستطع فعليه بتوفير بدل الإيجار، فتوفير السكن الملائم هو الذي يكون كأصل، فإذا تعذر توفيره يكون دفع بدل الإيجار[2] ، فالقاعدة العامة أن إسكان المحضون تجب على من تجب عليه نفقته، وبإعتبار أن السكن أحد عناصر هذه النفقة إلتزم بها الأب، وهذا الإلتزام يبقى قائما إلى غاية إنتهاء الحضانة أو سقوطها شرعا وقانونا، والأصل أن يكون الإلتزام عينا، لكن هذا الإلتزام غير إلزامي، إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر يلتزم ببدل الإيجار[3]، فإن تعذر عليه تنفيذ إلتزامه الأصلي بتوفير المسكن الملائم لممارسة الحضانة يلزم قانونا بتقديم بدل إيجار مسكن الحضانة بغض النظر عن حيازة الحاضنة للسكن من عدمه، وحتى ولو وجد ولي للحاضنة وقبل إيواءها[4].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "لا يعفى الوالد من توفير السكن، أو دفع بدل الإيجار، بإعتبارهما من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن"[5].

وما تجدر الإشارة إليه أن مسألة تقدير بدل الإيجار هي في الواقع مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[6].

كما تطرق المشرع الجزائري في نص المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج) إلى مسألة مهمة تتمثل في أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، فالمشرع أجاز للحاضنة أن تلجأ إلى القضاء عن طريق دعوى إستعجالية للمطالبة بتوفير مسكن لممارسة الحضانة ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع

---

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص139.

[2] نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص113.

[3] سهام كربال ، المرجع السابق، ص54.

[4] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص54.

[5] العربي بلحاج :" قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا"، ط4 ، الجزائر، 2010 ، ص ص282- 284.

[6] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص55.

(فك الرابطة الزوجية) ، وما على القاضي أو رئيس المحكمة عند الفصل في القضايا الإستعجالية إلا أن يتحقق من مبررات طلب الأمر بالسكن المنفصل ومن قيام دعوى الطلاق ويصدر أمرا مؤقتا بذلك ،كما يجوز له تعديله أو إلغاؤه كلما توفرت أسباب تعديله أو إلغائه[1]، أما بعد صدور الحكم النهائي بفك الرابطة الزوجية، استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، فإما أن يحكم على الأب بتوفير سكن لممارستها، وإما أن يقدم بدل إيجار [2].

المطلب الثاني: واجبات الحاضن:

إذا كانت الحضانة تلقي على عاتق المحضون له جملة من الإلتزامات تتمثل أساسا في النفقة على المحضون وتوفير مسكن لممارسة الحضانة وذلك وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون، فبالمقابل تقوم على عاتق الحاضن كذلك جملة من الإلتزامات تجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها، وهذا كله لأجل ضمان الإستقرار النفسي والمادي للطفل.

فيقع على عاتق الحاضن واجب تمكين المحضون له من رؤية وزيارة المحضون (الفرع الأول)، كما يقع على الحاضن واجب رقابة المحضون وتحمل المسؤولية عن كل الأفعال الضارة التي تصدر منه و تلحق ضررا بالغير (الفرع الثاني):

الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون:

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها، والذي يكون في الغالب الأم، بإعتبارها الأولى بها وذلك رعاية لمصلحة المحضون، ما يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده ، يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون، وعليه سنتناول حق الزيارة في الفقه الإسلامي(أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري(ثانيا).

أولا: حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي:

إن حق زيارة المحضون يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بحق رؤية المحضون، والمتفق عليه أن للوالدين حق زيارة المحضون ورؤيته والإطمئنان عليه، فإذا كان الصغير في يد إحدى الحاضنات من

---

[1] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة في ثوبه الجديد"، المرجع السابق، ص156.

[2] سهام كربال ، المرجع السابق، ص66.

النساء، كان للأب الحق في أن يرى ابنه، وليس له الحق في المطالبة بأن تنتقل الحضانة إليه، وعلى الحاضنة أن تمكنه من رؤية إبنه في مكان قريب[1].

أما إذا كان الصغير في يد أمه وأراد أبوه رؤيته فيجب على الأم أن لا تمنعه من ذلك، كما أنها لا تجبر على إرساله إليه[2]، ولذا كان الصغير في يد أبيه فليس للأب أن يمنع الأم من رؤية إبنها إذا أرادت، كما لا يجبر على إرساله إليها، ولذا أراد المحضون زيارة أحد والديه فله ذلك، والأصل عدم منعه وذلك محافظة على صلة الرحم بين المحضون ووالده أو أحد أقاربه[3].

1_ حق الزيارة حسب المذهب المالكي:

يرى المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إن كان كبيرا فلها رؤيته مرة كل أسبوع ، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية والإطلاع عليه ليتولى تأديبه وتعليمه[4].

كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، كما لو كانت الأم متزوجة وطلبت من المحضون له أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته[5].

2_ حق الزيارة حسب المذهب الشافعي :

يرى الشافعية أن المميز إن إختار أباه في سن التمييز لم يمنعه من زيارة أمه، ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا إختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها، ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته، ذكرا كان أو أنثى، لأن في المنع قطعا للرحم، لكن لا تطيل المكوث، ويمكنها من الدخول ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم لأنها صارت بالبينونة أجنبية عنه، فإن خاف

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص748.

[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص749.

[3] محمد سمارة، المرجع السابق، ص399.

[4] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص154.

[5] سامية بن قوية، المرجع نفسه، ص154.

الأب دخولها إلى منزله أخرجه إليها والزيارة تكون مرة في يومين فأكثر، لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريبا، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم[1].

فإن مرض المحضون، فالأم أولى بتمريضه، ذكرا كان أو أنثى، لأنها أهدى عليه وأصبر عليه من الأب، والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به، وإن لم يرض يكون التمريض في بيتها ويجب الاحتراس في الحالتين من الخلوة بها[2].

3_ حق الزيارة حسب المذهب الحنبلي :

لقد أخذ الحنابلة برأي الشافعية فقالوا إن إختار المميز أباه، كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه ولا تمنع هي من تمريضه، وإن إختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه، وأما البنت فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتهما عند الآخر، لأن فيه عملا على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم، وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، لحاجتها إليها، والأم تزور ابنتها، والغلام يزور أمه على ما جرت عليه العادة، كاليوم في الأسبوع[3].

د_ حق الزيارة حسب المذهب الحنفي:

يرون أن للأب الحق في رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات وللأب أن يزور محضونه كل يوم، أما إذا كان الحاضن هو الأب فإن حق الزيارة يكون مرة كل أسبوع للأم أما غيرها فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع بل مرة كل شهر على الأقل[4].

---

[1]برقوق نسرين، المرجع السابق، ص64، وأنظر نوال ترفاس، وعبد الرؤوف دباش:" التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون"، مذكرة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014– 2015، ص37.

[2]نسرين برقوق ، المرجع السابق، ص65.

[3]نسرين برقوق، المرجع نفسه، ص65، وأنظر سامية بن قوية، المرجع السابق، ص155.

[4]سهام كربال ، المرجع السابق، ص78.

ثانيا: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية بين يدي حاضنته وليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتحول به من حين لآخر [1].

إلا أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، وتوطيد علاقة الزائر بالمحضون خاصة إذا كان الزائر هو الأب أو الأم والزيارة ليست قائمة على هوى الحاضنة والزائر، وإنما هو أمر منظم يضبطه القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[2].

فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من أهمية لمصلحة الصغير [3].

وحق الزيارة هو بمثابة أداة لرقابة مصلحة المحضون[4] وهذا ما نصت عليه المادة 64 من (ق.أ.ج)في فقرتها الثانية: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، فأسلوب هذه المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ "وعلى القاضي" بمعنى أنه يجب على القاضي.

ويمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة 64 من (ق.أ.ج) أهمها:

1- أن المشرع حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيارة وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس على سبيل الجواز والإختيار [5].

2- الجملة الأخيرة أمر المشرع فيها القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم،

---

[1] عبد العزيز سعد:"الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق، ص296.

[2] نوال ترفاس وعبد الرؤوف دباش، المرجع السابق، ص190.

[3] زهية رابطي:" الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص64.

[4] زكية حميد و، المرجع السابق، ص190.

[5] باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية"، المرجع السابق، ص90.

ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عن أهله نهائيا[1].

3- حق الزيارة المنوه به في المادة 64 من (ق.أ.ج) لم يكن حصريا على الأب والأم ممن تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به[2].

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لإبنالإبن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[3].

وعليه، إذا كان المشرع الجزائري نص على حق الزيارة وألزم القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة بأن يحكم بحق الزيارة مراعاة لمصلحة المحضون، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يحدد معنى الزيارة ولا مكانها أو مدتها، كما أنه لم يتضمن الحالات أو الظروف التي يسقط حق الزيارة بموجبها وهو ما سنحاول بيانه:

1_ مكان الزيارة:

مكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات محدودات[4]، فيجب أن يكون المكان المحدد من الأماكن التي تشيع فيها الطمأنينة في نفس المحضون أي مكان يتمتع فيه المحضون بالهدوء والأمان وألا يكون مكان الزيارة مما يكبد طرفي الخصومة عبء المشقة (عبء مادي أو مشقة الإنتقال) [5]، وفي إجتهاد للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/12/15 تحت رقم 214290 أقرت بمبدأ مفاده أنه :"من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد مكان

---

[1] نسرين إيناس بن عصمان ، المرجع السابق، ص ص124، 125.

[2] باديس دياني:"صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص159.

[3] م ع ، غ أ ش، قرار 214290 صادر بتاريخ 1998/12/15، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001، ص192 ، نقلا نسرين إيناس عصمان ، المرجع السابق، مذكور في الهامش، ص125.

[4] سهام كربال ، المرجع السابق، ص80.

[5] زكية حميدو، المرجع السابق، ص197.

ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة تأسيسا على أن الزوجة بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن مطلقها وأن حق الزيارة يتحقق برعاية الولد ولو ساعات محدودة".[1]

2_ مدة الزيارة:

المشرع الجزائري لم يخص مسألة الزيارة بنص كاف لا من حيث مدتها ولا عددها، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

ولم يحدد كذلك المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة، لكن ما استقر عليه القضاء في الجزائر هو أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[2]، ومسالة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر له الحق في ذلك كل أسبوع، أي خلال العطل الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به من طرف القضاء، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث اعتبرتأن القرار المطعون فيه والقاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر هو خرق للقانون[3].

وتحديد مدة الزيارة أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، الذي عليه أن يراعي حالة الأولاد المحضونين ما إذا كانوا صغارا خاصة الرضع أو كبارا[4].

3_ التدبير المستعجل المتعلق بحق الزيارة:

حسب المادة 57 مكرر من (ق.أ.ج)، فإنه من حق أي واحد من مستحقي الحضانة أن يلجأ إلى قضاء الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على عريضة يتضمن القضاء له بحق زيارة المحضون بصفة إستعجالية ومؤقتة طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى فك الرابطة الزوجية وما بين تاريخ صدور حكم نهائي بشأن موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية وبشأن الحضانة والزيارة[5].

---

[1] يوسف دلاندة:" استشارات قانونية في قضايا الأسرة"، المرجع السابق، ص149.

[2] باديس ديابي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص160.

[3] باديس ديابي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة"، المرجع نفسه، ص161.

[4] يوسف دلاندة:" استشارات قانونية في قضايا الأسرة"، المرجع السابق، ص149.

[5] عبد العزيز سعد :"قانون الأسرة في ثوبه الجديد"، المرجع السابق، ص ص158، 159.

4_ جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة:

يعتبر حق زيارة المحضون من الحقوق التي حماها القانون، ورتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به، وتنفيذا لذلك نصت المادة 1/328 من (ق.ع.ج) على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أوالأم 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".

ومنه نستنتج أنه لقيام جنحة الإمتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توفر العناصر التالية:

أ- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاد المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضى فيه.

ب- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

ج- أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابتا بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابتا بواسطة شهادة الشهود أو بإعتراف الممتنع نفسه، ومنه إذا توافرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد إرتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته وبالتالي أصبح عرضة للمتابعة والعقاب[1]، فنص المادة 328 من (ق.ع.ج) يطبق على من له حق الحضانة إذا منع الطرف الذي له حق الزيارة من حقه، كما يطبق على من له حق الزيارة إذا امتنع عن إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد انتهاء أجل الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين حق الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها[2].

---

[1] أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص159.

[2] مكي دردوس :" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص150.

الفرع الثاني: إلتزام الحاضن برقابة المحضون:

إن إلتزامات الحاضن لا تتوقف عند القيام بواجب الحضانة ولا بتمكين المحضون له من رؤية المحضون أو العكس، بل تتعداها إلى أكثر من ذلك، فيقع على عاتق الحاضن إلتزام برقابة المحضون وتحمل المسؤولية عن أفعاله الضارة بالآخرين، وعليه سنحاول أن نبين معالم هذه المسؤولية وفقا لمايلي:

أولا: شروط مسؤولية شخص الحاضن عن رقابة المحضون:

إن مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة بالغير هي نفسها مسؤولية متولي الرقابة المعبر عنها في نص المادة 134 (ق.م.ج)[1]، والتي تشترط لقيام هذه المسؤولية توفر شرطين وهما:

1_ الإلتزام بالرقابة:

بتطبيق نص المادة 134 من (ق.م.ج) على الحاضن ، فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الإلتزام هو سبب مسؤوليته[2].

والمشرع ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 من (ق.م.ج) بـ 19 سنة مع مراعاة مدة الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 من (ق.أ.ج)[3].

---

[1] تنص المادة 134 من (ق.م.ج) على: "كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذ أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

[2] خليل أحمد حسن قدادة:" الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، ج1، مصادر الإلتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص27.

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع نفسه، ص27.

2_ صدور عمل غير مشروع من المحضون:

لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة (المحضون) فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب[1].

نلاحظ أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من المحضون، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية الحاضن[2].

ثانيا: أساس قيام مسؤولية الحاضن:

لقد افترض المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 134 (ق.م.ج) المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة، وذلك بإعتبار أن افتراض أيضا الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة الذي يتحمله قانونا، وهذا يفيد قطعا أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، لكن هذه القرينة المقررة هي قرينة بسيطة، يمكن إثبات عكسها[3].

1_ الخطأ المفترض في واجب الرقابة:

الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة، فالمفترض هو عدم قيام متولي الرقابة (الحاضن) بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، فإذا ارتكب المحضون عملا غير مشروع، أفترض أن الحاضن قد قصر في رقابته فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل.

ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد، فيفترض أيضا أن الحاضن قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع.[4]

---

[1] محمد صبري السعدي:" الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض)، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص184.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص184.

[3] علي فيلالي:" الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض"، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص122.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ج1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص1136.

فإذا قام المحضون بالتعدي على الغير بالضرب والسب مثلا، وكان من يحضنه أبوه أو أمه، فالمفروض أنهما قصرا في رقابة الولد أو أساءا تربيته، أو أنهما ارتكبا الخطأين معا. فواجب الرقابة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم الإضرار بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه، بل قد يكون وفى بالتزامه، مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن (متولى الرقابة) افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس.[1]

كما يفترض وجود علاقة سببية بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متولى الرقابة، وبين الفعل الضار الذي قام به المحضون إلى حين إثبات عكس ذلك.[2]

2- دفع الحاضن للمسؤولية:

طبقا لأحكام المادة 2/134 من(ق.م.ج) والتي تنص على أنه:".....ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

فإنه يستطيع شخص الحاضن (متولى الرقابة) أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه بوسيلتين وهما:

أ-إثبات أداء واجب الرقابة:

إذا أثبت الحاضن عدم إخلاله بواجب الرقابة الملقى على عاتقه بأن ادعى أنه قام بواجبه حسب ما ينبغي من العناية، وأخذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة بمنع المحضون من الإضرار بالغير، فإذا وقع الضرر يتولى القاضي تقدير العناية التي بذلها الحاضن تنفيذا لواجبه، وينظر القاضي على وجه الخصوص في نجاعة التدابير والإحتياطات التي اتخذت من قبل الحاضن لمنع الإضرار بالغير، وكذلك في شرعية الرخص الممنوحة لممارسة بعض النشاطات أو اللعب، ويعتمد القاضي في تقديره على عوامل منها: سن المحضون والظروف الزمانية والمكانية والبيئية وخطورة الأفعال، وتقدير العناية التي بذلها الحاضن هل هي عناية الرجل العادي أم لا.[3]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص124.

[2] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص124.

[3] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص125.

كما قد يقوم الحاضن بنفي مسؤوليته عن طريق الدفع باستحالة الرقابة في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار والتي منعته من رقابة المحضون ولم يتمكن من منعه، ومن بين هذه الظروف:

وجوده بعيدا عن المحضون كأن يكون غائبا وقت وقوع الضرر، أو لكون المحضون موجودا وقت الحادث تحت رعاية شخص آخر كأن يكون مؤقتا عند المحضون له عند ممارسته لحق الزيارة.[1]

ب-نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة:

إن العلاقة السببية مفترضة، فلا يكلف الشخص المضرور بإثباتها، بل يتولى الحاضن نفيها بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، فوقوعه كان بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، بحيث يكون ذلك سببا في قطع الصلة ما بين التقصير المفترض في جانب الحاضن وبين الضرر الذي أصاب المضرور، وأنه كان لابد من وقوع الضرر ولو اتخذ الحاضن كل الاحتياطات المعقولة لمنعه فلم يكن الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو السبب في حدوث الضرر.[2]

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة:

لقد أخذ كل من الفقه الإسلامي والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولهذا عددوا شروطا معينة يجب أن تتوافر في الحاضن لكي يكون أهلا لممارسة الحضانة، وذلك تحقيقا لأهداف الحضانة، إلا أن هناك ظروفا قد تمنع من إتمام ممارسة الحضانة، فتسقط عن الحاضن وتسند إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط.

إلا أن سقوط الحضانة عن الحاضن، أي خروج المحضون من تحت يده، هو خروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا زال سبب السقوط.

وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول من هذا المبحث، من جهة أخرى فإن الحضانة ليست مؤبدة، وإنما محصورة في مدة محددة، تنتهي بنهايتها، ولكن السؤال المطروح هو: هل أن مدة الحضانة التي حددها

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص126.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1139.

المشرع في قانون الأسرة الجزائري مأخوذة من الفقه الاسلامي؟ أم أنه خالفه في ذلك؟ وإذا كانت مؤقتة فما مصير المحضون بعد نهايتها؟ ، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني:

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة وعودتها:

إذا حصل طلاق بين الزوجين يلتحق الطفل بمن يقدر على رعايته وهو أحد الأبوين، وذلك إذا اجتمعت فيه الشروط الواجبة قانونا، إلا أنه قد يحدث أثناء ممارسة الحضانة سبب يؤدي إلى سقوطها عن الحاضن، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على الحالات أو الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الأول مع الإشارة إلى آراء فقهاء الشريعة في هذا الشأن.

إضافة إلى ذلك فإن سقوط الحضانة قد يكون مؤقتا ، وإذا كان كذلك فمعنى هذا أن الحق في الحضانة يعود إلى صاحبه بعد زوال سبب سقوطها وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني:

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة:

لقد أورد المشرع الجزائري مجموعة من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وهي: سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وكذا سقوطها بالتنازل عنها، إضافة إلى سقوطها لانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن، كما تسقط أيضا بمرور سنة دون المطالبة بها، وسقوطها بالإقامة في بلد أجنبي، وأخير سقوطها بسبب سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي عن المحضون، وكل هذه الأسباب سيتم تفصيلها في هذا الفرع.

أولا: سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم:

تنص المادة 66 من (ق.أ.ج) على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..."، فزواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق، ومنهم من يجعل الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون. ففقهاء المالكية وكذا جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، واستندوا فيما ذهبوا إليه لحديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال: " كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من

الأنصار، فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي"؟، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها، فقال: " أنكحت فلانا فلانة ؟ " فقال: " نعم "، فقال: " أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي وانكحي عم ولدك"[1]، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير، بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم[2].

أما الشافعية فقد وسعوا في السبب المسقط للحضانة وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحديث الذي رواه أبو داوود في سننه، لقوله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي"[3]، فيقول الشافعي: " أن هذا الدليل لم يفصل وهو الظاهر"[4]، أي لم يفصل بين الزواج بمحرم أو بغيره.

أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب أي زواج الأم بغير قريب محرم مطلقا، ومن بين الحجج التي استندوا إليها ما روي عن أن أم سلمه أنها تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها[5].

وهناك فريق آخر من الفقهاء قال بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، فإذا لم تكن مرعية سقط حق الحضانة، ولم يفرقوا بين زواجها بأجنبي عن المحضون وزواجها بقريب منه، والقاضي هو الذي يقرر ذلك[6].

فإذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم، وكانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون ، والقاضي هو من يقرر ذلك[7].

---

(1) محمد بن علي بن محمد الشوكاني:" نيل الاوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار"، ج7، دار الجيل، لبنان، 1973، ص139.

(2) بلقاسم أعراب:" مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المقارن"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994، ص147.

(3) جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، المرجع السابق، ص265.

(4) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص148.

(5) بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص147.

(6) بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص147.

(7) عبد العزيز سعد :" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" ، المرجع السابق، ص141.

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال نص المادة 66 من (ق. أ.ج) أنه أخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم للمحضون، إلا أن المشرع الجزائري قيد هذا السقوط بمصلحة المحضون وترك السلطة للقاضي في تقدير هذه المصلحة[1].

إلى جانب ذلك توجد بعض الاستثناءات على سقوط الحضانة عن الأم بزواجها بغير قريب محرم وهي[2]:

1- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة ، فتكون أمه أولى به رغم زواجها.

2- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل، وعاجزا عن حضانته.

3- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة.

4- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض.

ولكن إذا اختارت المرأة الزواج بأجنبي عن المحضون فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن الحضانة؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟[3]

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05 أنه: " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ولما كان من الثابت _في قضية الحال_ أن الأم

---

(1) سهام كربال، المرجع السابق، ص93.

(2) محمد لمين لوعيل:" المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص113.

(3) تسقط الحضانة لأسباب إختيارية وأخرى قانونية أي غير إختيارية ، فالأسباب الإختيارية هي التنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ، وكذلك بمرور سنة دون المطالبة بها، أما الأسباب القانونية فهي: التزوج بغير قريب محرم وكذلك سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون، اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من (ق.أ.ج) ، وكذا عمل المرأة إذا أضر بمصلحة المحضون، أنظر مولود ديدان:" قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص109.

أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي وهذا يعد تصرفا رضائيا واختياريا، فإن القضاء بالحضانة للأم بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفا للقانون"[1].

ويلاحظ تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1998/07/21 مايلي: " 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".

وتجدر الإشارة إلى أن الحضانة تسند بعد سقوطها عن الأم إلى من يليها في المرتبة من أصحاب الحق فيها بناءا على دعوى يقيمها الأب أو من لهم الحق في الحضانة[2].

ثانيا: سقوط الحضانة بالتنازل عنها من قبل الحاضن:

تنص المادة 66 من (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية على سقوط الحضانة بالتنازل ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون[3].

فالمشرع الجزائري اعتبر التنازل عن الحضانة حقا للحاضن من جهة وقيده بمصلحة المحضون من جهة أخرى، فمثلا إذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأن في ذلك إضرارا بمصلحة المحضون[4].

وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد

---

[1] م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812 ، المجلة القضائية، عدد4، 1902، ص58.

[2] م ع ، غ أ ش، قرار صادر تاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، المجلة القضائية ، عدد خاص، 2001، ص 175.

[3] تنص المادة 66 من (ق. أ .ج) على أنه: "يسقط حق الحاضنة....، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 101.

مخالفة لأحكام الحضانة: " أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها"[1].

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا :"أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[2].

ويثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل على الحضانة يفقد حقه في استعادتها، بل يمكنه التراجع عن التنازل عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي جاء فيه: "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 لأحكام المادتين 66 و 67 من (ق.أ.ج) وأن قضاة المجلس أخطأوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو وجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية[4].

ويعد الحكم الصادر بإسقاط الحضانة بالتنازل عنها بناءا على طلب من الحاضنة هو حكم مقرر للسقوط وليس حكم منشيء له[5].

---

(1) م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية، عدد خاص،2001، ص 70.

(2) م ع،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، المجلة القضائية، عدد خاص،2001،ص 175.

(3) م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/04/20، ملف رقم 220470، المجلة القضائية ، عدد خاص، 2001، ص 181.

(4) صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 92.

(5) عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد " ، المرجع السابق، ص 142، و الحكم الكاشف :هو الذي يكشف عن وضع قانوني موجود سابقا فهو لا يضيف جديدا بل يكشف و يؤكد الوضع القانوني الموجود من قبل ، أما

ثالثا: سقوط الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توافرها في الحاضن:

تنص المادة 67 من (ق.أ.ج) على مايلي: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه..." و بالرجوع إلى المادة 62 من (ق.أ.ج) نجد أنها تنص على جملة من الشروط التي يجب توفرها في الحاضن، إذا اختل أحدها يسقط حقه في ممارسة الحضانة[1]، فإذا فقد الحاضن القدرة على رعاية المحضون وعلى تربيته على دين أبيه مثلا سقط حقه في الحضانة[2] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 :"من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان من الثابت _في قضية الحال_ أن الحاضنة فاقدة البصر، 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"[3].

كما أن جريمة الزنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة ما لم تقتض مصلحة المحضون إبقاءه مع أمه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/07/15 الذي جاء فيه: "إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من إرتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة ولذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر نصت في فقرتها الأخيرة 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 ثم

الحكم المنشئ فهو الذي يخلق أو ينشئ وضعا قانونيا جديدا لم يكن موجودا من قبل ، انظر الموقع الإلكتروني التالي: www.bayt.com/fr/specialties/q/208278

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص100.

[2] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد " ، المرجع السابق، ص142.

[3] م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية ، عدد04، 1989، ص76.

فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصلحة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[1].

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة بموجب المادة 2/66 (ق.أ.ج)، ذلك أن المرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط كمبدأ عام، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[2].

رابعا: سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها:

نصت المادة 68 من (ق.أ.ج) على أنه :" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها" ، وبالتالي فدعوى الحضانة مقيدة بمدة سنة ما لم يوجد عذر، بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ، ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال:

- ✓ أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 من (ق.أ.ج) إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الإعتبار مصلحة المحضون.
- ✓ إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه، ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها[3].

وغياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، مبدأ أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/07/09: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الإجتهاد في

---

[1] م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787، المجلة القضائية، عدد02، 2010، ص266.

[2] عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد " ، المرجع السابق، ص142.

[3] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص148.

القضاء 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"[1].

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون: "وهذا ما أكده القرار الصادر في 1990/02/05:" من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها، فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكونون قد خالفوا القانون"[2].

إلا أن هناك تغير في إتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 68 من (ق.أ.ج) السابقة الذكر عندما اعتبرت أن: "إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة إجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون"[3].

ويتضح من خلال استقرائنا للمادة 68 من (ق.أ.ج) وجود بعض المآخذ تتمثل فيما يلي:

أ- المشرع الجزائري لم يحدد تاريخ بدأ سريان مدة السنة، بالرغم من أنه استمد نص هذه المادة من المذهب المالكي، الذي حدد تاريخ سريان مدة سنة من تاريخ العلم بإستحقاق الحضانة[4].

ب- كما أن نص المادة يطرح التساؤل المتعلق بسقوط حق الحاضن هل يكون بقوة القانون؟، وهذا التساؤل أجاب عليه الفقه الوضعي: فيرى الأستاذ غوتي بن ملحة أن الإسقاط لا يتم بقوة القانون، وإنما يجب أن يحكم به القاضي، مما يجعل طابعه قضائيا، وأيدته في ذلك الأستاذة نظيرة خلان بقولها أن

---

(1) م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829، المجلة القضائية ، عدد 1، 1990، ص60.

(2) م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1990/2/5، ملف رقم 58220، المجلة القضائية ، عدد 03، 1990"، ص53.

(3) م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/5/18، ملف رقم 222655، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص158.

(4) زكية حميدو، المرجع السابق، ص504.

الإسقاط لا يحصل بقوة القانون ولا بصفة تلقائية، بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط[1]، وعليه فعلى المشرع إعادة صياغة هذه المادة مع مراعاة هاته المآخذ.

خامسا: سقوط الحضانة بالإقامة في بلد أجنبي:

تنص المادة 69 من (ق.أ.ج) على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[2].

حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"[3]، إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة، حيث نص القرار على أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الإستيطان المقصود في المادة 69 من (ق.أ.ج) هو الإستيطان أو الإقامة الدائمة بنية الإستقرار ، وعليه وترتيبا على هذا الشرط، فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو العلاج لا يخضع لحكم المادة 69 من (ق.أ.ج) [5].

---

(1) زكية حميدو، المرجع نفسه، ص503.

(2) العربي بلحاج:" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الخطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصية)، المرجع السابق، ص389.

(3) م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1993/6/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية ، عدد 1، 1994، ص72.

(4) م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56597، المجلة القضائية، عدد 3، 1995، ص61.

(5) زكية حميدو، المرجع السابق، ص562.

كما تجدر الإشارة إلى أن "عبارة البلد الأجنبي" الواردة في المادة 69 من (ق.أ.ج) تثير تساؤلا يتمثل في: ما الذي قصده المشرع الجزائري بالبلد الأجنبي؟ هل قصد بلدا غير الجزائر سواء كان بلدا مسلما أم لا؟ أو قصد بلدا غير مسلم؟

وقد أجاب على هذا التساؤل القضاء الجزائري بصورة غير مباشرة في القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 02 يناير 1989، حيث قضى بأنه: "من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة..."[1]، مما يدعو إلى الفهم أن الإنتقال والإستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة[2].

كما أن إنتقال المحضون من منطقة إلى أخرى داخل التراب الوطني لا يعد سببا مسقطا للحضانة[3].

سادسا: سقوط الحضانة بسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

ويقصد بالمساكنة هنا التي يسقطها بها حق الحضانة، أي مساكنة الحاضنة بالمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة ،وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري في مادته 70 على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[4]

ويجدر التنويه إلى أن حالة الإسقاط هذه لا تعتبر تكرارا للمادة 66 من (ق.أ.ج)، بل هي تكملة لها وتأكيد لحكمها بسبب وجود المحضون في بيت أمه المتزوجة بغير قريب محرم، أي تحت سمعها وبصرها، مما يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة[5]، ومن ثم فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السالف ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي أن تكون الحاضنة أما

---

(1) م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52201، المجلة القضائية، عدد 4، 1990، ص74.

(2) زكية حميدو، المرجع السابق، ص563.

(3) زكية حميدو، المرجع نفسه، ص540.

(4) وننبه هنا أن المشرع قد أستقى هذه المادة من المذهب الملكي، حيث جاء من أحد فقهائه ": ويزاد للأنثى الحاضنة عدم سكناها مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكن عنها" انظر، أحمد الدرديري، المرجع السابق، ص529.

(5) : بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص140.

لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة، وأن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم[1].

إضافة إلى ذلك فإن المساكنة المقصود بها في المادة 70 من (ق.أ.ج) هي الإقامة المستمرة[2] وعليه، إذا كان الأمر يتعلق بزيارة أو قضاء عطلة، فإن ذلك لا يؤثر في الغاية من النص، وبهذا لا يدخل في هذا الحكم كل مجاورة لها في الرصيف أو الحي أو العمارة، لأن الإسقاط محدد بالمساكنة[3] وفي هذا الإطار، يمكن أن تثار هنا فرضية وهي أن ترحل أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم من مكان وتساكن أمها الحاضنة أو أختها الحاضنة، فهل يحكم القاضي في هذه الحالة بإسقاط الحضانة عنها؟ ولذا كان الجواب بنعم، فهل نعاقب الحاضنة على فعل لم تقم به ولم تتسبب فيه؟

للإجابة على هذه الأسئلة لا شك أن الحكم يختلف هنا عن الحالة التي سبقتها، لأن زوج الحاضنة في هذه الحالة ليس هو صاحب السكن، ومن ثم كراهيته للمحضون مستبعدة ، وإن كانت فليس بدرجة تؤثر على حياة المحضون وتكوينه النفسي، أضف إلى ذلك أن وجود الأم المتزوجة مع الحاضنة قد يكون في مصلحة المحضون، إذ أن وجود أمه معه يجعله يحس بحنان مزدوج: من جهة أمه، ومن جهة حاضنته، ذلك كله يبرر الحكم بعدم إسقاط الحضانة في هذه الحالة، إذ أن الأمر لا يتعلق هنا لا بالتنازل الصريح ولا الضمني[4].

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين مراده من حصر سبب سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم في الجدة والخالة، دون بقية أصحاب الحق في الحضانة الآخرين اللذين ورد ذكرهم في المادة 64 من (ق.أ.ج).

---

(1) : زكية حميدو، المرجع السابق، ص540.

(2) : عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري " ، المرجع السابق، ص302.

(3) صالح حمليل:" المركز القانوني للدفع المهمل للمواثيق الدولية والقانون الجزائري"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص230.

(4) زكية حميدو، المرجع السابق، ص541-542.

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة:

نصت المادة 71 من (ق.أ.ج) على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري"، أي بمعنى أنه يكون مجبرا على ذلك وليس بملئ إرادته ، كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة هذا الحق، كعدم القدرة على تربية الولد على دين أبيه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة[1].

وعليه وجب أن نميز بين حالتين: الأولى تتمثل في سقوط الحضانة غير الإختياري ، وهذه الحالة يمكن فيها للحاضن استرجاع حقه في الحضانة، أما الحالة الثانية وهي، سقوط الحق في الحضانة بسبب مستحقها وهو سبب إختياري.

أولا: سقوط الحضانة غير الإختياري:

المقصود في هذه الحالة هو توفر أحد أسباب السقوط المنصوص عليها في المواد 66 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري وقد اختلف الفقهاء في حكم ما إذا كان للحاضن الحق في عودة الحضانة إليه أم لا؟

فقد ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضن لمانع ثم زال هذا المانع كأن يكون بالحاضن جنون، أو فسق أو مرض، فزال الجنون، وتاب الفاسق، وشفي المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، لأنه زال المانع عملا بالقاعدة الفقهية (إذا زال المانع عاد الممنوع) [2] ، أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أنه إذا زالت الحضانة عن الحاضن بعذر اضطراري، كمرض أو سفر ونحوهما، مما يصعب على الحاضن القيام بأعمال المحضون، ثم زال هذا العذر عاد حق الحضانة للحاضن، لأن المانع هو العذر الاضطراري، وإذا زال المانع عاد الممنوع[3].

أما المشرع الجزائري فتكلم على حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة للحاضن وهما:

---

[1] أمنية ونوغي:" حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2014، ص54.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص ص84،85.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع نفسه، ص86.

الحالة الأولى: ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت، أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/21 والذي نص على أن: "القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة الجزائري يعد مخالفة للقانون وقصورا في التسبيب[2].

أما الحالة الثانية: فهي التي تكون فيها الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم، وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطنه أم المحضون[3]، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها بذلك تكون قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 من (ق.أ.ج) ولن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن سكن أم المحضون.

ثانيا: سقوط الحضانة الإختياري (بسبب تصرف مستحق الحضانة):

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحقها وذلك بإرادته المنفردة، مما يضر بمصلحة المحضون، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد والأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وتكون هنا الحاضنة غير متهيئة للحضانة مما يتوجب رفض الطلب، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ما قرره القاضي[4].

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقانون...

---

(1) أمنية ونوغي، المرجع السابق، ص54.

(2) م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/2/21، ملف رقم 252308، المجلة القضائية، عدد 2، 2007، ص284.

(3) أمنية ونوغي، المرجع السابق، ص54.

(4) زكية حميدو، المرجع السابق، ص478.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي وهذا يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون"[1].

ولا يسري هذا على الأم وحدها وإنما على المستحقين للحضانة كالخالة أو الأب وغيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة 71 من (ق.أ.ج)، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي نص على أنه: "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها استرجاع الأولاد.

ولما ثبت أن الطاعنة تنازلت في حضانتها بإختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها إلى الأولاد رغم تنازلها عن حقها وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"[2]، إلا أن هناك استثناء يمكن من عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، وهو وجود المبرر الشرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/03/27 أنه: "تسقط الحضانة على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت إسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من إسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة"[3]، أي هنا لا وجود للمبرر الشرعي.

وتجدر الإشارة إلى أنه مهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد نهايتها:

إن الحضانة توكل دائما إلى من هو أقدر عليها، فهي مسؤولية وتكليف وليست تشريفا، لذا على من يقوم بها أن يكون حريصا على الطفل والقيام بشؤونه، كون هذا الأخير في هاته المرحلة الحساسة لا يستطيع القيام بذلك بنفسه، ولكن الصغير بعد مرور مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده، وبالتالي

---

[1] م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/2/22، ملف رقم 235456، المجلة القضائية ، عدد2، 2001، ص286.

[2] م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/3/27، ملف رقم 53340، المجلة القضائية ، عدد 3، 1990، ص85.

[3] باديس ديابي:" أثار فك الرابطة الزوجية(تعويض ، نفقة ، عدة ، حضانة ، متاع) ، المرجع السابق، ص67.

يستغني عن خدمة النساء ويحتاج إلى من يؤهله ويعلمه لخوض تجارب جديدة، وعلى ضوء ما سبق سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد السن الذي يستغني فيه المحضون عن الحضانة وهذا كفرع أول، وكذا مصير المحضون بعد انتهاء هذه المدة وهذا كفرع ثان:

الفرع الأول: مدة الحضانة:

إن الحضانة واجبة للصغير للقيام بحاجيات نفسه الأولية من أكل ولباس ونظافة، فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي انبنى عليه، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه ، والى متى تمتد حضانة الصغير ، كما أن المشرع الجزائري كان له موقف في هذا الشأن.

وسنتعرض في هذا السياق إلى مدة الحضانة في الفقه الإسلامي (أولا)، وفي قانون الأسرة الجزائري (ثانيا):

أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي:

المتفق عليه أن حضانة الولد تبدأ من لحظة الميلاد[1]، لكن فقهاء الشريعة اختلفوا حول السن التي تنتهي فيها وجاءت آراؤهم كالآتي:

1- ذهب الحنفية إلى أن الحضانة تبدأ بولادة الصغير حيا، ويبقى في حضانة من يستحقها إلى أن يبلغ حد الإستغناء عن خدمة غيره وهن النساء لما يتمتعن به من شفقة ورأفة، وحد الإستغناء عند الحنفية حدد بسبع سنوات للولد وتسع سنوات للبنت، فإذا تعذر تحديد السن رجع إلى الصفات التي تحدد الإستغناء أو البلوغ، فتكون عنصرا مساعدا في الكشف عن الحقيقة ومعرفة سن الولد أو البنت لإنتهاء مدة الحضانة.

2- أما الحنابلة فيرون أن مدة الحضانة تمتد حتى يستغني الطفل عن الخدمة ويعتمد على نفسه في أكله وشربه ولباسه، وقدروها بسن السابعة للذكر والتاسعة للأنثى واستدلوا في ذلك بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: "هي أحق به حتى يشب"[2].

---

[1] العربي بختي:" أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري"، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013، ص263.

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص569.

3- في حين يرى الشافعية أن حضانة الصغير تبقى مستمرة إلى غاية بلوغ المحضون سن التمييز سواء كان ذكرا أم أنثى، وهو سبع سنوات، مع أحقية المرأة في الحضانة[1].

4- أما فيما يخص المالكية فيرون أن مدة حضانة الذكر تستمر إلى أن يبلغ، ولو بلغ مجنونا، أما حضانة الأنثى فتستمر إلى غاية زواجها، ويدخل بها الزوج بالفعل، ويشهد الشهود العدل على صلاح أمرها، فإن طلقت قبل الدخول عادت إلى أمها، كما يجب أن تقيم مع أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج[2].

ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 65 من (ق.أ.ج) على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم عند انتهائها مصلحة المحضون"، فيفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا، كما أن المشرع قد فرق بين مدة حضانة الذكر والأنثى، وهذا شيء منطقي نظرا لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل منهما ، فقرر أن حضانة الذكر تنقضي مدتها بعشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي ببلوغها 19 سنة طبقا لنص المادة 07 من (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"[3].

ومعنى ذلك أن في التشريع الجزائري حق المطالبة بحضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون، هذا كأصل عام[4].

إلا أنه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ وهو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون[5].

---

(1) محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص128.

(2) العربي بختي، المرجع السابق، ص262.

(3) نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص25.

(4) عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري "، المرجع السابق، ص296.

(5) نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، 126.

وبالتالي فيكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدة الحضانة، إلا أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية[1]:

أ- يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن تمديدها.

ب- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، وبالتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة وهذا حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون، ولكن لا يمكن له تجاوزها، فبالنسبة لهذا الشرط فكان من الأجدر على المشرع أن يترك تحديد هذه المدة للقاضي، لأن الأطفال وإن كانوا في نفس السن إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض، والقاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

ج- أن تكون الحاضنة هي الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

د- أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة.

هـ- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا مرت هذه المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد وبالتالي فإنه كما سلف الذكر، أن الأصل في الحضانة أنها تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار مع من يريد العيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من (ق.أ.ج)[2].

وعليه فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة

---

[1] عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري "، المرجع السابق، ص299.

[2] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص142.

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"[1].

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسناد الحضانة للأم، وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء فيه: " إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري"[2].

وبالتالي يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 65 من (ق.أ.ج) المذكورة أعلاه أنه لا يجوز لا للأم ولا لغيرها طلب تمديد حضانة الأنثى مطلقا، وإنما يقتصر طلب تمديدها على الذكور فقط.

الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة:

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا، بل ينتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، وبالتالي قد يصبح المحضون بعد نهايتها في خطر، لذا فقد حاول الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه بيان مصير المحضون بعد نهاية مدة الحضانة على خلاف القانون الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذه المسألة.

أولا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي:

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة، والأب أقدر من الأم على ذلك، أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى

---

[1] م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/12/10، ملف رقم 25566، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص76.

[2] م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم 123889، المجلة القضائية ، عدد52، ن ق، ص111.

معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها[1].

ولقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه، لأنه في تلك الحالة تتحرك همته لتعلم القرآن والآداب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في رواية أبو داوود عن أبي هريرة قال: "جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: "يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني"، فقال صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك"، فخذ بيد أحدهما شئت "فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"[2].

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى أنه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية، وحد التخيير من السبع سنين، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا: الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم أولى بالأنثى، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير[3].

وروي أن رجلا أسلم ولم تسلم امرأته فاختصما في ولدهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما: "إن شئتما خيرتماه فأجلس الأب ناحية والأم ناحية، ثم خير الغلام فانطلق نحو أمه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اللهم أهده" فرجع الغلام إلى أبيه فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد اختيار أبويه"، فاختار الغلام الأب[4].

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبرا إلى أبيه وإن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كإخوته الأشقاء أو غير محارم كأبناء عمه، وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه ويربيه[5].

---

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص252.

(2) أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي، المرجع السابق، ص325.

(3) التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص872.

(4) التواتي بن تواتي، المرجع نفسه، ص873.

(5) عبد الوهاب خلاف:"أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص ص201،200.

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم حق الضم وأهليته، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له[1].

ويبقى المحضون عند أبيه الذي يشترط فيه أن يكون أمينا ولا يخشى على الصبي منه، إلى أن يبلغ وتظهر عليه إمارات البلوغ، فإذا بلغ الصبي وكان لا يؤمن على نفسه كان لأبيه أو من يقوم مقامه أن يمسكه عنده ليدفع عنه الفتنة ما استطاع، وإن كان البالغ صالحا مأمونا على نفسه لم يكن لأحد الحق في أن يمسكه عنده، بل يصير هو صاحب الحق في توجيه نفسه حيث شاء، وفي الإقامة أين شاء، إن أراد أن يقيم منفردا أقام منفردا، وإن أراد أن يقيم مع أحد والديه كان له ذلك[2]. أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أباها يضمها إليه ومع ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها حنكة وتجربة في الحياة فيمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن كانت أخلاقها حسنة فإنها لا تضم إلى والدها لأن الولاية سقطت عنها، ولأن لها تجارب في الحياة، ولكن إذا كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبرا إلى والدها أو من يقوم مقامه لتأديبها[3].

ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لا بد من الرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من (ق.أ.ج) بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة[4].

ويمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في الجزائر، هذا الأخير الذي يرى أنه بانتهاء مدة الحضانة فإن الأب أولى بالذكر والأم أولى بالأنثى.

---

(1) سهام كربال، المرجع السابق، ص103.

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص572.

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص573.

(4) عيسى حداد:" الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي"، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد15، 2005، ص220.

كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالإبن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لا يبادر الأب بأخذه مع استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة[1].

من خلال ما تقدم نستخلص أن الحق في الحضانة هو أداء أوجبه القانون لحماية وحفظ المحضون من الهلاك والضياع، وهذا الحق يولد إلتزامات سواء في جانب الحاضن أو المحضون له، هذه الالتزامات تصب في وعاء واحد لتحقيق الهدف الأسمى من الحضانة ألا وهو مصلحة المحضون التي تكون فوق كل اعتبار[2].

ونلاحظ أن الجانب الأكبر من الالتزامات يقع على عاتق الحاضن لما لدوره من أهمية بالنسبة للصغير، فهو يعايش المحضون في أهم مرحلة من حياته، والتي فيها يكتسب كل المقومات الأساسية لتكوين شخصية اجتماعية مقبولة.

لذا كان لابد أن يكون الحاضن أهلا لذلك، فإذا عجز عن ذلك أو قامت أحد أسباب السقوط تسند الحضانة إلى من يليه في المرتبة للقيام بهذا الدور.

لكن بعد انتهاء مدة الحضانة المقررة قانونا فإن الدور ينتقل إلى المحضون له لإكمال هذه المهمة.

---

[1] عيسى حداد، المرجع نفسه، ص220.

[2] سهام كربال، المرجع السابق، ص104.

الخاتمة

الخاتمة:

إن الحضانة من أهم الأثار المترتبة عن الطلاق وما في حكمه (التطليق ، الطلاق بالتراضي ، الخلع) ، فهي تتعلق أساسا بالأطفال الناجمين عن انحلال الرابطة الزوجية من حيث تربيتهم ، رعايتهم ، و حفظهم ، لذلك جعل كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون الأسمى و فوق كل إعتبار ، حيث ساق المشرع أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد من 62 إلى 72 منه ، كما نص في المادة 222 من نفس القانون على الرجوع لأحكام الشريعة في كل مالم يرد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري .

من خلال ما سبق دراسته يمكن استخلاص النتائج التالية :

- ✓ و يعاب على تشريع الأسرة الجزائري عدم تحديده للشروط الواجب توفرها في الحاضن وذلك بالإكتفاء بعبارة "أهلا لذلك".
- ✓ وما يمكن استنتاجه أيضا من نص المادة 64 من (ق.أ.ج) التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، أن المشرع لم يبين لنا من هم الأقربون درجة، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، ولم يبين لنا الحل إذا تعدد مستحقوا الحضانة في درجة واحدة، أما عند استقراء الشطر الثاني من نفس المادة الذي ينص على أنه: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، حيث يلاحظ عليها أن المشرع الجزائري أقر بحق الزيارة، لكنه لم يحدد معناها ولا المكان الذي تجري فيه ولا الزمان، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له وشخص الحاضن عموما، أضف إلى ذلك أنه لم يذكر الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط هذا الحق، كما اعتبر المشرع الجزائري أن زيارة المحضون حق للمحضون له أو من يتقرر له هذا الحق ولم يجعله واجبا مما يمس حقيقة بمصلحة المحضون ، لا سيما في حالة إخلال الأب بهذا الحق وعدم زيارته للمحضون، ما يعرض مصلحة هذا الأخير للخطر خاصة ما تعلق منها بالجانب النفسي.

✓ أما بخصوص نص المادة 65 من (ق.أ.ج)، يلاحظ عليها أن المشرع عندما نص على تمديد حضانه الذكر الذي أتم 10 سنوات إلى غاية 16 سنة، قد حصر حق طلب هذا التمديد في الأم فقط إذا لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب هذا الحق ولو اقتضت مصلحة المحضون ذلك، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان المحضون عند شخص غير الأم، كما أن المشرع لم يحدد المعيار الذي حدد به إنقضاء حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، فهذا السن غير كاف، وهذا يعتبر قصورا من المشرع الجزائري يجب تداركه، كما يلاحظ على نص المادة 68 من (ق.أ.ج) أن المشرع نص على أنه إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة بها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، وهنا يؤخذ عليه أنه لم يحدد تاريخ بدأ سريان مدة السنة.

✓ كما أن المشرع ومن خلال نص المادة 70 من (ق.أ.ج) لم يبين سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة بالسكن بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون.

✓ والملاحظ أن المشرع الجزائري وبالرغم من تعديله للمادة 72 من (ق.أ.ج) إلا أنه لم يسلم من النقد، ذلك أن نص المادة جاء معيبا من عدة جوانب تبدو فيما يلي:

أ_ من خلال هذه المادة منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات، كما أنه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة واكتفى بعبارة "سكنا ملائما للحضانة"، ولم يحدد كذلك المكان الذي تمارس فيه الحضانة ، ولا المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة.

ب_ وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن"، يطرح مشكل إمكانية الجمع بين المطلقين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة وهو أمر غير مقبول شرعا.

✓ كما أن إنشاء صندوق النفقة يعد حلا يجيب عن التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون، وهو بذلك يقلل من حدة النزاعات القائمة بسببها، ونرى فيه خدمة لحماية مصلحة المحضون.

كما يلاحظ أن مسألة الحضانة في الأصل هي مسألة قضائية بالأساس، وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير، تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك.

من خلال النتائج المستخلصة يمكن إبداء بعض التوصيات نوجزها فيمايلي:

✓ ضرورة تعديل المادة 62 من (ق.أ.ج) وتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن عمليا، وإعطاء دقة أكبر لهذه الشروط.

✓ ضرورة تعديل المادة 66 من (ق.أ.ج)، بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج بأجنبي عن المحضون وجوبيا وحتميا، وإنما يقيده بإستثناءات يتمثل البعض منها خاصة في:

✓ حالة عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.

✓ حالة عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة.

✓ حالة ما إذا كان الحاضن الذي يليها مرتبة غير مأمون أو عاجزا.

وعليه نقترح على المشرع تعديل المادة 66 من (ق.أ.ج) كما يلي: "يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون".

✓ ضرورة وضع إجراءات صارمة للتصدي للسفر بالمحضون والإقامة في بلد أجنبي سواء كان الحاضن الأم أو الأب، أو غيرهما ممن له حق الحضانة كون السفر يؤثر على مصلحة المحضون ويصعب بذلك مهام ممارسة الحقوق الممنوحة المرتبطة بالحضانة، كحق الزيارة مثلا نظرا لبعد المسافة.

- ✓ ضرورة تعديل المادة 68 من (ق.أ.ج)، وذلك بتحديد المشرع الجزائري لتاريخ بدأ سريان مدة السنة، وعليه نقترح التعديل الآتي: "لصاحب الحق في الحضانة أن يتقدم بطلبه في خلال سنة من تاريخ ظهور السبب المسقط للحضانة عن الحاضن، وإذا تعلق الأمر بالحاضن الأم أو الأب فمن تاريخ تبليغ الحكم بالطلاق.

إلا أن له أن يطالب بذلك الحق قضاءا خلال 6 أشهر من علمه به ، وبإنقضاء هذه المدة يسقط حقه في الحضانة ما لم يكن له عذر".

- ✓ ضرورة التفكير جديا في تقنين أحكام المذهب المالكي من أجل توحيد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة في الجزائر خصوصا و أنه المذهب المعتمد في الدولة .
- ✓ ضرورة العلم بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وفقه الواقع من طرف فقهاء القانون والقضاة في مجال الحضانة وشؤون الأسرة عموما، حتى تقوم إجتهاداتهم على أساس الموازنة بين ما يجب تحقيقه من المصالح وما يجب درؤه من المفاسد، وبذلك تكون لهم القدرة والكفاءة العلمية التي تؤهلهم للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وإنتقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري عملا بنص المادة 222 منه.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري على الرغم من تعديله لبعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون إلا أنه ما زالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركه حتى تكتمل الحماية التي تهدف إليها هذه النصوص.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : المصادر:

أ-القرآن الكريم :

القرآن الكريم بالرسم العثماني برواية حفص عن عاصم، بكتابة الخطاط عثمان طه ،وتدقيق مروان سوار ،ط6 ، دار الفكر ، سوريا ، 1404ه.

ب- السنة النبوية :

1-أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي:" معتصر من المختصر من مشكل الآثر"، ج1، ط2، عالم الكتاب، لبنان، 1362هـ.

2-جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي:" نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية"، ج3، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد من أحق به، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، 1995.

3-محمد بن علي بن محمد الشوكاني:" نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار"، ج7، دار الجيل، لبنان، 1973.

ج- النصوص القانونية :

1-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر ، عدد 49 ، الصادرة بتاريخ 20 صفر 1386 الموافق لـ 10يونيو 1966،المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 ، ج ر ، عدد 07 ، الصادرة في 04 فبراير 2014.

2-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر، عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم05/07 المؤرخ في 13 مايو، 2007 ، ج ر ، عدد 31 ، الصادرة في 13 مايو 2007.

3-القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج ر، عدد43 ،صادرة في 22 يونيو 2005.

4-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر ، عدد 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008.

5-القانون رقم 01/15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 04 يناير 2015 ، يتضمن إنشاء صندوق النفقة ، ج ر ، عدد 01 ، الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 07 يناير 2015.

د-المعاجم والقواميس :

1-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (إبن منظور):" لسان العرب"، المجلد التاسع، ط1، دار صادر، بيروت ،2005.

2-مجد الدين الفيروز آبادي:" القاموس المحيط"، ط1، دار الحديث، مصر، 2008.

ثانيا : قائمة المراجع :

أ-**الكتب :**

1-أحمد الخمليشي:"التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، ج2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994.

2-أحمد الدرديري :" الشرح الصغير"، ج1، دار المعارف، مصر، د س ن.

3-أحمد خليل إبراهيم عطية:" نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة"، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، 2008.

4-أحمد شامي:" قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د .س. ن.

5-أحمد غاي:" الحماية القانونية لحرمة المسكن"، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008.

6-أحمد محمد بخيت:"إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية (المشكلة وتطورات في الحل)"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

7-أحمد نصر الجندي:" الطلاق والتطليق وآثارهما"، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

8-أحسن بوسقيعة:" الوجيز في القانون الجنائي الخاص"، ج1، ط17، دار هومة، الجزائر، 2014.

9-أسماء عيسيو: "حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء"، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، الدفعة1، 2001-2004.

10-باديس ديابي:" آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

11-باديس ديابي:" صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

12-باديس ديابي:" قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، النص الكامل لقانون الأسرة مدعم بأكثر من 350 إجتهادا قضائيا حديثا ومراسيم تنظيمية وتنفيذية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ، 2012.

13-بدران أبو العينين بدران:" الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.

14-التواتي بن تواتي:" المبسط في الفقه المالكي بالأدلة"، ج4، كتاب الأحوال الشخصية، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2010.

15-حسين بن عودة الحواشي:" الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة"، ج5، دار ابن حزم، بيروت، 2004.

16-حسين طاهري:" الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

17-خليل أحمد حسن قدادة:" الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، ج1، مصادر الإلتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010 .

18-رشدي شحاتة أبوزيد:" ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989.

19-سمير محمد محمود عقبي:"الحضانة في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة، ط1، دار المنار، مصر 1986.

20-السيد سابق:" فقه السنة (نظام الأسرة-الحدود والجنايات)"، المجلد الثاني، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983.

21-صبحي المحمصاني:" المبادئ الشرعية"، دون دار نشر، بيروت، 1954.

22-عادل بوضياف:" الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري"، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع ، قسنطينة، 2013.

23-عبد الرحمان الجزائري:"الفقه على المذاهب الأربعة"، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.

24-عبد الرحمان الشواربي:" مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

25-عبد الرحمان الصابوني:" شرح قانون الأحوال الشخصية السوري"، ج1، الزواج وآثاره، ط8، منشورات دمشق، 1998.

26-عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ج1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

27-عبد العزيز سعد:" الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

28-عبد العزيز سعد:" قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2007.

29-عبد الفتاح تقية:"مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي"، دار ثالثة، الجزائر، 1999.

30-عبد الفتاح تقية:" قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء"، دار ثالثة، الجزائر، 2011.

31-عبد القادر بن حرز الله:" الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له"، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

32-عبد الله عبد العزيز العنقري:" الروض المربع"، ج2، مطبعة الرياض، السعودية، د.س .ن.

33-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان:"الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

34-عبد الوهاب خلاف:"أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.

35-العربي بختي:" أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري"، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013.

36-العربي بلحاج:" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)"، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

37-العربي بلحاج، قانون الأسرة ومبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، بن عكنون، الجزائر، 2000.

38-العربي بلحاج :" قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا"، ط4 ، الجزائر، 2010.

39-عزمي ممدوح:" أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997.

40-عصام أنور سليم:" حقوق الطفل"، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2001.

41-علي فيلالي:" الإلتزامات،الفعل المستحق للتعويض"، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007.

42-عمرو عيسى الفقي:" الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية"، ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

43-غنية قري:" شرح قانون الأسرة المعدل"، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011.

44-فراج أحمد حسين:" أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 1998.

45-فضيل سعد:" شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق"، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،د س ن.

46-محفوظ بن الصغير:" قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02"، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

47-محمد أبو زهرة:" مباحث في أحكام الفتوى"، دار إبن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د. س .ن.

48-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

49-محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام:" أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.

50-محمد صبري السعدي:" الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض)، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، دار الهدى، الجزائر، 2011.

51-محمد عليوي ناصر:" الحضانة بين الشريعة والقانون"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2010 .

52-محمد كمال الدين إمام:" أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة تاريخية تشريعية وقضائية)" ، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، 2001.

53-محمد لمين لوعيل:" المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2004.

54-محمد محي الدين عبد الحميد:" الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية"، ط3، مطبعة السعادة، مصر، 1996.

55-محمد مصطفى شلبي:" أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983

56-مكي دردوس:" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

57-مولود ديدان:" قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

58-نسرين شريفي وكمال بوفرورة:" قانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

59-وفاء معتوق حمزة :" الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي"، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000.

60-وهبة الزحيلي:" الفقه الإسلامي وأدلته"، ج7، ط3، دار الفكر، سوريا، 1989.

61-يوسف دلاندة :" دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة"، الزواج والطلاق، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007.

62-يوسف دلاندة:" إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة"، دار هومة، الجزائر، 2011.

ب- الأطروحات والمذكرات الجامعية :

1- أطروحات الدكتوراه:

1-زكية حميدر:" مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005.

2-صالح حمليل:" المركز القانوني للدفع المهمل للمواثيق الدولية والقانون الجزائري"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005.

3-ليلى جمعي:" الحماية الجنائية للطفل" ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص"، جامعة وهران، 2005-2006.

2-المذكرات الجامعية:

أ-مذكرات الماجيستير :

1-أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان، 2003.

2-زهية رابطي:" الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

3-صالح بوغرارة:" حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

4-عزيزة حسيني:"الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

5-عيسى طعيبة:" سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

6-نبيلة تركماني:" أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

7-نعيمة تبودوشت:" الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000.

2-مذكرت التخرج من المعهد الوطني للقضاء :

1-أسماء عيسيو: "حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء"، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، الدفعة1، 2001-2004.

2-عبد الرحمان هرنان :" الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي"، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1978.

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

3-مذكرات الماستر:

1-أمنية ونوغي:" حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2014.

2-سارة خليفي:" حق الحاضنة في السكن، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق"، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، 2015.

3-سهام كربال:" الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2012-2013.

4-كريمة مرار و صبرينة مزاري:" حماية القصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2012-2013.

5-نسرين برقوق:" مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

6- نوال ترفاس، وعبد الرؤوف دباش:" التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون"، مذكرة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

7-وزنة أيتعكوش ونوال بن كر و:" الحضانة (دراسة مقارنة: بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2012-2013.

4- مذكرات اليسانس :

1-سميرغدا، خولة مزيادي ، وسام كحل اللسان ، منال قاوى:" الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2014-2015.

2-هاجر صالحي:" السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الليسانس أكاديمي، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013- 2014.

ج-المقالات :

1-بلقاسم أعراب:" مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المقارن"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994.

2-جيلالي تشوار:" أحاكم الأسرة بين الإجتهاد والتقنين"، مجلة الإحياء، باتنة،عدد04، 2001

3-سامية بن قوية:" آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010.

4-عيسى حداد:" الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي"، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد15، 2005.

د-القرارات القضائية :

1-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 199/12/10، ملف رقم 25566، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

2-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، مجلة قضائية ، عدد04، 1989.

3-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829، مجلة قضائية ، عدد 01، 1990.

4-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

5-م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 51715 صادر بتاريخ 1989/01/16، مجلة قضائية ، عدد02، 1992.

6-م ع، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، م ق، عدد 01، 1993.

7-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/3/27، ملف رقم 53340، مجلة قضائية ، عدد 03، 1990.

8-م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 53578، صادر بتاريخ 1989/05/22، (قضية: ح أ، ضد: ك م)،مجلة قضائية ، عدد 04، 1991.

9-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56597، مجلة قضائية، عدد 03، 1995.

10-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812 ، مجلة قضائية، عدد 04، 1902.

11-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1990/2/5، ملف رقم 58220، مجلة قضائية ، عدد 03، 1990.

12-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1993/6/23، ملف رقم 91671، مجلة قضائية ، عدد 01، 1994.

13-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

14-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، مجلة قضائية ، عدد خاص، 2001.

15-م ع ، غ أ ش، قرار 214290 صادر بتاريخ 1998/12/15، مجلة قضائية عدد خاص ، 2001.

16-م ع ،غ أ ش، صادر بتاريخ 1999/04/20، ملف رقم 220470، مجلة قضائية ، عدد خاص، 2001.

17-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/5/18، ملف رقم 222655، مجلة قضائية، عدد خاص ،2001 .

18-م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/2/21، ملف رقم 252308، مجلة قضائية، عدد02 ، 2007.

19-م ع ، غ أ ش ، قرار رقم 237148 صادر بتاريخ 2000/02/22 ، مجلة قضائية ، عدد خاص ،2011.

20-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/2/22، ملف رقم 235456، مجلة قضائية ، عدد02، 2001.

21-م ع، غ أ ش، رقم 45156 صادر بتاريخ 2000/07/18، (قضية: س ص ض: أ ح ش)، إجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

22-م ع ، غ أ ش، قرار رقم 311418 صادر بتاريخ 2004/01/21 ، مجلة قضائية ،عدد 02، 2004.

23-م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 0318418 صادر بتاريخ 2005/02/23 ، مجلة قضائية ، عدد 01 ،2005.

24-م ع ،غ أ ش ، قرار رقم 348644 صادر بتاريخ 2005/12/14 ، نشرة القضاة، العدد 59،2005.

25-م ع ،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787، مجلة قضائية، عدد02، 2010.

هـ-مواقع الانترنيت :

www.bayt.com/fr/specialties/q/208278

الفهرس

المحتوى	الصفحة
التشكر	
قائمة المختصرات	
مقدمة	02
الفصل الأول: ماهية الحضانة	08
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	09
المطلب الأول: المقصود بالحضانة	09
الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها	10
أولا : تعريف الحضانة	10
1- تعريف الحضانة لغة	10
2- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي	10
3- تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	11
ثانيا : خصائص الحضانة	12
1- الحضانة من النظام العام	12
2- الحضانة حق مشترك	13
3- الحضانة غير قابلة للتجزئة	14
4- الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه	15
أ_ أجرة الحضانة	15
ب_ المدين بأجرة الحضانة	17
ج_ التبرع بالحضانة	17
الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة	18
أولا: تمييز الحضانة عن الولاية على النفس	18
1_ أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس	18
2_ أوجه الإختلاف بين الحضانة والولاية على النفس	18
أ- من حيث مصدرهما	19
ب-من حيث موضوعهما	19

ج- من حيث سن الطفل	19
د-من حيث شرط وحدة الدين	19
هـ- من حيث مدة انتهائهما	19
و- من حيث أصحابها	20
ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة	20
ثالثا : تمييزالحضانة عن الوصاية	21
المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة	22
الفرع الأول: الشروط العامة لممارسة الحضانة	22
أولا: البلوغ	22
ثانيا: العقل	23
ثالثا: القدرة	24
رابعا: الأمانة	25
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لممارسة الحضانة	26
أولا: الشروط الخاصة بالنساء	26
1_ عدم جواز زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون	26
2_ وجوب كون الحاضنة من محارم الصغير نسبيا	27
3_ عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه	28
4_ ألا تكون الحاضنة قد إمتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب	28
5_ التباين الفقهي حول شرط كون الحاضنة مسلمة	28
ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال	30
1_ أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين	30
2_ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى	30
3_ أن يكون الحاضن من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا	31
المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة	31
المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	31

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قبل تعديل سنة 2005	32
أولا: الأم ومن يليها من قريباتها	32
1_ الأم	32
2_ أم الأم (الجدة لأم)	33
3_ الخالة	34
ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه	35
1_ الأب	35
2_ أم الأب (الجدة لأب)	35
ثالثا: الأقربون درجة	36
1_ القريبات من المحارم	36
2_ العصبات من المحارم من الرجال	37
3_ المحارم من الرجال من غير العصبة	38
رابعا: من يراه القاضي أصلح للمحضون	39
الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد تعديل سنة 2005	39
أولا: ترتيب الأب بعد الأم	40
ثانيا: تداعيات تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري	41
ثالثا: بعض المآخذ على نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حول ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	43
المطلب الثاني: تكريس مبدأ مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	46
الفرع الأول: مفهوم مصلحة المحضون	46
أولا: تعريف الطفل المحضون	47
ثانيا: تعريف مصلحة المحضون	48
1_ تعريف المصلحة لغة	48
2_ تعريف المصلحة إصطلاحا	49
3_ تعريف المصلحة قانونا	49

ثالثا: خصائص قاعدة مصلحة المحضون	50
1_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية	50
2_ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة نسبية	50
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون	51
أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع	51
ثانيا: إجراء المعاينة أو الانتقال إلى عين المكان	52
1-سماع الشهود	53
2-اليمين	53
ثالثا: الاستعانة بالخبراء	53
الفصل الثاني: الاثار القانونية المترتبة عن الحضانة	56
المبحث الأول: الإلتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة	56
المطلب الأول: حقوق الولد المحضون	57
الفرع الأول: حق الولد المحضون في النفقة	57
أولا: تعريف نفقة المحضون	57
1_ تعريف النفقة لغة	57
2_ تعريف النفقة اصطلاحا	58
3_ تعريف النفقة قانونا	58
ثانيا: شروط وجوب نفقة المحضون قانونا	58
1_ أن يكون المحضون محتاجا	58
2_ أن يكون المنفق ميسورا	59
3_ أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب	61
ثالثا: مشتملات النفقة	62
رابعا: تقدير قيمة النفقة	63
خامسا: تاريخ إستحقاق النفقة	64
الفرع الثاني: حق الولد المحضون في السكن	66

أولا: تعريف سكن الحضانة	66
ثانيا: مواصفات مسكن الحضانة	68
ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن المحضون	69
1_ حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري	69
2_ حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري	72
المطلب الثاني: واجبات الحاضن	75
الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون	75
أولا: حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي	75
1- حق الزيارة حسب المذهب المالكي	76
2-حق الزيارة حسب المذهب الشافعي	76
3-حق الزيارة حسب المذهب الحنبلي	77
4-حق الزيارة حسب المذهب الحنفي	77
ثانيا: حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	78
1-مكان الزيارة	79
2-مدة الزيارة	80
3-التدبير المستعجل المتعلق بحق الزيارة	80
4-جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	81
الفرع الثاني: إلتزام الحاضن برقابة المحضون	82
أولا: شروط مسؤولية شخص الحاضن عن رقابة المحضون	82
1_ الإلتزام بالرقابة	82
2_ صدور عمل غير مشروع من المحضون	83
ثانيا: أساس قيام مسؤولية الحاضن	83
1_ الخطأ المفترض في واجب الرقابة	83
2- دفع الحاضن للمسؤولية	84
أ-إثبات أداء واجب الرقابة	84

ب–نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة	85
المبحث الثاني: انقضاء الحضانة	85
المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة وعودتها	86
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة	86
أولا: سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم	86
ثانيا: سقوط الحضانة بالتنازل عنها من قبل الحاضن	89
ثالثا: سقوط الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توافرها في الحاضن	91
رابعا: سقوط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها	92
خامسا: سقوط الحضانة بالإقامة في بلد أجنبي	94
سادسا: سقوط الحضانة بسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم	95
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة	97
أولا: سقوط الحضانة غير الإختياري	97
ثانيا: سقوط الحضانة الإختياري (بسبب تصرف مستحق الحضانة)	98
المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد نهايتها	99
الفرع الأول: مدة الحضانة	100
أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي	100
ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	101
الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة	103
أولا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي	103
ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري	105
الخاتمة	108
الملاحق	112
المصادر و المراجع	122

الفهرس	136
الملخص	

الملخص:

الطفل أضعف فئة في المجتمع ، لذا اهتم تشريع الأسرة الجزائري بهذه الأخيرة ، حيث يعتبر حق الحضانة مظهر من مظاهر العناية بالطفل.

ولضمان ذلك قرر المشرع مجموعة من الأحكام القانونية ، منها ما تعلق بشخص الحاضن ، من حيث وجوب توفر جملة من الشروط فيه حتى يكون جديرا بالحضانة و الحفاظ على مصالح المحضون ، وكذا إسقاطها عنه إذا تعارضت مع مصلحة هذا الأخير ، ومنها ما تعلق بشخص المحضون له ، من حيث تحديد شروط وحدود الزيارة ، وكذا النفقة على الطفل المحضون و توفير السكن له ، أو بدل الإيجار إذا تعدر ذلك.

وكل هذا من أجل وضع الطفل في محيط ملائم للنمو السليم من كل النواحي ، النفسية ، العقلية ، الجسدية و التربوية .

Résumé :

L'enfant est la catégorie la plus vulnérable dans la société, c'est pour cette raison que le législateur de code de la famille algérien lui a accordé de l'importance là où le droit de la garde est considéré comme un aspect d'attention et d'entretien accordé à l'enfant.

Pour assurer cela, le législateur algérien met en place des dispositions règlementaires, dont celle relatives à la personne chargée de la garde qui doit remplir certaines conditions lui permettant d' être digne de la garde et de la protection des intérêts de l' enfant gardé et de lui faire déchéance si elle avec l' intérêt de ce dernier. Et dont celle ayant trait à la personne en termes de détermination des conditions et limites de visite ainsi que la pension alimentaire et son logement ou le loyer le cas échéant.

Le législateur vise à travers cela à mettre l'enfant dans un environnement convenable pour se développer sur le plan psychique, mental, physique et éducatif.