جامعة محمد خيضر – بسكرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

حضـــانة الأولاد وشـــروط انتقـــالها في التشريـــع الجزائـــري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

– من إعداد الطالبة:

غربية نبيلة

– إشراف الأستاذ:

دحامنية علي

– الموسم الجامعي:2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

أحمد الله عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا البحث، فالشكر أولا وأخيرا لصاحب الفضل الله عز وجل الذي من عليا وأوصلني إلى ما أنا فيه ومنحني الصبر والإرادة لإتمام هذه المذكرة.

ثم أتقدم بوافر الشكر إلى أستاذي الفاضل الدكتور " دحامنية علي" الذي كان له الفضل في إتمام هذا العمل المتواضع بقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وكذلك حسن معاملته والتفاهم والتقدير.

فلم يبخل علي بالمعلومات والنصائح والإرشادات العملية والبناءة من أجل إنجاز هذا العمل.

كما أتوجه بفائق شكري وامتناني إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم على قبول المناقشة مذكرتي، وعلى ما يمضوه من وقت وما يبذلوا من جهد لقراءة هذه المذكرة،

. و أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إيصالي إلى هذه المرحلة العلمية و أرشدوني خلال المسيرة الدراسة من توجهات ونصائح.

وأخيرا دعواي الحمد لله رب العالمين.

إلى سر وجودي في هذه الحياة إلى الذين تعبا من أجلي وغمراني بحبهما وحانهما لأخوض معركة الحياة إلى من سهرا على تربيتي وتعليمي وإرشادي حتى هذه المرحلة، اللذان تعبا من أجلي كثيرا حفظهما الله ورعاهما، وألهمهما الصحة والعافية إلى والدي الكريمين "أمي" و "أبي".

إلى كل من أثار في الطموح إلى المعرفة ودفع بي إلى درب العلم والتحصيل نازعا عني التردد، باعثا في الأمل، ومساندا لي في أول وكل درب.

إلى زهور حياتي وهم أقرب إلي ومن روحي، وبما استند عزتي وإصراري وفرحتي إخوتي:"أماني"، "دلال"، "فتيحة"، "وردة"، "عمار"، "عمر" ،"رياض".

إلى صديقاتي ورفيقات دربي:"نجاة"، "مريم"،"فايزة"، "لويزة"،"سامية".

إلى كل زملائي وزميلاتي الذين كانوا عائلتي الثانية.

إلى كل العائلة والأهل والأصدقاء الأعزاء الذين شجعوني على الاستمرار والمواصلة، إلى كل من ألقى من طريقي حجرا لأنه دفعني إلى كسر الحجز والإصرار على قطع الطريق، إلى كل من أزاح عن طريقي الحصاة لأنه ساعدني في سرعة الوصول إلى العلم .

وإلى كل من تصفح يوما أوراق هذه المذكرة اهديه تحياتي وتمنياتي بالتوفيق

<u>إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.</u>

<u>غربية نبيلة.</u>

- قائمة المختصرات:

ق.إ.م.إ.ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

د .س. ن: دون سنة نشر.

د . ب. ن : دون بلد نشر

ج :الجزء.

ص: الصفحة.

مقدمة

لقد شرع الإسلام الزواج كما شرع الطلاق، إذ تعتبر العلاقة الزوجية من أنبل الروابط الأسرية لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى:

{ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ، إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}}.

تعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنها من أثار بالغة الأهمية، فقوام الحياة الزوجية هو التمسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم، واحترام الزوجين لبعضهما، هذه العوامل لها أثر كبير في سلوك الأولاد حيث تساعدهم على التوافق النفسي والعقلي والشعور بالاستقرار والأمان في ظل أسرة يشعرون أنها متماسكة.

ويعتبر الوالدين هم المسئولون الأولون عن نوع التربية المقدمة للأولاد، ويعتبر البيت هو المحيط الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية ومهارات الحياة والمدرسة والشارع، وبذلك يعتبر التعاون بين الوالدين من أجل تربية الطفل على أحسن ما يجب من أخلاق ودين.

ومع مراعاة مصلحة الأولاد ففي بعض الأحيان لا يخلوا البيت العائلي من المشاكل بين الزوجين قد يؤدي ذلك إلى حادث الطلاق، وهو الأمر في غاية الصعوبة بالنسبة إلى المشرع الوطني ذلك أن الأسرة التي يستند إليها أي طفل من الأولاد ضحايا لأثر انتهاء رابطة الزوجية أو بالموت انتهت هذه الأسرة جزئياً، وحق لكل طفل الرعاية المادية والمعنوية وكل ما يحتاجه، فإن حماية الطفل المحضون في المواضع التي اهتمت بها الشريعة وأولاها المشرع الجزائري العناية الخاصة .

إذ شغل الموضوع العديد من الباحثين فتعتبر الحضانة الأولاد محل أسمى ففي عدة كتب ومؤلفات وبحوث لموضوع الحضانة ومصلحة الطفل تناولت الحماية على المستوى الداخلي سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قانون الجزائي، ومنها ما تناول موضوع الحضانة الأولاد ، وحماية الطفل في الاتفاقيات الدولية.

ومن أجل أن تتبلور شخصية الطفل لابد أن يحل محل الأبوين في رعاية الطفل بعد انتهاء الرابطة الزوجية ويعوض الطفل على الحرمان، وحالته النفسية، والحضانة شرعت لتخفيف من الآثار المترتبة عن انتهاء علاقة الزوجية، ولحماية الطفل وحقه المادي والمعنوي وحمايته، والتكفل الاجتماعي والنفسي والتربوي بالطفل على حد السواء ، ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد و على التأقلم في جو عائلي جديد، إذ يكون المحضون عند أحد والديه أو عند غيرهما مما يستدعى الرعاية والحماية اللازمة له من كل جوانب الحياة. ينجم عن الانفصال بين الزوجين مشكلة شديدة الآثار تجاه ضحية هذا الانفصال، وهي مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤون وصيانة حقوقه، أي مشكلة الحضانة.

وبذلك تعتبر الحضانة التي تحكمها شروط ومبدأ مراعاة القاضي لمصلحة الطفل المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو عند إسقاطها عمن أسندت إليه. ونظرا لأهمية موضوع الحضانة وشروط انتقالها من حاضن لأخر في التشريع الجزائري، ومراعاة لمصلحة المحضون لذالك في أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون، نجد معظم الأحكام القضائية الخاص بالإسناد الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها وباقي الأحكام، والعمل على مبدأ تطبيق الأحكام الحضانة أولاه المشرع الجزائري في قانون الأسرة .

أولا: أسباب اختيار الموضوع:

– من دوافع دراسة الموضوع ترجع إلى العديد من الأسباب الموضوعية، والميل الشخصي لدراسة قانون الأحوال الشخصية وخاصة موضوع الحضانة، لاعتباره مؤثر مباشر

على الأسرة، والتأثير السلبي على الأطفال.

– معرفة إذا كان الطفل يأخذ العناية نفسها أثناء الزواج وبعد حله، لجهل العديد من الأولياء لأحكام القانونية للحضانة وعدم الوفاء ما عليهم بالتزامات وحقوق، والأخذ بأحكام العرف وبالعاطفة.

– خطورة انتهاء العلاقة الزوجية من طلاق أو بالوفاة، والأطفال يكون ضحية ذلك وما يلحقه من ضياع وعدم الاهتمام وقد يؤدي به إلى التشرد وينعكس عن أخلاقه وصحته، وقد يكون لعبة بين أيديهم لعدم استقراره في بيت واحد وللعديد من الأسباب مما ينعكس سلبا على الجانب النفسي للطفل.

مما نراه أكثر القضايا المطروحة أمام القضاء أثار الناتجة عن الطلاق من زيارة ونفقة والمطالبة الأم بحضانة صغيرها.

ثانيا:أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بعض الأهداف موضحة فيما يلي:

– الإجابة عن الإشكالية المطروحة والإشكاليات الفرعية.

– معرفة مدى إلمام المشرع الجزائري بالجوانب المتعلقة بحضانة الطفل. ومدى انسجام النصوص القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية.

– إبراز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تكميل من طرف المشرع فيما يخص أحكام الحضانة.

– تحليل النصوص القانونية من أجل فهم أحكام القانونية والشرعية وبيان أهمية

الحضانة بالنسبة للطفل فيما يتعلق بضمان تعليمه والسهر على حمايته وحفظه من كل جانب.

وعلى هذا الأساس وقفنا أمام إشكالية للبحث.

ثالثا: إشكالية البحث:

ما هي الأحكام القانونية التي أقرها المشرع الجزائري لحق الأولاد في الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- إلى من يظم الصغير بتربية والإشراف عليه بعد إنهاء الرابطة الزوج ؟
- فيما تتمثل العناية الواجب توفرها للأولاد في حالة الحضانة ؟
- ما هي الشروط التي يجب توفرها في مستحقي الحضانة وإلى أي طرف ستؤول إليه مهمة رعاية الطفل ؟
- ما مدى مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة و حالات سقوطها؟
- ما هي شروط انتقال الحضانة من حاضن لأخر؟
- وهل الأم في حالة كونها غير مسلمة تسقط عنها الحضانة؟
- هل تنتقل نفقة المحضون للحاضنة الجديدة عند انتقال الحضانة إليها؟
- هل يحق للحاضنة والسفر بهلبمحضون بدون تصريح من والده ومن القاضي؟
- هل المشرع الجزائر نص على كل أحكام المتعلقة بحضانة وكان موفقا في ذلك أم لا؟

– رابعا: أهمية دراسة الموضوع:

– أهمية الحضانة في الإسلام وفي القانون وذلك لمصلحة الأولاد الذين يعتبرون هم شباب المستقبل وجب الاهتمام بهم.

– وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يفترق الزوجان، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة، إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدما مصلحة الأولاد على حظوظ النفس.

– اعتبار الأطفال ثروة مهمة في المجتمع يتعين عن المجتمع توفير الحماية الكافية لينشئ الأطفال المنشئة الصالحة والمناسبة لهم، ويعتبر البيت والجو العائلي المنشئ لراحة الأطفال وومراعاة لمصلحة الطفل وما يحتاجه وما ينتج عن مخاطر في حياته يفرض ضرورة البحث عن حلول للطرف الضعيف في الأسرة أي توفير للطفل قدرا من الحماية وتعتبر أحكام الحضانة الحل القانوني والسليم .

– ونظرا لأهمية حالة تنازل أحد الحاضنين عن الحضانة أو لإخلال بأحد الشروط الواردة في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون والسهر على حماية هذه الأولاد.

إن موضوع الحضانة من أهم الموضوعات الأسرية التي تطرح أمام القضاء حال انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالموت وأصبح الأولاد هم ضحايا لذالك، وخاصة أن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي.

ونظراً لأهمية الموضوع ليست الحضانة حق لأي شخص بل لها أحكام قانونية تحكمها.

خامسا: صعوبات الدراسة:

– ندرة المراجع الحديثة التي تشير إلى هذا الموضوع في مكتبة الكلية .

– قلة الإشارة إلى الموضوع في المراجع العامة والإشارة إلى الموضوع في الكتب كجزء دون تفصيل فيه وفي إحكامه.

– اغلب المراجع قديمة وتمتاز بجانبها الشرعي أكثر من الجانب القانوني.

– وصعوبة في فهم الأسلوب والعبارات غامضة في كتب الفقهية وموضوع مما وجدت صعوبة في دراسة القانونية لأحكام القانونية للحضانة.

سادسا: منهج دراسة البحث:

بالنسبة للمنهج المتبع في دراسة الإشكاليات السابقة هو المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي الجزائري.

سابعا: الخطة العامة للبحث:

على ضوء الإشكاليات المثارة سابقا ستكون الخطة مشتملة على فصلين كالتالي:

الفصل الأول: ماهية الحضانة.

– ينقسم إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول : مفهوم الحضانة.

المبحث الثاني :مشروعية الحضانة وشروط استحقاقها.

المبحث الثالث: أصحاب الحق في الحضانة على أساس قاعدة مصلحة المحضون.

الفصل الثاني: أثار المترتبة عن الحضانة،وينقسم إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الالتزامات على المحضون له.

المبحث الثاني: الالتزامات التي يجب توفرها في الحاضن.

المبحث الثالث: سقوط الحضانة وعودتها ومصير المحضون بعد انتهاء المدة.

الفصل الأول:

ماهية الحضانة

ينحل عقد الزواج بالطلاق إما بالوفاة ومن أهم الآثار المترتبة عن ذلك ، وضع الطفل بعد ذلك والعناية بشؤونه ، و تعرف الحضانة أنها نوع من أنواع الرعاية والتكفل التي يمكن أن تقدم للطفل بحيث هي تكفل للطفل التربية الصحيحة و الخلقية السلمية ، والقيام بشؤونه بغرض الحفاظ على دينه ،وعقله ، والحماية من جميع عوامل الانحراف والإحلال ، مما يدعي وضعه تحت أيادي أمينه مؤهلة للقيام بهذه الواجبات ، لها الحق في الحضانة ، وفقا لأحكام الشرعية والقانونية.

وعليه سنتناول في هذا الفصل معرفة الحضانة ونحدد شروط ممارستها وأصحاب الحق فيها وفقا لكل مبحث.

مفهوم الحضانة بتعريفها في اللغة، والاصطلاح، والقانون، وتعرف عن الحضانة في الشريعة الإسلامية، والبعض الديانات السماوية(المطلب الأول).

للحضانة بعض الخصائص تمتاز بها، ومفاهيم تشابها يتطلب تمييز مفهوم الحضانة عن غيره من مفاهيم(المطلب الثاني).

المبحث الأول: ماهية الحضانة.

من خلال هذا المبحث، سوف نتعرف على مصطلح الحضانة من خلال؛ تعريفه في اللغة، وتعريفه في الاصطلاح، وتعريفه في القانون، مرورا لتكلم عن الحضانة في الشريعة الإسلامية والديانات السماوية، مرورا بخصائص الحضانة وتمييزها عن غيرها من المفاهيم.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

نقول عن المرأة أنها حاضنة عندما تكون متزوجة ولديها أولاد، وأيضا يمكن أن تكون غير متزوجة لكن أسندت إليها الحضانة مثل الخالة، الجدة، أو أن تكون مطلقة وحاضنة وفقا للأحكام المنصوص عليها.

ويعد مفهوم الحاضنة مرتبط بمصطلح الحضانة، وعليه توجب الحديث أولا عن تعريف الحضانة في (الفرع الأول) اللغة و في (الفرع الثاني) اصطلاحا ثم في (الفرع الثالث) بيان التعريف القانوني وفي (الفرع الرابع) الحضانة في شريعة الإسلامية و وبعض الديانات الأخرى.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة.

الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحُضْن وهو الجَنبُ ، فالحَاضِنة ترد إليه المَحْضُونْ ، وتنتهي في الصغر بالتمييز، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حُضْنِكَ ، كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحَضَنَ الطائر بيضه؛ أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه،وكذلك المرأة إذا حَضنتْ ولدها، والحَاضنُ والحَاضنة هم الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه[1])، والحضانة هي الدَّاية[2].

---

[1]– ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، **لسان العرب**، جزء13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص122–123.

[2]– الطاهر أحمد الزاوي، **مختار القاموس**، الدار العربية للكتاب، ليبيا، د.س.ن، ص 144.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الاصطلاح

اختلف الفقهاء في تعريفهم للحضانة إلى عدة تعريفات من هذه التعريفات:

– **أولا: عند المالكية:** عرف المالكية الحضانة على أنها (الكفالة والتربية والقيام بجميع المحضون ومصالحه، وتعتبر فرض كفاية ولا يترك الطفل، بدون حضانة)[1].

تعد الحضانة نوع من الولاية والسلطة، تعتبر الإناث أليف بها، لأنهم لأشفق والأهدى إلى التربية مع الصبر والملازمة الأطفال[2]، الولد من الهلاك ومؤمنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه[3].

– عرفها "الدستوقي": (حفظ الولد والقيام بمصالحه). وعرفها الرهوني : (وجوب كفالة الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر إلى الكافل يربيه حتى يقوم بنفسه)[4].

إذ يرون المالكية أن الحضانة تعني الحفظ والعناية بالنسبة للعاجز بأمور نفسه أي رعايته في تعليمه وطعامه ومضجعه.

– **ثانيا: عند الحنفية:** عرف الحنفية الحضانة على أنها (تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها)[5].

---

[1] – عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق** ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص356.

[2] – رمضان علي الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012 ، ص170.

[3] – نور الدين أبو لحية، **الزواج وحقوق الأولاد الصغار**، دار الكتاب الحديث، 2009، ص 102.

[4] –. كمال صمامه ، **(مسقطات الحضانة في الشريعة الإسلامية)** مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015 ، ص12.

[5] – عبد الكريم زيدان، **المفضل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية** ، ج10، ط 01 ، مؤسسة الرسالة 1993، ص06.

– عرفها كساني:(حضانة الأم ولدها، وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه، ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه).[1]

وعرفها ابن العابدين بأنها: (تربية الأم أو غيرها ممن له حضانة للصغير أو الصغيرة ، قبل الفرقة أو بعدها).[2]

وعرفها "السرخسي": (للجارية وان استغنت عن التربية ، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب ، والأم على ذلك اقدر).[3]

– نلاحظ أن تعريف "السرخسي" وكساني ينضم على الأم غالبا في الحضانة، أما تعريف ابن العابدين أكثر شمول لقوله لفظ (المرأة) فتشتمل الأم وغيرها من النساء المعصبات.

– **ثالثا :عند الشافعية :** عرفها رملي "الشافعي الصغير": (حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه، ودفع ما يضره).[4]

وعرفها "الشربيني" على أنها (حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه ، كالطفل والكبير والمجنون وتربيته ، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه ، وشرابه ونحو ذلك).[5]

– **رابعا : عند الحنابلة :** وردت عدة تعريفات للحضانة عندهم منها :

عرفها "ابن قدامه" هي: (كفالة الطفل وحفظه من الهلاك والإنفاق عليه وإنجاؤه من الهلاك).[6].

---

[1]– محمد علوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية، 2010، ص24.

[2]– كمال صمامه، المرجع السابق، ص13.

[3]– محمد علوي ناصر، المرجع نفسه، ص 25.

[4]– عبد الكريم زيدان ،المرجع نفسه ، ص06.

[5]– الشربيني، محمد بن أحمد، **المغني المحتاج إلى المعرفة معاني ألفاظ** ، ج3 ، ط3 ، طبعة الحلبي القاهرة، مصر ،1996 ، ص 452.

[1]– ابن قدامه، موفق الدين، **المغني**، ج8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص496.

وعرفها "الباهوتي" بأنها :حفظ الصغير ونحوه ، كالمجنون والمعتوه ، عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه).

بعد استعراضنا لبعض التعارف الفقهية عن الحضانة وعلى رغم اختلاف العبارات في نظر كل فقيه في تعريفه للحضانة إلا أنها تصب في معنى واحد، وهي (تربية الصغير أو الصغيرة،من الأبوين أو غيرهما ، فتشتمل حضانة اللقيط والمفقود ومن في حكه ذلك ، وكذلك الكبير العاجز، وسواء كان شخص مجنونا أو معتوها وغيرها).

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القانون.

- أولا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت التشريعات لكل دولة على أحكام الحضانة وذلك لأهميتها، وأهمية الأطفال، نجد المشرع الجزائري عرف الحضانة من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02) بقولها: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه ، وصحته وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك للقيام بذلك) .[1]

- المشرع الجزائري عن موضوع الحضانة و عن أحكامها دون تركه إلى اجتهاد وعمل نص علمي. وركز في تعريفه للحضانة على أهدافها وأسبابها، محدد بذلك نطاق ووظائفها الأساسية.

والملاحظ في تعريف المشرع الجزائري لتعريف الحضانة لم يخرج تعريفه عن تعريفها الفقهي ، إلا في استعماله لفظ (الولد) في عبارة (رعاية الولد) بدلا من لفظ الصغير والصغيرة

---

[1]- قانون رقم84-11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن **قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم .5-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

، والمقصود به هنا الذين لم يبلغا بعد ، في نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري بتحديد سن الحضانة بالنسبة للذكر ستة عشر(16) سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج[1].

تعتبر الحضانة هي تربية الولد والإشراف عليه ممن له حق القيام بها ، وهي الأم غالبا[2]. و من خلال التعريف الذي نص عليه المشرع الجزائري للحضانة على أنها رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على وحفظه صحة وخلقا[3]، يتضح لنا أن الحضانة تهدف إلى بعض النقاط والتي تتمثل في:

– تعليم الولد، وتربيته على دين أبيه، والسهر على حماية الطفل المحضون، حماية الطفل صحة وخلقا.

–**أولا: تعليم الولد:** ويقصد به التعلم الذي يعد حق لكل طفل في الدراسة، والذي ضمنه له القانون مجانا وإجباريا،غايته استنفاذ الطاقة بالجهد في تحديد مستواه بناء على ملكاته الفكرية وكفاءته وقدراته العلمية، من خلاص نص المشرع في مادة 62 من ق أ ج (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه) ،ونجد الإسلام سبق كافة الأديان والتشريعات الوضعية ، والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان في اعتبار العلم حقا تكفله للفرد بل زاد على ذلك فأعتبر طلب العلم فريضة وعاقب على تركه ،وتعد التربية والتعليم حق من حقوق الطفل ، فالتعلم يبدأ لدى الطفل منذ ولادته وعليه يعتبر الوالدان هم مقدمي الرعاية للأولاد ، أهمية خاصة في تنشئة الخصائص الاجتماعية والعقلية والعاطفية والبدنية التي تعد من شأنها أن تغرز لاحقا لدى الولد القدرات على التعلم في المدرسة والحياة حد السواء.[4]

– **ثانيا : التربية على دين أبيه:** راعى المشرع الجزائري لأحكام الشرعية الإسلامية بجواز زواج المسلم بغير مسلمة ، وهذا ما يستخلص من مفهوم المخالفة للمادة 30 من ق أ ج

---

[1] – باديس ديابي ، **أثار فك الرابطة الزوجية** ، دار الهدى ، الجزائر، 2008، ص 50.

[2]– بشار عدنان ملكاوي، م**عجم تعريف المصطلحات الخاص**، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع ،200 ،ص85.

[3]– أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية ، مصر 2009، ص151.

[1]– ريبوار صابر محمد، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية،2015، ص.

،عندما نص على المحرمات المؤقتة ومن بينهم المسلمة التي لا يجوز زواجها بغير مسلم بعكس ذلك أي زواج المسلم بغير مسلمة جائز في القانون كما هو جائز في الشرع .

ولكون أنه قد تكون الحاضنة الأم كافية ولذلك أوجب القانون أن تقوم الأم بتربية الولد المحضون على مبادئ وقيم دين أبيه على عكس المرأة المسلمة التي حرم عليها الإسلام الزواج بغير مسلم.

وهذا ما جاء في المادة 62 من ق أ ج (الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته، على دين أبيه) حيث يتربى الأولاد على العقيدة الإيمانية منذ صغرهم، لتحقيق ربط الولد بأصول الدين والإيمان وأركان الإسلام ، وتعلم الولد على دين أبيه كل من عبادة والأخلاق وتعاليم أحكام الدين الإسلامي[1] .

يتضح لنا أن المشرع الجزائري راعى مسؤولية التربية الإيمانية للولد وتنشئته على دين أبيه .

– **ثالثا : السهر على حماية الطفل المحضون** : لحماية الطفل يجب أن تتضمن هذه الحماية الجانب المادي والمعنوي ، وعدم تعرضه للعنف اللفظي ولا العنف الجسدي كالضرب والاستغلال بشتى أنواعه. وفي نص المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق أ ج (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه ،والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه) وتشتمل حماية الطفل على تأديب في حد ما يسمح بيه الشرع في خطأ أو المعاملة للغير بالسوء.[2]

– **رابعا: حماية الطفل صحة وخلقا** : توفير الحماية الكافية للولد وذلك بتنشئته على الأخلاق وتهذيبه، وأن يكون بين جو أسري يتلقى فيه الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل

---

[1]– عبد الله ناصح علوان، **تربية الأولاد في الإسلام** ، ج01، ط01 ، دار الإسلام للصناعة والنشر والتوزيع ، جدة ،1976،ص157.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق ، ص52،51.

الحاضنة ،خاصة في السنوات الأولى من حياته لصغر سنه ، والعمل على جعله فردا صالحا في المجتمع.[1]

إذ راعى المشرع الجزائري هذا الهدف من الحضانة في نص المادة 62 من ق أ ج (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه،والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه ، وصحته وخلقا).

الفرع الرابع: الحضانة في الشريعة الإسلامية و بعض ديانات السماوية الأخرى.

لأختلف الديانات السماوية و التشريعات فيما يخص الحضانة كالتالي:

- أولا : الحضانة في الشريعة الإسلامية .

تعتبر الحضانة في الإسلام موضوع مهم لأنه يخص الطفل والمجتمع ، فالرسول ﷺ منذ ولادته إلى بلوغ سن الرشد ثانية عشر أو ثالثة عشر سنة ، تعتبر السيدة حليمة السعدية هي الحاضنة الأولى لسيدنا محمد ﷺ ،فقد تربى عندها حتى بلغ سن الخامسة ، وكانت تتولى أموره أخته شيماء من الرضاعة بدلا من أمه . ومن بعدها من حضانته عند جده عبد المطلب ، فقد حضن رسول ﷺ عند جده ، وعمه أبو طالب ، والسيدة حليمة السعدية الله عنها رضي ، وأمه أمنة بنت وهب ، وخادمته أم أيمن بركة الحدثية ، وفاطمة بنت أسد زوجه عمه أبو المطلب.[2]

واختلف الفقهاء في ما إذا كانت الحضانة حق للأم أم واجب ؟

1- فقهاء الشافعية: الحضانة في نظرهم حق خاص يسقط بالإسقاط حيث تكون واجبا تعيينا ، أي تكون الحاضنة إما مسؤولية عن نفقة ولدها لانعدام وجود الأب والمال والمنفق غيرها، فلا يمكن لها إسقاطه ، أي إسقاط حقها في الحضانة ، ذلك حرصا على تربية

---

[1]- عبد العزيز سعد ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط03 ، دار الهومة، الجزائر، 1996، ص21.

[2]- مصطفى مراد، **سيدات عصر النبي** ﷺ ، دار الفتح، للإعلام العربي، بيروت ، 2006 ، ص196.

الولد وتنشئته. حيث يقول الشافعي **<<**إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج **>>**[1]

2- الحنفية: جاءت أقوالهم في ثلاث أقوال:

- أن الحضانة حق للأم فلا تعير الأم على حضانة ولدها بغيرها، وتمتنع عن حضانة ولدها، إذ حضانتها لولدها حق خالص لها.

في قول "للسرخسي" حيث جعل حق حضانة الأولاد إلى الأمهات وذلك لرفقهن وشفقتهن على أولادهم ، وقدرتهن على ذلك بلزوم وتعتبر الأم أشفق على ولدها من الأب من مشقة .

وفي قول "لأبن الصمام": الأم أحق بالولد والنفقة على الأب ولا تجبر الأم على ذلك[2]، ولضرورة حاجة الطفل في أول أطوار حياته إلى تدبير ملبسه ومشربه وكل حاجياته، تقدر عليها النساء أكثر من الرجال لشفقتهن وصبرهن على أولادهم.[3]

- الحضانة حق للصغير تعتبر الأم عن حضانة الصغير وتصبح هنا حضانة الصغير واجبا.
- أن الحضانة حق للأم والصغير معا : فإذا وجد من يقوم بحضانة الصغير فلا تجبر الأم هنا على حضانته ،وإذا تعينت فليس عليها الامتناع وحق المحضون أقوى في ذلك ، وتعتبر هنا حضانة واجبا كفائيا، لقول ابن العابدين**<<** أقوال يظهر لي أن كلا من الحاضنة والمحضون له الحق في الحضانة ، أما الحضانة فإنه ليس للأب منها مثلا أخده منها ، أما للمحضون فإذا تعينت لم يكن لها الامتناع **>>**[4] .

---

[1]- محمد علوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية،،2010،ص39.

[2]- المرجع نفسه، ص37.

[3]- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط 02، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990؛ ص 194.

[4]- محمد علوي ناصر، المرجع السابق، ص37.

3-المالكية: ذهبوا في أقوالهم إلى ثلاثة أقوال:

- أن الحضانة حق خالص للام ولها الحق في التنازل عن لها الحق،وإسقاطه والأخذ بيه في شروط المخالفة ، واشتراط إسقاطه .
- أن الحضانة واجبا كفائيا : أنه إذا قام احد من أهلها بحضانة الصغير سقط الحق عن الباقين وعبر عنها بفرض كفائي .
- أن الحضانة واجب تعييني على الأب ، وعلى الأب عدم ترك الصغير إذا لم يوجد من أهلها من يقوم بالحضانة ، وتكون الحضانة واجبة على الأم في حالة معينة وهي في حالة كان الأب مفقودا أو بحكم المفقود ،أو الصغير لم يقبل غير ثدي أمه ، صرح بيه "الرهوني" << لا يتعين إلا على الأم والأب، في حوالي الرضاعة لمن لم يكن له أب ولا مال أو كان يقبل غيرها .....>>[1]

4-الحنابلة: جاءت أقوالهم في قولين:

المشهور والمعمول به أن الحضانة حق خالص ، وهو المعتمد عند الشافعية والمالكية ، يقول ابن قدامه **<<** الأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه ، إذا طلقت فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ، ففيه وجهان احدهما تنتقل الحضانة إلى الأب ، والثاني تنتقل إلى أمها، على أن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود الأقرب منه **>>**، إذ لا ترغم الأم على حضانة ولدها وهذا ما صرح بيه الحجاوي.[2]

الحضانة حق مشترك وحق للصغير لاحتياجه إلى من يرعاه ويحفظه ، ويقوم على شؤونه ، وحول تربيته ولامه الحق في احتضانه لقول الرسول ﷺ **<<**أنت أحق بيه **>>**، إذ تعتبر الحضانة حق للصغير ، وتجبر الأم عنها إن امتنعت عن أدائها ، لحاجة الطفل إليها حتى لا يضيع حقه في التربية والتأديب وحنانها وعطفها عليه ، ففي لم تتعين الحاضنة وأخذته جدته لتربيته ، وامتنعت الأم سقط حقها في الحضانة[3].

---

[1]- المرجع نفسه، ص38.

[2]- المرجع نفسه، ص41.

[3]- السيد السابق، **فقه السنة**، ط01، الفتح للإعلام العربي، مصر، 2004، ص679.

- ثانيا : الحضانة في بعض الديانات الأخرى.

1- الحضانة في الديانة المسيحية : يعرف القانون المسيحي بأنها حفظ الصغير وتربيته والقيام بشؤونه المادية والأدبية، في سن معينة ومنطاها مصلحة الصغير.[1]

تكون الحضانة للأم حتى يبلغ الصغير إحدى عشر (11) والثانية عشر(12) سنة ،إذا كانت أنثى، ويسلم إلى أبيه آو لمن له الحق بعده ويمكن أن يبقى هذا الصغير بعد بلوغ هذا السن إذا ثبت أن المصلحة تقتضي ذلك ، وهذه المصلحة التي تتحقق في حال إنكار الأب لبنوة الولد فترة الحضانة مثل شكه في نسب الصغير ، وعدم دفع النفقة .[2]

حيث ما يجب إنفاقه على القاصر تأمين معيشته ودراسته وكسائه وجميع أموره الأخرى واجب عن الأب لولده، و الإنفاق على الولد، هذا حكم من المحكمة الروحية للمسيحية.[3] إذ أن الحضانة حق للمحضون ، والحضانة معتبرة من النظام العام وحق الحضانة للأم، ثم لأمها ،ثم لأم الأب ، وإن دفع النفقة من جمعية خيرية على سبيل المساعدة لا يعني المعين لمطعون ضدها من دفع النفقة الواجبة عليها لأولاد أخيها في حال ثبوت أيسرها والفقير في ضمانة أهله قبل أن يكون في ضمانة المجتمع.[4]

اعتبر المسيحيون أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة، لكن باختلاف طوائفهم فيدو هذا الحق بأن لا تكون متسببة في الطلاق، فقد نصت المادة 37 من الأحكام والقواعد السريان

الأرثوذكس أن**<<** الأم هي الحاضنة إلا إذا كانت متعدية وطلقت **>>** وعليه يعمل المسيحيون وباختلاف طوائفهم على أن الأقباط الأرثوذكس هي حق للحاضن والمحضون معا، وأما

---

[1]- القمس فيلوثاوس فرج ،**الأحوال الشخصية للسودانيين الأقباط الأرثوذكس** ، الجمعية القبطية في الخرطوم ، السودان ،2007، ص95.

[2]- المرجع نفسه ، ص95.

[3]- نزيه نعم شلالا، **الطلاق وبطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية**، ط 02، بيروت، لبنان،2010، ص 121.

[4]- المرجع نفسه ، ص122.

الكاثوليك فقد أضافوا قيد أخر، وهو أن يكون الحاضن كاثوليكيا ، وإلا فلا حق له في الحضانة ، حتى ولو لم يكن المتسبب في الطلاق ، وهذا ما نصت عليه الإرادة ألرسوليه في المادة 121 بقولها << أن يرى الطفل عند الكاثوليكي من الزوجين المعترضين>>.[1]

1- الحضانة في الديانة اليهودية: في مسألة الحضانة يفضلون اليهود الأم وولدها وإعطائها الأولوية في حضانة ولدها كما عند المسلمين، وذلك لاحتياج الصغير إلى حنان أمه في فترة صغره، ونجد لأولوية الأم صورتان " أولوية مقيد"و"أولوية اختيارية" وهي التي سميت الحق الخالص.

نعني **بالأولوية المقيدة :** مدتها سنة رضاعة وعدم قبول الولد ثديا غير ثدي أمه ، فقيدت الحضانة هنا بسنتا الرضاعة ورفض الصغير غير ثدي أمه وهو ما جاء في نص المادة 339 من أحوال الشخصية لليهوديين **<<** ليس للأم أن ترفض الرضاع الرضيع إذ هو لم يقبل غير ثديها **>>**

وعليه فإن الحضانة ملازمة للرضاع وهي مقيدة بيه ، ففي حالة أن الأم تقوم بإرضاع الصغير ثم تسلمه للأب فهنا يرهق الصغير ومضرة له .

- **أما الأولوية الاختيارية :** فهي التي تأتي بعد فطم الصغير هذا ما نصت عليه المادة 408 من قانون الأحوال الشخصية اليهودية **<<** يحق للأم بعد الفطام أن تتخلى عن الحضانة ، فإذا كان الأب غائبا أو ميتا فالسلطة الشرعية النظر فيمن يتولى أمر الأولاد، ويحق للأم رفض الحضانة فهو يعد حق خالص لها**>>**.

وفي نص المادة 400 منه عما يلي << للمطلقة رفض الحضانة متى شاءت >> ، وأولوية حضانة الأم للولد نصت عليها المادة 391 من نفس القانون << الأم أولى بحضانة الولد حتى يكمل ست سنين والبنت حتى تتزوج>> ، حيث تكون حضانة الأم وفقا لمشيئتها ، وعند اليهودية يحق للأم أن تتخلى عن الحضانة في حالة فقدان الأب مع وجود حاضن ، تضعه السلطة الشرعية عنده ، ويكون أمرا مقبولا ، ولكن في حالة انعدام وجود

[1]- محمد علوي ناصر، المرجع السابق، ص 46.

الحاضن غير الأم هل تصدر السلطة الشرعية في حق الأم في التخلي عن ولدها ، آو تجبرها على حضانة صغيرها أو تضم الصغير إلى مكان أخر؟. و لو صادرت في حقها التخلي على الحضانة تصبح الحضانة هنا واجبا أو حكما قضائيا صادر عن السلطة التشريعية عند المسلمين تعد واجبا، أما عند الديانة اليهودية تعد حكما قضائيا لضرورة ولمصلحة الصغير.(1)

المطلب الثاني: خصائص الحضانة وتمييزها عن غيرها من المفاهيم.

للحضانة ميزات أو خصائص تمتاز بها، سواء كانت من النظام العام أو حق مشترك، وهل تكون الحضانة بمقابل مالي؟، وهل يجوز تجزئتها؟(الفرع الأول)

و تمييز الحضانة عن بعض مصطلحات تشابهها إذ يرى البعض أن الحضانة والوصاية والتبني والكفالة تصب في نفس المعنى (الفرع الثاني)

الفرع الأول: خصائص الحضانة.

تعد الحضانة حفظ الولد، وتربيته ودفع ما يضره وتوفير له ما يحتاجه ونفعه لذا وجبت الحضانة للحفاظ على الصغير وعدت من النظام العام لتحقيق مصلحة المحضون وأن الحق في الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ، قد تكون بمقابل مالي ، ولا يجوز تجزئة الحضانة وهذا ما سنبينه كتالي :

- **أولا: الحضانة من النظام العام** : تعتبر الحضانة من النظام العام وليس من حق الوالدين تغيير قواعدها ولا أحكامها ، ولا تسقط حضانة الأم لولدها لأي سبب من الأسباب ، وذلك بعد استفائها كل الشروط ، وكانت أهلا لممارسة حقها في حقها اتجاه ولدها، وقد تجبر على حضانة صغيرها ، ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها .

فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك ومراعاة لحاجياته، كما يجب الإنفاق عليه وإنجلاؤه من الهلاك.(2)

---

[1]– محمد علوي ناصر ، المرجع السابق ،ص 45.

[2]- عزيزة حسيني،(**الحضانة في قانون الأسرة**)، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم القانونية بن العكنون ، جامعة الجزائر ،2001، ص44.

الحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي، وحتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، و حتى لا يختل التوازن في الجانب ألقيمي والاجتماعي للطفل والحفاظ عليه. فالحضانة شرعت لحفظ النفوس.[1]

– **ثانيا: الحضانة لا تجبر ولا تلزم الحاضنة :** على الرغم من كون الأم وحدها أقوم بمقاصد – الحضانة وتربية الصغير ، وتحملها له ، وصبرها ، ولحاجة الصغير لها ، في أول مراحل حياته .قرر الفقهاء أن الأم لا يمكن أن تجبر على حضانة صغير، أي لها الحق في الحضانة ، ولها الحق في أن تطالب بيه ، في حالة نزعت فيه ولأنها لا يمكن إجبارها على الحضانة ، كما أنه للقاضي لا يمكن أن يلزمها على القيام بالحضانة ، إلا في الحالات المستثنات ، وهي عدم وجود حاضنة للصغير غيرها ، أو بزواجها بأجنبي عن الصغير ، وفي حالة فقر الأب ولا يمكنه أن يستأجر حاضنة أخرى للصغير[2] .

بينما أخذ المشرع الجزائري في نص المادة 66 من ق. أ .ج باعتبار للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها وذلك مراعاة لمصلحة المحضون في ذلك[3] .

– **ثالثا: الحضانة حق مشترك :** الحضانة مشتركة أي بين الحاضن والمحضون للصغير الذي يحتاج إلى من يقوم برعايته وتولى تربيته وكذلك الحق لأمه الاحتفاظ بيه ، والإشراف على حضانته لقول الرسول ﷺ **<<** أنت أحق بهم الم تنكحي **>>.**[4] إذ لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن الحضانة ، سقط حقها بتنازلها عن الحضانة ، ولكن حق الصغير يبقى قائما ، في حالة عدم وجود غيرها لحضانته تجبر الأم على حضانة صغيرها لعدم ضياعه ، وللاعتبار حق الصغير أقوى من حقها .

---

[1]- عيسى طعيبة ، **(سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي)** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، في الحقوق ، فرع العقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خذة ، الجزائر ،2011، ص42

[2]- أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2009، ص19 .

[3]-– بلقاسم أعراب ،**(مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن)**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، العدد الأول ، الجزائر ،1994، ص144 .

[4]- سيد سابق، **فقه السنة (نظام الأسرة)**، الحدود والجنايات،ج02 ،الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، 1998 ، ص 277 .

بموجب نص المادة 66 من ق .أ .ج أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة فأعتبرها حقا للحاضن التنازل عن حضانته للصغير ، ومن جهة أخرى قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالصغير .[1]

ولكون الحضانة حق للصغير يترتب عنها ما يلي :

- وفي حالة طلب الأم من الوالد الصغير مصالحته (مصالحة الزوجة لزوجها) مقابل بدل البدل تأخذه منه و أن تترك له الطفل في حضانته، فهذا لا يصح الصلح ولا تستحق البدل الذي اصطلحت عليه، والحضانة هنا حق خالص للمحضون.[2]
- ويمكن للأم أن تتنازل عن حضانة ولدها مقابل نفسها خلع، فإذا خلعت المرآة نفسها مقابل بدل ولتنازلها على حضانة ولدها، يصح الخلع ويبطل البدل وذلك لتفويتها حق الصغير، وتبقى حضانتها مستمرة، وذلك لبطلان الشروط وبقاء الاتفاق قائم.
- وتجبر الأم عن الحضانة في حالة امتنعت عن حضانة الصغير، ولم تستكمل شروط الحضانة في غيرها، فإنه لا يجوز أن تمتنع عن حضانة الصغير وتجبر في حالة امتناعها عن ذلك محافظة على مصلحة المحضون.

- ويترتب على الحضانة حق للحاضنة ما يلي[3] :

- لوكأن للصغير مرضعة غير التي تحضنه وجب للمرضعة أن ترضعه في منزل حضانته لعدم تفويتها لحقها في الحضانة
- ليس من حق الأب أن ينزع الصغير من حضانته ليدفعه إلى أقل منها درجة.
- لا تجوز للأب أن ينقل الصغير من بلد الذي تقيم فيه الحاضنة عدم تضييعه لحقا.

- **رابعا: الحضانة بمقابل مالي:** الحضانة حق يخول لصاحبه ممارستها بأجرة أو تبرعا وفي هذا اختلاف في بين القائل بوجوب الأجرة وبين المعارض لذلك كالتالي:

---

[1]- عزيزة حسين، المرجع السابق، ص47.

[2]- قرار المحكمة العليا ، رقم17، ملف رقم 26549 ، **نشرة القضاء** ، عدد خاص ، سنة 1982، ص.243

[3]-بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية ومذهب الجعفري والقانون،(الزواج والطلاق)**، ج02 ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1967، ص.ص 544-545.

1- أجرة الحضانة: وهي ما يعطى للحاضنة بمقابل حضانتها للصغير، شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ، ويجب من مال الصغير ، إذا كان للصغير مال ولنفقته في حالة عدم وجود المال ، وله شبه بالأجرة لإعطائها للحضانة نظير عمل ما تقوم به فهي تقوم بحضانته [1].

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحضانة من عدمها فيما يلي :

أ- المالكية : بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غيرها تقوم بحضانة الصغير، وبغض النظر عن حالتها المادية ، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه ،ليس لكونها تمارس حضانته بل لكونها فقيرة ، على الأب نفقة الصغير من كسوة والغذاء و الغطاء.[2] وعلى الحاضنة أن تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الصغر.

ب- الحنفية : يرون أنه في حالة عدم قيام الزوجية ، بينها وبين والد الصغير ، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ،وج أجرة الحضانة هنا ، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، وتستحق النفقة من أب الطفل المحضون، ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة.[3]

ج- الشافعية: يرون أنه تستحق الحاضنة الأجرة سواء كانت أم المحضون أو غيرها لها الحق بحضانة الصغير ، تستحق الأجرة وهي غير أجرة الرضاع ، فإذا كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو من يلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها وذلك بحسب حالها.[4]

د- الحنابلة: حق للحاضنة طلب أجرة الحضانة، ولاعتبار الأم أحق بحضانة الصغير، وحتى لو وجدت متبرعة لحضانته تجبر الأم على حضانته، وفي حالة استئجار

---

[1]- عمر عيسى الفقهي ، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية** ،ج02، ط01 ،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ،2005 ، ص 194.

[2]- باديس ديابي ، مرجع السابق ،ص86.

[3]- المرجع نفسه ، ص86.

[4]- سامية بن قوية، **(أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)** ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد الأول ،2010 ، ص141.

مرضعة للقيام بإرضاعه القيام بحضانته، لزممها عقد، وفي حالة امتنعت الأم سقط حقها، وأنتقل إلى غيرها.[1]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 77-76-78 ليظل هناك إشكال فيما يخص أجرة الحضانة ، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 ق. أ.ج التي تحيلنا إلى قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية في انعدام النص القانوني .

2 -**المدين بأجرة الحضانة:** نعني بأجرة الحضانة غير أجرة الرضاع ، وإن كان للصغير مال وجبت من ماله، فإن لم يكن للصغير مال لزم بيه أبيه أو من له بنفقة الصغير من بعده ، فإن كان الأب معسرا لنفقة الصغير ، أو الكسب أعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة المحضون ، وفي حالة كان الأب قادرا على الكسب ، وجبت عليه أجرة الحضانة وإلا تكون دينا في رقبته ، ويجب على من أداها له بنفقة أن يؤديها إلى الحاضنة. وتجبر الأم على رد ما عجل لها من أجرة الحضانة من الوالد تجب مم الصغير عن المدة التي زال فيها السبب ، وأنقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها[2] .

3- **التبرع بالحضانة** : في حال امتنعت الأم عن حضانة صغيرها ، إلا بمقابل أحجرة ، ووجدت من محارمه من أهل للحضانة تتبرع بحضانته ، فإذا كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له المال والنفقة واجبة فيه ، يسلم للمتبرعة ، لأن في هذا صيانة لمال الصغير، وعدم الإضرار، بيه لكون المتبرعة من محارمه وليست بأجنبية عنه.

وفي حال لم يكن للصغير مال وكان أجرة حضانته مستحقا على الأب ، في حال كان الأب موسرا لا يعطي المتبرعة ، هنا يبقى الصغير عند أمه ويجبر الأب على دفع الأجرة لأن حضانة الأم أصلح للصغير من غيرها ، لشفقة وحنان الأم ،ولا ضرر على الأب لأنه موسر يعطي للمتبرعة لأن في إلزامه في الأجر مع إعسار الأب إضرار بالصغير.

---

[1]- المرجع نفسه ، ص.154.

[2]-عمر عيسى الفقهي، المرجع السابق، ص194.

- خامسا:عدم تجزئة الحضانة :

ونعني بها أن تقتصر الحاضنة على الإناث دون الذكور ، أو العكس ، أو تختار الأصغر سنا ، وتمتنع عن حضانة الباقين رغم أنها من حقها حضانة جميع أولادها ،وعلى الرغم عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة في تجزئة الحضانة ، وللحفاظ على الأولاد لعدم تفرقتهم والحفاظ على تربيتهم ، عالجت المحكمة العليا[1] ، هذه المسألة وأصدرت فيها قرار بعدم تجزئة الحضانة لأم ، إذا كان له الحق فيها ، عدم السماح لها بأن تختار من تحضن من أولادها.[2]

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن غيرها من المصطلحات.

يستعمل العلماء المحدثون مصطلح الحضانة في معان أخرى غير اللغوي والشرعي، ومن تلك المعاني والطلاقات نجد:

يطلق علماء التربية على المدارس التي يربى فيها الطفل في سنة الأولى((دور الحضانة))، وفي المعجم الرائد :دار الحضانة :مدرسة يعلم فيها الأولاد الصغار ويعتني بتربيتهم،وفي المعجم الفني: دار الحضانة: مؤسسة اجتماعية تربوية لتربية الأطفال والاعتناء بهم قبل بلوغهم سن السابعة ,وتسمى أيضا ((روضة الأطفال))، يطلق الأطباء أيضا على الجهاز الذي يوضع فيه الطفل غير مكتمل الولادة في الساعات الأولى من ولادته((الحضانة)).[3]

سبق لنا عرفا الحضانة، وسنتطرق الآن إلى التفريق بين الحضانة والكفالة ، والحضانة والولاية ، والحضانة والرضاع .

---

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قررا بتاريخ 02-04-1984،الملف رقم ، 2549 ، **مجلة قضائية** ، العدد04 ، ص77.

[2]- عيسى حداد ، **(الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي ن مجلة التواصل)**، مجلة العلوم الاجتماعية ، جامعة بأجي مختار، عنابة ، الجزائر، عدد 15، ص198.

[3]- محمود حامد عثمان ، **ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة (تعريف الحضانة والمقصود منها)** ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة ،1432 هـ ،2011، ص10.

أولا: الحضانة والكفالة.

– تعني الكفالة في **اللغة** الضم ، ومنه قول الله تعالى " وكفلها زكريا " فهي من : كَفَلَ، يَكْفُلُ،كفلاً و كَفَالَةً ،و يقول تعالى" وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"[1] ، أي أنا به كفيل.[2]

و الكافل هو القائم بأمر اليتيم المربي له و المنفق عليه لقوله تعالى "و مَاَ كُنْتَ لَدَيهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُم أَيُّهُم يَكفُل مَريَم "[3]،و قوله سبحانه "فَتقولَ هَلْ أَدُلُّكُم عَلى مَنْ يَكفُلُه ".[4]

– أما معناها في **الفقهي** : فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة في بنفس ، أو عمل أو عين ن وهذا تعريف خاص بالفقهاء الأحناف ، أما باقي الأئمة يعرفونها بأنها**<<** ضم الذمتين في المطالبة والدين ، ولها أسماء أخرى فهي تسمى الزعامة**>>**.[5]

لها أنواع منها الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

- الكفالة بالنفس هي التي تعرف بضمان الواجب ، هي التزام باختصار الشخص الكفول إلى المكفول له ذلك .
- كفالة المال هي التي يلتزم فيها الكفيل التزاما ماليا، وهي نوعين أيضا ، الكفالة بالعين والكفالة بالدين .

نجد المشرع الجزائري قد عالج موضوع الكفالة في فصل النيابة الشرعية من **ق. أ. ج** وذلك في نص المادة 116إلى غاية المادة 125 منه.

---

[1]– سورة يوسف الآية .72.

[2]- علال أمال، ،(**التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي**)، رسالة ماجستير ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2009، ص30.

[3].–سورة آل عمران، الآية 44.

[4]– سورة، طه ، الآية.24.

[5]–عبد الرحمن الشواربي ، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه** ، منشأة المعارف الإسكندرية،2001، ص934.

الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي،إذ بنص المادة 116 على أن "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي" [1]

وفي القانون المدني : بنص المادة 644 من القانون المدني على أن " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفِ بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه"، يُؤخذ من هذا التعريف بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل و الدائن،و ما يهمّ في الكفالة هو التزام المدين إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل،فالكفالة إذاً تفترض وجود التزام مكفول و هذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به و دائن،فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل،لأن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية[2].

- الفرق بين الحضانة والكفالة يتمثل في[3] :

- الحضانة تتعلق بالأطفال الأصغر سنا ممن في الكفالة .
- الكفالة تستند بالقرار الإداري وذلك بعد تحريرها في الوثيقة الرسمية أمام الموثق أو غيرها، في حين أن الحضانة لا تستند إلا بحكم قضائي.
- الحضانة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول بينما الحضانة في تقديم ، أولويات المادية والمعنوية من الرعاية والتربية للمحضون ، والحفاظ عليه صحة وخلقا .
- الكفالة تكون بدون مقابل، بينما الحضانة قد تكون بمقابل أجرة لخدمة المحضون.
- الحضانة تكون للطفل الذي يكون في حضانة والديه، أو أقاربه في حين الكفالة تكون للطفل الذي ليس لديه والديه.

---

[1]– القانون 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن **قانون الأسرة الجزائري** المعدل و المتمم.

2- بو حاتم، **محاضرات في مقياس التأمينات العينية و الشخصية**، السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2015 .

3- وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته ،قسم الأحوال الشخصية** ،ج02 ، دار الفكر المعاصر ، الإسكندرية ، مصر ، د.س.ن ، ص، ص 734–735.

- تنتهي الكفالة في التشريع الجزائري بناء على طلب الوالدين أو احدهما و عودة المكفول إلى ولايتها ، بينما تنتهي الحضانة مدتها في التشريع الجزائري ببلوغ الذكر عشر(10) سنوات ويمكن أن تمدد إلى(16) سنة .
- الطفل المحضون يستلزم أن يكون معروف النسب في حين الطفل المكفول قد يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

ثانيا: الحضانة و الولاية .

1-**الولايـة لغة** :هي بكسر الواو المحبة والنصرة ومنه قوله سبحانه وتعالي: {{ وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ }}[1].

2- **الولاية في الاصطلاح:** فهي تنفيذ قول على الغير والإشراف على شؤونهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد

فهناك تقارب وتداخل بين ولاية على النفس والحضانة فهناك من يرى أن الحضانة جزء من الولاية عن النفس، وهناك من يرى أن الحضانة منفصلة ومستقلة عن الولاية بالنسبة.الولاية هي الولاية على النفس، والولاية على المال، وذلك على الوجه الآتي:

- الولاية على النفس: هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر، ومن في حكمه.

- الولاية على المال: هي العناية بكل ما له علاقة، بمال القاصر ومن في حكمه .فالولاية على النفس تشتمل على تسميات فرعية منها الحضانة[2]، فكلا من الولاية والحضانة يهدف فكلا من الولاية والحضانة يهدف إلى مصلحة المحضون، أو الطفل وحمايته فالولاية على النفس تشبه .

الحضانة إذ تسمى ولاية التربية والحفظ والتربية للولد منذ لولادته حيا وتستمر إلى سن البلوغ ، حيث جعل الله سبحانه وتعالى ولاية تربية الصغير وحفظه لمن هم أشفق وأعطف عليه وهم والدين ، أو من يقوم مقامهما ووزع الأعباء عليهما ، فيما يحقق مصلحة الصغير ، من غير ضرر، ولا ضرار لقوله تعالى **"{{ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ}}"**[3].

---

[1]- سورة المائدة ، الآية 56.

[2]- عبد الرحمن شواربي، المرجعالسابق ، ص391.

[3]- سورة البقرة ، الأية 233.

بالنسبة للولاية على المال تثبت الولاية هنا بقوة القانون مباشرة ، دون أن تتدخل المحكمة فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم ، والورثة ، للقرابة المباشرة ، ولا يمكن التخلي عن الولاية إلا بإذن المحكمة ، وللولي في ذلك أن يطلب إقالة في الولاية ،إذ كان في ظروفه ما يقضي ذلك لمرض، أو لكبر سن ، للمحكمة السلطة التقديرية في قبول أو رفض الطلب ،وتثبت للولي الولاية على القاصر في حالة يتوفر لديه الأهلية الكاملة لمباشرة القانونية ، ولا يمكن للولي أن يتصرف في مال القاصر إلا بإذن من المحكمة ، وتتوقف الولاية حال غياب الولي ، أو اعتقال الولي تنفيذا لعقوبة جنائية أو لحبسه لمدة تزيد عن سنة ، هنا تقوم المحكمة بتعيين وصي لإدارة أموال القاصر ، وبنص قانون الأسرة الجزائري على الولاية على مال من نص المادة 87 إلى نص المادة 91 من ق.أ. ج.[1]

أسندت ولاية مال الصغير لأبيه في حال وفاته أو فقدانه، أو سقوط الصفة الأبوية، تحل محله الأم في إدارة مال القاصر ، حيث نصت المحكمة العليا ، من المقرر قانونا أنه في حال وفاة الأب تحل الأم محله ، وفي حال تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي ،يقوم القاضي بتعيين متصرفا خاصا تلقائيا ،أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس في حالة أنهم قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات مصالح القاصر ومصالح الولي، فإنهم خالفوا القانون في ذلك .[2]

تعد الولاية على النفس تمارس من قبل الأب، وغيره في العصبة حسب ترتيبهم في الإرث، في حين نجد أن الحضانة تسند إلى النساء من الأم ومن في جهتها ويليها من القريبات، ثم إلى جهة الرجال.[3]

---

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق ، ص598.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 176515، قرار بتاريخ ،2009/01/14، **المجلة القضائية** ، الصادرة في قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا ، العدد01، 2009 ، ص295.

[3]– كمال صمامة ، **(مسقطات الحضانة بين تشريعات المغاربية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الشهيد حمه لخضر ،الوادي ،2015، ص26.

ثالثا:الحضانة والرضاعة.

1- الرضاع في اللغة : من رَضَعَ، يَرْضِعُ، رَضاعَةٌ، فهو اَرضَعُ والجمع رُضَّعُ، وامرأة مُرْضِعُ أي ذات رَضِيعٍ أو لَبنٍ [1] ، لقوله تعالى:" **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ مَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** "[2].

2-الرضاع في الاصطلاح :اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه ،في معدة الرضيع ، أو دماغه.[3]

تعتبر كلا من الرضاعة والحضانة من حقوق الأولاد ، يثبت كلا منهما بعد الولادة ويعتبران من مستلزمات تنشئة الطفل وتربيته ، ويستوجب كليهما توفير مرضعة أو حاضنة للطفل، لقوله تعالى : "**وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** "[4].

تبدأ الرضاعة من يوم ولادة الطفل، وتكتمل انتهاء سنسن عمره من الرضاعة، لقوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ **يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**، لِمَنْ **أَرَادَ** أَنْ **يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**"[5]. أما الحضانة فهي تبدأ أيضا من يوم ولادة الطفل، لكنها تمتد إلى سن البلوغ، إلا أنه يوجد اختلاف لدى الفقهاء في موضوع انتهاء مدة الحضانة.

- فالرضاعة وقت مخصص ، وقد يكوم غير مخصص بحسب الرضاعة ، إلا أن الحضانة ليست محددة بوقت.

- الرضاعة تحرم الزواج ،من الأمهات والأخوات وأولاد المرضعة وغيرهم ، لأنهم يعتبرون أخ لرضيع من الرضاعة.

---

[1]- ابن منظور ، المرجع السابق ، ج08 ، ص124.

[2]- سورة النساء ، الأية 233.

[3]- كمال صمامة ، مرجع السابق، ص23.

[4]- سورة الطلاق ، الأية 06.

[5]- سورة النساء ، الأية233.

لقوله تعالى :" **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ**".([1])، بينما الحضانة لا تعتبر ذلك تحريما .

– وبالنسبة إلى أجرة المرضعة تثبت لها أجرة الرضاعة لقوله تعالى :" **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**" ([2])، في حين الحضانة تعد من حقوق الطفل ، وتثبت له بدون مقابل أجرة.

رابعا:الحضانة الوصاية.

الوصية في **اللغة:** أوصى أوصاه،ووصاه،توصية:عهد إليه،والاسم الوصاة والوصاية والوصية،والوصية الوصي لوصي كالموصى والموصى هي أيضا جمع وصايا،[3] وهي الأمر.

الوصية في **الاصطلاح**:الوصية في الشرع أخص منها في اللغة و أعم منها عند الفقهاء ، فقد عرفها القرطبي بأنها عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله ويعهد به في الحياة و بعد الموت ، و خصصها العرف بما يعهد بفعله أو تنفيذه بعد الموت .

وعرفها "ابن حجر" بقوله: هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت. أما فقهاء المالكية فقد عرفها ابن عرفة: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموت أو نيابة عنه بعده.[4] فالوصية ولاية كغيرها، إلا أنها تثبت بتفويض الغير ,أما الحضانة فهي ثابتة بالشرع ;وقد يكون الوصي حاضنا،[5]

الوصاية هي" نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها"، أما الحضانة فهي "حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته".[6]

---

[1]– سورة النساء، الآية 23.

[2]–سورة الطلاق، الآية 06.

[3] – مختار القاموس، المرجع السابق، ص660.

[4]–محمد التأويل " **الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي** "، ط 01 منشورات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، د.ب.ن،2004، ص14.

[5]– محمد حامد عثمان المرجع السابق، ص12.

[6]–زكية حميدو، المرجع السابق، ص106.

وعليه، 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 الولاية جعلها الشارع في أشخاص بعينهم ومرجعها النص محافظة على الطفل فلا تكون بجعل الجاعل. إذا كان مدار الحضانة يتمثل في الحفاظ على مصلحة المحضون والنظر في ذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل ومعرفة الحوادث، غير أن في الوصاية، تنص المادة 92 من قانون الأسرة على أنه<<"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانون>>.[1]

[1] – المرجع نفسه،ص107.

المبحث الثاني:مشروعية الحضانة وشروط استحقاقها.

لأهمية الطفل وما يتطلبه من العناية والاهتمام لحضانته في الشريعة الإسلامية، يستلزم معرفة حكم الحضانة عنا كانت واجبة عن الوالدين أو غيرهما، ومشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، والحكمة من مشروعيتها(المطلب الأول).

وليس كل شخص مؤهل بأن يكون حاضنا للصغير، إذ خصت الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري بعض الشروط لاستحقاق الحضانة شروط خاصة بنساء والرجال وشروط عامة على رغم اختلاف الفقه فيها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها.

وردت العديد من الآيات القرآنية توحي إلى حماية وأهمية الحضانة، والأحاديث النبوية الشريفة، وحكمها في الإسلام، والحكمة من وراء هذا الحكم.

وعليه سنتناول في هذا المطلب.حكم الحضانة(الفرع الأول)، ومشروعية الحضانة (الفرع الثاني)، والحكمة من مشروعية الحضانة(الفرع الثالث).

الفرع الأول: حكم الحضانة.

وجبت الحضانة للصغير والصغيرة ،وذلك لعجزه لنظر ، والقيام بنفسه ، ولاحتياجه للرعاية والحماية في كل شؤون حياته لذا وجبت حضانته، ومن موجب الحضانة ، قانون الأمومة في الأمهات التي حملن كرهاً ،و وضعن كرهاً، فكان لهن استعداد روحي ، وارتبطت وانفردت به حضانة أولادهن، ومن اجل ذلك خص لهن الرسول ﷺ ثلاث مقامات ثابتة في البر،وتقرر لأب مقام واحد، عن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال :يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي قال" **أمك**" قال ثم من قال ثم "**أمك**" قال ثم من قال ثم "**أمك**" قال ثم من قال ثم" **أبوك** ".حيث ذهب العلماء أنه لا خلاف في أن

للأم ثلاث أرباع البر ، الأب الربع ، ففي قوله تعالى :**{{ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ }}**.[1]

عدت الحضانة واجبا شرعيا ،وسبب هذا الوجوب عدم استغلال هذا المحضون، وعدم الاستغلال هو عجز الصغير وعدم مباشرة أموره والقيام بها ، ولذلك يقال حكم الحضانة "**الوجوب العيني**" بمعنى أنه إذا لم يوجد إلا حاضن واحد ، أو وجد ولم يقبل الصغير غيره ، في هذه الحالة تتعين الحضانة ، ويجبر عليها الحاضن.[2] بالنسبة إلى "**الوجوب الكفائي**" هذا الحكم ينظر إليه من تجب عليه الحضانة ، وبين ذلك جميع الناس مخاطبون بحضانة الصغير ، لمراعاة مصلحة المحضون بعدم الضياع ، وفرضت عليهم الحضانة بالنظر إلى ما قد يلحقه الصغير من ضرر عند انعدام الحاضن وهذا فرض من فروض الكفاية ، وذلك بمعنى أنه إذا قام احد بحضانة الصغير سقط الحق عن الباقين.[3]

عليه الحكم ألتكليفي: أن الحضانة واجبة شرعا ، لأنّ المحضون قد يهلك ، أو يتضرّر بترك الحفظ ، فيجب حفظه عن الهلاك ، محكمها الوجوب العينيّ إذا لم يوجد إلاّ الحاضن ، أو وجد ولكن لم يقبل الصّبيّ غيره ، والوجوب الكفائي عند تعدّد الحاضن.وعدت الحضانة واجبة لمصلحة المحضون ، وتعد فرض كفاية، بسقوط الحق على الباقين بمجرد القيام بها من طرف شخص ما.[4]عدت واجباً لمصلحة المحضون ، إلى من يؤدي أموره ، لعد صلاحيته ، ويجب عليه الإنفاق كأثر من أثار الحضانة ، واجبة للحاضن اتجاه المحضون

---

[1]- سورة البقرة ، الأية233.

[2]– أحمد نصر الجندي ، **النفقات والحضانة ، والولاية على المال** ، في الفقه المالكي ،دار الكتب القانونية ،مصر ،2006 ، ص93.

[3]- المرجع نفسه، ص ،ص 93-94 .

[4]–. محمد علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)** ، ط02، الجامعة الأردنية دار الفكر ،2007، ص231.

وتعتبر جزء من النفقة ، ولا يجب التخلي عنها ، لأنها لا تتعلق به بل تتعلق بغيره ، وإهمال هذا الحق قد يسبب ضرر لهذا الصغير.[1]

الفرع الثاني : مشروعية الحضانة.

وردت العديد من النصوص في القرآن الكريم والسنة والإجماع والمعقول مما يدل على مشروعية الحضانة لوجوبها، وذلك للعناية وحماية الأولاد، ما يضمن مصلحة المحضون.

- أولا : أدلة مشروعية الحضانة من القرآن الكريم.

وردت عديد من الآيات القرآنية الكريمة فيما يخص الحضانة منها:

1 - قوله تعالى في مريم:{{ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا حيث جعل الله عز وجل متكفل وحاضن للسيدة مريم عليها السلام ، وكانت تحت رعايته}}. [2].

2-وقوله تعالى في الأمهات :{{ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ، لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ، وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ، لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ، وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ، فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ،وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ }}.[3] فقد أفادت هذه الآية الكريمة، أن الأم أحق بحضانة الصغير ،,إن أستغني عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى

---

[1]- القانون رقم ،84/11 المؤرخ في 8 رمضان عام 1904 ، الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن **قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم 02 /05 ، المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية ، العدد15 ، الصادرة في 22 يونيو 2005.

[2]- سورة أل عمران ، الأية37 .

[3]- سورة البقرة، الآية 233.

الحضانة ،لأن حاجته إلى الرضاع كما هي قبله ، إذا كان هذا في حالة طلاق ، ففي حالة قيام الزوجية أولى بذلك[1] .

قال "ابن العربي":<< قال علماؤنا: الحضانة بدليل هذه الآية للأم، والنفقة للأب، لأن الحضانة مع الرضاع>>.[2]

3–وقال تعالى في شأن الوالدين :{{ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا}}.[3] دلت هذه الآية عن تربية الوالدين للولد حال الصغر، وأعطف عنهما كما عطفا عنك في الصغر ، حتى استغنيت بنفسك.

– ثانيا: أدلة مشروعة الحضانة من السنة.

وردت عدة أحاديث نبوية شريفة عن وجوب الحضانة منها :

1– ما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ أنت "أحق به ما لم تنكحي".

وجه دلالة الحديث دل على مشروعية الحضانة، وأن الأم أولى بأحقية حضانة ولدها لأوصاف الأم لتكفل بالصغير.[4]

2 – وحدثني سعيد بن نصر ، وعبد الوارث بن سفيان ، ولفظ الحديث لهما ؛ قالا : حدثني قاسم بن أصبغ ، قال : حدثني محمد بن وضاح ، قال : حدثني أبو بكر بن أبي شيبة ، قال : حدثني عبد الله بن نمير ، قال : حدثني بشير بن المهاجر ، قال : حدثني عبد الله بن بريدة ، عن أبيه ، قال : جاءت الغامدية ، فقالت : يا رسول الله إني قد زنيت ، وأريد أن

---

[1]– محمد حامد عثمان، المرجع السابق، ص13.

[2]- المرجع نفسه، ص 13.

[3]- سورة الإسراء ، الآية 24.

[4]–عبد الله عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي** ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة ، 2008، ص ص09.08 .

تطهرني ، فردها ، فلما كان الغد ، أتته ، فقالت : يا نبي الله ، لم تردني ؟ لعلك تريد أن تردني ، كما رددت ماعز بن مالك ، فوا لله إني لحبلى . فقال : " أما لا ، فاذهبي حتى تلدي " ، فلما ولدت ، أتته بالصبي في خرقة ، فقالت : هذا ولدته . قال : " اذهبي ، فأرضعيه ، حتى تفطميه " . فلما فطمته ، أتته بالصبي ، وفي يده كسرة خبز ، فقالت : هذا ، يا نبي الله ! قد فطمته ، وقد أكل الطعام ، فدفع الغلام إلى رجل من المسلمين ، ثم أمر بها ، فحفر لها إلى صدرها ، وأمر الناس أن يرموا وأقبل خالد بن الوليد ، فرمى رأسها ، فتنضح الدم على وجهه ، فسبها ، فسمع النبي ﷺ سبه إياها ، فقال : " مهلا يا خالد ، فو الذي نفسي بيده ، لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس ، لغفر الله له " ، ثم أمر بها ، فصلى عليها ودفنت .[1]

حيث لم يقف أمر حماية الولد في بطن أمه على هذا الحد من جريمتها بالزنا ،فقد كفلت الشريعة الإسلامية حمايته حتى بعد الولادة.[2]

- ثالثا: أدلة مشروعية الحضانة من الإجماع .

انعقد الإجماع لمشروعية الحضانة لمصلحة الولد ،لذلك وجبت حضانة الصغير لحمايته ن وحفظه من الهلاك.[3]، ووجبت حضانة الصغير والصغيرة في أراء الفقهاء ، وذلك حتى يستقيل الصغار بأنفسهم من غيرهم ن ويرجع ذلك إلى ضعف الإنسان عند ولادته صغيراً وضعيفاً ،ألزم من يقوم بحضانته ، وتعتبر الأم هي بحضانة ولدها ، يقول فخر الرازي : "حملته أمه"، أي سارت بقدرة الله سبحانه وتعالى، سبب في بقائه[4].وقوله تعالى :**{{** حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ**}}**.[5]

---

[1]– مسلم بن حجاج، **صحيح مسلم**، ط01، مجلد02، دار طيبة،كتاب الحدود ،(1659)، 2006،ص810.

[2]– أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ، ص90.

[3]–وفاء معتوق حمزة فلاش، **الآثار المعنوية والمادية في الفقه الإسلامي**، ط01، مكتبة القاهرة للكتاب ،القاهرة، 2000، ص450.

[4]– المرجع نفسه، ص451.

[5] –سورة لقمان ، الآية 14 .

- رابعا : أدلة المشروعية من المعقول.

تعتبر الأم هي أشفق ولأعطف بين الكل على ولدها، فعطفها وحنانها لا يضاهيه شي،ولذلك تعد هي الأولى بحضانة ولدها ، ويشاركها في قربها لولدها الأب،على أنه ليس بشفقتها وحنانها ، واعتبرت الأم في اغلب التشريعات الأولى بحضانة ولدها.[1] الله تعالى خلق الإنسان ضعيفاً، و أمر الأبوين بوجوب رعايته و العناية به في كل شؤونه حتى يكبر و يتحمل مسؤولية نفسه، و هذا لا يتحقق إلا بالحضانة، فدل ذلك على وجوب الحضانة.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الحضانة.

جاءت الشريعة الإسلامية من أجل لتخفيف مشاق الحياة . حتى لا تنحدر في هاوية،ومن الرذائل ومن التفكك والانحلال ، فالله سبحانه وتعالى خلق المولود ضعيفاً لا قوى على الإنفراد لمواجهة كل المصائب ،إلا بعد زمن من العمر ، وذلك لصغر سنهم ،ولهذا وجبت حماية وحفظ الأطفال ، فلحضانة حكم متعددة منها ما يعود على الفرد ومنها ما يعود على المجتمع ، ومنها:

1-حفظ النفس: من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس فقد عمل الإسلام على العناية بالفرد ، منذ أن يخلق في بطن أمه إلى حين ولادته ،وبعدها ، فعند خروجه من بطن أمه إلى الدنيا يكون بحاجة إلى من يتولى أموره ومصالحه وجميع حاجياته المالية والبدنية وغيرها.[2]

2- تحقيق السعادة للمحضون : تعتبر الحضانة تحقيق لسعادة المحضون في الدنيا والأخرى، بتنشئته تنشئة سليمة في الشريعة الإسلامية والأخلاق الفاضلة، وتربيته على فعل الخير، والالتزام بالحق والفضيلة ن والابتعاد على كل ما يشينه، وفي ذلك يقول الإمام

---

[1]-وفاء معتوق حمزة فلاش ، مرجع نفسه، ص451.

[2]- وفاء معتوق حمزة فلاش، المرجع السابق ، ص452.

الغزالي – رحمه الله :**<<** اعلم أن الطريق إلى تربية الصبيان من أهم الأمور و أو كدها، الصبي أمانة عند والديه ، وقلبه الطاهر جوهرةً نفسية ساذجة ، خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش ، ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عّود الخير وعلّمه نشأ عليه ، وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبوه وكل معلم له ومؤدب، وإن عوّد الشر وأهمل إهمال البهائم، شقي وهلك ، وكان الوزرُ في رقبة القيِّم عليه**>>**.[1]

2- **تحقيق المصلحة العامة للمجتمع:** تتحقق المصلحة العامة للمجتمع من خلال حسن تربية أفراده، وتنشئتهم تنشئة سليمة، الأمر الذي ينعكس على البيان الاجتماعي ، فيجعله قويا وقادرا على تحمل صعوبات الحياة .[2]

3- أن الصغير ومن في حكمه ممن لا يعرف مصالحه كالمجنون والمعتوه يحتاج إلى من يتولاه ويحافظ عليه بجلب منافعه ودفع المضار عنه وتربيته التربية السليمة.

وقد جاءت شريعتنا بتشريع الحضانة لهؤلاء ; رحمة بهم، ورعاية لشئونهم، وإحسانا إليهم ; لأنهم لو تركوا ; لضاعوا وتضرروا، وديننا دين الرحمة والتكافل والمواساة، ينهى عن إضاعتهم، ويوجب كفالتهم، وهي حق للمحضون على قرابته، وحق للحاضن بتولي شئونهم.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

كما ذكرنا سابقا أن حضانة الطفل تتطلب العناية به ، والقيام بجميع شؤونه ومراعاة كل ما يحتاجه ، من أجل الوصول إلى التربية المطلوبة ، بعضها عام والأخر خاص ،وجبت توافرها في كل من يقوم بحضانة الصغير، إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى ، إذ يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم للحضانة مع

---

[1]- محمد علي السرطاوي، المرجع السابق ، ص233.

[2]- المرجع نفسه ، ص233.

اختلاف في الأولوية و تباين في الترتيب. وفي هذا مطلب سوف ندرس الشروط الخاصة برجال والشروط الخاصة بالنساء ، والشروط العامة لكليهما.[1]

المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضنة أو الحاضن، بل اكتفى في الفقرة الثانية من نص المادة 62 من ق. أ.ج بقوله يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك ، ومنه يتضح لنا شروط عامة .

الفرع الأول: الشروط العامة لممارسة الحضانة.

رغم اختلاف الفقهاء والأئمة في توحيد الشروط العامة للحضانة للرجال والنساء لإثبات أهليتهم في الحضانة.[2]إلا أنه هناك شروط متفق عليها وهناك شروط مختلف فيها.

-أولا :الشروط العامة المتفق عليها لممارسة الحضانة.

1-البلوغ: اشترط في الحاضن أن يكون بالغاً،لأن الحضانة من باب الولاية ، ولأن الغير البالغ لا يستطيع القيام بشؤون نفسه أولى ن فكيف يستطيع القيام بشؤون غيره.[3]

وهذا الشرط متفق عليه في المذاهب الأربعة، والقانون يشترط البلوغ ، لاعتباره من شروط الأهلية،[4] فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه ،ومسن البلوغ في قانون الجزائري19 سنة كاملة [5]**<<** كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم

---

[1]- مصطفى عبد الغني شيبة ، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وأثاره)** ، ط01، منشورات جامعة سبها ،بنغازي، ليبيا ،2006، ص، ص228-229 .

[2]- سارة خليفي ،**(حق الحاضنة في السكن)**،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص أحوال شخصية، في قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2015، ص12 .

[3]- محمد عزمي البكري ، **الأحوال الشخصية**، ج 03، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، د.س.ن ، ص73.

[4]- خالد عبد العظيم أبوغاية ، حقوق المحضون ، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2013، ص171.

[5]- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ،ج01 ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1999، ص383.

يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة >>.[1]

2-العقل:أن يكون الحاضن عاقلاً، فلا يجوز أن يكون مجنونا، لأن الحضانة كما أوضحنا سلفا، من باب الولاية ،ولا ولاية للمجنون على غيره ،والمجنون عاجز عن القيام والصرف في أموره بنفسه بشكل صحيح فكيف في شؤون غيره ،[2]

فلا ينبغي أن يكون الحاضن مجنونا أو معتوها ونحوه لأنهم يحتاجون بدورهم إلى من يتولى أمورهم، لهذا لا يجوز أن يتولى شؤون غيره(المادة81 من ق.أ.ج).[3] فلا حضانة للمجنون ولا للمجنونة لحاجتهم إلى من يرعى شؤونهما أولى(42-43-44) من ق.م.ج.

3- **القدرة :** ويقصد بها القدرة على الحضانة والقيام بأمور المحضون ،إذ وجب على الحاضن سواء كان رجالا أم نساء ،قادرا على تربية المحضون ، صيانته والمحافظة عليه فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها، لكبر السن أو لمرض أو لأي سبب أخر،[4]فلو كان مقعدا أو مشغولا أو مرض مرضا يشغله بنفسه عن غيره فلا يصح منه حضانة الصغير لأعذاره في ذلك.[5]

4- الأمانة : الأمانة صفة يستلزم أن يتصف بها الحاضن ، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد والتقويم أخلاقه كالفاسق ، فيجب أن يكون الحاضن فاسقا أو فاسقة ، سواء

---

[1]- أمر رقم :75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن **القانون المدني** معدل ومتمم

[2]- محمد عزمي البكري ، الرجع نفسه ، ص73.

[3]- العربي بختي، **نظم الأسرة في الشرائع والنظم القانونية القديمة**، ط 01، مؤسسة كنوز الحكمة لنشر والتوزيع ، الجزائر،2013، ص214.

[4]- سارة خليفي، نفس المرجع السابق، ص13.

[5]- محمد عزمي البكري ، المرجع السابق، ص74.

كان رجلا أو امرأة يضيع الولد ،أو من سكير مشتهر بالزنا أو اللهو،أو الحرام ونحوها، أو من امرأة احترفت الدعارة أو السرقة ونحوها من ذلك ،[1]

واشترطوا المالكية أمن المكان ، لحضانة لا تكون لمن بيته مأوى للفاسق أو غير ملتزم بأحكام الدين، آو مجرم آو سارق.[2]

- ثانيا:الشروط العامة المختلف فيها .

في اشتراط الإسلام في الأم لكي تستحق حضانة طفلها، إذا كان مسلما حيث:

ذهب **الفقهاء المالكية والحنفية** إلى أن إسلام الحاضنة ليس شرطا لاستحقاق الحضانة ، سواء كانت هذه الحاضنة الأم أو غيرها ، وسواء كانت كتابية أو غير كتابية ،غير أنهم اختلفوا في المدة التي يكون فيها المحضون عند الحاضنة غير المسلمة، **فالحنفية** يرون أنه يبقى معها إلى أن يبلغ سن السابعة ،حيث يدرك، ويعقل الأديان، أو إلى حين يتضح بقاؤه معها خطر على دينه،خوفا أن تعلمه دينها والطقوس التي تمارسها،ويرى **المالكية** ، أن الولد يبقى مع الحاضنة غير المسلمة إلى انتهاء مدة الحضانة وأن لا تعلمه من أخلاقها أو مأكل ممن حرام الإسلام (شرب الخمر ، أكل لحم الخنزير .....).[3]

أما الشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا إسناد عندهم للحضانة لغير مسلمة،ولا يمكن أن تكون الحاضنة كافرة ، لأن الحضانة تعد ولاية ،ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم غير جائزة،[4]مستشهدين بقوله تعالى :**{{ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}}.**[5]

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر التعديلات** ، ط01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2007، ص359.

[2]- المرجع نفسه، ص359.

[3]-مصطفى عبد الغني شيبة ، المرجع السابق ، ص231.

[4]- السيد السابق، **فقه السنة** ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط 08 ،1987، ص309.

[5]- سورة النساء، الأية141.

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالنساء لممارسة الحضانة.

تختلف الشروط الخاصة بالنساء عن الشروط الخاصة بالرجال كتالي :

1- ألا تقيم الحاضنة في بيت يبغضه المحضون: لا يجوز للحاضنة سواء كانت أم المحضون أو من يليها في الدرجة ، السكن بالصغير في بيت يبغضه ، والو كان قريبا له ،لأن الحضانة في الأصل شرعت لمصلحة الصغير ،ورعايته كما يجب ،وهذه الإقامة تعرض الصغير إلى ضياع وأذى[1]، ولكي يتربى الطفل في بيته تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى الدراسة والصحة وكل ما يتطلبه من ذلك[2]

1- **أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:** أي تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمه وأخته، وجدته، وخالته، ونحوهن.[3] فلا يثبت لبنات العم، وبنات العمة، وبنات الخال، وبنات الخالة، بحضانة الذكور لعدم المحرمة، ولهن الحق في الحضانة الإناث، ولا حق لأبن الخال، ولا ابن الخالة، ولا ابن العم،ولا ابن العمة،في حضانة الإناث.[4]

2-ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانا والأب معسرا: يعتبر امتناع الأم عن تربية طفلها التي كلفت بحضانته مجانا ،وفي حالة إعسار الأب يعتبر مسقطا لحقها في الحضانة، وعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، إذ كان الأب لا يستطيع دفع أجرة الحضانة ،وقبلت أن تربيه أخرى مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة.[5]

3-**ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي،عن الصغير أو بقريب غير محرم له:** فهنا لا يثبت لها الحضانة.[6]وهو مذهب الأئمة الأربعة مع اختلاف التفاصيل.[7]

---

[1]- المرجع نفسه ، ص230.

[2]- باديس الديابي، المرجع السابق ، ص66.

[3]- كربال سهام ، المرجع السابق،ص26.

[4]- مصطفى عبد الغني شيبة،المرجع السابق،ص230.

[5] - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق،ص 360.

[6]- مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق،ص230.

[7]- سارة خليفي، المرجع السابق،ص14.

الفرع الثالث: شروط ممارسة الحضانة الخاصة بالرجال.

ويشترط في الرجال الحاضنين بالإضافة إلى شروط العامة شروط خاصة بالرجال وهي:

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى: حيث لا كون للرجل أن يحتضن ابنة عنه، فهو من الرغم أنه قريبها ،فإنه ليس محرما لها، وهذا المنع لها فيه من باب سد الذرائع، وخشية لما يؤدي إليه ، عدم المحرمية، بين الرجل و امرأة من فساد وفتنة.[1]

2- أن يكون للحاضن للأب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء : وجب أن يكون للحاضن عنده ما يحضن للإناث كزوجة أو أم أو خالة أو عمة ،فإن لم يكن عند الرجل ما يحضن الصغير من النساء فلا حق له في الحضانة هذا شرط المالكية.[2]

3-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لان حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم،وذلك إذا كانا لولد غير مسلم،إذا كان الولد غير مسلم وكان الرحم محرم مسلما، فليس له الحق في الحضانة، بل الحضانة إلى ذوي رحمة، من أعمامه أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما،وذو رحمة غير مسلم فلا تستند الحضانة إليه فلا توارث بينهما.[3]

---

[1]- مصطفى عبد الغني شيبة ،المرجع نفسه ،ص230.

[2]- كربال سهام ، المرجع السابق ، ص15.

[3]-أمينة ونوغي ،**(حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري)** ، شهادة لنيل شهادة الماستر في قانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ن2015، ص45.

المبحث الثالث: أصحاب الحق في الحضانة على أساس قاعدة مصلحة – المحضون.

إذ يعد مصطلح" مصلحة المحضون" ذو مفهوم واسع يتطلب معرفه مفهومه و اهم ما تمتاز به هذه القاعدة وعليه في هذا المبحث سوف نتعرف المقصود بقاعدة مصلحة المحضون وسلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون(المطلب الأول).

و أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري وفي الشريعة الإسلامية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: قاعدة مصلحة المحضون.

تعتبر قاعدة مراعاة المصلحة المحضون هي قاعدة أقدم، حيث أخذت بها الشريعة الإسلامية وكان العمل بها في زمن الرسول ﷺ وتبعه في ذلك الصحابة رضوان الله عليهم.

فإذا كانت هذه القاعدة قديمة إلا أن هذه دليل على أن الشريعة الإسلامية راعت جميع مصالح الناس واهتمت بالصغير منذ القدم.

ويروى أنّ عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته بعد أن أعقب منها ولده عاصم، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال أبو بكر لعمر: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك "[1]

إلا أن القوانين الوضعية الحديثة لقيت اهتمام كبيرا من طرف المشرعين وهذه من أجل ضمان الأطفال والتكفل بهم و اعتبرت من أهم الطرق التي يستطيع من خلالها القاضي أن يحمي حق الأطفال ،ويراعي مصالحهم ،دون التقيد بالنص القانوني،حيث يفضل القاضي في موضوع الحضانة مصلحة المحضون ،ذلك حسب السلطة التقديرية في كل قضية،وفي هذا

---

[1]– جمال الدين بن يوسف الزيلعي، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، ، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، ج03، ط 01 ، مؤسسة الريان، لبنان،1995 ، ص266.

المطلب سنتناول تعريف بقاعدة مصلحة المحضون وتبيين دور القاضي في تقرير هذه المصلحة.

الفرع الأول: معنى قاعدة مصلحة المحضون.

أبرز المشرع الجزائري في نصوصه القانونية للأحوال الشخصية قاعدة مصلحة المحضون وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة وذلك في نص المادة 64 من ق. أ. ج ، فهذا يعني أن الحضانة قائمة على أساس مصلحة المحضون وهذه القاعدة تفصل أحكام الحضانة.

-أولا: تعريف قاعدة مصلحة المحضون:

1-**تعريف المصلحة في اللغة:**المصلحة تعني المنفعة،[1]فهي كل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال على النفع تسمى مصلحة كطلب العلم مصلحة،لأن طلب العلم سبب لمنافع مادية والمعنوية ،والمصلحة تعتبر جلب للمنفعة وتدفع المفسدة.[2]

2-**تعريف المصلحة في الاصطلاح:** أعتبر الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية و أساسها،ومن بين التعريف للمصلحة قول الخوارزمي بأنها "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسدة عن الخلق"

وعرفها "الشاطبي" **<<**هي ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان، وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية، والعقلية، حتى يكون منعما على الإطلاق**>>**. وأضاف إلى قوله أن قصد الشارع في الشريعة الإسلامية هو مصالح العباد والى كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة للدين، والنفس،،والعقل، والنسل،والمال،يعد بمثابة مصلحة.[3]

---

[1]- حسن حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، مكتب المتبني، القاهرة 1981-ص 04.

[2]- زكية حميدو،(**مصلحة المحضون في القواعد المغاربية للأسرة دراسة مقارنة)** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، في قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2005، ص 67 .

[3] -كربال سهام، **(الحضانة في قانون الأسرة الجزائري)** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي أولحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة ،2013، ص30.

أ- تعريف فقه القانون للمصلحة:

من الصعب تحديد تعريف محدد لقاعدة مصلحة المحضون ،لأن الأمر هنا يتعلق بالمادة الوثيقة صلة بحياة الطفل والحياة لا يمكن أن تحدد أو توضع في إطار محدد وهذا ما ذهب إليه الأستاذ "دونييه" حيث أنه يستدرج في طرحه هذا مفسرا أن مصلحة المحضون مسألة من مسائل المستقبل لحياة الطفل ، لأن مصلحة الطفل تتحدد بما يكون عليه في المستقبل ، فحاضر الطفل من ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله وهذا ما يجعل قاعدة مصلحة المحضون صعبة ومتغيرة وليست ثابتة.[1]

يرى "ألميراك" أن مصطلح المصلحة يحتوي على مصطلح أخر هو الفائدة ،أي أن المصلحة هي الفائدة التي تعود على شخص أو شي ما ، وتعني أيضا الرفق والعناية والإحساس.[2]، تعتبر قاعدة من القواعد العامة والواسعة في معناها، ومتنوعة بموضوعها ،وذاتية ولا تعني مصلحة مالية فقط.

4-تعريف مصلحة المحضون في القانون: نص المشرع الجزائري في نص المواد 64-65-66-67-69 على لفظ مصلحة المحضون و، ولكن لم يعطي تعريف لهذا المصطلح على الرغم أنه نص عليه في أغلب مواد القانونية المتعلقة بالحضانة،ففي المادة64 من ق.أ.ج رتب المشرع الجزائري مستحقي الحضانة ، وجعل الأم هي الأولى بحضانة ولدها ،وربط في الأخير ترتيب مستحقي الحضانة بشروط مراعاة مصلحة المحضون.

يجب التمسك بما نصت عليه المادة64 ق.أ.ج وعليه قضت المحكمة العليا "" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة64 من ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين"[3].

---

[1]- عزيزة حسيني،**الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم القانونية بن عكنون الجزائر ،2001، ص 76.

[2]- كربال سهام ،المرجع السابق، ص31.

[3]-الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ، ص31.

تعتبر مصلحة الطفل هي قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية شانها شان قواعد الأخرى(النظام العام و الآداب العامة.....الخ)، تعتبر قواعد متعارف عليها بالرغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا.

تتميز قاعدة مصلحة المحضون،أنها قاعدة مرنه،ومطاطة تتأقلم مع أغلب الظروف الزمنية ،وتختلف من زمن إلى أخر ،ومن مكان إلى أخر ومن طفل إلى أخر، وجعل المشرع الجزائري مصلحة المحضون أداة يرجع لغليها القاضي، في كل حالة رأى فيها ضرر للطفل المحضون،[1] فقاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة وفي نفس الوقت ذاتية، تتعلق بكل طفل على حدا، والمشرع الجزائري نص على قاعدة مصلحة المحضون ولكن لم يعطي تعريف دقيق لهذه القاعدة رغم نصه عليها، فهذا يفتح المجال لكل قاضي السلطة في تقرير مصلحة المحضون.

والرعاية يقصد بها الاهتمام بالصغير والمحافظة عليه وتعليمه على أخلاق دينه ويرى الفقه، أن الرعاية هي تقديم وسائل التربية والتهذيب ،وسد الذرائع أمامهم ،وذلك بتقرير الحقوق التي كفلها الإسلام للعناية بهم ،إذ العنصر المعنوي يشكل معيارا جوهريا.[2]

وعليه فالطفل الذي يغير حاضنه من واحدة إلى أخرى ويغير مسكنه والجو الذي تلاءم على العيش فيه سوف يعيش اضطرابا نفسيا حادا. [3]

وعليه فمصلحة المحضون تقتضي توفير محيط عائلي منسجم ومتلائم مع الطفل والأخلاق والقيم الإسلامية الدينية، وعليه وجب أن يكون الحاضن أهلا للحفاظ على الصغير.

المشرع الجزائري في نص المادة 64 من ق.أ.ج.على أنه يستلزم أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذكره ،واستوفى شروط الحضانة ،ولأهمية هذه الرعاية أسندت الحضانة

---

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص299.

[2]– كربال سهام،المرجع نفسه، ص 34.

3- طعيبة ، **(سكن المحضون في التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع العقود والمسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر،2011، ص 65،66.

للنساء دون الرجال في الأولوية لكونهن أقدر و أصبر من الرجال على تربية أولادهن و لأشفق على صغارها.[1]

ثم تقديمهن في الترتيب الحواضن وهذا ماجات به القواعد الفقهية والنصوص القانونية ،إذ نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات،[2]على أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولادهم ،في أمنهم أو أخلاقهم بإسقاط السلطة الأبوية عنهم أولم يقضي بإسقاطها،بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج وذلك حماية لمصلحة المحضون.

أما فيما يخص الرعاية المادية للمحضون:يعتبر الأب مكلف بتوفير الرعاية المادية للطفل حيث يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به،وجودا فالإنفاق على الطفل ليس مقصورا عما ينفقه الأب من ماله،من مأكل وملبس فقط، بل بتوفير السكن المناسب له أي الملجأ من التشرد دون الضياع وبتوفير هذه الحاجيات الضرورية للصغير تجعله ينمو في جو من الاستقرار والنمو سليما من جميع الجوانب بدنيا وصحيا وروحيا ومعنويا.[3]

وفي نص المادة 75 ق.أ.ج أقر المشرع في نص المادة مجموعة من الحقوق للمحضون منها حقه في الإنفاق عليه ما لم يبلغ سن الرشد ،أو كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو لسبب التعليم،وفي نص المادة 78 من نفس القانون ،أقر المشرع الجزائري ما تشتمله النفقة، حيث حصرها المشرع في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.[4]

1- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص132.

2- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق ل 8 يونيو 1966، يتضمن **قانون العقوبات الجزائري** المعدل والمتمم.

3- غريرة حسيني، المرجع السابق، ص 79.

4 - المرجع نفسه، ص، ص 75-78.

– وبعدم تسديد النفقة جريمة يعاقب عليها القانون بنص المادة 331 من ق.ع .ج << بالحبس من 6 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة مالية من 50000 دج إلى 300000 دج...>>

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون

يلجأ المشرع إلى سلطة التقديرية إذا ترك القانون الذي يمنح هذه السلطة الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع ،ويترك له كل الحرية،وكذلك في كيفية وفحوى القرار المتخذ.

إذ أعطى للقاضي سلطة التقدير نظرا لعدم حل كافة المشكلات التي سوف تكون أمامه عند تطبيق القانون والقاضي أن يضع الحلول المناسبة لها وقضية التي تخص الصغار حساسة فعلى القاضي إعطاء الحلول المناسبة لمصلحة هذا الصغير.

-أولا:مجال السلطة التقديرية للقاضي:

تعد مسألة الحضانة مسألة قضائية بالأساس و أغلبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك لكون تدخل القاضي حتمي.

1-**حرية تصرف القاضي عند ممارسة السلطة:**أعطى المشرع الجزائري مراعاة لمصلحة المحضون للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح وأنفع للمحضون وللقاضي أن يقدر حسب الوقائع ،مراعيا الأسس التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق.أ.ج.الذي نص على مصلحة المحضون التي تكمن في العناية به وتعليمه وتربيته على دين أبيه وحفظ صحته وحمايته خلقا.[1]

2-**دور ومهام القاضي في دعوى الحضانة:**ساير المشرع الجزائري التشريعات الحديثة في توسع سلطة القاضي ودوره في مسائل الحضانة، فالمشرع في المادة 62 ومبعدها من نصوص عامة ومجردة إلا أن مكوناتها و أهدافها و أحكامها حماية الطفل وتعليمه وتربيته

[1] -زكية حميدو، المرجع السابق ، ص 77.

كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات باختلاف الأسر و أهم ما يميز التفسير القضائي طابعه التطبيقي،لأنه يتأثر بما يعرض أمام القاضي من وقائع في الدعوى ،فيعمل القاضي بدوره على التلاؤم في أحكامه القضائية مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه في القضية فيتقدم باجتهادات قريبة للواقع.[1]

3-السلطة المخولة للقاضي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

إن القاضي ملزم بأن يفصل الدعوى المطروحة أمامه ،تواصيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة ففي مختلف التشريعات أدخلت ضمن قوانينها ما يخول القاضي باتخاذه مجموعة من الإجراءات من خلال ما يقدر ويصدر أحكامه في الدعوى المثارة أمامه ،إذ أجاز المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من الإجراءات لتحقيق الجائزة قانونا بناءا على طلب الخصوم أو تلقاء نفسه،[2] و أي مرحلة تكون عليها الدعوى إلى حين أن تقبل مباشرتها أمر القاضي بإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو في طريق الاستغلال.

تخضع مصلحة المحضون إلى آليات الإجراءات:

أ-الخبرة: السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءات والمؤهلات العلمية في المجالات التي تتوفر عند القضاة بحكم تخصص العلمي للقاضي، أن يقوم بتعيين خبير متخصص لدراسة حالة المحضون الصحية والنفسية [3] هذا ما جاء في نص المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج على أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، والخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن

---

[1] -كربال سهام، مرجع سابق، ص 38.

[2] - قانون رقم:08-09 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة2008، يتضمن **قانون الإجراءات المدني، والإدارية.**

[3] - كربال سهام، المرجع السابق، ص 39.

يبدي الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو بتثبت وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده.[1]

2-**المعاينات والاستقلال إلى الأماكن:** طبقا لنص المادة 146 من ق.إ.م.إ.ج التي جاء فيها **<<**يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورة مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك**>>** [2]

للقاضي حال عدم اكتفاء ما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير يرى ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة و مشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل وفق السلطة الممنوحة له بإجراء المعاينة أو الانتقال إلى أماكن ، ويمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط والجو العائلي والمسكن الذي يعيش فيه المحضون لناء حكمه في ذلك.

3- **سماع الشهود:** إذا كان هناك شهود في القضية فان الشهود تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق أقوال الشاهد في قوله، كما له رفضها مراعاة إلى شروط القانونية المتعلقة بالشهود ففي نص المادة 150 من ق.إ.م.إ.ج. تطبق الأحكام المتعلقة بسماع الشهود المنصوص عليها في المواد من 150 إلى 162 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية.المادة 150 نصت بأنه يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود.عندما يقرر القاضي الاستعانة بشهادة الشهود بطريق من طرق التحقيق المدنية يكون ذلك عن طريف حكم قبل الفصل في الموضوع يحدد فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك هذا الحكم دعوة للخصوم بإحضار

---

[1]-سناء عماري، **(التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون الخاص تخصص أحوال شخصية ،جامعة الشهيد حمه لخضر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي2015، ص199.

[2] - قانون رقم:08-09 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة2008، يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**

شهودهم المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.كما يجوز لتشكيلة الحكم أو القاضي المقرر الذي يقوم بسماع الشهود أن يستدعي أو يستمع إلى أي شخص يرى سماعه مفيدا كما يجوز أيضا سماع أعوان الإدارة أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات المطلوبة.[1]

«يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي يكون بطبيعتها قابلة لإثبات بشهادة الشهود،ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية »[2]

4-**اليمين:** وهو الاستشهاد بالله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله،والخوف من بطش وعقاب وينقسم إلى نوعين:

- اليمين الحاسمة: التي تحسم النزاع.
- اليمين المتممة: التي منها تكملة الأدلة المتوفرة في الدعوى.[3]

المطلب الثاني:ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

يعتبر الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر من القاضي أنثى كان أو ذكرا حيث يتساوى النساء والرجال في أهليتهم للحضانة ، مع الاختلاف في الأولوية والتباين في الترتيب ، غير أن المتفق عليه فقها، وقانونا ، هو أولوية الأم في حضانة صغارها، وهذا ما يقره مبدأ العدل، ويقبله العقل السليم.

وعليه نتناول ترتيب لأصحاب الحق في الحضانة في ظل نص المادة64 من ق.أ.ج، في الفرع الأول.وأصحاب الحق للحضانة في الشريعة الإسلامية في الفرع الثاني.

---

[1]- قانون رقم:08-09 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة2008.

[2]- نص المادة 150 ق.إ.م. إ.ج.

[3]- كربال سهام، المرجع السابق، ص 40.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في ظلّ نص المادة 64 من ق.أ.ج.

إن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض على أساس مصلحة المحضون، جعلوا النساء أ أولى درجة بحضانة الصغير، لشفقتهن والأهدى إلى تربية، ورعاية ولأصبر على القيام بها، ورتبوا مستحقي الحضانة لكل من كان أشفق والأقرب إلى الصغير.

- قبل التعديل فيفري 2005 ، نصت المادة 64 من ق. أ.ج عما يلي:**<<** 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>>.

نلاحظ أن المشرع الجزائر ي قدم الأم على غيرها بحضانة ولدها، ثم أم الأم (جدة لأم) لقرابتها ولأن أم الأم مثل الأم لمشاركتها في الإرث والولادة.[1] ثم الخالة سواء كانت أختا شقيقة للأم أو أختا من الأب أو أختا من الأم،و أن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه . ثم الأب إذ جانب الأنثى في حضانة الصغير أولى من جانب الذكور، وجاءت مرتبة الأب في المرتبة الرابعة،ثم أم الأب (جدة لأب) إذا لم توجد الأم أو الخالة أو وجد السبب المسقط لحق الحضانة، أو عدم اكتمال شروط في الحاضن انتقلت الحضانة إلى الأب ومن بعده إلى أمه[2]، ثم الأقربون درجة ولم يذكر أو يحدد المشرع الجزائري من هم ترك المجال مفتوح وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى نص المادة 222 من ق . أ.ج.التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية.[3]

- بعد التعديل فيفري 2005 نص المادة64 بموجب الأمر(05-02)عما يلي : ((الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة 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)).

---

[1]-عبد الكريم زيدان، المرجع السابق،ص10.

[2]- فضيل سعد، **شرح قان ون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج 01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص376 .

[3]- حميدو زكية، المرجع السابق، ص 374 .

اثبت المشرع الجزائري حق الحضانة للنساء أصلا ، لكونهن اقدر ولأصبر على الرجال على تربية الطفل والعناية ه بكل ما يحتاجه ، والملاحظ أن المشرع الجزائري أبرز ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر، مبدئيا بجهة الأم ثم جهة الأب ، ثم الأقربون الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[1]، كالتالي :

- **أولا: الأم ومن يليها من قريباتها:** وذلك الأم وأم الأم (جدة لأم)، والخالة.

1-الأم: تعتبر الأم أحق بحضانة ولدها بعد الفرقة الزوجية إما بالطلاق أو بالوفاة ، لما تتوفر فيها من خاصية لحضانة ولدها،والأم بالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية و استقرارها لدى الطفل من حيث التربية وتهذيب أخلاقه فالطفل للاعتبار لصغر سنه ومن أجل و استقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي ، و هي كذلك منبع العطف و الحنان ، و مجر ى الحب و الشفقة، و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، و إذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك[2] . أعطيت المرتبة الأولى في ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون، وهناك أدلة من السنة في تقديم الأم على غيرها بحضانة أولادها ((أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي)).وقال النبي ﷺ أيضا في حرمان الأم من ولدها:من فرق بين الوالدة وولدها فرق بينه وبين أحبته يوم القيامة. ورد الحديث هنا في تحريم التفريق بين الوالدة وولدها.[3] قدمت الأم عن غيرها من الناس ذلك لأهليتها من جهة ومن جهة أخرى فإن اغلب النزاعات المطروحة على العدالة تكون الأم فيها تطالب بحضانتها لولدها و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : ((الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير و أعرف بتربيته ، و حمله ، و تنويمه ، و أصبر عليه ، و أرحم ، فهي أقدر و أصبر في هذا الموضوع ، فتعيّنت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع.

---

[1]-بلحاج العربي،ا لمرجع السابق،ص380 .

[2]- صالح بوغرارة ، **(حق وق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة بن. يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص78.

[3]- وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج 07، ط02 ، دار الفكر، دمشق، 1985، ص720.

ثم قال : و مما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا بل لا يقدم المعتدي ، أو المفرط على العادل البار مطلقا ، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة ، و إن دفعت به مضرتها ، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر أولى بها بلا ريب))[1].

وكذلك روي عن عمر بن الخطاب أنه طلق زوجته أم عاصم أ راد أن يأخذ ولده عاصما منها، فأبت عليه ذلك، وتخاصما إلى أبي بكر رضي الله عنه وهو خليفة، فقال لعمر :خل بينه وبينها ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عنك، فكان إجماعا منهم على تقديم الأم على غيرها ولو كان أبا [2].

فإن وجد مانع يمنع من حضانة الأم لصغيرها لزواجها برجل آخر سوى والد الطفل الصغير فلكل أهل مذهب طريقة خاصة في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم ,ومن يقدم عند الاستواء في الاستحقاق ,ولكل بلد إسلامي نظامه الخاص به منصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية المعمول به في كل بلد. [3]

2- **أم الأم (الجدة لأم):** تستحق الجدة الحضانة إذا تزوجت الأم ، أو ماتت ، أو تركتها، أو عجزت عنها،أو لم تكن من أهلها،[4] نصت المادة 64 من ق. أ .ج على أن الجدة لأم في المرتبة الثانية بعد أن تسقط الحضانة عن الأم لأي سبب كان في سقوط هذا الحق عنها ،سواء تعلق هذا السبب بالوفاة أو بالزواج أو لأي سبب أخر يكون فيه خطر على الصغير ،فالقاضي يحكم بإسناد الحضانة للأم الأم إذا طلبتها أو تنازلت عنها الأم وسقطت حقها في ذلك بمبرر شرعي لزواج من زواج أجنبي.[5]

---

[1]- ،صالح بوغرارة ، المرجع السابق،ص77.

[2] - سارة خليفي ، المرجع السابق، ص17.

[3]- محمود حامد عثمان ، المرجع السابق ، ص16.

[4]- نورة بنت عبد الله المطلق، **حضانة الجدة في الفقه الإسلامي**، منشور في مجلة البحوث الإسلامية،العدد91، د.س.ن ، ص 11.

[5]- محمود حامد عثمان ،المرجع نفسه، ص17.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لأحكام الحضانة فإنها تتفق مع جاء في القانون لأن أم الأم مثل الأم لمشاركتها في الإرث والولادة.[1]

في قرار محكمة العليا بتاريخ 2008/02/13قضت أنه "عند إسناد الحضانة للجدة للأم تبيان مصلحة المحضون"[2]

3-الخالة :الخالة سواء كانت شقيقة للأم أو أختها من الأب أو من الأم فقط إلا أن شفقة الخالة ومعاملتها للمحضون من شفقة ومعاملة الأم، وجاء ترتيب الخالة مرتبة الرابعة للنساء،

بعد الأم، والجدة لأم، والجدة لأب، هذا ما جاء به المشرع الجزائري في نصه، وما جاء في اجتهاد المحكمة العليا في العديد من قراراتها وما ذهب إليه الفقه كذلك.[3]

- ثانيا: الأب ومن يليه من أقاربه.

إذا لم يكن للمحضون أحد من النساء المذكورات من جهة الأم لانتفاء الشرط أو لوفاتهن وانتقلت الحضانة إلى جهة الأب فقد محددتهم المادة 64 ق. أ.ج كتالي:

1- **الأب:** ثم تكون الحضانة للأب، لأنه أشفق ممن يأتي بعد الأم، ولأنه أقرب من غيره، وليس لغيره مثل شفقته [4]، بناء على ما نص عليه المشرع الجزائري في ترتيب الحواضن خصت للأب المرتبة الثانية بعد الأم وإن كانت أم الأم وأم الأب والخالة أولى بحضانة الصغير من الأب بالنسبة إلى الأمام مالك وأبو حنيفة.[5]

---

[1]- سارة خليفي ، المرجع السابق ،ص17.

[2]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/02/13،الملف رقم(424292)، **مجلة المحكمة العليا**،2008،العدد01،ص267.

[3]- عبد الفاتح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري** ، من خلال مبادئ أو أحكام الفقه الإسلامي، دار الثالثة ، الجزائر،1999،ص268.

[4]- وجنات عبد الرحيم مينمي، **لمن الحضانة؟، مجلة جامعة أم القرى لعلوم التشريعية واللغة العربية وأدابها**، ج15،عدد27، كلية التربية لإعداد المعلمات، مكة المكرمة، 1424هـ ، ص377.

[5]- عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق،ص594.

ولعل تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم والخالة جاء متأثرا برأي ابن القيم الجوزية ، بحيث يرى أن الأرجح تقديم جهة الأب على جهة الأم لأنه لم يشهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في الميراث والولاية.[1]

جاء في قرار المحكمة العليا "أن قضاة الموضوع الذين اسندوا الحضانة إلى الأب مراعاة لمصلحتهم، اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، إعمالا لسلطتهم التقديرية ، فقد طبقوا صحيح القانون".[2]

2- أم الأب (الجدة لأب): الطفل بعد أبويه وثيق الصلة بجداته من الجهتين ، ويبدو أن المشرع متأثرا بالمذهبين الشافعي والحنبلي ، اللذان يقدمان الأب على أمه ، وهذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب.[3]

- ثالثا: الأقرب درجة.

أن المشرع الجزائري في نص المادة 64 من ق.أ.ج على الأقربون درجة من الفئة الثالثة، من مستحقي الحضانة بعد الأم ومن قريباتها ، والأب وأقربائه في نص المادة**<<...** الأقربون درجة...>> ، دون تحديد من هم من لهم الحق في حضانة الصغير من الأقربون درجة إلا أنه في مثل هذه الحالة نلجأ إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج في حالة عدم النص عليه في القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية.[4]

---

[1]- كربال سهام ، المرجع السابق ، ص43.

[2]- قرار رقم: 153640، بتاريخ 1997/02/18، **المجلة القضائية** لسنة 1997، العدد01، ص39.

[3]- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص594.

[4]- حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص374.

الفرع الثاني: تحديد الشريعة الإسلامية إلى مستحقي الحضانة.

رتب المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة من النساء والرجال في نص المادة 64 من ق.أ.ج وفي الأخير نص على الأقربون درجة دون ذكرهم ، إلا أنه نص المشرع الجزائري في نص المادة 222 من ق.أ.ج على وذلك عملا بأحكام المادة 222 قانون أسرة التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد عليه نص ، وبالتالي :

- **أولا : القريبات من المحارم.**

القريبات من المحارم في المذهب الأربعة:

1- **في المذهب المالكي:** يترتب القريبات من المحارم بدا من الأخت الشقيقة ، على التي للأم،وهذه الأخيرة على التي للأب،ثم عمته أخت أبيه، ثم عمة أبيه، أخت أخد جده ،ثم خالة أبيه ثم بنت الأخ الشقيقة ،ثم التي لأم ثم تليها التي للأب، وإذا اجتمعن رجح بنات الأخ على بنات الأخت ، وفي حالة تساوت الحاضنات في جميع ذلك، تقدمت ألأكبرهن سنا، فغن تساوين من كل جهة تقدم دوما الشقيقة على التي للأب ن وتقديم الأخيرة على التي للأب.[1]

2-**أما المذهب الحنفي:** يرتب الحنفية يرتب الحاضنات، بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات،ثم الخالات،على خلاف المذهب المالكي ، ثم عمات المحضون، فخالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات الأم، فعمات الأب ، وتقديم الشقيقات على التي للأم على التي للأب في حالة تساوي الحاضنين من كل جهة.[2]

3-**أما المذهب الحنبلي** :يرتب أصحاب هذا المذهب ، القريبات الحاضنات للأخوات بدأ، بأخت الشقيقة ثم أخت لأم ، ثم أخت لأب ، ثم الخالات بدأ بالخالة الشقيقة ، ثم الخالة للأم ، ثم الخالة للأب ، ثم العمة ،ثم خالات الأم،ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه ،ولا حضانة لعمات الأم،مع عمات الأب،ثم أخواته، ثم بنات أخواته ، ثم بنات أعمامه ن ثم بنات عماته ،ثم بنات عمات أمه،ثم بنات أعمام أبيه.[3]

---

[1]- كربال سهام ، المرجع السابق،ص45.

[2]- المرجع نفسه ،ص46.

[3]-المرجع نفسه ، ص46.

4- أما في المذهب الشافعي :القريبات من المحارم هن الأخت ثم الخالة ،ثم بنت الأخت،ثم بنت الأخ،ثم العمة ثم بنت الأخت،ثم بنت الأخ،ثم العمة ،ثم بنت العم،ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم على التي للأم.[1]

ثانيا: العصابات من محارم الرجال.

حددت المادة 150 من ق.أ.ج مفهوم العاصب(لعاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقى منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وان استغرقت الفروض التركة فلا شيء له).

وذلك قياسا على حضانة الولد لأن حضانة الولد تعود على العاصب في حالة لاستغراق لكل الأشخاص السالف ذكرهم، وفي نص المادة153 من نفس القانون، حيث جاء تصنيف العصابات كالتالي : جهة البنوة ثم جهة الأبوة ثم جهة الأخوة ثم جهة العمومة ، بالنسبة للميراث.[2]

وعليه فالأخ هو أخ الشقيق المحضون ، ثم الذي يليه الأب بالنسبة للفقهاء الحنفية خلافا للمذهب المالكي، الذي جعل الجد أسبق من الأخ[3]

أي الجد للأب وإن علا،ثم ابن أخ المحضون،ثم عم المحضون الشقيق أولا،ثم يليه للأب،وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون،وبتالي يحق له حضانة الطفل ،ثم أبناء العم ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور،إذ أنهم من العصابات غير المحارم وبالتالي لا حضانة لهم لأنثى.[4]

---

[1]- سمير محمد محمود عقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، .دار المنار، مصر،1986 ، ص 28.

[2]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص80.

[3]-عبد الرحمن الجزايري، المرجع السابق، ص219.

[4]- المرجع نفسه، ص469.

- ثالثا: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام.

تشتمل المحارم غير العصبة من الرجال وهم الجد أبو الأم،ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم،ثن العم لأم ثم الخال الشقيق ،ثم الخال لأب،ثم الخال لأم ، ولا ينتقل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن ألا يوجد من القريبات من المحارم من الرجال لهم الحق بالحضانة ، بأن لا يوجد احد أصلا، أو يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة.[1]

- رابعا: ما يراه القاضي أصلح لمصلحة المحضون.

في حالة عدم وجود من يكون أهلا لحضانة الصغير،أحدا ممن سبق ذكرهم ،وانعدم الحاضنون لأي سبب كان،سواء لعدم قدرتهم أو فقدانهم، كان القاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية والتكفل بالطفل المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم وغيرهم.[2]

---

[1]- محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط 03، مطبعة السعادة، مصر، 1966، ص407.

[2]- كربال سهام ، المرجع السابق، ص47.

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة عن الحضانة

بعد فك الرابطة الزوجية أو موت أحدهما لابد من إسناد حضانة الأولاد إلى أحدهما حسب الأولوية التي نص عليها القانون، لكن الأمر لا يقف هنا، بل بإسناد الحضانة إليهما أو إلى غيرهما حسب ما حدده القانون يرتب التزامات والواجبات على عاتقهما حتى يتحقق الهدف من الحضانة ،فالمحضون له عليه أن يقدم جملة من الخدمات أو الضمانات للمحضون لكي يضمن له لحياة السوية المستقرة، (المبحث الأول).

أما الحاضن فبالإضافة إلى الدور الذي يقوم به من رعاية وحفظ وتربية للمحضون، بغض النظر عن شخصه فيقع عليه أن لا يحرم المحضون من رؤية المحضون له، ولا المحضون له من رؤية المحضون، كما تترتب مسؤوليته عن كل الأفعال الصادرة عن المحضون والتي تلحق بالغير فلا يكون بذلك مسؤولا فقط اتجاه المحضون له بزيارته المحضون(المبحث الثاني).

لكن هذه الالتزامات المتبادلة لا تكون أبدية باعتبار أن الحق في ممارسة الحضانة ليس كذلك، فهو ينتهي إما مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها، وأما نهائيا بانتهاء مدته وعودتها(المبحث الثالث).

المبحث الأول: الالتزامات على المحضون له.

عند انفصال الزوجين لأي سبب كان ن فإن نفقة الحضانة تكون واجبة على أبيه، أو من عليه تلزمه نفقته، وتستمر النفقة على الأنثى حتى تتزوج، فقال "ألعدوي": (وتستمر نفقة الأنثى على أبيها حتى يدخل بها، زوجها البالغ الموسر، أي يختلي بها).[1]

جاء في نص مادة 78 من ق.أ.ج ما يلي:(تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

من الملاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري لم يحصر النفقة فيما ذكره، بل ترك المجال مفتوح، إمكانية أن تشتمل هذه النفقة على كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون في عبارة(وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

ألا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن ولاية الإنفاق على الصغير تعتمد اليد الممسكة له شرعا، والحاضنة لها يد على المحضون، هذه اليد قائمة بحكم الشرع، ولذلك من حق الحاضنة أن تطالب والد المحضون بنفقة المحضون، بحالة ما إذا كان موسرا، وفي حالة كان معسرا فإن النفقة على الصغير تنتقل إليها بحكم القانون، بحسب قدرتها على ذلك، حسبما جاء في نصوص المواد ، 76، من ق.أ.ج ، في حالة ما إذا لم يكن للمحضون مالا وفي حالة انه لم يستطيع كلا الوالدين الأم والأب النفقة على المحضون، ولم يكن لهذا الأخير مال تنتقل النفقة إلى الأشخاص أشارت إليهم المادة 77 من ق.أ.ج.

[1]– العربي بختي، المرجع السابق، ص137.

المطلب الأول: النفقة على المحضون.

النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، لأنها تصون حياته وتوفر لها الحماية والرعاية وهذا وبما جاء في نص المادة 76-77 من ق.أ.ج و باقي النصوص الأخرى ، إذ تعد نفقة الأولاد على الأب في حالة وجوده وعدم عجزه عن الكسب(الفرع الأول).

وما يخص نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب أو حالة عدم وجوده(الفرع الثاني)

وللنفقة لابد من مدة محددة لاستحقاقها وإلا سقط حق في ذلك(الفرع الثالث)

الفرع الأول: نفقة الأولاد على الأب في حالة كان موجوداً و غير عاجز عن الكسب.

الأب ملزم بالنفقة على أولاده ، وتعتبر نفقة الوالدين المعسرين واجبة عليهم لأولادهم، متى كان واجدا لها، فعن عمارة بن عمير، عن عمته أنها سالت عائشة قالت:في حجري يتيمن فأكل من ماله؟ قال الرسول ﷺ:(إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، والولد من كسبه).[1]

إذ جاز للوالدين الأخذ من مال ولدهما، سواء آذن الابن لهما أم لم يأذن، ويجوز لهما التصرف فيه، ما لم يكن ذلك على وجه الصرف والسفه، لحديث جابر أن رجلا قال: (يا رسول الله إن لي مالا و والدا، وان أبي يريد أن يجتاح مالي)، فقال:(أنت ومالك لأبيك).[2]

وما ذهب إليه الأئمة الأربعة فيما يخص النفقة إلى ما يلي: [3]

- يرى **المالكية** أن النفقة واجبة هي على الأبناء المباشرين ، فلا تجب إلى ولد الولد.
- يرى **الشافعية** أن النفقة تجب على الأولاد وإن سقطوا.
- ذهب **الحنفية والحنابلة** إلى ما ذهب إليه الشافعية.

إذ يستمد دليل نفقة الأولاد على الأب من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول كالتالي:

1- فقه السنة، المرجع السابق، ص1085.

2 – نفس المرجع، ص185.

3- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق ، ص، ص192-.193 .

- **أولا : من الكتاب: لقوله تعالى :{{**..... وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ، فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ، وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ، وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ **}}**[1].

أوجب الله تعالى رضاع الولد على والديه ، على أبيه، إذ فرزق الوالدات والمرضعات والمطلقات ومنقضيات العدة فيها إيجاب نفقة الرضاعة على المولود له وهو الأب، إذ ذكر تعالى النفقة والكسوة في فترة الرضاعة لكفالة وحاجة المرأة إلى ذلك في فترة الرضاعة، إذ أجار الله عز وجل أن تفطر المرأة في حال صيامها من أجل إرضاع ولدها ولحاجتها إلى الطعام في ذلك.[2]

- **ثانيا: من السنة:** فنفقة الزوجة لا تسقط بغناها, ولا بعملها, ما لم يشترط عليها الزوج أن تنفق على نفسها –مثلًا– مقابل إذنه لها بالخروج إلى العمل؛ إذ من حقه منعها من الخروج من بيته, فإن لم يشترط عليها ذلك, وأذن لها في العمل, فإن نفقتها لا تسقط عنه وعليه أداؤها، ولو منعها إياها واستطاعت الوصول إليها دون علمه فلها أخذ مقدار نفقتها بالمعروف؛ لما روى البخاري ومسلم وغيرهما من حديث عائشة –رضي الله عنها – أنها قالت :دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت :إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك ."وفي رواية لها : "إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليَّ جناح أن آخذ من ماله سرًا؟."

- **ثالثا: من الإجماع: إذ** قال ابن منذر في هذا: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.[3]

1- سورة الطلاق، الآية 06.

2- كربل سهام ، المرجع السابق، ص51.

3- المرجع نفسه، ص52.

– **رابعا: من المعقول:** إن الإنسان وجب أن ينفق على نفسه وعلى أهله، ولأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه، والولد جزء الوالد، وإحياء الوالد لنفسه وجب عليه إحياء جزئه، وهو ولده.[1]

– **وبالنسبة إلى قانون الأسرة الجزائري** في نص المادة75 التي نصت عما يلي:(تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاج ا ز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب).

وعليه وجبت نفقة الولد أو الأولاد في حال التعدد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد ،والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الوالد عاجزا لآفة بدنية أو عقلية أو مزاولا للدراسة وتسقط في حال الاستغناء عنها بالكسب.[2]

تشتمل نفقة الحضانة الغذاء، والكسوة ، واللباس، والعلاج، ومصاريف الدراسة، وجبت النفقة من مال المحضون في حال كان صاحب المال، بحيث يكون المال كافيا ومؤديا لضروريات وكل ما يحتاجه في فترة الحضانة، إذا لم يكن للمحضون مال، أو كان له مال ولكن غير كافيا ، انتقلت نفقته إلى الأب.[3]

لاعتبار غذاء الولد من باب النفقة، فإن النفقة على المرضعة كذلك من باب الإنفاق على المحضون،ومصدر غذاء الصغير الحليب كما أمر الله تعالى الوالدات إرضاع أولادهن في قوله تعالى: {{.. وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ،لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ، وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ، لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا..}}.[4]

وجب على الأم إرضاع ولدها وفي حال امتنعت عن إرضاع ولدها أو لم تستطع ذلك، ألزم الأب أن يستأجر امرأة أخرى لإرضاع الولد لمصلحة الولد وصحته، وأجرتها تكون على

1– نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى ، الجزائر، 2006، ص263.

2– كربال سهام، المرجع السابق، ص52.

3– المرجع نفسه، ص52.

4– سورة البقرة ، الأية233 .

الأب. [1] وعلى الذي يمتلك الحق في حضانة الصغير توفير الغذاء للمحضون ضروري وليس فقط في فترة الرضاعة بل يمتد إلى غاية سقوط الحضانة، حسب ما هو مبين في نص المادة75 من ق.أ.ج وهذا حفاظا على المحضون من الهلاك والضياع لأي سبب كان.

وعلى الحاضنة أن تقوم بالنفقة على المحضون من المال الذي يقدمه والده له، وفي حال ثبت أن الحاضنة لا تؤدي بإنفاقها المال الصغير، فإنها تكون غير أمنة إذ تكون قد خالفت شرط من شروط الحضانة، وعلى الوالد أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها وإذ ما عجل الأب من نفقة الصغير إلى حضانة الصغير إلى حضانته بغير أمانة في يدها، تنفقها عليه في الزمن الذي عجلت عنه، وفي حالة خروج الولد من يدها كان كان من حق الأب استرداده ما بقى من المعجل ولم تدعي الحاضنة هلاكه.[2]

الفرع الثاني: نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب أو حالة عدم وجوده.

في حالة إعسار الأب ولعدم قدرته على الإنفاق على الأولاد، ى في هذه الحالة يعفى الأب من الإنفاق على أولاده، وتنتقل النفقة قوة القانون إلى الأم ، إذ كان الأب عاجزا على النفقة أو عدم وجوده وعدم قدرة الأم على ذلك، فهنا تنتقل إلى الأصول هذا ما جاء في نص المادة77 من ق.أ.ج.

- **أولا: وجوب النفقة على الأم:** جاء في نص المادة76 من ق.أج (في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك)، تنتقل مسؤولية نفقة ورعاية الأولاد إلى الأم في حالة لم يكن للمحضون مال وعجز الأب عن ذلك أو عدم وجوده، أولاها المشرع الجزائري النفقة على أولادها بعد عجز الأب لأي سبب كان، من باب التعاون بين الوالدين على ضمان رعاية الولد، ولأنها أولى الناس برعاية وحماية ولدها وحرصها عليهم من الهلاك والضياع.

وتنتقل واجب نفقة من الأب إلى الأم وفق لشروط التالية:

1-كمال لدرع، **مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية والسياسة، الجزء 39، عدد01، 2001،ص52.

2-أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وأثارهما**، المرجع السابق، ص ص660، 661.

1) إذا كان الأب عاجزا فعلا عن الكسب والأم قادرة على النفقة بوجود المال لديها، يمكنها النفقة على أولادها سواء بالعمل أو بغيره، فإذا كان الأب قادرا على الكسب والأم موسرة ، فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة عنه، أو التذرع بحجة عدم العمل أو الإعسار، في حال انه قادرا على العمل، وهذا لأن النفقة من حق المحضون.

2) أن يقوم بالدليل عجز الأب عن الإنفاق وقدرة الأم عن الإنفاق كان تكون الأم قادرة عن الإنفاق لعملها، وعليه في قرار عن المحكمة العليا بالجزائر نص على((من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها ومن حق لأولادها في النفقة بدون مبرر شرعي.

إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقتضى بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة، الطاعنة، رغم عدم إثبات عسر المطعون ضدها أخطأ في تطبيق القانون)).[1]

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة، من دون مبرر شرعي سواء بنفقة الزوجين الواجبة لها، أو بنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا، بالنسبة للبنتين الفقيرتين، وأنه في حكم المستأنف لم يذكر المطعون ضده الإعسار وإنما ذكر ذلك أمام المجلس القضائي، وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد37،61،72،75،78 من ق.أ.ج التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف فغنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيق القانون.

– **ثانيا: وجوب نفقة الأصول على الفروع:**وجبت نفقة الأقرباء المعسرين على أقاربهم الموسرين، فقد أختلف فيها الفقهاء منهم من قال بوجوبها من باب صلة البر والرحم ، ومنها من قال بعدم وجوبها،أما المشرع الجزائري في النص المادة77ق.أ.ج على ما يلي:(تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث)، نجد المشرع الجزائري نص على نفقة الأصول ونفقة الفروع، ولم يحدد لا الأصل ولا الفرع، والأصل هو الأب، وأب الأب وإن علا ،وأما الفرع هو الابن وابن الابن وإن نزلن، والأصول عند الإمام مالك هم الآباء، والأمهات المباشرين وليس الأجداد ، ولا الجدات مطلقا

1– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2000/02/22، ملف رقم:237148، **مجلة القضائية**،،200، عدد خاص.

من جهة الأم ولا من جهة الأب. أما الحنفية والشافعية والحنابلة فالأول عندهم الأب، والجد، وإن علا، وأم الأم، وأبو الأم، وأم الأب، وإن علون.[1]

ومما متفق عليه انه يشترط لإنفاق على القريب الشروط التالية:

– أن يكون القريب فقيرا لا مال له، و لا القدرة له على الكسب المال لعدم البلوغ أو لكبر السن ، أو الجنون أو المرض ، أو لمرض، أو لعاهة ، وغيرها.

– أن يكون الملزم بالنفقة موسرا، مالكا لنفقة فاضلة عن نفسه، غما من ماله أو من الكسب، فيلزم القادر على التكسب على الإنفاق على قريبه الفقير لحاجته للنفقة،

– أنت يكون المنفق قريبا للمنفق عليه، ذا رحم محرم منه، ومستحقا للإرث منه كما قال الحنفية.[2]

أما الشرط الذي اختلف فيه الفقهاء يتمثل في "إتحاد الدين"، إذ ذهب الحنفية أنه لا يشترط الدين في نفقة الأصول ولا نفقة الفروع، ولا نفقة الزوجية، إذ اشترط الحنفية "إتحاد الدين" في غير هذه الفئات الثلاث لعدم أهلية الإرث بين المسلم وغير مسلم.

الشافعية والمالكية لم يشترطوا "إتحاد الدين" في وجوب النفقة بل ينفق المسلم على الكافر ، والكافر على المسلم، لعموم الأدلة الموجبة للنفقة.

الحنابلة لهم روايتان:

– الأول: تجب النفقة مع إخلاف الدين بينهم.

– الثاني: لا تجب النفقة مع اختلاف الدين، لأنها مواساة على البر والصلة، ولعدم الإرث هنا، ويرون أنها تختلف عن نفقة الزوجات، لأنها عوض يجب مع الإعسار فلم يمنعها اختلاف الدين كالأجرة والصداق.[3]

1– أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص165.

2–المرجع نفسه، ص165.

3– رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص195.

الفرع الثالث: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها.

من أهم المسائل التي تطرح في موضوع النفقة، هو كيفية تقدير النفقة، وكيفية إلزام المدين بها بتسديدها وتاريخ إلزامه ذلك.

- أولا: تقدير قيمة النفقة.

الأصل في النفقة أن ينفق الأب على أبنه المحضون دون الحاجة إلى حكم قضائي، وفي حالة أمتنع الأب عن أداء النفقة، يقوم من كانت له الحق في حضانة الصغير، الحق في المطالبة بنفقة المحضون لارتباط النفقة بالحضانة، ولا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها على الولد إلا بالإنفاق عليه ، نصت المادة 79 من ق.أ.ج في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)، حددت هذه المادة معير تقدير النفقة بين الزوجين ، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد من نفقة المحضون[1]

ومن خلال نص المادة79 ق.أ.ج يتضح أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب للنفقة كأجر للنفقة، ولم يلزم المشرع الجزائري بشي، إلا مراعاة الطرفين، وفي قرار للمحكمة العليا بنصها عما يلي: (من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج)[2] ،إذ على القاضي حال تقدير النفقة أن يقدرا بحسب حال الزوج عند الحكم، بحيث تتماشى النفقة بظروف الزوج المعيشية، وإذا كان صاحب مال تتماشى هنا أيضا النفقة حسب قدرته المعيشية كذلك.[3] وللقاضي خيارين أساسيين لتقدير النفقة حال الأخذ بهما كانت مهمة القاضي سهلة، أولها حال الزوج أثناء الحكم بالنفقة، وثانيها الظروف المعيشية ، وعلى الكل فإن النفقة الذي يحكم بها القاضي يمنحها لطالبها، ولا يقبل

1- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج01،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر،1999، ص387.

2- قرار المحكمة العليا، رقم51715، الصادر بتاريخ 1989/01/16، **المجلة القضائية**،1992، العدد02، ص55.

3-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص162.

القاضي مراجعتها إلا بعد عام أي سنة ابتداء من تاريخ تقريرها والحكم بها، وهذا ما أشارت إليه المادة79من ق.أ.ج[1]

ومما أكدته المحكمة العليا في قرارها، على وجوب إنفاق الأب على ابنه المحضون، شرط أن يكون هذا الغبن نتيجة علاقة شرعية، وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1987/02/07،<< من المقرر قانونا وشرعا، إن نفقة الأولاد تجب على الأب، إذا ولودوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا للأحكام الشرعية الإسلامية >>.[2]

غذ ليس من حق الحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا، مبلغا تفرضه هي أو مبلغا يحدده الأب ويدفعه بنفسه، ويمكن للأب أن يمنح المبلغ المحدد قضاء في النفقة وزيادة عن ذلك،لكن ليس له أن يمنحهم اقل من المبلغ المحدد.[3]

- ثانيا: تاريخ استحقاق النفقة.

تعتبر النفقة حق للأطفال فعلى الحاضن أن يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي، نصت المادة 80 من ق.أ.ج على(تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى).

وضع المشرع الجزائري حداً لكل تعجيزات التي كانت تطرأ بشأن تاريخ بذاته استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، حيث أصبح على القاضي كقاعدة عامة ألا يحكم للزوجة بكل ولا بعض ما تستحقه وتطلب من نفقة متراكمة عن مدة سابقة ووجب على القاضي أن يحكم لها بما تستحقه هي أو أولادها الذين أخذتهم معها دون إرادة زوجها من حدود من بعد رفع الدعوى، وابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالنفقة قبل رفع الدعوى، ولا بعد صدور الحكم إلا في حالة تتضمن فيها الحكم القضائي بالطلاق لكلا الزوجين وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة، حيث يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة الحكم بالنفقة مستقبلا للأولاد، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالنفقة المؤقتة

1- قاسي عبد الرؤوف،(**الحضانة في ضل قانون الآسرة الجزائري**)، مذكرة لنيل شهادة التخرج إجازة المعهد الوطني للقضاء، مدرية التربصات، دفعة الثانية عشر،2004، ص41.

2- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:47915، عدد3، نقلا عن العربي الحاج، المرجع السابق، ص136.

3- أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص162.

للزوجة أو لأولادها بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة والمحاكمة ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع.

استثناء من القاعدة العامة التي لا تسمح بالنفقة إلا من تاريخ طلبها تبعا لرفع الدعوى أمام القضاء، فإن المادة80 من ق.أ.ج سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة بعد شهور إذا طلبتها الزوجة واستحقها شرعا وذلك لمدة لا تزيد عن سنة واحدة فقط، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالنفقة لمدة تزيد عن سنة واحدة وإلا أعتبر حكمه مخالفا للقانون.[1]

وذلك بأثر رجعي لمدة محددة ألا تزيد عن تاريخ رفع الدعوى، ففي حالة لم تستعمل الحاضنة حقها في المطالبة بحقها في النفقة على أولادها ومضى عن ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم فيها إلا في حدود سنة فقط.

وإذا قدر القاضي النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصا إلا بعد مرور سنة من تاريخ الحكم.[2]

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة79 من ق.أ.ج مقتضى إعادة النظر في الفقه الأسس التي يعتد عليها القاضي عند تقديرها غير ثابتة بل هي تتغير وتتطور فمن غير المعقول لأن مستوى المعيشة يرتفع وضروريات الحياة أيضا ترتفع أسعارها وتبقى النفقة ثابتة، وتراجع النفقة بناء على طلب القاضي وليس تلقائيا.[3]

وعلى القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي اعتمد عليها في تقدير النفقة لأول مرة وعلى المستفيد في الحكم بالنفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها من أجل الحصول عليها، وفي حالة امتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطى ضمانة لاستفاء هذا الحق، نص المشرع الجزائري في نص المادة 33 ق.ع.ج على جنحة دفع النفقة إذ يعاقب المتمنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين (06)أشهر إلى03 سنوات حبس، ومن500دج إلى5000دج غرامة نافذة.[4]

---

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص229.

[2] – أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص164.

[3]–كربال سهام،المرجع السابق، ص59.

[4]– نص المادة331 من ق.ع.ج << عاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 5000دج كل شخص يستهين بقرار قضائي صادر ضده أو يتجاهل أمرا أو حكما قضي عليه بان يدفع نفقة غذائية إلى زوجته أو إلى أصوله أو فروعه ويبقى عمدا مدة أكثر من شهرين دون أن يقدم كل المبالغ المالية المقضي بها ودون أن يسدد كامل مبلغ النفقة>>

المطلب الثاني: سكن ومكان الحضانة.

يعتبر السكن من المتطلبات والحاجيات الهامة بالنسبة لحضانة الصغير، من مواصفات و من عليه بتوفير هذا السكن أو الدفع بدل الإيجار هذا ما نتطرق إليه في هذا المطلب وفقا لكل فروع.

الفرع الأول: المقصود بمسكن الحضانة.

-أولا: تعريف السكن.

السكن في اللغة من سكن سكونا: قرّ وسكنته تسكيناً ، وسكن داره، وأسكنها غيره، والاسم السكن المحركة، والسكني كبشري، والمسكن تكسر كافه: المنزل والمسجد، والسكن : أهل الدار.[1]

وفي اصطلاح العام للسكن معنيين يختلف كل معنى عن الأخر:

– المعنى الأول للسكن: وهو ربط الشخص قانونا بمكان معين بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالح الشخص.

– وأما المعنى الثاني للسكن:ملموس أي السكن مكان السكنى الحقيقية للشخص المأوى الذي يقيه من برد الشتاء وحر الصيف، وهو الموضوع الذي يتواجد فيه ويقيم فيه، وهو بالأحرى الموضوع والمكان الذي يتحقق فيه السكن.[2]

أما المقصود بالمسكن في قانون الأسرة الجزائري، نجد المشرع الجزائري لم يعرف المقصود من سكن الحضانة، نص المشرع الجزائري المادة355 من ق.ع.ج [3]، عن السكن لكن بلا شك يختلف السكن الخاص بالحضانة عن الذي ذكره المشرع في نص المادة ، إذ السكن الذي نص عليه المشرع في قانون العقوبات يقصد به السكن الذي يكون محلا للجرائم، المنصوص عليها

1– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص12050.

2– سارة خليفي، المرجع السابق، ص16.

3– نص المادة 355 من ق.ع.ج << يعد منزلا مسكونا كل منى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو كان متنقل متى كان معتدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحوال والحظائر والدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها وحتى لو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو سور عمومي>>

في قانون العقوبات، كجريمة انتهاك حرمة المسكن، ليس فقط المكان المسكون ، وإنما أيضا المكان المعد للسكن حتى ملحقات السكن وتوابعه، بينما القوانين الأخرى القانون المدني وقانون الأسرة لم يتضمنا تعريف للسكن.[1]

لم يعرف المشرع الجزائري سكن الحضانة، وبالرجوع إلى فقهاء القانون عرفوه بطرق مختلفة :[2]

– المسكن هو كل مكان مسور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، سواء كان ملكا لسكانه، أو مستأجران أو يقيم فيه مجانا.

–هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان لنفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقباء، ونائيا عن عيون وأسماع الآخرين، فيوضع فيه خصوصياته، وأسراره وينفرد بذاتهن وبأسرتهن والمقربين إليه.

وعليه فالسكن يعد كل مكان مستور يستخدم بصفة دائمة أو مؤقتة، وسواء كان ملكا لصاحبه، أو مستأجرا ، أو الذي يقيم فيه مجانا، على أن تتوفر فيه جميع المرافق، فلا يعتبر مسكنا شاحنة كبيرة يستعملها سائقها للنوم بداخلها، ولكنها تفتقر لمرافق أخرى كالمطبخ أو دورة المياه، بينما تعتبر كذلك العربات المستقلة المتحركة، التي تتضمن كل المرافق الضرورية.[3]

– ثانيا: مواصفات سكن الحضانة.

أوجب المشرع الجزائري عند توفير المسكن للمحضون أن يكون ملائما لما نصت عليه المادة72 من ق.أ.ج في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما، ومن أجل معرفة مفهوم السكن الذي على الأب أن يوفره يستلزم التمييز بين مسكن الزوجية ومسكن الحضانة كالتالي:

1– أحمد غاي ، **الحماية القانونية لحرمة السكن**، ط2، دار هومه، الجزائر، 2008، ص15.

2– عيسى طعيبه ، **(سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر،2001، ص10.

3– عادل بوضياف، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري**، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة ، الجزائر، 2013، ص ص277، 278.

1) **المقصود من مسكون الزوجية:**هو المكان الذي تجتمع فيه الزوجة والزوج وأبناءهما أثناء قيام العلاقة الزوجية من دون تحديد مواصفات المسكن، سواء كان هذا المسكن كبيرا، أو شقة صغيرة ، أن يحمل هذا المكان مواصفات المسكن، وذلك بإجماع العناصر الثلاثة العنصر المادي ، والعنصر البشري، والعنصر المعنوي.

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم مسكن الزوجية مراعاة لحال الزوج ويسره، ومن أجل معرفة مواصفات المسكن الزوجي لابد مراعاة نص المادة222 من ق.أ.ج التي تحيلنا إلى الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، أن تقر الشريعة الإسلامية بعض الشروط منها:[1]

- احتواء المسكن على لوازم الأساسية كالأثاث وغيرها.
- أن يكون المنزل مستقلا.
- أن يتوفر في المسكن المرافق الضرورية للعيش فيه ، وحسب حال الزوج.
- أن يكون موقع السكن بين الجيران الصالحين، في مكان صالح للعيش فيه.

2) **المقصود بمسكن الحضانة:** لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم مسكن الحضانة، ويرجع الأمر في تقديرها لقاضي الموضوع، للمواصفات التي يضمها مسكن الحضانة.

ويجب أن تتوفر الشروط الشرعية في المسكن لكي يكون ملائما للمعيشة، قد قصد المشرع الجزائري في نص المادة72 من ق.أ.ج ، كلمة "**الملائمة**" عدم الإضرار بالحضانة ، كأن يتواجد في مكان معزول، أو بناية غير صحية، واشترط المشرع أن يكون المسكن ملائما للحاضنة، وأعطى الحق للحاضنة، وأعطى الحق للحاضنة في مطالبة الأب بسكن لممارستها فيه الحضانة بصفتها الراعي للولد وحمايته، كما للحاضنة صفة التقاضي، لطلب تهيئة مسكن لاعتباره من نفقة الصغير، فقد خاطب من خلال المادة 72 الحاضنة الأم دون غيرها من الحواضن من خلال عبارة "في حالة الطلاق "وكذلك" :وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية"، كما أنه من خلال هذه المادة أعطى تقدير ملائمة مسكن الحضانة للحاضنة، أي أنه قصر تقدير

1-عيسى طعيبة، نفس المرجع السابق، ص48.

الملائمة على النساء الحواضن دون الرجال في حالة ما إذا انتقلت الحضانة إليهم، وهذا يعني استبعاد الحاضنين من الرجال من الاستفادة من السكن أو ببدل الإيجار.[1]

الفرع الثاني: موقف كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من سكن المحضون.

يعتبر الأب هو المسؤول عن توفير سكن لأولاده، ذلك لقدرته على الرعاية والتربية السليمة وتوفير لكل ما يحتاجونه من أجل حياة سعيدة وكريمة لهم، فيما تمثل موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من ذلك؟

-**أولا: موقف الشريعة الإسلامية من سكن المحضون:** اختلف فقهاء حول مسكن المحضون بين المؤيد والمعارض فيما يلي:

1- **فقهاء المالكية:** ساروا فقهاء المالكية بين الحاضنة والولي، وللحاضنة أن تؤدي حصتها من كراء، إذ قال "**سحنون سعيد التنوفي**": (سكن الطفل على أبيه)[2]

وقيل أيضا إن الأب إذا كان في مسكن يملكه أو يستأجره ولو كان ولده معه لم تزد عليه في الأجرة، فلا شيء عليه، لأنه في ذلك ضرورة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو على الحاضنة لأجل الولد.[3]

وورد في مذهب المدونة أنه في حال كانت الحاضنة ميسورة الحال بغير الأب يسقط واجبه في توفير السكن.[4]

2- **فقهاء الحنفية:** اختلفوا في الحكم وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة، وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب وعدمه ، حيث قال **ابن العابدين**(والحاصل لزوم أجرة السكن على من لزمته نفقة المحضون ، فإن المسكن من النفقة

1- كربال سهام ، نفس المرجع السابق،ص ص74،75.

2-محفوظ بن الصغير،(**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**)، أطروحة دكتورة في العلوم الإسلامية ، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009، ص682.

3- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص24.

4- كربال سهام ، المرجع السابق، ص59.

لكن هذا إن لم يكن للحاضنة مسكن ، أما لو كان لها مسكن، يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه."

وقال **ابن العابدين** أيضا ":فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن به العمل"[1]

3-**فقهاء الشافعية والحنابلة:** اتفق على وجوب أجرة سكن المحضون على الأب، وإن كان موسرا، كما وجبت عليه أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة، والنفقة، وجبت عليه أجرة السكن،[2]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن المحضون.

جاء في نص المادة72 من ق.أ.ج كتالي: (في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن).

يتضح من خلال نص المادة، أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا للتعارض الاجتهاد القضائي، فقد جمع تعارض المادتين52-72 من ق.أ.ج، في صيغة واحدة، غير أن المادة72 من ق.أ.ج، لم تسلم من النقد الموجع لها بشأن الفقرة الثانية، (وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن)، إذ لم يوفق المشرع الجزائري في هذه الفقرة عند نصه على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

- المشرع الجزائري حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أنها قد تكون الحاضنة غير الأمن كالخالة، أو الجدة أو غيرهما ممن له الحق في الحضانة حسب ترتيب الحواضن.
- نعلم أن الطلاق في ق.أ.ج ، البائن تصبح المطلقة أجنبية على مطلقها.

1- أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص76.

2-عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص24.

كما اشترط المشرع في المادة 72 منق.أ.ج أن يكون المسكن ملائما للحاضنة، وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصر على ملائمتته مع الحاضنة ، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة.[1]

إذ المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة قد أحل ما حرم الله، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك أن المطلة لا تسكن في بيت طليقها.

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما، ولإمكانية المطلقة بالحكم بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضون، يجب أن تتوفر الشروط التالي:[2]

- أن تكون الحاضنة هي مطلقة وهي أم المحضون، فلو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة الجدة، أو غيرها مثلا لكان نقل المحضون إلى مسكن الجدة، أو غيرها لممارسة فيه حق الحضانة، ولا يحتاج الأمر هنا إلى توفير سكن.
- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن حق إسناد الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد، أو أكثر.
- أن يوفر الأب مسكن ملائم للحاضنة لتمارس فيه حق حضانتها على الصغير، أما إذا لم يكن للأب مسكن فإنه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إجارة السكن ويكون ملائما لها وللمحضون.[3]

الفرع الثالث:التزام بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار.

بعد الحكم بالطلاق قد تبقى الزوجة والأولاد بدون مسكن، أو أن المطلق يتركهم في مسكن مؤجر دون منح بدل الإيجار للمؤجر الذي يستطيع في أية لحظة ، أن يطرد الزوجة وأبنائها من المسكن، ولهذا أجاز المشرع للحاضنة أن تلجأ للمحكمة فورا عن طريق دعوى استعجاليه، للمطالبة في حقها وحق أولادها بمسكن ريثما يتم الفصل في القضية، وهذا ما نصت عليه المادة57 مكرر من ق.أ.ج التي نصت على:(يجوز للقاضي الفصل في وجه الاستعجال

1- أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص78.

2- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)**، دار هومة، الجزائر، 2007،ص147.

3- المرجع نفسه، ص147.

بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا لاسيما ما يتعلق منها بالحضانة والنفقة والزيارة والمسكن)، وعلية يمكن للقاضي أن يتخذ أوامر تحفظية استعجاليه خلال الفترة الممتدة من فترة رفع دعوى الطلاق، إلى غاية الفصل في دعوى الطلاق، من رئيس المحكمة، يكون الفصل مؤقتا في مسألة السكن، حيث يلزم القاضي المطلق بتوفير مسكن للزوجة وأبنائه، ويلزمه دفع أجرته، خلال فترة الخصومة القضائية لغاية الفصل في الدعوى، وبعد صدور الحكم استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن، يحكم فيه في الوقت الذي يحكم بالطلاق، والحاضنة، فإما أن يحكم للأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وإما أن يقدم بدل الإيجار ذلك.

- أولا: التزام الأب بتوفير سكن للمحضون.

المسكن كما عرفناه مسبقا، هو كل مكان مستور، يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، فهو من ضروريات المعيشة الصحية السوية، لأنه يلبي مجموعة من الحاجيات، سواء كانت هذه الحاجيات اجتماعية، أو مادية ،أو نفسية، ويعتبر مكان لراحة الأسرة وأفرادها، إذ هو المحيط الذي يلقى الطفل فيه استقراره، لذلك وجب على الأب توفيره.[1]

والقاعدة العامة تجب على من تجب عليه نفقة المحضون توفير مسكن له،إذ يعتبر السكن أحد عناصر النفقة، التزم بها الأب، ويبقى هذا الالتزام قائما إلى حين انتهاء مدة الحضانة، أو سقوطها، والأصل أن يكون التزام الأب بتوفير السكن عينا،لكن هذا الالتزام غير إلزامي، إذ المشرع أخذ بحالة تعذر التزام ببدل الإيجار.

- ثانيا:التزام الأب بدفع بدل الإيجار.

في حالة عجز الأب عن توفير مسكن، يتوجب عليه دفع الأجرة، يتوجب عليه يجب على لأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار،[2] وهذا ما جاء في نص المادة72 من ق.أ.جن(يجب على الأب)والأصل في تنفيذ الالتزام بالنفقة تقديم وجوب التمكين على وجوب التمليك، أي أن الأب ملزم على نفقة الصغير، وعليه تقديم له كل ما يحتاج من ضروريات الحياة، من سكن عيناً ومن طعام، ومن

1- رشيد بن الشيوخ، المرجع السابق،ص260.

2-المرجع نفسه، ص260.

ملبس وغيرها،فإن يلزم تقديم مسكن للحضانة بدل الإيجار، بغض النظر لحيازة الحاضنة للسكن من عدمه، وحتى لو وجد ولي للحاضنة قبل إيوائها.[1]

وقد ألزمت المحكمة العليا أب المحضونين بدفع بدل الإيجار[2]

جاء بقرار للمحكمة العليا ما يلي: << حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الطاعن أبدى استعداده لتوفير مسكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة بينما طالبت بدفع بدل الإيجار المحكوم به لها بموجب الحكم المستأنف، وحيث أن المادة 72 من ق.أ تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وحيث أنه كذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة وإن تعذر ذلك عليه بنقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار>>[3]

فبتقديم بدل الإيجار عينا للمؤجر يصبح الأب طرفا في هذه الحالة أصليا في عقد إيجار مسكن الحضانة، دون الحاضنة وأولادها، وتظل العلاقة الإيجارية المباشرة قائمة في فترة الحضانة بين الأب والمؤجر.

أما الحاضنة والمحضون يعتبران منتفعين بالتبعية استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 72ق.أ.ج .في حالة إذا حكم القاضي على الأب بمبلغ بدل الإيجار فإن الحاضنة هي التي تقوم بإعداد مسكن للحضانة بذلك المبلغ، وهنا تقوم علاقة الإيجارية بين الحاضنة والمؤجر مباشرة.

وتقع عليها الالتزامات التعاقدية، وفي حالة الإخلال بها يجوز هنا للمؤجر أن يطلب من الحاضنة بدفع البدل أو إخلاء السكن أو بفسخ العقد.[4]

1-عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص54.

2- ملف رقم 331833، قرار بتاريخ 2005/06/15، **المجلة القضائية**، العدد 01، لسنة 2005، المرجع السابق، ص315.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في2010/09/16، ملف رقم 566381، **مجلة القضائية**،2010، عدد02، ص268.

4- تنص **المادة 119** ق.م.ج على:<< في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن

تخضع مسألة أجرة مسكن الحضانة للسلطة التقديرية للقضاة الموضوع، فعندما يطرح النزاع أمام القاضي، عليه أولا التأكد من عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، حتى يحكم عليه ببدل الإيجار، وان يحدده مراعيا في ذلك جملة من الظروف وهي حسب تقديره على النحو الأتي:[1]

- الحالة المادية الأب.
- مراعاة زمن استحقاق الأجرة.
- مراعاة حالة تعدد المحضونين.
- موقع تواجد المسكن لممارسة الحضانة.

كما يعود الاختصاص في الحكم بالسكن للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، وهذا المبدأ أكده المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/31 بقوله" متى كانت أحكام المادة 47 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحضانة، وتقديم الانتفاع بحق الإيجار، ونتيجة لذلك فإنه ليس للقاضي أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله، ومراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق خاصة وأن الحكم بتقرير السكن كان أثرا من آثار الطلاق ، ومن ثمَّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه وخرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه ، وتجاوزا للسلطة في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي صادق على حكم بإشهاد المدعية بتمتعها بالسكن الزوجي الكائن بوهران، في حين أن الحكم الذي قضى بعدم التصريح بالطلاق يمنح المطلقة السكن الكائن بعين تيموشنت أصبح نهائيا وصار له قوة الشيء المقضي فيه فإن المجلس القضائي بقضائه هذا انتهك أحكام المادة 46 من القانون المدني، وخرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه ، وتجاوز سلطته في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[2]

يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات>>

1- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص55.

2- قرار رقم 34899 المؤرخ في 31 . 12 . 1984 ، نقلا عن عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص28.

- ثالثا: بقاء الحاضنة في المسكن الزوجي.

نص المشرع الجزائري في نص المادة72 من ق.أ.ج << وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن>>.

حيث أوجب المشرع على الحاضنة البقاء في بيت الزوجية إلى حين أن ينفذ الأب الحكم القضائي بالتزامه بتوفير مسكن للحاضنة وأولاده، وهذا يستوجب بقاء المطلقة في بيت الزوجية،إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي وهذا مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، لأن المطلقة بعد انتهاء مدة عدتها، الخروج من بيت الزوجية، ولا يحل لها في الشريعة الإسلامية البقاء مع الزوج في نفس المسكن، إلا أن المشرع نص على خلاف ذلك، إذ أوجب على الحاضنة البقاء في بيت الزوجية بدون قيد يذكر حيث قيد خروجها من مسكن الزوجية بشرط التزام الأب بتنفيذ الحكم القضائي بالسكن، كذلك ألزم المشرع الجزائري المطلقة بقائها في مسكن الزوجية بقضائها العدة ابتداء مكن تاريخ التصريح بالطلاق، وعلى مطلقها تحمل نفقة العدة المحكوم بها قضائيا طبقا لنص المادة61 من ق.أ.ج.

الفرع الثالث: مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون.

يعتبر مكان ممارسة الحضانة هو مكان الزوجية، إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين، وحتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد ويأخذ ولده معه، فمن له الحضانة من النساء لا يمكن ذلك حتى يستغني المحضون عن أمه الحاضنة، لأنها أحق بحضانته فلا يملك أبيه انتزاعه منها لها في ذلك إبطال لحقها،لذلك إذا أرادت الزوجة الانتقال بالولد من مكان الزوجية فللزوج أن يمنعها سواء كان المحضون معها أو لم يكن.[1]

ولاعتبار بيت الزوجية الحقيقية أو الحكمية، وليس للزوجة أو الزوج الخروج أو الانتقال من البلد ويأخذ الصغير معه قبل أن يستغني عن أمه وتنتهي مدة الحضانة.[2]

1- أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وأثارهما**، المرجع السابق، ص607.

2- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2012،ص186.

ولاعتبار مكان الذي يتم فيه ممارسة الحضانة من المسائل المهمة جدا، إذ أن الحاضنة يقابلها حق أخر الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة.[1]

وفي قوله تعالى:<< .... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ...>>[2] ، إذ المعتدة يلزمها قضاء العدة في مكان في المكان الذي وقعت فيه الفرقة الزوجية إذا كانت معتدة من طلاق، وإذا كانت معتدة من وفاة فلا يجوز لها الخروج .[3]

أما إذا كانت الحاضنة تريد الخروج إلى بلدها الذي يكون أهلها فيه، وقد عقد زواجها من أب الطفل، لأن رضاه بالعقد يعتبر دليل على أنه رضي لنفسه ولولده من أب الطفل، لأن رضاه بالعقد يعتبر دليل على أنه رضي لنفسه ولولده الإقامة فيه، في نظر الفقه المالكي يشترط أن تقل المسافة عن06 برد (تقدر مسافة برد واحد حوالي 20كم)، فإذا كانت اقل يحق لها أن تستوطن فيه ولا يسقط حقها في الحضانة لبعد المسافة، وهذا لعدم بعد مكان الذي تمارس فيه الحضانة عن مكان الأب، وحتى يتمكن هو بدوره ممارسة الولاية على أبنائه، ويتمكن في حقه من الزيارة.[4]

لا يمكن للحاضنة أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجها فيه فيه أو لم يكن بلدها، كذلك ليس لها أن تنتقل إلى بلدها إذا لم يكن عقد عليها فيه ولا إلى البلد الذي عقد عليها فيه إذا لم يكن في الأصل بلدها، وكل هذا إذا كان البلد بعيدا.[5]وفي حال انتهاء العلاقة الزوجية فللأم الانتقال إلى مكان إنشاء العقد ولكن شرط أن يكون مأمونا على الولد في تنقلها، وإن أرادت تنقله من غير بلدها فهنا يشترط موافقة الزوج.[6]

وفي حالة كانت الحاضنة غير الأم فليس لها الانتقال بالمحضون مطلقا إلا بإذن من الأب، حق المنع بالتنقل بالمحضون في كل الأحوال هو حق للأب والولي العاصب، فإن أذن بذالك للحاضنة الحق بالتنقل به، وليس من حق الأب أن ينزع الابن من محل إقامة الحاضنة

1- كربال سهام، المرجع السابق، ص75.

2- سورة الطلاق، الأية 01.

3- التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص877.

4- كربال سهام، المرجع السابق،75.

5- المرجع نفسه، ص75.

6- محمد حمود حمودة، محمد مطلق عاسف، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص202.

والسفر به، إن كان هو المحل المعتبر شرعا، وإذا سقط حق الأم في الحضانة انتقل إلى من يليها في ذلك.[1]

إذ لا يجوز له أن ينتقل بالطفل إلى بلد أخر حسب هواه، مما يصعب لقاء المحضون ورؤيته بانتظام، فقد قال "العبدري" إن انتقال بالولد إلى بلد أخر يسقط الحضانة، وإن كان الولد محضونا عند أمه فسافرت، فإن الحضانة تنتقل إلى من بعدها، وليس من حق لأحد الوالدين أخذ الطفل إلى مكان بعيد، دون إذن وموافقة الطرف الأخر، لأن ذلك يسبب الحرمان من رؤية و مجالسة الطفل والتحدث معه،[2]

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى المسألة، مع أن الاجتهاد القضائي تمسك بها وفصل فيها ومع ذلك اعتبر أن إسناد الحضانة لأم تقيم في مكان بعيد عن المكان الذي يقيم فيه الأب يمنع هذا الأخير من ممارسة حق الزيارة لمحضون،(**المجلس الأعلى، المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1968/10/09**).

وموقف المشرع الجزائري في هذا الشأن يستشف من خلال نص المادة 69 ق.أ.ج إذ لم ينص صراحة عن مكان الذي يجب أ، تمارس فيه الحاضنة حضانة الصغير، بأنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وأوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه وأمه.[3]

في حالة أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يسند حق الحضانة له، أو يسقطها مراعاة في ذلك مصلحة المحضون،

تؤكد المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الذي مفاده (أنه من المقرر شرعا وقانون أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام على تربيته على دين أبيه، فمن ثم فإن القضاء إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو

1- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 02، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص878.

2- العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص136.

3- باديس ديابي، المرجع السابق، ص43.

حاصل في قضية الحال بعد قضاء مخالفا لشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه)[1]

المبحث الثاني: الالتزامات التي يجب توفرها في الحاضن.

بعد وفاء المحضون له بالتزاماته وتوفير كل ما يحتاجه الحاضن لأجل ممارسة الحضانة والقيام بشؤون الصغير كما يجب، فبالمقابل تقوم في عاتق الحاضن التزامات اتجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها، وهذا كله لأجل ضمان والاستقرار النفسي والمادي للمحضون.

لأنه مهما تضافرت الجهود لتعويض الصغير عما فقد فارق أحد أبويه، فلا تتمكن من تحقيق ذلك بأكمله، لذلك تسعى كل الجهود التشريعية منها والاجتماعية إلى ردم أكبر جزء ممكن من الفراغ الذي يعيشه الصغير، وهذا ما جعل الفقهاء ينظمون علاقة الأولاد بوالديهم بعد الطلاق، وعليه تقوم على عاتق الحاضن التزامات منه ما يطلق عليه حق رؤية الصغير أو حق الزيارة ، فهذا الحق مقرر للصغير حتى لا ينقطع عن أحد والديه أو أهله (المطلب الأول). كما يقع على الحاضن واجب رقابة الصغير أثناء الحضانة وبالتالي تقوم مسؤوليته على كل الأفعال الضارة التي تصدر منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إمكانية زيارة المحضون له للمحضون.

إن إسناد الحضانة والذي يكون في أغلبت الحالات الأم باعتبار هي الأولى بها لمصلحة المحضون، مما يستدعى إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهته ، وعدم إمكانية الإضرار بالولد من جهة ثانية، وذلك بتمكينه من الزيارة ورؤية ابنه المحضون وعليه نصت المادة64 من ق.أ.ج(على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة...)، وعليه يتضح من خلال نص المادة أن القاضي عند الحكم بالحق في الزيارة ولمرات معينة، وفي أوقات معينة ومحدودة، وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة، ويعبر حق الزيارة ضمن الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، مجلة قضائية ، سنة1991، العدد04،ص116.

الفرع الأول: حق رؤية المحضون.

لا خلاف في أن الأب أو من يقوم مقامه له الحق في رؤية وزيارة المحضون، إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، وللأم الحق في رؤية ولدها، إذا كان بيد والده، أو من يقوم مقامه من العصبة، لما يعتبر ذلك من صلة ومودة، وللأب الحق في تعاهد الصغير المحضون، وتأديبه وإلحاقه بالتعليم وغيرها من ذلك.

حين كانت الحضانة معنوية، فالأم ملزمة بها، فإن الرعاية والإشراف والمشاهدة من أهم المسائل المعنوية التي يتوجب على الأم عدم حرمان الولد منها، وعليه ليس لها منع الأب من أداء هذه الواجبات المعنوية التي بعاتقه، لأن الأم وحدها لا تقدر على إتمام والقيام بهذه الأمور دون معونة الأب سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو مع الفرقة فتكون أكثر أهمية للطفل. فعند انفصال الزوجين وانضمام الطفل إلى حاضنته، أو حالة ضم بعد انتهاء مدة الحضانة إلى أبيه يحق لكل منهما رؤية طفله، وهذا من خلال انضمامه للطرف الآخر طبقا لفترات ومواعيد محددة للتواصل معهم ولإبقاء أواصر الأبوة والأمومة بينهم، فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك اعتبار مصلحة الصغير.[1]

لا يمكن للطرف الذي يمتلك الحق في الحضانة منع الطرف الأخر رؤية المحضون بسبب الخصومات التي قد تنشب بينهما لعدم تناسب ذلك مع الشرع والعرف، لأن الصغير بما أنه بحاجة إلى أمه لتشرف عليه في الرعاية، كذلك بحاجة إلى أن يرى والده ويتواصل معه.[2]

والرجوع إلى المشرع الجزائري في نص المادة64 من ق.أ.ج، على سبيل الوجوب بلفظ "وعلى القاضي"، بمعنى أنه للقاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة.[3]

ما يمكن استنتاجه من نص المادة64 من ق.أ.ج ما يلي:[4]

- أمر المشرع القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله.

1- كربال سهام، المرجع السابق، ص ص 79،80.

2- التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص887.

3- نص المادة64 من ق.أ.ج<< على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة >>

4- باديس ديابي، المرجع السابق، ص90.

- أن المشرع حينما رتب الحاضنين خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس الجواز والاختيار.
- حق الزيارة المشار إليه في المادة لم يكن حصريا على الأب أو الأم ممن تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة، فقد تقرر للجد أو الخال أو أي شخص آخر من يهمه أن يظل المحضون على صلة به، وهذا حفاظا على مصلحة المحضون.
- المشرع الجزائري عندما ألزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة حال الحكم بالإسناد الحضانة، ان يحدد معنى الزيارة وأن يحدد وقت ومكان الزيارة، وان يحدد الحالات والتصرفات التي تسقط حق الزيارة للزائرين عن وجدت.
- لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يمكن أن يستغرقها المستفيد في حق زيارة المحضون، وهذا ما يوقع العديد للمشكلات، فأن تكون مدة الزيارة يوميا، أو شهريا، أو أسبوعيا؟

إذ استقر القضاء في الجزائر وللعادة أن يكون حق الزيارة في المناسبات الدينية والوطنية، والأعياد والعطل الموسمية والأسبوعية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في الزيارة كل أسبوع، أي خلال العطل، وممكن أكثر من ذلك، غير معمول به من طرف القضاء.

لا يبتعد المحضون عن أحد والديه ويبقى على تواصل دائم معه وفي هذا تحقيق للرعاية والرقابة، لاعتبار حق الزيارة هو حق مكفول قانونا أحاطه المشرع بجملة من الضمانات هذا ما جاء في نص المادة من69 ق.أ.ج نصت عليه: << إذا أراد الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون>>.

قضت المحكمة العليا<< من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

ومتى تبين– في قضية الحال– أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن بيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو بساعات محدودة >>

<< ومتى كان كذلك استجواب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة ل>>[1]

كما أن قانون العقوبات الجزائري رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق في الحالات التالية:

- إذا قام أحد الوالدين أو أي شخص آخر بخطف الطفل مباشرة أو بواسطة شخص آخر وأضر بصاحب الحق في حضانة الطفل بمقتضى حكم قضي له بهذا الحق يعاقب الوالد أو الوالدة أو الشخص الذي خطف القاصر بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تزيد على 5000 دج .
- إذا احتجز الطفل شخص امتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في طلبه قانونا، يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على 05 سنوات

الفرع الثاني: حق الزيارة والاتصال وفقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية رقم 144/88.

أغلب شباب هاجرو من الجزائر وكانت وجهة أغلبهم إلى فرنسا سواء أثناء الاحتلال أو بعد الاستقلال، وهذه الحركة مازالت مستمرة إلى يومنا هذا .وسواء كانت هجرتهم هذه للعمل ولغيرها، فإن الكثير منهم حاول بناء حياة جديدة بالزواج من الفرنسيات، ولكن في الغالب لا تتسم هذه العلاقة بالدوام فينفصل الزوجان، فقد يعود الزوج إلى بلده الجزائر أو تعود الزوجة إلى فرنسا ويبقى مصير الأولاد معلق بين أب يقيم بالتراب الجزائري ويريد الاحتفاظ بأطفاله، وأم تقيم بفرنسا وتريد أن يلتحق بها أطفاله.[2]

لذا أدت المشاكل التي برزت في بداية الثمانينات بت ا زيد الطلاق في الزواج المختلط بين الشباب الجزائريين والفرنسيات ما أدى إلى إبرام الاتفاقية الثنائية بين الحكومة الفرنسة وحكومة الجزائرية تتعلق بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال تحت رقم144/88.

وقد احتوت هذه الاتفاقية الثنائية على 14 مادة تهدف من خلالها إلى التعاون فيما بين الدولتين لضمان حماية للطفل، وتعتمد في ذلك على تدخل السلطات المركزية لكلا

1- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:214290، بتاريخ1998/12/15، **المجلة القضائية**، العدد الخاص، 2001، ص194، نقلا عن الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص139.

2- باديس ديابي، المرجع السابق،ص92.

البلدين السلطة الجزائرية و السلطة الفرنسية والتي من واجبها ضمان التعاون الإداري المباشر لحماية الطفل، وذلك حرصا منها على مواجهة المشكلات والمصاعب المتعلقة باختطاف الطفل في الزواج المختلط، و من أجل ضمان حماية حق الطفل في الزيارة والاتصال بين والديه عبر حدود الدولتين، وكذلك تهدف إلى التعاون القضائي لضمان حق الزيارة.

- أولا: دور السلطة المركزية في حماية حق الزيارة والإيصال بالطفل.

أنشأت الاتفاقية بموجب المادة الأولى منها سلطتين مركزيتين تتبع وزارة العدل في الدولتين الفرنسية والجزائرية، وهذا بغرض تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها الدولتان بمقتضى هذه الاتفاقية ، ومن أجل التعهد بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر، فيتعين على السلطتين المركزيتين أن تتعاون فيما بينها مباشرة، وعليها أن تتخذ الترتيبات المناسبة من أجل تنفيذ الإجراءات الحماية المتخذة تطبيقا لهذه الاتفاقية خاصة في مجال ضمان اجتناب فقدان الطفل صلته بأبويه، وتهيئة الظروف المناسبة لإحاطته بجو عائلي مستقر والأمان وكل ما يحتاجه، وتكون تدخلاتهما مجانية لتحقيق بعض أهداف الاتفاقية:[1]

- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
- إطلاع الأبوين عن الإجراءات القضائية المتعلقة بالموضوع لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع.
- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية.
- التعهد بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء مدة الزيارة.
- ضمان تسليم الطفل للطرف الأخر عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
- تسهيل وتسيير وتنظيم حق الزيارة وممارسته فعلا من أحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها.
- السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها .

- ثانيا: الحماية القضائية لضمان حق الزيارة والاتصال بالطفل.

تعتبر الحماية المقررة عن طريق الإجراءات الإدارية من خلال السلطة المركزية

1- كربال سهام، المرجع السابق، ص 83.

لكلا البلدين، فإن الاتفاقية نصت على ضرورة اتخاذ إجراءات قضائية تتفق مع مبادئ الحماية لأجل المحافظة على علاقة الطفل بوالديه، والتأكيد الاتفاقية على ضرورة الاعتراف بأهمية حماية حق الاتصال وزيارة الوالدين وذلك عن طريق تحديد الجهة القضائية المختصة، كما أنها نصت على الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها تعرض الوالدين للمتابعات الجزائية .

1- **الاختصاص القضائي:** من أحكام الاتفاقية الثنائية فإنه يقصد بالجهة القضائية المختصة، الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي ، فهي تعترف بالصلاحية القضائية القائمة في مكان المسكن الزوجي أي بالمحاكم الموجودة بمقر إقامة الطفل العادية.[1]

بالرغم من أن هدف التي تهدف لتحقيقها الاتفاقية الثنائية هو محافظة الطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين بصفة منتظمة باتصال مباشر بكل منهما، إلا أنه طبقا لبنود الاتفاقية الثنائية هناك استثناء لهذا المبدأ، وذلك في حالة ما إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية والمعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي حينئذ أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة الطفل.[2]

هذا الحق قابل للتعديل أو التغيير حسب ظروف الطفل وحالته الجسمية والنفسية، وحتى تتم الزيارة في أحسن الظروف فإن الوالدين يتمتعان بالمساعدة القضائية في الترب كل من الدولتين التراب الجزائري والتراب الفرنسي، كما لا يحتاج الوالد الذي له حق الزيارة رخصة من سلطات البلد للسفر، حيث أن الحكم الصادر يعد بمثابة هذه الرخصة له.[3]

2- **المتابعة الجزائية:** تعتبر المصلحة للطفل المعيار الأساسي في أي طلب يتعلق به، إلا أن أحكام الاتفاقية الثنائية تشمل أيضا حماية حق الوالدين في الزيارة والاتصال، إذ جعلت إخلال أحد الوالدين بالالتزامات المستوجبة عليه تعرضه للمتابعات الجزائية ، وهذا من أجل الحد من الخطف الدولي من طرف أحد الوالدين.[4]

ولأحكام هذه الاتفاقية، فإن الوالد الحاضن الذي يرفض ممارسة حق الزيارة داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودها، قد يتعرض للمتابعات الجزائية التي تنص وتعاقب عليها

1- المرجع نفسه، ص85.

2- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص66 .

3- المرجع السابق، ص66.

4- كربال سهام، المرجع السابق، ص85.

التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، وطبقا لذلك فإن وكيل الجمهورية المختص إقليميا يباشر المتابعات الجزائية عند تسلمه شكوى من طرف الوالد الآخر ضد مرتكب المخالف للالتزامات، كذلك أحكامها أيضا على الالتزام بإعادة الطفل إلى الوالد الحاضن بعد انتهاء فترة الزيارة. وعليه يقوم وكيل الجمهورية بالإجراءات اللازمة لضمان هذا الحق، إذ يحق له التماس استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل إلى التراب الذي غادره.[1]

المطلب الثاني: التزامات الحاضن برقابة المحضون.

تعتبر التزامات الحاضن برقابة المحضون من المسائل المهمة التي يقوم بها الحاضن من تربية وحفظ ورعاية وتنشئة صالحة للطفل، فلا تنتهي الإجراءات والتزامات الحاضن بمجرد توفير السكن والنفقة أو أجرة في الحدود المقررة قانونا لمصلحة المحضون، ولا بتمكين رؤية المحضون له للمحضون، أو العكس، إذ يقع على عاتق الحاضن التزام برقابة الأفعال التي تصدر من المحضون، وتحمل المسؤولية في حال قيام المحضون فعل ضار بالآخرين، هذه المسؤولية في حالة تولي شخص برقابة الصغير بسبب صغر سنه، أو لسبب مرض خوفا عليه، تعتبر قانونية كما جاء في الاتفاقية، وما جاء في المادة134 ق.م.ج، في قسم المسؤولية، في فعل للغير<< كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا 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 إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية الصغير>>.[2]

وعليه نتحدث عن شروط قيام مسؤولية الحاضن من التزامات برقابة المحضون، وحال صدور عمل غير مشروع من المحضون (الفرع الأول)، وعن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن من خطأ المفترض في واجب الرقابة، ودفع الحاضن للمسؤولية (الفرع الثاني).

1- المرجع السابق، ص 85.

2- الأمر رقن75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام1395،- الموافق26 سبتمبر، سنة1975- المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية الحاضن عمن هو تحت رقابته.

من خلال ما جاء في نص المادة134 من ق.م.ج، فإنه يشترط لقيام المسؤولية المتولي الرقابة توفير شرطين مهمين:

- أن يلتزم برقابة شخص أخر(المحضون).
- أن يصدر من الخاضع للرقابة فعل ضار(المحضون).

- أولا: الالتزام برقابة المحضون.

بتطبيق المادة 134 ق.م.ج في فقرتها<< كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية >>، على الحاضن فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، يكون حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة جسمية أو عقلية توجب وضعه تحت الرقابة من أجل للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي بدوره يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته .وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.[1]

من الملاحظ أن المشرع ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يعين كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة40 ق.م.ج ب 19 سنة << وسن الرشد ب(19) سنة كاملة >>لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنته ب 10 :سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة للأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرر لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه خلال هذه الفترة.[2]

وحين بلوغ المحضون سن الرشد حسب المادة 40 ق.م.ج فإنه يتحرر من الرقابة سواء كانت قانونية أو اتفاقية إذا كان سليما، لكن إذا أصيب بعد اكتمال سن الرشد بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة،و لو أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة لحالته الجسمية، فإن الرقابة تفرض عليه في هذه

1-خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج01، مصادر الالتزام، ط04 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ، ص270

2- المرجع نفسه، ص 270.

الحالات،[1]و التزام الحاضن يبقى قائما ذلك أن حكم الرشد في هذه الحالات هو حكم الصبي فهو يحتاج إلى الحفظ والرعاية من الحاضن ، لذلك كانت هذه الحالات أسبابا لعدم سقوط الحضانة من مستحقها وهذا لمصلحة المحضون.

- ثانيا: صدور عمل غير مشروع من المحضون.

لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من المحضون (من تحت رقابته) فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت مسؤولية الحاضن على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب للصغير ،فإن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من المحضون، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل نفسه أو من فعل أجنبي ، فلا تقوم مسؤولية الحاضن.[2]

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن.

افترض المشرع بمقتضى الأحكام الواردة في المادة 134 ق.م.ج المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة، وذلك باعتبار أنه يفترض أيضا أن 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.[3]

- أولا :الخطأ المفترض في واجب الرقابة: يعتبر الخطأ المفترض قبل الحاضن هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة، فالمفترض هو عدم قيام متولي الرقابة الحاضن بهذا الواجب بما ينبغي من العناية اللازمة، فإذا قام المحضون بارتكاب عملا غير مشروع، أفترض أن الحاضن قد قصر في رقابته، فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل.[4]

إذا قام المحضون بالتعدي على الغير بالضرب والسب ، وكان من يحضنه أبوه أو أمه، فالمفروض أنهما قصارا في رقابة الولد أو أساءا في تربيته، أو أنهما ارتكبا الخطأين معا.

1- المرجع نفسه، ص271.

2- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011 ، ص184 .

3- كربال سهام، ص88.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج01، م02، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000 ،113 .

ويتسع افترض الخطأ لمدى أبعد، أيضا يفترض أن الحاضن قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع.

وعليه فلا مسؤولية إذا انعدم واجب الرقابة، لأن الغرض من هذا الواجب هو منع المحضون من الإضرار بالغير بسبب حالة القصر أو حالته العقلية أو الجسمية فلا يتحمل هذه المسؤولية سوى الحاضن.

أما إذا تحققت المسؤولية فكلما أوقع المحضون ضرار بالغير أفترض أن سبب الضرر هو تقصير وإهمال في واجب الرقابة من الحاضن على المحضون، 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 قد وفى لالتزامه، مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن متولي الرقابة افتراضنا بسيطا قابلا لإثبات عكس ذلك.[1]

- **ثانيا: دفع الحاضن للمسؤولية:** نص المشرع في الفقرة الثانية لنص المادة134 من ق.م.ج يتضح أن وعليه يستطيع أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه مسؤوليتين وهما :نفي الخطأ عنه وذلك بإثبات أداء واجب الرقابة ، ونفي علاقة السببية.[2]

1- إثبات أداء واجب الرقابة.

إذا أثبت الحاضن عدم إخلاله بواجب الرقابة الملقى على عاتقه بأن ادعى أنه قام بواجبه من رقابة اتجاه المحضون حسب ما ينبغي من العناية، وأخذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة بمنع المحضون من الإضرار بالغير، فسمح له بممارسة لعبة معينة يمارسها ، فإذا وقع الضرر يتولى القاضي تقدير العناية التي بذلها الحاضن تنفيذا لواجبه، وينظر القاضي على وجه الخصوص في نجاعة التدابير والاحتياطات اللازمة التي اتخذت من قبل الحاضن لمنع الإضرار بالغير، وكذلك في شرعية الرخص الممنوحة للمحضون للعب أو لممارسة بعض النشاطات ، ويعتمد القاضي في تقديره على عوامل منها : سن المحضون والظروف المكانية والبيئية وخطورة الألعاب، وتقدر العناية التي بذلها الحاضن على ضوء عناية الرجل العادي.[3]

1- كربال سهام، المرجع السابق، ص89.

2- تنص المادة02/123على ما يلي: << ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية>>

3- كربال سهام المرجع السابق، ص90.

كما قد يقوم الحاضن بنفي مسؤوليته عن طريق الدفع باستحالة الرقابة في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار بالغير والتي منعته من رقابة المحضون ولم يتمكن من منعه، كوجوده بعيدا عن المحضون، كأن يكون غائبا وقت وقوع الضرر، أو لكون المحضون موجودا وقت الحادث تحت رعاية شخص آخر غير الحاضن. وكأن يكون مؤقتا عند المحضون له عند ممارسته لحق الزيارة، فينظر القاضي في شرعية الاستحالة وفي مدى قيام مسؤولية المحضون له لأن المحضون كان تحت رقابته خلال فترة الزيارة.[1]

2-نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة على المحضون.

لا يكلف الشخص المضرور بإثبات العلاقة السببية المفترضة ،بل يتولى الحاضن نفيها بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض من جانبه، فوقوعه كان بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير وكان شأن هذا أن 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 للغير.[2]

3 - قيام المسؤولية في حالة عدم نفيها.

في حال لم يستطع الحاضن نفي الخطأ المفترض في جانبه الذي يعدم وجود ركن الخطأ، ولا نفي السبب الأجنبي فينعدم ركن العلاقة السببية هنا؛و تقوم المسؤولية في جانبه لأنها مسؤولية مفترضة، فهي استثنائية واحتياطية أوجدت حماية لمصلحة الضحية على حساب المسؤول المدني الذي يتمثل في الحاضن، وهي تقوم بمجرد أن تثبت الضحية أن الضرر الذي أصابها هو من فعل المحضون، عندئذ يحق للمضرور أن يطلب التعويض من الحاضن إذا كان المحضون غير مميز، أما إذا كان المحضون مميز، فإن مسؤوليته تقوم بجانب قيام مسؤولية الحاضن، ويكون للمضرور أن يرجع على أي منهما منفردا أو عليهما معا، ويكونان متضامنين في أداء كامل التعويض الذي يقضي به القاضي في مثل هذه الحالة.[3]

1- المرجع نفسه، ص90.

2- المرجع نفسه، ص90.

3- المرجع نفسه، ص91.

فإذا رجع المضرور على من ارتكب الخطأ بالذات المحضون واستوفى منه كل التعويض المستحق إن كان له مال فلا رجوع له بعد ذلك على الحاضن، و إذا رجع على الحاضن واستوفى منه كل التعويض فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ وإذ أدى الحاضن التعويض كاملا أو جزئيا للمضرور فيجوز له الرجوع بما أداه على المحضون وفي هذه الحالة لا يستطيع المحضون أن يمتنع عن الرد لسبب[1]:

- أنه مميز فينسب إليه الخطأ وعليه أن يتحمل النتيجة الصادرة منهن طبقا للمادة 125ق.م.ج[2]
- أن مسؤولية متولي الرقابة تقررت لمصلحة الغير وليس لمصلحة المشمول بالرقابة، ولذا لا يصح أن يتمسك بوجوب التزام متولي الرقابة بتعويض الضرر.

المبحث الثالث: سقوط الحضانة وعودتها ومصير المحضون بعد انتهاء المدة.

لما أقرته الشريعة الإسلامية والقانون من شروط لأهلية الحاضن إذا حدث وأن اختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط. لذلك سنبين أسباب السقوط التي ذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما سنشير وعودة الحضانة بعد سقوطها (المطلب الأول) .

مما يؤدي سقوط الحضانة عن الحاضن إلى خروج المحضون من تحت يده، هذا الخروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا ما ا زل سبب السقوط، ولكن إذا انتهت مدة الحضانة فإن المحضون يخرج نهائيا من تحت يد الحاضن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة.

في هذا المطلب سنتعرف على الأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق في الحضانة، وانتقالها على من يليه قبل انتهاء مدة الحضانة، قد يكون سبب سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا، أو بالتنازل الصريح أو الضمني، وهذا ما سندرسه، إذ أن الهدف من الحضانة

2- المرجع نفسه، ص91.

2- نص المادة125 من ق.م.ج بما يلي: << لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا >>

كما جاء في نص المادة 62 من ق.أ.ج رعاية الولد على الواجب المطلوب فليست مقررة على سبيل الدوام، لذلك فقد تنتهي بالمدة معينة وقد يسقط لأسباب محددة في القانون وقد تعود الحضانة مرة أخرى إذا زال السبب.

إذ الحق في الحضانة لا يثبت بصفة دائمة ومؤبدة للحاضن إنما هو أداء لوجبه القانون، فإذا قام الحاضن بأداء حضانة الطفل كما أمره القانون، بذلك يبقى له الحق في حضانته إلى أن يبلغ المحضون سن القانونية لنهاية الحضانة، إذا اختل بالالتزامات القانونية المتعلقة بالحضانة، أو فقد شرط من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاط الحضانة عليه.[1]

لما ذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري من أسباب سقوط الحضانة:

- أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادة66 من ق.أ.ج (الفرع الأول).
- أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 86-62 من ق.أ.ج (الفرع الثاني).
- أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادتين70-69 من ق.أ.ج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادة 66 من ق.أ.ج.

حسب ما جاء في نص المادة 66 من ق.أ.ج تسقط الحضانة بالتزويج بغير محرم أو بالتنازل عنها ما لم يضر بمصلحة المحضون.

- أولا: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

يرى فقهاء المالكية والحنفية سقوط الحضانة بالزواج بغير محرم، واستندوا فيما ذهبوا إليه عن إلى الحديث روي عن أبي سلمه بن بن عبد الرحمن 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، و ترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي"، فدعا رسول الله صلى اللهى عليه وسلم أباها، فقال" :أنكحت فلانا فلانة؟ "فقال" :نعم"، فقال" :أنت الذي لا نكاح لكي، اذهبي وانكحي عم ولدك"[2] .

1- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط04، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص388.

2- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار**، ج07، دار الجيل، .لبنان، 1973، ص139.

يرى فقهاء الشافعية السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحديث الذي رواه أبو داوود في سننه :قوله صلى الله عليه وسلم ":أنت أحق به ما لم "فيقول الإمام الشافعي ":أن هذا الدليل لم زواج بغير وهو الظاهر، أي لم يفصل بين الزواج بمحرم أو بغيره.[1]

وموقف المشرع الجزائري في نص المادة 66 من ق.أ.ج << يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون>>،

من الملاحظ أن المشرع الجزائري اخذ بموقف الفقه المالكي وجمهور الحنفية، حيث اسقط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون.

- إن سقوط الحضانة بالزواج بأجنبي عن المحضون تقع عليه بعض استثناءات أهمها:أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراضي.[2]
- ألا ينازع الحاضنة(الأم) في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة.
- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة إذ الأم أولى به .
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز لأي سبب كان على حضانته أو عدم اكتمال شروط الحضانة.

ولكن إذا اختارت الأم الزواج بأجنبي عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا اختياريا أم غير اختياري عن الحضانة؟ وهل يحق لها المطالبة بالحضانة بعد طلاقها منه؟

في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05 أنه:<< من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا ا زل سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال –أن الأم أسقطت

1– كربال سهام، المرجع السابق، ص93.

2– محمد لمين لوعيل، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2004 ، ص113 .

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

من الملاحظ أن 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 ما يلي: << من المقرر قانونا أنه يعود الحق الحضانة إذا ا زل سبب سقوطها غير الاختياري .ومتى تبين في قضية الحال –أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون.>>[2]

وعليه 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 يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.[3]

– ثانيا:التنازل عن الحضانة.

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه بحيث اعتبرها المشرع الجزائري حقا له فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها أو يعتد به .

كما أن المقرر الصادر بتاريخ08 /1996/04 بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط الاتفاق الذي لم تم بين الطرفين سنة 1996 فيما يخص تنازل المطعون ضده عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66–67من قانون الأسرة الجزائري مع أن الطاعنة دفعت أن الأب أعاد الزواج بامرأة أخرى وإسناد حضانة البنت للأم لمصلحة البنت.

حيث أنه بالفعل فقضاة المجلس حكموا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة البنت عن الأب وإسنادها للأم، ومن جديد حكموا برفض الدعوى على أساس البحث الذي قاموا

1– . المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم: 58812، **مجلة القضائية**، ذكرته كربال سهام، المرجع السابق، ص95.

2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ، 1998/04/21، ملف رقم: 189234،**المجلة القضائية**، 2001، عدد خاص،ص175، ذكرته كربال سهام، المرجع السابق، ص96.

3– كربال سهام، المرجع السابق، ص96.

بإجرائه الذي استخلصوا منه أن الطاعنة تنازلت عن الحضانة سنة 1996 أثناء الحكم بالطلاق.

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذ مصلحة المحضون تتطلب ذلك.

وهذا تطبيقا لأحكام المادتين67 -66 من قانون الأسرة وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد اخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.[1]

ويثبت التنازل عن المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع المتنازل عن حقه في الحضانة[2].

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 -68 من ق.أ.ج.

تسقط الحضانة بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج، سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أو اتصلت بالتزامات المتعلقة بالحضانة من تربية ورعاية صحية وخلقية،[3] كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري وأيضا من أسباب سقوط الحضانة بالتقادم.

- أولا: الإخلال بأحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 من ق.أ.ج.

نصت المادة67 من ق.أ.ج عما يلي:<< تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون>> .

1- قمراوي عز الدين، صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى، الجزائر،2008 ، ص 129.

2- أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص52.

3- بلحاج العربي، 388.

ربط المشرع الجزائري الإخلال بأحد الشروط المنصوص عليها في نص المادة62 من ق.أ.ج يسقط حق الحاضن في حضانة المحضون، والتي تبين نوع الرعاية والتربية والحماية والحفظ الواجبة للمحضون على الحاضن .فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية، وافتقر للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه .

لقد أكدت المحكمة العليا بأن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة فجاء في قرارها المؤرخ في1984/07/09<<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 >>[1]

كما أن جريمة الزنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.[2]

عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط إذ أخرج المشرع الجزائري عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.[3]

–ثانيا: عدم مطالبة الحاضنة بحقها بالحضانة.

لما ورد في نص المادة68 من ق.أ.ج على سبب من أسباب التي تؤدي قيامها إلى سقوط الحق في الحضانة، حيث أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2010/07/15، ملف رقم:564787، **المجلة القضائية**، 2010، عدد02، ص266، ذكرته كربال سهام، المرجع السابق، ص 97.

[2]– ملف رقم 171684 ، قرار 1997/09/30، **الاجتهاد القضائي** ، العدد 01 ، أمينة ونوغي، المرجع السابق ، ص46.

3– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142 .

إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة عمته أو خالته ن والأم والأب على علم بذلك ولم يطالبوا بحقهم في حضانة الطفل ومضى على ذلك مدة سنة فأكثر فإن حق الحاضنة يسقط حتما.[1]

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

- أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.
- أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادتين69-70 من ق.أ.ج.

نصت المادة96 من ق.أ.ج عما يلي:<< إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي فإن إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون>>

من أسباب سقوط الحضانة من الإقامة في بلد أجنبي كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة ويقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة70 من ق.أ.ج .

أولا: سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي: إن انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي،أي خارج التراب الوطني،يسقط الحق في الحضانة، ويعتبر ذلك من أنواع التنازل الضمني. فمصلحة المحضون، تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي، على إذن القاضي ومن ثم بعدم تخويل الأب أو الولي، حق التمتع بمنح هذه الرخصة.[2]

إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون

1- المرجع نفسه، ص142.

2- كمال صمامة، المرجع السابق، ص 139.

تتطلب أن يبقى مع حاضنته، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة.[1]

ثانيا: سقوط الحضانة إذا كانت الجدة أو الخالة مقيمة مع أم المحضون: لما جاء في نص المادة70 من ق.أ.ج تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في 64 من ق.أ.ج.[2]

فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين ينبغي أن يتوفر فيه شروط وهي أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، و هذا ما قضت به المادة 70 من ق.أ.ج.[3]

ونستخلص من هذه المادة أنه يشترط في الجدة لأم أو الخالة الم ا رد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم طبقا للمادة 66 السالفة الذكر، ويجب أن تكون المساكنة مستمرة، فنجد نفس الأسباب التي من أجلها سقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ، لذا ينبغي أن يشملها نفس الحكم . فبخصوص هذه الحالة المشرع لم يبين مراده من ذكر مثل هذا السبب و حصره بالذات في الجدة و الخالة و سكنهما مع أم المحضون في حالة زواجها مع غير قريب محرم.[4]

الفرع الرابع:عودة الحضانة لمستحقيها.

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه" يعود الحق في الحضانة إذا ا زل سبب سقوطه الغير الاختياري"، أي بمعنى أن يكون مجبرا على ذلك وليس بملء إرادته كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة هذا الحق ، كعدم القدرة على حسن التربية على دين أبيه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب حق الحضانة من أجله. وعليه وجب أن نميز بين حالتين :الأولى تتمثل في سقوطها غير الاختياري و هذه

---

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص142.

[3]– أمينة ونوغي ، المرجع السابق، ص56.

[2]– المرجع نفسه، ص56.

الحالة تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما الثانية هي سقوط الحق بسبب مستحق الحضانة وهو سبب اختياري.

- أولا :سقوط حق الحضانة غير اختياري.

والمقصود في هذه الحالة هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها م ق.أ.ج. فقد اختلف الفقهاء في حكم ما عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها أم لا؟

1- فقهاء الشريعة الإسلامية:

ذهب المالكية إلى: أنه إذا زالت الحضانة عن الحاضن بعذر كاضطراب ، كمرض وسفر و نحوهما، 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.

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، وشفى المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، لأنه إذا زال المانع عملا بالقاعدة الفقهية "إذا ا زل المانع عاد الممنوع"[1]

2-التشريع الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري تكلم على حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة للحاضن:

أ- 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، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت، أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في تاريخ2000/02/21 ،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 ق.أ.ج. يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب[2].

---

[1]- أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص 58.

[2]- قرار رقم 252308 بتاريخ في 24 /11 / 2000.، نقلا عن نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 14

ب- ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 ولن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها.

- ثانيا: سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة.

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة وذلك بإرادته المنفردة، ويضر مصلحة 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 ذلك بخلاف ما قرره القاضي، وهذا ما أقرته المحكمة العليا من قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 أنه يعود الحق في الحضانة إذا ا زل سبب سقوطها غير اختياري ، ومن ثمَّ فإن القضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقانون.[1]

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون ولا يسري على الأم وحدها وإنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب وغيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة71من ق.أ.ج ، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، وهذا ما أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/02/27 أنه" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها استرجاع الأولاد ولما ثبت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها إلى الأولاد رغم تنازلها عن حقها وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون .

إلا أن هناك استثناء يمكّ ن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، وهو وجود المبرر الشرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد 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 1984/06/25 أنه" تسقط

---

[1]- ملف رقم 53340 قرار بتاريخ 27 / 03 / 1989، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة .العليا، العدد 03 ، سنة 1990 ، ص85

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 سبق إسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة"[1]

وتجب الإشارة 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 انتهائها

من البديهي أن تكون للحضانة مدة محددة تنتهي بعد بلوغها لأن المحضون لا يبقى صغيرا ، غير مميز وغير مستغني عن خدمات الحاضن، وكذلك من الطبيعي كذلك أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي والجسدي لكل واحد منهما.[2]

الفرع الأول: مدة الحضانة.

إن الحضانة واجبة لكل من الصغير أو الصغيرة للقيام بحاجيات نفسه الأولية من أكل ولباس ونظافة، فإذا ا زل هذا السبب ا زل الوجوب الذي إنبنى عليه، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه و إلى متى تمتد حضانة الصغير أو الصغيرة، كما أن المشرع الجزائري كان له موقف في هذا الشأن.

- أولا: مدة الحاضنة في الفقه الإسلامي:

1- **فقهاء الحنفية**:يرى فقهاء الحنابلة بالنسبة للذكر: حضانة الغلام حتى يستغني عن الحضانة، بأن يأكل ،ويشرب ،ويلبس وحده، وقيل يتوضأ وقدره سبع سنين أو ثمان سنوات، أو نحو ذلك.[3]

بالنسبة لأنثى بها رأيان عند الحنفية: [4]

- حتى تحيض.
- حتى تبلغ الشهوة قدرها البعض ب11 سنة والبعض الأخر ب 9 سنين.

---

[1]- أمينة ونوغي، المرجع السابق، ص 59.

2-فضل سعد الله، **شرح قانون الأسرة الجزائرية الزواج والطلاق**، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996، ص377.

3- أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال**، المرجع السابق، ص150.

4- المرجع نفسه، ص 150.

2-فقهاء المالكية: يرون بالنسبة للذكر: مدة حضانة الغلام عند المالكية من ولادته إلى أن يبلغ، ولو بلغ مجنونا، سقط عن الأم واستمرت النفقة على الأب، ولا تسقط حضانتها عن المشكل مادام مشكلا، حيث قال الغمام مالك" حتى يحتلم ويذهب إلى حيث يشاء"[1]

بالنسبة للأنثى: بالدخول أي بدخول الزوج بها،[2] ويقصد هنا الدخول الحقيقي وليس الدخول الحكمي. فإذا طلقت أو مات زوجها قبل الدخول استمرت حضانتها.[3]

3-فقهاء الشافعية: يرون أن أحقية المرأة حاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية بلوغه سن التمييز وهو سبع سنوات.[4]

4-فقهاء الحنابلة: يرى بالنسبة للذكر: أنه بالنسبة للغلام إذا بلغ سبعاً خير بين أبويه فمن اختار منهما كان أولى به، وحجتهم في ذلك أن عمر وعلي رضي الله عنهما قضى بالتخيير، كذلك الرسول ﷺ خير غلام بين أبيه وأمه.[5]

بالنسبة للأنثى:أن البنت إذا بلغت سبعاً فالأب أحق بها، لأن الحفظ للبنت السبع سنين أن تكون عند أبيها لأن تحتاج إلى الحفظ والصيانة، والأب أقدر على ذلك.[6]

- ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على**<<** تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن ى ا رعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون>>

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ومنه فإن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى سن الزواج أي 18 سنة وفقا للمادة 07 من ق.أ.ج لكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد من

---

[1]- المرجع نفسه، ص 152.

[2]- التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص870 .

[3]- رمضان الشرنباصي، جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص184.

[4]- كربال سهام، المرجع السابق، ص101.

[5]- أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق، ص152.

[6]- المرجع نفسه، ص152.

10سنوات إلى سن 16 سنة، من طرف القاضي إذا تبين أنه ما ى ا زل يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنه وهذا بشروط :

- . أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت.
- أن يكون تمديد حق الحضانة ما يخدم مصلحة المحضون.
- أن تكون الحاضنة هي الأم وليس غيرها.

من خلال هذه المادة فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره، وهذا من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا آخر غير الأم، مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.[1]

أما الأنثى فقد ذكر المشرع الجزائري أن حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج وهو حسب المادة 07 من ق.أ.ج 19 سنة، فهل أن الفتاة إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج تنتهي حضانتها؟.وفي مثل هذه الحالة فما هو مصيرها؟ فكان على المشرع أن يقول إلى غاية زواجها وليس بلوغها سن الزواج، كما أنه لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقا.[2]

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 .

إن المشرع الجزائري أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع الشريعة الإسلامية من نص المادة 222 من ق.أ.ج.

بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة .كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالابن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لا يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة على الوالد.

---

[1]– نبيل صقر، المرجع السابق، ص252.

[2]– كربال سهام، المرجع السابق، ص102.

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقدرت هذه المدة تقدر 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 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]

يرى الحنابلة والشافعية أنه إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه لأن في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية.[2]

روي أن رجلا أسلم ولم تسلم إمرته 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.[3]

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.[4]

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ومع ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها حنكة تجربة 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 جب ا ر إلى والدها أو من يقوم مقامه لتأديبها.[5]

---

[1]– نبيل صقر، المرجع السابق، ص252.

[2]– كربال سهام، المرجع السابق، ص104.

[3]– التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص872.

[4]– كربال سهام، المرجع السابق، ص104.

[5]- المرجع نفسه، ص105.

الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع الحضانة الذي يكتسي أهمية بالغة ضمن القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية، لما له أهمية في حماية الطفل من الضياع والتشرد وصعوبات العيش في الحياة، وصلنا إلى عدة نتائج نستطيع أن نجملها فيما يلي:

– ركز المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق.أ.ج في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها، وفيما يخص شروط استحقاق الحضانة اكتفى المشرع بعبارة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، حيث المشرع لم يحدد الشروط الواجب توفرها في الحاضن، وترك الأمر للقاضي للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من ق.أ.ج، كان على المشرع الجزائري أن يحدد الشروط لازم توفرها في الحاضن من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وليسهل مهمة القاضي في ذلك.

– وفي نص المادة64 من ق.أ.ج عندما عدد المشرع مستحقي الحضانة ثم الأقربون درجة في عبارة "ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" ، لم يبين المقصود بها ولا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نص قانون الأسرة ، وأهمل المشرع الحل الذي يمكن الاعتماد عليه إذا تعدد مستحقي الحضانة من نفس الدرجة.

– نص المشرع الجزائري في نفس المادة على القاضي أن يحكم بحق الزيارة في حال الحكم بإسناد الحضانة إلا أن المشرع لم يحدد معنى زيارة المحضون، ولا المكان الذي تجرى فيه الحضانة ولا الزيارة من اجل حل النزاعات التي تنشأ بين المحضون له والحاضن، ولم يحدد التصرفات ولا الحالات التي تسقط الحق في الزيارة.

– ونص المشرع في المادة65 من ق.أ.ج على تمديد حضانة الولد من عشرة (10) سنوات إلى غاية ستة عشرة (16) سنة، و منح هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأحد غير الأم حتى ولو اقتضت مصلحة المحضون تمديد الحضانة ، والمشرع حدد سن 10سنوات و 16 سنة دون إعطاء أي مبررو أو معيار منطقي لذلك خاصة و أن هذا التحديد لا خلفية شرعية له فلم نقف في الفقه الإسلامي على إمكانية تمديد الحضانة إلى هذا السن.

– نص المشرع صراحة في نص المادة67 من ق.أ.ج في الفقرة الثانية على أن عمل المرأة حق لها، ولا يمكن أن يكون هذا الحق سببا في سقوط الحضانة منها، ويرجع ذلك لعدة

أسباب منها ارتفاع نسبة النساء العاملات، ولسبب حاجة المرأة للعمل من أجل مورد مالي قد يكون مبلغ النفقة غير كافي لتوفير ما تحتاجه تعتبر خطوة جريئة من طرف المشرع، إلا أنه لا بد من ضبطه، وعدم فتح الباب على مصرعيه؛ بل علينا وضع شروط لها حتى لا تضيع مصلحة المحضون.

- فيما يخص الحاضنات التي تسقط حضانتهن بالمساكنة، أشار المشرع الجزائري في نص المادة 70 من ق.أ.ج على أنه تسقط الحضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، فحصر سقوط الحضانة في نص المادة على الجدة والخالة

- لم يخلو نص المادة72 من ق.أ.ج بعد التعديل من النقد، ومن أجل حماية المحضون وحفظه من الآثار الاجتماعية والنفسية التي قد تلحق بالمحضون بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه.

-إلا أن هذا النص ورغم التعديل إلا أنه جاء ناقصا من عدة جوانب منها:

* لم يعرف المشرع الجزائري ما المقصود بسكن الحضانة.

* ألحق حق سكن الحضانة للمطلقة دون سواها من الحاضنات، أما غيرها من الحاضنات فيفترض أن يمارسن الحضانة في سكنهن الخاص، وليس لهن الحق بالمطالبة بمسكن خاص للممارسة الحضانة، على أساس أن أي حاضنة أخرى كالجدة والخالة والعمة يفترض أن تمارس الحضانة في مسكنها الخاص.

* لم يحدد المشرع مواصفات مسكن الحضانة وما يحتويه واكتفى بعبارة "سكنا ملائما".

* لم يحدد المكان ولا الحالات الانتقال بالمحضون ولا المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الزيارة وبين الحق في الحضانة.

*لم يتطرق المشرع إلى ما إذا كانت الأم تملك سكنا، فهل يلتزم الأب بإعداد سكن أم أنه يعفى في هذه الحالة من هذا الالتزام.

* نص المشرع على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وفي حال لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة للزوجة الأمر الغير مقبول شرعا، وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

– استعمل المشرع مصطلح "بيت الزوجية"، على رغم أن بيت الزوجية قد انتهت بين الزوجين، كان عليه أن يستعمل مثلا مصطلح " البيت الذي كانت فيه الزوجية قائمة".

– ومن الملاحظ لنصوص المتعلقة بأحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري جاءت بعبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون" ،إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لهذه القاعدة على الرغم من أهميتها.

– منح المشرع الجزائري الولاية للحاضنة بحكم قضائي وإسقاطها عن الأب أو الولي الشرعي دون سبب يذكر أو ضرورة تدعو إلى ذلك، بل إن في ذلك خلق لتضارب النصوص القانونية بعضها بعضا، إذ كيف نجرد الأب من الولاية ونلزمه في الوقت ذاته بالإنفاق على المحضون. فيجد القاضي نفسه في حيرة ،عند ما يريد تطبيق أحد نصوص مادة الحضانة، وبالتالي عليهم استدراك الأمر.

– على الرغم أن المشرع الجزائري قام بالتعديل بعض الأحكام القانونية المتعلقة بالحضانة إلا أنه مازالت هناك أحكام تعتريها بعض النقائص ومن الأحسن للمشرع أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها المشرع من أجل المحضون، ومن أجل تسهيل على القاضي فيما يتعلق بالأحكام التي تركها المشرع للقاضي وعند عدم وجود نص في مادة الأحوال الشخصية، نرجع إلى الفقه الإسلامي كما جاءت به المادة 222 من ق.أ.ج.

قائمة المصادر والمراجع

أولا :قائمة المصادر .

أ- القرآن الكريم.

ب-السنة النبوية.

ج- القوانين والأوامر :

1- قانون رقم84-11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984 **يتضمن قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم .5-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

2- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق ل 8 يونيو 1966، يتضمن **قانون العقوبات الجزائري** المعدل والمتمم.

3- قانون رقم:08-09 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة2008، يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**

4-الأمر رقم75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام1395، - الموافق26 سبتمبر، سنة1975- المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

د-المعاجم والقواميس:

1- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، **لسان العرب،** جزء13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003.

2- بشار عدنان ملكاوي، معجم **تعريف المصطلحات الخاص،** ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، 2000. 3- الطاهر أحمد الزاوي، **مختار القاموس،** الدار العربية للكتاب، ليبيا، د.س.ن

ثانيا: قائمة المراجع.

أ-الكتب:

1. ابن قدامه، موفق الدين، **المغني،** ج8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن
2. أحمد غاي، **الحماية القانونية لحرمة السكن،** ط2، دار هومه، الجزائر، 2008.
3. أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة، والولاية على المال،** في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 22006.

4. أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة، والولاية على المال**، في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
5. أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
6. باديس ديابي، **أثار فك الرابطة الزوجية**، دار الهدى، الجزائر، 2008.
7. بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية ومذهب الجعفري والقانون، (الزواج والطلاق)**، ج02، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
8. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1999.
9. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
10. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط04، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
11. جمال الدين بن يوسف الزيلعي، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن أحق به، ج03، ط 01، مؤسسة الريان، لبنان، 1995 .
12. حسن حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، مكتب المتبني، القاهرة 1981.
13. خالد عبد العظيم أبوغاية، حقوق المحضون، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.
14. خليل أحمد حسن قدادة، **لوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج01، مصادر الالتزام، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
15. رمضان علي الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012 .

16. ريبوار صابر محمد، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.

17. سمير محمد محمود عقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر،1986 .

18. السيد السابق، **فقه السنة**، ط01، الفتح للإعلام العربي، مصر، 2004.

19. السيد السابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 08، 1987.

20. سيد سابق، **فقه السنة (نظام الأسرة)**، الحدود والجنايات، ج02، الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

21. الشربيني، محمد بن أحمد، **المغني المحتاج إلى المعرفة معاني ألفاظ**، ج3، ط3، طبعة الحلبي القاهرة، مصر، 1996.

22. عادل بوضياف، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري**، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2013.

23. عبد الرحمن الشواربي، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.

24. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج01، م02، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

25. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط03، دار الهومة، الجزائر، 1996.

26. عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)**، دار هومة، الجزائر، 2007.

27. عبد الفاتح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري**، من خلال مبادئ أو أحكام الفقه الإسلامي، دار الثالثة، الجزائر، 1999.

28. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر التعديلات**، ط01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

29. عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

30. عبد الكريم زيدان، **المفضل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج10، ط 01، مؤسسة الرسالة، 1993.

31. عبد الله عبد الرزاق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.

32. عبد الله ناصح علوان، **تربية الأولاد في الإسلام**، ج01، ط01، دار الإسلام للصناعة والنشر والتوزيع، جدة، 1976.

33. عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط 02، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

34. العربي بختي، **نظم الأسرة في الشرائع والنظم القانونية القديمة**، ط 01، مؤسسة كنوز الحكمة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

35. عمر عيسى الفقهي، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، ج02، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005 .

36. الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

37. فضل سعد الله، **شرح قانون الأسرة الجزائرية الزواج والطلاق**، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996.

38. قمراوي عز الدين، صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى، الجزائر، 2008

39. القمس فيلوثاوس فرج، **الأحوال الشخصية للسودانيين الأقباط الأرثوذكس**، الجمعية القبطية في الخرطوم، السودان، 2007.

40. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 02، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
41. محمد التأويل "**الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي**"، ط 01 منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ب.ن، 2004.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار**، ج07، دار الجيل، .لبنان، 1973 .
42. محمد حمود حمودة، محمد مطلق عاسف، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
43. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر 2011.
44. محمد عزمي البكري، **الأحوال الشخصية**، ج 03، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن.
45. محمد علوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية، 2010.
46. محمد علوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية، 2010.
47. محمد علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)**، ط02، الجامعة الأردنية دار الفكر، 2007.
48. محمد لمين لوعيل، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، لجزائر، 2004 .
49. محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط 03، مطبعة السعادة، مصر، 1966.
50. محمود حامد عثمان، **ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة (تعريف الحضانة والمقصود منها)**، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2011.

51. مسلم بن حجاج، **صحيح مسلم**، ط01، مجلد02، دار طيبة، كتاب الحدود، 2006.

52. مصطفى عبد الغني شيبة، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وأثاره)**، ط01، منشورات جامعة سبها، بنغازي، ليبيا، 2006.

53. مصطفى مراد، **سيدات عصر النبي** ﷺ، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، 2006.

54. نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى، الجزائر، 2006،

55. نزيه نعم شلالا، **الطلاق وبطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية**، ط 02، بيروت، لبنان، 2010.

56. نور الدين أبو لحية، **الزواج وحقوق الأولاد الصغار**، دار الكتاب الحديث، 2009.

57. نورة بنت عبد الله المطلق، **حضانة الجدة في الفقه الإسلامي**، منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد91، د.س.ن،

58. وفاء معتوق حمزة فلاش، **الآثار المعنوية والمادية في الفقه الإسلامي**، ط01، مكتبة القاهرة للكتاب، القاهرة، 2000.

59. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 07، ط02، دار الفكر، مشق، 1985،

60. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، قسم الأحوال الشخصية**، ج02، دار الفكر المعاصر، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.

ب-الرسائل والمذكرات الجامعية:

01- محفوظ بن الصغير، (**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري)**، أطروحة دكتورة في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009.

02- صالح بوغرارة، **(حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة بن. يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

03-زكية حميدو، (**مصلحة المحضون في القواعد المغاربية للأسرة دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، في قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2005..

04- كمال صمامة، **(مسقطات الحضانة بين تشريعات المغاربية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

05- سارة خليفي، **(حق الحاضنة في السكن)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص أحوال شخصية، في قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

06- عزيزة حسيني، **الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية بن عكنون، الجزائر، 2001.

07- عيسى طعيبة، **(سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خذة، الجزائر، 2011.

08- علال أمال،**(التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)**، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009.

09. كربال سهام، **(الحضانة في قانون الأسرة الجزائري)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2013.

10- أمينة ونوغي، **(حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري)**، شهادة لنيل شهادة الماستر في قانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2015.

11 - سناء عماري، **(التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي2015.

12- قاسي عبد الرؤوف، **(الحضانة في ضل قانون الآسرة الجزائري)**، مذكرة لنيل شهادة التخرج إجازة المعهد الوطني للقضاء، مدرية التربصات، دفعة الثانية عشر، 2004.

ج- المطبوعات والمجلات:

1- بوحاتم، **محاضرات في مقياس التأمينات العينية و الشخصية**، السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015 .

2- عيسى حداد، **(الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي)، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية**، جامعة بأجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 15،

3- كمال لدرع، **مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية والسياسة**، الجزء 39، عدد01، 2001.

4- وجنات عبد الرحيم مينمي، **لمن الحضانة؟، مجلة جامعة أم القرى لعلوم التشريعية واللغة العربية وآدابها**، ج15، عدد27، كلية التربية لإعداد المعلمات، مكة المكرمة، 1424هـ.

5- سامية بن قوية، **(أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010-

6- بلقاسم أعراب، **(مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن)**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994.

د-القرارات والأحكام القضائية:

1- ملف رقم 53340 قرار بتاريخ 27 / 03 /1989، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة .العليا، العدد03 ، سنة1990 ، ص85

2- قرار المحكمة العليا، رقم17، ملف رقم 26549، **نشرة القضاء**، عدد خاص، سنة 1982، ص.243

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قررا بتاريخ 02-04-1984، الملف رقم، 2549، **مجلة قضائية**، العدد04، ص77.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ، 1998/04/21، ملف رقم: 189234، **المجلة القضائية**، 2001، عدد خاص، ص175.

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2010/07/15، ملف رقم:564787، **المجلة القضائية**، 2010، عدد02، ص266،

6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 176515، قرار بتاريخ، 2009/01/14، **المجلة القضائية**، الصادرة في قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا، العدد01، 2009، ص295.

7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:214290، بتاريخ1998/12/15، **المجلة القضائية**، العدد الخاص، 2001، ص194،

8- قرار رقم: 153640، بتاريخ 1997/02/18، **المجلة القضائية** لسنة 1997، العدد01، ص39.

9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2000/02/22، ملف رقم:237148، **مجلة القضائية**، 200، عدد خاص.

10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في2010/09/16، ملف رقم 566381، **مجلة القضائية**، 2010، عدد02، ص268.

11- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، مجلة قضائية، سنة1991، العدد04، ص116.

12- قرار المحكمة العليا، رقم51715، الصادر بتاريخ 1989/01/16، **المجلة القضائية**، 1992، العدد02، ص55.

13- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/02/13، الملف رقم(424292)، **مجلة المحكمة العليا**، 2008، العدد01، ص267.

الفهرس

- **مقدمة**	أ- خ
- **الفصل الأول: ماهية الحضانة**	09
- **المبحث الأول: مفهوم الحضانة**	10
- **المطلب الأول:** تعريف الحضانة	10
- الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة	10
- الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الاصطلاح	11
- الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القانون	13
- الفرع الرابع: الحضانة في الشريعة الإسلامية وبعض ديانات السماوية الأخرى	16
- **المطلب الثاني:** خصائص الحضانة وتمييزها عن غيرها من المفاهيم	21
- الفرع الأول: خصائص الحضانة	21
-الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن غيرها من المصطلحات	26
- **المبحث الثاني:** مشروعية الحضانة وشروط استحقاقها	34
- **المطلب الأول:** حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها	34
- الفرع الأول: حكم الحضانة	34
- الفرع الثاني : مشروعية الحضانة	36
- الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الحضانة	39
- **المطلب الثاني:** شروط ممارسة الحضانة	40
- الفرع الأول: الشروط العامة لممارسة الحضانة	41

– الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء لممارسة الحضانة	44
– الفرع الثالث: شروط ممارسة الحضانة الخاصة بالرجال	45
– **المبحث الثالث: أصحاب الحق في الحضانة على أساس قاعدة مصلحة المحضون**	46
– **المطلب الأول:** قاعدة مصلحة المحضون	46
– الفرع الأول: معنى قاعدة مصلحة المحضون	47
– الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون	51
– **المطلب الثاني:** ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	54
– الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في ظلّ نص المادة 64 من ق.أ.ج	55
– الفرع الثاني: تحديد الشريعة الإسلامية إلى مستحقي الحضانة	59
– **الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن الحضانة**	64
– **المبحث الأول: الالتزامات على المحضون له**	65
– **المطلب الأول:** النفقة على المحضون	66
– الفرع الأول: نفقة الأولاد على الأب في حالة كان موجوداً وغير عاجز عن الكسب	66
– الفرع الثاني: نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب أو حالة عدم وجوده.	69
– الفرع الثالث: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها	72
– **المطلب الثاني: سكن ومكان الحضانة**	75
– الفرع الأول: المقصود بمسكن الحضانة	75

– الفرع الثاني: موقف كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من سكن المحضون	78
– الفرع الثالث: التزام بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار	80
– **المبحث الثاني: الالتزامات التي يجب توفرها في الحاضن**	88
– **المطلب الأول:** إمكانية زيارة المحضون له للمحضون	89
– الفرع الأول: حق رؤية المحضون	89
– الفرع الثاني: حق الزيارة والاتصال وفقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية رقم 144/88	92
– **المطلب الثاني:** التزامات الحاضن برقابة المحضون	95
– الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية الحاضن عمن هو تحت رقابته	95
– الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن	97
– **المبحث الثالث: سقوط الحضانة وعودتها ومصير المحضون بعد انتهاء المدة**	101
–**المطلب الأول:** أسباب سقوط الحضانة	102
– الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادة 66 من ق.أ.ج	103
– الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 –68 من ق.أ.ج	106
– الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة الواردة في نص المادتين69–70 من ق.أ.ج	108

– الفرع الرابع: عودة الحضانة لمستحقيها	109
– **المطلب الثاني:** مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها	112
– الفرع الأول: مدة الحضانة	112
– الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة	114
– **الخاتمة**	117
– **قائمة المراجع والمصادر**	121
–**الفهرس**	131

- ملخص:

إن الحضانة واقعنا المعاش مليء بها فهي مبدأ لا يتجزءا ووحدة غير قابلة للانقسام وحال ثبوت الحضانة للحاضن لا يقع هذا بصفة مؤيدة فهذا أداء أوجبه القانون عليه ليقوم بإيصال المحضون لبر الأمان .ومجال الحضانة واسع والمستجدات فيه تأتي تبعا فلربما ما كان صالح سابقا لم يعد صالح حاليا و طالما ركز المشرع على مصلحة المحضون كونها الجانب الأهم والأبرز في موضوع الحضانة، ولما تحكمها أحكام تتعلق بمصلحة المحضون في القانون و الشريعة الإسلامية وجب احترامها والأخذ بها، وبما ويترتب على الحضانة من التزامات على عاتق المحضون له، والتزامات يجب توفرها في الحاضن،، وسلطة التقديرية للقاضي في باقي الأحكام التي أغفل عنها المشرع الجزائري برجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

تجد الإشارة أن الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة قابلة للاستئناف، كما يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب آمر على عريضة في التدابير الخاصة بالحضانة وما ستلزمها، كل ما أقره المشرع الجزائري من أحكام وما ترك تقديره لسلطة التشريعية للقاضي سعيا من أجل الحفاظ على أطفال اليوم الذين هم شباب المستقبل.

-Résumé:

La pépinière est par principe de réalité de pension à taux plein, même refendue et d'indivisible unité garde et le parent gardien n'est pas cela considéré comme corroborant cette loi donnant performance pour accoucher de l'enfant à la sécurité et une vaste zone où les mises à jour, pépinière viennent selon ce qui était peut-être déjà valide n'est plus valide maintenant et aussi longtemps que le législateur a mis l'accent sur l'intérêt de l'enfant étant le plus important et le plus important en garde à vue, garde est régi par les dispositions relatives aux intérêts de l'enfant dans le droit et la loi islamique doit être respectée et appliquée comme suit Pépinière des engagements se trouve avec son enfant et les obligations doivent être disponibles dans l'incubateur, et pouvoir discrétionnaire du juge du restant des dispositions omises son législateur algérien retour juge charia.

Trouver référence aux arrêts garde susceptible d'appel, le juge peut également urgent sous chapitre est une pétition en garde à vue et nécessitent des mesures, sont tous passés par le législateur algérien de jugements et en laissant l'autorité législative à l'appréciation du juge afin de garder les enfants d'aujourd'hui qui sont les gars l'avenir.